

Kulturdepartementet
Postboks 8030 Dep
0030 Oslo

e-post: postmottak@kud.dep.no

Deres Ref. 14/3035 SFA:MK

Oslo 12. september 2014

HØRINGSNOTAT OM ENDRINGER I ÅNDSVERKLOVEN

Vedlagt følger Norwacos høringssvar.

Med vennlig hilsen
for Norwaco



Cathrine Nagell
direktør

NORWACOS HOVEDKONKLUSJONER OG ANBEFALINGER

Kulturdepartementet sendte den 1. juli 2014 et notat på høring som blant annet inneholder forslag om generell avtalelisens og endringer i tvisteløsningsbestemmelsene i åndsverkloven.

Norwaco er i all hovedsak positiv til Kulturdepartementets forslag om endringer i åndsverkloven, men vi mener samtidig at forslagene ikke i tilstrekkelig grad løser dagens utfordringer og problemer.

Hovedutfordring

Den kollektive forvaltningen av rettigheter har ikke lenger hensiktsmessige rammebetingelser på områder Norwaco forvalter. Dette hindrer en effektiv rettighetsklarering, som er til fordel både for brukere og rettighetshavere. Det medfører samtidig et sterkt press på rettighetshaverne for frikjøp av rettigheter.

Konklusjoner og anbefalinger

Norwacos hovedkonklusjoner er, kort oppsummert:

- Vi støtter innføring av en generell avtalelisens
- Vi anbefaler at det innføres en godkjenningsordning når det gjelder generell avtalelisens, og ber samtidig om en klargjøring av de gjeldende godkjenningsreglene, herunder kravet til representativitet
- Vi ber om en utvidelse av § 34 slik at bestemmelsen også omfatter på-forespørsel-bruk av tv-program
- Vi ber om en lovbestemmelse som tydeliggjør tv-distributørers klareringsansvar
- Vi ønsker en ytterligere utvidelse av den særskilte avtalelisensbestemmelsen for ABM-institusjoner (§ 16a) til blant annet også å gjelde kringkastingsprogram
- Vi anbefaler en styrking av tvisteløsningsmekanismene enten ved å tydeliggjøre og utvide «Kabeltvistnemndas» kompetanse, eller ved at det innføres en særskilt voldgiftsdomstol
- Vi ønsker ikke at det innføres en subsidiær nemndslisens på undervisningsområdet
- Vi mener hitteverkproblematikken best løses gjennom avtalelisens

SAMMENDRAG

Norwaco tar på vegne av rettighetshaverne vel imot forslaget om innføring av en generell avtalelisens. Vi har lenge ønsket en slik bestemmelse, og er tilfreds med at det nå foreligger et konkret forslag. Det er vårt håp at bestemmelsen kan tre i kraft snarest mulig.

Det foreliggende forslaget til generell avtalelisens løser imidlertid ikke våre medlemmers største utfordringer og problemer.

Avtalelisenser er en forenklet måte å klarere rettigheter på, men fordrer at partene på begge sider ønsker en slik enkel klareringsordning. I den senere tid har, som departementet er vel kjent med, sentrale og sterke markedsaktører på våre områder gitt uttrykk for, både i ord og handling, at de ikke lenger ønsker et kollektivt forvaltningssystem. De mange tvistesakene på tv-området illustrerer dette. Vi frykter at den norske kollektive klareringsordningen kan bryte sammen til skade for rettighetshaverne dersom det ikke tas overordnede grep.

Vi opplever at både rettighetsmassen som kan klareres via avtalelisenser, godkjenningsordningen og representativitetskravet utfordres.

Individuelle rettighetshavere som opphavsmenn, utøvende kunstnere og produsenter, utsettes daglig for et massivt press om overdragelse av rettigheter mot eget ønske. Skal avtalelisenser virke i praksis må det komme på plass et tydeligere regelverk som gir rettighetshaverne den beskyttelsen som åndsverkloven er ment å gi dem.

Norwaco ønsker en godkjenningsordning hvor representativitet inngår i godkjenningsvilkårene og ikke er et sidestilt vilkår. Videre mener vi at en godkjenning fra departementet ikke skal kunne overprøves. Dette vil sikre et velfungerende avtalelisenssystem.

Det fremgår av høringsnotatet at departementet har skilt ut gjennomgang av avtalelisensbestemmelsene som eget tema i denne høringen. Dette oppfatter vi som at departementet nå anser avtalelisensordningen endelig gjennomgått. Forslaget inneholder imidlertid få endringsforslag eller presiseringer i gjeldende bestemmelser. Det mener vi er en svakhet ved høringsnotatet.

Norwaco mener at det må innføres en ny avtalelisensbestemmelse på tv-distribusjonsområdet. Den må omfatte lisensiering av lineær-tv og nye formidlingsformer og tjenester som «start forfra» m.m. Bestemmelsen må være teknologinøytral, og den må uttrykkelig angi at distributørene uansett har et selvstendig ansvar for å klarere rettigheter, samt at de har bevisbyrden for påstand om ervervede rettigheter.

I dag bestrider kringkastere og distributører at begrepet «videresending» i gjeldende § 34 kan tolkes å gjelde annet enn den tradisjonelle form for lineær-tv-distribusjon, til tross for at distributørene foretar den samme spredning og utnyttelse av rettighetene som før. Det er rettighetshavernes klare oppfatning at dette dekkes av både intensjonen bak, og ordlyden, i § 34. Uenigheten om dette har så langt hatt som konsekvens at norske og utenlandske rettighetshaverne ikke får betalt for den merutnyttelsen som foretas av store tv-distributører, selv om distributørene foretar en selvstendig utnyttelse av opphavsrettslig beskyttet materiale, utnyttelsen har en betydelig økonomisk verdi for distributørene, og det er rettigheter som ikke

blir klarert for utnyttelsen. Bruken **må** klareres av den som foretar tilgjengeliggjøringen, nemlig distributøren. Så lenge distributørene bestrider at de har et slikt selvstendig ansvar, hvilket er situasjonen i dag, må det fremkomme klart i et forslag til lovendring at distributøren har et selvstendig klareringsansvar. Dette haster. En nærmere oppsummering og presentasjon av problemstillingene følger i punkt 9, del I, side 15.

Parallelt med at det innføres en generell avtalelisens mener Norwaco at spesiallisensene bør utvides der det er nærliggende og naturlig, for å fange opp den utviklingen ny teknologi har åpnet for. Vi har konkrete forslag til utvidelser av §§ 16a og 34.

Som svar på øvrige spørsmål som er stilt i høringsnotatet, støtter Norwaco en to-trinns-tvistebehandling med innføring av en frivillig meklingsordning på tv-distribusjonsområdet, gitt at det innføres mekanismer som sørger for en rask og effektiv mekling. Det er videre Norwacos syn at tvister på tv-distribusjonsområdet skal behandles av et særskilt tvisteløsningsorgan. Kompetansen må være tydelig og utvidet i forhold til dagens ordning med «Kabeltvistnemnda», og tvisteløsningsorganet bør ikke kunne overprøve godkjenninger gitt av departementet.

Norwaco støtter ikke forslaget om innføring av en subsidiær nemndslisens på undervisningsområdet.

Når det gjelder de foreslåtte reglene om hitteverk er det vårt syn at bruk av disse verkene best løses gjennom avtalelisenssystemet, slik at de foreslåtte reglene vil ha liten praktisk betydning.

Høringsnotatets innhold

Høringsnotatet fra Norwaco har tre hovedoverskrifter: I Avtalelisens, II Hitteverk og III Sakkyndig råd. De vesentlige og mest sentrale av våre bemerkninger finnes i del I, mens del III kun er en tilslutning til nedleggelse av rådet.

I del I vil vi ta for oss følgende punkter;

- *Rettigheter til kollektiv forvaltning – rettighetshavernes reelle valgmuligheter, punkt 2*
- *Godkjenningsordningen, punkt 3*
- *Representativitetskravet, punkt 4*
- *Konkrete til forslaget om en generell avtalelisensbestemmelse i § 36 annet ledd, punkt 5.*
- *Spesiell kontra generell avtalelisens, punkt 6*
- *Alternative forslag til utvidelse av spesiallisensen i åndsverklovens § 34, punkt 7*
- *Forslag til utvidelse av spesiallisensen i åndsverklovens § 16a, punkt 8*
- *Utfordringer på tv-distribusjonsområdet som må håndteres av lovgiver (og som ikke løses med foreliggende forslag til endringer av åndsverkloven), punkt 9*
- *Tvisteløsning, punkt 10*

I. AVTALELISENS

1. Innledende bemerkninger

Norwaco representerer 34 rettighetshaverorganisasjoner, som igjen representerer ca 60 000 individuelle norske rettighetshavere - både opphavsmenn, utøvende kunstnere og produsenter. Disse rettighetshaverne ønsker å bidra til å tilgjengeliggjøre innhold på de plattformer og på de måter som ny teknologi muliggjør.

I tillegg til norske rettighetshavere representerer Norwaco en betydelig mengde utenlandske rettighetshavere gjennom avtaler.

Norwaco mener generell avtalelisens er et nødvendig verktøy i arbeidet med å tilrettelegge for praktisk rettighetsforvaltning på nye områder og for nye utnyttelsesformer. En generell avtalelisensbestemmelse muliggjør klareringsløsninger der spesielle lisensbestemmelser mangler eller kommer til kort i forhold til de utnyttelsesmuligheter som nå finnes.

For Norwaco vil en generell avtalelisensbestemmelse bety at den samlede rettighetsporteføljen vi kan tilby blir større og mer interessant for brukerne. Uten avtalelisensbestemmelser som dekker utenforstående rettighetshavere, er det en rekke områder Norwaco ikke kan lisensiere - til tross for at vi har fullmakter fra egne medlemmer. I enkelte tilfeller innebærer dette at lisensiering av nye områder hindres. Dette er problematisk både for rettighetshavere og brukere. Det setter også opphavsrettens omdømme på prøve, da «opphavsrettskritikerne» får rett i at det er «umulig» å klarere rettigheter.

Vi understreker imidlertid at en generell avtalelisensbestemmelse ikke reparerer gjeldende utfordringer på tv-distribusjonsområdet. Disse utfordringene omtales nærmere i punktene 2, 3 og 4, samt i punkt 9. Punkt 2, 3 og 4 er problemstillinger som gjelder generelt for avtalelisensbestemmelsene.

2. Rettigheter til kollektiv forvaltning – rettighetshavernes reelle valgmuligheter

[Press på rettighetshaverne om erverv av rettigheter](#)

Rettighetshaverne ønsker reell avtalefrihet, og at departementet ser på regler som sikrer dette og utjevner styrkeforholdet mellom sterke og svake aktører.

Det grunnleggende prinsippet i åndsverkloven er at rettighetshaverne har enerett til å råde over sine verk, prestasjoner og produksjoner. Dette følger av bl.a. åndsverklovens §§ 2, 42, 43a og 45.

Rettighetshavere ønsker seg kontroll over bruk av eget materiale, og ser seg i mange tilfeller tjent med at rettighetene ikke selges «en bloc». Det vil si at de har råderetten over ny utnyttelse og

overfor nye brukere. I mange tilfeller ønsker rettighetshaverne at rettighetene deres håndteres av forvaltningsorganisasjoner.

Norwaco er bekymret for rettighetshavernes mulighet til selv å bestemme hvordan deres verk, prestasjoner og produksjoner skal utnyttes, av hvem og til hvilken pris. Vi er ikke negative til erverv av rettigheter, men til det forhold at avtalefriheten utnyttes av sterke aktører. Videre mener vi at avtaler som sikrer alle tenkelige og utenkelige rettigheter, herunder rett til videreoverdragelse av disse rettighetene, er urimelige.

På tv-området har det de siste årene skjedd en sterk forskyvning av maktbalansen i rettighetshavernes disfavør. Den enkelte rettighetshaver har lite å stille opp med mot kommersielle kringkaster som langt på vei dikterer avtalevilkår, og som har innskjerpet disse de siste årene. Det er mange eksempler på at norske opphavsmenn, utøvende kunstnere og produsenter ikke får oppdrag dersom de ikke går med på en forutgående total rettighetsoverdragelse. En slik total rettighetsoverdragelse gjenspeiles som oftest ikke i økt vederlag.

Nåsituasjonen er at flere rettigheter enn før overdras, og at det på flere områder er færre rettigheter igjen til kollektiv forvaltning under avtalelisenser. Det paradoksale i dette er at det skjer i en tid der antallet utnyttelsesformer og potensielle brukere øker dramatisk. I denne nye virkeligheten vil det være et enda større behov enn før for å sikre enerettighetene, og for profesjonelle organisasjoner som ivaretar rettighetene og sørger for vederlag for all bruk som ny teknologi og nye brukere muliggjør. Dette vil igjen være insentiv for nyskapning og nye produksjoner, ettersom vederlag tilbakeføres til rettighetshaverne.

Bevisbyrde

Det bør vurderes en egen bevisbyrderregel i åndsverkloven som fastslår at det er den som ved tvist påstår å ha fått en rett overdratt til seg som har bevisbyrden for at det foreligger en slik rettighetsoverdragelse.

For at for eksempel en distributør skal ha rett til å distribuere opphavsrettslig beskyttet materiale som inngår i en tv-kanal til sine abonnenter, må distribusjonsretten være tydelig hjemlet i en avtale mellom distributør og rettighetshaverne, eller distributøren må ha ervervet slik rett fra kringkaster. I sistnevnte tilfeller må kringkaster selv ha ervervet samtlige rettigheter, og i tillegg ha rettighetshavernes samtykke til å videreoverdra rettighetene til distributøren.

Opphavsmann/Utøvende kunstner → Produsent → Kringkaster → Distributør

Det er distributøren som bør ha ansvaret for å dokumentere at han har tillatelse fra alle involverte rettighetshavere til å foreta den konkrete opphavsrettslig relevante handlingen som forestås. Dersom en rettighetshaver påstår at overdragelse til distributør ikke har skjedd, enten generelt eller for den aktuelle bruken, er det distributøren som bør ha plikt til å bevise at handlingen er rettmessig.

Gjeldende åndsverklov savner en tydelig bevisbyrderregel. En slik regel vil styrke den svake part i avtaleforhandlingene, nemlig rettighetshaverne. Alternativt kan en bevisbyrderregel inngå som en del av saksbehandlingsreglene for et særskilt tvisteløsningsorgan.

3. Godkjenning

Norwaco ønsker en godkjenningsordning også for den generelle avtalelisensen, men ber om en endring av reglene som i dag gjelder for godkjenning etter spesialbestemmelsene, og som vi mener er til hinder for en effektiv rettighetsforvaltning.

Om godkjenning etter den nye generelle avtalelisensbestemmelsen

I de danske forarbeider uttales det at en godkjenningsordning har til formål å forhindre misbruk og å sikre at det godkjennes en representativ organisasjon. Videre er godkjenningsordningen en sikkerhetsventil for å unngå overlappende avtaler. Norwaco er enig i dette. Dessuten vil en godkjenningsordning skape transparens, og større sikkerhet for at den generelle avtalelisensen ikke er i strid med EU-regler og internasjonale konvensjoner.

Slik vi leser den foreslåtte bestemmelsen til § 36 nytt annet ledd, sammenholdt med § 38a, legger departementet opp til en forhåndsgodkjenning av organisasjon etter den generelle lisensbestemmelse: «når en bruker på et nærmere avgrenset område har inngått avtale med organisasjon som nevnt i § 38a». Denne rene henvisningen til § 38a tilsier at det skal skje en forhåndsgodkjenning slik som på de spesifikke avtalelisensområdene som vi allerede har.

§ 38a: Avtale 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.*» *Ikke «hvis blir godkjent av departementet».* [Våre understrekninger.]

Norwaco ber departementet gi **forhåndsgodkjenning** innenfor konkrete områder etter søknad fra organisasjoner. Det må løpende kunne søkes om nye avgrensede godkjenninger ettersom nye muligheter åpner seg. En godkjenningsordning må følgelig være dynamisk.

En forhåndsgodkjenning vil skape forutsigbarhet for både organisasjon (rettighetshaverne) og brukere (forhandlingsmotpartene). Uten en forhåndsgodkjenning må forhandlingsmotparten anerkjenne organisasjonen som potensielt godkjent før forhandlinger innledes, og det kan skape uklarhet om hvem som er rett forhandlingsmotpart.

Dessuten vil det antagelig være avgjørende at det finnes en forhåndsgodkjenning om kollektiv forvaltning på et nytt område eller for nye tjenester, for at utenlandske organisasjoner skal overføre representasjonsrett til forvaltningsorganisasjoner. En forhåndsgodkjenning er særlig viktig når rammene for anvendelse ikke er klart definerte i loven, og vil kunne gi et viktig signal til utenlandske rettighetshaverorganisasjoner om at dette er et område lovgiver mener egner seg for kollektiv forvaltning.

Det må stilles krav til saksbehandlingstiden i departementet slik at ikke departementet hindrer en effektiv bruk av den nye lisensbestemmelsen. Vi ber i den forbindelse departementet vurdere å redusere sin egen frist for godkjenning i forskriftens § 3-8, som vi legger til grunn vil gjelde også for godkjenning etter den generelle avtalelisensen.

Med en godkjenningsordning der flere organisasjoner godkjennes på samme område, bør departementet se på § 51 stk 3 i den danske opphavsretsloven, som sier at “vederlagskrav, som

de i henhold til § 50, stk. 4, godkendte organisationer ønsker at fremsætte (...) skal fremsættes samtidig over for brugerne.”

For så vidt gjelder departementets forslag til mellomløsning i form av en slags notifikasjonsordning, er dette, etter Norwacos oppfatning, ikke tilstrekkelig utredet og fundert til at vi kan ta stilling til det.

Representativitet som godkjenningvilkår – endelig avgjort av departementet

Norwaco ber om at § 38a endres og at representativitet er et godkjenningvilkår som avgjøres endelig av departementet.

Departementet foreslår ingen endringer i de generelle godkjenningvilkårene. Norwaco ber om at gjeldende § 38a endres slik at det både for spesielle lisensbestemmelser og den generelle bestemmelsen, er en godkjenningssordning som innebærer følgende:

a. Tilstrekkelig representativitet er et godkjenningvilkår.

Tilstrekkelig representativitet må være ett av godkjenningvilkårene, og ikke et løpende, kumulativt og selvstendig vilkår som gjelder til enhver tid. Norwaco frykter at en påstand om manglende representativitet vil påvirke muligheten for fremtidige avtaler med brukere, og at dette argumentet til enhver tid kan anføres dersom representativitet ikke er et vilkår i godkjenningen.¹

b. Godkjenningen må være endelig avgjort av departementet.

Departementets godkjenning må gis med bindende og endelig virkning, men med tidsbegrensning, jf nedenfor. Godkjenningen skal ikke kunne overprøves av særskilte nemnder eller domstolene. I motsatt fall svekkes betydningen av en godkjenning, og dette kan hindre en effektiv praktisering av lisensbestemmelser.

Dessuten kommer det argument at en eventuell overprøving av godkjenningen vil skje i en sak mellom organisasjon og den eller dem som ønsker å utnytte rettighetene.

Departementet, som det organ som har truffet vedtaket om godkjenning, vil ikke være part i en slik sak. Det er generelt uheldig at gyldigheten av et forvaltningsvedtak i realiteten prøves på denne måten uten at forvaltningsorganet selv er part i saken. Dette fordi det faktiske grunnlaget for å ta stilling til spørsmålet om godkjenning gjennomgående vil være dårligere belyst enn dersom forvaltningen var part.

c. Godkjenningen tidsbegrenset med meldeplikt.

Vi foreslår at godkjenning tidsbegrenses med plikt for organisasjonen til å melde eventuelle endringer i representasjonen.

¹ På videresendingsområdet har Norwaco de siste årene smertelig erfart hvordan påstand om manglende representativitet har blitt brukt som et argument for unngåelse av forhandlinger og trenering av vederlagsbetaling.

4. Representativitetskravet

Norwaco ber om at gjeldende representativitetskrav tydeliggjøres i lovteksten.

Høringsforslaget om en generell avtalelisens henviser til representativitetskravet i gjeldende § 38a som gjelder for de spesielle avtalelisensbestemmelsene. Dvs at en organisasjon for å være representativ må representere «en vesentlig del av opphavsmennene som brukes i Norge». Departementet går ikke i høringsforslaget nærmere inn på hva som skal til for å representere en «vesentlig del».

Norwaco ber om at representativitetskravet tydeliggjøres og inngår i lovteksten. Rettsanvendere misforstår i dag innholdet i kravet, og bruker det feil. Dette har hatt store konsekvenser for rettighetshaverne, og det er derfor viktig med en klargjøring av gjeldende krav. Det er særlig viktig når det innføres en generell avtalelisensbestemmelse.

Blant annet må det i lovtekst fremgå at organisasjonen ikke skal måtte representere et flertall av de rettighetshaverne som blir brukt. En «vesentlig del» er ikke et krav om flertall. Det er tilstrekkelig med en «flerhet».

Momenter fra forarbeidene:

- «Det kan neppe kreves at [den felles] organisasjonen må omfatte en vesentlig del av rettighetshaverne til enhver verkstype som kan forekomme i et program.» (Ot.prp. 80 (1984-1985, side 27)
- Det har ikke vært ment at «...organisasjonen skulle representere mer enn 50 % av norske opphavsmenn på området; det skulle være tilstrekkelig at en vesentlig del («en flerhet») var representert.» Ot.prp.nr 15 (1994-1995), side 150.
- «...departementet som godkjennende instans [vil] måtte utøve et visst skjønn, som imidlertid ikke skal ta hensyn til hvilken nasjonalitet medlemmene i organisasjonen har. Det ligger ikke i uttrykket «en vesentlig del» et krav om at organisasjonen representerer et flertall av opphavsmenn til verk som brukes i Norge. I visse tilfelle kan det bl.a tenkes at flertallet ikke er organisert. Det er tilstrekkelig at en flerhet er representert som medlemmer i organisasjonen, jf Ot.prp.nr.15 (1994-1995) side 150. I dette ligger at en vesentlig andel av rettighetshaverne innenfor en aktuell gruppe, er representert der.» Ot.prp.nr.46 (2004-2005), side 54-56.
- Og videre:
«Dersom en organisasjon representerer en vesentlig del av for eksempel norske opphavsmenn innenfor sitt område, vil den normalt også representere en vesentlig del av de opphavsmenn innenfor området hvis verk brukes i Norge.» Side 56.

Dersom representativitetskravet skal ha et annet innhold enn det som fremkommer av tidligere forarbeider, vil organisasjonen, herunder Norwaco, vanskelig kunne utløse avtalelisens fordi flere av de utenlandske organisasjonene vi har representasjonsavtaler med ikke foreløpig kan utvide avtalene til å dekke nye områder. Årsakene til det er forskjellige, men skyldes blant annet ulik lovgivning og organisatoriske forskjeller mellom landene. De avtalene Norwaco kan tilby brukerne vil således være uinteressante, fordi repertoaret er for snevert. Dette medfører i realiteten at norske og utenlandske rettighetshavere er blokkert fra å håndtere og tilby rettigheter på disse områdene, til tross for at bruk allerede skjer, og på tross av

forvaltningskontrakter med egne medlemmer og at vi har flere dekkende representasjonsavtaler med utenlandske organisasjoner.

I forbindelse med vurderingen av representativitet på nye områder er det vårt syn at departementet må ta i betraktning egnethet til å gjennomføre forvaltningen, bl.a. kontaktnett og avtaler på andre områder, og på den måten muligheten for å distribuere vederlagsmidler til rettighetshavere som ikke er direkte representert.

Oppnås ikke representativitet, er alternativet enten at organisasjonen kun lisensierer alminnelige enerettigheter på bakgrunn av foreliggende fullmakter fra rettighetshaverne, eller at organisasjonen gis en slags begrenset godkjenning (eksempelvis godkjenning kun for nordiske produksjoner). Ingen av disse løsningene er tilfredsstillende for brukerne, siden en avtale med organisasjonen da uansett ikke vil dekke alle rettighetene brukerne trenger for å foreta den ønskede utnyttelse. Dersom avtalelisensordninger ikke kan benyttes, kan det også legges et utilsiktet press på individuelle rettighetshavere og enkeltorganisasjoner om direkte klarering og «frikjøp» av rettigheter.

5. Konkret til forslaget om en generell avtalelisensbestemmelse i § 36 annet ledd

Norwaco støtter departementet i at det innføres en ny generell avtalelisensbestemmelse med vide rammer slik at det er opp til rettighetshaverne og brukerne selv å definere behovet, og er enige i at eventuelle begrensninger kan motvirke formålet med bestemmelsen.

5.1 Om forholdet til utenforstående rettighetshavere - § 37

Norwaco støtter departements forslag om at gjeldende fellesbestemmelser om avtalelisens i § 37 også regulerer utenforstående rettighetshavers stilling der det er tale om bruk av verk i medhold av en generell avtalelisens, men savner enkelte presiseringer.

Særskilt om forbudsrett og hvem som skal kunne nedlegge forbud

Med den uforutsigbarheten som ligger i en foreslått generell avtalelisenshjemmel, har vi forståelse for at utenforstående rettighetshaver bør gis en adgang til å nedlegge forbud mot uønsket bruk.

Høringsnotatet er imidlertid tidvis utydelig hva angår hvem som skal ha tillatelse til å nedlegge forbud. I høringsnotatet er forbudsadgangen først omtalt under punktet «Forholdet til utenforstående rettighetshavere» (s. 15), mens det i merknadene til § 36 (s. 53) står mer generelt at «opphavsmannen» kan nedlegge forbud. Ut fra sistnevnte ordlyd ser det ut til at også medlemmer og direkte representerte rettighetshavere skal gis en forbudsadgang. Avtalelisensvirkningen gjelder utenforstående rettighetshavere. Det bør følgelig presiseres at det først og fremst er disse som kan nedlegge forbud med hjemmel i lovbestemmelsen.

Norwaco ønsker likevel å fremheve at mulighet for å nedlegge forbud antagelig vil være en forutsetning for å kunne lisensiere blant annet på-forespørsel-tjenester, og kan være en

betingelse for at rettighetshavere i det hele tatt overfører representasjonsoppdrag til Norwaco. Der vi får representasjonsoppdrag fra andre organisasjoner kan det være et like stort behov for at individuelle rettighetshavere derfra forløpende kan nedlegge forbud som der rettighetshaverne er «utenforstående». Slike forbud vil i utgangspunktet måtte være en del av forhandlingene.

Hvem kan/skal nedleggelse av forbud rettes mot?

Når det gjelder hvem forbud skal meddeles til, er det viktig for Norwaco at det sikres en løsning hvor begge avtaleparter får vite om eventuelle forbud. Det fremgår av høringen at departementet ønsker at et forbud skal kunne meddeles enhver av partene. Åndsverklovens §§ 30 og 32, som er to andre avtalelisensbestemmelser som også gir forbudsadgang, har forskjellige regler om dette. Den foreslåtte generelle avtalelisensen utgjør en tredje variant. Det vises til de ulike bestemmelsenes gjeldende formuleringer:

- § 30 (kringkasting): «overfor foretaket har nedlagt forbud»
- § 32 (kringkastingsarkiv): «dersom opphavsmannen har nedlagt forbud»
- Foreslått § 36 (generell): «om opphavsmannen overfor noen av partene i avtalen har nedlagt forbud».

Norwaco ser ingen grunn til at det skal være forskjellige regler for disse områdene, og ber departementet vurdere en samordning av bestemmelsene. Dersom det, slik som det foreslås i høringsnotatet, åpnes for at forbud kan meddeles til begge parter, bør det samtidig innføres en informasjonsplikt mellom partene.

Om vilkåret «særlig grunn til å anta»

Departementet har benyttet tilsvarende formulering i den foreslåtte § 36 annet ledd som i § 30 om kringkasting, dvs at rettighetshaverne «...har nedlagt forbud [...] eller det ellers er *særlig grunn til å anta* at han motsetter seg bruk av verket.» Vilkåret er ikke ytterligere presisert i høringsnotatet. Ser man til den lignende utformingen av den nåværende § 30, gir forarbeidene her få eller ingen svar på hva som skal være de underliggende kriteriene for skjønnsutøvelsen. I Ot.prp.nr.15 (1994-1995) ved innføringen av den eksisterende § 30, sies følgende om skjønnsvilkåret:

«(...) Samtidig fjernes påbudet om at det er opphavsmannen personlig som må nedlegge forbud mot kringkasting, for at forbudet skal være gyldig. Etter dette vil også opphavsmannens rettsetterfølgere kunne nedlegge slikt forbud. (...)»

Slik vi oppfatter det kom dette forbeholdet inn i § 30 for å ivareta stillingen til rettsetterfølgerne. Etter Norwacos mening legger vilkåret opp til vanskelige bevissspørsmål og et krevende skjønn. Vi ber om at departementet presiserer at det er rettsetterfølgerne man sikter til også i forbindelse med § 36 annet ledd. Norwaco ber videre om at det utdypes hvilke kriterier som skal ligge til grunn for utøvelsen av skjønnnet.

5.2 Plassering av en ny generell avtalelisensbestemmelse i loven

Norwaco ber departementet vurdere å gi den generelle avtalelisensen en egen bestemmelse i stedet for å innlemme den i gjeldende § 36. Det er vårt syn at åndsverkloven er vanskelig tilgjengelig, og at dette inntrykket forsterkes om en generell avtalelisensbestemmelse tas inn som et nytt ledd i en allerede eksisterende bestemmelse. En ny og egen bestemmelse vil tydeliggjøre at det har skjedd en endring av loven. Loven har per nå ingen bestemmelser som

knytter seg til en generell avtalelisens. Det vil derfor kunne virke forvirrende å skulle ta en såpass omfattende endring inn i en bestemmelse som, slik den står i dag, omhandler helt andre spørsmål.

6. Spesiell kontra generell avtalelisens

Norwaco ber om at de spesielle lisensene utvides der det er nærliggende og naturlig, og at dette arbeidet skjer parallelt med at det innføres en generell avtalelisens, dog slik at ikke ikrafttredelsen av en generell avtalelisensbestemmelse forsinkes.

Det er ikke først og fremst mangelen på en generell avtalelisens som er problemet i dag, men snarere at de spesielle lisensbestemmelsene ikke er dekkende nok i den nye digitale virkelighet. Departementet tar selv til orde for endring av spesiallisensen i gjeldende § 16a som foreslås utvidet til å omfatte offentliggjorte kunstverk og fotografiske verk.

Fordelen med spesielle avtalelisensbestemmelser er for det første at rammene allerede er trukket opp av lovgiver, noe som, slik det er nevnt foran i punkt 3, skaper en større grad av forutsigbarhet og åpenhet for både rettighetshavere og brukere. Spesielle avtalelisensbestemmelser er dermed også enklere å forsvare overfor skeptikere av avtalelisenssystemet, og gir en trygghet for ikke-organiserte rettighetshavere.

For det andre vil en generell avtalelisens bare fungere i tilfeller der partene er enige om rammen for lisensen og det vederlaget som skal betales. Departementet har ikke lagt opp til at det kan kreves mekling dersom avtale ikke kommer i stand.

For det tredje, og i forlengelsen av det foregående, er det ikke lagt opp til en nemndsordning for så vidt gjelder den generelle avtalelisensen.

Samlet sett er en generell avtalelisens lite egnet til å løse problemene med klarering av rettigheter på tv-distribusjonsområdet, hvor det i de senere år har vist seg å være store motsetninger mellom de ulike interesser, og der rettighetshaverne ikke får betalt for kommersiell utnyttelse av sine verk. Problemene knyttet til videresending og annen distribusjon av audiovisuelt innhold, vil derfor forbli uløst ved innføring av en generell avtalelisens, og forslaget utgjør derfor ikke et tilstrekkelig tiltak i så henseende. Vi vil redegjøre nærmere for dette under punkt 9, side 15.

Med forannevnte som bakteppe ønsker vi likevel å fremsette to alternative forslag til utvidelse av gjeldende § 34.

7. Alternative forslag til utvidelse av gjeldende

§ 34

Mange av de sentrale tv-distributørene tilbyr nå tidsforskutte på-forespørsel-tjenester som «start forfra» og «siste døgn» av de samme tv-sendingene som de distribuerer lineært. Slik lovverket er i dag, har ikke rettighetshaverne og Norwaco mulighet for å lisensiere denne bruken, på grunn av kravet i § 34 om at distribusjonen skal skje «samtidig». Distributørene har på sin side dermed heller ikke reelle muligheter til å tilby slike tidsforskutte tjenester på lovlig vis.

«Start forfra» og «siste døgn» m.m. er et supplement til, og ligger tett opp til, samtidig og uendret videresending som allerede er regulert gjennom § 34. Det er etter vårt syn ulogisk at disse utnyttelsesformene - videresending og på-forespørsel-tjenester - av de samme programmene, foretatt av de samme distributørene - skal lisensieres gjennom to forskjellige bestemmelser. Det er således ønskelig at lisensiering av de ulike bruksmåtene kan skje med hjemmel i én og samme bestemmelse. Norwaco har to alternative forslag til hvordan dette kan løses.

Nedenfor nevnte forslag er hovedsakelig knyttet til på-forespørsel-tjenestene, og løser ikke de utfordringer vi har når det gjelder andre problemer med § 34. Dette kommer vi som sagt tilbake til i punkt 9, side 15.

Alternativ 1 – fjerne kravet til samtidighet i gjeldende § 34 første ledd

Norwaco foreslår at kravet til samtidighet utgår fra § 34 første ledd.

Ved å fjerne kravet til samtidighet, vil også på-forespørsel-tjenester, som for eksempel «start forfra», «siste døgn» og ytterligere arkivtjenester, kunne lisensieres gjennom spesialbestemmelsen. Gjennom en slik endring av gjeldende spesialbestemmelse vil man på en enkel måte fange opp en bruk som departementet selv peker på som et potensielt område for anvendelse av den generelle avtalelisensen.

Under dette alternativet må det innføres en forbudsrett for på-forespørsel-tjenestene.

Alternativ 2 - tilføyelse til § 34 tilsvarende Danmark

Norwaco ber alternativt, og fortrinnsvis, om at § 34 gis tilsvarende utforming som den danske § 35.

Vi ber departementet om å gå enda videre og speile den danske § 35 slik at den norske § 34 utvides tilsvarende og omfatter på-forespørsel-tjenester og andre former for tredjemannsbruk av kringkastingsprogram. Vi viser i den forbindelse til de argumentene som ble vektlagt for å innføre tillegget i Danmark, og som vil gjelde tilsvarende i Norge².

²Det er en stor grad av rettslikhet mellom Danmark og Norge. Forannevnte bestemmelser var tidligere parallelle. Det bør være slik at norske rettighetshavere hvis verk, prestasjoner og produksjoner brukes i Danmark, og danske rettighetshavere hvis verk, prestasjoner

8. Forslag til utvidelse av gjeldende § 16a

Departementet foreslår å innføre et tillegg til § 16a som utvider avtalelisenshjemmelen for ABM-institusjoner til også å gjelde offentliggjorte kunstverk og fotografiske verk, og ber om synspunkter på hvorvidt bestemmelsen også bør gjelde annet offentliggjort materiale.

Norwaco ber om at § 16a utvides til å omfatte også andre offentliggjorte verk, eksempelvis verk som inngår i kringkastingsprogram.

Norwaco har p.t. avtale med flere kulturarvinstitusjoner om bruk av norskprodusert NRK-materiale internt i institusjonenes lokaler. Avtalene er inngått med hjemmel i de alminnelige enerettsbestemmelsene i §§ 2, 42, 43a og 45 på bakgrunn av forvaltningskontrakt med Norwacos medlemsorganisasjoner. Norwaco holder institusjonene skadesløs for eventuelle krav fra utenforstående rettighetshavere. Flertallet av disse avtalene omfatter ikke kringkasters egne rettigheter, da disse reguleres i egen avtale mellom NRK og vedkommende institusjon. Institusjonene anskaffer seg NRK-materialet til sin samling gjennom avtale med NRK. Denne avtalen dekker både anskaffelse av materialet og NRKs egne rettigheter, under forutsetning av at institusjonen klarer øvrige rettigheter med Norwaco.

En utvidelse av § 16a til også å omfatte verk som inngår i kringkastingsprogram, vil utgjøre et nyttig supplement til avtaler med kulturarvinstitusjonene. Norwaco vil da kunne inkludere mer materiale i avtalene enn vi gjør i dag. Det er en fordel for alle parter om alle offentliggjorte verk, ikke bare kunstverk og fotografiske verk, kan lisensieres gjennom spesialbestemmelsen i § 16a. De nærmere rammene for hvilke offentliggjorte verk, prestasjoner og produksjoner som skal omfattes, skal uansett avtales nærmere, og vil avhenge både av rettighetshaveres og brukeres ønsker.

En avtalelisens for bruk av kringkastingsprogram vil, som i øvrige avtalelisensbestemmelser som omfatter bruk av kringkastingsprogram, ikke omfatte kringkasters rettigheter, jf. § 36 første ledd i.f. Institusjon som ønsker å benytte seg av materiale må således alltid ha samtykke fra den aktuelle kringkaster i tillegg.

9. utfordringer på tv-distribusjonsområdet som må håndteres av lovgiver

9.1 Innledning

Forslaget om en ny generell avtalelisensbestemmelse angår ikke videresendingsproblematikken som sådan. Problemene på videresendingsområdet trenger andre tiltak og midler. En generell avtalelisensbestemmelse kan derfor ikke komme istedenfor en revisjon av lovgivningen på tv-distribusjonsområdet, der klareringsløsningene i dag ikke fungerer etter sin intensjon.

Konsekvensene av rettssituasjonen i dag er at inntektsstrømmen til rettighetshaverne gjennom Norwaco har stoppet opp, og det uten at rettighetshaverne på andre måter har fått sine rettmessige vederlag. Dette er svært uheldig og har store negative konsekvenser for norske og utenlandske rettighetshavere. Så lenge systemet ikke fungerer, er det dessuten en risiko for at flere og flere rettighetshavere tvinges til å gi opp den tunge kampen med å bevare rettighetene sine.

Lovgiver ønsket i sin tid å regulere mulighet og adgang for distributørene og rettighetshaverne til å kunne kreve inn vederlag kollektivt gjennom en organisasjon. Hensikten var å forenkle og effektivisere lisensieringen, spesielt for distributørene. § 34 er ikke lenger til hjelp, men til hinder for det samme.

På tv-distribusjonsområdet skjer det en masseutnyttelse av opphavsrettslig beskyttet materiale som foretas av både kringkaster, distributører og andre brukere. Det vil ikke være praktisk mulig å klarere samtlige rettigheter for enhver nåværende og fremtidig utnyttelse og for enhver bruker. Kontrakter som allerede er inngått fanger for eksempel ikke opp ny utnyttelse av programmene. Det betyr at det alltid vil være et behov for kollektive klareringstjenester. En kollektiv klareringsordning gjennom avtalelisenser gjør at bruker kan hente rettighetene ett sted, og burde være en praktisk og forutsigbar løsning for alle parter der rettighetshaverne sikres vederlag. Dessuten har forvaltningsorganisasjoner et apparat og systemer for å klarere og overvåke bruk av rettigheter i den nye digitale virkeligheten.

9.2 Beskrivelse av rettssituasjonen

Norwaco har vært involvert i flere rettslige prosesser knyttet til rekkevidden av videresendingsbegrepet i § 34, blant annet i en tvist med RiksTV. Det rettslige hovedspørsmålet i saken var om RiksTV måtte ha tillatelse fra Norwaco for den utnyttelsen som skjer ved distribusjon av beskyttet materiale som inngår i programmer i fjernsynskanaler som RiksTV tilbyr sine abonnenter. Oslo tingrett konkluderte med at RiksTVs bakkenett-distribusjon av både norske og utenlandske kanaler, er en del av kringkasternes primærsending (kringkasting), og at RiksTV ikke har noe ansvar for å innhente tillatelse til distribusjonen.³ Retten trakk denne konklusjonen til tross for at retten fant det bevist at det fantes rettigheter som ikke var klarert for RiksTVs distribusjon. Retten begrunnet sitt resultat blant annet med å vise til at der hvor det skjer en lukket signaltransport foreligger det ikke noen primærsending. I en pågående retts sak mot kabel-distributøren Get, som også berører grensedragningen mellom kringkasting og

³ Avgjørelse av 30. mai 2013.

videresending, kom tingretten til et tilsvarende resultat.⁴ Denne saken står nå for Borgarting lagmannsrett.

I en nylig avsagt dom fra nederlandsk høyesterett⁵ kom retten til at kabeldistribusjon av fjernsynssendinger ikke utgjør videresending med en tilsvarende begrunnelse som Oslo tingrett i saken mellom Norwaco og RiksTV. Som følge av denne avgjørelsen har nederlandske myndigheter foreslått en lovendring på området for videresending som vil sikre at rettighetshaverne får betalt for den utnyttelsen som finner sted av distributørene gjennom kollektiv klarering. Vi viser også til at det i Belgia nylig er innført nye regler for beskyttelse av utøvende kunstnere ved distribusjon i kabel.

9.3 Konsekvensene av den nåværende rettssituasjon

Konsekvensene av gjeldende rettssituasjon er som følger:

Rettighetshaverne får ikke betalt for den merutnyttelsen som finner sted

Fjernsynsprogrammene som RiksTV og andre distributører formidler til sine abonnenter mot betaling, inneholder åndsverk og andre rettigheter som er enerettsbeskyttet etter åndsverkloven jf. foran under punkt 2. Disse rettighetene kan ikke utnyttes uten tillatelse fra, og vederlagsbetaling til, rettighetshaverne. Situasjonen i dag er imidlertid at rettighetshaverne ikke får betalt for den åpenbare merutnyttelsen som skjer (uavhengig av om denne karakteriseres som videresending eller ikke).

RiksTV, og andre distributører, opptre som selvstendige kommersielle tilbydere av tv-kanaler til sine abonnenter. Blant annet lager de pakker, markedsfører og prissetter sendingene. Den økonomiske realiteten er at disse distributørene er selvstendige kommersielle aktører uavhengig av hvordan de teknisk sett mottar signalene som distribueres.

Det er uklart om distributører har et selvstendig ansvar

Etter vårt syn må det være helt på det rene at distributørenes utnyttelse er en selvstendig opphavsrettslig relevant handling, som er omfattet av rettighetshavernes enerett etter åndsverkloven, og som krever tillatelse fra rettighetshaverne. Åndsverkloven bygger nettopp på det sentrale prinsipp at opphavsmannens enerett til tilgjengeliggjøring ikke er begrenset til første gangs tilgjengeliggjøring, og at eneretten omfatter **enhver ny utnyttelse**. Dette gjelder uavhengig av hvordan utnyttelsen skjer, og uavhengig av om utnyttelsen rettslig sett karakteriseres for eksempel som videresending eller kringkasting.

Det tas ikke høyde for den teknologiske utviklingen som har funnet sted

Den teknologiske utviklingen har medført endringer i måten opphavsrettslig beskyttet materiale utnyttes og formidles på, og det skjer stadig nye tekniske endringer på dette feltet. Som følge av denne naturlige utviklingen, står vi i norsk rett overfor en situasjon der verken begrepet "kringkasting" eller "videresending" på samme måte som tidligere er tilpasset den aktuelle situasjon. Den teknologiske utviklingen og teknologinøytralitet var også bakgrunnen for at Danmark nylig endret sin videresendingsbestemmelsen til å omfatte nye utnyttelses- og distribusjonsplattformer.

⁴ Avgjørelse fra Oslo tingrett av 31. desember 2013.

⁵ Avgjørelse av 28. mai 2014.

Det foreligger ikke et godt nok system for klarering av rettigheter på distributørleddet

Mens § 34 ikke er tilfredsstillende tilpasset den teknologiske utviklingen og de nye muligheter for tredjemannsbruk av kringkastingsprogram som foreligger, er behovet for kollektiv rettighetsklarering for disse nye utnyttelsesmetodene like stort, eller større, enn tidligere. Den faktiske situasjonen, at opphavsrettslig beskyttet materiale blir utnyttet til tross for at rettigheter ikke er klarert, viser at det ikke foreligger et godt nok system for kollektiv rettighetsklarering for utnyttelse som skjer på distributørleddet. Videre er individuell klarering for alle praktiske formål umulig.

Muligheten for kollektiv klarering gjennom Norwaco har stor betydning for rettighetshaverne og deres organisasjoner, sammenlignet med en ordning der rettighetene klareres av den enkelte rettighetshaverorganisasjon. Dette gjelder særlig de mindre rettighetshaverorganisasjonene, som ellers blir stående "med lua i hånda" overfor svært sterke motparter jf. foran i punkt 2.

Avsluttende bemerkninger

Den danske ordningen som Norwaco har bedt om at innføres også i den norske § 34, jf. punkt 7, alternativ 2 ovenfor, vil ikke løse gjeldende utfordringer og problemer fullt ut. Dersom en dansk løsning legges til grunn i norsk rett, kan RiksTV og andre distributører fortsatt argumentere for at de utelukkende opptrer som tekniske medhjelpere for kringkasterne. Det er derfor, som påpekt ovenfor, også nødvendig å sikre en hjemmel for klarering av distribusjon som foretas **ved hjelp av** en tredjepart.

9.4 Om forholdet til internasjonale forpliktelser

Rettighetshavernes enerett har sitt konvensjonsrettslige grunnlag i Bernkonvensjonen artikkelene 11 og 11 bis, TRIPS-avtalen artikkel 9 og Opphavsrettsdirektivet 2001/ 29/ EF artikkel 2. Norwaco antar at en lovrevisjon som tar opp i seg de elementene vi har påpekt og sammenfattet nedenfor, ikke reiser noe problem etter Bernkonvensjonen (eller TRIPS-avtalen), jf. at konvensjonen kun fastsetter minimumsrettigheter. Vi antar videre at dette heller ikke reiser noe spørsmål etter Opphavsrettsdirektivet 2001/ 29/ EF, jf. at det i direktivets fortale punkt 18 heter at direktivet ikke berører "*de ordninger i medlemsstatene som angår forvaltning av rettighetene, som f.eks. kollektive avtalelisenser*".

Snarere kan det, på et mer overordnet nivå, vises til at en slik løsning som skissert vil være i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser. Distributørenes utnyttelse innebærer en tilgjengeliggjøring for allmennheten/offentlig fremføring, som rettighetshaverne har enerett til etter åndsverkloven, og eneretten kan ikke utnyttes uten tillatelse fra rettighetshaverne. Ettersom rettighetshaverne ikke får betalt for den merutnyttelsen som skjer på distributørleddet, innebærer gjeldende rettstilstand i realiteten en undergraving av eneretten etter åndsverkloven og Bernkonvensjonen.

Eneretten til videresending etter Bernkonvensjonen er ikke begrenset til kabelteknologi eller annen spesifikk teknologi. Videresendingsretten er **teknologinøytral**. Rettstilstanden etter tingrettsdommene i RiksTV-saken, og den ikke rettskraftige Get-saken, er imidlertid at opphavsretten knyttes til de tekniske signaler fremfor det opphavsrettslige beskyttede innhold, med den konsekvens at måten distributørene mottar signalene på tillegges avgjørende rettslig

betydning. Dette er svært uheldig, det kan ikke være riktig, og det viser at departementet må endre lovgivningen.

Avslutningsvis i dette punkt nevner vi at tv-distributører de siste årene har hevdet at dersom det ikke finnes en godkjent organisasjon på videresendingsområdet jf. § 34 annet ledd, så er det fritt frem å benytte rettighetene uten å innhente samtykke og betale for bruken. Det vil si at det som var ment å være en enkel rettighetsklareringsbestemmelse brukes til å uthule eneretten. Det kan ikke ha vært meningen at § 34 annet ledd skal tolkes bokstavelig, og til inntekt for at rettigheter ikke skal klareres individuelt. Bortfall av eneretten vil være i strid med alle internasjonale konvensjoner, og det må utvilsomt være slik at enerettsbestemmelsene går foran § 34, annet ledd, med den følge at videresendingen blir ulovlig, og slik at enkeltrettighetshaver kan følge opp krenkelsen.

9.5 Innhold i en ny avtalelisensbestemmelse

Norwaco ber om en ny teknologinøytral avtalelisensbestemmelse som gjelder all formidling av tv-innhold, og som omfatter;

- enhver nåværende og fremtidig måte å utnytte tv-innhold på (herunder lineær-tv og på-forespørsel-tjenester)

og som fremhever at

- enhver som tilgjengeliggjør tv-innhold har et selvstendig klareringsansvar
- bevisbyrden for at de rettigheter som utnyttes faktisk innehas påligger den som tilgjengeliggjør

og som forutsetter

- et balansert avtaleforhold mellom rettighetshaver og den som utnytter rettighetene

10. Tvisteløsning

10.1 Nemnd eller voldgiftsdomstol på tv-distribusjonsområdet

Norwaco ber om en nemnds- eller voldgiftsordning på tv-distribusjonsområdet med kompetanse til å fastsette bindende vilkår for fortid og fremtid både for lineær-tv og for på-forespørsel-tjenester.

Det er Norwacos syn at det bør finnes en ordning hvor tvister på tv-distribusjonsområdet kan avgjøres med bindende virkning av en nemnd eller en voldgiftsdomstol. Tvister på dette området passer ikke inn i de ordinære domstolene.

Tidsaspektet

En nemndsordning er langt mer effektiv sammenlignet med ordinær domstolsbehandling når det gjelder tid, og tidsfaktoren er svært viktig for rettighetshaverne. Særlig gjelder det dersom forbudsretten ikke skal benyttes.

Bevisføring

I rettssystemet vil det gjelde andre krav til identifisering og individualisering av rettigheter og krav i forhold til erstatningsutmåling. En rettsbehandlings krav til bevisføring er etter Norwacos syn uforenlig med intensjonen bak avtalelisensordningen, fordi en identifisering og individualisering av enkeltkrav vil pulverisere kravene til fordel for motpartene. Å innhente avtaler som gjelder mellom rettighetshaverne, og mellom rettighetshaverne og kringkasterne, for alle produksjoner som inngår i en kringkasters sendeflate, er en uoverkommelig oppgave. At det er umulig å identifisere samtlige krav er nettopp en av begrunnelsene for en avtalelisensordning.

Fastsettelse av vilkår med bindende virkning fremover i tid

Nemnda kan gi tillatelse til og fastsette vilkår for videresending fremover i tid der partene ikke kommer til enighet. Domstolene har ikke tilsvarende kompetanse. At vilkår for fremtiden kan fastsettes er helt nødvendig mellom parter som skal ha et løpende avtaleforhold.

Klargjøring av nemndas kompetanse

Norwaco ber om at mandatet til nemnda endres slik at nemnda blir et mer ordinært tvisteløsningsorgan som tar stilling til

- (i) vederlag for allerede utført distribusjon
- (ii) konsekvenser av ulovlig distribusjon
- (iii) vilkår for fremtidige distribusjon

Hensynet til effektivitet og prosessøkonomi taler klart for dette. Med mindre nemndas kompetanse for fortidig bruk samsvarer med den som gjelder for de alminnelige domstoler, vil vi få en u hensiktsmessig og dyr behandling.

Strukturelle grep

I tillegg bør det vurderes andre strukturelle grep. Ordningen i dag er at de vedtak nemnda treffer, er enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Det foreligger ikke noen klagemulighet for disse vedtakene, men vedtakene kan på vanlig måte bringes inn for domstolen med krav om ugyldighet. Slike søksmål må reises mot staten v/Kulturdepartementet. Det vil si at tvisten går fra å være (typisk) en tvist mellom Norwaco og en distributør om vederlag for rettigheter, til å bli en tvist mellom den av partene som er misfornøyd med nemndas avgjørelse, og staten om gyldigheten av et forvaltningsvedtak. Dette er ikke hensiktsmessig for noen av partene.

Også rammen for overprøving av nemndas avgjørelser for domstolen er lite hensiktsmessig. Ved en overprøving vil domstolen ikke selv kunne gi tillatelse til og fastsette vilkår for distribusjon, men må nøye seg med å sende saken tilbake til nemnda. Domstolene kan riktignok gi uttrykk for hvilke kriterier de mener bør være styrende, men kan altså ikke med bindende virkning avgjøre dette. Det vil si at utfallet av en domstolsbehandling vil være at saken på ny må avgjøres av Kabeltvistenemnda.

Etter vårt syn er det gode grunner som taler for å vurdere en mer hensiktsmessig organisering av nemnda. En mulighet kan være at nemnda gis status som en voldgiftsdomstol, med den konsekvens at avgjørelsene ikke kan overprøves. Voldgiftsloven kan benyttes og suppleres med egne regler som blant annet egne bevisføringsregler – herunder eventuelt bevisbyrderegler, kompetanse til å foreta skjønnsmessige vurderinger på bakgrunn av det som kan skaffes til veie,

samt at kringkasterne har plikt til å bidra med bevisfremleggelse etter pålegg fra voldgiftsdomstolen.

En ny nemnd eller voldgiftsdomstol bør besettes med spesialister.

Nemndas (eller voldgiftsdomstols) adgang til å vurdere representativitet

Dette er kommentert i punkt 4 ovenfor. At en organisasjon som departementet har funnet representativ etter en skjønnsbasert totalvurdering også skal vurderes av nemnd (voldgiftsdomstol) og ordinære domstoler, skaper en rotete, uforutsigbar og utilfredsstillende situasjon.

En mellomløsning kan eventuelt være at nemnda (eller voldgiftsdomstolen) kan rette spørsmål til departementet dersom det påberopes tvil om representasjon.

Nemndas kompetanse hva gjelder på-forespørsel-tjenester

Det er Norwacos syn, jf pkt 7 ovenfor, at lisensiering av aksessoriske på-forespørsel-tjenester bør innarbeides i gjeldende § 34, fordi slike tjenester ligger nært opp til samtidig og uendret videresending. Hva gjelder "start forfra" er det kun snakk om marginale tidsforskjeller. Det betyr at nemnda (voldgiftsdomstolen) også gis kompetanse til å fastsette bindende vilkår for slike tjenester både hva angår eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring.

I Danmark er nettopp tvisteløsning brukt som argument for at på-forespørsel-tjenestene kom inn i § 35, og ikke lisensieres gjennom en generell avtalelisensbestemmelse, og at dette også er en fordel for brukerne.

Om nemnda opprettholdes, bør den ikke omtales som «Kabelvistnemnda», men omtales med et teknologinøytralt navn.

Helt avslutningsvis har vi en kommentar av rent lovteknisk karakter. Dersom kabelvistnemnda oppheves og tvister på videresendingsområdet overføres til «Vederlagsnemnda» etter § 35 første ledd, må det tas inn en henvisning til § 34 i § 35 første ledd. Dette synes ikke å være gjort i det foreliggende høringsforslaget.

10.2 Mekling - Videresending

Norwaco støtter at det innføres en frivillig meklingsordning på videresendingsområdet, gitt at mekling skal starte innen fjorten dager etter at krav er kommet inn, samt at någjeldende krav om minst seks måneders forutgående forhandlinger før begjæring til nemnda, fjernes.

Departementet bør vurdere en klausul om at partene kan bli enige om å la være å mekle der det er klart at det ikke vil føre frem.

10.3 Subsidiær nemndslisens for eksemplarfremstilling til undervisningsbruk (§ 13b)

Norwaco støtter ikke forslaget om innføring av en subsidiær nemndslisens på undervisningsområdet for så vidt gjelder kringkastingsprogram og utgitte audio- og audiovisuelle verk.

Det fremstår som uklart om den foreslåtte subsidiære nemndslisensen skal gjelde kun for kopiering av utgitte verk etter § 13b første ledd første setning, eller også for opptak av kringkastingsprogram. Ordlyden «på samme vilkår» i § 13b første ledd annen setning kan tolkes dithen at også vilkårene for opptak av kringkastingsprogram kan fastsettes på bindende måte av en nemnd. Derimot tyder departementets begrunnelse for innføring av en subsidiær nemndslisens på at det kun er kopiering av utgitt materiale som kan underlegges tvungen nemndsbehandling. Det at departementet ikke har nevnt forholdet til kringkaster tyder også på at nemndslisensen kun gjelder kopiering av utgitte verk. Vi ber departementet om å presisere hva som er ment.

Vi har forståelse for at det er samfunnsmessig viktig at utdannings- og opplæringsinstitusjoner har tilgang på åndsverk, men mener at spørsmål om vederlag og vilkår for bruk på dette området må løses ved frie forhandlinger, evt. ved hjelp av meklings og frivillig nemndsløsning som i dag. Det er vår oppfatning at de gjeldende tvisteløsningsmekanismene på undervisningsområdet er bedre egnet enn en tvungen nemndslisens.

Norwaco mener at det vil skade rettighetshavernes legitime interesser dersom det innføres en tvungen nemndsløsning som fratrar dem retten til å kreve opphør av bruk ved brudd i forhandlingene. Audio- og audiovisuelle verk er svært sårbare i forhold til ulovlig kopiering, og vi kan ikke se at undervisningsinstitusjonenes behov for å kopiere utgitt musikk og film skal gå foran rettighetshavernes legitime behov for kontroll med bruken av deres verk.

For det tilfellet at departementets forslag om subsidiær nemndslisens også er ment å omfatte opptak av kringkastingsprogram, savner vi en redegjørelse for kringkasters posisjon i en eventuell tvungen nemndslisens.

Dersom det innføres en subsidiær nemndslisens på undervisningsområdet, må nemndas kompetanse begrenses til vederlagets størrelse, ikke til øvrige vilkår for bruk.

II. HITTEVERK

1. Innledning

Vi viser til Norwacos brev til Kulturdepartementet av 13.9.2011 hvor vi kommenterte det da foreliggende direktivforslaget. Det er fortsatt vår oppfatning at reglene om hitteverk er et forsøk på å løse et lite problem med omfattende lovgivning, og at avtalelisens er et langt mer effektivt verktøy både for bruker og rettighetshaver når det er snakk om masseklarering av verk og frembringelser i kulturarvinstitusjoner. Vi tror derfor ikke at hitteverksystemet vil få så stor praktisk betydning her i Norge og i andre land som er vant til å håndtere masseklarering ved avtalelisens.

Når dette er sagt, er det noen punkter i forslaget til regelverk for hitteverk som vi allikevel vil kommentere.

2. Forholdet mellom hitteverkreglene og avtalelisens

Norwaco forutsetter at implementeringen av hitteverkdirektivet ikke berører forslaget om innføring av en generell avtalelisens, og heller ikke eventuelle fremtidige spesiallisenser. Det fremgår at departementet «legger til grunn at avtalelisensordningen vil utgjøre et alternativ til det system som hitteverkdirektivet innfører». Vi forstår dette slik at departementet mener at ordningene supplerer hverandre. Således burde det ikke være noe i veien for at også den generelle avtalelisensen og evt. andre fremtidige avtalelisenser på området kan dekke bruk av hitteverk.

For ordens skyld ber vi departementet tydeliggjøre i lovteksten at hitteverk kan dekkes av både någjeldende og fremtidige avtalelisenser.

3. Kommentarer og forslag til enkeltbestemmelser

3.1 Institusjoner som er omfattet - § 16b

Undervisningsinstitusjon - § 16b a)

Norwaco ber departementet om å presisere hva som menes med «allmenntilgitt formål» og «offentlig tilgjengelig» for så vidt gjelder undervisningsinstitusjoner.

Det fremgår av forslaget til § 16b at undervisningsinstitusjoner anses som kulturarvinstitusjoner på lik linje med biblioteker og museer. Det er ikke gjort noe skille på type undervisningsinstitusjon, men kreves bare at den skal være «offentlig tilgjengelig».

Slik som bestemmelsen er utformet, kan hvilken som helst undervisningsinstitusjon «for sine allmenntilgittige formål» bl.a. fremstille eksemplar av og tilgjengeliggjøre hitteverket for allmennheten på en slik måte at den enkelte kan velge tid og sted for tilgang til verket. Dersom dette eksempelvis innebærer at en lærer gjennom hitteverksystemet kan lage et pedagogisk undervisningsopplegg som inneholder hitteverk og legge dette åpent tilgjengelig på nettet, har bestemmelsen fått et for vidt nedslagsfelt etter vår oppfatning.

Allmennkringkastingsforetak § 16b c)

I henhold til den foreslåtte § 16 b c) er også allmennkringkastingsforetak å anse som kulturarvinstitusjoner i henhold til hitteverksystemet.

Norwaco ber departementet om å presisere hvorvidt bestemmelsen også omfatter kommersielle kringkastingsforetak som har konsesjon som allmennkringkaster, eksempelvis TV 2, Radio Norge og P4.

3.2 Definisjon av hitteverk - § 16c

Slik direktivforslaget lød da Norwaco kommenterte det i 2011, kunne ikke et verk få hitteverkstatus hvis minst én av rettighetshaverne i verket var kjente og oppsporbare. Dette var en av grunnene til at vi tok til orde for å ta ut audiovisuelle verk fra hitteverksystemet, da det stort sett alltid vil være én eller flere rettighetshavere i et audiovisuelt verk som er identifiserbar.

Det endelige direktivet er endret på dette punktet, slik at deler av et verk nå kan få hitteverkstatus, jf. forslaget til § 16c annet ledd. Verket har kun hitteverkstatus for den del som tilhører de ukjente rettighetshaverne. Forutsetningen for at verket i sin helhet skal kunne brukes, er at de kjente rettighetshaverne har samtykket til bruken.

Norwaco er usikker på hvorvidt det i praksis er interessant for en kulturarvinstitusjon å påberope seg hitteverkstatus for et medvirkende bidrag i f. eks et filmverk. Hvis filmverket i tillegg til hitteverket inneholder ett eller flere ikke-hitteverk, må rettighetene til bruk av disse klareres av institusjonen på vanlig vis. Dette vil for alle praktiske formål måtte skje gjennom avtalelisens.

Den største forskjellen mellom avtalelisensklarering og hitteverkstatus, er at avtalelisensen er vederlagspliktig og nasjonal, mens et hitteverk kan benyttes vederlagsfritt innenfor hele EU/EØS-området. For det tilfellet at et filmverk består av både hitteverk og ikke-hitteverk, kan filmverket som sådan kun brukes så langt som avtalelisensavtalen strekker seg, uavhengig av om et enkeltbidrag kan brukes i videre utstrekning på grunn av sin hitteverkstatus. Etter Norwacos oppfatning er det grunn til å anta at det i mange tilfeller vil være bortkastet for en kulturarvinstitusjon å bruke tid og ressurser på å få etablert hitteverkstatus på et enkeltbidrag i et filmverk som ellers er vernet og klareringspliktig. Ved bruk av hitteverksystemet vil kulturarvinstitusjonen dessuten alltid risikere at rettighetshaver dukker opp og gjør sin rett gjeldende. En avtalelisensavtale etter f. eks § 16a vil således være mer forutsigbar fordi alle rettighetene er klarert, og det er forvaltningsorganisasjonen som påtar seg ansvaret for utenforstående rettighetshavere – både kjente og ukjente.

3.3 Bruk av hitteverk etter direktivet - § 16d

Norwaco vil igjen påpeke at vi mener bruk av hitteverk for «undervisningsformål» (høringsnotatet s. 44) er problematisk, jf. våre kommentarer til § 16b ovenfor.

Når det gjelder retten til å gjøre hitteverk tilgjengelig for allmennheten, sier departementet i høringsnotatet (s. 44 og s. 50) at det kun er tilgjengeliggjøring for allmennheten etter bokstav b) det er snakk om – altså tilgjengeliggjøring på forespørsel. Den foreslåtte § 16d er imidlertid noe tvetydig på dette punktet etter vår oppfatning:

- «a) fremstille eksemplar (...) for å (...) tilgjengeliggjøre for allmennheten (...)
b) gjøre hitteverk tilgjengelig for allmennheten på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket»

For å tydeliggjøre at bestemmelsen ikke gjelder tilgjengeliggjøring for allmennheten generelt, mener Norwaco at dette bør fremgå uttrykkelig av bokstav a). F. eks kan dette tas inn som en tilføyelse: «fremstille eksemplar (...) for å (...) tilgjengeliggjøre for allmennheten i henhold til bokstav b)», eller lignende.

3.4 Omfattende søk for å etablere hitteverkstatus - § 16e

Utføring av omfattende søk

I henhold til direktivet skal det gjennomføres et søk «i god tro», men begrepet «god tro» fremgår ikke av det foreliggende lovforslaget. Departementet mener at uttrykket «omfattende søk» også dekker at søket skal utføres i god tro. Norwaco er ikke enig i dette, og ber om at det tas inn i lovteksten at det omfattende søket skal skje i god tro og med rettighetshavernes interesser for øyet.

Departementet legger til grunn at behandling av personopplysninger ved et slikt omfattende søk skal følge gjeldende regler om personvern. Det er imidlertid ikke tatt inn i selve lovteksten. Selv om dette (kanskje) er en selvfølge, bør det for ordens skyld nevnes uttrykkelig i loven, eventuelt i tilhørende forskrifter.

Av bestemmelsens overskrift fremgår det at det skal søkes etter «rettighetshavere». Departementet sier på s. 45 i høringsnotatet at dette er for å tydeliggjøre at det skal søkes etter både opphavsmenn og nærstående rettighetshavere. Vi ber departementet presisere at det også omfatter rettighetshavere i form av rettsetterfølgere etter avdøde kunstnere.

I tillegg til det generelle vilkåret om at det skal søkes i «relevante kilder», oppstilles et obligatorisk krav til søk i de spesifikke kildene som fremgår av vedlegg til direktivet. Norwaco er usikker på om det er hensiktsmessig å henvise direkte til direktivets vedlegg, bl.a. med tanke på hvordan eventuelle endringer i direktivets vedlegg fanges opp i norsk rett (i den grad det er aktuelt å endre slike vedlegg).

Dokumentasjon av omfattende søk

I henhold til direktivets fortale (15) skal brukerinstusjonene kunne dokumentere **at** det er utført et omfattende søk, mens **resultatet** av et omfattende søk skal registreres av de nasjonale myndigheter og OHIM. Norwaco synes ikke denne distinksjonen kommer godt nok fram i det foreliggende lovforslaget, så dette kan med fordel tydeliggjøres.

III. Sakkyndig råd

Norwaco har ingen bemerkninger til forslaget om å oppheve bestemmelsen i § 53 om sakkyndig råd.

Norwacos medlemsorganisasjoner avgir egne hørings svar i den utstrekning de ønsker det.