

Kulturdepartementet

Sendt per e-post til postmottak@kud.dep.no

Oslo, 26. mars 2021

Innspill til endringer i åndsverkloven: Implementering av Nett- og videresendingsdirektivet og Digitalmarkedsdirektivet

1 Innledning

Det vises til Kulturdepartementets invitasjon av 18. desember 2020 om å komme med innspill til endringer i åndsverkloven. Det vises i den forbindelse særlig til den planlagte gjennomføring av direktiv 2019/789 («**Nett- og videresendingsdirektivet**») og direktiv 2019/790 («**Digitalmarkedsdirektivet**»), samt til oppfølgingen av Stortingets anmodningsvedtak nr. 728–731 av 22. mai 2018 i forbindelse med behandlingen av den nye åndsverkloven.

Kabel Norge, som er bransjeorganisasjonen for de trådbaserte TV-distributørene i Norge, herunder Telenor Norge, Telia og Altibox, vil med dette gi våre innspill til departementet.

Kabel Norge vil innledningsvis gi uttrykk for at det ved gjennomføringen av nevnte EØS-regelverk i norsk rett, er helt sentralt at det tas tilbørlig hensyn til de særlige forhold som gjør seg gjeldene i audiovisuell sektor. Dette er en sektor der verk skapes på bestilling og mot vederlag (og ikke på den originære rettighetshavers egne økonomiske risiko slik det ofte vil være på andre områder). Verk i audiovisuell sektor er videre samleverk med mange bidragsyttere, herunder mange ulike typer rettighetshavere etter åndsverkloven. Audiovisuell sektor er videre preget av konkurranse fra sterke internasjonale aktører og rask teknologisk utvikling. Dette fører til at de audiovisuelle innholdsprodukter forbrukerne etterspør er i stadig endring. Sentralt i denne forbindelse er at det norske audiovisuelle markedet er kommet mye lengre i denne utviklingen enn det man har i sentrale EU-markeder.

Det er viktig at norske myndigheter når nevnte direktivbestemmelser skal gjennomføres i åndsverkloven, sørger for at reglene utformes på en dynamisk måte og ikke låses til tidligere teknologiske løsninger og produkter. Åndsverklovens regler bør i størst mulig grad være teknologinøytrale. I motsatt fall risikerer man åndsverklovens bestemmelser blir et hinder for videre utvikling av audiovisuelle tjenester og at investeringsincentivene i norsk audiovisuell sektor svekkes til skade for norsk kultur og språk.

I punkt 2 nedenfor følger våre mer konkrete innspill til gjennomføring av nett- og videresendingsdirektivet. I punkt 3 har vi samlet våre innspill til digitalmarkedsdirektivet med unntak for artikkel 21. Kabel Norges innspill hva gjelder tvisteløsning, herunder til digitalmarkedsdirektivets artikkel 21 og Stortingets anmodning knyttet til tvisteløsning for fastsettelse av vederlag, er samlet i punkt 4.

2 Nett- og videresendingsdirektivet

2.1 Senderlandsprinsipp og vederlagsfastsettelse ved kringkasters tilknyttede onlinetjenester (artikkel 3)

Direktivet artikkel 3 slår fast at det innen EØS skal gjelde et senderlandsprinsipp for kringkasteres nettsendinger. I norsk opphavsrett er det allerede lagt til grunn at det for kringkastingssendinger gjelder et senderlandsprinsipp, dvs. at det er retten i det land kringkastingssendinger skjer fra som skal anvendes.¹ Det er således ikke nødvendig med noen endring i norsk rett som på dette punkt er teknologinøytralt, i motsetning til hva som synes være tilfelle i Sverige.

Når det gjelder direktivet artikkel 3 (2), ser Kabel Norge i likhet med den svenske SOU-en ikke behov for noen særlig lovfesting av hvordan vederlaget skal fastsettes. Eksisterende norske regler for vederlagsfastsettelse utelukker ikke at vederlag fastsettes basert på kringkasters inntekter og er således ikke i strid med artikkel 3 (2). Åndsverklovens regler bygger på EU-domstolens praksis, herunder Premier League-saken, hvoretter det skal fastsettes et «*passende vederlag*».²

Så lenge vederlaget tilfredsstillter åndsverklovens krav til et passende vederlagsnivå, bør åndsverkloven ikke legge føringer på de metoder partene skal eller bør benytte for å komme frem til vederlaget. Dette må avgjøres under hensyn til de konkrete forhold som gjøre seg gjeldene for den bruk som skal klareres i den enkelte sak. Det vil for eksempel ikke være rimelig om opphaver til musikk skulle få et omsetningsbasert vederlag i tilknytning til en kanal der det er andre typer rettigheter enn musikk som er avgjørende for kanalens verdi. Kanalens omsetningsverdi har i et slikt tilfelle ikke noen naturlig sammenheng med den verdi musikken tilfører kanalen.

Det vises videre til at kringkasters onlinetjenester gjerne vil være basert på ulike forretningsmodeller og vil kunne inngå i aggregerte produktpakker som også inkluderer andre tjenester. Forretningsmodeller er dessuten gjenstand for kontinuerlig endring. Å legge føringer på hvordan vederlag skal fastsettes vil følgelig være uheldig og kan begrense den naturlige produktutvikling på området til skade for forbrukere og andre relevante interesser.

¹ Ot.prp. nr. 15 (1994-95) side 175 og Rognstad, *Opphavsrett*, 2. utgave, side 555.

² C-403/98 og C-429/08 avsnitt 109–112.

2.2 Videresending (artikkel 4 til 7, jf. artikkel 2 (2))

Direktivet slår i artikkel 4–7 fast at rettighetshavernes forvaltning av videresendingsrettigheter skal være obligatorisk også ved bruk av andre overføringsteknologier enn slik kabeldistribusjon som omhandlet i direktiv 93/83/EØF («**Satellitt- og kabeldirektivet**»).

I norsk rett har begrepet «*videresending*» hele tiden vært oppfattet teknologinøytralt og ikke begrenset til tradisjonell kabeldistribusjon. At det kan være tale om videresending uavhengig av overføringsteknologi, ligger til grunn for avtaler som er inngått med de kollektive forvaltningsorganisasjoner på området. Tilsvarende er videresendingsreglene benyttet for videresending av nasjonale kanaler i Norge.

Slik Kabel Norge ser det, er det følgelig ikke noe behov for å gjennomføre endringer i åndsverkloven av hensyn til artikkel 2 (2), jf. artikkel 4, 5 og 7.

2.3 Særlig om mekling (artikkel 6)

Etter gjeldende forskrift til åndsverkloven, er mekling etter den tilsvarende bestemmelsen i Satellitt- og kabeldirektivet artikkel 11, lagt til Riksmekleren. Kabel Norge fremhevet i sitt høringssvar til denne forskriftsendringen at Kabel Norge ikke så dette som en hensiktsmessig ordning.³ Tvistesaker mellom innholdsdistributører på den ene siden og kringkastere, kollektive forvaltningsorganisasjoner og andre innholdsleverandører har ingen likheter med arbeidstvister. Kabel Norge foreslo allerede den gang at man i Norge i stedet opprettet en særlig meklingsordning for mekling i opphavsrettstvister slik man eksempelvis har i Sverige, eller lot de alminnelige reglene om rettsmekling i tvisteloven § 8-4 til § 8-6 få anvendelse. Det ble i den forbindelse lagt vekt på at det etter reglene i tvisteloven kan oppnevnes en særlig mekler eller hjelper med spesialkompetanse.

Forskriftens ordning med mekling ved hjelp av Riksmekleren innen videresendingsområdet, er så langt ikke benyttet til tross for at det har vært flere vanskelige forhandlinger i sektoren, herunder slike som har medført «sorte skjerm».

Dette har sammenheng med at den etablerte meklingsordningen ikke har tillit. Slik Kabel Norge ser det, skiller kommersielle forhandlinger om bruk av opphavsrettigheter seg vesentlig fra kollektive arbeidsrettstvister. Det er behov for en annen kompetanse hos meklingsinstituttet før partene vil se det som hensiktsmessig å involvere en mekler for å få vanskelige forhandlinger i mål. Kabel Norge er i utgangspunktet positiv til mekling, og mener derfor at departementet bør benytte anledningen som gjennomføringen av artikkel 6 i Nett- og videresendingsdirektivet gir, til å vurdere den eksisterende meklingsordningen på nytt, i hvert fall hva gjelder det audiovisuelle området.

Meklingsreglene i Satellitt- og kabeldirektivet artikkel 11 og Nett- og videresendingsdirektivet artikkel 6, bør for øvrig ses i sammenheng med Digitalmarkedsdirektivet artikkel 13, som fastsetter at myndighetene skal etablere en ordning med forhandlingsbistand for rettigheter knyttet til audiovisuelle bestillingstjenester. Slik Kabel Norge ser det, kan det være hensiktsmessig å benytte samme meklingsorgan ved gjennomføring av alle disse direktivbestemmelsene. For at meklingsordningen skal få reell betydning, er det imidlertid avgjørende at meklerne ikke bare har en grunnleggende

³ Se Kabel Norges høringssvar til forslag til endringer i åndsverkloven av 18. mai 2015.

meklingskompetanse, men også har kommersiell industriell kompetanse knyttet til audiovisuell innholdsdistribusjon.

2.4 **Direkte injisering (artikkel 8 (2))**

Kabel Norge har merket seg at det i den svenske SOU-en (Ds 2020:25) på side 4, foreslås at man i Sverige ikke benytter åpningen i artikkel 8 (2) for å la videresendingsreglene i artikkel 4–6 få tilsvarende anvendelse på direkte injisering, men i stedet foreslår å la slike situasjoner reguleres av den generelle avtalelisensen. Årsaken er at direkte injisering angivelig ikke er noe som forekommer på det svenske markedet.

Kabel Norge stiller seg tvilende til denne faktiske beskrivelsen. De aller fleste distributører mottar i dag en betydelig del av de signaler som de distribuerer i sine nett via direkte fiberoverføring fra kringkaster. Så vidt Kabel Norge har oversikt over, er det flere internasjonale kanaler som i dag ikke distribueres til allmennheten av kringkaster selv. For disse kanalene benytter kringkaster uavhengige distributører for all sin distribusjon. Det er i hvert fall i dag tilfelle for flere av de kanaler Kabel Norges medlemmer distribuerer i Norge.

Det er viktig at åndsverklovens regler er mest mulig teknologinøytrale. Kabel Norge vil derfor sterkt oppfordre norske myndigheter til å benytte seg av den adgang som ligger i direktivet artikkel 8 (2) til å gi bestemmelsene i artikkel 4, 5 og 6 tilsvarende anvendelse for direkte injisering, jf. også uttalelsene i fortalen avsnitt 20 om behovet for å lette distributørens klareringsbyrde («*significant burden for rights clearance*»).

Når det gjelder direktivet artikkel 4 (jf. åndsverkloven § 57, tredje ledd) bør bestemmelsen gis tilsvarende anvendelse fordi distributørene, på samme måte som ved videresending, ikke har kontroll med utvelgelsen av programmer i kanalene, og derfor heller ikke på forhånd kjenner hvem som er rettighetshaverne til alt det innhold som vil ligge i slike kanaler. Distributørene har således et praktisk behov også ved direkte injisering for at slike rettigheter kan klareres kollektivt, for beskyttelse mot eventuelle direkte krav om vederlag fra rettighetshavere og eventuelle individuelle forbud.

Det er på tilsvarende måte helt sentralt at artikkel 5 gis tilsvarende anvendelse. Det er vanlig innen audiovisuell innholdsdistribusjon at kringkaster også klarerer distributørens distribusjon. Dersom det ikke tas hensyn til slik klarering, vil det kunne føre til at samme bruk må klareres og betales for to ganger. Noe annet vil i praksis føre til dobbeltbetalinger og økte rettighetskostnader, noe som til syvende og sist vil ramme forbrukere. Å etablere ordninger som medfører risiko for dobbeltbetaling er ikke forenlig med åndsverklovens formål om en rimelig balanse mellom rettighetshavere og brukeres interesser.

Når det gjelder artikkel 6 om megling, kan det bli aktuelt for distributører å klarere rettigheter for direkte injisering med mange av de samme organisasjoner som forvalter videresendingsrettigheter. Det vil da være upraktisk om man har ulike ordninger for håndtering av uenighet og tvister knyttet til inngåelse av avtale avhengig av om det dreier seg om videresending eller direkte injisering. Også på dette området bør reglene være mest mulig teknologinøytrale.

3 Digitalmarkedsdirektivet

3.1 Innledning

Kabel Norge vil i det følgende gi sine innspill til gjennomføring av Digitalmarkedsdirektivet. Kabel Norges innspill vil konsentrere seg om direktivet artikkel 12 om avtalesisens, artikkel 13 om etablering av en ordning for forhandlingsbistand knyttet til lisensiering av rettigheter til audiovisuelle bestillingstjenester, samt bestemmelsene i direktivet avdeling IV, kapittel 3, dvs. direktivets bestemmelser om vederlagsfastsettelse, avtalejustering, tilbakekallsrett. Direktivets bestemmelser om tvisteløsning (artikkel 21) behandles i punkt 4 nedenfor.

Kabel Norge vil innledningsvis fremheve at når nevnte bestemmelser skal gjennomføres, er det helt nødvendig å ta hensyn til de særlige forhold som gjør seg gjeldende i audiovisuell sektor. Audiovisuell sektor skiller seg fra andre områder som er gjenstand for opphavsrett på flere måter. Kabel Norge vil i denne forbindelse særlig trekke frem følgende:

Audiovisuelle verk skapes i det alt vesentlige på bestilling fra en produsent, kringkaster eller annen oppdragsgiver og mot ytelse av et vederlag fra oppdragsgivers side. Det er således ikke den enkelte opphaver eller utøver, men arbeids- eller oppdragsgiver som tar investeringskostnaden knyttet til frembringelsen av verket og som dermed bærer den økonomiske risikoen ved virksomheten. Dersom det audiovisuelle verket ikke lykkes kommersielt, er det arbeids- eller oppdragsgiver som bærer risikoen og må ta tapet, mens opphaver/utøver har fått sin kompensasjon. Den som ikke har tatt noen økonomisk risiko knyttet til frembringelse av verket, har ikke samme berettigede interesse i å nyte godt av en eventuell kommersiell suksess. Dette har blant annet betydning for hvordan åndsverkloven bør regulere forhold som engangsvederlag, etterfølgende vederlagsjustering mv.

I denne forbindelse er det også viktig å være klar over at det i audiovisuell sektor, kun er et fåtall av prosjektene som blir lønnsomme. Det er disse lønnsomme prosjektene som bidrar til å finansiere frembringelsen av nye verk. Det er derfor viktig at det ikke innføres vederlagsbestemmelser som i praksis reduserer investeringsincentivene i norsk audiovisuell produksjon.

Utover dette, må det for audiovisuell sektor også tas tilbørlig hensyn til at audiovisuelle verk er fellesverk med mange rettighetshavere til hvert enkelt verk. Audiovisuelle verk vil også normalt være gjenstand for utnyttelse gjennom flere ledd i en verdikjede. Avtaler og vederlagsfastsettelse i senere ledd i disse verdikjedene, typisk de som involverer distributørene, enten på innkjøpssiden eller mot sluttbruker, vil som hovedregel ikke være knyttet til enkeltverk, men til kanaler og andre samlinger av verk. Det vil derfor kunne være svært vanskelig om ikke umulig å identifisere verdien av rettigheter tilknyttet enkeltverk i slike ledd.

Kabel Norge vil også fremheve at audiovisuell sektor er preget av at rettighetshaverne kombinerer sine enerettsposisjoner med samarbeid om klarering av rettigheter, både gjennom rettighetshaverorganisasjonenes standardavtaler og tariffavtaler på området, samt annen kollektiv rettighetsforvaltning. Brukere av opphavsrett i audiovisuell sektor møter i sine rettighetsforhandlinger monopoler og kartell-lignende samarbeid på rettighetshaversiden. Premisset om den originære rettighetshaver som den svake part i en rettighetsforhandling som disse direktivbestemmelsene bygger på, slår derfor ikke til på det audiovisuelle området. Åndsverklovens regler som er ment å beskytte den svake part i forhandlinger, må tilpasses denne virkeligheten. I motsatt fall, risikerer myndighetene å

styrke dominerende aktørers forhandlingsmakt ytterligere på bekostning av norske forbrukere som til syvende og sist må betale urimelig høye priser.

Audiovisuell sektor er videre preget av raske teknologiske endringer som påvirker hvordan audiovisuelt innhold konsumeres, og dermed også distribusjons- og finansieringsmodeller. Kringkastere og andre innholdstilbydere har i dag tilgang til mange flere distribusjonsplattformer for sine digitale produkter enn hva som var tilfelle tidligere. Publikum har fått en større valgfrihet samtidig som konkurransen blant innholdstilbydere er blitt større. Markedsutviklingen har også medført at abonnementsbaserte bestillingstjenester (SVOD) i økende grad erstatter så vel lineære tjenester (kringkasting) som transaksjonsbaserte bestillingstjenester (TVOD). Kjøp av audiovisuelle innholdsprodukter (EST) er et ubetydelig segment. Nevnte utviklingstrekk gjenfinnes både i kringkasternes egne innholdstjenester og innholdsdistributørens aggregerte tjenestetilbud.

Det er viktig at det ikke innføres regler, for eksempel knyttet til rettighetsklarering og vederlag, som i praksis hindrer at verk utnyttes på nye måter. Som eksempel må åndsverkloven være tydelig på at metodene for fastsettelse av passende vederlag må tilpasses produktutviklingen. Vederlagsmodeller basert på transaksjonsbaserte forretningsmodeller (TVOD og EST) er verken tilpasset eller egnet for abonnementsbaserte tjenester.

En annen utfordring er de tendenser man ser i forhold til fragmentering av rettighetsklarering i audiovisuell sektor. Når ulike type rettigheter enten som følge av lovregler og/eller kollektive avtaler må klareres på ulikt vis, fører det til at transaksjonskostnadene øker og at rettigheter ikke vil bli utnyttet. Åndsverkloven må oppfordre til at alle påregnelige utnyttelsesmåter i audiovisuell sektor, herunder tredjepartsdistribusjon, må kunne klareres i første ledd i verdikjeden slik at senere ledd kan basere seg på at rettigheter er klarert.

I denne forbindelse må norske myndigheter være oppmerksomme på at norsk audiovisuell sektor møter en stadig økende konkurranse fra internasjonale aktører hvis innhold i hovedsak er angloamerikansk. Disse aktørene har et konkurransefortrinn ved at de i praksis ikke underlagt samme begrensinger med hensyn til utnyttelse av rettighetene til sitt innhold som det norske aktører er for norsk innhold, fordi de kan basere seg på at relevante rettigheter fullt ut er klarert. Dersom myndighetene ønsker å legge til rette for en levende norsk audiovisuell sektor som i hovedsak er kommersielt finansiert, må det skapes forutsigbare rammebetingelser, herunder gjennom åndsverkloven, som gjør det attraktivt for næringslivet å investere i frembringelsen av nytt, norsk innhold.

3.2 Avtalelisens (artikkel 12)

Det fremgår ordlyden i direktivet artikkel 12 (2) at anvendelsesområdet er begrenset til veldefinerte bruksområder, der individuell klarering er så byrdefullt og upraktisk som følge av type bruk eller type verk, at lisensiering ellers ikke ville skje. Hovedregelen er således, slik den også er i norsk opphavsrett, at rettigheter skal klareres individuelt.⁴

⁴ Hva gjelder norsk rett vises til Prop. 104 L (2016–2017) side 191, jf. også høringsnotat om ny åndsverklov side 199.

Ved vedtakelsen av ny åndsverklov i 2018, valgte man å ikke ta begrensningene i avtalelisensers anvendelsesområde inn i selve ordlyden, men i stedet la dette fremgå av forarbeidene. Det er uheldig fordi lovens ordlyd da ikke gir uttrykk for det som er lovens hovedregel, og slik sett kan gi et misvisende inntrykk av når avtalelisenser kan anvendes.

Kabel Norge fremhevet allerede i sitt hørings svar til forslaget til ny åndsverklov at det var behov for å lovfeste begrensningene i bruk av avtalelisens, fordi man så tendenser til at begrensningene ikke ble respektert, noe Kabel Norge fortsatt opplever som en utfordring. Flere av de standardavtaler som ulike rettighetshaverorganisasjoner innen det audiovisuelle område lager for sine medlemmer, legger opp til at sentrale utnyttelsesmåter unntas fra den individuelle rettighetsklarering som foretas av produsent (og/eller kringkaster) og i stedet forutsettes klarert via avtalelisensavtaler. Dette til tross for at avtalelisensinstituttet, ifølge eksisterende forarbeider, er forbeholdt situasjoner der det er *«upraktisk eller umulig med individuell klarering»* på området, et vilkår som ikke kan være oppfylt siden bestemmelsene er inntatt i individuelle avtaler.⁵

Konsekvensen av dette er at rettighetsklareringen blir fragmentert, at rettigheter som kunne og skulle vært klarert individuelt, i stedet må klareres av senere ledd i verdikjeden. Da slike senere ledd distribuerer aggregerte innholdsprodukter, må rettigheter klareres kollektivt, typisk gjennom kollektiv avtalelisensiering. Dette fører samtidig til monopolisering av rettighetsklareringen innen det audiovisuelle området. Dermed blir balansen mellom rettighetshaversiden og brukersiden forrykket til skade for norske forbrukere. Når avtalelisensinstituttet misbrukes på denne måten, understreker det behovet for at begrensningene i anvendelse av avtalelisensinstituttet kommer klart til uttrykk i lovteksten, og ikke bare fremgår av forarbeidene.

Kabel Norge vil i den forbindelse fremheve at etter direktivet artikkel 12 (2), skal avtalelisensordningen kun benyttes der individuell klarering som følge av arten av bruken og verket er så byrdefull og upraktisk at lisensiering ellers ikke ville finne sted, typisk fordi transaksjonskostnadene ellers ville være for høye, jf. også fortalen avsnitt 45. Dette er en bedre og mer tydelig formulering enn den som hittil har vært benyttet i de norske forarbeidene sitert over. Kabel Norge mener derfor at åndsverklovens ordlyd bør endres slik at det fremgår klart av ordlyden at avtalelisens bare kan anvendes på *«veldefinerte bruksområder, der innhenting av tillatelse fra rettighetshavere på individuelt grunnlag vanligvis er så byrdefullt og upraktisk at det gjør den påkrevde lisensieringstransaksjonen lite sannsynlig som følge av arten av bruken eller de aktuelle typene verker eller andre beskyttede arbeider»* i samsvar med direktivet artikkel 12 (2).

Det er naturlig at det er avtalelisensorganisasjonen som pålegges å informere rettighetshavere om inngåtte avtalelisensavtaler. Slik Kabel Norge ser det, bør det være tilstrekkelig at informasjon om avtaler publiseres på norsk og engelsk på organisasjonens hjemmesider eller en felles nettside organisert av for eksempel Patentstyret, som ifølge forslaget til lov om kollektiv forvaltning skal ha tilsyn med kollektive forvaltningsorganisasjoner.

Kabel Norge vil fraråde at det innføres noen stillstandsperiode. Det tar ofte lang tid å forhandle frem nye avtalelisensavtaler og det vil være uheldig om rettighetene ikke kan utnyttes så snart avtalen er

⁵ Prop. 69 L (2014–2015) side 20 og, Prop. 104 L (2016–2017) side 191.

endelig. Avtalelisensavtaler har vært benyttet i Norge i mange år uten at det har vært identifisert noe behov for en slik stillstandsperiode. Rettighetshavernes behov for informasjon kan også ivaretas ved at det gis informasjon om at forhandlinger om avtalelisens er innledet.

3.3 Forhandlingsordning (artikkel 13)

Formålet med direktivet artikkel 13 er ifølge fortalen avsnitt 51, å bidra til at audiovisuelle verk blir gjort tilgjengelige i audiovisuelle bestillingstjenester, til tross for at rettighetshaver av ulike grunner ikke har noe incitament, for eksempel av økonomiske grunner, til å bidra til dette. Det er viktig at dette formålet kommer klart til uttrykk i loven.

Begrepet «*videobestillingstjenester*» i artikkel 13, kan være brukt for å skille mellom audiovisuelle bestillingstjenester (typisk TVOD og SVOD) i motsetning til rene audiobaserte bestillingstjenester (musikktjenester, podcast etc.). Siden det er på det rene at bestemmelsen kun er ment å omhandle audiovisuelle verk, kan Kabel Norge ikke se at dette skillet skulle ha noen særlig praktisk betydning. Det bør derfor være tilstrekkelig å vise til åndsverkloven § 3, første ledd d).

Forhandlingsordningen som beskrevet i artikkel 13, har som nevnt i punkt 2.4 over vesentlige likheter med den meglingsordning som Satellitt- og kabeldirektivet artikkel 11⁶ og Nett- og videresendingsdirektivet artikkel 6 gir anvisning på, og bør ses i sammenheng med denne. Slik Kabel Norge ser det, er det i begge tilfeller viktig at det gis tilgang til et kompetent organ som er i stand til å gi reell bistand i fastlåste forhandlinger, jf. også fortalen avsnitt 52, hvoretter det skal utpekes «*one or more competent bodies or mediators*». Industriell audiovisuell kompetanse er i denne sammenheng sentralt.

Det bør kunne anmodes om forhandlingsbistand i forhold til alle typer rettighetshavere. Rettighetene til et audiovisuelt verk kan i mange sammenhenger være samlet på en hånd, men det er heller ikke upraktisk at det er flere rettighetshaver til samme verk. Dette er særlig aktuelt for eldre verk der rettighetsavtalene ikke tar høyde for bestillingstjenester. Rent praktisk antar Kabel Norge at forhandlingsbistand er mest aktuelt der det er visse rettighetshavere i et verk som fortsatt ikke har gitt lisens til den audiovisuelle bestillingstjenesten, mens rettighetene er klarert med andre. Behov for forhandlingsbistand kan også være aktuelt der alle rettigheter er samlet på en hånd.

3.4 Prinsippet om passende og forholdsmessig vederlag (artikkel 18)

Kabel Norge mener at åndsverkloven § 69 ikke er i samsvar med direktivet artikkel 18 og derfor må endres på flere punkter.

3.4.1 Relevant for eksklusive rettigheter

Artikkel 18 gjelder for det første kun ved overdragelse av «*eksklusive rettigheter*», mens åndsverkloven § 69 ikke har noen tilsvarende begrensning. Bakgrunnen for direktivets avgrensning er at rettighetshaver kun har behov for slik beskyttelse som bestemmelsen gir, der rettighetshaver overdrar eksklusive rettigheter. Der rettighetsoverdragelse er ikke-eksklusiv, begrenser lisensen ikke

⁶ Direktiv 1993/93

rettighetshavers egen bruk av verket eller mulighetene til å utnytte retten økonomisk ved å lisensiere den samme rettigheten til andre. Rettighetshaver har da ikke behov for den preseptoriske beskyttelsen åndsverkloven § 69 gir. Åndsverkloven § 69 må begrenses på tilsvarende måte.

3.4.2 *Fysiske rettighetshavere vs. kollektiv forvaltning*

Det fremgår videre av fortalen avsnitt 72, at det er de «fysiske» opphavere og utøvere som artikkel 18 er ment å beskytte. Det er disse som ofte står i en svakere forhandlingsposisjon når de skal forhandle med kommersielle aktører. Kollektive forvaltningsorganisasjoner er profesjonelle aktører og står ikke i noen tilsvarende svak forhandlingsposisjon. Slike organisasjoner har ikke behov for tilsvarende beskyttelse. I audiovisuell sektor skjer mange av rettighetsoverdragelsene i regi av forvaltnings- og avtalelisensorganisasjoner som har monopol og forhandlingsmakt, jf. også punkt 4.2.2 nedenfor der noen av sentrale kollektive forvaltningsorganisasjonene i audiovisuell sektor omtales nærmere. Det har formodningen mot seg at slike organisasjoner ikke kan forhandle frem passende og forholdsmessige vederlag. I disse situasjonene er det brukersiden som i tilfelle må være beskyttet av åndsverkloven § 69.

3.4.3 *Passende og forholdsmessig vederlag*

I utkastet til norsk oversettelse av Digitalmarkedsdirektivet som var vedlagt Kulturdepartementets invitasjon til å gi innspill, er den sentrale del av bestemmelsen feil oversatt. I dette utkastet er formuleringen «*hensiktsmessig og rimelig*» godtgjøring benyttet, dvs. at i det i det norske utkastet er det benyttet samme formulering i artikkel 18 som i artikkel 20. Ingen av de andre språkversjonene som Kabel Norge har gjennomgått, inneholder samme formulering i artikkel 18 og 20. Den engelske versjonen skiller mellom «*appropriate and proportionate*» i artikkel 18 og «*appropriate and fair*» i artikkel 20, den danske mellom «*passende og forholdsmessig*» i artikkel 18 og «*passende og rimelig*» i artikkel 20, den svenske mellom «*lämplig och proportionell*» i artikkel 18 og «*lämplig och skälig*» i artikkel 20 og den tyske mellom «*angemessene und verhältnismäßige*» i artikkel 18 og «*angemessene und faire*» i artikkel 20 osv. Når det gjennomgående benyttes ulike formuleringer, viser det at det foreligger en tilsiktet meningsforskjell.

Begrepet «*appropriate*» («*passende*», «*lämplig*» og «*angemessene*» i andre språkversjoner) kan på norsk best oversettes med «*passende*». Begrepet viser i de andre språkversjonene direkte til EU-domstolens rettspraksis knyttet til vederlagsfastsettelse for immaterielle rettigheter, herunder Premier League-saken premiss 108-110.⁷ Ordlyden i åndsverkloven § 69 bør endres i samsvar med dette slik at denne sammenhengen kommer tydelig frem.

Ifølge EU-Domstolens praksis skal vederlaget nemlig ikke fastsettes etter noen generell rimelighetsvurdering slik bruken av ordet «*rimelig*» i det norske utkastet til oversettelse av artikkel 18 og gjeldene § 69 i åndsverkloven gir inntrykk av. Tvert om har Domstolen benyttet begrepet «*appropriate*» mv. for å understreke at åndsverkløvgivningen ikke er ment å sikre rettighetshaver et størst mulig vederlag, men bare et passende vederlag. Vi viser her til premiss 108 i den engelske versjonen av Premier League-dommen:

⁷ Forente saker C-403/08 og 429/08.

«However, the specific subject-matter of the intellectual property does not guarantee the right holders concerned the opportunity to demand the highest possible remuneration. Consistently with its specific subject-matter, they are ensured – as recital 10 in the preamble to the Copyright Directive and recital 5 in the preamble to the Related Rights Directive envisage – only appropriate remuneration for each use of the protected subject-matter.»

Det norske utkastet til oversettelse av artikkel 18, er også feil når utkastet har oversatt begrepene «proportionate», «forholdsmessig», «proportionell» og «verhältnismäsige» i de andre språkversjonene med det norske ordet «hensiktsmessig». Den korrekte norske oversettelsen av disse begrepene er «forholdsmessig». Direktivets poeng er at vederlaget i samsvar med EU Domstolens rettspraksis skal stå i forhold til den økonomiske verdien rettigheten bidrar med, herunder særlig den verdi rettigheten har i handelen («value of use in trade»)⁸. Det er videre slått fast at det skal tas høyde for tjenestenes publikum, dvs. sluttbrukere, som konsumerer rettighetene:⁹

«In order to be appropriate, such remuneration must be reasonable in relation to the economic value of the service provided. In particular, it must be reasonable in relation to the actual or potential number of persons who enjoy or wish to enjoy the service (see, by analogy, Case C-61/97 FDV [1998] ECR I-5171, paragraph 15, and Case C-52/07 Kanal 5 and TV 4 [2008] ECR I-9275, paragraphs 36 to 38).

Thus, with regard to television broadcasting, such remuneration must in particular – as recital 17 in the preamble to the Satellite Broadcasting Directive confirms – be reasonable in relation to parameters of the broadcasts concerned, such as their actual audience, their potential audience and the language version (see, to this effect, Case C-192/04 Lagardère Active Broadcast [2005] ECR I-7199, paragraph 51).»

Endelig følger det også av EØS-avtalens forpliktelser at omsetningsbaserte vederlag ikke er passende der det er andre metoder som er bedre egnet til å identifisere hvilke verk som faktisk konsumeres og hvilket omfang slik konsumpsjon faktisk har. EU-Domstolen har f. eks. i relasjon til fastsettelse av vederlag for musikk i kringkasting uttalt at:¹⁰

«The remuneration model applied by STIM takes account of the number of musical works protected by copyright actually broadcast, because, as is apparent from the order for reference, the amount of those royalties varies in accordance not only with the revenue of the television broadcasting companies but also with the amount of music broadcast.

However, it is conceivable that, in certain circumstances, the application of such a remuneration model may amount to an abuse, in particular when another method exists which enables the use of those works and the audience to be identified and quantified more precisely and that method is capable of achieving the same legitimate aim, which is the protection of the interests of composers and music editors, without however leading to a disproportionate increase in the costs incurred for the management of the contracts and the supervision of the use of musical works protected by copyright.»

Ved vederlagsfastsettelsen må det gjøres en konkret vurdering både av hvilken verdi de aktuelle rettighetene tilfører sluttproduktet og sluttbrukernes faktiske bruk. Det presiseres også i fortalen avsnitt 73 at vederlaget skal ta hensyn til rettighetshavers bidrag til det samlede verk eller frembringelse. Rene omsetningsbaserte vederlag vil ofte ikke være passende eller forholdsmessige. Dette er fordi ulike rettigheter i ulik grad påvirker verdien av det produkt eller den tjeneste den

⁸ Sak C-52/07 Kanal 5 and TV 4 premiss 36, sak C-192/04 Lagardère Active Broadcast premiss 51 m fl.

⁹ Forente saker C-403/08 og 429/08 premiss 109-110

¹⁰ ¹⁰ Sak C-52/07 Kanal 5 and TV 4 premiss 39-40

aktuelle rettigheten inngår i. Vederlagets størrelse, herunder valg av vederlagsmodell må reflektere dette. En sportskanals verdi er for eksempel knyttet til sportsrettighetene og ikke den eventuelle musikken som også inngår i kanalen. Dersom musikkrettighetshaverne skulle ha rett til en andel av omsetningen knyttet til en slik kanal, vil det representere en urimelig snylting på andre rettigheters verdi og føre til økte kostnader for forbrukerne som ikke står i forhold til musikkens verdi i kanalen. Rene omsetningsbaserte vederlagsmodeller vil derfor ofte kunne føre til et urimelig høyt vederlag.

I andre tilfeller kan minimumsvederlag kombinert med omsetningsbaserte vederlag føre til et uforholdsmessig vederlag. Kabel Norges medlemmer erfarer for eksempel av visse rettighetshavergrupper fremsetter krav som består av en kombinasjon av omsetningsbaserte vederlag og ulike former for minimumsvederlag. Slik kombinerte vederlagsmodeller innebærer at de aktuelle rettighetshaverne krever å ta del i oppsiden ved et omsetningsbasert vederlag, uten samtidig å ta risiko for nedsiden ved et omsetningsbasert vederlag. Vederlagsmodeller som på denne måten sikrer rettighetshavere i pose og sekk og overlater til andre aktører å ta all investeringsrisiko, er ikke forholdsmessige.

I tilfeller der også andre tjenester enn selve innholdstjenesten, for eksempel teknisk fremføring av signalet, inngår i tjenesten, må det også tas hensyn til at deler av omsetningen skal dekke kostnadene ved slik signalfremføring.

Som det fremgår ovenfor er både utkastet til oversettelse av direktivet artikkel 18 og ordlyden i åndsverkloven § 69 misvisende i forhold til gjeldene rett slik den er nedfelt i EU Domstolens praksis. Begge deler må derfor endres. Det må fremgå av ordlyden at vederlaget skal være *«passende og forholdsmessig»*. Det er ikke tilstrekkelig at det vises til EU-domstolens praksis i forarbeidene. Det er viktig at ordlyden, som er den primære rettskilde, gir korrekte assosiasjoner.

3.4.4 Engangsbeløp

Når det gjelder engangsbeløp, overlater fortalet avsnitt 73 til medlemsstatene å definere tilfeller hvor engangsbeløp vil kunne være passende og forholdsmessig. Engangsbeløp vil være passende og forholdsmessig i tilfeller der verk eller prestasjoner skapes på bestilling og mot vederlag. Som nevnt innledningsvis, er det i slike tilfeller andre enn den originære rettighetshaver som tar den økonomiske risikoen ved frembringelsen av verket. Det er da også rimelig at det er denne investoren som skal nyte fruktene av en eventuell kommersiell suksess. Noe annet vil svekke investeringsincentivene i frembringelse av nytt innhold.

Dette er som nevnt særlig praktisk i audiovisuell sektor. Ved produksjon av audiovisuelle verk, er det som hovedregel erververen som investerer i verkets frembringelse, mens rettighetshaver får betalt for sin innsats. Det er nettopp i en slik sektor at engangsbeløp kan utgjøre rimelig vederlag. Engangsbeløp sikrer opphaver en trygg inntekt og medfører at opphaver slipper å ta økonomisk risiko for at verket ikke lykkes kommersielt, men fører til tap. Noe annet hadde vært tilfelle dersom de originære rettighetshavere tok samme risiko som for eksempel produsenten av et audiovisuelt verk, dvs. tar del i oppsiden hvis det går bedre enn forventer og nedsiden, herunder eventuell konkurs, dersom det går dårligere enn forventet. Åndsverkloven kan ikke legge opp til at rettighetshavere skal ha «både i pose og sekk».

3.4.5 *Vederlagsfrie overdragelser*

I avsnitt 82 i fortalen presiseres at direktivet ikke skal forhindre opphaver fra å overdra rettigheter vederlagsfritt. Artikkel 18 må forstås med dette forbehold. En rettighetshaver som gir uttrykk for at en rettighet kan benyttes vederlagsfritt, bør på tilsvarende måte ikke i etterkant kunne fremme krav om vederlagsjustering etter artikkel 20. Det vil kunne sette brukere som har benyttet rettigheten fordi den var vederlagsfri, i en vanskelig situasjon. Et krav om vederlagsjustering må i tilfelle kun rette seg mot fremtidig bruk og ikke bruk som allerede har skjedd.

3.5 **Innsynskrav (artikkel 19)**

3.5.1 *Generelle merknader*

Retten til innsyn må utformes på en fleksibel måte, slik at den kan tilpasses forholdene i den enkelte sektor. Fortalen avsnitt 77 fremhever at reglene særlig bør tilpasses audiovisuell sektor.

Retten til innsyn gjelder overfor rettighetshavers kontraktspartner eller dennes rettsetterfølger («successor in title»). Underlisensstakere (sub-licensees) vil bare være forpliktet til å gi tilgang til informasjon i slike tilfeller som nevnt i artikkel 19 (2). Bestemmelsen medfører således ingen generell adgang til kreve innsyn hos parter rettighetene er viderelisensiert til. Dette er en praktisk viktig avgrensning som må komme klart til uttrykk i loven.

Kabel Norge mener også at retten til innsyn bør begrenses til tilfeller der rettighetshavers bidrag i verket er betydelig, jf. artikkel 19(4). Det er i disse tilfeller innsynsretten har praktisk betydning. En slik avgrensning vil også motvirke misbruk av ordningen.

Det vil være vanskelig å generelt angi hvilken informasjon innsynsretten bør knytte seg til. Dette vil kunne variere fra sektor til sektor, og også innad i sektoren, for eksempel på ulike nivåer av verdikjeden. I audiovisuell sektor vil det kunne være ulike forhold som er avgjørende for hva som er passende vederlag i forholdet mellom originær rettighetshaver og produsent, mellom produsent og kringkaster, mellom kringkaster og distributør osv. Vederlagsfastsettelsen i innholdsdistributørens avtaler mot innholdsleverandører vil ofte være basert på antall abonnenter, men kan også helt eller delvis være basert på engangsbeløp. I andre tilfeller kan vederlaget være omsetningsbasert og/eller være basert på brukeraktivering av innhold/tjenester. Hvilken vederlagsordning som benyttes avhenger blant annet av type innhold, innholdspakketering og sluttbrukerprodukt. Detaljregulering av hva som er relevante opplysninger er derfor ikke hensiktsmessig. Det er avgjørende at regelen er fleksibel og kan tilpasses avtalte vederlagsmekanismer. Der det er avtalt en vederlagsmekanisme som reflekterer omfanget av utnyttelsen, må innsynskravet relatere seg til elementene i denne vederlagsmekanismen. Kabel Norge mener derfor at den formulering som i dag fremgår av åndsverkloven § 70, første ledd annet punktum («*opplysninger om de forhold som har ligget til grunn for vederlagsberegningen*») bør videreføres.

Når det gjelder håndtering av informasjon som utgjør forretningshemmeligheter, bør den mekanisme som er vanlig i kommersielle lisensavtaler benyttes som modell for en eventuell lovregulering. I slike lisensavtaler, er det vanlig å avtale at innsyn kan gjennomføres ved bruk av ekstern revisor, sml. åndsverkloven § 70 annet ledd. Videre vil all kunnskap en avtalepart gjennom avtaleforholdet får tilgang til om den annen parts virksomhet og som ikke allerede er offentlig kjent, være underlagt taushetsplikt. Etter Kabel Norges oppfatning kan nåværende regulering videreføres, men suppleres av en slik taushetspliktbestemmelse.

I kommersielle avtaler forebygges manglende rapportering ved at den part som har krav på rapportering i slike tilfeller har rett til benytte revisor for å hente inn de manglende opplysningene. Det vil også ofte være avtalt at den som lar være å rapportere må bære kostnaden ved slik revisjon. Dette er i praksis et effektivt virkemiddel og kan tjene som utgangspunkt også for en lovregulering.

Revisor kan også benyttes der rettighetshaver har behov for å avklare om en bruk faktisk har opphørt. Dersom det gis feil opplysning om dette fra bruker, er det i realiteten det samme som feil rapportering, og det er således ingen grunn til å regulere dette annerledes.

3.5.2 Tilpasning til audiovisuell sektor

Kravene til hvilken informasjon som kan kreves må være forholdsmessige og tilpasset den enkelte sektor. Ved implementeringen av direktivet, bør Norge benytte seg av muligheten til å begrense rapporteringsplikten til det som er strengt nødvendig og hva som for øvrig er hensiktsmessig, slik at forpliktelsene ikke blir uforholdsmessige.

Det må innføres unntak eller særlige tilpasninger for innsynsretten i audiovisuell sektor slik direktivets artikkel 19 (3) legger opp til, jf. også fortalen avsnitt 77. Innenfor denne sektoren skapes og distribueres det fellesverk. Verkene utnyttes i ulike tidsvinduer, noen ganger gjennom lange verdi- og rettighetsoverdragelseskjeder, på ulike plattformer, i ulike tjenester og i inn- og utland. I flere ledd i verdikjeden lisensieres ikke enkeltverk hver for seg, men snarere samlinger av verk, f. eks. i en kanal eller en abonnementsbasert innholdspakke bestående av et stort antall verk. De senere årene har sluttbrukerne også fått større mulighet til å velge hvilke kanaler og/eller tjenester de ønsker som ledd i sitt abonnement, typisk ved at de selv velger hvilke kanaler de vil ha inn i eller ut av sin innholdspakke. Dette medfører at det som regel ikke vil være mulig å identifisere hvilke inntekter som i de senere omsetningsledd kan tilføres det enkelte verk og/eller rettighet. For Kabel Norges medlemmer som distribuerer tusenvis av verk hver dag, vil det heller ikke være administrativt håndterbart å forholde seg til innsynsbegjæringer fra individuelle rettighetshavere.

Detaljert lovregulering av rapporteringskrav i den enkelte sektor vil kunne legge hindringer i veien for nye måter å rapportere på og nye forretnings- og vederlagsmodeller. Innen audiovisuell sektor er det etablert bransjestandarder for rapporteringsformat, som tar hensyn til de sektorspesifikke behovene for rettighetshaver og erverver. Innsynsretten må ikke utformes på en måte som medfører at dette rapporteringsformatet ikke kan benyttes, men heller vise til bransjestandarder. Det vises her også til direktiv om kollektiv forvaltning artikkel 17 siste punktum, jf. også § 31 i forslaget til ny lov om kollektiv forvaltning.

Slik Kabel Norge ser det, er det tilstrekkelig med en generell ordlyd i loven som viser til at sektorspesifikke bransjestandarder skal legges til grunn.

3.6 Ordning for avtalejustering (artikkel 20)

Krav om justering av vederlag kan etter artikkel 20 (1) rettes mot avtalemotparten eller dennes rettsetterfølger («*successor in title*»). Dette utelukker at krav kan rettes mot underlisenstakere («*sub-licensees*»).¹¹ Kabel Norge oppfatter at krav etter denne bestemmelsen ikke kan rettes mot deres medlemmer fra for eksempel originære rettighetshavere siden rettighetene typisk vil være lisensiert i flere ledd i verdikjeden. Distributørene er siste ledd i verdikjeden før sluttbrukerne.

Etter fortalen skal krav om avtalejustering kun gjelde for avtaler av lang varighet og der verdien av rettighetene blir «*vesentlig*» høyere enn opprinnelig forutsett, og vederlaget dermed «*klart uforholdsmessig*», jf. fortalen avsnitt 78. I vurderingen av dette må det også tas hensyn til hvem som har båret risikoen ved den investering som er gjort i frembringelsen av verket. Dette er særlig relevant i audiovisuell sektor, hvor skapende og utøvende kunstnere i all hovedsak skaper sine verk og frembringelser mot vederlag i arbeids- eller oppdragsforhold. Realiteten er at det er produsenter, kringkastere og distributører som finansierer innsatsen med å lage verket, herunder ved å bestille produksjoner og inngå langsiktige avtaler om distribusjon. Det er disse aktørene, og ikke de originære rettighetshaverne, som tar den økonomiske risikoen og har behov for et investeringsvern. Som allerede nevnt, er det heller ikke slik at rettighetshaversiden innen audiovisuell sektor typisk har en svakere forhandlingsposisjon enn sine kontraktsmotparter. Normalsituasjonen er snarere motsatt, da rettighetshaverne gjerne forhandler kollektivt.

Fortalen avsnitt 78 gir anvisning på at det skal tas hensyn til om vederlaget er fastsatt ved kollektive avtaler. Slik Kabel Norge ser det, må det innebære at der vederlaget er fastsatt gjennom kollektive avtaler, er utgangspunktet at vederlaget er passende med mindre det foreligger helt klare holdepunkter for noe annet. I slike tilfeller må det mer til før et krav om avtalejustering kan vinne frem. Et motsatt utgangspunkt, vil forrykke balansen mellom rettighetshaver og brukersiden i kollektive forhandlinger og føre til økt investeringsrisiko med tilhørende reduserte investeringsincentiver for de som skal investere midler i audiovisuell innholdsproduksjon.

Slik Kabel Norge ser det, bør artikkel 18 og 20 gjennomføres hver for seg. Bestemmelsene regulerer to ulike situasjoner og to ulike vurderinger. Etter artikkel 18 er vurderingen som nevnt i punkt 3.4 over, om vederlaget er «*passende og forholdsmessig*», men vurderingen etter artikkel 20 er om vederlaget er «*passende og rimelig*» (dvs. »*appropriate and fair*» i engelsk språkversjon). Dagens ordlyd i åndsverkloven § 69 som kun benytter ordet «*rimelig*» reflekterer ikke disse nyansene, og gir dermed ikke korrekte assosiasjoner til vurderinger som skal foretas ved vederlagsfastsettelsen og eventuell senere avtalejustering.

Kabel Norge vil også fremheve at forventede fremtidige inntekter står sentralt når det avtales vederlag. I Prop. 104 L (2016–2017) punkt 6.4.6.3 pekes det på at:

«[...] det etter departementets syn uansett vil være slik at inntekspotensialet på avtaletidspunktet – også hva gjelder påregnelig bruk i senere ledd i verdikjeden – vil være sentralt for hva som er å anse som rimelig vederlag. Dersom det avtales adgang til videresalg for potensielt verdifull bruk i senere ledd, bør dette være reflektert i det opprinnelige vederlag om det skal anses rimelig.»

¹¹ Det vises her også til hvordan disse begrepene er brukt i artikkel 19(1) og 19 (2).

Det er viktig å fastholde dette utgangspunktet. Direktivet artikkel 20 er kun ment å gjelde i særlige unntakstilfeller, dvs. «*in the event that the economic value of the rights turns out to be significantly higher than initially estimated*», jf. fortalen avsnitt 78.

Slik Kabel Norge ser det, er det ikke behov for å endre norsk rett ved å innføre en ny lempningsbestemmelse i åndsverkloven. Direktivforpliktelsen må anses oppfylt gjennom avtaleloven § 36. Situasjonen har ikke endret seg siden høringsrunden for ny åndsverklov i 2016, da departementet i Prop. 104 L (2016–2017) punkt 6.6.5 uttalte at det ikke kunne se at det var behov for en særskilt lempningsregel. Dersom det likevel innføres en egen regel om avtalerevisjon for urimelig lavt vederlag, må den gjelde i stedet for avtaleloven § 36.

3.7 Oppsigelse av avtale ved manglende bruk (artikkel 22)

Kabel Norge mener prinsipalt at audiovisuelle verk bør unntas fra oppsigelsesretten, jf. artikkel 22 (2) andre ledd. Verk i audiovisuell sektor er samleverk med mange rettighetshavere til hvert enkelt verk. Rettighetene utnyttes på ulike plattformer og forbrukerne er normalt siste ledd i en lang rettighetsklaringskjede. I tillegg er sektoren preget av raske teknologiske endringer som medfører at hvordan rettigheter utnyttes endres over tid.

Dersom det åpnes for en generell oppsigelsesadgang for audiovisuelle verk, vil det skape utfordringer for et stort antall avtaler og parter. Det vil rokke ved etablerte vederlagsordninger i bransjen som balanserer de originære rettighetshavernes og erververnes behov. Det er ikke uten grunn at audiovisuell sektor er fremhevet i fortalen avsnitt 80 som en sektor der spesielle bestemmelser er aktuelle på nasjonalt nivå. Unntaket i artikkel 22 (2) andre ledd er ment nettopp for denne typen verk.

Innføring av en oppsigelsesadgang vil skape usikkerhet rundt mulighetene for å sikre avkastning av de investeringer som er gjort i verk skapt på bestilling, enten i arbeids- eller oppdragsforhold. En oppsigelsesadgang, særlig en som bestilleren risikerer kan bli utløst før bestilleren selv har hatt fullgod anledning til å utnytte rettighetene, kan svekke incentivene til å investere i norsk innhold.

Man risikerer også at en oppsigelse knyttet til at en nærmere bestemt rettighet ikke er benyttet innen en viss tid, fører til at et produsert verk i det hele tatt ikke blir gjort tilgjengelig for brukerne på den aktuelle utnyttelsesmåten. Det vises her særlig til at audiovisuelle verk ofte utnyttes i ulike tidsvinduer. Hvilke vinduer og hvor lenge hvert av disse vinduene bør vare, vil ikke alltid kunne fastsettes på forhånd og vil også kunne avhenge av type filmverk og filmverkets kommersielle mottakelse. En oppsigelsesadgang vil således kunne tenkes å hindre en tilgjengeliggjøring i senere utnyttelsesvinduer, herunder arkiver.

Er verket skapt mot vederlag og på bestillerens økonomiske risiko, vil være urimelig om de originære rettighetshaverne etter en oppsigelse sitter igjen med både vederlaget og rettighetene. Det bør derfor også gjøres unntak eller særlige tilpasninger, herunder tilbakebetaling av eventuelt mottatt vederlag, der det er tale om verk og prestasjoner skapt på bestilling og mot vederlag.

Departementet har stilt spørsmål ved om forslaget til bestemmelse om rett til oppsigelse ved manglende bruk fra høringsnotatet om ny åndsverklov fra 2016, kan være et egnet utgangspunkt for en eventuell ny regulering. Kabel Norge har flere innvendinger mot dette forslaget, i hvert fall i den grad departementet ikke unntar audiovisuell sektor fra oppsigelsesadgangene.

For det første er den foreslåtte fristen på tre år altfor kort. Hva som er «reasonable», jf. direktivet art 22 (3), må tilpasses den enkelte sektor, jf. ordlyden «*taking into account ... the specificities of the different sectors and the different types of works and performances*» i artikkel 22 (2) (a), sml. også fortalen avsnitt 80. Audiovisuelle produksjoner har en svært lang forberedelses-, finansierings og produksjonsfase, og først deretter begynner en utnyttelse som kan skje over lengre tid og i ulike vinduer. Når det blir aktuelt å utnytte en enkelt rettighet, er dermed ofte ikke kjent på forhånd og kan påvirkes av forhold utenfor erververens kontroll. Kabel Norge mener derfor at filmverk bør unntas fra oppsigelsesadgangen, men hvis tilbakekallsretten likevel skulle kunne brukes for filmverk, må fristen være vesentlige lengre enn de foreslåtte tre år.

Kabel Norge mener videre at forslaget savner en nærmere regulering av terskelen for hva som utgjør «bruk». For audiovisuelle produksjoner som filmverk, bør aktive investeringer i utviklingen av verket være tilstrekkelig til å avskjære tilbakekall. Noe annet vil skape umulige situasjoner for verk med lang produksjonstid, som er vanlig innen denne sektoren.

En bestemmelse om oppsigelsesadgang må dessuten inneholde en formulering av kreditormora, jf. artikkel 22 (4). Det bør videre gjøres uttrykkelig unntak for manglende utnyttelse som skyldes forhold som er under den originære rettighetshaverens kontroll. Forslaget savner også regulering av delvis oppsigelse, jf. direktivets ordlyd «*revoke in whole or in part*» i artikkel 22 (1).

Kabel Norge støtter departements vurderinger om forslaget hva gjelder fellesverk slik de kom til uttrykk i høringsnotatet til ny åndsverklov punkt 6.7.3.5. Dersom en oppsigelsesadgang skal være aktuell, må det i det minste forutsette at alle rettighetshavere er enige om det. Tilsvarende, der et verk er ervervet for bruk sammen med andre verk, og ment å brukes i et fellesverk, bør ikke den originære rettighetshaveren for det enkelte verket kunne «*velte lasset*» for alle de andre originære rettighetshaverne som har overdratt rettigheter til verk som skal inngå i fellesverket.

Forslaget regulerer ikke konsekvensene av oppsigelse. Som nevnt tidligere, mener Kabel Norge at en oppsigelse må medføre at vederlag som allerede er mottatt av den originære rettighetshaveren må tilbakeføres til erververen, på samme måte som rettigheten da tilbakeføres til rettighetshaveren. Det bør fremgå uttrykkelig av gjennomføringsbestemmelsen.

4 Tvisteløsning (digitalmarkedsdirektivet artikkel 21 og Stortingets anmodningsvedtak ifm. åndsverkloven § 69)

Kabel Norge vil nedenfor adressere direktivets bestemmelser om tvisteløsning i tvister knyttet til krav om vederlagsjustering og tilgang til informasjon (digitalmarkedsdirektivets artikkel 21. I tilknytning til direktivets bestemmelser om tvisteløsning, vil vi også kommentere Stortingets anmodningsvedtak knyttet til utredning av behovet for innføring av alternativ tvisteløsning innen opphavsrettsområdet.

4.1 Tvisteløsning knyttet til direktivets bestemmelser om avtalejustering og informasjonsplikt (artikkel 21 jf. artikkel 19 og 20)

4.1.1 Behovet for alternativ tvisteløsning

Kabel Norge kan ikke se at det foreligger noe behov for innføre en ny alternativ tvisteløsningsordning for behandling av tvister etter artikkel 19 og 20 i Norge utover de regler man allerede har i tvisteloven.

Slik Kabel Norge ser det, vil partenes rett til å be om rettsmekling etter tvisteloven kvalifisere som alternativ tvisteløsningsordning etter artikkel 21. Det vises her til fortalen avsnitt 79, tredje setning der det fremgår at medlemsstaten kan benytte en eksisterende ordning («*rely on an existing one*») også når denne inngår i det nasjonale rettssystemet («*including when part of the national judiciary system*»). Rettsmekling etter tvisteloven er en etablert alternativ tvisteløsningsordning, og det er flere dommere ved Oslo tingrett som har opparbeidet omfattende meklingskompetanse. Ved at Oslo tingrett er gjort til tvunget verneting i saker som angår opphavsrettigheter, har man i Norge tatt grep for å bygge opp den opphavsrettslige kompetansen i domstolene. Det vil svekke formålet med åndsverkloven § 85 om aktuelle tvistesaker legges til andre organer. Oslo tingrett bør således ha både kompetanse og erfaring til å håndtere tvister om avtalejustering og informasjonsplikt ved bruk av tvistelovens bestemmelser, herunder om rettsmekling.

Det å delta i alternative tvisteløsningsordninger knyttet til artikkel 19 og 20 skal dessuten være frivillig, jf. henvisningen til en «*voluntary*» alternativ tvisteløsningsprosedyre i artikkel 21. Det betyr at ingen part kan tvinges til å medvirke i noen slik alternativ tvisteløsningsordning mot sin vilje. Å innføre alternative tvisteløsningsordninger som en eller flere av partene vil være forpliktet til å delta i, vil være i strid med direktivbestemmelsen. Å benytte en slik ordning må være ønsket av begge parter i en tvist. Tvistelovens regler om rettsmekling vil oppfylle kravet til frivillighet.

I tillegg kommer at den alternative tvisteløsningsordningen ifølge fortalen avsnitt 79, skal være «*without prejudice to the right of the parties to assert and defend their rights by bringing an action before a court*». Det vil således være i strid med direktivet å innføre et voldgiftslignende tvisteløsningsorgan eller begrense adgangen til å få tvisteløsningsorganets avgjørelser overprøvet av domstolene, slik det i dag er for nemndsordningene innen opphavsrettsområdet.¹² Ved å innføre et separat tvisteløsningsorgan i tillegg til domstolene, risikerer man at tvisteløsning innen disse områdene bare blir enda mer ressurskrevende og kostbart for partene.

4.1.2 Forholdet mellom artikkel 21 og fortalen avsnitt 81

Departementet har i sitt spørsmålsskriv stilt spørsmål ved forholdet mellom artikkel 21 og fortalen avsnitt 81, herunder om dette innebærer at en part kan tvinge en annen til å delta i alternativ tvisteløsning. Svaret på dette er nei. Ingen part kan tvinges til å delta i en alternativ tvisteløsning.

At det skal være frivillig for begge parter å delta i alternative tvisteløsningsprosedyrer, følger eksplisitt av begrepet «*frivillig*» («*voluntary*») i direktivet artikkel 21. Som fremhevet ovenfor, skal den alternative tvisteløsningsordningen heller ikke begrense partenes rett til å bringe tvistesaken inn for

¹² Disse anses som forvaltningsavgjørelser og da kan det kun anlegges ugyldighetssøksmål.

domstolen.¹³ Også reelle hensyn underbygger dette. Det vil være mer tidkrevende og mer kostbart for alle involverte om én av partene kan tvinge gjennom en runde med alternativ tvisteløsning dersom den annen part egentlig ønsker en domstolsbehandling.

Fortalen avsnitt 81 knytter seg til artikkel 23 (1) – ikke artikkel 21 – og må leses i lys av dette. Artikkel 23 (1) slår fast at artikkel 19, 20 og 21 ikke kan fravikes ved avtale. Det betyr at for eksempel avtalebestemmelser («*contractual provisions*») ikke kan frata en opphaver eller utøvere retten til å kreve avtalejustering, be om innsyn eller gjøre bruk av alternativ tvisteløsning. Hva gjelder artikkel 21, vil den praktiske betydningen være at tvisteløsningsklausuler som viser til et gitt tvisteløsningsorgan (for eksempel domstol eller voldgift) skal avgjøre tvister mellom partene, ikke fratar partene muligheten til frivillig til å benytte en alternativ tvisteløsningsprosedyre.

4.2 Tvisteløsning for fastsettelse av vederlag

4.2.1 Generelt behov for alternativ tvisteløsningsordning for tvister om vederlag

EU har ikke sett behov for at det skal innføres noen generell alternativ tvisteløsningsordning for fastsettelse av vederlag. Det er helt naturlig. Der bruk av en rettighet forutsetter avtale, kan den rettighetshaver eller bruker som finner at den annen parts tilbud eller krav om vederlag ikke er akseptabelt, la være å inngå avtale. Det er ikke noe behov for at et eksternt organ fastsetter vederlag i slike situasjoner. Som vi vil komme nærmere tilbake til i punkt 4.2.3 nedenfor, setter også EØS-avtalen begrensninger på hvilke alternative tvisteløsningsordninger som kan innføres blant annet innen det audiovisuelle området. Generelt synes foreliggende EU-regelverk å prioritere meklingsbistand fremfor ordninger som fastsetter vederlag utenfor domstolene. Kabel Norge støtter EUs tilnærming på dette punkt.

Årsaken til at Kabel Norge er imot alternative tvisteløsningsorganer som fastsetter vederlag, er at vederlagets størrelse er helt avgjørende for om en bruker ønsker å utnytte en rettighet eller ikke. Et vederlag skal stå i forhold til den økonomiske verdien av utnyttelsen.¹⁴ Det er partene som er nærmest til å ta stilling til hva denne verdien er. Å overlate en så sentral kommersiell beslutning til et utenforstående tvisteløsningsorgan, som ikke på samme måte som partene selv kjenner de markeder og økonomiske realiteter partene må forholde seg til, vil for en kommersiell aktør ikke være forsvarlig og vil redusere investeringsincentivene.

Det er i så måte både en prinsipiell og praktisk forskjell mellom det å fastsette vederlaget ved inngåelse av avtale, som Kabel Norge oppfatter departementet stiller spørsmål ved behovet for, og det å ta stilling til et eventuelt krav om vederlagsjustering på et senere tidspunkt som følge av forhold som er oppstått etter at partene inngikk sin avtale, slik Digitalmarkedsdirektivet legger opp til. I sistnevnte tilfelle vil tvisteløsningsorganet kunne forholde seg til hva partene opprinnelig oppfattet som den kommersielle verdien av rettigheten i lys av forventet markedsutvikling og sammenholde dette med den senere faktiske utvikling.

¹³ Fortalen avsnitt 79 siste setning.

¹⁴ Forente saker C-403/08 og 429/08 premiss 107 flg

Kabel Norge vil også fremheve at mange av de begjæringer om vederlagsfastsettelse som bringes inn for alternative tvisteløsningsorganer innen opphavsrettsområdet, i realiteten ikke dreier seg om utmåling av vederlag, men om grunnlaget for kravet. Dette gjaldt for eksempel den såkalte videresendingssaken (Kabeltvistnemndas forente saker KTN-2010-1 og KTN-2010-4 (Norwaco – RiksTV)) hvor det egentlige tvistepunkt var om det forelå videresending eller ikke, og den såkalte suppleringskravsaken (Kabeltvistnemndas sak KTN-2012-2 (Norwaco – CDK, Get m.fl.) hvor det underliggende tvistetema var om kringkaster (og tidligere ledd i verdikjeden) hadde klarert videresendingsrettigheter eller om slike rettigheter måtte klareres gjennom avtalelisens med Norwaco. Et nyere eksempel er Vederlagsnemndas sak 1/2020 (Gramo – Kappahl), der den underliggende tvisten var om bruk av nærmere angitte lydopptak var omfattet av åndsverkloven § 21 og dermed fordret betaling til Gramo eller ikke. Nemnda konkluderte at dette ikke var en tvist om vederlagsfastsettelse og avviste derfor Gramos begjæring. Også i flere andre saker der det er fremsatt begjæring om fastsettelse av vederlag, har nemnder prejudisielt tatt stilling til flere spørsmål som relaterer seg til grunnlaget for kravet. Erfaring viser med andre ord at det er vanskelig å skille utmålingssakene fra andre saker. Dette har sammenheng med at utmåling av vederlag i mange saker henger tett sammen med ansvarsgrunnlaget. Dette taler slik Kabel Norge ser det, for at tvister om vederlagsutmåling ikke bør skilles ut til særskilt behandling.

Slik Kabel Norge ser det, foreligger det allerede en god tvisteløsningsordning på opphavsrettsfeltet gjennom domstolene. Tvister i saker om opphavsrett har som nevnt tvunget verneting ved Oslo tingrett, jf. åndsverkloven § 85, for å sikre kompetanse på dette rettsområdet.¹⁵ Dersom man unntar et så sentralt område som vederlagsfastsettelse fra domstolenes kompetanse, undergraver man dette formålet.

Dersom departementet derimot finner at tvistelovens regler ikke er tilstrekkelig, vil Kabel Norge foreslå at departementet fokuserer på å etablere ordninger som kan hjelpe partene med å komme frem til en avtale, dvs. etablering av meklingsordninger. Departementet kan innføre mer generell meklingsordning etter mønster av Digitalmarkedsdirektivet artikkel 13 og de meklingsordningene som fins i Satellitt- og kabeldirektivet artikkel 11 og Nett- og videresendingsdirektivet artikkel 6.

4.2.2 Behov for etablering av alternative tvisteløsningsordninger knyttet til kollektiv forvaltning

Kabel Norge mener at det ikke er behov for å etablere noen særlig tvisteløsningsordning, utover eventuell mekling, for tvister om vederlag knyttet til kollektiv forvaltning av opphavsrett.

Bakgrunnen for at Stortinget ba regjeringen om å utrede en tvisteløsningsordning for fastsetting av rimelig vederlag, var ifølge komiteens merknader i Innst. 258 L (2017–2018) på side 6 at komiteen hadde fått *«innspill som forklarer at det i dag ofte beror på økonomisk tyngde når det kommer til hvem som tar vederlagsfastsettelse til domstolen»* og at disse innspillene viste at det er *«behov for en særskilt tvisteløsningsmekanisme, slik at opphavere kan fremme krav om rimelig vederlag utenfor domstolene, selv om de ikke har samme størrelse eller økonomiske styrke som motparten»*. Stortingets

¹⁵ Prop. 104 L (2016–2017) side 296.

anmodning er altså knyttet til de tilfeller der det er en stor ubalanse i hvilke ressurser rettighetshaver og bruker har tilgang til.

Tvister om vederlag mellom brukere og kollektive forvaltningsorganisasjoner som TONO og Norwaco, som begge er viktige forvaltere av rettigheter innen det audiovisuelle området, faller følgelig utenfor det område som Stortinget med sin anmodning har tatt sikte på. Slike organisasjoner representerer ikke bare enerettigheter etter åndsverkloven, men også samtlige eller nær samtlige av aktuelle rettighetshavere i den type verk de representerer. Norske kollektive forvaltningsorganisasjoner er høyt profesjonelle aktører med betydelige ressurser. TONO med sine 60 ansatte hadde eksempelvis en brutto omsetning på 771 029 047 kroner i 2019. Dette representerte en omsetningsøkning på 9,01% sammenlignet med året før. TONO rapporterte om «svært god utvikling» i de største markedsområdene med «konsert, filmstreaming/VOD og TV-distribusjon som de områder som øker mest», og leverte dette året en rekordstor høstavregning til medlemmene.¹⁶ Nevnte forhold som TONO selv fremhever i sin årsrapport, er ikke forenelig med en svak forhandlingsposisjon som skulle tilsi at organisasjonen trenger tilgang til noen særskilt tvisteløsningsmekanisme. Norske og utenlandske konkurransemyndigheter har også i en lang rekke avgjørelser slått fast at for eksempel TONO og deres søsterorganisasjoner er monopolister med markedsrett. Det vises for eksempel til Konkurransetilsynets uttalelse i sak V1999-33.¹⁷

«Etter Konkurransetilsynets vurdering fører TONOs monopolstilling til at organisasjonen er i stand til å utøve markedsrett både overfor rettighetshavere og brukere. Markedsrett gir uttrykk for i hvilken grad en aktør har muligheter til å opptre uavhengig av sine faktiske eller potensielle konkurrenter, ofte uttrykt ved muligheten til selv å sette prisen på sine produkter. En aktør vil ha slik uavhengighet dersom sluttbrukerne ikke har gode alternativer til leverandørens produkter.»

Kollektive forvaltningsorganisasjoners forhandlingsposisjon kan ikke forveksles med den posisjon den enkelte fysiske opphaver eller utøver har i selvstendige forhandlinger med kommersielle brukere.

Som vi vil gjøre nærmere rede for nedenfor, legger EØS-retten også flere føringer på hvilke tvisteløsningsordninger som kan etableres innen kollektiv forvaltning.

4.2.3 EØS-avtalen legger begrensninger på hvilke tvisteløsningsordninger som kan etableres

EØS-retten inneholder en rekke særlige regler knyttet til tvisteløsning innen audiovisuell sektor og også kollektiv forvaltning mer generelt.

Satellitt- og kabeldirektivet artikkel 11 og 12 pålegger norske myndigheter å etablere en meklingsordning og sikre at forhandlinger om rettigheter foregår i god tro. Etter klage fra Kabel Norge, innledet EFTAs Overvåkningsorgan 19. februar 2014 sak mot norske myndigheter for mangelfull gjennomføring av dette direktivet fordi det alternative tvisteløsningsorgan som Norge hadde etablert for fastsettelse av vederlag ved videresending (Kabeltvistnemnda), ikke tilfredstilte disse direktivbestemmelsene. Under behandlingen av denne saken, foreslo departementet ulike

¹⁶ Kilde: TONOs årsrapport for 2019, se <https://www.tono.no/om-tono/arsrapporter/arsberetning-2019/>

¹⁷ <https://konkurransetilsynet.no/decisions/1470-v1999-33/> Saken gjaldt TONOs daværende vederlagsmodeller mot kringkastere.

justeringer i nemndas kompetanse, blant annet at nemndas avgjørelser skulle fatte vedtak som kun skulle være rådgivende og at nemnda først skulle gjennomføre mekling og kun fastsette vederlag der meklingen ikke første frem. Ingen av disse justerte forslagene tilfredsstilte direktivet artikkel 11 og 12. Det var først etter at departementet la frem et lovforslag som avviklet Kabeltvistnemnda og erstattet nemnda med en meklingsordning, at EFTAs Overvåkningsorgan avsluttet saken. Dette betyr at tilsvarende tvisteløsningsordninger ikke kan innføres på videresendingsområdet, jf. også artikkel 6 i Nett- og videresendingsdirektivet som tilsvarende Satellitt- og kabeldirektivet artikkel 11.

Vi viser også til Digitalmarkedsdirektivet artikkel 13, jf. punkt 3.3 ovenfor, hvoretter det på tilsvarende måte som i ovennevnte direktiv skal etableres en meklingsordning for klarering av rettigheter i audiovisuelle bestillingstjenester. I relasjon til artikkel 13, fremgår det også av fortalen avsnitt 79 at denne ordningen ikke skal hindre partenes tilgang til domstolene. Å innføre ytterligere tvisteløsningsordninger på dette området vil etter Kabel Norges oppfatning være i strid med direktivet, jf. også ovennevnte prosess med EFTAs Overvåkningsorgan knyttet til Satellitt- og kabeldirektivet.

Når det gjelder tvister mellom brukere og kollektive forvaltningsorganisasjoner mer generelt, er det blant annet for å motvirke eventuelt misbruk av dominerende stilling fra disse forvaltningsorganenes side, allerede forutsatt at tvister om foreslåtte lisensvilkår fra kollektive forvaltningsorganisasjoner, herunder om forslaget oppfyller kravene til å være basert på objektive og ikke-diskriminerende kriterier samt rimelighet, skal kunne bringes inn for domstolene, jf. § 53 i forslag til lov om kollektiv forvaltning. Dette forslaget gjennomfører artikkel 35 (1) i direktiv om kollektiv forvaltning. Å innføre en annen alternativ tvisteløsningsordning før man har innhentet erfaring med hvordan dette fungerer, synes ikke hensiktsmessig.

Det følger for øvrig av artikkel 35 (2) i direktiv om kollektiv forvaltning at norske myndigheter ikke kan begrense partenes adgang til å bringe tvister om foreslåtte og eksisterende lisensvilkår mellom brukere og kollektive forvaltningsorganisasjoner inn for domstolene. Tilsvarende gjelder for tvister mellom kollektive forvaltningsorganisasjoner og brukere hva gjelder slike forhold som nevnt i artikkel 34 i direktivet om kollektiv forvaltning. Å innføre (eller beholde) alternative tvisteløsningsordninger der for eksempel en nemnd treffer vedtak om vederlagsfastsettelse som anses som forvaltningsvedtak etter forvaltningsloven, vil følgelig være i strid med direktivet artikkel 35 (2). Dette som følge av at det er begrenset adgang til å kreve forvaltningsrettslige avgjørelser overprøvet av domstolene.

Av nevnte årsaker, kan Kabel Norge ikke se at det er hensiktsmessig å innføre nye tvisteløsningsordninger som medfører fastsettelse av vederlag.

4.3 Subsidiært: Hvordan bør en eventuell tvisteløsningsordning utformes

Slik Kabel Norge ser det, vil det vil være i strid med grunnleggende rettsprinsipper og alminnelig rettsfølelse om norske myndigheter etablerer en ordning som kan oppfordre til eller gjøre det enkelt å fravike det grunnleggende prinsipp i norsk rett om at inngåtte avtaler skal holdes. Det går her et grunnleggende skille mellom denne situasjonen og slike situasjoner som Digitalmarkedsdirektivet artikkel 20, jf. 21 tar sikte på hvor de faktiske forhold har utviklet seg annerledes enn forutsatt ved avtaleinngåelsen.

En part som etter å ha inngått en avtale om vederlag, vil dersom vedkommende skulle mene at det avtalte vederlaget ikke tilfredsstiller åndsverklovens krav, uansett ha rett til å få avgjort en slik tvist for domstolene. Noe behov for å innføre en alternativ tvisteløsningsordning som skal overprøve avtalt

vederlag ut over dette, foreligger ikke. Kabel Norge har i det hele vanskelig med å se at det tjener noe aktverdig formål å innføre en alternativ tvisteløsning knyttet til eventuell overprøving av en inngått avtale om vederlag kort tid etter at avtale er kommet i stand. Vederlagets størrelse står sentralt både for rettighetshavers valg om å lisensiere og brukers beslutning om å iverksette bruken og den annen part i avtalen har en beskyttelsesverdig interesse i å kunne stole på inngåtte avtaler. Ved klarering av audiovisuelle verk og andre samleverk vil dessuten det samlede vederlag for bruken av verket være relevant for bruker. Man kan tenke seg en situasjon der for eksempel en nemnd fastsetter et så mye høyere vederlag for en av rettighetene at det ikke lenger blir regningssvarende for bruker å distribuere verket eller tilby tjenesten. Dette reiser spørsmål ved vedtakets konsekvenser for andre avtaler (andre rettigheter) knyttet til det samme verket.

Som det fremgår over, legger EØS-avtalen dessuten vesentlige begrensninger på hvilke alternative tvisteløsningsordninger som kan innføres innen det audiovisuelle området og i tvister mellom brukere og kollektive forvaltningsorganisasjoner. Det er størst rom for å innføre meklingsordninger hvor partene tilbys forhandlingsbistand for å komme frem til en avtale. Som nevnt krever dessuten så vel Satellitt- og kabeldirektivet, Nett- og videresendingsdirektivet og Digitalmarkedsdirektivet at det etableres nærmere bestemte meklingsordninger innen det audiovisuelle området. Slik Kabel Norge ser det, vil tilgang til meklingsbistand i avtaleforhandlingene kunne være hensiktsmessig også for andre områder hvor det skal fastsettes vederlag etter åndsverkloven.

Kabel Norge vil derimot fraråde at meklingsorganet gis myndighet til å treffe vedtak om vederlag dersom meklingen ikke når frem. Dette vil på påvirke hele meklings situasjonen på en måte som gjør at meklingen ikke blir reell. Det vises også til at norske myndigheter i saken knyttet til mangelfull gjennomføring av Satellitt- og kabeldirektivet, ikke fikk EFTAs Overvåkningsorgans aksept for at en ordning der Kabelvistnemnda først meklet før den eventuelt traff avgjørelse der mekling ikke førte frem, ville tilfredsstille direktivets krav. Det var som nevnt i punkt 4.2.3 over, først når norske myndigheter avvirket nemnda og foreslo en ren meklingsordning at EFTAs Overvåkningsorgan la vekk saken.

4.4 Saksbehandlingsregler

Som det fremgår over, mener Kabel Norge at det er mer hensiktsmessig å etablere meklingsordninger, fremfor nemnder eller andre alternative tvisteløsningsorganer som treffer beslutninger om vederlagets størrelse. I og med at disse tvistene uansett vil kunne prøves av domstolene i etterkant, vil nemndsløsninger slik Kabel Norge ser det, kunne ende opp med å kun bli et forsinkende og fordyrende mellomledd.

Dersom departementet likevel skulle velge å foreslå at det innføres alternative tvisteløsningsordninger som skal treffe beslutninger om vederlagenes størrelse, er det etter Kabel Norges oppfatning avgjørende at disse underkastes andre saksbehandlingsregler enn det som er tilfelle med dagens og tidligere nemndsordninger innen opphavsrettsområdet. Kabel Norges erfaringer fra Kabelvistnemnda avdekket at det fra et rettssikkerhetssynspunkt er svært alvorlige svakheter ved disse nemndordningen.

Som nevnt i punkt 4.2.1 over, vil svært mange av de saker som fremmes som begjæringer om utmåling av vederlag i realiteten dreie seg om eller fordre at det alternative tvisteløsningsorganet prejudisielt tar stilling til spørsmål knyttet til grunnlaget for kravet. Dette kan i mange tilfeller kreve omfattende bevisvurderinger og tilgang til bevis som partene ikke selv har tilgang til. Dette krever tilgang til andre prosessuelle virkemidler enn det de nemnder man hittil har hatt innen opphavsrettsområdet, er gitt

tilgang til. Problemstillingen kan illustreres av den såkalte suppleringskravsaken, der Norwaco fremmet et krav om vederlagsfastsettelse for Kabelvistnemnda for flere titalls TV-kanaler basert på en påstand om at kringkasterne og deres hjemmelsmenn ikke hadde klarert videresendingsrettigheter. Saken avdekket et praktisk viktig særtrekk ved tvister innen det audiovisuelle området, nemlig det at distribusjon av audiovisuelt innhold er basert på et meget stort antall rettighetsoverdragelser foretatt i flere ledd i en verdikjede, at mange av disse overdragelsene har skjedd i utlandet og i avtaler underlagt utenlandsk rett. Partene i disse rettighetsoverdragelse var ikke parter i nemndsaken, og Kabelvistnemnda manglet de helt grunnleggende prosessuelle virkemidler som var nødvendig for at relevante avtaler kunne fremlegges for nemnda. Alternative tvisteløsningsorganer må, dersom de innføres, gis tilsvarende prosessuelle virkemidler som domstolene med hensyn til å pålegge tredjemenn i inn- og utland som har bevis som vil ha betydning for saken, plikt til å fremlegge disse og til å pålegge slike tredjeparter vitneplikt.

Det er også helt avgjørende at domstolene fullt ut kan overprøve de avgjørelser slike alternative tvisteløsningsorganer treffer. De alternative tvisteløsningsordninger man hittil har hatt innen opphavsrettsområdet har i realiteten medført at adgangen til å få overprøvet utmålingen av vederlaget, i praksis har blitt avskåret. Årsaken er at disse nemndenes avgjørelser prosessuelt har blitt ansett som forvaltningsavgjørelser, noe som medfører at adgangen til å bringe avgjørelsen inn for domstolene er begrenset til ugyldighetssøksmål. En overprøving av den skjønnsmessige utmålingen er dermed i praksis utelukket som følge av læren om forvaltningens frie skjønn. At det er et rettssikkerhetsmessig behov for at partene gis anledning til å få overprøvet fastsettelse av vederlag kan illustreres ved Kabelvistnemndas to avgjørelser knyttet til fastsettelse av vederlaget til TV 2 for videresending av TV 2 Hovedkanalen for 2009 og 2010.¹⁸ I disse sakene økte vederlaget kabeldistributørene ifølge Kabelvistnemnda skulle betale for TV 2 Hovedkanalen fra kr 0,56 per abonnement per måned til kr 5 per abonnement per måned, dvs. at vederlaget økte med multiplikator på nærmere 10 fra et år til et annet. Uavhengig av hvilken av disse avgjørelsene en måtte mene var den riktige, så viser spennet i disse vederlagsfastsettelsene at det er et rettssikkerhetsmessig behov for at domstolene kan overprøve alle sider av tvisteløsningsorganets avgjørelser, herunder den skjønnsmessige utmålingen av vederlaget. Dette rettssikkerhetsaspektet ligger selvsagt også bak direktivet om kollektiv forvaltning og Digitalmarkedsdirektivets formuleringer omtalt i punkt 3.2.3 over, om at alternative tvisteløsningsordninger ikke skal hindre partenes rett til å bringe slike tvister inn for domstolene.

Kabel Norge vil avslutningsvis gi uttrykk for at Kabel Norge er skeptisk til at tvisteløsningsordning forbeholdes saker hvor tvistesummen er begrenset oppad til en viss sum. En slik avgrensning vil være lett å omgå, ved at vederlagskrav begrenses i tid eller til en begrenset del av de rettigheter/verk som kravet reelt sett angår. Dersom departementet foreslår å innføre en alternativ tvisteløsningsordning, vil Kabel Norge heller foreslå at departementet vurdere å innføre en ordning som kun kan tas i bruk av enkeltstående fysiske rettighetshavere som selv forvalter sine rettigheter. Stortingskomiteens uttalelser i Innst. 258 L (2017–2018) på side 6 (sitert i punkt 4.2.2 over) tilsier at det er disse tilfellene departementet har hatt i tankene.

¹⁸ KTN-2008/2 og forente saker KTN-2010/2 og KTN-2010/3.

Vi takker for anledningen til å gi innspill. Dersom departementet har spørsmål til ovennevnte eller ønsker at vi utdyper våre standpunkter, står Kabel Norge selvsagt til disposisjon.

Med vennlig hilsen

Kabel Norge

Haakon Li Dragland
Styreleder