

Kulturdepartementet
Medieavdelingen
Postboks 8030 Dep
0030 OSLO

12. september 2014

Høring – endringer i åndsverkloven

Vi viser til høringsnotat av 1. juli 2014 angående endringer i åndsverkloven. Nedenfor følger SBS Discoverys merknader til høringsforslaget.

Forslaget om en generell avtalelisens innebærer en prinsipiell endring og vil kunne medføre en betydelig utvidelse av bruken av avtalelisenser dersom det skulle vedtas. En generell avtalelisens vil kunne få svært vidtrekkende konsekvenser. Høringsnotatet inneholder imidlertid så godt som ingen utredninger eller drøftelser av konsekvensene av en gjennomføring av en slik avtalelisens, og det er svært uklart hvordan ordningen er tenkt å virke i praksis.

Det er derfor svært vanskelig for berørte aktører som SBS Discovery å ta reelt stilling til forslaget. SBS Discovery vil derfor understreke at det er behov for et vesentlig mer omfattende utredningsarbeid før en generell avtalelisens eventuelt kan innføres.

Slik forslaget foreligger i dag kan vi verken se det er behov eller formålstjenlig å etablere en generell avtalelisens som vil omfatte rettigheter SBS Discovery, som norsk kringkaster, erverver gjennom frie og åpne forhandlinger i det norske rettighetsmarkedet i forbindelse med sine sendinger i norsk territorium.

Vi finner også grunn til å påpeke at det ville vært naturlig å behandle et slikt vidtrekkende forslag sammen med den helhetlige revisjonen av åndsverkloven som er igangsatt, herunder at det foretas utredninger og drøftelser som hensyntar balansen mellom rettighetshavernes og brukernes interesser i lys av den senere tids utvikling.

En forhastet gjennomføring av forslaget vil kunne få store konsekvenser for kringkasternes rammebetingelser for investering i norsk TV-innhold, og skade den norske TV-produksjonsbransjen.

1. Innføring av generell avtalelisens

1.1. *Det er ikke godtgjort at vilkårene for innføring av avtalelisens er til stede*

Lovfestede avtalelisensordninger er et unntak fra åndsverklovens hovedregel og et inngrep i rettighetshavernes avtalefrihet. Som vi har sett innenfor videresendingsområdet vil slike ordninger ha vidtgående virkninger i markedet og berører hele verdikjeden.

Slike inngrep kan bare tillates dersom vilkårene i den såkalte tretrinnsatesten er oppfylt. Departementet uttaler i høringsnotatet at opphavsrettsdirektivets bestemmelser om tretrinnsatesten ikke kommer til anvendelse, og viser i den sammenheng til en uttalelse i fortalens punkt 18. Departementet hevder videre at ordninger med avtalelisens ikke er anse som avgrensninger/innskrenkninger av opphavsrett, men som forvaltning av rettigheter, og at avtalelisenser derfor ikke omfattes av direktivets regulering av uttømmende unntak og tretrinnsatesten.

Denne tolkningen av opphavsrettsdirektivet kan ikke være korrekt. Uttalelsen i fortalen kan bare forstås som en henvisning til at *eksisterende avtalelisensordninger* anses å være i tråd med direktivet, herunder at de ordninger som er etablert anses å oppfylle tretrinnsatesten. Uttalelsen gir imidlertid ikke grunnlag for å hevde at det gjelder generelt unntak fra kravet etter direktivet, Bernkonvensjonen og TRIPS-avtalen om å oppfylle tretrinnsatesten for avtalelisenser som dem departementet nå åpner for.

Avtalelisenser var på tidspunktet for vedtakelsen av opphavsrettsdirektivet avgrenset til *bestemte former for sekundærutnyttelse* som det i praksis *ikke var mulig å lisensiere individuelt*. Som eksempler på utnyttelse det kan være aktuelt å lisensiere med hjemmel i en generell avtalelisens, viser departementet i høringsnotatet til på forespørsel-tjenester for tidsforskutt tv-seeing (slik som tjenester som "start forfra" og "siste døgn") hvor det allerede er inngått avtale med avtalelisensvirkning i Danmark.

På forespørsel-tjenester er i ferd med å bli en viktigere og viktigere utnyttelsesform både for SBS Discovery og for andre rettighetshavere. Slik utnyttelse inngår derfor i individuelle forhandlinger både med produsenter som SBS Discovery kjøper rettigheter fra og med distributører som distribuerer SBS Discoverys kringkastingssendinger. Departementets forslag dreier seg ikke om bestemte former for sekundærutnyttelse som det i praksis ikke er mulig å lisensiere individuelt.

Å etablere en generell avtalelisensordning som åpner for å inngå avtale med avtalelisensvirkning som omfatter slike på forespørsel-tjenester vil etter vårt syn være i strid med tretrinnsatesten og Norges folkerettslige forpliktelser.

1.2 En generell avtalelisens har omfattende konkurranserettslige og konkurransepolitiske virkninger som må utredes

SBS Discovery vil påpeke at en generell adgang for rettighetsorganisasjoner til å gi avtalelisens har både konkurranserettslige og konkurransepolitiske sider.

Disse aspektene ikke er berørt i høringsnotatet. Vi vil i denne forbindelse påpeke at de svenske konkurransemyndighetene hadde kritiske innspill i tilsvarende høringsrunde i Sverige. SBS Discovery mener departementet må gjøre en grundig konkurranserettslig og konkurransepolitisk vurdering når regler om avtalelisens utredes videre, og at konkurransemyndighetene bør involveres i dette arbeidet.

Konkurranseloven § 10 forbyr konkurransebegrensende samarbeid. Bestemmelsen tilsvarer og samsvarer med bestemmelsen i EU-retten (TFEU art. 101). Det er ikke tvilsomt at et samarbeid om

salg av rettigheter gjennom rettighetsorganisasjoner omfattes av konkurranseloven, og det finnes en omfattende praksis fra EU om anvendelsen av denne bestemmelsen på salg av rettigheter gjennom organisasjoner.

En generell regel om avtalelisens vil ikke frita rettighetsorganisasjonene for konkurranserettslige forpliktelser. For at en regulering skal frita aktører fra konkurranserettslige forpliktelser, må den offentlige reguleringen i praksis frata de private aktørene all frihet til å konkurrere i markedet. Vi vil påpeke at en generell hjemmel om avtalelisens fort kan forlede organisasjoner og den enkelte rettighetshaver til å tro at man er unntatt konkurranserettslige forpliktelser, slik at organisasjonen og medlemmene utsettes for konkurranserettslig risiko.

SBS Discovery vil her peke på at flere av rettighetsorganisasjonene har ytret ønske om å benytte avtalelisensordningen også på områder som i dag klareres direkte gjennom kommersielle forhandlinger – slik som også er lovens hovedregel og klare utgangspunkt. En praktisering av en lisensordning på områder hvor det *ikke er behov* for kollektiv klarering vil være et konkurransebegrensende samarbeid i strid med konkurranseloven.

Vi vil også påpeke at dersom det etableres reguleringer som tilskynder atferd mellom private parter som ellers ville være i strid med konkurransereglene, vil staten kunne være skyldig i brudd på lojalitetsplikten i EØS-avtalen. En ordning med avtalelisens innebærer at det kan etableres en dominerende aktør som fastsetter priser i strid med forbudet om misbruk av dominerende stilling i strid med EØS-avtalen art. 54. En av bekymringene til de svenske konkurransemyndighetene var nettopp de uheldige konsekvensene av rettighetsorganisasjoner med monopol.

Vurderingen av lovligheten av systemet for avtalelisens etter konkurransereglene beror på de konkrete virkningene på konkurransen og samfunnsøkonomisk effektivitet. Slike eventuelle negative virkninger vil uavhengig av konkurransereglene være konkurransepolitisk uheldig og må utredes før en ordning etableres. Vi vil nedenfor påpeke noen av de negative virkningene en avtalelisens vil ha for konkurransen i markedet for produksjon og kjøp av TV-innhold. Dette må imidlertid utredes nærmere.

For det *første* vil systemet om avtalelisens legge til rette for et samarbeid om salg av rettigheter. Dette vil begrense konkurransen om salg av rettigheter ved at det etableres et kartell i klassisk forstand. Tradisjonelt har slike ordninger bare blitt akseptert dersom det er klare og dokumenterbare gevinster i form av reduserte kostnader som oppveier for tapet ved at konkurransen begrenses. Vi bemerker her at det både i de svenske og danske forarbeidene er uttrykkelig presisert at en avtalelisensordning kun skal benyttes i de tilfeller hvor direkte klarering *ikke er mulig eller uforholdsmessig vanskelig*.

Innenfor virksomhetsområdet til SBS Discovery oppleves det ikke som umulig eller uforholdsmessig vanskelig å erverve rettigheter.

Slik SBS Discovery oppfatter det, har flere av rettighetsorganisasjonene uttrykt et ønske om å utnytte en generelle avtalelisensen til å styrke sin forhandlingsposisjon overfor brukerne av rettigheter, i praksis gjennom dannelsen av forhandlingsmonopoler for de aktuelle rettighetene. Som nevnt er dette rettigheter som i dag klareres direkte. En slik praksis vil ikke bare være i strid med formålet

med avtalelisenser, men vil slik SBS Discovery ser det også utgjøre et prissamarbeid i strid med konkurranseloven.

For det *andre* vil et vederlag for klarering som kreves inn direkte fra distributører til rettighetsorganisasjonene redusere produsentenes muligheter og incentiv til å minimere kostnader ved erverv av rettigheter. Dette følger av at produsentene kan velte kostnader videre oppover i verdikjeden, nemlig til kringkasterne og tilbydere av audiovisuelle bestillingstjenester. Konsekvensen av dette vil være ineffektivitet i produksjon av innhold.

For det *tredje* kan et krav om vederlag fra distributøren påvirke strukturen i markedet på en konkurransemessig uheldig måte. En måte for kringkasterne å motvirke manglende rettighetsklarering ved kjøp av eksterne produksjoner vil være å integrere seg i hele verdikjeden. Tendenser til dette ser vi ved at kringkasterne erverver produksjonsselskaper. Det vil si at det vil bli færre uavhengige produsenter. Dette vil øke etableringshindringene og på sikt begrense konkurransen.

1.3 Det foreligger ikke behov for en generell avtalelisens for norske produksjoner

Kringkasternes innkjøp av norske TV-produksjoner utgjør den klart viktigste finansieringskilden for norske rettighetshavere. Mer enn halvparten av inntektene til norske filmarbeidere er generert av kringkasternes virksomhet, gjennom produksjon av TV-underholdning og drama (i tillegg kommer reklamefilmer for TV som utgjør en betydelig andel)¹. SBS Discovery er blant de tre største innkjøperne av norske produksjoner, og er en de avgjørende bidragsyterne til det blomstrende norske produksjonsmiljøet.

Rettighetsklareringen for norske produksjoner foregår i et godt fungerende marked med mange uavhengige aktører. Vår erfaring er at rettighetshaverne og produksjonsselskapene ønsker å tilby de rettigheter som forbrukerne og kringkasterne etterspør, deriblant rettigheter til nye utnyttelsesformer og tekniske distribusjonsmåter. Dette gjør oss som kringkaster i stand til å tilby slike rettigheter til distributører. Rettighetene klareres med andre ord gjennom hele verdikjeden i frie, kommersielle forhandlinger.

Heller ikke den tekniske utviklingen skaper vesentlige problemer for klareringen. Tvert imot gjør teknologien at behovet for klarering av sekundærutnyttelse blir stadig mindre. Gjennom ulike former for tilgangskontroll og DRM er det mulig for oss som kringkaster å ha full kontroll med hvordan utnyttelsen skjer. I den grad det er mangler ved klareringen håndteres dette ved at enkeltprogrammer holdes tilbake fra slike tjenester gjennom såkalte «black out» prosedyrer.

SBS Discovery ser derfor ikke behov for en generell avtalelisens på de områder hvor vi opererer. Vi kan heller ikke se at departementet har sannsynliggjort at det finnes behov for å etablere en generell lisens. At det er etablert lignende ordninger i Sverige og Danmark innebærer ikke at det finnes slikt behov i Norge. Departementet har heller ikke redegjort for de erfaringer som er gjort i Danmark og Sverige på dette området.

¹ Åpen fremtid - en utredning om økonomien og pengestrømmene i filmbransjen, Ideas2evidence rapport 7/2014, s. 60.

1.4 En generell avtalelisens skaper uforutsigbarhet og svekker investeringsbetingelsene

Når SBS Discovery investerer i programproduksjon innebærer det en betydelig økonomisk risiko, fordi inntektene i stor grad avhenger av om produksjonen er populær. Denne risikoen er det vi som kringkaster som bærer fullt ut. Før det tas en investeringsbeslutning må vi ha full oversikt over alle kostnadene forbundet med produksjonen, og vi må ha sikkerhet for at vi kan utnytte alle inntektsmulighetene. Derfor er det helt nødvendig å klarere alle rettighetene direkte med produksjonsselskapet.

En ordning med kollektiv klarering innebærer at klareringen ikke skjer direkte i forhandlinger mellom rettighetshaver og rettighetsserverver (produsent eller kringkaster som tar investeringsrisikoen knyttet til den enkelte produksjon), men flyttes til en organisasjon og andre aktører i verdikjeden (f.eks. distributører). Dermed oppstår det både usikkerhet om hvilke rettigheter vi som kringkaster får klarert direkte med rettighetshaver, samt usikkerhet omkring kostnadene ved klareringen ettersom denne kostnaden er uviss og kommer i tid etter at produksjonsbeslutningen fattes.

Dersom distributørene (kabel-, satellittpoperatør etc.) påføres klareringskostnader gjennom en avtalelisens som følge av at vi som kringkaster ikke vil få/eller har klarert alle distribusjonsrettighetene, vil dette bety lavere distribusjonsvederlag fra distributørene til oss og dermed redusert omsetning.

Erfaringen fra videresendingsområdet er også at avtalelisensordninger har en tendens til å vokse utover sitt opprinnelige formål; nemlig å klarere sekundærutnyttelse av rettigheter hvor direkte klarering er vanskelig eller umulig. Når avtalelisensen overtar for direkte klarering betyr det et direkte inngrep i markedet for rettigheter som svekker betingelsene for investeringer og sunn konkurranse.

At organisasjonenes drift i stor grad finansieres gjennom inntektene fra den kollektive klareringen skaper dessuten *sterke insentiver* hos organisasjonene til å opprettholde avtalelisensordningene etter at det opprinnelige formålet er bortfalt eller utvide ordningene til nye områder (slik vi har sett kravet fra organisasjoner i forhold til distribusjonen gjennom RiksTV).

Vi har de senere år sett mange og omfattende konflikter og rettstvister knyttet til avtalelisensordningen for videresending. Dette har påført både organisasjonene, distributørene og kringkasterne betydelige kostnader og tidsspille.

SBS Discovery vil derfor advare mot de virkninger en utvidelse av avtalelisensordningen kan få for TV-produksjonsmarkedet. Dersom en slik ordning medfører at produksjonsselskapene ikke lenger får klarert de rettighetene som kringkasterne etterspør, vil det måtte vurderes andre alternativer, herunder muligheter for internproduksjon eller utsetting av produksjoner til andre land.

1.5 Forhold som må utredes og ivaretas dersom departementet velger å gå videre med en generell avtalelisens

Dersom departementet velger å gå videre med en generell avtalelisens er det en rekke forhold som må klargjøres og utredes før ordningen kan settes ut i livet.

Det er blant annet høyst uklart hvordan en reservasjonsadgang skal praktiseres. For at avtalelisensen skal ha en funksjon må de som erverver avtalelisens på en enkel måte kunne skaffe seg oversikt over hvilke rettigheter som er reservert. SBS Discovery ser for seg at bare håndteringen av reservasjoner vil kunne bli svært kompleks og kostnadsdrivende, dersom det overhodet er gjennomførbart.

Under enhver omstendighet må innføringen av en generell avtalelisens begrenses til de områder hvor det er sannsynliggjort at det foreligger behov, og at vilkårene i tretrinnssteden er oppfylt. En godkjenningssystem er derfor helt nødvendig, og kriteriene for godkjenning må være strenge. Det må dessuten gjøres klart i regelverket eller i forarbeidene at ordningen ikke kan benyttes av rettighetshavere for å etablere forhandlingskarteller for rettigheter som etterspørres av brukerne og som det er mulig å klarere direkte. Det må også stilles krav om at organisasjonene ikke skal kunne kreve eksklusivitet i forvaltningen av medlemmenes rettigheter, slik at den enkelte rettighetshaver fortsatt står fritt til å overdra sine rettigheter i frie forhandlinger, og forhandle vederlag direkte med kjøperen.

2. Nemndsordning

Etter SBS Discoverys oppfatning er det ikke hensiktsmessig å opprettholde Kabeltvistnemnda med en kompetanse som skissert av departementet. Å videreføre en nemnd som i realiteten kun vil ha en rådgivende funksjon er ikke formålstjenlig, og vil kun innebære ekstra administrasjon og kostnader.

Vennlig hilsen for
SBS Discovery AS

Edvard A. Tveten
Advokat