



NORA Norwegian Recording Artists

Kulturdepartementet
postmottak@kud.dep.no

Oslo 31. august 2016

Høringsuttalelse – Ny åndsverklov

Produsentforeningen NORA takker for muligheten til å avgi høringsuttalelse. Som nystartet forening velger vi å avgrense uttalelsen her til å ta opp en enkelt sak, og denne er ikke belyst i høringsnotatet.

Vederlagsrettens rekkevidde etter § 45b

Det er oppstått tvil om fortolkningen av vederlagsretten etter § 45b. GRAMO har i årevis fortolket norsk lov slik at samtlige rettighetshavere knyttet til vernet fonogram har krav på andel i vederlaget. Dette prinsippet er nedfelt i *GRAMOs fordelingsreglement, kapittel 1*, der det heter:

"Norske og utenlandske rettighetshavere skal behandles likt. Dette omfatter også utenlandske rettighetshavere uten selvstendig vern via konvensjonstilknytning, men som likevel avregnes fordi innspillinger de deltar på er vernet."

I praksis innebærer dette at både produsenter og utøvere fra USA avregnes vederlag, selv om de ikke kvalifiserer via tilknytningskriteriene. Eksempelvis vil dette omfatte;

- US-produsent (og US-utøvere) på fonogram der det deltar norsk artist,
- US-produsent (og US-utøvere) på fonogram der det deltar EØS-borger(e) og
- US-utøvere på fonogram med produsent hjemmehørende i et Romkonvensjonsland.

Denne praksisen blir nå omtvistet, og GRAMO blir utfordret til å belegge sin fortolkning. NORA oppfatter at den er i strid med norsk lov, men ser samtidig at lovgivningen på enkelte punkter kunne vært klarere. Lovbestemmelsene og tilknytningskriteriene er patente hva gjelder å definere hvilke arbeider (lydopptak) som er vernet. Uklarhet oppstår i samband med hvem som skal ha rett til andel i vederlaget – med andre ord vederlagsrettens rekkevidde i rom.

Det skal understrekes at uklarheten ikke knytter seg bestemmelsen i § 45b første ledd. GRAMOs verneregler ble saumfart for snart 15 år siden i forbindelse med en tvist med Fond for utøvende Kunstnere. Samarbeidsutvalget mellom Fondet og GRAMO bila den gang tvisten med et vedtak, som klargjorde at man aldri kan operere med såkalt "delvern". Dette står fast, og tema for høringsnotatet er derfor ikke GRAMOs oppkreving av vederlag, men hvordan midlene i samsvar med bestemmelsens andre ledd skal avregnes; med andre ord hvilke aktører på fonogrammet som har krav på andel i vederlaget (har vederlagsrett).

At det oppkreves fullt vederlag, tilsier ikke at alle aktører skal innrømmes vederlagsrett.

For fonogram som sikres vern via tilknytningsbestemmelsene, kan her tre spørsmål bli omtvistet grunnet mer eller mindre uklar lovgivning:

1. Ved umiddelbar anvendelse av bestemmelsen etter § 58 (basert på norsk artist);
- Forutsetter bestemmelsen i § 45b andre ledd at også utenlandsk produsent og medvirkende har direkte krav på andel i vederlaget – amerikanere inkludert?
2. Ved utvidelse av vederlagsretten etter forskriften § 6-1; (basert på EØS-artist);
- Vil også produsenter og utøvere som har hjemstavn utenfor EØS ha krav på andel i vederlaget?
3. Ved utvidelse etter forskriften § 6-12; (basert på produsent fra romkonvensjonsland);
- Vil retten til andel i vederlaget omfatte ikke bare utøvere hjemmehørende i romkonvensjonsland, men også utøvere fra ikke-tilsluttede stater – USA-borgere inkludert?

GRAMO har lenge besvart alle tre spørsmål positivt, men utfordres nå på dette. Det pågående lovarbeidet burde være en god anledning til å skape klarhet.

Undertegnede har utarbeidet notatet "GRAMO og amerikanerne" om disse spørsmålene, og dette oversendes som bilag til NORAs høringsuttalelse, selv om notatet står for privat regning og risiko. Notatet søker å belyse spørsmålene i full bredde, mens NORA i dette høringsbrevet vil begrense seg til å anføre noen få momenter og synspunkter;

Ad sp. 1: Umiddelbar anvendelse etter § 58

Flere rettskilder peker i retning av at svaret på spørsmål 1 må bli NEI.

Birger Stuevold Lassen "Internasjonal opphavsrett" (stensilserie nr. 149 publisert 1995, s.9), der han hva gjelder det umiddelbare anvendelsesområdet for § 45b holder utlendinger utenfor vederlagsrettens rekkevidde:

"Utøvernes og tilvirkernes vederlagsrett etter § 45b tilkommer norske statsborgere og bosatte i riket, og – for tilvirkernes vedkommende – selskap som har norsk styre og sete her i riket."

Karnov kommenterer, i samsvar med Stuevold Lassen, at retten tilkommer norsk statsborger, person bosatt i riket og norske selskaper.

Ot.prp. nr. 54 (1994-95) s. 23 kommenterer de nærstående rettighetene slik;

"...Rett til vederlag etter § 45b vil etter loven gjelde(r) dersom utøveren er norsk eller produsenten er norsk....Der § 58 gir loven anvendelse basert på nasjonalitet, må derfor dette vernet utvides til en EØS-nasjonalitet".

Astri Lund sier seg i GRAMO-notat fra august 2002 (s.3) enig i dette, ved å avgrense rekkevidden til utøvere og tilvirkere med norsk tilknytning:

"Etter sin ordlyd innebærer § 58 at utøvende kunstnere og tilvirkere med slik tilknytning til Norge som der angitt, har rett til å påberope kapittel 5-rettigheter som tilkommer hhv. utøvende kunstnere og tilvirkere", og videre i samme notat:

"Det åvl. 58 fastsetter er hvem som kan påberope bestemmelsene i åvl. kapittel 5."

Rettighetene reserveres i samsvar med dette for den kretsen som angis i tilknytningskriteriene, slik at de materielle bestemmelsene ved umiddelbar anvendelse kun begunstiger norske rettighetshavere. Dermed oppstår det sammenfall mellom kretsen som utløser vern for opptaket, og kretsen av aktører som har krav på andel i vederlaget. Eventuelle unntak fra dette må være presisert (slik det er for eksemplarframstillingsretten for tilvirkere). Utlendinger som deltar som produsent eller utøver på opptak, som basert på norsk medvirkning er vernet ved direkte anvendelse av loven, har dermed ikke krav på andel i vederlaget etter nasjonalitetskriteriet i § 58, og må eventuelt kvalifisere til dette via forskriftsbestemmelser. Det synes imidlertid som om GRAMO mener at § 45b skal gis direkte virkning også for utlendinger.

Ad. sp. 2: Forskriften § 6-1

På dette punkt kan det være liten tvil om gjeldende rett, og at svaret på spørsmålet må bli NEI. Når bestemmelsen sier at § 45b skal gjelde tilsvarende for arbeider (lydopptak) med borgere eller tilvirker fra EØS, innebærer det at situasjonen blir helt lik scenarioet ved umiddelbar anvendelse av loven via § 58 – bare med den forskjell at ordet ”norske” erstattes med uttrykk som fanger opp EØS-nasjonalitet. I *Ot.prp. nr. 15 (1999-2000)* gjøres dette tydelig i sammendraget der det ved innføring av direktivets artikkel 8.2. heter ; *”Dette vil gi individuell vederlagsrett for utøvende kunstnere og produsenter fra EØS-området og land tilsluttet Romakonvensjonen”*. (s. 3)

GRAMO har imidlertid en utvidende fortolkning, og praktiserer dette slik at et fonogram som er vernet etter § 6-1, alene av den grunn at én eller flere av utøverne er EØS-borgere, avregnes med rett til andel i vederlaget også for produsent fra USA samt for øvrige utøvere som måtte være hjemmehørende der. Kroneksemplet er recordings med Metallica, der den danske trommeslageren Lars Ulrich baner vei for full GRAMO-avregning til sine amerikanske bandkompiser og til sitt amerikanske plateselskap.

Ad. sp. 3: Forskriften § 6-12

GRAMO hevder at Norge etter Romkonvensjonen er forpliktet til å innrømme utøvere som ikke er hjemmehørende i konvensjonsstat rett til andel i vederlaget. Til dette er å si at det ved gransking av rettskildene **ikke har vært mulig å finne en eneste kilde som i klartekst belegger påstanden om at Romkonvensjonen skulle pålegge medlemsstatene å innrømme samlige utøvere som deltar på vernede fonogrammer nasjonal behandling – uavhengig av deres nasjonalitet.**

Påstanden belegges verken i konvensjonsteksten fra 1961, i WIPOs offisielle guide fra 1974, i WIPO/ILOs modellov fra 1981, i Stuevold Lassens NOU fra 1985 (som forberedte lovgivningen), i åndsverkloven, i åndsverklovforskriften, i de aktuelle odelstingsproposisjonene eller i de kongelige resolusjonene om gjennomføring – og er heller ikke belagt i juridisk teori.

Spørsmålet blir dermed ren fortolkningstematikk, og GRAMO strekker konvensjonens artikler 4 og 2 om nasjonal behandling urimelig langt, ved å fortolke virkningen av dem som grenseløst verdens-omspennende.

I *Ot. prp. nr. 36 (1988-1989)*, fortolker departementet Romkonvensjonen slik:

”Nasjonal behandling (artikkel 2) innebærer at f.eks. utøvende kunstnere fra konvensjonsland har krav på samme vern som landets egne utøvende kunstnere”. (s.7)

Tilsvarende formulering med avgrensning til *”rettighetshavere med tilknytning til andre konvensjonsland”* fremkommer av fotnote i høringsnotatet (s. 81). At også utøvere fra USA skulle ha krav på nasjonal behandling, synes ugrunnet.

Forskriftsbestemmelsen § 6-12 fanger imidlertid ikke opp denne avgrensningen, men det minnes fra NORAs side om at nabobestemmelsen § 6-9 presiserer at utvidelsen etter § 42 skal gjelde *”uten hensyn til den utøvende kunstners nasjonalitet for fremføring som.....Det samme gjelder når det er gjort lydopptak av fremføringen...”*. Formuleringen stammer fra den opprinnelige gjennomføringsbestemmelsen i form av *kgl.res. av 28 juli 1978*, og setter en standard for hvordan Kongen gjerne formulerer sine forskrifter hva gjelder å la virkningen bli world wide, uavhengig av nasjonalitet. Presiseringen vedrører vel å merke ikke noen av de tre tilknytningskriteriene, men kun hvem som innrømmes rettigheter.

Uten den siterte presiseringen i § 6-9, ville § 42s rekkevidde vært avgrenset til utøvere hjemmehørende i konvensjonsland. Formuleringen gir bestemmelsen en tilleggsvirkning ut over det som er normalsituasjonen; At det for konvensjoner og traktater er en selvfølge at rekkevidden for anvendelse av bestemmelsene avgrenses til verk/arbeider og rettighetshavere som har tilknytning til noen av medlemslandene. Unntak fra dette må presiseres, og § 6-9 representerer et slikt presist unntak.

Paragraf 6-12 inneholder ingen slik presisering, og at dette neppe er noen forglemmelse fra lovgivers side, belegges av følgende sitat, der NORA tillater seg å minne departementet på dets egne kommentarer fra forarbeidene til GRAMO-lovgivningen i *Ot. prp. nr. 36 (1988-1989)*, der det heter:

"I forskriftene om oppkreving og fordeling av vederlag vil det blant annet vurderes inntatt bestemmelser om at ...rettighetshavere fra land som ikke er tilsluttet Romakonvensjonen ikke skal ha krav på vederlag" (s. 22)

(vår understrekning)

Sitatet tyder ikke akkurat på at lovgiver anså Norge som forpliktet til å sikre vern for amerikanere, og en bestemmelse i samsvar med dette ble da også inntatt i GRAMO-forskriften av 22. des. 1989, der det i § 6 om utenlandske rettighetshavere kun omtales avregning til *"rettighetshavere fra andre land som er tilknyttet Romakonvensjonen"* – hva enten avregningen skjer ved utveksling eller ikke-utveksling mellom byråer, eller ved individuelle krav fra utøvere fra land uten GRAMO-byrå. Eventuell avregning til rettighetshavere fra land som ikke er tilsluttet konvensjonen, reguleres ikke som noe alternativ, og det taler sitt tydelige språk.

Forskriftsbestemmelsen er videreført uendret som § 3-7 i åndsverklovforskriften, og burde avklare all tvil. Men siden dette strider fundamentalt med GRAMOs praksis (og teori), er det kan hende likevel behov for ytterligere presisering for å legge saken død?

NORA ber departementet kommentere denne problematikken i proposisjonen.

Meget mulig er ikke selve lovendringen, men motiver og forskriftspresiseringer riktig arena for endelig avklaring av dette, men kommentarer i proppen vil i det minste bringe tematikken på bane.

Saken har også en kulturpolitisk side; I den grad NORA har rett i at Norge ikke er internasjonalt forpliktet til å innrømme amerikanere vederlagsrett, kan man spørre seg:

Er det kulturpolitisk sett ønskelig at Norge på frivillig basis begunstiger amerikanere med vederlagsrett, og slik sett utløser en énveis vederlagsstrøm over Atlanter'n uten å få noe i retur?

Det er i stor grad norske utøvere og produsenter som ved avkortede vederlag får regninga for dette.

Med beste hilsen
Produsentforeningen NORA

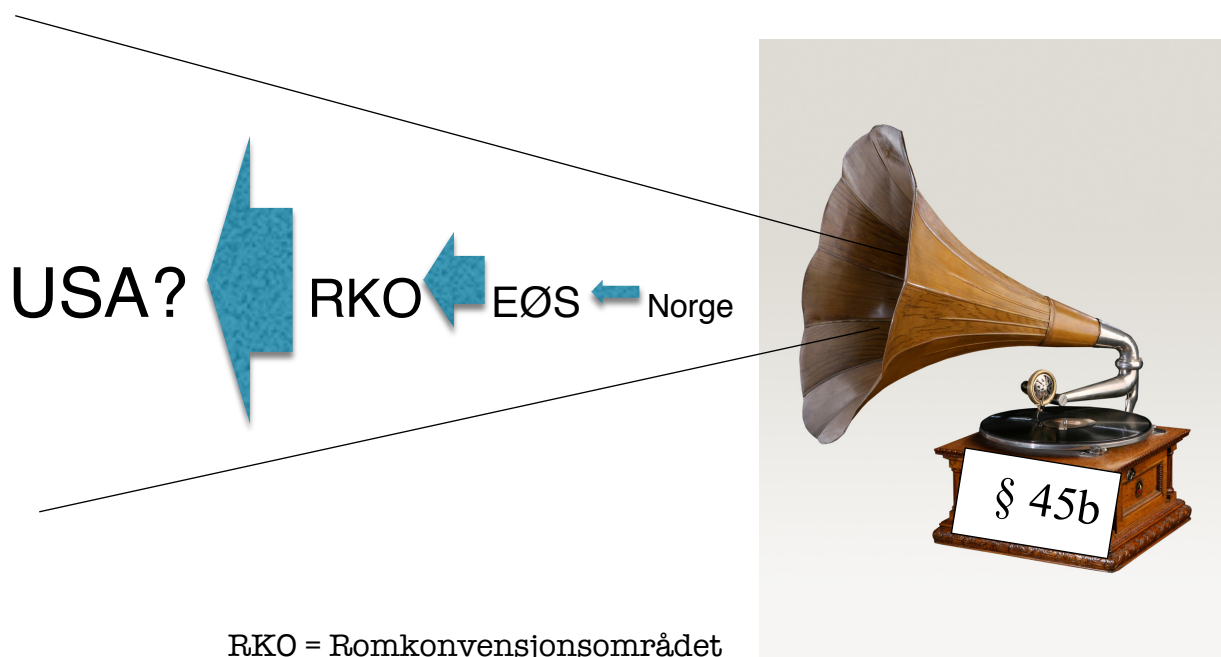
Sæmund Fiskvik (sign.)
Styreleder

Vedlegg:
Notat av 31.8.2016 – Sæmund Fiskvik; "GRAMO og amerikanerne"

*Kritisk blick på GRAMOs policy med alltid å avregne vederlag
til samtlige aktører, amerikanere inkludert,
på alle vernede fonogrammer*

GRAMO og amerikanerne

Vederlagsrettens rekkevidde etter § 45b (§ 6-3)



Innledende kommentar:

På tross av mange års aktivt virke og involvering ved oppbygging og drift av GRAMO, er det først via senere års engasjementer med opphavsrettsregler i ymse utviklingsland jeg er kommet på sporet av at GRAMO sannsynligvis helt fra starten av har praktisert enkelte verneregler galt. Det pekuniære resultatet av dette er ugrunnede avregninger til plateprodusenter (til dels også utøvere) hjemmehørende i USA og enkelte andre land – derfor tittelen "GRAMO og amerikanerne" på dette notatet.

Den eneste betydningsfulle teoretiske plattform for GRAMOs fordelingsreglement er tre advokatnotater fra henholdsvis 12. august, 17. november og 5. desember 2002 utarbeidet på oppdrag av GRAMO. Særlig det siste av disse blir kritisk gjennomgått, med påpekning av at GRAMO her ikke belegger flere av sine påstander. Det skal nevnes at det så langt ikke har vært mulig via GRAMO å oppdrive novembernotatet, slik at det tas forbehold om at noen av påstandene belegges via dette skriftet.

Siden notatet her forhåpentligvis vil bli lest av flere enn opphavsrettsjurister, dvs. av musikkfolk som kanskje ikke har all verdens interesse av å lese om internasjonale konvensjoner og forpliktelser, er skriftet redigert slik at det er mulig å hoppe rett fra s. 4 til analysen av GRAMO-lovgivningen i kapittel F.

Hva angår terminologi:

- "*Vederlagsrett*"; I notatet benyttes tidvis uttrykket vederlagsrett, selv om mer korrekt uttrykk etter lovendringen i 2005 vil være det noe tungvinte "krav på andel i vederlaget".
- "*Aktør*" benyttes som fellesbetegnelse på produsenter og utøvere på lydopptaket, både hva gjelder de som er rettighetshavere med krav på andel i vederlaget, og de som ikke er det.
- "*RK*" = Romkonvensjonen (...foretrekker gammel skrivemåte; ikke Romakonvensjonen).
- "*RKO*" = Romkonvensjonsområdet (samtlige tilsluttede stater).

GRAMO og amerikanerne

Vederlagsrettens rekkevidde etter § 45b

Innhold:

Del I.

- A. Utfordringen s.4
- B. GRAMOs avregningspolicy s.5
- C. To separate systemer for norsk verneregulering ved fonogramfremføring s.6

Del II.

- D. Forpliktelsene etter Romkonvensjonen s.8
 - D.1. Tilknytningskriteriene og nasjonal behandling
 - D.2. Innfortolket vederlagsrett med *free ride* for all verdens utøvere?
- E. Forpliktelsene etter EØS-avtalen s.11
 - E.1. Politisk bakgrunn
 - E.2. Diskrimineringsforbudet etter EØS-avtalens art. 4
 - E.3. "Utelukking" av amerikanske produsenter fra vederlagsretten?

Del III.

- F. Vederlagsrettens rekkevidde ved umiddelbar anvendelse etter § 58 s.13
- G. Vederlagsrettens rekkevidde ved anvendelse etter forskrift s.17
 - G.1. EØS: Forskriften § 6-1.
 - G.2. Romkonvensjonen: Forskriften § 6-12
 - G.3. GRAMO-forskriften § 3-7 bringer definitiv klarhet.
 - G.4. Historisk bakteppe – Dansk etteraping?
- H. Oppsummert om vederlagsrettens rekkevidde s.19
- I. GRAMO-adgang til selvbestaltet avregning – eller opprydding? s.20
 - H.1. Adgangen
 - H.2. Tilbakebetalingsrisiko
 - H.3. Opprydding
- J. Det upolitiske GRAMO s.21

Del I.

av notatet gir en situasjonsbeskrivelse av GRAMOs forvaltningspolitikk, og av de to systemene for regulering av vederlagsretten i Norge

A. Utfordringen

Første trinn i en oppryddingsprosess i GRAMO ble gjennomført mai 2016, da et større antall fiktive produsenter ble strøket som medlemmer. Fra NORA-hold lanseres nå neste trinn; Et enda større antall plateprodusenter (og utøvere) – i hovedsak fra USA – må strykes som vederlagsberettiget.

GRAMOs verneregler ble saumfart for snart 15 år siden i forbindelse med en tvist med Fond for utøvende Kunstnere. Samarbeidsutvalget mellom Fondet og GRAMO bila den gang tvisten med et vedtak som klargjorde at man aldri kan operere med såkalt "delvern". Dette står fast, og tema for dette notatet er derfor ikke GRAMOs oppkreving av vederlag, men hvordan midlene senere hen skal avregnes; Med andre ord hvilke aktører på fonogrammet som har krav på andel i vederlaget (har vederlagsrett).

For vernede fonogrammer er dette tilsynelatende en oversiktlig tretrinnsraket:

- ❖ Åndsverkloven § 45 introduserer vederlagsrett kun for norske utøvere og produsenter,
- ❖ Åndsverklovforskriften § 6-1 utvider denne retten til utøvere/produsenter fra EØS, og
- ❖ Forskriften § 6-12 utvider vederlagsretten ytterligere til produsenter og utøvere fra hele Romkonvensjonsområdet (RKO) – alt vel å merke avgrenset til vernede lydopptak.

Det vil her argumenteres for at norsk rett grovt sagt er å forstå nettopp slik, mens GRAMO praktiserer lovverket som om det var et fjerde trinn på raketten, ved å la vederlagsretten smitte over til utøvere/produsenter fra stater utenfor RKO – og støtter seg her på tre ekspertnotater. Det blir derfor nødvendig å foreta en bredere drøfting av hele problemkomplekset, og å utfordre GRAMO til å begrunne sin policy – eller å rydde opp.

Kritikken av GRAMOs "fjerde trinn" vedrører tre spørsmål uten innbyrdes sammenheng, og kan illustreres ved følgende scenarioer for fonogram som er sikret vern via de tre ulike tilknytningskriteriene:

Norsk band på
US-selskap

..her kommer § 45b til umiddelbar anvendelse etter § 58
- Har da US-produsenten direkte krav på andel i vederlaget?

Dansk band på
US-selskap

..her utvides bestemmelsen via EØS-utøveren etter forskriften § 6-1;
- Har da US-produsenten vederlagsrett?

US-band på
japansk
selskap

..her skjer utvidelsen via produsenten fra RKO etter forskriften § 6-12;
- Vil da vederlagsretten omfatte det amerikanske bandet?

GRAMO leser loven slik at det skal svares JA på alle tre spørsmål, og avregner til amerikanerne. Her vil argumenteres for at dette ikke er juridisk holdbart, og at korrekt forståelse av loven tilsier at

**aktører fra stater som ikke er tilsluttet Romakonvensjonen
aldri har krav på vederlag.**

GRAMO

B. GRAMOs avregningspolicy

GRAMO har nesten helt fra starten i 1990 hatt som etablert praksis alltid å avregne vederlag til plateprodusenten såfremt et lydopptak er vernet – nærmest som om vederlagsrett er noe som smitter over fra dem som kvalifiserer til alle andre aktører på en innspilling? Tilsvarende gjelder utøvere. Rutinen oppstod ved etteraping av dansk praksis (Gramex), samt en pragmatisk betraktning om at alle bør nyte godt av pengene, all den stund det er oppkrevd fullt vederlag for opptaket. Men under tvisten med FondFUK rundt år 2002 ble dette spisset med juridiske argumenter, ved at GRAMO bestilte tre juridiske utredninger av advokat Astri M. Lund. Den siste av disse ble levert 5. desember 2002, og avsluttet en (knusende) polemikk med professor Olav Torvund, som representerte Fond FUK. Selv om siktemålet med notatene var å tilbakevise Torvunds påstand om at *delvern* kunne gjøres gjeldende ved oppkrevingen (§45b første ledd) – hvilket til de grader ble oppnådd – ble også GRAMOs vederlagsutbetaling (jf. annet ledd) utredet som en underliggende problemstilling.

Selv om det kanskje ikke var tilsiktet, utgjør disse notatene nå det eneste teoretiske grunnlaget for GRAMOs avregningspolicy. Konklusjonene er nedfelt i GRAMOs fordelingsreglement kapittel 1, der det nå heter:

"Norske og utenlandske rettighetshavere skal behandles likt. Dette omfatter også utenlandske rettighetshavere uten selvstendig vern via konvensjonstilknytning, men som likevel avregnes fordi innspillinger de deltar på er vernet."

Det er denne bestemmelsen som her utfordres¹, og allerede i starten kommer regelen skjevt ut med formuleringen "rettighetshavere uten selvstendig vern" (?) Rettighetshavere som sådan nyter ikke "selvstendig vern" – det er det lydopptakene som gjør. Vernets gjenstand er verket/arbeidet (fonogrammet), og det er dette som eventuelt kvalifiserer til vern – ikke opphaverne, utøverne eller produsentene. Rettighetshavere innrømmes råderett eller eventuelt krav på vederlag, men er ikke dermed "vernet". Sammenblanding av rettigheter og vern skaper surr. Det fremgår ellers av sammenhengen at det som menes uttrykt med GRAMOs forkjært utformede bestemmelse er at:

"....Dette omfatter også utenlandske rettighetshavere som ikke kvalifiserer etter tilknytningskriteriene, men som allikevel avregnes, fordi innspillinger de deltar på er vernet".

GRAMOs fordelingsreglement sikrer på denne måten amerikanske produsenter og utøvere vederlagsrett i kjølvannet av de rettighetshaverne som vernet av fonogram baserer seg på. "Alle skal med", heter det seg gjerne i Norge, og GRAMO lever opp til dette ved en nesten grenseløs tøyning av vederlagsrettens rekkevidde.

Det kan reises tre kritiske spørsmål rundt dette;

1. Er Norge etter a): Romkonvensjonen og b): EØS-avtalen *forpliktet* til å sikre vederlagsrett også for aktører som *ikke kvalifiserer etter tilknytningskriteriene*? ...og dersom svaret er negativt;
2. Har Norge allikevel via lovgivningen (lov og forskrift) *frivillig valgt* å innrømme vederlagsrett til slike, dvs. til flere aktører enn det man internasjonalt sett er forpliktet til? ...og dersom også dette må besvares negativt;
3. Har GRAMO tross dette, og da kun basert på interne GRAMO-beslutninger, *adgang* til å avregne vederlag til disse aktørene, slik det gjøres idag?

¹ Undertegnede var i sin tid var med på å utforme dette regelverket, men har etter flere års internasjonalt engasjement med avklaring av vernespørsmål i andre land, kommet fram til at GRAMOs praksis her må være uholdbar.

C. To separate systemer for norsk verneregulering ved fonogramfremføring

Vern og vederlagsrett knyttet til offentlig fremføring av fonogrammer er i Norge gitt via § 45b i åndsverkloven, men reguleres etter to adskilte systemer; Romkonvensjonsmodellen og en slags Tvillingvernmodell, der vernet reguleres uavhengig av Romkonvensjonen.

System 1: Romkonvensjonsmodellen - Produsentbasert vern

- Produsent hjemmehørende innen Romkonvensjonsområdet (RKO) – hvori inkludert EØS

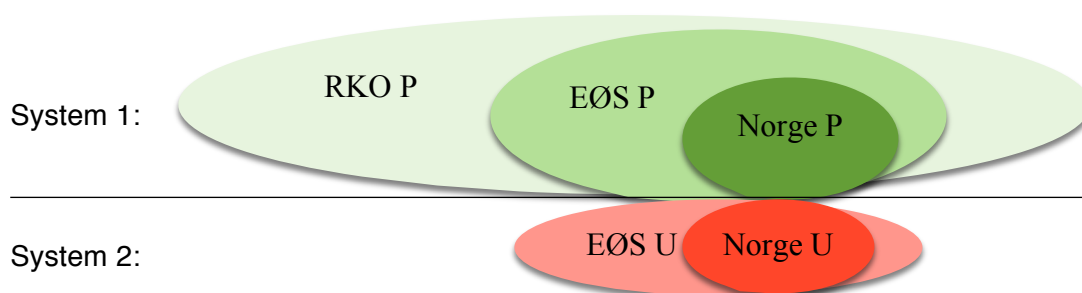
Vernet av fonogrammer i hht. Romkonvensjonen (RK) er alltid produsentbasert, og eneste norske tilknytningskriterium til konvensjonens artikkel 5 er produsentens hjemland. I samsvar med dette sikrer utvidelsen etter åndsverklovsforskriften § 6-12 vern for fonogrammer der produsenten har hjemstavn innen RKO. Utøvernes vederlagsposisjon etableres kun via produsenten.

Ved forbeholdet i h.h.t. konvensjonens artikkel 16, 1, (a), (iii) gjøres det klart at Norge ekskluderer fra vederlagsretten fonogram der produsenten ikke er borger av et annet konvensjonsland. Dette medfører at amerikanske produsenter ikke innrømmes vederlagsrett – ikke engang dersom deres innspillinger er foretatt i et konvensjonsland, og dermed tilfredsstiller et av RKs tilknytningskriterier, slik at opptakene ellers har krav på vern etter konvensjonen.

Fonogrammer med EØS-basert produsent vil kvalifisere for verneutvidelse etter forskriften § 6-1, men gitt at alle EØS-land er tilsluttet Romkonvensjonen, vil disse opptakene også omfattes av § 6-12. Verneutvidelse basert på produsentens nasjonalitet etter § 6-1 som et selvstendig kriterium for vederlagsrett vil dermed ikke omfatte noen opptak som ikke samtidig dekkes av Romkonvensjonen og § 6-12. Også for utøvernes vedkommende vil Romkonvensjonen omfatte en videre krets enn det EØS gjør, og regulering etter § 6-1 for produsentbasert vern blir dermed en rent teoretisk øvelse – i motsetning til situasjonen som oppstår ved utøverbasert vern (system 2).

Når Romkonvensjonen lar vernet – og dermed vederlagsretten for utøvere – avhenge av produsentens nasjonalitet, oppstår spørsmålet om hvilke utøvere dette omfatter? Bestemmer konvensjonen at retten til andel i vederlaget ved slike tilfeller innrømmes alle utøvere på lydopptaket, eller skal kun utøvere fra RKO tilgodeses? Spørsmålet drøftes under pkt. D.

De 5 forskjellige basisene for fremføringsvern av fonogrammer



System 1; RKO/EØS/Norge P: Vern basert på produsentens nasjonalitet

System 2: EØS/Norge U: Vern basert på utøveres nasjonalitet

System 2: Tvillingvernmodellen – I praksis utøverbasert vern

I motsetning til Romkonvensjonen sidestiller denne modellen utøvere og produsenter, slik det fremgår såvel av § 45b og tilknytningskriteriene i § 58 som av forskriften § 6-1. Ved tilfeller der produsenten via sin nasjonale tilknytning utløser vern, vil imidlertid Romkonvensjonsmodellen slå inn for rettighetsreguleringen. Den praktiske anvendelsen av system 2 blir derfor tilfeller der vederlagsretten ene og alene baserer seg på utøvernes nasjonale tilknytning.

a.) Norske utøvere. For fonogram der et norsk band er signert til amerikansk selskap, vil opptaket vernes direkte etter lovbestemmelsen i § 45b, basert på de norske utøverne. Verken forskriftsbestemmelser eller Romkonvensjon kommer da til anvendelse. Når vernet her ikke baserer seg på produsenten, men på utøverne, aktualiseres spørsmålet om ikke bare disse norske utøverne, men også USA-aktører (produsenten og eventuelle amerikanske utøvere) har krav på vederlag ved umiddelbar anvendelse av loven? Hvorvidt rekkevidden av § 45b etter § 58 avgrenses til fordel for norske utøvere og norske selskaper, drøftes i kap. F.

b.) EØS-utøvere. Også hva angår verneutvidelsen etter forskriftens § 6-1 er regelverket bygd opp med tvillingvern slik at produsenter og utøvere er likestilte. Hver av dem utløser vern etter sin EØS-tilknytning, og da uavhengig av hverandre. For fonogram der (enkelte) utøvere har hjemstavn innen EØS-området, mens produsenten verken hører hjemme i EØS eller i RKO, vil verneutvidelsen basere seg på EØS-utøverne alene, og helt uavhengig av Romkonvensjonens regler. Situasjonen vil være nesten identisk med ovenstående (pkt. a), bare med den forskjell at vernet baseres på utøvere med tilknytning til EØS i stedet for norske, og det må tilsvarende som under pkt. a) avklares om bestemmelsen i § 6-1 gir vederlagsretten rekkevidde utover kretsen av EØS utøvere/-selskaper (se kap. G).

c) RKO-utøvere? Ettersom Romkonvensjonens system er at utøveres vederlagsrett avhenger av produsenten, mens det motsatte ikke er tilfelle, gis lydopptak ikke vern dersom kun utøverne er hjemmehørende i et konvensjonsland og ikke produsenten. I slike tilfeller vil det derfor ikke etableres utøverbasert vern – da med mindre utøverne er EØS-borgere.

Som vist på plansjen, fins det dermed teoretisk sett fem scenarier for utløsning av vern, mens dette i det praktiske liv reduseres til to: Produsent fra RKO (herunder Norge) eller utøver fra EØS (herunder Norge). Ved drøftingen av verneregler må disse to systemene/modellene holdes adskilt fra hverandre, og avklares hver for seg – slik de nedenfor drøftes separat under kapitlene D og E.

GRAMO synes å være av en annen oppfatning? I GRAMOs notat fra desember 2002 påstås;

"... i Norge har man imidlertid valgt å følge Romakonvensjonens modell i alle tilfelle hvor det foreligger vederlagsrett".

Det er tvilsomt. Sitatet gir inntrykk av at vernereguleringen i Norge kun skjer etter ett system. Påstanden fremsettes ubegrunnet, og er neppe korrekt – faktisk også i følge GRAMO selv – idet GRAMO i samme notat for åvl. § 45bs vedkommende understreker at *"..løsningen ikke samsvarer med den som følger av Romakonvensjonen"*.

(desembernotatet)

Verneutvidelse etter forskriften § 6-12 følger naturligvis Romkonvensjonens modell/system, der vernet kun baseres på produsenten og ikke på utøveren. Åndsverklovsforskriften § 6-1 lever imidlertid sitt eget liv, og utvidelsen av vernet skjer der etter en annen modell – en modell som vektlegger utøvernes nasjonalitet. Tilsvarende er vederlagsretten i § 45b gitt likeverdig til utøvere og produsenter når vernet av lydopptak etter § 58 kan baseres på begge grupperinger.

Lovbestemmelsene følger derfor ikke "i alle tilfeller" Romkonvensjonens modell, og fremstillingen av GRAMO-vernet blir énsidig og haltende når de to systemene ikke drøftes hver for seg som to parallelle systemer.

Del II.

av notatet vil i kapitlene D og E drøfte Norges angivelige internasjonale forpliktelser til å sikre amerikanske utøvere og produsenter på vernede opptak vederlagsrett. Det kan virke som om GRAMO mener Norge har slike forpliktelser..

D. Forpliktelsene etter Romkonvensjonen

Astri Lund skriver innledningsvis i desembernotatet:

"Så vidt jeg har fått opplyst.....har det i Samarbeidsutvalget vært enighet om at når bruk av lydopptak medfører vederlagsrett etter åvl § 45b, skal samtlige utøvende kunstnere som medvirker på lydopptaket, samt tilvirkeren ha del i vederlaget, uten hensyn til de respektives nasjonalitet."

Konklusjonen var med andre ord gitt allerede via oppdraget. En skal heller ikke se bort fra at standpunktet skulle underbygge målsettingen med utredningen: Å argumentere for at hele det oppkrevde beløpet burde tilfalle GRAMO. For dersom det kunne godtgjøres at GRAMO var forpliktet til å utbetale til alle aktører, fulgte det jo at også hele det oppkrevde beløpet måtte tilfalle GRAMO. Dette er bakteppet som i 2002 gjorde det opportunt for GRAMO å hevde at alle aktører var berettiget til vederlag.

D.1. Tilknytningskriteriene og nasjonal behandling

Det har lenge vært opplest og vedtatt i GRAMO-kretser at Romkonvensjonen angivelig krever at samtlige utøvere gis vederlagsrett ved vernede opptak. Men spørsmålet er; Hvor er dette nedfelt? Hvordan belegges tesen? I notatene forsvarer GRAMO sin praksis med å avregne vederlag til utøvere fra alle stater ved å henvise til konvensjonens artikler "4.2" og 5 (*noen art. 4.2 fins ikke?*);

"At dette er løsningen fremgår av konvensjonens tilknytningskriterier".

(desembernotatet s. 5)

Det er korrekt at tilknytningskriteriene i artikkel 4 ikke introduserer noe nasjonalitetskriterium for utøverbeskyttelsen, men det følger ikke av dette at vederlagsretten utstrekker seg grenseløst. Tilknytningskriteriene i artikkel 4 forutsetter at "performers" skal ytes nasjonal behandling ved fremføring av opptak som er vernet etter artikkel 5. Artikkel 2 definerer denne nasjonale behandlingen, og vektlegger at den gis innenfor de garantier og begrensninger som følger av konvensjonen;

Art. 2.2. National treatment shall be subject to the protection specifically guaranteed, and the limitations specifically provided for, in this Convention"

Det er vanskelig å finne belegg for at konvensjonen "specifically" skulle garantere at utøvere som ikke er borger av en konvensjonstat, har krav på nasjonal behandling – da snarere tvert imot. I WIPOs offisielle guide til konvensjonen (Claude Masouyi, 1981) heter det om artikkel 2;

"2.2. Even if a Contracting State does not grant these minima to its own nationals, it must do so to nationals of other Contracting States" ²

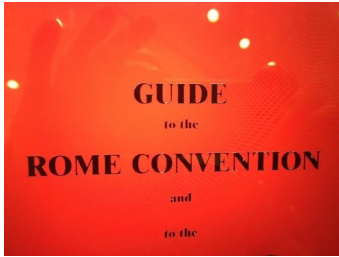
"2.6. In other words, Convention nationals can count on the minimum of protection in all Contracting States"

Tilsvarende heter det i artikkel 4 om tilknytningskriteriet for utøverne;

"4.6. As a result, the beneficiaries of the Convention have the right to claim, in contracting states other than that in which they satisfy their respective points of attachments, the minimum protection accorded to the Convention..." (understrekninger v/ sf)

² Lewinski oppfatter for øvrig denne forpliktelsen snevrere (Silke von Lewinski, International Copyright Law and Policy § 6.27, at 201 and 201 n. 70 (2008)).

Ikke et eneste gang foreskriver guiden at vederlagsretten skulle omfatte utøvere world wide – uavhengig av nasjonalitet, men avgrenser konsekvent rettighetene til fordel for "nationals" fra RKO,



der kun disse kvalifiserer som "*beneficiaries of the Convention*". De to første sitatene ovenfor er riktig nok knyttet til enerettsbestemmelser³, men dersom ikke samme avgrensning skulle gjelde for artikkel 12, ville dette vært tydelig understreket i guiden, og kommentaren til artikkel 12 introduserer ingen rettigheter for utøvere utenfra RKO.

Tilsvarende gjelder for WIPO/ILO/UNESCOs felles modellov fra 1974, der det verken i teksten eller i kommentaren drøftes at rekkevidden for utøverbeskyttelsen skulle være verdensomfattende.

Heller ikke Danmarks førende opphavsrettsekspert, Willi Weincke, som stod midt oppe i tilblivelsen av Romkonvensjonen, nevner i sin klassiske bok "Ophavsret" (1976) noe om at konvensjonens art. 12 skal gjelde til fordel for samtlige utøvere på vernede opptak. Det samme gjelder for Robert Brauneis omfattende drøfting av systemet med nasjonal behandling; "*National Treatment in Copyright and Related Rights: How Much Work Does it Do?*" (The George Washington University Law School, 2013). I hans artikkel forekommer ingen påstand om at retten til nasjonal behandling etter RK skulle omfatte utøvere utenfra RKO.

Amerikanere musikere er seg dette bevisst. På den amerikanske nettsiden tunecore.com skriver George Howard (noe upresist) følgende om hvorfor US-utøvere erfarer at de ikke kvalifiserer til vederlag via Romkonvensjonen:

"Only performers who are permanent residents of one of these countries (or if the musical recording was made in one of the countries who signed the Rome Convention) are eligible to receive these royalties."

Over til norske kilder:

Professor Birger Stuevold Lassen fortolker, i utredningen som forberedte innføringen av vederlagsretten, konvensjonsbestemmelsene helt i samsvar med guiden. Om Romkonvensjonens artikkel 12 skriver han:

"...Også her har borgere av konvensjonsstatene krav på vern på line med borgerne av det land der beskyttelsen kreves". NOU 1985: 30 s.18

I GRAMO/Astri Lunds notater anføres det tilsvarende:

"Nasjonal behandling innebærer at vi i Norge skal gi kunstnere som er hjemmehørende i andre konvensjonsland lik behandling med den vi gir egne utøvende kunstnere". desembernotatet s.7

"Romkonvensjonen forplikter landene som er tilsluttet konvensjonen, til å gi rettigheter til utøvende kunstnere, fonogramprodusenter og kringkastingsforetak med nærmere angitt tilknytning til annen medlemsstat". augustnotatet s.3

I proposisjonen som forberedte norsk tiltredelse til RK, *St.prp. 141, 1976-77*, drøftes ikke problemstillingen eksplisitt, men det anføres generelt at det er kunstnere med tilknytning til en konvensjonsstat som skal ha krav på nasjonal behandling (s. 2).

Tilsvarende formulering fremkommer i departementets ferske *høringsnotat til ny åndsverklov*;

"Nasjonal behandling (... jf. Romakonvensjons artikkel 2) innebærer at rettighetshavere med tilknytning til andre konvensjonsland, har krav på samme vern som..." osv. s. 81

³ Romkonvensjonen sikrer strengt tatt ikke eneretter for utøvere, men kun legale posisjoner – dette til forskjell fra WPPT.

Kulturdepartementet syn var like tydelig i proppen som forberedte GRAMO-lovgivningen, Ot. prp. nr. 36 (1988-1989), der det heter:

"Nasjonal behandling (artikkel 2) innebærer at f.eks. utøvende kunstnere fra konvensjonsland har krav på samme vern som landets egne utøvende kunstnere". (s. 7)

"I forskriftene om oppkreving og fordeling av vederlag vil det blant annet vurderes inntatt bestemmelser om at ...rettighetshavere fra land som ikke er tilsluttet Romkonvensjonen ikke skal ha krav på vederlag" (s. 22)

(alle understrekninger v/ sf)

Sitatet tyder ikke akkurat på at lovgiver anså Norge som forpliktet til å sikre vern for amerikanere,

Det har i det hele tatt under utarbeiding av dette notatet ikke vært mulig å finne en eneste rettskilde som støtter tesen om at Romkonvensjonen skulle pålegge medlemsstatene å innrømme samtlige utøvere som deltar på vernede fonogrammer nasjonal behandling.

Påstanden fremkommer verken i konvensjonsteksten, i den offisielle guiden, i modelloven, i Stuevold Lassens NOU, i åndsverkloven, i åndsverklovforskriften, i de aktuelle ot.proposisjonene eller i de kongelige resolusjonene om gjennomføring – og er heller ikke belagt i juridisk teori, innbefattet de tre GRAMO-notatene ⁴. Spørsmålet blir dermed ren fortolkningstematikk.

D.2. Innfortolket vederlagsrett med *free ride* for all verdens utøvere?

Særlig i augustnotatet, men også i Ad. 1) i desembernotatet sier GRAMO/Astri Lund seg enig i at utlendingers rettigheter og krav på nasjonal behandling avgrenses til utøvere "hjemmehørende i andre konvensjonsland". Men underveis i desembernotatet forlates dette standpunktet. Ettersom hele systemet med internasjonale konvensjoner og traktater er bygget opp rundt tilsvarende avgrensninger ⁵, må det da fra GRAMOs side godtgjøres at det for Romkonvensjonens vedkommende skulle gjelde et unntak fra dette. Det representerer uansett en ren fortolkning når GRAMO, på tross av alle anførsleene ovenfor, konkluderer slik:

"Som følge av denne regelen om nasjonal behandling skal enhver utøvende kunstner som medvirker på et lydopptak gjort av en tilvirker som er hjemmehørende i et Romkonvensjonsland ha andel i vederlaget for offentlig fremføring etter 45b,...".

desembernotatet s.8

Hva gjelder rekkevidden av retten, er dermed GRAMOs oppfatninger i del Ad.1) og del Ad.3) av desembernotatet ikke sammenfallende. GRAMOs standpunkt baserer seg ene og alene på en fortolkning av plikten til å gi nasjonal behandling. **Det blir anstrengt å strekke artikkel 4 i konvensjonen så langt som å ta den til inntekt for at samtlige utøvende kunstnere i hele verden, inkludert USA-musikere, skal ytes nasjonal behandling dersom de medvirker på vernede lydopptak – slik at virkningen av artikkelen blir grenseløst verdensomspennende.**

I desembernotatet fastholdes det imidlertid (under del Ad.3): *"Når det først gjelder vederlagsrett, skal samtlige utøvende kunstnere som medvirker på lydopptaket, ha krav på andel i vederlaget, uten hensyn til deres nasjonalitet"*. I lys av dette foretas det en utvidende tolkning av åvl. § 45b dithen at "samtlige" utøvende kunstnere hvis fremføring gjengis, angivelig har krav på vederlag.

⁴ Det er ovenfor tatt forbehold for hva som måtte belegges i GRAMOs utilgjengelige novembernotat fra 2002

⁵ Tilsvarende avgrensning finner man f.eks. i WPPT artikkel 3;

"(1) Contracting Parties shall accord the protection provided under this Treaty to the performers and producers of phonograms who are nationals of other Contracting Parties."

Og i WIPOs guide til WPPT-traktaten heter det om Romkonvensjonen: *"Article 4 provides for the same kind of national treatment as that prescribed by Article 3.1 of the TRIPS Agreement in respect of "related" (neighbouring) rights; that is, national treatment only extends to the rights granted under the Treaty.National treatment shall be subject to the protection specifically guaranteed, and the limitations specifically provided for, in this Convention."*

Dette begrunnes slik: *"Denne løsningen er den som er valgt i Romakonvensjonen, og den er så langt våre forpliktelser etter Romakonvensjonen rekker obligatorisk".*

Vedkommende obligatoriske forpliktelse er i så fall godt tilslørt. Når verken konvensjonsteksten eller guiden så mye som antyder en standardløsning med vederlagsrett til samtlige utøvere, må forpliktelsen eventuelt belegges via mer apokryfe kilder? Desembernotatet fastslår uten kildeangivelse; *"Denne løsningen valgte man helt bevisst ved utformingen av Romakonvensjonen"*. Problemet er at valget ikke var mer bevisst enn at vedkommende løsning aldri ble satt på trykk. Hvorfor? Konvensjonen har detaljregler om all verdens snurrepiperier, men et slikt hovedspørsmål overlates altså til leserens frie fortolkning, til tross for at det er "bevisst" avklart?

Og når regimet med forpliktelser ikke var strengere enn at Norges gamle fondsløsning med kollektivt vederlag til plateprodusentene, både av departementet og av flertallet i konvensjonens "Intergovernmental Committee", ble fortolket som innfriende for forpliktelsene etter artikkel 12, er det ubegripelig at en GRAMO-avregning som utelukker amerikanske utøvere på vernede opptak, skulle være konvensjonsstridig?

Med mindre GRAMOs påstander kan belegges bedre, fastholdes det at amerikanske utøvere ikke fanges opp av konvensjonens tilknytningskriterier, og at Norge ikke er forpliktet til å innrømme utøvere utenfra RKO nasjonal behandling og krav på andel i vederlaget for vernede opptak.

Tilbake til spørsmål 1.a vedrørende fremføring av fonogrammer vernet etter tilvirkers nasjonalitet: **JO, Norge vil etter Romkonvensjonen være internasjonalt forpliktet til å sikre utøvere nasjonal behandling og andel i vederlaget, selv om vernet ikke baseres på disse – men dette omfatter kun utøvere hjemmehørende i konvensjonsland. For utøvere utenfra RKO blir svaret NEI.**

E. Forpliktelsene etter EØS-avtalen

E.1. Politisk bakgrunn

EF/EU-domstolens avgjørelse fra 1993 i Phil Collins-saken baserer seg på Romatraktaten (ikke Romkonvensjonen). Denne etablerer forbud innen EU mot diskriminering basert på nasjonalitet, og dette kravet om likebehandling ble av domstolen ansett å måtte omfatte også opphavsretten og de nærstående rettigheter. I innstillingen vedrørende vernetidsutvidelsen, O.nr. 71 (1994-95), understrekes det i samsvar med dette at alle EU/EØS-borgere, dersom norsk lovgivning gir visse rettigheter til norske borgere, kan påberope seg samme rettigheter – f.eks. hva gjelder vederlagsrett for fremføring av lydopptak i Norge. Det står naturlig nok fint lite om at amerikanere skulle kunne påberope seg det samme.

Domspremissene er senere innbakt i lovgivningen i hele EØS-området, slik at dommen ikke lenger har noen selvstendig kraft utover det å være en interessant rettskilde. Den etablerer derfor ikke noen verneutvidelse utover det som idag fremkommer av forskriftens § 6-1, (...og for Phil Collins & co forsvinner kanskje effekten i takt med Brexit?).



*EØS-Justice for ALL of Metallica – or just for Lars Ullrich (DK)?
Recordingen har amerikansk produsent og musikere, pluss én danske – alle får fullt GRAMO-vederlag*

E.2. Forpliktelsene etter EØS-avtalens art. 4

EØS-avtalen forplikter Norge til å innføre bestemmelser som sikrer overholdelse av artikkel 4: *"Enhver forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet skal være forbudt innenfor denne avtales virkeområde, med forbehold for de særbestemmelser den selv gir."* Å fortolke artikkelen slik at forbudet omfatter forskjellsbehandling av alle plateprodusenter, uten hensyn til deres nasjonalitet, innebærer å gå utenfor avtalens virkeområde. Det samsvarer ikke med det politiske motivet bak direktivet, og det rimer ikke særlig godt at Norge, ved tilpasning til en avtale som har til hensikt å motvirke diskriminering av EØS-borgere, skulle ende opp med en utvidelse som sikrer amerikanske plateprodusenter vederlagsrett i kjølvannet av EØS-borgerne? Ved antitetisk lesning av bestemmelsen, følger det at forbudet ikke skal omfatte aktører utenfra EØS.

For en US-recording med i hovedsak amerikanske musikere, men der det deltar enkelte EØS-utøvere, blir konsekvensen at opptaket vernes etter § 6-1. GRAMO oppkrever normalt vederlag, mens plikten til å innrømme vederlagsrett kun omfatter vedkommende EØS-utøvere.

E.3. "Utelukking" av amerikanske produsenter fra vederlagsretten?

GRAMOs desembernotat drøfter hvem som har krav på andel i vederlaget ved situasjoner der opptak har rent utøverbasert vern, (fordi produsenten har hjemstavn utenfor RKO), og synes langt på vei å være enig i at slike situasjoner er spesielle. Det presiseres i desembernotatet at:

"Det er således bare når vederlag er innkrevd utelukkende på grunnlag av utøvende kunstners tilknytning til Norge eller et EØS-land, at man – uten å overtre Norges internasjonale forpliktelser – kan utelukke tilvirkeren som her ikke er hjemmehørende i et Romkonvensjonsland (herunder EØS-land) fra andel i vederlaget".

Nettopp. Hva gjelder utøverbasert vern blir GRAMOs hovedpåstand her nyansert. Også GRAMO er enig i EØS-avtalen ikke *forplikter* Norge til å sikre vederlagsrett for aktører som vernet av opptaket ikke baserer seg på, slik at utelukking av produsenten kan skje *"uten å overtre Norges internasjonale forpliktelser"*. Og når utredningen er så tydelig på at man ved slike tilfeller med utøverbasert vern kan utelukke tilvirkeren fra andel av vederlaget, må man tilsvarende for utøvernes vedkommende kunne utelukke dem som vederlaget ikke er oppkrevd på grunnlag av; dvs. alle som ikke måtte være EØS-borgere. Norges forpliktelser etter EUs opphavsrettsdirektiv endrer ikke på dette bildet.

Slik utelukking av utøvere må kunne finne sted til og med om GRAMO skulle ha rett i sin påstand om at samtlige utøvere skal ha vederlagsrett for opptak vernet etter RK, ettersom man her ligger utenfor Romkonvensjonens regulering.

....GRAMOs fordelingsreglement og praksis er imidlertid tydelig på det motsatte, slik at liv og lære her ikke matcher.

Svar på spørsmål 1.b under pkt. B blir da;

Norge er verken via EØS-avtalen eller opphavsrettsdirektivet forpliktet til å sikre vederlagsrett for aktører som ikke kvalifiserer etter tilknytningskriteriene – og produsenter og utøvere utenfra EØS kan derfor utelukkes fra andel i vederlaget, uten at Norge derved overtrer sine forpliktelser etter EØS-avtalen.



Ghost; Vederlagsrett for (anonyme) svenske EØS-borgere, ..men hvilken rett skal det amerikanske utgivelseskapet og gjesteartist Dave Grohl ha?

Spørsmålet i Del III. blir så om "utelukking" av disse aktørene kan skje også uten å overtre gjeldende norsk lov?

Del III.

av notatet vil i kapitlene F, G og H drøfte om Norge har benyttet sin selvfølgeligelige rett til å strekke vederlagsretten lenger enn det våre internasjonale forpliktelser tilsier.

Det kan virke som om GRAMO mener at dette er gjort.

F. Vederlagsrettens rekkevidde ved umiddelbar anvendelse etter § 58

På spørsmålet: *"Hvis det foreligger vederlagsrett etter § 45b, hvem har da krav på andel i vederlaget?"*, er desembernotatets generelle svar at vederlagsretten da skal tilfalle *"alle medvirkende utøvende kunstnere samt tilvirkeren"*. Lovfortolkningen settes på spissen ved lydopptak med norsk band på amerikansk selskap, f.eks. *a-ha* utgitt på Warner US. Her slår ingen av forskriftsbestemmelsene inn, og GRAMOs pågående avregning til USA-selskapet må eventuelt hjemles direkte etter lovbestemmelsen. Bærer det?

Som svar på spørsmål 2 under punkt B – om Norge via lovgivningen har valgt å innrømme vederlagsrett til flere aktører enn det man etter konvensjon og EU-direktiv er forpliktet til – kunne GRAMO anføre at selve lovteksten i § 45b tilsier dette. Når loven bestemmer at *"...så vel tilvirkeren av opptaket som de utøvende kunstnere.... har krav på vederlag"*, kunne dette tolkes som at Norge her innrømmer vederlagsrett til enhver produsent og til samtlige utøvere som deltar på opptak beskyttet etter § 58 første ledd.



Vederlagsrett for Warner US i kjølvannet av a-ha?

Norge hadde ved etablering av vederlagsretten i 1989 ikke plikt etter RK til å opprettholde nasjonalitetskriteriet som selvstendig kriterium for utøvere. Fra utøverhold var det en viss skepsis mot lovendringen, der enkelte mente at Fond FUK ville svekkes, og at utøverne kunne komme dårlig ut. Lovgiver ønsket naturlig nok å likestille norske utøvere og tilvirkere, og det var derfor politisk uaktuelt ikke å innrømme utøvergrupperingen rettigheter parallelt med produsentene. Det er dette som kommer til uttrykk ved utformingen av §§ 45b og 58, der det generelt sett innrømmes vederlagsrett til begge grupperinger, men ikke nødvendigvis til samtlige enkeltmusikere og til enhver produsent for ethvert lydopptak – i og med at dette ville inkludere en rekke utlendinger.

Rettigheter til utlendinger ved umiddelbar anvendelse etter lovens 5. kapittel er en sjeldenhet. Det følger av § 58 at rettighetene i kapitlet tilknyttes arbeider av norske statsborgere (og bosatte) eller norske selskaper ⁶ – bestemmelsens første ledd er kort og godt et nasjonalitetskriterium. Alle opptak med slik tilknytning til Norge reguleres etter loven, mens opptak av/med utlendinger eventuelt sikres lovens anvendelse via forskriftsregulering.

⁶ De få unntakene fra dette er klart definert i annet ledd, slik som for eksemplarfremstillingsretten etter § 45, som etter § 58 er umiddelbart anvendelig på ethvert lydopptak worldwide.

Ved innføringen av lovbestemmelsen i 1989 vurderte man aldri at utformingen av § 45b kunne medføre en vri, der utlendinger i kjølvannet av norske rettighetshavere skulle kunne påberope seg vederlagsrett direkte etter loven (....selv om britiske Dire Straits hadde advart mot *"Money for nothing"* allerede 4 år tidligere). Spørsmålet drøftes ikke i Birger Stuevold Lassen's grundige utredning om saken (NOU 1985: 30)⁷, og verken fra IFPI eller annet hold ble det den gang lagt til grunn at utlendinger kunne gis vederlagsrett ved lovens umiddelbare anvendelse. Slik anvendelse var forutsett forbeholdt norske rettighetshavere.

Spørsmålet er generelt belyst i juridisk teori.

Gramos notat av 12. august 2002 refererer på side 7 en uttalelse av Birger Stuevold Lassen hentet fra Instituttets *Stensilserie nr. 149 publisert 1995*, der Lassen på s.9, hva gjelder det umiddelbare anvendelsesområdet for § 45b, holder utlendinger utenfor vederlagsretten rekkevidde:

"Utøvernes og tilvirkernes vederlagsrett etter § 45b tilkommer norske statsborgere og bosatte i riket, og – for tilvirkernes vedkommende – selskap som har norsk styre og sete her i riket."

Astri Lund og GRAMO sier seg i notatet fra august 2002 (s.3) enig i dette, ved å avgrense rekkevidden til utøvere og tilvirkere med norsk tilknytning:

"Etter sin ordlyd innebærer § 58 at utøvende kunstnere og tilvirkere med slik tilknytning til Norge som der angitt, har rett til å påberope kapittel 5-rettigheter som tilkommer hhv. utøvende kunstnere og tilvirkere",

(Det er uklart om uttrykket "Etter sin ordlyd" uttrykker et forbehold?)

Lund referer også Karnovs kommentar, som i samsvar med Lassen forklarer at retten tilkommer norsk statsborger, person bosatt i riket og norske selskaper.

Til sist skal nevnes at Ot.prp. nr. 54 (1994-95) s. 23 kommenterer de nærstående rettighetene slik;

"...Rett til vederlag etter § 45b vil etter loven gjelde(r) dersom utøveren er norsk eller produsenten er norsk".

Disse rettskildene er avklarende på to måter: De viser for det første en samstemmighet om at umiddelbar anvendelse av lovbestemmelsen i § 45b kun omfatter norske rettighetshavere. For det andre viser sitatene instruktivt at man ikke kan operere med et formalistisk skille mellom tilknytningskriteriene i § 58 og rettighetsporteføljen i 5. kapittel. Ut i fra de siterte kommentarene er det tydelig at man forutsetter konsistens mellom bestemmelsene, og dermed **anvender tilknytningskriteriene i § 58 til å avgjøre ikke bare hvilke arbeider (opptak) som skal omfattes av lovbestemmelsen, men også hvem som ut ifra dette har rettigheter.**

Astri Lund aksentuerer dette når det i augustnotatet s. 3 presiseres:

"Det åvl. 58 fastsetter er hvem som kan påberope bestemmelsene i åvl. kapittel 5." ⁸

Rettighetene reserveres i samsvar med dette for den kretsen som angis i tilknytningskriteriene, slik at de materielle bestemmelsene ved umiddelbar anvendelse kun begunstiger norske rettighetshavere. Dermed oppstår det sammenfall mellom kretsen som utløser vern for opptaket, og kretsen av aktører som har krav på andel i vederlaget. Eventuelle unntak fra dette måtte være presisert.⁹

⁷ Undertegnede satt i referansegruppen som bistod Stuevold Lassen ved utarbeidingen av NOUen.

⁸ I sitt desembernotat (2002) nyanserer GRAMO dette standpunktet og hevder om kapittel 8 at det "... er arbeidets tilknytning til fremmed stat som er av interesse i denne sammenheng"

⁹ Romkonvensjonens regel med at kretsen av de vederlagsberettigede normalt også omfatter utøvere (fra RKO), selv om det her kun er tilvirkeren som utløser vernet, representerer et slikt unntak. (Jf. System 1 i kapittel C)

Utlendinger som deltar som produsent eller utøver på opptak som basert på norsk medvirkning er vernet ved direkte anvendelse av loven, kan dermed ikke påberope seg vederlagsrett etter § 58, og må eventuelt kvalifisere til dette via en av forskriftsbestemmelsene.¹⁰

GRAMO/Astri Lund bekrefter dette i augustnotatet, der det om den nye gjennomføringsforskriften for RK av 22. desember 1989 heter: *"Denne forskriften gjaldt for utøvende kunstnere som ikke hadde norsk nasjonalitet eller bosted, som etter § 58 er det eneste relevante for vederlagsrettens del"*. GRAMO synes imidlertid senere hen å fravike dette utgangspunktet når det i desembernotatet hevdes at hvilke som helst utlendinger som deler seng (opptak) med norske statsborgere og selskaper skal tilgodeses med vederlagsrett direkte etter bestemmelsen i § 45b. Dette synet samsvarer ikke med intensjonene bak innføring av vederlagsretten i 1989, det strider mot juridisk teori (inkludert GRAMOs egne oppfatninger i augustnotatet), og mot systemet med at utlendingers rettigheter systematisk skal reguleres via forskriftsbestemmelsene.

Synet samsvarer imidlertid perfekt med GRAMOs fordelingsreglement og avregningspraksis.

Forvaltningspraksisen der i gården har lenge vært slik at GRAMO ved umiddelbar anvendelse av § 45b (såfremt noen av utøverne på et lydopptak er norsk) sikrer amerikanske produsenter samt tilvirkere fra andre stater utenfor RKO krav på andel i vederlaget, og det til tross for at Norge ved tilslutningen til Romkonvensjonen reservert seg, og erklærte at man ikke ville gi vedkommende tilvirkere vederlagsrett.¹¹

Forskriftsbestemmelsen § 6-12 holder i samsvar med dette amerikanske produsenter konsekvent utenfor vederlagsrettens rekkevidde, mens GRAMO hevder at selve lovbestemmelsen holder dem innenfor, og ved dette standpunktet sørger for å perforere den norske reservasjonen. **Og mens det normalt sett er slik at forskriften utvider kretsen av vederlagsberettigede, lar GRAMO her lovbestemmelsen favne videre enn det forskriftsbestemmelsen gjør. Det kan ikke bære.**



Konsekvensen av dette blir uryddig; US plateselskap kan skaffe seg vern og vederlagsrett og derved "free lunch" simpelt hen ved å hyre inn en nordmann (eller EØS-borger) som spiller skjeer på en ellers helamerikansk recording. Produsenter og utøvere fra USA får dermed vederlagsrett og *Money for Nothing* uten at USA har sluttet seg til RK; dvs. uten at USA gir noe igjen til nordmenn og andre europeere.

Videre må rekkevidden av § 45b fortolkes i samsvar med øvrige bestemmelser i femte kapittel; Paragraf 45b er etter dagens lovgivning et unntak fra hovedbestemmelsene i §§ 42 og 45. Kretsen som via disse innrømmes enerett til å gjøre opptak tilgjengelig for allmennheten, er uten tvil kun norske utøvere/produsenter.¹² Når det via § 45b gjøres unntak fra denne eneretten for offentlig fremføring av de samme opptakene, må – for korrelasjonens skyld – kretsen som omfattes av unntaksbestemmelsen være den samme som for hovedbestemmelsene.

¹⁰ For eksempel vil for et opptak med norsk produsent og svenske musikere så vel § 58 som §§ 6-1 og 6-12 slå inn.

¹¹ Jfr. forbeholdet via art. 16, 1, (a), (iii) om begrenset anvendelse av konvensjonens artikkel 12.

¹² Tilsvarende rettigheter for utlendinger oppstår kun ved utvidelsene via forskriften.

Dersom kretsen som omfattes av unntaksbestemmelsen skulle være videre enn den opprinnelige kretsen, oppstår ytterligere inkonsistens knyttet til streamingrettighetene, idet disse i sin tur er definert som et unntak fra § 45b. Og ved streaming er kretsen som gis rettigheter direkte via lovbestemmelsene utvilsomt avgrenset til norske aktører.¹³

De tre bestemmelsene §§ 42, 45 og 45b er nært sammenknyttet (hvilket de ikke var 1989-2005 den gang § 45b var en selvstendig vederlagsrett og GRAMOs tre notater ble forfattet), og må i dag fortolkes etter samme prinsipper.

Av dette følger at USA-selskapet i det innledende eksemplet ikke er gitt vederlagsrett, og at GRAMOs avregning til amerikanerne savner dekning i norsk lov. Tilsvarende vil gjelde ved omvendt tilfelle der det er norsk produsent og (enkelte) utøvere fra USA.

Videre forutsetter lovteksten at utøvere som har samvirket under opptaket må *gjøre vederlagskravet gjeldende i fellesskap*. Dette kan umulig forstås slik at utøvere med vederlagsrett må fremme krav sammen med utøvere som ikke måtte ha det? Det skal her nevnes at GRAMOs praksis er slik at utøvere svært sjelden gjør vederlagskrav gjeldende i det hele tatt, og da slett ikke i fellesskap. Det holder lenge med å registrere opptakene i databasen og seg selv som rettighetshaver. Lovteksten og den praktiske forvaltningen er her ikke helt synkronisert.

Både for bestemmelsen om at såvel tilvirker som utøver har krav på vederlag, og for bestemmelsen om fremming av vederlagskrav i fellesskap, må det kunne legges til grunn at dette kun omfatter dem som etter § 58 har vederlagsrett. Denne retten er separat for de to grupperingene, og ikke som ved fellesverk, der opphaverne erverver retten i fellesskap. Det er derfor ikke slik at alle rettighetshavere på et opptak uløselig er lenket sammen og deler på vederlagsretten. Dette er grunnen til at lovgiver har funnet det nødvendig å presisere vederlagsplikten for brukerne slik at disse skal slippe å forholde seg til mer enn én part, ved å betale samlet vederlag til et godkjent forvaltningsbyrå (den norske varianten av 'a single equitable remuneration').

- - - - -

Loven avklarer presist hvilke opptak som nyter vern, og JA; det hadde vært en fordel om det like presist var avklart hvilke aktører vederlagsretten etter § 45b annet ledd skal omfatte.

Noen plikt til å avregne amerikanere har Norge ikke, men som en slags subsidiær anførsel: Dersom det likevel skulle oppstå en fastlåst tvist om hvorvidt Norge via lovgivningen sikrer dette, må lovgiver skjære igjennom. I så fall blir saken fort mer politisk enn juridisk, og noen må foreta en vurdering av følgende dilemma:

**Er det kulturpolitisk sett rimelig og ønskelig
at Norge på frivillig basis begunstiger amerikanere med vederlagsrett,
og slik sett utløser en énveis vederlagsstrøm over Atlanter'n
... uten å få noe i retur?**

¹³ Tilvirkernes streamingrett (§ 45) er utvidet via forskriften § 6-1 (men kun til å omfatte produsenter fra EØS), og sikrer dermed ikke US-produsenter enerett ved streaming i Norge – mens utøvernes streamingrett (§ 42) via forskriften § 6-9 utvides uten hensyn til kunstners nasjonalitet så godt som world wide (for opptak fra RKO + WTO-området), dvs. inkludert utøvere fra USA. En slik ubalanse mellom tilvirker og utøver er neppe tilsiktet.

G. Vederlagsrettens rekkevidde ved anvendelse etter forskrift

Til sist i gjennomgangen må det avklares hvorvidt Norge via forskriften rent faktisk har utvidet virkeområdet for § 45b lenger enn det vi internasjonalt sett er forpliktet til.

G.1. EØS: Forskriften § 6-1.

Hva gjelder utvidelsen via § 6-1, er forskriften klar og lyder innledningsvis:

"§ 6-1 Bestemmelsene i åndsverkloven skal, i samme utstrekning som de gjelder for norske statsborgere og selskaper med tilknytning til Norge, gjelde tilsvarende for verk og for arbeider omhandlet i lovens femte kapittel av a) en person"

Vesentlig her er innskuddet "i samme utstrekning som de (bestemmelsene) gjelder for norske statsborgere og selskaper med tilknytning til Norge". Den sentrale bestemmelsen i § 45b som gjelder for norske statsborgere og selskaper, er nettopp vederlagsretten. Det er dermed ikke minst denne som skal "gjelde tilsvarende" ved EØS-innspillinger.

Når firskriften sier at § 45b skal gjelde tilsvarende for arbeider (lydopptak) med borgere eller tilvirkere fra EØS, innebærer det at situasjonen blir helt lik scenarioet ved umiddelbar anvendelse av loven via § 58 – bare med den forskjell at ordet "norske" erstattes med uttrykk som fanger opp tilhørighet til EØS. I *Ot.prp. nr. 15 (1999-2000)* gjøres dette tydelig i sammendraget, der det vedrørende direktivets artikkel 8.2. heter ; *"Dette vil gi individuell vederlagsrett for utøvende kunstnere og produsenter fra EØS-området og land tilsluttet Romkonvensjonen"*. (s. 3)

Og når Stuevold Lassen presiserer at vederlagsretten ved anvendelse via § 58 *"..tilkommer norske statsborgere og bosatte i riket, og – for tilvirkernes vedkommende – selskap som har norsk styre og sete her i riket"*, vil tilsvarende presisering for anvendelse via § 6-1 bli at retten etter § 45b her tilkommer personer som er statsborgere av eller bosatte i et land innenfor EØS, eller – for tilvirkernes vedkommende – selskap som har sitt sete i et land innenfor EØS.

Her er det ingen åpning for å fortolke forskriften utvidende, som om den skulle omfatte borgere eller produsenter utenfra EØS, men dette gjøres allikevel av GRAMO; slik som ved eksemplet med Metallica, der de amerikanske utøverne og produsenten innrømmes vederlagsrett i kjølvannet av en dansk trommis.

G.2. Romkonvensjonen: Forskriften § 6-12.

Verneutvidelsen avgrenses her til opptak med produsenter hjemmehørende i konvensjonsland som tilstår utøvere eller produsenter vederlagsrett etter RK art. 12. Amerikanske tilvirkere er dermed aldri omfattet, men hva så med utøverne? Skal forskriften oppfattes slik at § 45b da gjelder for samtlige utøvere på vernede lydopptak – uten hensyn til kunstners nasjonalitet – selv om Norge etter RK ikke er forpliktet til å gi vederlagsretten en så omfattende rekkevidde?

Forskriftsbestemmelsen ordlyd gir ikke full avklaring. For § 58 og § 6-1s vedkommende er dette tydeligere, ettersom det er kongruens mellom rettighetsbestemmelsen i § 45b og disse to tilknytningskriteriene, slik at kriteriene ikke bare regulerer hvilke opptak som er vernet, men også hvem som har vederlagsrett. Slik er det ikke for § 6-12, og anvendelsesbestemmelsen om at § 45b da "skal gjelde", gir egentlig ingen god mening, utover det å definere hvilke opptak som er vernet.

Da Norge tiltrådte RK i 1977, var fokuset rettet mot tilknytningskriteriet for § 42. Her ble det avklart via forskrift (nåværende § 6-9) at utvidelsen skal gjelde *"uten hensyn til den utøvende kunstners nasjonalitet for fremføring som.....Det samme gjelder når det er gjort lydopptak av fremføringen..."*. Formuleringen stammer fra den opprinnelige gjennomføringsbestemmelsen i form av *kgl.res. av 28 juli 1978*, og denne setter en slags standard for hvordan Kongen gjerne formulerer sine forskrifter hva gjelder å la virkningen bli world wide uavhengig av nasjonalitet.

Presiseringen vedrører vel å merke ikke noen av de tre tilknytningskriteriene, men kun hvem som innrømmes rettigheter.

Strippet for den siterte presiseringen i § 6-9, ville § 42s rekkevidde vært avgrenset til utøvere hjemmehørende i RKO. Formuleringen gir bestemmelsen en tilleggsvirkning ut over det som er normalsituasjonen; At det for konvensjoner og traktater er en selvfølge at rekkevidden for anvendelse av bestemmelsene avgrenses til verk/arbeider og rettighetshavere som har tilknytning til noen av medlemslandene. Unntak fra dette må presiseres, og § 6-9 representerer et slikt presist unntak. Stuevold Lassen kommenterer i sin 1985-NOU hvordan § 42 via denne forskriften utvides uavhengig av kunstners nasjonalitet, men fremmer i utredningen ingen forslag om at tilsvarende utvidelse skal gjelde for § 45b.

Det hadde vært fullt ut mulig å utforme en tilsvarende konstruksjon i § 6-12. Noen formulering om "*uten hensyn til den utøvende kunstners nasjonalitet*" ble imidlertid ikke skrevet inn i nabo-bestemmelsen (nåværende § 6-12) da denne ble utformet ved *kgl. res. 22. desember 1989, nr. 1288*. En kan selvsagt anta at dette var en forglemmelse, eller gjette at det var underforstått at bestemmelsen for utøvernes vedkommende skal ha samme virkeområde som § 6-9, slik at også § 6-12 skal gjelde uten hensyn til kunstners nasjonalitet?

Men kongelige norske resolusjoner kan ikke fortolkes ved tipping. En slik forskjell i utformingen mellom to bestemmelser må innebære at de har ulik virkning. I lys av § 6-9 må bestemmelsen i § 6-12 (antitetisk) kunne fortolkes som kun å omfatte utøvere hjemmehørende i et konvensjonsland. En lengre utvidelse måtte fremkomme eksplisitt av bestemmelsen.

G.3. GRAMO-forskriften § 3-7 bringer definitiv klarhet.

Videre fortolkning blir imidlertid overflødig sett i lys av GRAMO-forskriften, der spørsmålet avklares i samsvar med den på side 8 siterte føringen fra *Ot.prp. 36 (1988-1989)* om eventuelt å innta i forskrift, at rettighetshavere fra land som ikke er tilsluttet Romakonvensjonen ikke skal ha krav på vederlag. Dette ble faktisk inntatt i GRAMO-forskriften av 22. desember 1989, der det legges til grunn at all avregning skal gå til rettighetshavere fra land som er tilknyttet Romakonvensjonen. Bestemmelsen lød slik:

§ 6 UTENLANDSKE RETTIGHETSHAVERE
Avregnede vederlag til rettighetshavere fra andre land som er tilsluttet
Romakonvensjonen, skal overføres til lignende oppkrevin(g)s- og
fordelingsorganisasjoner i samsvar med inngåtte gjensidighetsavtaler..."

Så følger anvisning på hvordan det alternativt kan legges til rette for ikke-utveksling av vederlag, og til sist hvordan rettighetshavere fra land uten fordelingsorganisasjon kan kreve sine vederlag. Det fremgår av teksten at departementet tar det for gitt at ikke andre enn rettighetshavere fra RKO vil bli avregnet vederlag – dette ikke minst når bestemmelsen leses i lys av føringen fra proposisjonen, om at øvrige aktører ikke skal ha krav på vederlag.

Siste del av bestemmelsen er utskilt som eget avsnitt, men må også oppfattes å være avgrenset til RKO-utøvere. Det gir ingen mening at avgrensningen til Romkonvensjonen kun skulle gjelde for utøvere fra land med lignende fordelingsorganisasjon, mens man for øvrig skulle kunne avregne til aktører fra alle land. Det ville medført at land utenfor RKO kunne sikre vederlagsrett til sine utøvere simpelt hen ved ikke å innføre en vederlagsordning med tilhørende lokalt GRAMO-byrå..

Dermed fjernes den eventuelle uklarheten fra forskriften § 6-12. Helt fra starten av har det ved særskilt forskrift vært bestemt at verneutvidelsen etter Romkonvensjonen avgrenser utøvernes vederlagsrett til kunstnere fra stater som er tilsluttet konvensjonen.

Den siterte bestemmelsen fra 1989 er aldri blitt endret, og figurerer i dag som paragraf 3-7 i åndsverklovsforskriften:

§ 3-7. Avregnede vederlag til rettighetshavere fra andre land som er tilsluttet Romakonvensjonen, skal overføres til lignende oppkreivings- og fordelingsorganisasjoner i samsvar med inngåtte gjensidighetsavtaler. Det kan også avtales at overføring ikke skal skje og at midlene skal forbli i inntjeningslandet og disponeres av organisasjonen.

Rettighetshavere fra land som ikke har tilsvarende oppkreivings- og fordelingsorganisasjon, må selv kreve vederlag for å få utbetalt avregnede beløp.

Det må i lys av dette erkjennes at GRAMO helt fra starten av og fram til i dag har avregnet til amerikanere i strid med den offisielle GRAMO-forskriften. Mange av oss må her dele ansvar og søke tilgivelse for de tapte vederlagsmidler som dermed er sløst bort til aktører uten vederlagsrett. Tilgivelse vil imidlertid neppe bli innvilget dem som ved neste GRAMO-avregning eventuelt viderefører denne lovstridige praksisen.

Og for ordens skyld kan det lakonisk oppsummeres at **Norge dermed ikke via § 6-12-forskriften har utvidet virkeområdet for § 45b lenger enn det vi internasjonalt sett er forpliktet til.**¹⁴

G.4. Historisk bakteppe - Dansk etteraping?

GRAMOs praksis med å honorere samtlige utøvere på vernede opptak stammer ikke fra de tre 2002-notatene, men fra etableringen rundt 1990. Norge kopierte bokstavelig talt den danske vederlagsbestemmelsen, og GRAMO etterapet i stor grad dansk forvaltningspraksis etter studiereiser til GRAMEX i København. Dette innbefattet prinsippet om å gi rett til samtlige utøvere på opptakene.

Beskyttelsen etter kapittel 5 i den danske loven var i henhold til tilknytningskriteriet i § 59 basert på fremførelses-/lydfestingskriteriet (opptakskriteriet), slik at utøvernes rettsbeskyttelse der etter §§ 45 stk. 1 og 47 umiddelbart gjelder for fremføringer og opptak som finner sted i Danmark. Danskene anså at dette omfatter (alle) utenlandske utøvere som deltar på slike fremføringer¹⁵, og medfører at utlendinger på disse områdene tilkommer rettigheter direkte etter loven, og ikke via forskrift, slik det skjer i Norge. Dermed reguleres beskyttelsen av utenlandske utøvere på opptak som finner sted i Danmark uavhengig av Romkonvensjonen. Etter forskrift utvides så bestemmelsen i § 47 til lydopptak som finner sted i konvensjonsland, og må tilsvarende for disse opptakenes vedkommende omfatte samtlige utøvere.

Forskjellen på dansk og norsk rett tydeliggjøres klart i de to tilknytningskriteriene for umiddelbar anvendelse av kapittel 5:

- Danmark § 59: ... gjelder for fremførelser og lydopptak som finner sted i Danmark,
- Norge § 58; ... gjelder til fordel for arbeid som er frembrakt av norsk statsborger og -selskap.

Dette medfører at situasjonen på Gramex-området i Danmark og GRAMO-området i Norge blir vesensforskjellig hva gjelder utlendingers vederlagsrett, til tross for at § 47 (DK) og § 45b er utformet svært likt, og at GRAMO kom skjært ut da man fra starten av i stor grad kopierte de danske fordelingsprinsippene. Problemet er altså ikke at *something is rotten in the State of Denmark*, men at GRAMO har kopiert Gramex til tross for helt ulike tilknytningskriterier.

Det vedgås ellers gladelig at turnering av slike bestemmelser egentlig er en øvelse for viderekommende (og neppe for vinkelskrivere), og kan hende burde overlates til en eller annen professor som måtte være durkdreven både i rettskildelære og opphavsrett?

¹⁴ Utvidelsen for § 42 via § 6-9 går imidlertid lenger enn forpliktelsene

¹⁵ Willi Weincke, "Ophavsret" s. 131 "....reglerne i § 45 stk. 1 umiddelbart gjelder for fremførelser, der finner sted i Danmark. Også en udenlandsk kunstner er således etter loven beskyttet mod, at hans præstation udsendes i radio eller fjernsyn, når fremførelsen finner sted her...For beskyttelsen efter § 45 stk. 2 og § 47 er det afgørende, om lydoptagelsen har fundet sted i Danmark"

H. Oppsummert om vederlagsrettens rekkevidde

Forpliktelsene etter EØS-avtalen. Hva gjelder EØS-utvidelsen av vederlagsretten foreligger verken påstand eller belegg for at den skulle forplikte Norge til å sikre vederlagsrett for produsenter og utøvere som er hjemmehørende i stater utenfor området.

Forpliktelsene etter Romkonvensjonen. Med mindre det ved ny dokumentasjon kan belegges at Romkonvensjonen forplikter Norge til å etablere vederlagsrett for samtlige utøvere på fonogram som er vernet etter konvensjonens art. 5, fastholdes det at utøvere hjemmehørende i stater utenfor RKO ikke kan påberope seg nasjonal behandling, enn si kvalifisere til vederlagsrett.

Åvl. § 45b. Vederlagsretten etter åvl. § 45b annet ledd omfatter kun norske utøvere og -selskap. Bestemmelsen kan ikke fortolkes som om den etablerer vederlagsrett for samtlige involverte utøvere eller enhver produsent på alle vernede lydopptak. Hva angår internasjonal utstrekning av vederlagsretten, går norsk lovgivning slik sett ikke lenger enn det vi er forpliktet til.

En annen sak er at Norge ved å la vernet av opptakene baseres både på produsenter og utøvere (§ 58), og å la vederlagsretten etter § 45b innrømmes til begge grupperinger, i dette spørsmålet har gått lenger enn sine forpliktelser i hht. Romkonvensjonen.

Ved ev. norsk ratifikasjon av WPPT vil imidlertid den norske løsningen med vederlagsrett for begge grupperinger bli obligatorisk (all den stund Norge ikke har reservert seg mot WPPT artikkel 15). Og det er intet i WPPT som antyder at samtlige utøvere har vederlagsrett dersom produsenten har det.

Åndsverklovsforskriften. Forskriften går ikke lenger enn disse forpliktelsene;

- Utvidelsen etter forskriftens § 6-1 omfatter kun utøvere og selskap tilknyttet EØS-land.
- Heller ikke utvidelsen etter § 6-12 går lenger enn forpliktelsene, og omfatter ikke amerikanere.
- Avregning etter GRAMO-forskriften § 3-7 skal kun skje til utøvere fra land tilsluttet RK.

Svarene på første og andre spørsmål under pkt. B blir dermed at Norge **verken er internasjonalt forpliktet til å innrømme vederlagsrett til utenlandske produsenter og utøvere som ikke kvalifiserer etter tilknytningskriteriene, eller frivillig har innført bestemmelser om dette.**¹⁶

- - - - -

Tilknytningsbestemmelsene i lovgivningen skal etablere vern og vederlagsrett i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser, og avklare hvilke utlendinger som kvalifiserer til vederlagsrett – men samtidig demme opp, slik at utvidelser ikke blir globale.

*GRAMOs demning lekker nå i unødvendig grad til USA,
og vederlagsmessig medfører dette nærmest en
transatlantisk inkontinens
som GRAMO må tette.*

¹⁶ Eneste unntak fra dette er Romkonvensjonens system med vederlagsrett også for utøvere fra RKO, selv om vernet av fonogrammet baserer seg kun på tilvirkeren.

I. GRAMO-adgang til selvbestaltet avregning – eller opprydding?

Gitt at disse svarene står seg, kommer så spørsmål 3 om hvorvidt GRAMO uansett har *adgang* til å foreta slike avregninger. Dette burde ikke foranledige mye tvil.

I.1. Adgangen

I tråd med GRAMOs tradisjonelle posisjon kunne det argumenteres for at det er rimelig at samtlige aktører på et opptak får andel i vederlaget, all den stund det ikke er oppkrevd et redusert vederlag basert på teorien om *delvern*. Slik utbetaling til plateprodusenter og utøvere uten rettigheter får i så fall karakter av å være noe annet enn normal vederlagsavregning – da snarere en slags frivillig *kompensasjon*, basert på en ikke-lovpålagt likebehandling av alle involverte aktører på recordingen.

Eventuell kompensasjon til aktører som ikke er legale rettighetshavere etter norsk lovgivning, innebærer at deler av vederlagspotten tilfaller andre enn dem som har vederlagsrett. Det skrubber; GRAMOs oppkrevede vederlag er ikke frie kulturmidler.

Vedkommende utbetalinger må eventuelt inndeckes ved belastning av vederlagspotten, og dette er det ikke adgang til. GRAMOs vedtekter er klar på at samlet netto vederlag skal avregnes til rettighetshaverne *ubeskåret*.¹⁷ Det anses f.eks. som vedtektsstridig å bevilge midler fra vederlagspotten som foreningsbidrag eller prosjektstøtte. Dette ble sist presisert på GRAMOs generalforsamling 2016.

Tilsvarende må gjelde kompensasjoner. Enhver disposisjon av slik type reduserer utbetalingen til dem som har krav på andel i vederlaget. Dette er ikke bare juridisk tvilsomt, men også politisk uønsket – i og med at konsekvensen blir at GRAMO utbetaler betydelige beløp til amerikanere, og da uten noen form for gjensidighet.

I.2. Tilbakebetalingsrisiko

Det er et faktum at slike avregninger og utbetalinger idag finner sted i betydelig omfang, og dersom dette ikke er fundert på norsk lov, representerer det en uakseptabel praksis fra GRAMOs side. I den grad et styreflertall i GRAMO insisterer på å videreføre dette, vil det senere kunne komme på tale å forlange vedkommende utbetalinger tilbakeført – i alle fall på produsentsiden.

Det vises her til GRAMOs fordelingsreglement pkt. 4.1:

"Daglig leder i produsentselskap skal undertegne skriftlig erklæring til GRAMO om at selskapet representerer alle de rettigheter de krever, og samtidig på vegne av selskapet forplikte seg til å tilbakebetale til GRAMO eventuelt feilaktig utbetalte vederlag (jf. pkt. 7.5)."

Og tilsvarende i pkt. 7.4: *"Dersom korreksjonsavregninger i produsentsektoren skulle føre til negativ avregning for enkeltinnspillinger eller labler – for eksempel fordi selskapet er blitt godskrevet andres vederlag – skal GRAMO belaste den aktuelle rettighetshaver via motregning eller direktekrav. Unntatt fra dette er negative korreksjonsavregninger der GRAMO må bære hovedansvar for den opprinnelige feil, for eksempel dersom korreksjonen viser at honorert innspilling likevel ikke er vernet."*

Unntaket i siste setning gjelder dersom GRAMOs administrasjon har gjort feil knyttet til vern for opptaket, men vil neppe kunne påberopes dersom slik feilpraksis systematisk er drevet igjennom ved hjelp av vedkommende selskapers representanter i styret.

¹⁷ Jfr. vedtektenes § 10: *"Vederlag som innkreves i henhold til vedtektenes § 2 skal, med fradrag for administrasjonskostnader, uavkortet deles ut til rettighetshaverne."*

1.3. Opprydding

GRAMO må etter dette stramme inn avregningen til kun å omfatte dem som etter norsk lov har vederlagsrett, og slutte med å avregne vederlag til samtlige aktører på vernede fonogrammer. Det etableres naturligvis ikke noen *rett* for alle utenlandske utøvere/produsenter til å motta GRAMO-vederlag alene fordi Samarbeidsutvalget mellom GRAMO og Fondet har gjort et vedtak om at GRAMO skal oppkreve fullt vederlag for opptaket, også når vernet ikke er basert på samtlige aktører. At det oppkreves fullt vederlag, tilsier ikke at alle må innrømmes vederlagsrett.

De oppkrevde midlene er ikke allokert til de enkelte opptakene, slik at alle midler går inn i den felles vederlagspotten, der avregning skjer etter kalkulering av antall minuttpoeng. Effekten ved en opprydding blir at systemet ikke beregner minuttpoeng for aktører som i henhold til kjørereglene ikke har krav på andel i vederlaget. Potten blir med andre ord den samme, men siden færre skal dele, vil avregningen til hver enkelt øke. Funksjonalitet for å kunne praktisere dette, er utvilsomt innbakt i GRAMOs nye avregningssystem som nå er under programmering. Av størst pekuniær betydning vil være at plateprodusenter fra USA aldri skal ha andel i vederlaget.

Opprydding av GRAMO-avregningen må basere seg på følgende to kjøreregler:

- *For samtlige innspillinger gjelder:*
Produsenter og utøvere fra USA skal aldri ha andel i vederlaget
(og tilsvarende for aktører fra andre stater utenfor RKO).
- *For innspillinger der vernet kun er basert på utøvere fra EØS/Norge gjelder:*
Utøvere fra stater utenfor EØS skal ikke ha andel i vederlaget
(og heller ikke produsenten når denne har hjemstavn i stat utenfor RKO).

RKO = Romkonvensjonsområdet

J. Det upolitiske GRAMO

Innspill som dette notatet blir fort møtt med beskyldninger om politisk aktivisme, men den som leser det, vil se at notatet for 99 prosenters vedkommende handler om juss og ikke politikk. Og siden hele GRAMOs eksistens baserer seg på lovgivning, skulle det bare mangle om ikke debatt om opphavsrett var en naturlig del av GRAMOs indre liv. GRAMOs sertifisering fra departementet forutsetter at det holdes orden på verneregler, og som det fremgår, kommer ikke slikt av seg selv.

En annen sak er at juridisk posisjonering i slike saker gjerne påvirkes av ulike grupperingers ståsted, og dermed lett kan bli noe bransjepolitisk. Forening(er) som organiserer amerikanske produsenter vil naturlig nok søke løsninger der disse får maksimale rettigheter hos GRAMO. Alene forekomsten av én EØS-borger på en amerikansk recording vil etter dagens GRAMO-praksis medføre at den amerikanske produsenten får vederlag. Det antas at omfanget av dette er betydelig, og med hyggelig uttelling for amerikanerne.

Forsvar for dagens GRAMO-praksis ved henvisning til lignende forvaltning blant GRAMOs søsterorganisasjoner, kan være et argument for at dette manifesterer en slags juridisk sannhet. Men slike sammenligninger vil lett halte, fordi nasjonal lovgivning og tilknytningskriterier til Romkonvensjonen kan være ulik; jf. Danmark. Videre er vedkommende søsterbyråer i stor grad dominert av IFPI, og kort og godt preget av det. I enkelte EU-land har de til og med fått innført tilknytningskriterier som gjør at lokale GRAMO-organisasjoner, basert på 30-dagersregelen, avregner vederlag for alle US-recordings. Slike ordninger forteller mer om innflytelse enn om hva som er riktig juss. Juss blir ikke mer korrekt ved at mange gjør samme feilen.

Amerikanske produsenter utøver betydelig press for å sikre seg vederlagsrett ved fremføring av sine recordings i Europa. Og basis her er naturligvis organisatorisk innflytelse. Et typisk eksempel på dette er at det internasjonale forumet av GRAMO-organisasjoner på produsentsiden, PRC, organiseres som en ren IFPI-komité; under direkte styring av en IFPI-utpekt leder, og under overoppsyn av tilstedeværende representanter (gjærne amerikanske) for de tre multiselskapene. Flere av oss har erfaring med hvordan disse og IFPIs hovedkontor der gir instruksjoner om stort og smått, samt hvilke saker det ikke er tillatt å drøfte. Fri debatt om tematikken i dette notatet ville være utenkelig i dette forumet. At USA-dominerte selskaper *exclusa* RKO slik skal styre den internasjonale GRAMO-verdenen, er et paradoks.

Juridisk-politisk posisjonering skjer naturligvis også motsatt vei; Utøvere og norske produsenter har økonomisk interesse av å avskjære utbetaling til amerikanere når disse ikke har vederlagsrett.

Dagens GRAMO-praksis frarøver andre rettighetshavere – ikke minst norske – betydelige midler som de juridisk sett har krav på. Samlet sett vil neppe effekten av en opprydding ikke bli katastrofal for de multinasjonale selskapene; Det de taper på sine amerikanske kataloger, kan de i en viss grad få kompensert via økte inntekter til sine store norskavdelinger.

Glansbildet der GRAMO kun skal handle om "penger-inn/penger-ut" – fritt for all politikk – blir fort en hersketeknikk fra dem som helst ønsker å bedrive denne politikken i fred og ro på egen hånd. Byråer som GRAMO, TONO og NORWACO vil alltid støte på problemstillinger som har en bransjepolitisk karakter, så vel innen lovfortolkning og fordelingsregler som ved styrevalg og generalforsamlinger – for ikke å nevne anvendelse av kollektive midler, samt den evige tautrekkingen om hvor skillet skal gå mellom kollektiv og individuell forvaltning.

Det er verken uheldig eller uønsket at GRAMOs tillitsvalgte involverer seg i slike saker, det er tvert imot nødvendig – selv om jobb nr. 1 er oppkreving av maksimalt vederlag fra brukerne.

- - - - -

Behovet for å rydde opp i vederlagsretten for amerikanske aktører vil forøvrig aksentueres dersom den nye åndsverkloven viderefører høringsutkastets vurdering om at studioprodusenter kvalifiseres som en slags utøvende kunstnere. Konsekvensen blir for det første at forekomsten av en studioprodusent med EØS-borgerskap på en US-recording, vil sikre GRAMO-vederlag på bekostning av FondFUK. Og dersom GRAMO i tillegg skulle opprettholde sin nåværende policy for opptak med utøverbasert vern, vil vederlagsmidler i stor grad bli sluset over til amerikanske produsenter for slike recordings. Det har fra IFPI-hold vært innrømmet at denne effekten er en vesentlig årsak til deres iver etter å "opphøye" studioprodusentene i utøvernes rekke.

En slik endring vil for såvidt ikke redusere norske rettighetshaveres GRAMO-vederlag, men den vil redusere provenyene til Fond FUK – der alle midler går til norske rettighetshavere. Det burde ikke overraske at norske utøvere og produsenter heller ser at midler går til fondet enn til amerikanske plateselskaper.

*Norske utøvere og produsenter skal ikke ta regninga
ved juridisk tvilsomme utbetalinger Overseas.*

Trenger GRAMO



nye briller?