

Kulturdepartementet  
Postboks 8030 Dep  
0030 OSLO

DERES REF.  
2011/03961 ME/ME1 SFA:ELT

VÅR REF.  
2495576/6

ANSVARLIG ADVOKAT  
BERGAN HELGE OLAV

DATO  
OSLO, 5. JANUAR 2012

## **HØRINGSUTTALELSE FRA RIKSTV VEDRØRENDE FORSLAG OM FORSKRIFT OM OVERGANGSREGLER TIL ÅNDSVERKLOVEN**

### **1. Innledning**

Det vises til departementets høringsbrev av 18. november 2011 om forslag til forskrift om overgangsregler til lov 17. juni 2005 nr. 97 om endringer i åndsverkloven.

Nærværende høringsuttalelse inngis på vegne av RiksTV AS (RiksTV).

RiksTV, som p.t. videresender SVT 1 trådløst i det digitale bakkenettet, er opptatt av at det finnes en klar og velfungerende avtalelisensordning på videresendingsområdet. At lovgivningen stiller visse krav til avtalelisensorganisasjoner og at slike organisasjoner ikke kan opptre i markedet uten departemental godkjenning, bidrar til å sikre dette.

De krav som *i dag stilles* til slike organisasjoner følger av åndsverkloven § 38a, og innebærer for det første at organisasjonen må representere *"en vesentlig del av opphavsmennene til verk som brukes i Norge"* (representativitetskriteriet), og for det andre at organisasjonen må være *"godkjent av departementet"* (godkjennelseskriteriet). Begge kriteriene må være oppfylt for at en organisasjon skal kunne inngå avtaler med avtalelisensvirkning.

Det følger videre av åndsverkloven § 34 at eneretten til videresending ikke kan gjøres gjeldene individuelt av den enkelte opphavsmann, men bare kan *"utøves gjennom organisasjon som er godkjent etter § 38a"*. Krav til kollektiv forvaltning følger tilsvarende av artikkel 9.1 i satellitt- og kabeldirektivet fra 1993. I så måte er videresendingsretten en type *"enerett"* hvor rettighetens praktiske betydning og verdi er betinget av kollektiv håndhevelse,

og der initiativet til etablering av organisasjon(er) som oppfyller lovens krav og kan godkjennes av departementet ligger hos rettighetshaverne.

Kabeltvistnemnda har i vedtak av 28. juni 2011 konkludert med at Norwaco siden 2005 har opptrådt *uten godkjenning* og at organisasjonen heller *ikke oppfyller representativitetskriteriet*. Også Oslo tingrett har i en kjennelse datert 14. juni s.å. fastslått at Norwaco ikke kan anses godkjent etter 2005. Tingrettens avgjørelse er påanket av Norwaco.

Det fremgår av høringsnotatet at avgjørelsene til Kabeltvistnemnda og Oslo tingrett er en sentral del av bakgrunnen for forskriftsforslaget, og det heter at avgjørelsene til Kabeltvistnemnda og tingretten har medført at *"hele systemet for klarering av rettigheter til videresending er satt ut av spill"*. Etter RiksTVs oppfatning er ikke dette en helt dekkende beskrivelse av dagens situasjon. Den oppståtte situasjonen skyldes verken reglene som gjelder for godkjenning av avtalelisensorganisasjoner eller avgjørelsene til Kabeltvistnemnda og tingretten, men kun at organisasjonen Norwaco på tidspunktet for avgjørelsene *ikke oppfylte de krav lovgiver har stilt* for å kunne opptre som avtalelisensorganisasjon på videresendingsområdet. Dette er en situasjon som ikke kan eller bør løses gjennom ny lovgivning, men som må løses ved at Norwaco aktivt sørger for å gjøre det som er nødvendig for oppfylle de kravene som følger av loven og som er nødvendig for å oppnå ny godkjenning. Norwaco søkte om ny godkjenning allerede 1. april 2011, men er fortsatt ikke godkjent. Formodentlig skyldes dette at Norwaco fortsatt ikke oppfyller de krav som følger av loven for å kunne oppnå nødvendig godkjenning. Det synes å være dette og intet annet som er årsaken til den situasjonen som har oppstått.

Saken er altså den at åndsverkloven inneholder regler som stiller visse minimumskrav til avtalelisensorganisasjoner, og disse reglene er allerede benyttet og lagt til grunn for eksempel ved godkjenning av TONO. For musikkrettighetene ble TONO i 2008 godkjent til å inngå avtaler med avtalelisensvirkning på videresendingsområdet. Videre er både Kopinor og Kopinors medlemsorganisasjoner godkjent etter § 38a på området for eksemplarframstilling etter åndsverkloven § 14. Norwaco har tidligere vært godkjent, men er det ikke i dag.

Høringsforslaget til overgangsregler endrer ikke på de minimumskravene til avtalelisensorganisasjoner som i dag følger av lovgivningen og vil ikke gjøre det enklere å bli godkjent enn tidligere, men innebærer at Norwaco kan godkjennes *midlertidig* uten å oppfylle de kravene som følger av loven og som lovgiver har ment det er nødvendig å oppfylle for å kunne oppnå godkjenning.

RiksTV har forståelse for og støtter prinsipielt sett at det tas grep for å sikre at det relativt raskt etableres en ordning som kan bidra til at også rettigheter som ikke forvaltes av TONO

kan klareres gjennom avtalelisens, men kan ikke se at forslaget om midlertidig godkjenning uten å oppfylle minimumskravene i loven er veien å gå.

RiksTV mener at avtalelisensorganisasjoner som skal godkjennes på videresendingsområdet må oppfylle de kravene som følger av loven, herunder representativitetskriteriet. Skulle det på sikt vise seg at representativitetskriteriet ikke lar seg oppfylle på dette området, må løsningen i så fall være å endre de kravene som stilles til avtalelisensorganisasjoner, innenfor rammene av EØS-retten og Grunnloven.

RiksTVs hovedsynspunkter på forskriftsforslaget er for øvrig som følger:

- Forslaget om midlertidig unntak fra loven synes i praksis å gjelde svært få, om noen, andre organisasjoner enn Norwaco og fremstår i så måte som enkeltsaksbehandling i forskrifts form (se punkt 3 nedenfor).
- Slik forslaget er utformet, mangler det rettslig grunnlag og er ikke i samsvar med åndsverkloven (se punkt 4 nedenfor).
- Forslaget er heller ikke i samsvar med EØS-retten og tjenesteloven (se punkt 5 nedenfor).
- RiksTV er uenig i at godkjenning kan gis med tilbakevirkende kraft, særlig fordi dette vil kunne gripe inn i verserende tvister og avsatte avgjørelser til skade for flere aktører i bransjen, jf. også tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 (se punkt 6 nedenfor).
- Det er prinsipielt uheldig at departementet gjennom forskriftsendringer griper inn i verserende rettstvister. Det er viktig at departementet verken fremstår eller i praksis fungerer som et klageorgan for Kabelvistnemndas og domstolenes avgjørelser (se punkt 7 nedenfor).

I lys av ovennevnte anbefaler RiksTV at forslaget til overgangsregler ikke føres videre, men at det i første omgang overlates til de aktuelle organisasjoner å organisere og innrette seg på en slik måte at de oppfyller de kravene som følger av lovgivningen for å kunne oppnå godkjenning og inngå avtaler med avtalelisensvirkning.

Dersom forslaget vedtas slik det nå foreligger, vil det kunne bli satt til side ved en senere domstolsprøving og i så fall bidra til ytterligere forverring av en i utgangspunktet svært vanskelig situasjon, i tillegg til å kunne skape falsk trygghet både for rettighetshavere, Norwaco og distributører i den mellomliggende perioden. Risikoen for dette er i seg selv et argument for å velge en annen løsning.

I den foreliggende situasjon, der Norwaco fortsatt ikke oppfyller lovens krav, synes det langt mer hensiktsmessig å utrede mulighetene nærmere for eventuelt å *endre godkjennelseskravene* i loven med virkning for fremtiden, innenfor rammene av Grunnloven og EØS-retten.

## **2. Bakgrunnen for forskriftsforslaget**

Departementets beskrivelse av bakgrunnen for forskriftsforslaget nødvendiggjør enkelte supplerende merknader. Disse følger i punkt 2.1 og 2.2 nedenfor.

### **2.1 Rett vil videresending kan bare utøves gjennom godkjent organisasjon (åvl. § 34, annet ledd)**

Rettighetshavernes enerett til videresending, kan etter åndsverklovens regler bare utøves gjennom organisasjon godkjent etter åndsverkloven § 38a. Dette følger uttrykkelig av åndsverklovens § 34, annet ledd.

Kravet om kollektiv forvaltning på videresendingsområdet følger også av internasjonale regler, jf. EUs direktiv 93/83/EØF af 27. september 1993 (Satellitt- og kabeldirektivet) artikkel 9.1.

Årsaken til at det gjelder et prinsipp om tvungen kollektiv rettighetsforvaltning på dette området, er *hensynet til tv-distributørene*. Det ville være nærmest praktisk umulig for en distributør å skulle innhente tillatelse fra hver enkelt rettighetshaver i alle fjernsynsprogrammer som videresendes i kabel eller trådløst, og det ville kunne skape uholdbare situasjoner om enkeltstående rettighetshavere kunne kreve videresendingen av en kanal stanset på grunn av eventuelle "hull" i klareringen. På området for videresending er åndsverklovens system derfor slik at rettigheter ikke kan utøves dersom det ikke foreligger organisasjon som oppfyller lovens vilkår. Som nevnt innledningsvis er videresendingsretten i så måte en type "enerett" hvis praktiske betydning og verdi er *betinget* av kollektiv håndhevelse gjennom representativ og godkjent organisasjon, og der initiativet til etablering av organisasjon(er) som oppfyller lovens krav og kan godkjennes av departementet ligger hos rettighetshaverne. I motsatt fall kan eneretten, herunder forbudsretten, ikke gjøres gjeldende.

## 2.2 Norwaco er ikke godkjent organisasjon iht gjeldende regler (åvl. § 38a)

### 2.2.1 Kravene til godkjent organisasjon ble skjerpet i 2005 og nødvendiggjorde ny godkjenning

I Norge har Stortinget gjennom åndsverkloven § 38a, første ledd, første punkt, stilt visse minimumskrav til de organisasjoner som skal drive kollektiv forvaltning på videresendingsområdet. Åndsverkloven § 38a, første ledd, første punkt, lyder:

*"Avtale som skal ha virkning som nevnt i § 36 første ledd, må inngås av organisasjon som på området representerer en vesentlig del av opphavsmennene til verk som brukes i Norge, og som er godkjent av departementet."*

I 2005 ble kravene som stilles til avtalelisensorganisasjoner etter åndsverkloven § 38a endret, med virkning fra 1. juli 2005. Frem til 2005 var det tilstrekkelig at organisasjonen representerte en vesentlig del av "norske opphavsmenn". For at bestemmelsen ikke skulle kollidere med EØS-rettens diskrimineringsforbud, ble bestemmelsen endret til å gjelde en vesentlig del av opphavsmenn til verk "som brukes i Norge", jf. også Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 151-152:

*"Første ledd viderefører gjeldende § 38a med den endring at organisasjoner som skal godkjennes som representative til å inngå avtalelisensavtaler, heretter skal representere en vesentlig del av opphavsmennene til verk som brukes i Norge. Det er etter dette ikke lenger avgjørende at organisasjon innenfor det enkelte verksområde representerer en vesentlig del av norske opphavsmenn." (våre understrekninger)*

Gjennom samme lovendring, ble også avtalelisensområdet etter § 34 utvidet, bl.a. ved at både utøvende kunstnere (§ 42) og produsenter (§45) fikk utvidede rettigheter, jf. også Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) på henholdsvis s. 152 og 153.

På grunn av disse endringene i åndsverkloven i 2005, med *endrede kriterier for godkjenning og utvidelsen av virkeområdet for avtalelisensen*, var det nødvendig med helt ny godkjenning etter § 38a, også for organisasjoner som før 2005 var godkjent og som inngikk avtalelisensavtaler basert på godkjenning etter dagjeldende § 38a.

At helt ny godkjennelse var nødvendig også for tidligere godkjente organisasjoner følger av selve lovendringen som sådan, men ble dessuten uttrykkelig presisert av departementet, jf. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 152:

*"Organisasjoner som i dag inngår avtalelisensavtale basert på godkjenning etter gjeldende § 38a, må søke på ny, både pga. endringene i kriteriet for godkjenning, men også fordi avtalelisensområdet er utvidet." (vår utheving)*

Norwaco var godt kjent både med lovendringen i 2005 og med de konsekvenser det skjerpede krav til representativitet innebar for organisasjonen. I høringsuttalelse allerede fra 27. mai 2003 vedrørende forslaget til endring av åndsverkloven § 38a, uttaler Norwaco bl.a.:

*"Norwaco har merket seg at departementet foreslår å endre bestemmelsen i § 38a, om forutsetningene for godkjenning av organisasjoner som kan utløse avtalelisens. Slik vi forstår det innebærer ikke dette bare en overgang til et "nasjonalitetsnøytralt" krav, slik det sies på side 5, men det innebærer en vesentlig utvidelse av kravet til organisasjonenes representasjon.*

*Norwaco har nylig endret sine forvaltningskontrakter med medlemsorganisasjonene, slik at disse nå hjemler adgang for Norwaco til å overføre sine fullmakter til organisasjoner i andre land. Derved er det skapt grunnlag for utveksling av fullmakter med slike organisasjoner, og Norwaco har innledet arbeidet med slik utveksling, i første omgang med de nordiske søsterorganisasjoner. Norwaco regner derved med å kunne fylle betingelsene også etter de foreslåtte nye regler." (våre understrekninger)*

Norwaco var således over to år før de nye reglene ble innført, klar over de nye kravene i åndsverkloven § 38a og at disse "innebærer en vesentlig utvidelse av kravet til organisasjonenes representasjon". Som det fremgår, gir Norwaco i høringsuttalelsen fra 2003 videre uttrykk for at kontrakter var endret mht fullmaktsoverføring vis á vis utenlandske organisasjoner og at "Norwaco regner derved med å kunne fylle betingelsene også etter de foreslåtte nye regler."

Norwaco ble dessuten gjennom nevnte presisering i forarbeidene fra 2005 gjort oppmerksom på at det var nødvendig med helt ny godkjenning.

Til tross for dette har Norwaco ikke forholdt seg til lovendringen og ikke søkt på ny, men siden 2005 optrådt utad som om organisasjonen er godkjent i henhold til åndsverkloven § 38a. Dette var ukjent for RiksTV inntil forholdet ble avdekket i forbindelse med bevisfremleggelse i rettssak mellom RiksTV og Norwaco, jf. nedenfor i punkt 2.2.2.

## **2.2.2 Retts- og nemndspraksis fastslår at Norwaco for tiden ikke oppfyller lovens krav**

Det verserer for tiden en rettstvist mellom Norwaco og RiksTV. Saken har sin bakgrunn i at Norwaco påstår at RiksTVs distribusjon av fjernsynssendinger i det digitale bakkenettet må anses som videresending i åndsverklovens forstand og derfor gjør Norwaco berettiget til klareringsvederlag fra RiksTV i tillegg til det klareringsvederlaget som kringkasterne allerede har betalt til rettighetshaverne for distribusjonen, noe så vel RiksTV som kringkasterne er uenig i (kringkasting er ikke videresending).

I 2010 anla Norwaco sak for Kabeltvistnemnda om tvisten, til tross for at nemnda ikke med bindende virkning kan avgjøre *om distribusjonen kan anses som videresending*. RiksTV begjærte derfor nemndssaken avvist, og anla selv søksmål for Oslo tingrett, der Norwaco så fremmet motkrav med krav om erstatning.

I februar 2011 ble det avdekket at Norwaco opererte i strid med kravene i åndsverkloven § 38a, og RiksTV begjærte så vel nemndssaken som Norwacos motsøksmål for tingretten avvist på dette grunnlag. Etter grundige vurderinger konkluderer både Oslo tingrett og Kabeltvistnemnda – uavhengig av hverandre – med at Norwaco ikke oppfyller vilkårene i åndsverkloven § 38a:

#### Oslo tingretts kjennelse av 14. juni 2011

I en 12 sider lang kjennelse fra Oslo tingrett, slår retten fast at Norwaco ikke oppfyller kravene i åndsverkloven § 38a. Tingretten konkluderer også med at Norwaco da heller ikke har søksmålskompetanse, jf. tingrettens konklusjon på side 11 og 12 i kjennelsen:

*"Per i dag har Norwaco ikke godkjennelse etter gjeldende regelverk. Retten forstår lovendringen av 2005 slik at lovendringen nødvendiggjorde en ny søknad fra Norwaco for å bli godkjent organisasjon etter åndsverkloven § 38a. Uttalelsen i lovforarbeidene bekrefter dette under henvisning til endringene i kriteriet for godkjennelse og utvidelse av avtalelisensområdet. [...] Rettens konklusjon er at Norwaco ikke oppfyller vilkårene i åndsverkloven § 38 a eller § 38 b, og har følgelig heller ikke søksmålskompetanse."*

Lagmannsretten er i kjennelse av 12. desember 2011 uenig med tingretten i spørsmålet om søksmålskompetanse, men går ikke inn på spørsmålet *om* Norwaco oppfyller lovens krav og kan anses godkjent. Tingrettens vurderinger og konklusjon er i så henseende fortsatt gjeldende. Lagmannsretten mener det må være tilstrekkelig *for å kunne anlegge sak* at organisasjonen *pretenderer* å oppfylle lovens krav, og presiserer samtidig i kjennelsen på side 13 at:

*"Om det pretenderte faktum og rettslige syn er holdbart, hører det til realiteten å ta stilling til."*

Lagmannsrettens avgjørelse er for øvrig påanket.

#### Kabeltvistnemndas vedtak av 28. juni 2011

Den 28. juni 2011 fattet Kabeltvistnemnda vedtak på 17 sider der nemnda konkluderer med at Norwaco ikke er godkjent og heller ikke oppfyller lovens krav til representativitet. Nemnda, ledet av Høyesterettsdommer Karin M. Bruzelius, uttaler i sin konklusjon:

*"Det følger av åndsverkloven § 38a at avtale med avtalelisensvirkning bare kan inngås av en organisasjon som oppfyller representativitetskriteriet og som er godkjent av departementet. Norwaco ble godkjent i 1996. Lovens representativitetskriterium ble vesentlig endret i 2005. Norwaco har først søkt departementet om ny godkjenning etter at de innklagede parter hadde påstått begjæringene avvist fordi organisasjonen ikke er godkjent av departementet og ikke oppfyller representativitetskriteriet i § 38a.*

*Den organisasjonen som begjærer nemndsavgjørelse, må være organisasjon som nevnt i § 38a. Prinsipielt mener nemnda at lovendringen i 2005 var en slik endring av representativitetskriteriet for videresendingsområdet at godkjenningen av Norwaco for dette avtalelisensområdet falt bort. Nemnda mener videre at det følger av § 38a at en organisasjon i tillegg til godkjenning må kunne dokumentere at den oppfyller representativitetsvilkåret på det aktuelle området. Nemnda kan ikke se at Norwaco har oppfylt dette vilkåret i 2005 eller i de årene som sakene gjelder. Nemndas konklusjon er derfor at Norwacos begjæring i sak nr. 1/2010 og i sak nr. 4/2010 må avvises ettersom disse ikke er fremsatt av en "organisasjonen som nevnt i § 38a".*

Kabelvistnemndas vedtak er ikke angrepet av Norwaco. Kabelvistnemndas vedtak omfatter også Norwacos krav mot kabel-tv-bransjen (det såkalte suppleringskravet) ettersom avvinningskravene i de to sakene ble forent til felles behandling.

### **3. Enkeltaksbehandling i forskrifts form**

Den 1. april 2011 søkte Norwaco departementet om ny godkjenning, det vil si etter at Norwaco var blitt gjort oppmerksom på at RiksTV og Norwacos motparter i suppleringskravssaken ville begjære avvisning på dette grunnlag. Nå, over 8 måneder senere, er søknaden fortsatt til behandling hos departementet.

Kulturdepartementet godkjenningskompetanse iht åndsverkloven § 38a er begrenset til organisasjoner som oppfyller lovens krav, jf. også departementets uttalelse på side 2 i høringsnotatet:

*"Som det fremgår ovenfor stiller loven krav til representativitet for at en organisasjon kan godkjennes."*

At Norwaco ikke oppfylte lovens krav i perioden 1. juli 2005 til 28. juni 2011, er fastslått i vedtaket fra Kabelvistnemnda, jf. punkt 2.2.2. Ettersom Norwacos godkjenningssøknad fortsatt er til behandling hos departementet, synes Norwaco p.t. fortsatt ikke å oppfylle lovens

krav. Departementet kan da ikke tildele Norwaco godkjenning etter gjeldende regler. Departementet kan uansett ikke godkjenne Norwaco med tilbakevirkende kraft, og i hvert fall ikke for perioden forut for 28. juni 2011 hvor det gjennom Kabeltvistnemndas vedtak er slått fast at kravene i loven ikke er oppfylt.

Høringsforslaget er ment å skulle endre dette.

Det fremgår av endringslovsbestemmelsen som forslaget bygger på, at den gjelder kompetanse til å fastsette "overgangsregler". Med "regler" må forstås generelle regler, og ikke enkeltvedtak, jf. også Eckhoff, Forvaltningsrett, 9. utgave s. 386:

*"Hvis det er [...] "regler" [...] som kan gis, er meningen vanligvis at det bare skal kunne gis generelle regler."*

I høringsnotatet heter det at det er Norwacos situasjon som er bakgrunnen og begrunnelsen for forslaget. Videre synes forslaget ikke å få praktisk betydning for andre organisasjoner enn Norwaco. Øvrige organisasjoner, som for eksempel TONO, Kopinor og Kopinors 21 medlemsorganisasjoner, har allerede søkt om og fått tildelt ny godkjenning etter 2005.

Når forslaget til forskriftsendring bare vil kunne få anvendelse for noen få bestemte aktører (her: først og fremst Norwaco), er dette i realiteten å anse som et forslag til enkeltvedtak selv om det er gitt forskrifts form, jf. Eckhoff, Forvaltningsrett, 9. utgave s. 280:

*"Hvis antallet rettssubjekter som vedtaket får anvendelse på, er meget lite (f.eks. en enkelt eller to-tre stykker), slik at en like gjerne kunne ha spesifisert hvem det gjelder for, kan det være rimelig å betrakte det som et enkeltvedtak selv om det er gitt en generell form. Ellers blir det for lett å omgå de mer omfattende reglene om partsrettigheter mv. som gjelder for enkeltvedtak."* (våre understrekninger)

At forslaget i realiteten gjelder et enkeltvedtak medfører, foruten at forvaltningslovens regler om enkeltvedtak kommer til anvendelse, herunder regler om klageadgang mv, at det foreslåtte vedtaket ikke kan hjemles i endringslovsbestemmelsen og derfor mangler rettslig grunnlag.

#### **4. Forskriftsforslaget mangler hjemmel i lov**

##### **4.1 Kort om kravet til hjemmelsgrunnlag**

Det følger av legalitetsprinsippet at en regel som den foreslåtte må ha hjemmel i *lov*. Det er *Stortinget* som vedtar lover, og departementet må holde seg innenfor rammene av de lovene Stortinget har bestemt samt Grunnlovens bestemmelser.

Det er uten videre klart at departements kompetanse til å *godkjenne* organisasjoner etter åndsverkloven § 38a, ikke omfatter kompetanse eller myndighet til å *vedta en regel* som utvider departementets kompetanse til også å kunne godkjenne organisasjoner som ikke oppfyller lovens krav.

Det departementet viser til som hjemmelsgrunnlag for overgangsregelen, er en bestemmelse i lov om endringer i åndsverkloven m.m. av 17. juni 2005 nr 97 (endringsloven), del III, punkt 2 c), som lyder:

*"Kongen kan fastsette nærmere overgangsregler."*

For å fastsette hvor langt departementets myndighet etter denne bestemmelsen rekker, må hjemmelsgrunnlaget tolkes i lys av alminnelige rettskildeprinsipper.

RiksTV kan ikke se at endringslovsbestemmelsen gir departementet hjemmel til å vedta den foreslåtte bestemmelsen, i hvert fall ikke etter at endringsloven har trådt i kraft og virket i over seks år, jf. punkt 4.2 nedenfor. Forskriftsforslaget vil dessuten være i strid med åndsverkloven, jf. punkt 4.3 nedenfor.

Konsekvensen av at forslaget mangler hjemmel, er at det foreligger *materiell kompetansemangel* og at regelen derfor uten videre vil være ugyldig selv om den vedtas, jf. Knophs oversikt over Norges rett, 13. utgave s. 738. Forskriftsforslaget vil i så fall ikke kunne få rettsvirkninger etter sitt innhold.

#### **4.2 Det foreligger ikke rettslig grunnlag for å lage en særskilt godkjenningsregel**

##### **4.2.1 Lovendringene i 2005 har trådt i kraft og allerede virket i over seks år**

Endringslovsbestemmelsen gjelder kun "overgangsregler". Det følger allerede av dette at endringslovsbestemmelsen ikke kan hjemle en regel som vedtas lang tid etter at endringsloven har trådt i kraft. Overgangsregler må vedtas og tre i kraft *senest samtidig med loven*. En slik forståelse følger både av lovens ordlyd, vanlig praksis og formålet med overgangsregler som er å skape klarhet og forutberegnelighet *i forbindelse med overgang fra gamle til nye regler*.

Endringslovsbestemmelsen som departementet viser til er en "kan"-regel. Departementet valgte bevisst at loven skulle tre i kraft 1. juli 2005 *uten* at det ble fastsatt andre overgangsregler enn de som fremgår av endringsloven del III, punkt 2 a) og b), jf. kgl. res. 17. juni 2005. Det som for eksempel kunne vært en overgangsregel i forbindelse med de nye kravene i åndsverkloven § 38a, var at de gamle reglene skulle gjelde for allerede inngåtte avtaler, slik overgangsregelen var i Danmark i forbindelse med innføringen av tilsvarende krav i tilsvarende bestemmelse i Danmark, jf. § 2, annet ledd, i Lov nr. 472 af 7. juni 2001 om ændring af ophavsretsloven:

*"For aftaler indgået før lovens ikrafttræden finder de hidtil gældende bestemmelser i ophavsretslovens § 50, jf. §§ 13 og 14, § 17, stk. 5, § 23, stk. 2, og §§ 30 og 35 fortsat anvendelse." (Vår understreking. § 50 tilsvarende § 38a i den norske åndsverkloven)*

Kompetansen til å lage andre overgangsregler ble imidlertid ikke benyttet i forbindelse med at de nye kravene trådte i kraft i 2005, og kan ikke gjenopplives nå i ettertid.

En overgangsregel kan uansett ikke gis etter at loven har virket i *over seks år*. Både aktørene i bransjen (herunder RiksTV) Kabeltvisnemnda og tingretten, har innrettet seg etter den rettstilstand som har vært etablert og virket i over seks år siden lovendringen trådte i kraft i 2005.

#### **4.2.2 Den foreslåtte regelen er etter sitt innhold ikke en "overgangsregel"**

Den foreslåtte forskriftsbestemmelsen fremstår etter sitt innhold ikke som en overgangsregel, men er en helt ny regel om godkjenning – etter søknad – der det gjøres unntak fra de skjerpede kravene som ble innført ved den lovendringen som trådte i kraft i 2005 og som siden har virket i over seks år.

En overgangsregel vil typisk regulere *hva* som omfattes av henholdsvis den nye og den gamle loven. For eksempel er endringsloven del III, punkt 2 b), en overgangsregel om at allerede igangsatt eksemplarframstilling vil kunne ferdigstilles etter gamle regler, forutsatt ferdigstillelse innen 1. januar 2006:

*"Dersom det før loven her trer i kraft er igangsatt eksemplarframstilling med hjemmel i 2. kapittel slik dette lyder før lovendringene trer i kraft, kan eksemplarframstillingen avsluttes innenfor de planlagte rammer, likevel senest innen 1. januar 2006."*

En overgangsregel kan også regulere *når* loven trer i kraft, eventuelt i forhold til en nærmere angitt gruppe av aktører. Et eksempel er § 2 i forskrift om overgangsregler til lov 29. juni 2007 nr. 73 om eiendomsmegling, som lyder:

*"Eiendomsmeglingsforetak som etter dispensasjon fra Kredittilsynet driver slik virksomhet som omtalt i eiendomsmeglingsforskriften § 5-1 annet ledd bokstav b, kan uten hinder av loven § 5-1 første ledd drive slik virksomhet i opptil ett år fra lovens ikrafttredelse."*

Som det fremgår ble enkelte eiendomsmeglingsforetak gitt et helt år på å områ seg.

Den overgangsregelen departementet nå foreslår gjelder verken hva som faller inn under henholdsvis gammel og ny lov eller når den nye loven trer i kraft, men inneholder tvert i mot en helt ny bestemmelse om godkjenning og hvor det gjøres unntak fra de kravene som trådte i kraft i 2005. Den foreslåtte regel er rettslig sett ingen "overgangsbestemmelse" og mangler av den grunn rettslig grunnlag i endringslovsbestemmelsen.

#### **4.3 Forskriftsforslaget er i strid med åndsverkloven**

Forskriftsforslaget innebærer i realiteten en ny regel om at en organisasjon – basert på helt ny søknad – skal kunne godkjennes etter åndsverkloven § 38a *"selv om kravet til representativitet ikke er oppfylt"*. Det fremgår ikke av forskriftsteksten for hvor lang tid en slik godkjenning i strid med lovens krav kan virke. Uavhengig av dette vil forslaget innebære en "dispensasjon" fra kravet i åndsverkloven § 38a. RiksTV kan ikke se at departementet har kompetanse til å dispensere fra formell lov gjennom *forskrift*, jf. bl.a. lex superior-prinsippet og Grunnloven § 95, se også Eckhoff, Forvaltningsrett, 9. utgave s. 387:

*"Kompetanse til å derogere eller dispensere fra loven (dvs. til å fravike lovens regler generelt eller i individuelle tilfelle), vil man heller ikke anse en lov for å gi, uten ganske klare holdepunkter; dette følger for øvrig også av Grl. § 95 [...]"*

I dette tilfellet er departementet ikke gitt kompetanse til å gjøre *unntak* fra lovens regler. Den foreslåtte regel vil av den grunn falle utenfor departementets materielle kompetanse og derfor være ugyldig om den vedtas.

#### **5. Forskriftsforslaget er i strid med EØS-retten og tjenesteloven**

Etter RiksTVs oppfatning er den foreslåtte regel i strid med EØS-retten, slik at den også av den grunn ikke vil kunne få noen rettsvirkning.

Tidligere var åndsverkloven § 38a utformet slik at representativitetskravet gjaldt i forhold til *norske* rettighetshavere. Da myndighetene ble oppmerksomme på at dette kravet var i strid med forbudet i EØS-avtalen artikkel 4 mot diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet, ble representativitetskravet endret til å gjelde en vesentlig del av *verk som brukes i Norge*.

Forholdet til EØS-avtalen er berørt i forarbeidene til endringsloven, se Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 54-55 (avsnitt 3.4.3.4.6).

*"I gjeldende fellesbestemmelser om avtalelisens, sies det i § 38a at en avtale, for at denne skal utløse avtalelisensvirkning etter § 36, må inngås av organisasjon som representerer en vesentlig del av « norske » opphavsmenn på området.*

*I Danmark ble den tilsvarende bestemmelsen i den danske opphavsrettsloven endret i 2001. Bakgrunnen var kritikk fra EU-kommisjonen, på grunn av en klage, mot avtalelisensen for videresending av kringkastingssending. Kommisjonen mente at den danske bestemmelsen, som inneholdt et nasjonalitetskriterium, var uforenlig med EUs regler om forbud mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet og fri utveksling av tjenesteytelser. I forarbeidene til det danske lovforslaget sies at nasjonalitetskriteriet endres bl.a for å unngå usikkerhet omkring funksjonen av avtalelisenssystemet. Etter dansk opphavsrettslov gjelder nå et krav om at organisasjonen som har kompetanse til å inngå avtale som utløser avtalelisensvirkning, må representere « en væsentlig del af ophavsmænd til en bestemt art af værker, der anvendes i Danmark ».*

*Gjennom EØS-avtalen gjelder forbudet mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet og prinsippet om fri utveksling av tjenesteytelser også i EØS-området. Departementet foreslo derfor i høringsutkastet at tilsvarende endring gjøres i åndsverkloven § 38a. Det samme er foreslått i Finland." (våre understrekninger)*

Lovendringen i forhold til åndsverkloven § 38a har særlig relevans i forhold til videresendingsområdet. Både fordi bakgrunnen for lovendringen var kritikk fra EU-kommisjonen nettopp i forhold til dansk representativitetsregel på videresendingsområdet, men også fordi de aller fleste rettighetshavere til innhold som videresendes på fjernsyn i Norge er utenlandske.

På videresendingsområdet er det således en stor og viktig forskjell på å representere en vesentlig del av *norske opphavsmenn*, og en vesentlig del av *opphavsmenn til de verk som brukes i Norge*. Representasjon av en vesentlig del av norske rettighetshavere gir på ingen måte noen presumpsjon for representasjon av en vesentlig del av rettighetshaverne til de verk som videresendes i Norge, slik departementet synes å basere seg på i høringsnotatet på side 3, jf. også Kabelvistnemndas vedtak av 28. juni 2011 s. 13:

*"Når det gjelder avtalelisens for videresending er det, slik nemnda ser det, liten grunn til å bygge på en presumpsjon for at en organisasjon som representerer en vesentlig del av norske rettighetshavere, også representerer en vesentlig del av opphavsmennene hvis verk brukes i Norge, jf. Ot.prp. nr. 46 side 56. Tallet på ikke-norske kanaler som videresendes i Norge er som det vil ha fremgått, meget stort."*

Forskriftsforlaget innebærer at Norwaco – basert på godkjenningen fra 1996 – kan søke om og bli tildelt en helt ny, midlertidig godkjenning, uten å oppfylle lovens gjeldende krav til representativitet. I så måte innebærer forskriftsforlaget at det skal kunne gis godkjenninger basert på et godkjenningskrav som allerede i 2005 ble funnet å være i strid med diskrimineringsforbudet i EØS-avtalens artikkel 4, og som lovgiver nettopp av den grunn endret i 2005. På samme måte som den tidligere utformingen av åndsverkloven § 38a var i strid med EØS-avtalen artikkel 4, vil også den nå foreslåtte overgangsregelen om en ny midlertidig godkjenningsordning være i strid med EØS-avtalens artikkel 4.

Den foreslåtte overgangsregelen vil dessuten ha til virkning at det stilles andre krav til Norwaco enn til andre organisasjoner, som må oppfylle krav i gjeldende åndsverkloven § 38a.

Det er videre grunn til å påpeke at den diskrimineringen som forslaget innebærer vil være i strid også med tjenesteloven og EØS-avtalen artiklene 31 og 36. Godkjenning iht. åndsverkloven § 38a er en tillatelsesordning som omfattes av tjenestelovens bestemmelser. Tjenesteloven § 10 første ledd bokstav a) sier uttrykkelig at krav om tillatelse gjelder bare dersom vilkårene for å få tillatelse *"verken direkte eller indirekte innebærer forskjellsbehandling på bakgrunn av statsborgerskap, bosted eller etableringsstat"*.

De kravene som stilles i overgangsregelen innebærer åpenbart en *"forskjellsbehandling på bakgrunn av statsborgerskap, bosted eller etableringsstat"*. Dette synes ikke å være hensyntatt i forslaget.

Tjenesteloven gjennomfører tjenestedirektivet i norsk rett, og innebærer også en kodifisering av EU-domstolens praksis av etableringsretten og retten til grenseoverskridende tjenesteyting i EU-traktaten. De tilsvarende reglene finnes i EØS-avtalen art. 31 og 36. Også iht. disse reglene er det forbudt å diskriminere på bakgrunn av nasjonalitet.

Videre stiller tjenestedirektivet visse andre krav til tillatelsesordninger, som ikke ble ansett nødvendig å regulere eksplisitt i gjennomføringsloven, jf. Ot.prp. nr. 70 (2008-2009) s. 79. I henhold til tjenestedirektivet artikkel 10 nr. 2 bokstav f) skal vilkår for å oppnå tillatelse være offentliggjort på forhånd. En ordning som foreslått i forskriften, hvor nye vilkår fremsettes flere år i etterkant og med tilbakevirkende kraft, kan vanskelig sies å oppfylle tjenestedirektivets krav. Forskriften vil dermed også representere et brudd på Norges EØS-rettslige forpliktelser på dette punktet.

EØS-avtalens hoveddel gjelder som norsk lov, jf. EØS-loven § 1. Iht. EØS-loven § 2 skal bestemmelser i lov som oppfyller Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, i tilfeller av konflikt gå foran andre bestemmelser. Der hvor spørsmålet om motstrid mellom EØS-avtalens

hoveddel eller lovbestemmelser som gjennomfører EØS-rettslige forpliktelser og andre lovbestemmelser kommer på spissen, innebærer EØS-loven § 2 at norsk lov må vike, se for eksempel Sejersted m.fl. EØS-rett, 3. utg. s. 269.

At forskriftsbestemmelsen er i strid med EØS-avtalen artikkel 4, tjenesteloven § 10 og EØS-avtalen artiklene 31 og 36, vil derfor medføre at den må settes til side, og en eventuell godkjenning gitt med hjemmel i en slik forskrift vil ikke ha noen rettsvirkning.

## **6. Forskriftsforslaget er i strid med Grunnloven § 97**

### **6.1 Innledning**

I høringsnotatet er det foreslått at at reglene gis virkning fra endringslovens ikrafttreden i 2005, altså over seks år bakover i tid.

RiksTV støtter heller ikke denne delen av forslaget, og mener at forskriftsforslaget ikke er i samsvar med reglene om tilbakevirkningsforbud, jf. Grunnloven § 97, jf. også forvaltningsloven § 39 om at forskrifter ikke kan påberopes overfor den enkelte før den er kunngjort. Grunnloven § 97 gjelder også forvaltningsvedtak, herunder forskrifter, jf. Rt. 2005 s. 855. Både Grunnloven § 97 og forvaltningsloven § 39, er således til hinder for at forskriftsforslaget kan få rettsvirkning bakover i tid.

### **6.2 Forslaget vil være til skade**

En regel om tilbakevirkende kraft vil kunne være til skade for en rekke aktører i markedet. Også foretak og selskaper er vernet av tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97, jf. Høgberg, Forbud mot tilbakevirkende lover, 2009, s. 221-222.

Forskriftsforslaget vil for det første innebære at rettsgrunnlaget for nevnte *avgjørelser* fra Oslo tingrett og Kabelvistnemnda endres, slik at disse avsagte avgjørelsene vil kunne bli uten betydning. Dette er i så fall til skade for Norwacos motparter i sakene, det vil si RiksTV AS, Canal Digital Kabel TV AS, Get AS, Loqal AS, Nesodden Kabel TV AS, NEAS Bredbånd AS og Scan Net AS, som alle har måttet bruke betydelige ressurser på å få avsagt korrekte avgjørelser etter gjeldende regler. Videre vil det være til skade for aktører i bransjen forøvrig som har innrettet seg i tillitt til nevnte avgjørelser. Det vil derfor være helt urimelig, ikke minst ut i fra hensynet til forutberegnelighet, om det rettslige grunnlaget for avgjørelsene skal endres med tilbakevirkende kraft.

For det andre vil forskriftsforslaget medføre at aktører i markedet risikerer *erstatnings- og andre krav det ellers ikke vil være rettslig grunnlag for*. Dette gjelder både Norwacos motparter i nevnte tvister og andre potensielle debitorer. Departementet synes å basere

forslaget på en oppfatning om at det må betales vederlag for videresending, selv om rettighetshaverne ikke har organisert seg på lovlig måte. Dette er ikke riktig. Det fremgår uttrykkelig av åndsverkloven § 34 at eneretten til videresending bare kan "utøves" gjennom organisasjon som er godkjent etter åndsverkloven § 38a. I begrepet "utøves" ligger enhver utnyttelse av eneretten, herunder retten til å nekte tillatelse (forbudsretten), gi tillatelse og/eller krever vederlag for bruken (rådighetsretten) samt begjære påtale for eventuell ulovlig bruk.

Både åndsverkloven og internasjonale regler som ligger til grunn for åndsverkloven, krever altså at rettighetshaverne må organisere seg for å kunne kreve vederlag for videresending eller eventuelt gjøre forbudsretten gjeldende.

I den utstrekning rettighetshaverne ikke *ønsker* eller *makter* å organisere seg i henhold til lovens krav, har de ikke krav på vederlag og forbudsretten kan heller ikke gjøres gjeldende. Dette sikrer incitament til organisering og kollektiv forvaltning. Godkjenning av Norwaco med tilbakevirkende kraft vil således innebære at organisasjonen kan gjøre gjeldende krav mot aktører i markedet det ellers ikke ville være rettslig grunnlag for, noe som vil være til *betydelig skade* for en rekke aktører.

Departementets uttalelse på side 5 i høringsnotatet om at den foreslåtte regel ikke er til skade for noen, medfører således ikke riktighet.

### **6.3 Tilbakevirkningsforbudet på strafferettens og erstatningsrettens område**

Ettersom åndsverkloven er straffesanksjonert, jf. åndsverkloven § 54, jf. også straffelovens regler om foretaksstraff, synes forskriftsforslaget om tilbakevirkning å være i strid med Grunnloven § 97 som oppstiller et absolutt tilbakevirkningsforbud på *strafferettens* område.

I den utstrekning rettighetshaverne / organisasjonen ikke oppfyller lovens krav, kan forbudsretten som allerede nevnt ikke gjøres gjeldende, og videresendingen vil verken være rettstridig eller straffbar. En regel om godkjenning med tilbakevirkende kraft, vil medføre at også forbudsretten gis tilbakevirkende kraft og kunne føre til at handlinger som ikke tidligere var rettsstridige og/eller ulovlige blir det.

For slike tilfeller der "*...* et straffritt forhold gjøres straffbart med tilbakevirkende kraft *...* følger det av en sikker tolkning av både Grunnloven § 97, EMK artikkel 7 og straffeloven 1902 § 3 at slik tilbakevirkning vil være rettsstridig", jf. Høgberg, Forbud mot tilbakevirkende lover, 2009, s. 226-227.

Det kan i denne sammenheng også vises til Rt. 2006 s. 293 (Arves trafikkskole), premiss (60) og (61):

*"Når det er knyttet nye byrder til en tidligere handling eller begivenhet, har hovedregelen derimot vært at tilbakevirkning ikke er tillatt. [...] Et absolutt forbud gjelder i strafferetten." (vår understrekning)*

På samme måte synes forskriftsforslaget å være i strid med forbudet i Grunnloven § 97 mot å knytte *erstatningsmessige byrder* til allerede utførte handlinger, jf. Andenæs / Fliflet, Statsforfatningen i Norge, 10. utgave s. 453:

*"Spørsmålet om erstatningsplikt må avgjøres etter lovgivningen på tiden for den skadegjørende handling. Å anvende skjerpede regler med tilbakevirkende kraft, betyr å knytte nye byrder til tidligere handlinger. For så vidt er stillingen den samme som når det gjelder straff. Derimot er det en forskjell når det gjelder nye og mildere regler om ansvaret. En ny og mildere straffelov kan anvendes uten hinder av grl. § 97. Å anvende nye og mildere erstatningsregler, ville bety å gripe inn i den skadelidtes ervervede rettskrav på en måte som ville stride mot Grl. § 97." (våre understrekninger)*

Som det fremgår av sitatet, sikrer Grunnloven § 97 at det er lovgivningen på *handlings-tidspunktet* som skal være avgjørende for en eventuell erstatningsplikt. Senere vedtatt lovgivning kan ikke få betydning for *erstatningsplikten* for allerede utførte handlinger.

#### **6.4 Det generelle tilbakevirkningsforbudet etter Grunnloven § 97**

Når forslaget knytter nye *strafferettslige / erstatningsmessige byrder* til tidligere handlinger vil det ikke være rom for noen videre vurdering i forhold til Grunnloven § 97, men også *utenfor* det strafferettslige og erstatningsrettslige området skal det svært mye til før det kan aksepteres at nye byrder legges på tidligere utførte handlinger, sterke samfunnsmessige hensyn må gjøre seg gjeldende. Det kan i denne sammenheng vises til Rt. 2006 s. 293 (Arves trafikkskole), premiss (72):

*"Etter dette mener jeg at en ny transaksjonsavgift bare kan legges på en tidligere handling dersom sterke samfunnsmessige hensyn gjør seg gjeldende. Det samme må gjelde når det er tale om å tilsidesette et korrekt gjennomført fradrag for merverdiavgift. Noen helhetsvurdering hvor bare den klart urimelige og urettferdige tilbakevirkning er forbudt, er det ikke rom for." (våre understrekninger)*

Det kan også vises til Høyesteretts flertall i Rederiskattesaken Rt. 2010 s. 143, premiss (153) og (154):

*"Ut frå rettspraksis kan det etter mitt syn stillast opp nokre hovudpunkt. Spørsmålet om ei lov som knyter verknader til tidlegare hendingar eller grip inn i etablerte rettsposisjonar, er i strid med Grunnlova § 97, er avhengig av kor sterkt*

*tilbakeverknadselementet er. Dersom lova direkte knyter tyngjande rettsverknader til eldre hendingar, er lova som hovudregel grunnlovsstridig. Om lova derimot berre gir reglar om korleis ein etablert rettsposisjon skal utøvast for framtida, er hovudregelen den motsette. [...] Det må dermed i ei sak som dette liggje føre sterke samfunnsmessige omsyn for at tilbakeverknad skal bli tillaten.*” (våre understrekninger)

Kulturdepartementets begrunnelse for at forslaget skal gis tilbakevirkende kraft, er inntatt i høringsnotatet på side 4 og 5:

*”Hvis departementet ved lovendringen hadde forutsett at en situasjon som den foreliggende kunne oppstå, er det nærliggende at det hadde blitt gitt overgangsregler ved lovendringen. Departementet legger til grunn at det da kunne blitt gitt slike overgangsregler som foreslås her. Departementet har ansett Norwaco som godkjent etter lovendringen, og det samme har samtlige aktører gjort frem til for et års tid siden (for eksempel i tidligere saker for Kabelvistnemnda).”*

RiksTV ønsker å bemerke følgende til departementets begrunnelse:

- At departementet *kunne* gitt en overgangsregel i 2005 innebærer ikke at slik regel kan gis med tilbakevirkende kraft over seks år senere. Det fremstår for øvrig ikke som sannsynlig at departementet i 2005 ville gitt en overgangsregel som tillot Norwaco å operere i strid med lovens krav, samt EØS-retten, i en periode på over seks år.
- Uttalelsen om at departementet i praksis har *ansett* Norwaco som *godkjent*, samsvarer ikke med tidligere uttalelser fra departementet, bl.a. overfor RiksTVs advokat så sent som i februar 2011 da det ble avdekket at Norwaco opererte i markedet uten nødvendig godkjenning. Tvert i mot ga Kulturdepartementet den gang uttrykk for at mangelen på ny godkjenning etter lovendringen i 2005 var et forhold departementet straks ønsket å ta opp med Norwaco. RiksTV vil derfor anta at departementet – i likhet med mange andre – i perioden etter 2005 ikke har hatt et bevisst forhold til at Norwaco ikke har oppfylt lovens krav, og derfor i praksis har opptrådt som om gyldig godkjenning forelå.
- At aktørene i markedet – basert på Norwacos egne utsagn og opptreden – i praksis har opptrådt som om Norwaco har vært godkjent, er uansett ikke et argument for at Norwaco bør godkjennes med *tilbakevirkende kraft*, snarere tvert i mot. Aktørene i markedet ville naturligvis ikke ”ansett Norwaco som godkjent” hvis det var kjent at Norwaco ikke oppfylte lovens krav, noe som også underbygges av aktørenes opptreden etter at det ble avdekket at Norwaco ikke opptrer i samsvar med åndsverkloven.

Det er også grunn til å peke på at Stortinget i denne saken ikke har vurdert spørsmålet om tilbakevirkende kraft, og at uttalelser fra forvaltningen om forholdet til Grunnloven § 97 vil ha begrenset vekt i forhold til om Stortinget hadde vurdert og uttalt seg om dette, jf. Høgberg, Forbudet mot tilbakevirkende lover, 2010 s. 112.

RiksTV kan på denne bakgrunn ikke se at det foreligger *sterke samfunnsmessige hensyn* for å gi regelen tilbakevirkende kraft, snarere tvert i mot:

- Det fremstår i det hele tatt *ikke som rimelig* å lage en særregel for Norwaco, i hvert fall ikke med tilbakevirkende kraft. Norwaco har i mange år vært kjent med lovens krav og har hatt svært god tid til å innrette seg, jf. punkt 2.2.1 ovenfor. De kravene som Stortinget stiller til organisasjoner i åndsverkloven § 38a, fremstår ikke som særlig byrdefulle. At en organisasjon som etter loven skal tillates å representere 100 % av rettighetshaverne på et område, må sørge for å representere en "vesentlig del" av disse, synes tvert i mot rett og rimelig, og bidrar til å gi avtalelisensordningen legitimitet. Andre organisasjoner enn Norwaco har allerede oppfylt dette vilkåret.
- I lys av reglene i foreldelsesloven synes det heller ikke å være *behov* for å godkjenne Norwaco med virkning fra 2005. Norwaco kan ikke fremme foreldede krav, uavhengig av om organisasjonen er godkjent eller ikke. Er kravet foreldet, har fordringshaveren tapt sin rett til oppfyllelse, jf. foreldelsesloven § 24 nr 1. Endringslovebestemmelsen til åndsverkloven gir ikke departementet kompetanse til å gjøre unntak fra foreldelseslovens regler.
- At forskriftsforslaget vil kunne *gripe inn i verserende rettstvister* mellom private aktører er prinsipielt betenkelig i lys av maktfordelingsprinsippet som tilbakevirkningsforbudet har en side til, jf. Fliflet, Grunnloven, Kommentartutgave, 2005 s. 398:

*"Lover som tar sikte på å ramme tidligere handlinger og begivenheter vil lett være utslag av myndighet som skal ligge til den utøvende eller dømmende makt."*

Det kan i denne sammenheng også vises til Rt. 1990 s. 284 (Selsbakdommen), på side 295:

*"Dette finner jeg ikke holdbart i forhold til grunnloven § 97. Jeg tilføyer at hensynet til at domstolene etter grunnloven har den dømmende myndighet, bør tilsi varsomhet med å gripe inn med lovgivning om partenes rettigheter i saker som allerede står for domstolene." (vår understrekning)*

Disse hensyn gjør seg enn mer gjeldende i forhold til avsagte avgjørelser fra Oslo tingrett og Kabeltvistnemnda.

Basert på ovennevnte må det kunne konstateres at forskriftsforslaget ikke er i samsvar med forbudet i Grunnlovens § 97 mot at lover gis tilbakevirkende kraft. Særlig gjelder dette siden regelforslaget er gitt i forskrifts form, jf. Rt. 1992 s. 182 (Polardommen), side 186-187:

*"Forvaltningsloven § 39 er strengere enn Grunnloven § 97 ved at skjæringstidspunktet for tilbakevirkning er satt ved kunngjøringen, og ikke ved vedtakelsen. Hvorvidt tilbakevirkning for øvrig må vurderes på samme måte etter forvaltningsloven § 39 som etter Grunnloven § 97, har det vært noe ulike oppfatninger om. Jeg mener for min del at Høyesteretts prøvelse av lovers grunnlovsmessighet reiser spørsmål om forholdet mellom lovgiver og domstoler som ikke på tilsvarende måte gjør seg gjeldende ved vurderingen av forskrifters rekkevidde. Det er derfor ikke grunn til at domstolene - av hensyn til Stortingets syn - skal vise noen tilbakeholdenhet med å anvende det klare forbud mot tilbakevirkning i forvaltningsloven § 39."*

## **7. Avsluttende merknader til uttalelser i høringsnotatet**

Departementet synes i stor grad å begrunne forskriftsforslaget med ulike *reelle hensyn*. Generelt bemerkes at reelle hensyn ikke reparerer kompetanseoverskridelser. Hvis organet *"[...] har gått lenger enn dets myndighet rekker, hjelper det ikke om vedtaket eller inngrepet er aldri så rimelig eller nyttig."*, jf. Knophs oversikt over Norges rett, 13. utgave, s. 78.

Som allerede nevnt er det svært uheldig at forskriftsforslaget griper direkte inn i partenes rettigheter i verserende rettstvister for domstolene. I en situasjon der både Kabeltvistnemnda, utpekt av departementet, og tingretten har konkludert med at Norwaco ikke kan anses som godkjent etter gjeldende regler, fremstår det heller ikke som ryddig at Kulturdepartementet i høringsnotatet uttaler at det *"[...] samlede rettskildebildet gir støtte for [...]"* at åndsverkloven skal forstås slik at Norwacos gamle godkjenning fortsatt har gyldighet etter gjeldende regler. Uttalelsen medfører for det første ikke riktighet, jf. det faktum at det foreligger to ferske rettsavgjørelser som begge forkaster denne tolkningen etter grundige overveielser, og der både de momenter departementet påpeker i høringsnotatet og en lang rekke andre momenter er tatt i betraktning. For det andre kan uttalelsene oppfattes som kritikk mot Kabeltvistnemndas og domstolens vurderinger og avgjørelser, hvilket åpenbart ikke kan ha vært departementets hensikt. Det er svært viktig – ikke minst konstitusjonelt – at departementet verken fremstår eller i praksis oppfattes som et klageorgan for Kabeltvistnemndas og domstolenes avgjørelser.

Helt avslutningsvis ønsker RiksTV å minne om at det i forbindelse med lovendringen i 2005 og de skjerpede godkjennelseskravene som den gang ble innført, ble problematisert i lovforarbeidene om *rene forvaltningsorganisasjoner* i det hele tatt kan godkjennes etter åndsverkloven § 38a, eller om ordningen kun kan benyttes til godkjennelse av organisasjoner som representerer *originære rettighetshavere*. Om denne problemstillingen heter det på side 55 i Ot.prp. nr. 46 (2004-2005):

*"Departementet skal bemerke at forslaget ikke er ment å innebære endringer med hensyn til organisasjonsmessig utgangspunkt. Det er forutsatt, som etter gjeldende regler, at de organisasjoner som godkjennes etter § 38a skal representere originære rettighetshavere innenfor sitt verksamråde. Det vil i realiteten si at det omfatter medlems-/fagorganisasjoner og ikke rene forvaltningsorganisasjoner."* (våre understrekninger)

Norwacos medlemmer består av slike "medlems-/fagorganisasjoner" som forarbeidene omtaler og som er ment å skulle kunne godkjennes etter § 38, mens Norwaco er en slik ren forvaltningsorganisasjon som etter lovforarbeidene ikke er ment å skulle godkjennes etter § 38a. Forholdet til *lovforarbeidene* er ikke problematisert i høringsnotatet om *forskrift* om overgangsregler. Det synes klart at denne siden av saken må utredes nærmere før det kan bli tale om å godkjenne rene forvaltningsorganisasjoner.

Det minnes videre om at åndsverkloven tidligere inneholdt en regel om rettighetsforvaltning gjennom *felles organisasjon* på videresendingsområdet, men denne bestemmelsen ble endret i 1995 til en forskriftshjemmel, jf. Ot. prp. nr 15 (1994-1995) s. 141.

Forskriftshjemmelen finnes i åndsverkloven § 38a, første ledd, annet punktum, som lyder:

*"For bruk på nærmere angitte områder kan Kongen bestemme at den organisasjon som godkjennes, må være en felles organisasjon for de berørte rettighetshavere."* (våre understrekninger)

Forskriftshjemmelen er så langt ikke benyttet. På bakgrunn av at TONO allerede er godkjent på videresendingsområdet, antas det at hjemmelen til eventuelt å beslutte at det *må være en felles organisasjon* for de berørte rettighetshavere, heller ikke vil bli benyttet.

MED VENNLIG HILSEN  
ADVOKATFIRMAET HAAVIND AS



Helge Olav Bergan  
Advokat

(h.bergan@haavind.no)



Anders Mediaas Wagle  
Advokat

(a.wagle@haavind.no)