



Oslo, 11.09.2014

Kulturdepartementet

postmottak@kud.dep.no

Deres ref.: 14/3035 SFA:MK

1

Høringssvar fra Norsk Filmforbund til Kulturdepartementets forslag til endringer i åndsverkloven om gjennomføring av EUs hitteverkdirektiv, generell avtalelisens, endringer i tvisteløsningsbestemmelsene og oppheving av reglene om Det sakkyndige råd av 1.juli 2014

1. Norsk Filmforbunds hovedkonklusjoner og anbefalinger

Norsk Filmforbund (heretter betegnet som NFF) er i utgangspunktet positive til Kulturdepartementets forslag om endringene i åndsverkloven. Likevel er det så store utfordringer for opphavsmannen og andre rettighetshavere i dag, at lovbestemmelsene trenger ytterligere spesifiseringer og moderniseringer for å kunne fungere som et tilstrekkelig og moderne verktøy i dagens teknologiske samfunn.

Våre hovedkonklusjoner og anbefalinger er som følger:

1. At det innføres generell avtalelisens i åndsverkloven uten begrensninger på anvendelsesområdet og utnyttelsesmåten for avtalen som skal ha avtalelisensvirkning.
2. At åndsverklovens § 34 moderniseres til også å omfatte «on-demand»-området («på-forespørsel-bruk»), slik at den ikke blir stående som en utdatert bestemmelse i loven, samt at det avklares begreper som pga. den teknologiske utviklingen medfører konflikter og uklarhet i forhold til kollektiv forvaltning i dagens TV-marked (f.eks. forholdet til tredjepart eller distributørledd)
3. At det innføres en godkjenningsordning som innebærer at en avtalelisensorganisasjon er representativ, og at godkjenningen er endelig, slik at den



ikke kan rettslig angripes, og slik at kravet til representativitet harmoniseres med rettstilstanden i de andre nordiske land, herunder Danmark og Sverige.

4. At revidering av reglene om avtalelisens bør kombineres med en slik generell, ufravikelig regel om «rimelig vederlag» som nevnes i oppfordringer i pkt.46 og pkt.48 i European Parliament Resolution av 11. september 2012.

Vi vil i det følgende gå mer i detalj på ovennevnte punkter, samt våre øvrige innspill til høringsnotatet.

2. Generell avtalelisens

2.1 Innledning

NFF har ca.1100 medlemmer hvorav en vesentlig del er rettighetshavere innenfor film- og tv-bransjen. Av våre medlemmer som er rettighetshavere og således vil kunne bli berørt av nye regler om avtalelisens er i hovedsak regissører, klippere, filmfotografer, lydsejfer/lyddesignere, scenografer, kostymedesignere, manusforfattere og animatører.

NFF har vært en av flere pådrivere for revidering av avtalelisensbestemmelsene samt innføring av generell avtalelisens i den norske åndsverkloven. Vi har innhentet mye erfaring og kompetanse fra våre nordiske naboer i både Finland, Sverige og særlig Danmark, som må kunne anses å være ledende i Norden på området. Et fungerende avtalelisenssystem er den beste rettighetsklaringsmodell for alle parter, dvs. kunstnere, produsenter, tv-kanaler og distributører. NFF støtter lovforslaget om innføring av generell avtalelisens. Vi ønsker imidlertid å komme med en del kommentarer og innspill til departementets høringsnotat.

2.2 Generelt om avtalelisenssystemet

Den særnordiske ordningen *avtalelisens* har eksistert i nordisk lovgivning i mange år, og må kunne sies å ha vært både vellykket og velfungerende. Ordningen innebærer i praksis at alle rettigheter på et område klareres gjennom den avtalen den representative opphavsrettsorganisasjonen (f. eks. Norwaco, på fullmakt fra rettighetshaver eller dennes organisasjon) inngår med en bruker (f. eks. distributøren Canal Digital). Slik utløses en rett for brukere som omfattes av avtalen til også å utnytte verk av rettighetshavere som ikke er medlemmer av opphavsrettsorganisasjonen. Ordningen lar seg også forsvare ved at de vilkår en avtalelisensorganisasjon finner rimelig for sine medlemmer, også bør kunne være akseptable for andre. Ikke-medlemmer har selvsagt samme rett som organiserte til å få del i



vederlagsmidlene, f. eks. ved å rette krav mot en avtalelisensorganisasjon som f. eks. Norwaco.

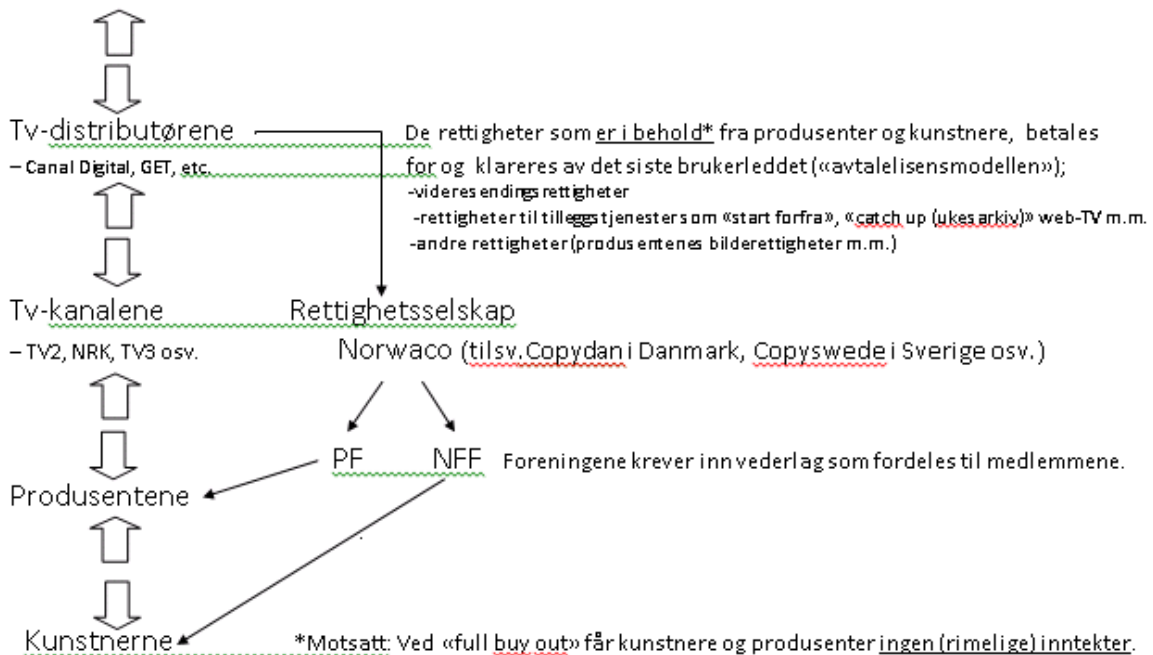
For mange rettighetshavere er en avtalelisensordning ofte den eneste muligheten til å få utbetalt vederlag for faktisk bruk av verket. I tillegg gir ordningen rettighetshaver en viss form for kontroll over bruken siden klarering av rettigheter skjer på vilkår som er godkjent av rettighetshaver.

I TV-markedet kan man på følgende måte illustrere hvordan avtalelisensordningen fungerer;

II. Rettigheter i behold er en forutsetning for rimelige rettighetsinntekter

Betalings TV markedet - grunnstrukturen

Brukerne/husstandene



Illustrasjonen viser at både kunstnere og produsenter har rettigheter som må klareres for bruk. Kunstnerne og produsentene må som utgangspunkt selv, i avtaler seg imellom, bli enige om hvilke rettigheter som overdras, og hvilke som skal være i behold for klarering nettopp gjennom avtalelisens. Kunstnere og produsenter får nødvendige inntekter fra deres foreninger, som igjen får disse til fordeling via sitt medlemskap i avtalelisensorganisasjonen. Forutsetningen for disse inntekter er at kunstnerne og produsentene har rettigheter i behold som skal klareres og betales for.



For kommersielle utnyttelsesområder på avtalelisensområdet har lovhjemmelen imidlertid vært begrenset til «samtidig og uendret» bruk, jf. f. eks. reglene om avtalelisens for videresending av åndsverk i åndsverklovens § 34 flg. (spesiell avtalelisens). Det gjør at den norske åndsverkloven i dag ligger langt bak teknologien, hvor «on-demand» («på-forespørsel»)-tjenestene utgjør en større og større del.

Oppsummering: Avtalelisensordningen kan i mange år sies å ha vært svært vellykket. Klarering skjer på siste ledd i kjeden ut ifra hvilke rettigheter som er i behold, og ut ifra de vilkår som er avtalt mellom utnytter av verket i «siste ledd» og avtalelisensorganisasjonen. Dette kan også komme ikke-organiserte til gode, ved at de kan rette individuelle krav på vederlag til samme vilkår. En svakhet ved den norske åndsverkloven er imidlertid at den spesielle avtalelisens ikke hjemler utnyttelse blant annet på «on-demand»-området, noe som gjør loven umoderne. NFF støtter således innføring av regler om generell avtalelisens.

2.3 Anvendelsesområde og vilkår

Departementet skriver under 3.3 nederst på side 13 i høringsnotatet; *«Ikke minst på grunn av den teknologiske utviklingen oppstår det nye bruksmåter for opphavsrettslig beskyttet materiale og behov for å kunne klarere rettighetene til slik bruk.»*

NFF er enige med departementet at en generell avtalelisens særlig vil være hensiktsmessig på nyere bruksområder som har kommet som følge av den teknologiske utvikling. Ett eksempel er catch-up-tjenester som "start forfra", som blant annet ble innført av Canal Digital's T-We i 2013. Her kan seeren selv f. eks. velge å se hele programmet forfra selv om det i «live-sendingen» snart er slutt. Disse tjenestene (start forfra, ukesarkiv, spole m.fl.) innebærer tilbud på «on-demand»-området, og som det per i dag ikke finnes lovhjemmel for å utnytte via avtalelisens, men som vil kunne omfattes av nye regler om generell avtalelisens.

I Danmark har slike «nye» former for utnyttelse av tv-programmer som åndsverk medført vederlagsavtaler på avtalelisensområdet i millionstørrelse mellom en opphavsrettsorganisasjon som Copydan og distribusjonsleddet. Dette fordeles så på mange rettighetshavere, både kunstnere og produsenter, slik at de får en liten andel av inntjeningen av det verket de selv har vært med på å skape. Dette er ikke urimelig.

I en tid som er preget av oppbrudd og innovasjon i både produksjon og distribusjon, og hvor det kan være meget vanskelig for rettighetshavere, kunstnere som produsenter, å forutse den reelle verdien av det nye forbruk av medier, er det essensielt at man får en reell anledning til å inngå avtaler om utnyttelse av en og en ny rettighet.



NFF er videre enig med departementet at en generell avtalelisensbestemmelse ikke skal definere anvendelsesområdet og utnyttelsesmåten for avtalen som skal ha avtalelisensvirkning, men overlate dette til partene ut ifra ønsker og behov. Forutsetningen er at partene i avtalen klart definerer et nærmere avgrenset område der avtalelisensvirkningen skal inntre. Således står partene som utgangspunkt fritt til å definere enhver utnyttelse de ønsker å regulere via avtalelisens innenfor et område.

Departementet omtaler områder hvor avtalelisens er ansett som en egnet klareringsform, herunder «*områder der det er en stor mengde av opphavsrettslig materiale som anvendes.*»

Det vises videre til det danske forslaget til generell avtalelisens fra 2008, «*Forslag til til Lov om ændring af ophavsretsloven*»;

<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=114430>

hvor det blant annet heter;

«Et typisk eksempel på tilfælde, hvor kollektive aftaler er hensigtsmæssige, er udnyttelse af omfattende materiale med mange rettighedshavere.»

Det vil typisk være både store mengder opphavsrettslig materiale og mange rettighetshavere i en film eller tv-produksjon; herunder regissører, klippere, filmfotografer, lydsjefer/lyddesignere, scenografer, kostymedesignere, manusforfattere, animatører og eventuelle andre rettighetshavere. Således har dette vært, og vil fremdeles være et egnet område for avtalelisens.

Videre hitsettes fra det danske forslaget;

«Aftalelicensen har vist sig at være en velfungerende og nem måde at klarere rettigheder på, navnlig når det gælder masseudnyttelse af værker. Fordelen for brugerne er, at de kun behøver at indgå aftale med én rettighedshaverorganisation om en bestemt form for udnyttelse. Fordelen for rettighedshaverne er, at der rent faktisk indgås aftaler og betales vederlag for udnyttelse af værker, som ellers i mange tilfælde ville finde sted uden betaling.»

Det er på det rene at både kunstnere og produksjonsselskap f. eks. også ønsker å ha tilleggstjenester som «catch-up» på on-demand området i behold for å klareres via avtalelisenssystemet. Dersom TV-kanalene må klarere slike rettigheter direkte med kunstnerne og produksjonsselskap, vil det fordre utallige forhandlinger og tariffavtaler. Det er lite effektiv tids- og ressursbruk, og vil hverken være i tv-kanalene eller rettighetshavernes interesse. De nye avtalelisensregler vil kunne endre dette, ved at også slike rettigheter, i tillegg til videresendingsrettighetene, enkelt kan klareres direkte med avtalelisensorganisasjonen på vegne av både kunstnere og produsenter.



Oppsummering: Den generelle avtalelisensens anvendelsesområde vil særlig være hensiktsmessig på nyere bruksområder som har kommet som følge av den teknologiske utvikling, og som man tidligere ikke har hatt lovhjemmel for å regulere via avtalelisens, herunder nye utnyttelser som f.eks "catchup-tjenestene" "start forfra", "ukesarkiv", "spole" m.fl.

2.4 Forholdet til utenforstående rettighetshavere

NFF er enige med departementet at det er viktig å ta hensyn til de utenforstående rettighetshavere ved innføring av generell avtalelisens. Det er således rimelig at en utenforstående rettighetshaver gis adgang til å nedlegge individuelt forbud mot bruk i medhold av generell avtalelisens. På den måten bør rettighetshaveren kunne unnta verk fra avtalen. Bestemmelsens generelle karakter åpner opp for at man kan tenke seg vide muligheter for inngåelse av avtaler mellom nye parter.

At avtalelisensvirkning fordrer godkjenning av Kulturdepartementet er således også viktig i forhold til utenforstående rettighetshaver. Det at et «flertall» av organiserte rettighetshavere således har ansett at klarering av slik bruk skal tillates mot vederlag, kan også medvirke til at det i praksis sjelden er behov for utenforstående rettighetshaver å nedlegge et individuelt forbud. Mer om kommentarer til godkjenningsordningen under pkt.3.5.

Det kan likevel være tilfeller hvor bruken er av så inngripende karakter at det er ønskelig å nedlegge forbud mot bruk. NFF støtter at loven åpner for slik forbudsadgang. Rettighetshaveren bør kunne nedlegge forbud både mot bruk av enkelte av sine verk, eller alle verkene en bloc. Rettighetshaveren bør stå fritt om han vil meddele forbudet overfor brukeren eller avtalelisensorganisasjonen.

Når det gjelder den avtalesluttende organisasjons egne medlemmer, bør det kunne vedtas at medlemmene fristilles hvorvidt de beslutter å stå utenfor en avtale for tilsvarende utnyttelse. Dens egne medlemmer bør i så fall kunne nedlegge et individuelt forbud, men da kun overfor sin egen avtalelisensorganisasjon, og ikke individuelt overfor brukeren.

Endelig skal understrekes at en avtalelisensordning bør inneha en regel om forbudsrett, da det i motsatt fall i realiteten ikke vil være en avtalelisens, men en tvangslisens.

Oppsummering: NFF støtter forslaget om at avtalelisensreglene skal regulere en forbudsadgang for utenforstående rettighetshavere til utnyttelse av ett eller flere verk. Avtaleorganisasjonens egne medlemmer bør kunne nedlegge et individuelt forbud, men da kun overfor sin egen avtalelisensorganisasjon.



2.5 Spørsmål om godkjenning – herunder «representativitetskriteriet»

Departementet stiller her spørsmål om det skal kreves at den organisasjon som skal kunne inngå avtale med avtalelisensvirkning, skal være godkjent av departementet.

NFF og andre fagorganisasjoner har de siste årene stadig møtt påstander fra forhandlingsmotparter om at opphavsretsreguleringer om avtalelisens ikke kan inngås fordi Norwaco ikke er «godkjent» til å klarere slike på grunn av representativitetskriteriet. Dette er meget uheldig, og har medført en betydelig svekkelse av opphavsmannens forhandlingsposisjon, samt også kunnet medføre store økonomiske tap for blant annet utnyttelse av åndsverk på videresendingsområdet.

En avtalelisensorganisasjon skal etter gjeldende norsk rett tilfredsstille to ulike krav, jfr. Åndsverklovens § 38c; 1) dels om godkjenning og 2) dels om representativitet. Når det gjelder det første kriteriet, godkjennelseskriteriet, foretas slik godkjenning i dag av Kulturdepartementet.

Representativitetskriteriet, nærmere definert i loven som at organisasjonen *“på området representerer en vesentlig del av opphavsmennene til verk som brukes i Norge”* har blitt utfordret i Kabeltvistnemdas avgjørelse av 28.juni 2011. På side 10 uttales det blant annet at *«en «godkjent» organisasjon må oppfylle representativitetskriteriet til enhver tid.»* Et slikt krav vil etter NFF sin mening være unødvendig strengt, da det vil kunne medføre usikkerhet om en «godkjent» organisasjons kompetanse til å inngå slike avtaler til enhver tid. En dag kan f. eks. Norwaco være kompetent, den neste dag ikke, f. eks. på grunn av en plutselig økning av antall verk som brukes i Norge, noe som fra den ene dagen til den andre er utenfor organisasjonens kontroll.

Når det gjelder kravet til en *«vesentlig del» «på området»*, er dette av nemda blitt tolket som 50% eller mer (*«en flerhet»*) av de opphavsmennene som har rettigheter i behold til de verk som brukes på det aktuelle området. Det er da tilstrekkelig at en flerhet er representert som medlemmer i organisasjonen. Dette synes å være på linje med Danmark (som bruker tilsvarende ordlyd i sin OHL § 50 stk. 1; *«væsentlig del»*) og Sverige, som i sin URL § 42a omtaler vilkåret som *«en organisation som företräder ett flertal upphovsmän till i Sverige använda verk på området.»*

Videre uttaler nemda i nevnte avgjørelse at kravet om å *«representere»*, innebærer at forvaltningsorganisasjonen må ha en fullmakt til å inngå bindende avtaler om bruk av verkene på vegne av rettighetshaverne. På bakgrunn av Ot.prp. nr.15 (1994-95) i merknadene til lovutkastet § 36, på side 146, konkluderer nemda med at *«en avtale om representativitet må gi fullmakt til å inngå avtale om bruk av verk på avtalelisensområdet og*



ikke bare rett til innkreving av vederlag.» NFF mener at det kan diskuteres om nemdas oppfattelse her er korrekt.

NFF mener videre at et slikt representativitetskrav ikke bare er unødvendig strengt, men at det også synes å gå imot den nordiske rettsenhet, hvis man sammenlikner med rettstilstanden i land som Sverige og Danmark. Det er for eksempel ingen tvil om at Copydan Verdens TV også "representerer" rettighetshavere via dennes medlemsorganisasjon, selv om rettighetshaverne bare har en rett til vederlag i behold som danner grunnlag for inngåelse av en lisensavtale med en tv-distributør eller en annen bruker. Tilsvarende synes å gjelde i Sverige. Det kan her vises til formuleringer om vederlagsrett i ulike tariffavtaler som står seg i forhold til innkreving av vederlag for henholdsvis Copyswede og Copydan;

Eksempel fra Sverige:

Kollektivavtal for Film, TV, Video mellom Teaterforbundet og Medieforetagen
<http://www.teaterforbundet.se/web/f8da1871-49de-43a4-918a-c2de7fae9bfc.aspx#.UNs4IuWc>

I anmerkning til § 42, heter det bla.; 2. «Detta avtal reglerar inte sådan ersättning för oförändrad vidare spridning av producentens utsändningar, som avses i §§ 42 a) och 42 f) URL. Samtliga sådana rättigheter ligger enligt lagens reglering kvar hos producenten respektive den medverkande.»

Eksempel fra Danmark:

Overenskomst mellom FAF og Producentforeningen om spillefilm og kortere fiksjon
[http://www.film.tv.dk/downloads/spillefilmsoverenskomst%20FAF-Prof%202012-15 med tekniske rettelsler april 2013.pdf](http://www.film.tv.dk/downloads/spillefilmsoverenskomst%20FAF-Prof%202012-15%20med%20tekniske%20rettelser%20april%202013.pdf)

«Uanset overdragelsen af rettigheder i denne overenskomst bevarer filmarbejderen og producenten retten til vederlag i henhold til ophavsretslovens § 13, § 17, stk. 4, § 30 a, § 35 og § 50, stk. 2, samt tilsvarende nationale, udenlandske eller internationale bestemmelser, herunder regler og vederlagsordninger, der senere måtte supplere eller afløse disse bestemmelser.»

Om slike forbehold innebærer rett til å nedlegge forbud mot bruk (forbudsrett) eller ikke, bør være opp til den enkelte avtale om rettighetsforbehold å regulere. Men det bør være klart at også slike klausuler hvor kun en vederlagsrett etter ordlyden er i behold, må kunne stå seg i forhold til organisasjonens representativitet.

Det bør således i forbindelse med lovendringen presiseres, at en vederlagsrett i den form den eksisterer i Norden (og kanskje også andre steder) skal forstås som et formuerettslig krav, som skal respekteres ved videreudnyttelse. Dette svarer til synspunkter både hos



kunstnere og produsenter i Danmark. Det er således snakk om en rett som går videre enn bare en rett til innkreving av vederlag.

Det vil være meget uheldig om kravene i Norge skal være strengere enn kravene i de andre nordiske land, herunder Sverige og Danmark. Det stilles heller ikke slike strenge representativitetskrav etter internasjonalt regelverk.

En godkjenningsordning må sikre forutberegnelighet for alle parter, ikke bare i Norge, men også i utlandet. NFF kan ikke se at innholdet i dagens representativitetskriterie sikrer forutberegnelighet i forhold til en avtalelisensorganisasjons kompetanse.

Det vises her særlig til forslag til Lov om ændring af opphavsretsloven <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=114430> hvor det bla. uttales fra det danske Kulturministeriets undergruppe under pkt. 3.2 Baggrund for forslaget;

«Alle rettighedshaverorganisationer, der indgår aftaler med aftalelicensvirkning i henhold til den generelle aftalelicensbestemmelse, skal i lighed med den gældende ordning godkendes af Kulturministeriet. Dermed sikres ordnede forhold med henblik på bl.a. at sikre organisationernes repræsentativitet.»

Forhåndsgodkjenning fra departementet bør således være tilstrekkelig for at en avtalelisensorganisasjon skal kunne inngå avtaler med avtalelisensvirkning. Denne kan være tidsbegrenset, f. eks. 3-5 år før organisasjonen på nytt må søke om godkjenning fra Kulturdepartementet. Godkjenningen må uansett innebære at organisasjonen er representativ, men representativitetskriteriets innhold må senkes på nivå med Sverige og Danmark, jfr. eksemplene ovenfor. Godkjenningen må gis med bindende virkning, slik at vedtaket ikke kan angripes i en domstol. Det bør stilles krav til rask saksbehandling.

En godkjenningsordning må være dynamisk og ivareta behovet for løpende klarering på nye områder. Det må derfor kunne søkes om nye godkjenninger på avgrensede områder til enhver tid.

Det vises endelig til at en avtalelisensbestemmelse som åndsverklovens § 34 (videresending), som krever obligatorisk kollektiv forvaltning, er en gjennomføring av EUs satellitt- og kabeldirektiv (93/83/EØF) artikkel 9.1. Direktivforpliktelsen innebærer at Norge må ha et system der rettighetene for videresending i kabel klareres gjennom en organisasjon. Den norske gjennomføringen i åndsverkloven § 34 knytter kravet til kollektiv forvaltning opp til avtalelisensen og dermed godkjenningsordningen der. Således er det også viktig for Norges internasjonale forpliktelser at avtalelisensordningene har sikre godkjenningsordninger.



Endelig minnes om hensynet til den utenforstående rettighetshaver som omtalt ovenfor under pkt. 1.4, som også støtter opp om at de beste grunner taler for at det skal eksistere en godkjennelsesordning foretatt av Kulturdepartementet for at en avtale skal gis avtalelisensvirkning.

Oppsummering: NFF foreslår at departementet fjerner det materielle kravet om representativitet "til enhver tid" slik det foreligger i dag. NFF mener at de beste grunner taler for at det kun stilles krav om bindende forhåndsgodkjennelse fra departementet for at en organisasjon skal kunne inngå avtaler med avtalelisensvirkninger. Forhåndsgodkjennelsen må samtidig innebære at avtalelisensorganisasjonen er representativ. Representativitetsvurderingen må harmoniseres med rettstilstanden i Sverige og Danmark. Godkjenningen kan være tidsbegrenset, for eksempel ved at organisasjonen på ny må søke og bli vurdert etter 3 til 5 år. Det må kunne søkes om nye godkjenninger på avgrensede områder til enhver tid. Ved at den tidsbegrensede godkjenningen er endelig, skal den ikke kunne overprøves av domstolene.

10

2.6 Øvrige spørsmål

Det er en rekke øvrige spørsmål som kan stilles med bakgrunn av hvordan den reelle situasjon i den audiovisuelle bransjen er i dag. Her ønsker NFF å komme med en del innspill om hvordan vi mener lovgivningen må styrke opphavsmannens posisjon ytterligere.

2.6.1 Åndsverklovens § 34 må moderniseres og presiseres

2.6.1.1 Modernisering

I Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) ble det varslet at man skulle vurdere lovens materielle endringer som følge blant annet av den teknologiske utviklingen. Det er ingen overdrivelse at den norske åndsverkloven per i dag er den mest umoderne på avtalelisensområdet sammenliknet med våre naboer i Sverige og Danmark. Nå har departementet muligheten til å gjøre noe med dette, slik at ikke den norske lovgivningen på området blir ansett som gammelmodig og lite praktisk anvendelig.

I departementets høringsnotat pkt.1.1 Hovedinnhold og bakgrunn for forslagene, uttales det blant annet at det skal «foreslås endringer som gjelder reglene om avtalelisens». I lys av dette, mener NFF at departementet ikke kan overse den manglende modernisering av den kanskje viktigste avtalelisensbestemmelsen, nemlig åndsverklovens § 34 om videresending.

Bestemmelsen om videresending kom inn i loven i 1985, og har ennå ikke blitt endret i takt med den teknologiske utviklingen. Tiden er overmoden for en modernisering, og NFF ser det som essensielt at åndsverklovens § 34 materielt sett får et innhold som svarer til den teknologiske utviklingen, slik som ble lovet vurdert for 10 år siden. Med andre ord må



åndsverklovens § 34 endres slik at den også omfatter «on-demand» (på forespørsel)-områdene.

Dersom ikke § 34 tilpasses dagens teknologiske virkelighet, vil den bli hengende i «løse luften» som en gammelmodig og utdatert bestemmelse som snart mister sin funksjon. Det er således vanskelig å se at man faktisk har grepet fatt i avtalelisensbestemmelsene i tråd med moderniseringshensikten 10 år tilbake, uten å gjøre et slikt grep nå.

Det skal legges til at tv-markedet er i rask endring, og at såkalt lineær TV snart tilhører fortiden. Digitalisert distribusjon og «on-demand» TV utgjør en større og større del av dagens TV-marked, og skal således både erstatte og utvide lineær TV. Men med digitalisert distribusjon og et lavere volum av lineær TV, kommer også f. eks. et lavere volum av videresending og betaling for slik utnyttelse. Når den teknologiske utviklingen erstatter gamle utnyttelsesmodeller, må også lovreglene bli supplert med moderniserte regler.

Danmark må i dag anses å være det mest «fremoverlente» og kunnskapsrike landet i Norden på avtalelisensområdet. Det er også de som har hatt lengst erfaring med generell avtalelisens, som ble innført i OHL i 2008. I Danmark klareres således «on-demand»-områdets «nye» tjenester som catch-up-tjenestene som supplement til videresending, nettopp for å innføre en overgang til det nye teknologiske markedet. En dag vil disse klareringer stå alene, og klarering av lineær TV vil være helt borte. NFF kan ikke se noen grunn til at åndsverklovens § 34 ikke skal tilpasses dagens teknologi. NFF mener at det vil være klokt av departementet å følge danskens nylig vedtatte supplerings og modernisering av OHL § 35 (tilsvarende Åvl. § 34/videresendingsbestemmelse), som også dekker utnyttelse på «individuell valgt sted og tidspunkt» (dvs. on-demand), og lyder som følger;

«I § 35 indsættes som stk. 4-7:

»Stk. 4. Værker, som udsendes i radio eller fjernsyn, må på anden måde, end hvad der er bestemt i stk. 1, gengives af andre, såfremt betingelserne for aftalelicens efter § 50 er opfyldt. Eksemplarfremsending og tilrådighedsstillelse af værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt, jf. § 2, stk. 4, nr. 1, skal ske i tidsmæssig tilknytning til udsendelsen.

Stk. 5. Værker, der af et radio- eller fjernsynsforetagende stilles til rådighed på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt, jf. § 2, stk. 4, nr. 1, må stilles til rådighed af andre på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt, jf. § 2, stk. 4, nr. 1, når tilrådighedsstillelsen sker på samme måde og inden for samme tidsrum som radio- eller fjernsynsforetagendets tilrådighedsstillelse og betingelserne for aftalelicens efter § 50 er opfyldt. Eksemplarfremsending, der er nødvendig for tilrådighedsstillelsen, kan foretages.



Stk. 6. Bestemmelse i stk. 4 og 5 gjelder ikke, hvis opphavsmannen over for noen av de aftalesluttende parter har nedlagt forbud mot værkets udnyttelse. Bestemmelse i stk. 4 og 5 gjelder ikke for rettigheter, som innehaves av radio- og fjernsynsforetagender.

Stk. 7. Opstår det spørsmål om, hvorvidt en organisation, der efter § 50, stk. 4, er godkendt til at indgå aftaler omfattet af stk. 4 eller 5, stiller urimelige vilkår for at indgå aftale, kan hver af parterne forelægge spørgsmålet for Ophavsretslicensnævnet, jf. § 47. Nævnet kan fastsætte vilkårene, herunder vederlagets størrelse.»

12

2.6.1.2 Presisering

Det er videre et problem at bestemmelse i artikkel 11bis(1) ikke presiserer forholdet til Bern-konvensjonen, og hva som skal til for at det foreligger videresending i lovens forstand i forhold til dagens teknologiske marked.

Bern-konvensjonens artikkel 11bis(1), som ligger til grunn for åndsverklovens § 34, sier;

*"Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing:
(i) the broadcasting of their works or the communication thereof to the public by any other means of wireless diffusion of signs, sounds or images;
(ii) any communication to the public by wire or by rebroadcasting of the broadcast of the work, when this communication is made by an organization other than the original one;" (...)*

Som forklart i "Guide to the Berne Convention (Masouyé, 1978), som uten å være lovlig bindende, men som kan brukes som hjelpemiddel for å tolke konvensjonen, skal det være slik at opphavsmannen kun autoriserer tilgjengeliggjøringen overfor direktebrukere, for eksempel de som eier mottakerutstyret og som kan motta sendingen av et program direkte (kringkastingen/primærsendingen).

Det er videre slik at dette ikke trenger å være et "nytt publikum" i forhold til de som har mottatt den originale kringkastingssendingen. Det hører til historien bak bestemmelse i artikkel 11bis(1)(ii) at dette med "nytt publikum" ble en diskusjon mellom medlemsstatene, men at de istedet ble enige om at et tilleggskriterie skulle være at det var en "autre organisme" ("another organization") som utnyttet kringkastingen av et program for sin egen "business".

Samtidig ble det klargjort at et rent teknisk mellomledd (som for eksempel en lokal telecom operatør eller "relay transmitters" var irrelevant.



Det følger videre av historien bak bestemmelsen at fordi spørsmålet om den videresendende organisasjon bruker sendingen i "business"-formål er avgjørende, må fokuset på avgjørelsen om en videresending under artikkel 11bis(1)(ii) finner sted, være på om det foreligger en økonomisk fordel enten vunnet eller tilsiktet av en organisasjon som er en annen enn den opprinnelige, dvs. en annen enn kringkaster.

Videre krever ikke ordlyden i artikkel 11 bis(1) en "tidligere" kommunikasjon tidsmessig, den krever ikke at det har vært et publikum tidligere.

Videresending kan også inkludere et rent teknisk signal som er annerledes enn det originale signalet.

Formålet bak bestemmelsen er som nevnt å beskytte opphavsmannen mot en ny type utnyttelse av verket som har til formål å skape en ny inntekt for "the other organization".

Videre skal bestemmelsen ikke hindre opphavsmannens rett til et "rimelig vederlag".

I "Riks-TV-dommen" av 30.05.2013 var tilfellet blant annet at det samtidig som programmene ble sendt over satelitt, ble sendt i det digitale bakkenettet av en distributør som er en annen enn kringkaster (herunder f. Eks. TV2 eller TVNorge), og betaling tas fra brukerne (seerne) og generer en ny inntekt for denne "other organization" uten at opphavsmannen får en andel av denne nye inntekten.

Retten avgjørende vekt blant annet på at selv om det fantes signaler av tv-sendingene på satelitt, var det ikke et forutgående signal som videresendes, og at det aktuelle signalet som sendes ut, ikke tidligere var tilgjengeliggjort for allmenheten. Således kommer retten til at Riks-TV ikke foretar videresending av verket i det digitale bakkenettet.

Det synes å bli lagt liten eller ingen vekt på hensynet nettopp til at det foregår en ny sending ("samtidig broadcasting") som har til formål å skape en ny inntekt for en ny organisasjon, uten at dette medfører krav på rimelig vederlag for dette for opphavsmannen.

Linkende har kommet frem i "Get-dommen" mot Norwaco, hvor Norwaco også i første instans tapte saken om videresending. Denne er påanket av Norwaco.

Et annet problem som konsekvens av Riks-TV-dommen, er at det legges stor vekt på avtalen mellom kringkaster og Riks-TV om hvorvidt Riks-TVs distribusjon er kringkasting eller videresending. Det vil kunne bety, at dersom en rettighetshaver har videresendingsrettigheter i behold, for eksempel i kontrakten mellom opphavsmannen og produksjonsselskapet, så kan kringkaster og distributør i det senere ledd avtale at det ikke



skal finnes videresending. Isåfall henvises rettighetshaver til å klarere disse rettighetene med kringkaster, da avtalen mellom de senere ledd skal påvirke hvorvidt det foreligger videresending eller ikke. Dette kan også gi rettighetshaveren store kontraktstolkningsutfordringer.

Et slikt scenario er nettopp avtalelisensbestemmelsene har ment å forhindre, ved at klarering med kringkaster kan resultere i mange individuelle forhandlinger, som er undøvendig tidsbruk og som kompliserer og vanskeliggjør klareringen for alle parter, istedetfor at slik utnyttelse og bruk kan klareres av en organisasjon, nemlig avtalelisensorganisasjonen (per i dag; Norwaco).

Man kan stille spørsmålet om en rettskraftig avgjørelse som i "Riks-TV-dommen" er riktig og rimelig sett utifra den virkning bestemmelsene i åndsverklovens § 34 er ment å ha.

NFF mener at departementet bør presisere og endre åndsverklovens § 34 slik at den oppfylder Bernkonvensjonens formål, nemlig å ikke forhindre at opphavsmannen har krav på et "rimelig vederlag" av den totale utnyttelsen av verket når det foreligger to samtidige sendinger og den ene utnyttes av en ny organisasjon som har til formål å få nye inntekter for slik utnyttelse.

I bestemmelsen bør også begrepet "ny organisasjon" defineres. Her bør det f.eks presiseres hvorvidt gjengivelse, herunder videreanvendelse av produksjoner hvor tredjemann er involvert, uansett om tredjemanns involvering skjer på vegne av et radio-eller-tv-foretak eller distributør (typisk en distributør som i Riks-TV-saken), såfremt det omfatter et samtlet tilbud av audiovisuelt innhold (f.eks en tv-pakke), skal omfattes av videresendingsbegrepet eller ikke. Det bør være opp til tredjemann å bevise at slik utnyttelse er klarert med rettighetshaver.

Oppsummering: NFF oppfordrer sterkt til å modernisere åndsverklovens § 34. Ved å utvide virkeområdet til også å omfatte "on demand"-området, får man et viktig og naturlig supplement til videresendingsbestemmelsen i den norske åndsverklov § 34 . NFF foreslår at § 34 oppgraderes i tråd med nordisk rettsenhet og i henhold til de nylig vedtatte endringene i den danske OHL § 35 . Ved en oppgradering vil norsk lovgivning kunne være på linje med den danske på dette området, og ikke på ny 6 år eller mer etter, som vi har vært med innføringen av den generelle avtalelisensen, enda norsk teknologi må kunne sies å ligge forut på mange felt. Endelig vil en presisering av forholdet til Bernkonvensjonen og selve "3. parts"-begrepet, herunder hva som er "videresending", være nødvendig for å forhindre fremtidige uklarheter som kan føre til ytterligere konflikter på det kollektive forvaltningsområdet.



2.6.2 Eneretten etter åndsverklovens § 2 og avtalefriheten angripes av parter som ikke tar del i forhandlingene - en trussel mot avtalelisenssystemet

Det er opphavsmannen som etter åndsverklovens § 2 har eneretten til utnyttelse av verket på alle måter og i alle former. Men avtalefriheten blir i praksis i dag fort illusorisk, på grunn stort press om full overdragelse av rettigheter, gjerne uten ytterligere betaling, fra økonomisk motiverte og sterke aktører som særlig de kommersielle TV-kanalene.

15

Vår bekymring i forhold til om avtalelisens i praksis vil fungere, er at avtaleresultatet mellom kunstnerne og produksjonsselskapene i stor grad dikteres av de kommersielle tv-kanalene, som ikke er en del av forhandlingene. Det er således et stort press mot rettighetshaver om full overdragelse. TV-kanaler har gitt klar beskjed både overfor produksjonsselskapene og NFF og våre medlemmer at alle rettigheter må overdras, helst vederlagsfritt eller mot ubetydelige vederlag, ellers får ikke TV-produksjonsselskapene oppdrag av TV-kanalene.

«Norwaco-rettssakene» har som nevnt ovenfor også avdekket kontraktsreguleringer mellom distributører og TV-kanaler hvor sistnevnte kontraktsforplikter seg til å påse at alle rettigheter er overdratt.

Man kan vanskelig se hvordan TV-kanalene kan påta seg å oppfylle en slik forpliktelse, all den tid rettighetene ikke oppstår hos dem, og det er rettighetshaveren etter åndsverklovens § 2 som har eneretten til utnyttelse av verket på alle måter.

For tilfeller hvor TV-kanalene har forhåndsinngått avtaler hvor de påtar seg klareringsansvar men ikke får det gjennomført, risikerer TV-kanalene å havne i vanhjemmel.

Der TV-kanalene presser produksjonsselskapene til å overdra rettigheter selv om alle disse ikke er ervervet, vil det kunne medføre at produksjonsselskap blir satt i en vanhjemmelssituasjon. Dette har også i stor grad skjedd i praksis.

Presset blir således enormt på kunstnerne. Kunstnerne mer eller mindre tvinges pga. nevnte innretninger til å overdra alle sine rettigheter, selv om de ikke ønsker dette. Dette er en stor trussel mot kunstnernes avtalefrihet for sine enerettigheter etter åndsverklovens § 2. Videre er det en trussel mot selve avtalelisenssystemet, som i seg selv bygger på avtalefrihet og avtalevilje.

Klarering via avtalelisens fordrer at det finnes rettigheter å klarere. NFF mener situasjonen i dag er meget bekymringsfull, dersom vi og andre rettighetshaverorganisasjoner ikke p.t. får anledning til å forhandle direkte med TV-kanalene, som er bestiller og premissleverandør.



Et synspunkt, som blant annet German Directors Guild (BVR) fikk medhold i etter tysk rett mot bla. ZDF, var nemlig at TV-kanalene er premissleverandører, og i realiteten dikterer betingelsene for kontraktene mellom kunstnere og produsenter, og dermed de reelle brukere av verket, og således de reelle avtaleparter for kunstnerne. Således fikk BVR forhandle direkte med TV-kanalene.

Hvis alle rettigheter overdras ved slikt press uten mulighet til reelle forhandlinger for kunstnere og produsenter, finnes ingen rettigheter å klarere via hverken spesiell eller generell avtalelisens.

Satellitt- og kabeldirektivet av 27. september 1993 artikkel 12, sier;
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0083:EN:HTML>

“Prevention of the abuse of negotiating positions 1. Member States shall ensure by means of civil or administrative law, as appropriate, that the parties enter and conduct negotiations regarding authorization for cable retransmission in good faith and do not prevent or hinder negotiation without valid justification.”

Det er ut ifra direktivet svært bekymringsfullt at TV-kanalene søker å forhindre at både kunstnere og produsenter kan tjene et rimelig vederlag gjennom avtalelisensordninger.

Ved direkteklarering tilbys normalt ikke kunstnerne i film- og tv-bransjen høyere lønn som kompensasjon for tapt vederlag for utnyttelse gjennom avtalelisens. På den måten har TV-kanalene og distributørene søkt å innrette seg slik at kunstnerne, representert ved avtalelisensorganisasjonen Norwaco, utestenges fra å få en rimelig andel av den inntekt fra det verket de har skapt. Inntekten kan således deles på færre, og slik at distributørene kan tenkes å betale litt mindre totalt sett og TV-kanalene tjener mer totalt sett, noe som kun er til fordel for bestiller og distributør, mens kunstneren, skaperen av selve innholdet, står som den tapende part uten sin rimelige andel av «kaka».

Vi tør påstå at TV-kanalenes og distributørers innrettelse forhindrer rettfærdige forhandlinger mellom kunstnere og produsenter, uten at det kan vises til noen legitim grunn for dette, men tvert imot er misbruk av makt og i hensikt av egen økonomisk vinning.

I lys av dette, kan man stille spørsmål om ikke TV-kanalenes og distributørenes indirekte involvering forhindrer forhandlingene på en slik måte at lovgiver burde gripe inn, jfr. direktivets bestemmelse.



Oppsummering: NFF oppfordrer departementet til å styrke rettighetshaverens økonomiske enerett for å motvirke at rettighetshaveren blir den tapende part ved inntekstfordelingen for utnyttelsen av verket som han har eneretten til.

2.6.3 Revidering av reglene om avtalelisens bør kombineres med en generell, ufravikelig regel om «rimelig vederlag»

Bernkonvensjonens artikkel 11 bis tillater avtalelisens, men forutsetter at opphavsmannen får et «rimelig vederlag» for bruken.

NFF mener at departementet må se avtalelisensreglene i sammenheng med Bernkonvensjonens regler, hvor det er en klar forutsetning om at opphavsmannen skal ha et «rimelig vederlag». I dagens åndsverklov finnes det kun en ufravikelig regel om «rimelig vederlag», og den finnes i § 39 m, inntatt i henhold til EU's utleie- og utlånsdirektiv. Men det finnes ingen generell regel som fastslår Bernkonvensjonens klare forutsetning, og dette mener vi er en klar svakhet for rettighetshaver i dagens åndsverklov.

I dagens audiovisuelle marked kan det synes som om fokuset på det «rimelige vederlaget» for utnyttelse av opphavsrett blir mindre og mindre for nye utnyttelsesområder, og det er fare for at det til slutt svinner hen, slik at opphavsretten mister sin selvstendige økonomiske verdi. Et «rimelig vederlag» best kan beregnes dersom kunstneren har rettigheter i behold som klareres på «sisteledet», hvor man faktisk kan fastslå hvilken inntekt verket bringer inn. Tradisjonelt har f. eks. videresendingsklarering vært beregnet ut ifra et ratingcard som setter en pris ut ifra hvor mange tilknytninger en distributør har i et kabelnett.

NFF mener at lovgivningen bør bidra til å sikre kunstnerne et «rimelig vederlag» for bruk av sine verk og prestasjoner, og at dette bør nedfelles i en generell, ufravikelig regel i norsk åndsverklov om «rett til rimelig vederlag», inspirert av den tyske Copyright Act (UrhG) Artikkel 11; http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.html

“Copyright protects the author in his intellectual and personal relationships to the work and in respect of the use of the work. It shall also serve to ensure equitable remuneration for the exploitation of the work.”

Videre vises det til at European Parliament resolution of 11 September 2012 on the online distribution of audiovisual works in the European Union (2011/2313(INI)) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2012-324>



klart støtter opp om sikringen av “et rimelig vederlag” til kunstnere for alle former for utnyttelse, særlig «online utnyttelse», og ber medlemsstatene om å forby «buyout-kontrakter», som er kontradiktoriske til dette prinsipp, jfr. pkt.46;

«The European Parliament,

46. *Maintains that it is essential to guarantee authors and performers remuneration that is fair and proportional to all forms of exploitation of their works, especially online exploitation, and therefore calls upon the Member States to ban buyout contracts, which contradict this principle;*”

Videre støtter resolusjonen regler om “ufravikelig vederlag” til kunstnerne for alle former av utnyttelse av deres rettigheter, inkludert hvor de har overdratt sine eksklusive “making available-rettigheter” til en produsent, jfr. pkt.48;

«The European Parliament,

«48. *Calls for the bargaining position of authors and performers vis-à-vis producers to be rebalanced by providing authors and performers with an unwaivable right to remuneration for all forms of exploitation of their works, including ongoing remuneration where they have transferred their exclusive ‘making available’ right to a producer;*”

Det er imidlertid foreløpig opp til det enkelte land å innføre slike bestemmelser, og med den svake posisjon rettighetshaveren har i Norge generelt, vil en slik bestemmelse være et viktig signal fra lovgiver som følger internasjonale anbefalinger fra Europaparlamentet.

Oppsummering: Den nye norske åndsverkloven bør innføre en generell, ufravikelig regel om rimelig vederlag i hensikt å ytterligere beskytte rettighetshaverens økonomiske enerett. Dette er helt i tråd med internasjonale opphavsrettslige anbefalinger, samt flere europeiske lands gjeldende lovgivninger, herunder den tyske Copyright Act (UrhG).

3. Tvisteløsning og hitteverk

NFF har ingen særskilte kommentarer til reglene om tvisteløsning, subsidiær nemndslisens for eksemplarframstilling til undervisningsbruk (§ 13b) og hitteverk (orphan works), men slutter seg til Norwacos hørings svar på disse områdene, samt på øvrige områder som dette hørings svar ikke berører særskilt.



4. Forslag til nye lovbestemmelser i åndsverkloven

4.1 Modernisering av § 34

« § 34. Verk som lovlig inngår i kringkastingssending, kan ved samtidig og uendret videresending gjøres tilgjengelig for allmennheten når den som videresender oppfyller betingelsene for avtalelisens etter § 36 første ledd eller videresender etter tillatelse gitt av nemnd etter bestemmelsene i § 36 andre ledd.

Verk som lovlig inngår i kringkastingssending, kan på annen måte, enn det som følger av 1.ledd, gjengis av andre, når betingelsene for avtalelisens etter § 36 første ledd er oppfylt..

Eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring av verk på en slik måte at allmenheten får tilgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt, jf.§ 2 4.ledd, skal skje i tidsmessig tilknytning til utsendelsen.

Verk som av kringkastingsforetak tilgjengeliggjøres på en slik måte at allmenheten får tilgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt, jf.§ 2 4.ledd, må tilgjengeliggjøres av andre på en slik måte at allmenheten får tilgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt, jf.§ 1 4.ledd, når tilgjengeliggjøringen skjer på samme måte og innenfor samme tidsrom som kringkastingsforetakets tilgjengeliggjøring, og betingelsene for avtalelisens etter § 36 første ledd er oppfylt.

Opphavsmannens enerett til videresending etter denne bestemmelse kan bare utøves gjennom organisasjon som er godkjent etter § 38a.»

Videresending av verk som opprinnelig sendes ved tråd, omfattes ikke av denne paragraf.»

4.2 Innføring av en generell, ufravikelig regel om rett til rimelig vederlag

«Opphavsrett skal beskytte opphavsmannens intellektuelle og personlige forhold til verket, og til utnyttelsen av det. Opphavsmannen kan ikke fraskrive seg sin rett til rimelig vederlag for enhver utnyttelse av verket.»

Oslo, den 11.09.2014

sign.

Bjørn Alexander Brem
Forbundsadvokat