

Kulturdepartementet
Postboks 8030 Dep
0030 Oslo

Brevet er sendt elektronisk til postmottak@kud.dep.no

FORSLAG OM ENDRINGER I ÅNDSVERKLOVEN – HØRINGSSVAR FRA KABEL NORGE

1 INNLEDNING OG OPPSUMMERING

Det vises til Kulturdepartementets høringsbrev av 1. juli 2014 vedrørende forslag til endringer i åndsverksloven.

Kabel Norge er bransjeorganisasjonen for de kommersielle kabel-TV-operatørene i Norge. Foreningen har 23 medlemmer med til sammen omlag 950 000 abonnenter.

Kabel Norges synspunkter på forslaget til ny generell avtalelisens fremgår av punkt 2 nedenfor, mens det i punkt 3 nedenfor redegjøres for Kabel Norges syn på forslaget til tvisteløsning for videresending av verk i kringkastingssendinger. Kabel Norge vil ikke kommentere forslaget om innføring av hitteverkdirektivet i norsk rett eller oppheving av ordningen med et sakkyndig råd i åndsverkloven § 53.

Kabel Norges hovedsynspunkter kan oppsummeres som følger:

Generell avtalelisens:

- Kabel Norge er positiv til at det innføres en generell avtalelisensbestemmelse i åndsverkloven § 36 andre ledd.
- Kabel Norge er imidlertid i mot at enkeltstående opphavsmenn skal kunne nedlegge individuelt forbud mot bruk som er omfattet av en generell avtalelisensavtale (reservasjonsadgang). Reservasjonsadgangen skaper en rekke utfordringer i forhold til klarering av fjernsynsinnhold (der hele sendeflaten må klareres), samleverk og fellesverk (typisk film- og TV-produksjoner) og begunstiger enkeltstående rettighetshavere på bekostning av andre rettighetshaveres og allmennhetens legitime interesser.

- Dersom det innføres en generell avtalelisens med reservasjonsadgang, må det etter Kabel Norges oppfatning innføres andre regler for praktiseringen av reservasjonsadgangen enn det som i dag ligger i forslaget. Individuelle rettighetshavere som ønsker å nedlegge forbud bør være forpliktet til å forholde seg til den aktuelle avtalelisensorganisasjonen som igjen bør ha ansvar for en hensiktsmessig kommunikasjon av forbudet mot brukerne. Det må videre stilles krav til at forbud kommuniseres i rimelig tid forut for den aktuelle bruk og på en slik måte at både det enkelte verk og den aktuelle bruk forbudet gjelder, klart identifiseres slik at brukeren gis mulighet til å innrette seg etter forbudet.
- Etter Kabel Norges vurdering er det ikke behov for departemental godkjenning av avtalelisensorganisasjonene.
- Kabel Norge mener at kravet til forvaltningsorganisasjoners representativitet bør endres gjennom lovendring.

Tvisteløsning innenfor videresendingsområdet:

- Kabel Norge støtter Kulturdepartementets forslag om å innføre en meglingsordning på videresendingsområdet.
- Etter Kabel Norges oppfatning bør det gjøres noen justeringer i den eksisterende meglingsordning for at denne skal kunne anvendes innenfor videresendingsområdet.
- Kabel Norge er i mot at nemndsordningen videreføres. Det er flere årsaker til dette:
 - Dagens nemndsordning mangler relevante prosessuelle virkemidler som er nødvendig for å håndtere de aktuelle tvister. Det er videre utilfredsstillende at nemndas avgjørelser ikke kan overprøves.
 - Den foreslåtte endrede kompetanse hvor en nemndsavgjørelse ikke vil være bindende for alle involverte parter, er i strid med grunnleggende prinsipper for god tvisteløsning.
 - Etter Kabel Norges oppfatning vil opprettholdelse av nemndsordningen undergrave den meglingsordning som nå skal innføres. Opprettholdelse av nemndsordningen vil dessuten være i strid med satellitt- og kabeldirektivets bestemmelser, særlig artikkel 12 (1), slik det også er påpekt av EFTAs Overvåkningsorgan.

2 GENERELL AVTALELISENS

2.1 Generelt om innføring av generell avtalelisens

Kabel Norge støtter innføringen av en generell avtalelisensbestemmelse i åndsverkloven. Den teknologiske utvikling skjer raskt. Dette medfører nye utnyttelsesformer som det ikke nødvendigvis er tatt høyde for i eksisterende avtaler. Også i forhold til arkivmateriale og annet eldre opphavsrettslig beskyttet materiale kan individuell klarering være praktisk sett umulig eller meget vanskelig å gjennomføre. En generell avtalelisensbestemmelse kan gi en ønskelig fleksibilitet og legge til rette for en hensiktsmessig rettighetsutnyttelse til fordel for både rettighetshavere og brukere. Kabel Norge er samtidig opptatt av at rettighetsklarering skal kunne skje på en enkel og klar måte, og at innføring av en generell avtalelisens ikke må få til konsekvens at rettighetsklarering rent faktisk blir mer komplisert eller medfører dobbeltbetaling for de samme rettigheter.

Kabel Norge er særlig opptatt av rettighetsklarering knyttet til kringkastingsdistribusjon og annen formidling av audiovisuelle medier. På dette området skjer rettighetsklarering, hva enten dette gjelder primærsending, videresending, start-over, catch-up eller annen på forespørselsdistribusjon, i all hovedsak gjennom individuelle avtaler. Disse avtalene baserer seg på en forutgående rettighetsklaringskjede hvor distributørene som siste ledd i verdikjeden mot forbruker, klarerer relevante rettigheter gjennom sine avtaler med foregående ledd, kringkaster eller annen innholdsleverandør. Kabel Norge har imidlertid erfart at det i forhold til visse medier, og da særlig NRKs kanaler og de såkalte nabolandskanaler, foreløpig ikke har vist seg mulig å få klarert nye utnyttelsesmåter for formidling av audiovisuelt innhold, herunder såkalte start-over tjenester og catch-up tjenester på tilsvarende måte som med andre kringkasterne.¹ Som påpekt i Kabel Norges høringssvar til Kulturdepartementet av 26. august 2014 vedrørende NRK-plakaten, medfører NRKs rolle som allmennkringkaster og en av våre viktigste kulturinstitusjoner, at det er sentralt at NRKs innhold gjøres tilgjengelig på alle sentrale plattformer for ikke-lineært tv-konsum.

Kabel Norge har merket seg at i Sverige og Danmark er den generelle avtalelisens benyttet til å klarere ovennevnte rettigheter for henholdsvis SVT og DR samt de såkalte nabolandskanalene. Kabel Norge imøteser muligheten til å klarere tilsvarende rettigheter gjennom en generell avtalelisens i Norge. Kabel Norge håper også at den nye generelle avtalelisensen kan benyttes til å klarere innhold fra kringkasternes arkiver slik at disse kan gjøres tilgjengelig for på forespørselbruk.

¹ Start-over og catch-up tjenester er tidsforskutt visning av kringkasting. Start-over brukes som betegnelse på tidsforskutt tilgjengeliggjøring av program i perioden fra kringkastingen av det aktuelle programmet påbegynnes og til programmet er ferdig. Catch-up brukes som betegnelse på tidsforskutt tilgjengeliggjøring av program i en nærmere angitt periode etter at kringkastingen av det aktuelle programmet er avsluttet. Catch-up perioden kan variere. Man finner i bransjen eksempler på 48 timers, 7 dagers og 30 dages catch-up. Start-over og catch-up skiller seg fra andre arkivbaserte på forespørselstjenester ved at de både i tid og omfang er knyttet til den lineære kringkastingen av innholdet.

2.2 **Vilkåret om at utenforstående rettighetshavere skal kunne nedlegge forbud (reservasjonsretten)**

Departementet har foreslått at avtalelisens ikke kan brukes når opphavsmannen overfor noen av partene i avtalen har nedlagt forbud mot bruk av verket, eller det ellers er særlig grunn til å anta at han motsetter seg bruk av verket. Kabel Norge er mot en slik reservasjonsrett.

Reservasjonsretten vil kunne gjøre det særlig utfordrende å klarere bruk av samleverk og fellesverk, typisk film- og TV-produksjoner, gjennom generell avtalelisens. I forhold til denne type verk, hvor det potensielt kan være mange rettighetshavere til et og samme program dersom rettighetene ikke gjennom rettighetsoverdragelser er samlet på en hånd, kan én rettighetshavers forbud medføre at de legitime interessene til så vel andre medvirkende rettighetshavere som ønsker den angjeldende bruken, og allmennhetens interesser i bruken, tilsidesettes. Åndsverkloven, herunder avtalelisensreglene, beror på en avveining av rettighetshavernes og allmennhetens interesser. Det må legges til grunn at en representativ organisasjon kun vil inngå avtale om generell avtalelisens som ivaretar rettighetshavernes legitime interesser. Når avtalelisens i sin alminnelighet ikke anses som en avgrensning/innskrenkning av opphavsrett, men kun som forvaltning av rettigheter som påpekt i høringsnotatet på side 9, begunstiger reservasjonsretten den enkelte rettighetshaver på bekostning av andre rettighetshavere og brukerne. Etter Kabel Norges oppfatning er dette ikke i samsvar med åndsverkslovens prinsipper om en rimelig balanse mellom ulike interesser.

Reservasjonsretten åpner videre for misbruk av ordningen slik at rettighetsklareringen for Kabel Norges medlemmer og andre brukere av rettighetsbeskyttet materiale, blir vanskeligere og mer kompleks. Det er etter Kabel Norges oppfatning ikke tvil om at visse rettighetshavere vil kunne søke å utnytte denne situasjonen til å misbruke sine enerettsposisjoner. Kabel Norge er eksempelvis gjort kjent med at visse rettighetshaverorganisasjoner innenfor det audiovisuelle området fremmer synspunkter om at deres medlemmer ikke skal overdra sine rettigheter til ulike utnyttelsesformer via individuelle avtaler, men i stedet overlate dette til avtalelisensiering. Ved å overføre dette til på forespørselstjenester hvor produsenter, kringkastere osv. rent faktisk ønsker å klarere disse rettighetene individuelt, kan disse organisasjonene og deres medlemmer skape et kunstig behov for generell avtalelisensiering på dette området. Dette vil i tilfelle være i strid med åndsverklovens utgangspunkt om individuell klarering og skape en for kabeldistributørene potensielt uforutsigbar og uholdbar rettighetssituasjon. Etter Kabel Norges oppfatning ville en slik handlemåte representere et misbruk av det avtalelisensinstituttet, herunder en ny generell avtalelisensbestemmelse.

Reservasjonsretten vil under enhver omstendighet gjøre generell avtalelisensiering mindre effektiv. Fra Sverige ser man eksempelvis at sentrale rettighetshavere innenfor det audiovisuelle området allerede har reservert seg mot generell avtalelisensiering av deres rettigheter. I Sverige er alle kinofilmer av mer enn 70 minutter varighet (uavhengig av opprinnelse) samt alle amerikanskproduserte filmer og TV-serier som

følge av dette, unntatt fra de generelle avtalelisensavtaler som i dag tilbys av Copyswede for start-over og catch-up. Det er vanskelig å se hvilke legitime interesser nevnte rettighetshavere som samtykker til kringkasting og videresending av sine verk, skulle ha i å nekte klarering av kringkastingsnære tjenester som start-over og catch-up. Slik markedet for distribusjon av kringkastingstjenester har utviklet seg, blir de sistnevnte tjenestene i markedet oppfattet som en del av den lineære kringkastingen. Etter Kabel Norges oppfatning burde et samtykke til lineær kringkasting omfatte slike kringkastingsnære tjenester.

Kabel Norge vil derfor foreslå at det *ikke* innføres noen generell reservasjonsrett. Etter Kabel Norges oppfatning bør det i hvert fall ikke gjelde en reservasjonsrett for rettighetshavere som har rettigheter i samle- og fellesverk. I motsatt fall, er det fare for at den generelle avtalelisensen likevel ikke vil legge til rette for start-over og catch-up tjenester tilknyttet NRK og de øvrige såkalte fellesavtalekanalene. Reservasjonsretten kan således skape et behov for at Kulturdepartementet må innføre en ny spesiell avtalelisens uten slik reservasjonsadgang for tjenester som er tett knyttet til kringkasting/videresending slik som start-over catch up.

Under enhver omstendighet er det, for å unngå slikt misbruk av ordningen som omtalt ovenfor, avgjørende at Kulturdepartementet i merknadene til bestemmelsen understreker at generell avtalelisens er en ordning for rettighetsklarering i tilfeller der individuell klarering ikke er et alternativ. Det vises i denne forbindelse til at det for avtalelisenser i sin alminnelighet, er forutsatt at individuell klarering rent faktisk er upraktisk eller umulig slik det også er gitt uttrykk for på side 4, 6 og 13 i departementets høringsnotat. Det vises her også til de svenske forarbeidene, der dette utgangspunktet også er presisert for den generelle avtalelisensens del (Regeringens proposition 2012/13:141side 55):

”Utredningen föreslår at att den generella avtalslicensen bara skal kunna användas i sådana situationer där utnyttjandet andars inte kan ske lovligt, dvs. att avtalslicensen skal vara en förutsättning för utnyttjande. De allra flesta remissinstanserna ställer sig bakom en sådan lösning. Svensk scenkonst menar dock att det onödigt skulle begränsa licensieringsmöjligheten. Som konstaterats ovan bör dock avtalslicensordningen inte utvidgas till situationer där det är möjligt att träffa individuella avtal. Den generella avtalslicensen bör alltså reserveras för utnyttjanden på områden där det objektivt sett inte är praktiskt möjligt för användaren att träffa avtal om utnyttjande med rättighetshavarna.” (vår understrekning)

Det må i merknadene til bestemmelsen gjøres klart at vilkårene for å benytte generell avtalelisensiering ikke er oppfylt i tilfeller der brukersiden ønsker å legge til rette for individuell klarering, herunder gjennom en rettighetsklareringskjede som beskrevet over. Den generelle avtalelisensen kan i slike tilfeller ikke brukes av rettighetshaverne som en alternativ lisensieringsform.

2.3 Øvrige forhold knyttet til reservasjonsretten

Dersom forslaget om adgang til individuelt forbud opprettholdes i det endelige lovforslaget, ønsker Kabel Norge å gjøre Kulturdepartementet oppmerksom på en del andre forhold ved reservasjonsretten.

2.3.1 Reservasjonsretten må kun kunne utøves av utenforstående rettighetshavere

Adgangen for rettighetshavere til å nedlegge forbud er i høringsnotatet begrunnet i hensynet til *utenforstående* rettighetshavere, dvs. for rettighetshavere som ikke representeres av den organisasjon som inngår avtale med brukeren. Slik lovforslaget er formulert, kan imidlertid reservasjonsadgangen oppfattes slik at den gjelder alle rettighetshavere og ikke kun utenforstående rettighetshavere som ikke er representert av den aktuelle forvaltningsorganisasjonen som har inngått avtalelisensavtalen. Høringsnotatets formulering på side 16 om at en individuell forbudsrett "*spesielt*" bidrar til å sikre utenforstående rettighetshaveres interesser er i denne forbindelse etter Kabel Norges oppfatning også tvetydig.

Kabel Norge legger imidlertid til grunn at lovens representativitetskrav innebærer at den angjeldende organisasjon må ha fullmakt til å inngå bindende avtaler om bruk på sine medlemmers vegne, og at individuelle *medlemmer* dermed ikke kan nedlegge etterfølgende individuelt forbud mot bruk som tillates etter den generelle avtalelisensavtale som medlemmets organisasjon har inngått. Det vises i denne forbindelse til Kabelvistnemndas vedtak av 28. juni 2011 (side 10) samt Kulturdepartementets uttalelser i Ot.prp. nr 15 (1994-95) om at representasjonskravet innebærer at organisasjonen må ha fullmakt til å inngå bindende avtaler på sine medlemmers vegne om bruk av vedkommendes verk. Etter Kabel Norges oppfatning, hadde det vært ønskelig at denne praktisk viktige begrensningen enten kommer til uttrykk i lovens ordlyd eller eksplisitt kommenteres i merknadene til bestemmelsen slik at fremtidig misforståelser om reservasjonsadgangens rekkevidde unngås.

2.3.2 Hvordan reservasjonsretten benyttes

Departementet legger i forslaget til § 36 annet ledd annet punktum opp til at individuelt forbud bør kunne meddeles begge parter i den avtalen som utløser avtalelisensen, dvs. både mot organisasjonen og brukeren. Det fremgår verken av ordlyden eller høringsnotatet hvordan slikt forbud skal kommuniseres. Det fremgår videre av lovforslaget at avtalelisensen heller ikke skal gjelde dersom det "*ellers er særlig grunn til å anta at han motsetter seg bruk av verket*". Det er ikke kommentert i høringsnotatet hva slags situasjoner det her siktes til.

Kabel Norge har sterke innvendinger mot denne delen av forslaget. Erfaring fra det audiovisuelle området viser, som nærmere beskrevet nedenfor, at det kan oppstå betydelige praktiske utfordringer knyttet til håndteringen av slike forbud. Dette kan

igjen medføre risiko for utilsiktede opphavsrettsbrudd. Etter Kabel Norges oppfatning bør det være et sentralt mål for regelverksutformingene at dette unngås.

I forhold til eksempelvis start-over og catch-up tjenester som er knyttet til kringkastet innhold, har distributøren ikke kontroll med hvilke programmer som sendes, når disse sendes eller hvem som er rettighetshavere til det enkelte program som inngår i de ulike kringkastingssendingene. Selv om distributøren får informasjon om at et eller flere rettighetshaveres verk ikke skal kunne distribueres i medhold av den generelle avtalelisens, så er ikke det tilstrekkelig informasjon. Distributøren må i tillegg få informasjon om hvilke konkrete program dette er relevant for og når det aktuelle programmet inngår i det lineære sendeskjemaet. Det er videre viktig at informasjonen gis på en måte som gjør at distributøren rent teknisk kan implementere den aktuelle reservasjonen. Til illustrasjon av problemstillingen kan opplyses at i Sverige har Copyswede varslet at de bare fra en enkelt rettighetshaver vil videresende en liste til de svenske TV-distributører over mer enn 5000 verk som ikke skal kunne distribueres ved start-over og catch-up gjennom Copyswedens avtalelisensavtale. Denne informasjonen har Copyswede varslet vil bli sent per post, og uten å være knyttet opp mot de aktuelle kanalenes sendeskjema. Dette er en kommunikasjonsform som i denne sammenheng både er uhensiktsmessig, gammeldags og helt på tvers av de digitale kommunikasjonsmetoder som er etablert i bransjen for å skille ut de programmer som ikke kan inntas i denne type tjenester. Dersom forvaltningsorganisasjonene står fritt til å håndtere forbudsadgangen på denne måten, medfører det økt risiko for utilsiktede opphavsrettsbrudd.

Kabel Norge ser videre en ikke ubetydelig risiko for at reservasjonsretten kan bli misbrukt og distributørene satt i en vanskelig mellomposisjon dersom det er tvist om hvem som er rett rettighetshaver eller om omfanget av rettighetsoverdragelser i bakenforliggende ledd. Dette er for tiden en særlig aktuell problemstilling i TV-distribusjonsbransjen. En av partene i tvisten vil kunne søke å utnytte reservasjonsretten som virkemiddel for å fremme sitt standpunkt i den bakenforliggende tvist. Det vil være vanskelig for f. eks. en kabeldistributør å ta stilling til bakenforliggende rettighetsforhold og om vedkommende som henvender seg til distributøren for å nedlegge forbud, rent faktisk innehar de aktuelle rettighetene. Etter Kabel Norges oppfatning er det heller ikke rimelig at det overlates til distributøren i en slik situasjon å måtte ta stilling til hvem som har adgang til å utøve reservasjonsretten.

Ovennevnte eksempler er tatt fra TV-distribusjonsområdet. Kabel Norge er imidlertid av den oppfatning at dette er generelle problemstillinger som også vil gjøre seg gjeldene for andre områder som er aktuelle for generell avtalelisensiering. Problemstillingen er generelt adressert i de svenske forarbeidene (Regeringens proposition 2012/13:141 side 58):

”Ett förbud bör utformas på ett sätt som gör att användaren har en rimlig möjlighet att efterleva det. I det ligger att upphovsmannen bör precisera vilket eller vilka verk som avses med förbudet och om förbudet gäller all

användning eller vara en viss typ av förfogande. Användaren och upphovsmannen har ett gemensamt intresse av att det klarläggs vad förbudet avser och att se till att förbudet preciseras.”

De svenske forarbeider har også pekt på avtalelisensorganisasjonenes ansvar i denne forbindelse (Regeringens proposition 2012/13:141 side 26):

”Organisationerna måste vidare kunna handtera att utanförstående upphovsmän meddelar förbud mot användning eller kräver individuell ersättning. Avtalslicenserna förutsätter att organisationerna lever upp till detta ansvar och att förvaltningen av rättigheterna fungerar tillfredsställande.”

Som redegjort for over, viser erfaringene fra Sverige at det ikke er tilstrekkelig å omtale disse forholdene i forarbeidene for at praktiseringen av reservasjonsretten skal fungere på en tilfredsstillende måte. Etter Kabel Norges oppfatning må det nedfelles i selve lovteksten at det verk det nedfelles forbud mot å bruke i medhold av avtalelisensen, konkret må identifiseres på en slik måte at forbudet på en enkel måte kan implementeres av brukeren slik at risikoen for utilsiktede opphavsrettsbrudd unngås. Det bør videre fremgå av lovteksten at opphavsmannen skal nedlegge sitt forbud overfor forvaltningsorganisasjonen og at det er forvaltningsorganisasjonen som har ansvaret for å kommunisere forbudet til brukeren på en slik måte at brukeren på en praktisk måte kan innrette seg etter forbudet.

Dersom reservasjonsretten opprettholdes i forslaget, bør § 36 annet ledd siste punktum etter Kabel Norges oppfatning formuleres slik:

”Dette gjelder likevel ikke så langt avtalelisensorganisasjonen på hensiktsmessig måte og i rimelig tid før den aktuelle bruken, har unntatt nærmere identifiserte verk fra avtalelisensen som følge av at utenforstående opphavsmann overfor avtalelisensorganisasjonen har nedlagt forbud mot den aktuelle bruk av verket.”

2.4 Den generelle avtalelisensens anvendelsesområde

Kabel Norge støtter utgangspunktet om at en generell avtalelisens bør kunne omfatte ethvert anvendelsesområde, og at bestemmelsen må kunne benyttes for alle opphavsrettslige beføyelser. Digital utnyttelse av verk vil kunne medføre både eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten. Det er avgjørende for en generell avtalelisens' effektivitet at alle relevante beføyelser kan klareres gjennom en slik avtale.

Kabel Norge er videre enig med Kulturdepartementet i at det ikke er naturlig å begrense hvilke typer opphavsrettslig beskyttet materiale som kan klareres i medhold av bestemmelsen, jf. høringsnotatets side 14. De generelle henvisninger til åndsverkloven § 36 i åndsverkloven §§ 42-43a og 45 medfører at en generell

avtalelisensbestemmelse vil gis anvendelse for de fleste nærstående rettigheter. Åndsverkloven § 45a (kringkastingsselskapenes signalrettigheter) og § 45b (lydopptaksrettighetene) inneholder imidlertid ingen tilsvarende henvisning til åndsverkloven § 36. Det fremgår ikke av høringsnotatet om dette er tilsiktet, men det vil i så fall kunne redusere rekkevidden av den nye generelle avtalelisensen og kreve at individuelle avtaler inngås parallelt med generelle avtalelisenser for innhold som involverer denne type rettigheter. Kabel Norge kan ikke se at det er noen grunn til at nevnte rettigheter prinsipielt sett skal unntas fra den generelle avtalelisensens virkeområde, særlig hva angår kringkastingsnær bruk av innhold fra de såkalte fellesavtalekanalene.

2.5 Krav til representativitet og godkjenning

Departementet legger i lovforslaget til grunn at det kun er organisasjon som nevnt i § 38a som kan inngå avtale med avtalelisensvirkning. Åndsverkloven § 38a oppstiller to kumulative vilkår til en organisasjon for at organisasjonen skal ha kompetanse i henhold til åndsverkloven § 36. Organisasjonen må *"på området representere en vesentlig del av opphavsmennene til verk som brukes i Norge"* og den må være *"godkjent av departementet"*. Departementet har i lovforslaget ikke foreslått noen endring i § 38a som regulerer kravene til avtalelisensorganisasjoner.

Kabeltvistnemnda har i vedtak av 28. juni 2011 (side 11) lagt til grunn at *"... vesentlighetskravet er oppfylt av en organisasjon som representerer en flerhet, eller om lag 50 %, av opphavsmennene til verk som brukes på området."* Det vises i denne forbindelse også til den danske ophavsretsloven § 50 første og fjerde ledd som inneholder tilsvarende krav til representativitet og godkjenning og hvor det fremgår at kun én organisasjon kan godkjennes innenfor hver verksart, alternativt en fellesorganisasjon. Som Kabeltvistnemndas vedtak for øvrig viser, har dette representativitetskravet vist seg vanskelig å oppfylle på videresendingsområdet. Kabel Norge legger til grunn at dette også vil kunne gjelde andre områder, herunder områder som er aktuelle for generell avtalelisensiering.

Kabel Norge har i et tidligere hørings svar til Kulturdepartementet av 5. januar 2012 i anledning den såkalte overgangsforskriften, gitt uttrykk for at det kan være grunn til å endre kravene til avtalelisensorganisasjoner. Dersom lovgiver mener at kravet til forvaltningsorganisasjoners representativitet bør ligge lavere enn det Kabeltvistnemnda har lagt til grunn følger av gjeldende lov, bør dette markeres gjennom en endring av vesentlighetskriteriet i lovens § 38a, slik at det fremgår at også organisasjoner som representerer et lavere antall av opphavsmennene til verk på området kan være representative. I motsatt fall, er det risiko for at det i fremtiden vil bli stilt spørsmål ved lovligheten av inngåtte avtalelisensavtaler, herunder generelle avtalelisensavtaler der det er tvil om en organisasjon rent faktisk representerer en tilstrekkelig del av opphavsmennene til de verk som brukes på området. Dette er særlig relevant for områder der mange av rettighetshaverne er utenlandske.

Etter Kabel Norges oppfatning er det intet i veien for at det innenfor et område kan være flere konkurrerende organisasjoner som kan inngå avtale med avtalelisensvirkning. Dette vil kunne representere fordeler både for rettighetshaverne og brukerne. Det vises i denne forbindelse til den svenske regjeringens proposisjon 2012/13:141 ”*Förbättrade möjligheter till licensiering av upphovsrätt*” side 30 flg., der svenske myndigheter understreker behovet for å legge til rette for at flere organisasjoner skal kunne inngå avtale med avtalelisensvirkning innenfor et område. Formålet er å unngå at rettighetsforvaltningen monopoliseres og at det i stedet legges til rette for sunn konkurranse mellom organisasjonene.²

Kabel Norge er selvsagt opptatt av at de organisasjoner som tilbyr avtalelisensavtaler er seriøse og forvalter innsamlede midler på en god måte til fordel for rettighetshaverne. Direktivet om kollektiv forvaltning av opphavsrettigheter med videre (Direktiv 2014/26) stiller krav som skal sikre forvaltningsorganisasjoners seriøsitet. Kabel Norge kan ikke se at det er behov for ytterligere krav om departemental godkjenning for avtalelisensorganisasjoner utover de krav dette direktivet setter.

Siden kravet om godkjenning fra departementet knytter seg til det aktuelle området, vil et krav om godkjenning av organisasjoner som skal inngå generelle avtalelisenser i praksis medføre at det for hver gang det inngås en generell avtalelisensavtale innenfor et nytt område, eller anvendelsesområdet for en eksisterende avtale utvides, vil kunne oppstå et behov for et godkjenningsvedtak fra Kulturdepartementet for at avtalen skal få avtalelisensvirkning. Etter det Kabel Norge erfarer, er det slik godkjenningskravet praktiseres i Danmark. De seneste års erfaring innenfor videresendingsområdet i Norge, viser at slike godkjenningsprosesser kan ta meget lang tid. Det tok mer enn 30 måneder fra Norwaco søkte om godkjennelse 1. april 2011 til det forelå vedtak om godkjenning fra Kulturdepartementet 18. oktober 2013. Det foreligger tilsvarende erfaring fra godkjenningsordningen som gjelder i for generelle avtalelisenser i Danmark. Kabel Norge har fått opplyst at det for de foreliggende danske, generelle avtalelisensavtaler innenfor TV-området har tatt opp til 18 måneder fra søknadstidspunktet og til vedtak om godkjenning av organisasjonen forelå fra Kulturministeriets side. En slik godkjenningsordning vil dermed kunne medføre at de generelle avtalelisensavtalene enten ikke kan settes i kraft før godkjenningsvedtaket foreligger eller at brukerne, dersom de iverksetter bruken i tiltro til avtalen, blir utsatt for en betydelig rettsusikkerhet og risiko for å bli møtt med påstander om opphavsrettskrenkelser for bruk som har skjedd i perioden frem til godkjenningsvedtaket foreligger. En godkjenningsordning vil dermed kunne gjøre det mer ressurs- og tidkrevende å benytte seg av den generelle avtalelisensbestemmelsen. Et krav om godkjennelse fra departementet vil dessuten motvirke den fleksibilitet den generelle avtalelisens er ment å fremme.

² Det vises i denne forbindelse også til det svenske Konkurrentverks høringsuttalelser til SOU 2010:24 (*Avtalad upphovsrätt*) av 25. oktober 2010 samt til SOU 2011:32 (En ny opphovsrättslag) av 5. oktober 2011, se <http://www.kkv.se/t/NewsPage.aspx?id=7696>

Kabel Norge er derfor av den oppfatning at det ikke bør gjelde et krav om departemental godkjenning av de forvaltningsorganisasjoner som kan inngå generelle avtalelisensavtaler. Det vises i denne forbindelse også til at man i Sverige ikke har sett noe behov for en slik godkjenning.

3 TVISTELØSNING FOR VIDERESENDING AV VERK I KRINGKASTINGSSENDINGER

3.1 Reglene om megling

Kabel Norge støtter Kulturdepartementets forslag om å innføre en meglingsordning for å oppfylle satellitt- og kabeldirektivet artikkel 11.

Kabel Norge er positiv til å gi de eksisterende meglingsreglene i §§ 4-13 og 4-14 i forskrift til åndsverkloven tilsvarende anvendelse innenfor videresendingsområdet, men vil samtidig påpeke at det i tilfelle er behov for å gjennomgå disse reglene og gjøre relevante tilpasninger for å sikre at disse både er hensiktsmessige for videresendingsområdet og oppfyller Satellitt- og kabeldirektivets krav, jf. nedenfor. Det kan i denne sammenheng derfor være et like hensiktsmessig alternativ at det innføres egne forskriftsregler for megling etter mønster av den svenske lov om megling i opphavsrettstvister (lag 1980:612 om medling i vissa upphovsrättstvister).

Dersom meglingsreglene i §§ 4-13 til 4-14 i forskrift til åndsverkloven gis anvendelse for tvister knyttet til videresending av verk i kringkastingssendinger, er det ut fra dagens forskrift uklart hvilke regler som skal gjelde for meglingen. Forskriften viser til gammel arbeidstvistlov. Den nye arbeidstvistloven har en annen oppbygning enn den gamle og både i den nye og gamle loven viser de bestemmelser forskriften henviser til, videre til andre bestemmelser i arbeidstvistlovgivningen. Det må derfor gjøres en nøye gjennomgang av hvilke bestemmelser som er ment å få anvendelse innenfor videresendingsområdet og om det er behov for ytterligere bestemmelser. Det vises i denne forbindelse til at arbeidstvistlovgivningen er tilpasset arbeidstvister, mens tvister innenfor videresendingsområdet gjelder mellom kommersielle parter. Kabel Norge har herunder vanskelig for å se hvordan regelverket om at meglingsforslag kan underlegges avstemning blant forhandlingsberettigede organisasjoner skal praktiseres i forhold til tvister knyttet til videresending og kan heller ikke se at slike regler er hensiktsmessige.³ Når det gjelder bevisføring, viser arbeidstvistregelverket eksempelvis til tvistelovens regler om bevisfritak for belastende personopplysninger, men ikke til tvistelovens tilsvarende regler for drifts- og forretningshemmeligheter som vil være mer relevante for tvister knyttet til videresending av kringkastingskanaler.⁴

³ Lov om offentlige tjenestetvister § 17 siste ledd, jf § 18 første ledd og annet ledds første punkt som igjen viser til arbeidstvistlovens § 26 og § 27.

⁴ Forskriftens § 4-14 viser til tidligere arbeidstvistlovs § 35 tredje ledd som igjen viser til §19 som i nr 4 har en henvisning til tvisteloven § 22-9, men ikke tvisteloven § 22-10, hvilket også synes gjennomført i den tilsvarende bestemmelse i § 48 i den nye arbeidstvistloven.

Kabel Norge er ikke enig med departementet i at tjenestetvistloven § 17 om at partene kan kreve meglingen sluttet etter 14 dager, oppfyller kravene i satellitt- og kabeldirektivets artikkel 11 nr 3 om at et meglingsforslag skal anses akseptert om partene ikke kommer med innvendinger etter tre måneder. Etter Kabel Norges oppfatning må dette kravet reguleres direkte av forskriften.

3.2 Behovet for subsidiær nemndslisens

Som Kulturdepartementet peker på i høringsnotatet, var det samfunnsmessige hensyn som begrunnet den subsidiære nemndslisensen. I Ot.prp. nr 80 (1984-85) punkt 4.3.4 er hensynet til publikums tilgang til sendingene fremhevet som den sentrale begrunnelse gjennom påpekningen av at nemndsordningen reduserer faren for langvarige avbrudd i sendingene som følge av at rettighetshaverne håndhever sin rett til å nedlegge forbud mot videresending. Etter Kabel Norges syn, er dette en begrunnelse som ikke er like relevant i dag. Det er flere årsaker til dette.

Tilbudet av kringkastingssendinger er meget større i dag enn på 80-tallet da denne reguleringen ble innført. At distribusjon av enkeltkanaler opphører og blir erstattet med andre kanaler, er blitt en vanlig og regelmessig foreteelse. Opphør eller avbrudd i videresendingen av en enkeltkanal har, med visse unntak, mindre betydning for tv-seerne i dag enn da nemndsordningen ble innført.

Etter at åndsverkloven i 1995 gjennom innføringen av § 34 annet ledd, ble endret slik at individuelle rettighetshavere ikke lenger kan nedlegge forbud mot videresending annet enn gjennom organisasjon godkjent etter § 38a, er dessuten faren for hyppige og/eller langvarige avbrudd som følge av at et stort antall potensielle rettighetshavere kunne nedlegge forbud mot videresending av en kanal ikke lenger til stede. Det er kun kringkastere og organisasjoner godkjent etter § 38a som i dag kan nedlegge forbud mot videresending.

Kabel Norge deler for øvrig departementets observasjon om at partene i tvister innenfor videresendingsområdet i hovedsak har en felles interesse i å opptre slik at pågående tvister ikke går ut over publikum ved at sendingene stanses. Selv om det ikke kan utelukkes at stansning av sendingene vil kunne skje i enkelttilfeller, synes den frykt for hyppige og langvarige avbrudd i sendingene som begrunnet innføringen av nemndslisensordningen å ha vært overdreven. Departementets forslag om at nemndas avgjørelser ikke skal være bindende for kringkastere, vil dersom det vedtas, heller ikke hindre kringkastere i å nedlegge forbud mot videresending i fremtiden.

Selv om nemndslisensen i prinsippet har fordeler for videresendere, vil departementets forslag om å begrense nemndas kompetanse slik at den ikke er bindende for kringkastere medføre at bestemmelsen får et meget begrenset anvendelsesområdet. Etter Kabel Norges oppfatning har dagens nemndsordning også flere vesentlige ulemper.

Det er Kabel Norges erfaring at Kabeltvistnemnda ikke er et egnet tvisteløsningsorgan for de tvister som oppstår i forhold til videresending. De senere år har flere saker om erstatning og saker som er knyttet til uenighet om faktiske forhold, f. eks. om hvorvidt noe er videresending eller ikke, blitt brakt inn for nemnda. Dette er forhold som Kabeltvistnemnda ikke har kompetanse til å avgjøre. Nemnda er heller ikke egnet som tvisteløsningsorgan ved tvister hvor nemnda prejudisielt må ta stilling til faktiske forhold. Et praktisk eksempel er krav om fastsettelse av vederlag hvor det underliggende spørsmål er knyttet til rekkevidden av rettighetsoverdragelsen bakover i rettighetskjeden, for eksempel i forholdet mellom kringkastere og produsenter eller produsenter og medvirkende rettighetshavere. Ved slike tvister er partene i de avtalene det tvistes om, ikke parter i selve nemndssaken. Kabeltvistnemnda mangler i motsetning til domstolene, prosessuelle virkemidler til å få klarlagt slike forhold. Tredjeparter har eksempelvis verken vitneplikt eller plikt til å fremlegge opplysninger for nemnda. Dette gjør prosessene både vanskelige og kostnadskrevene og medfører at nemnda er lite egnet som tvisteløsningsorgan i denne type saker.

Kabeltvistnemndas vedtak kan heller ikke påklages, og adgangen til å bringe nemndas vedtak inn for domstolene er begrenset til ugyldighetssøksmål. Dette er meget uhensiktsmessig i saker hvor nemnda må ta stilling til spørsmål hvor de faktiske forhold ikke er klarlagt på en tilfredsstillende måte, jf. over. Kabeltvistnemnda har dessuten de senere år behandlet saker som har hatt stor kommersiell betydning for partene. At det i slike saker er begrensninger i adgangen til overprøving, er også i seg selv problematisk. Det betenkelige ved denne form for nemndsløsninger ble også påpekt i Innst.O.nr.46 (1994-1995):

"Komiteens medlem Geir Thoresen mener den nemndløsning som er valgt kan ha uheldige virkninger. Nemnden oppnevnes av Justitiarius i Oslo byrett for 5 år av gangen og dens avgjørelser kan ikke overprøves, slik at et vedtak fattet av denne nemnda ikke er gjenstand for klage etter forvaltningslovens bestemmelser. En slik nemnd vil raskt fatte vedtak som naturlig vil skape presedens for senere vedtak i samme nemnd. En nemnd vil således være enerådende i 5 år når det gjelder fastsettelse av meget store vederlag. En slik modell synes prinsipielt betenkelig."

Begrensningene i adgangen til å bringe saker som har vært behandlet i Kabeltvistnemnda inn for domstolene, vil etter Kabel Norges oppfatning under enhver omstendighet ikke kunne opprettholdes når direktivet om kollektiv forvaltning av opphavsrett med videre (Direktiv 2014/26), skal gjennomføres i norsk rett. Direktivet fastsetter at partene i tvister mellom forvaltningsorganisasjoner og brukere har rett til domstolsprøving av så vel eksisterende som fremtidige lisensvilkår, jf. direktivets artikkel 35 (særlig annet ledd):

"1. Member States shall ensure that disputes between collective management associations and users concerning, in particular, existing and proposed licensing conditions, or breach of contract can be submitted to a

court, or if appropriate, to another independent and impartial dispute resolution body where that body has expertise in intellectual property law. 2. Articles 33 and 34 and paragraph 1 of this Article shall be without prejudice to the right of the parties to assert and defend their rights by bringing an action before a court.”

Det er Kabel Norges oppfatning at tvister om videresending kan løses av de alminnelige domstoler slik situasjonen er i Sverige, Finland og de fleste øvrige europeiske land, og at nemndsordningen kan avvikles.

3.3 Kulturdepartementets alternative forslag om å opprettholde nemnda med endret kompetanse

3.3.1 Generelt om opprettholdelse av Kabelvistnemnda

Etter Kabel Norges oppfatning vil opprettholdelsen av nemndsordningen være i strid med satellitt- og kabeldirektivet.

Direktivet fastsetter for det første i artikkel 8 at videresending skal skje *”on the basis of individual or collective contractual agreements between copyright owners, holders of related rights and cable operators”*. En nemndslisens vil ikke utgjøre noe slikt avtalemessig grunnlag.

For det annet vil opprettholdelse av en nemndsordning i seg selv være i strid med Norges forpliktelser til å legge til rette for reelle forhandlinger mellom partene, jf. satellitt- og kabeldirektivets artikkel 12 (1) som fastsetter at:

”the Contracting Parties 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 hinder negotiation without valid justification.”

Dersom partene i en tvist i stedet for å forhandle, kan overlate fastsettelse av vilkår til en nemnd, vil det påvirke deres motivasjon og villighet til å inngå i reelle forhandlinger om en løsning. EFTAs Overvåkningsorgan (ESA) påpeker på side 10 i sitt *”letter of formal notice”* at dette medfører at nemndsordningen er i strid med artikkel 12 (1):

”In this context, the Authority observes that Section 36 (2) of the Copyright Act provides that each of the parties may demand that the permission and conditions for retransmission is determined in a binding manner by the Dispute Commission if negotiations have been refused, or if no agreement has been entered into within six months after the commencement of negotiations. Section 36 (2) of the Copyright Act thus implies that a party can refuse or stall negotiations, and yet demand that the dispute concerning

retransmission is determined in a binding manner by the Dispute Commission.

The Authority is of the view that this procedure cannot be considered to implement with the necessary binding force and legal certainty what Article 12(1) of the Directive requires, namely that Norway shall ensure, by appropriate legislative means, that the parties conduct negotiations in good faith and that none of them hinder or prevent negotiation without valid justification.

Rather, Norway has failed to comply with the abovementioned Articles of the Directive by maintaining a body with jurisdiction in its territory over cable retransmission disputes [...]” (vår understrekning)

Å opprettholde nemndsordningen parallelt med meglingsordningen, vil undergrave den meglingsordning som nå innføres. Dette gjelder selv om gjennomført meglings skulle bli en forutsetning for en nemndsprosess. Så lenge en part kan overlate fastsettelse av vilkår til en nemnd, vil dette som EFTAs Overvåkningsorgan påpeker, påvirke partenes motivasjon til å forhandle med det mål å finne en løsning. Dette gjelder også i en meglingsprosess.

Kabel Norge er derfor av den oppfatning at norske myndigheter verken kan eller bør videreføre nemndsordningen.

3.3.2 Særlig om forslaget til endret kompetanse

Konsekvensen av Kulturdepartementets alternative forslag om å opprettholde nemnda, men slik at dens avgjørelser ikke er bindende for kringkasterne, er at Kabel Norges medlemmer i en tvist med et kringkastingsselskap vil være forpliktet til å gå inn i en nemndsprosess hvis utfall vil være bindende for kabelselskapet, men ikke kringkasteren. Dette er i strid med grunnleggende prinsipper for god tvisteløsning.

Kringkastere vil dessuten som følge av at de ikke vil være bundet av nemndas vedtak, ytterligere få svekket sin motivasjon til å inngå i reelle forhandlinger som omtalt i satellitt- og kabeldirektivets artikkel 12 (1), jf. punkt 3.2.1 ovenfor, da en nemndsprosess ikke vil medføre noen risiko for at kringkasteren må leve med et resultat kringkaster ikke er tilfreds med.

Dette vil i enda større grad gjelde kringkastere med formidlingspliktige kanaler. Årsaken er at disse i stedet for å gå i reelle forhandlinger kan overlate tvisten til Kabeltvistnemnda vel vitende om at nemndas avgjørelse ikke vil være bindende for dem selv, mens kabeldistributørene vil være forpliktet til å fortsette distribusjonen på de vilkår nemnda måtte fastsette. Opphavsrettslovgivningen må ses i sammenheng med lovverket for øvrig, herunder kringkastingens regler om formidlingsplikt. Det er derfor ikke riktig slik Kulturdepartementet anfører på side 31 i høringsnotatet der det uten forbehold gir uttrykk for at en nemndslisens ikke vil være bindende for

kabeldistributørene i den forstand at disse vil kunne velge om de vil videresende på vilkårene som er fastsatt av nemnda. For så vidt gjelder kanaler som er underlagt formidlingsplikt etter kringkastingsloven, kan kabeldistributørene ikke uten videre la være å videresende uten å bryte en lovpålagt plikt. Kabel Norge vil i denne forbindelse påpeke at dette er en høyst relevant problemstilling, da de aller fleste saker som har vært til behandling hos Kabeltvistnemnda nettopp har involvert slike formidlingspliktige kanaler. Dette gjelder eksempelvis den senere tids tvister mellom kabeldistributørene og TV2, men også de aller fleste tvister som Norwaco (og UBON) har brakt inn for nemnda.

3.4 Oppsummering tvisteløsning

Kabel Norge er av ovennevnte grunner i mot å videreføre en nemndsordning parallelt med meglingsordningen. Kabel Norge er imot departementets forslag om å opprettholde nemndsordningen med endret kompetanse slik at nemndas vedtak ikke blir bindende for alle parter.

Kabel Norge stiller seg derimot positivt til at dagens nemndsordning avløses av en meglingsordning.

4 AVSLUTNING

Kabel Norge vil avslutningsvis takke for anledningen til å få uttale seg om forslaget til endringer i åndsverkloven.

Kabel Norge står selvsagt til disposisjon dersom Kulturdepartementet skulle ha behov for en utdypning av Kabel Norges synspunkter.

Med vennlig hilsen
For Kabel Norge



Øyvind Husby
styreleder