

Det kongelige kulturdepartement
Medieavdelingen
Postboks 8030 Dep
0030 Oslo

Att.: avdelingsdirektør Bengt O. Hermansen

Oslo, 1. september 2016

HØRING – FORSLAG TIL NY ÅNDSVERKLOV

1 INNLEDNING

TONO er et samvirkeforetak som er eid og styrt av sine medlemmer, som er komponister, tekstforfattere og musikkforlag. TONO forvalter og beskytter opphavsrettigheter på vegne av rettighetshavere i musikkverk. Forvaltningen omfatter både rettighetshavere som er individuelt tilknyttet TONO gjennom forvaltningskontrakter, og rettighetshavere som er tilknyttet andre tilsvarende selskaper i andre deler av verden. Sistnevnte skjer gjennom gjensidige representasjonsavtaler som TONO inngår med disse selskapene. TONO forvalter dermed "verdensrepertoaret" av musikk som utnyttes i Norge.

TONO innkasserer vederlag ved kringkasting og annen offentlig fremføring av musikk, og overfører disse midlene videre til norske og utenlandske rettighetshavere. TONO legger dermed til rette for bruk av musikk i Norge, samtidig som det vederlaget som betales til TONO, gir rettighetshavere et økonomisk grunnlag for å kunne skape nye musikkverk.

TONO er positiv til at departementet foreslår en ny åndsverklov, og TONO støtter de strukturelle og språklige endringene departementet foreslår. Etter TONOs syn må det være et mål i seg selv å forenkle åndsverkloven, som for mange har fremstått som komplisert og fremmedgjørende. Det må, slik departementet legger opp til, også være et mål at loven i størst mulig grad blir teknologinøytral.

TONO er også positiv til at departementet legger frem forslag til ny åndsverklov selv om det parallelt pågår et arbeid i EU-regi som kan ha betydning på opphavsrettsområdet. Erfaring viser at prosesser i EU-sammenheng kan ta svært lang tid, og at det endelige utfallet kan være meget usikkert. Det er derfor viktig at man fra norsk lovgiverhold ikke lar seg lamme av at det arbeides parallelt med samme tematikk i EU. Samtidig er det etter TONOs syn viktig at departementet holder tett kontakt med EU-organene, og at muligheten for påvirkning benyttes aktivt.

TONO har merket seg at departementet i høringsnotatets punkt 1 side 14 uttaler:

"Et hovedmål med åndsverkloven – både gjeldende og ny lov – er å sikre rettighetshaverne inntekter. Loven er et sentralt virkemiddel for regjeringens mål om at skapende og utøvende kunstnere i større grad skal kunne leve av sin virksomhet og at det legges til rette for investeringer i kreativt innhold. Hensynet til rettighetshaverne skal imidlertid balanseres mot brukernes og samfunnets interesse i å ha tilgang til åndsverk. Forslaget til ny lov tar sikte på å klargjøre og forenkle reglene for bruk av åndsverk, basert på at det skal være en rimelig balanse mellom de interesser loven skal ivareta."

TONO har over tid påpekt at gjeldende åndsverklov i praksis ikke lenger inneholder den balansen mellom samfunnets og opphavernes interesser som åndsverkloven tidligere har hatt. De siste 20 årene har lovens regler til dels vært utdatert og hengt etter den teknologiske utviklingen. Dette har medført en klar ubalanse i rettighetshavernes disfavør.

TONO forventer derfor at det endelige lovforslaget bidrar til å gjenopprette denne balansen slik at regjeringens hovedmål oppnås, nemlig *"at skapende og utøvende kunstnere i større grad skal kunne leve av sin virksomhet, og at det legges til rette for investeringer i kreativt innhold"*.

De siste årene har også vært fylt av konflikter på opphavsrettens område. Store kommersielle aktører investerer betydelige økonomiske ressurser i å bekjempe krav på kompensasjon fra opphavere og kollektive forvaltningsorganisasjoner. Domstolsbehandling av disse tvistene er kostnads- og tidkrevende, noe som medfører at både rettighetshavere og forvaltningsorganisasjoner kvier seg for, eller avstår fra, å forfølge sine krav. Allerede her vil derfor TONO signalisere behovet for effektive tvisteløsningsmekanismer slik vi har tatt til orde for tidligere. Etter TONOs syn er det en svakhet ved høringsnotatet at departementet ikke har grepet fatt i dette på en tilfredsstillende måte, og TONO vil derfor be om at departementet følger opp, og prioriterer, dette i det videre arbeidet.

De synspunkter som TONO fremmer i dette høringssvaret, støttes av Norsk Komponistforening, NOPA og Musikkforleggerne. Disse organisasjonene vil i tillegg sende egne høringsvar.

Norwaco, der TONO er medlem, vil inngi en egen høringsuttalelse. TONO stiller seg bak de synspunkter som fremkommer i Norwacos høringsuttalelse.

TONO vil i det følgende kommentere utvalgte deler av høringsnotatet.

2 GRUNNLEGGENDE BESTEMMELSER OM OPPHAVSRETT TIL ÅNDSVERK

2.1 Lovens formål, lovens innhold

Lovens formål og lovens innhold er beskrevet i forslaget til §§ 1-1 og 1-2. TONO støtter den ordlyd som disse bestemmelsene har fått, og som legitimerer og understreker betydningen av forvaltningsorganisasjonenes arbeid med å forenkle klarering og tilgang til rettighetsbelagt materiale til beste for både brukere og rettighetshavere.

I forslaget til § 2-1 har departementet foreslått å erstatte begrepet "opphavsmann" med det kjønnsnøytrale begrepet "opphaver". Begrepet "opphaver" har i lengre tid være benyttet blant annet i TONOs forvaltning og er etter hvert blitt relativt innarbeidet. TONO støtter at begrepet "opphaver" benyttes i den nye loven.

2.2 Enerettens innhold - forslaget om innføring av begrepet "offentlig overføring" (se høringsnotatet punkt 3.3)

Departementet foreslår at innholdet i enerettens innhold reguleres i forslaget til § 2-2, og at det kommer fram at det er to hovedformer som omfattes av eneretten, nemlig eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten.

TONO støtter departementets forslag om å innføre begrepet "offentlig overføring" som egen kategori under "tilgjengeliggjøring for allmennheten". I realiteten innebærer forslaget bare en lovteknisk tilpasning til EU-retten og begrepet "communication to the public" som benyttes i opphavsrettsdirektivet.

Begrepet overføring til allmennheten skal etter forslaget gis en vid fortolking som dekker all overføring til en allmennhet som ikke er tilstede der overføringen oppstår, jf. opphavsrettsdirektivets fortale punkt 23, og dekke alle former for distanseoverføringer. Begrepet "offentlig fremføring" får dermed et snevrere innhold enn tidligere, idet handlinger som tidligere ble karakterisert som "offentlig fremføring", i stedet skal karakteriseres som "offentlig overføring".

Forslaget er også nærliggende fordi fremføringsbegrepet i dag dekker langt mer enn det som språklig er naturlig å betegne som "fremføring". Dette gjør seg ikke minst gjeldende på det audiovisuelle området. Selv om meningsinnholdet i fremføringsbegrepet – slik departementet også påpeker – fremgår klart av § 2 fjerde ledd, vil forslaget være klargjørende.

Departementet nevner at begrepsendringen kan tenkes å skape praktiske utfordringer for eksisterende avtaleverk. I den grad dette er en aktuell problemstilling, bør det uansett være overkommelig å håndtere. At ny lovgivning medfører visse systematiske eller terminologiske endringer, er ikke uvanlig. Eventuelle mindre ulemper må også veies opp mot at det vil være en fordel at den norske terminologien tilpasses til opphavsrettsdirektivets ordlyd, slik at begrepets innhold kan tilpasses den teknologiske utviklingen og enklere kan følge EU-domstolens praksis.

2.3 Lenking (se høringsnotatet punkt 3.10)

Departementet drøfter i høringsnotatet punkt 3.10 spørsmål knyttet til lenking av materiale som er utlagt på Internett, men kommer til at det ikke er grunnlag for å foreslå særlige regler om slik lenking, blant annet som følge av at det pågår en reform på EU-nivå.

TONO er naturlig nok innforstått med at EU-domstolens tolking av opphavsrettsdirektivet vil være førende for hvordan lenking skal bedømmes også etter norsk rett. TONO påpeker samtidig at EU-domstolens utvikling av begrepet overføring til allmennheten, blant annet når det gjelder lenking, har blitt kritisert. TONO er enig i kritikken. Domstolens praksis skaper uklarhet, og kriteriet "new public" kan vanskelig sies å være i samsvar med opphavsrettsdirektivet eller internasjonale avtaler, herunder Bernkonvensjonen og WIPO-traktatene. Det vil derfor være meget uheldig om dette konseptet videreføres ved en eventuell reform på EU-nivå.

TONO har sett flere eksempler på etablering av økonomiske virksomheter som gjør forretning på lenking til opphavsrettslig beskyttet materiale som ligger tilgjengelig på Internett. Det er bra at det skapes økonomisk virksomhet av opphavsrettslig beskyttet materiale, men det er urimelig at rettighetshaverne ikke skal kunne ta del i den verdiskapning som finner sted. Ved å samle og tilgjengeliggjøre lenker til allerede tilgjengelig materiale og tilby ulike former for "tjenester" i den forbindelse – det være seg knyttet til systematisering/katalogisering eller annet – kan en

næringsdrivende tjene penger på slik lenking enten i form av annonseinntekter eller brukerbetaling. Dette skjer i så fall uten at rettighetshaverne får noen del i denne verdiskapingen, og selv om inntektene nettopp skapes ved å gjøre opphavsrettslig beskyttede verk tilgjengelig.

Konsekvensen av at det eventuelt fritt kan lenkes til (lovlig) utlagt materiale kan derfor være store for rettighetshaverne. TONO viser i den forbindelse til Norwacos høringsuttalelse, der det blant annet er vist til konsekvenser av at det fritt kan lenkes til materiale i NRKs arkivtjenester.

Etter TONOs syn er dette en problemstilling som departementet bør være særlig oppmerksom på i det videre arbeidet, også i det arbeid som gjøres i EU-regi.

2.4 Strømming av innhold fra ulovlig kilde (se høringsnotatet punkt 3.4)

Etter gjeldende rett vil den enkelte internettbruker som strømmer et verk til sin datamaskin, ikke begå et opphavsrettsbrudd selv om verket er gjort tilgjengelig for slik bruk uten opphaverens samtykke. Begrunnelsen har vært at den enkelte nettbruker som surfer på nettet, ikke skal behøve å ta stilling til om materialet er ulovlig utlagt eller ikke.

Denne hovedregelen er det gode grunner til å gjøre unntak fra i tilfeller der det er klart for brukeren at materialet er gjort tilgjengelig uten samtykke fra rettighetshaverne. Særlig har vi i den senere tid sett eksempler på dette når det gjelder ulovlig tilbud av film (blant annet Popcorn Time). Det er grunn til å tro at tilbudet av lignende strømmetjenester bare vil bli større i fremtiden.

TONO støtter derfor departementets forslag til regulering i § 2-2 tredje ledd.

2.5 Ideelle rettigheter (se høringsnotatet punkt 3.5)

En styrking av retten til navngivelse er svært viktig for opphaverne innen musikkfeltet. I motsetning til de økonomiske rettighetene, er de ideelle rettighetene i stor grad ufravikelige.

Som det også fremgår av høringsnotatet side 44, har flere rettighetshaverorganisasjoner bedt om at begrepet "*slik som god skikk tilsier*" tas ut av lovbestemmelsen. TONO er enig i at dette bør fjernes. Begrepet er på mange områder blitt innholdsløst, ettersom det ikke lenger finnes noen "skikk" for navngivelse.

Det kan være grunn til å understreke at bestemmelsen om navngivelse ikke er en forfengelighetsbestemmelse. I dag er navngivelsesretten langt på vei lovbestemmelse som knytter seg til opphaverens økonomiske rettigheter. Manglende kreditering medfører for eksempel at forvaltningsorganisasjonene ikke vil kunne identifisere opphaverne, og/eller at det er vanskelig å identifisere hvem som skal motta avregning. Særlig problematisk er dette for nye digitale tjenester der opphaverne ikke oppgis, til tross for at opplysningene er lett tilgjengelige for tjenestetilbyderen. Dette leder igjen til et økonomisk tap for rettighetshaveren. Det vises for øvrig til NOPAs høringsuttalelse på dette punkt som TONO slutter seg til.

2.6 Bearbeidelser (se høringsnotatet punkt 3.6)

Opphaverens enerett omfatter som kjent verket både i opprinnelig og endret skikkelse, herunder oversettelse og bearbeidelse, jf. gjeldende lov § 2. Departementet foreslår ikke å gjøre innholdsmessige endringer i reglene om bearbeidelser, men det foreslås samtidig at det gjøres enkelte språklige og redaksjonelle endringer.

Hvor grensen skal trekkes mellom *bearbeidelser* som er avhengige av originalverket etter åndsverkloven § 2, og nye og selvstendige verk, som ikke krever opphaverens samtykke etter åndsverkloven § 4, er et av opphavsrettens vanskelige spørsmål. Grensen er uklar og skjønnsmessig, og vil variere med de konkrete omstendigheter.

Etter det TONO erfarer er det en rekke misforståelser ute og går når det gjelder adgangen til å benytte det eksisterende originalverket på en "ny" eller "annerledes" måte uten den originære rettighetshaverens samtykke. Det synes å være en utbredt oppfatning at det, uten å krenke opphavsretten til originalverket, for eksempel kan legges på nye tekst- eller melodielementer til et verk, og at det dermed er skapt et nytt og selvstendig verk. Dette er som kjent ikke tilfellet, og det er viktig at ikke lovgivningen gir grunnlag for, eller legitimerer, slike oppfatninger.

På denne bakgrunn er TONO av den oppfatning at den foreslåtte bestemmelsen om bearbeidelser, jf. forslaget til § 2-4, har fått en uheldig ordlyd. Dette gjelder særlig forslagets annet ledd som viser til at det kan skapes nye og selvstendige verk "**gjennom å benytte eksisterende verk**". Forslaget vil etter TONOs oppfatning bidra til ytterligere forvirring om skillet mellom bearbeidelser og selvstendige verk, og det bør derfor ikke tas inn i lovteksten.

I så henseende er bestemmelsen i § 4 stk. 2 i den danske lov om ophavsret mer treffende, idet det der vises til et "*nytt og selvstændigt værk, som er frembragt gennem fri benyttelse af et andet*" (vår uthevelse). Også i tysk rett skiller lovteksten etter det TONO kjenner til, mellom "fri" og "ufri" bearbeidelse. Selv om heller ikke dette løser alle problemer omkring enerettens omfang, bidrar det i hvert fall til å klargjøre at spørsmålet ikke er om bearbeideren har skapt noe nytt gjennom å benytte et eksisterende verk, men om det nye verket holder tilstrekkelig avstand til originalverket.

3 NÆRSTÅENDE RETTIGHETER

TONO har notert seg departementets drøftelse i høringsnotatets punkt 4.4.4.3 om vederlag for offentlig fremføring av lydopptak, jf. någjeldende § 45b og forslaget til ny § 3-6. Det er i denne sammenheng vist til et brev fra Kulturdepartementet i 2014 til Creative Commons som svar på en henvendelse til departementet. Dette brevet fra departementet har markedet tolket feilaktig, slik departementet også viser til i høringsnotatet side 92.

TONO er derfor tilfreds med at departementet søker å presisere rettstilstanden på dette området slik at både rettighetshavere og brukere kan forholde seg til et klart og praktikabelt regelverk. Vi går ut fra at GRAMO i sitt høringssvar på vegne av utøvere og produsenter, vil foreta en mer omfattende og presis drøftelse av de aktuelle rettighetshavernes syn.

4 AVGRENSNING AV OPPHAVSRETTE OG FORVALTNING AV RETTIGHETER VED AVTALELISENS

4.1 Eksemplarframstilling til privat bruk (se høringsnotatet punkt 5.4)

Norwaco mottar en årlig bevilgning over statsbudsjettet som kompensasjon for den privatkopiering som finner sted i medhold av åndsverklovens bestemmelse om dette. Norwaco, som representerer 34 medlemsorganisasjoner, har i sitt høringssvar gjort en grundig analyse av ordningens rettslige og økonomiske sider. Som medlemsorganisasjon i Norwaco, støtter TONO de vurderinger som fremkommer i Norwacos høringssvar. En utvidelse av kretsen av rettighetshavere som kan motta privatkopieringsvederlag, uten å øke bevilgningene betydelig, vil i realiteten bety at rettighetshavere

fratas inntekter. Privatkopieringsadgangen forutsetter at opphaveren skal ha en rimelig kompensasjon for slik kopiering, jf. opphavsrettsdirektivet artikkel 5 (2)b. Dersom det ikke gis slik rimelig kompensasjon, overholdes ikke Norges EØS-rettslige forpliktelser på dette området.

4.2 Avgrensninger av eneretten til undervisningsformål (se høringsnotatet punkt 5.5)

Generelt er TONO av den oppfatning at departementet i høringsnotatet går for langt i å foreslå fribruksregler på undervisningsområdet. TONO vil i den forbindelse minne om det departementet uttalte i Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) på s. 59, hvor det blant annet heter:

"Det er en offentlig oppgave å besørge de nødvendige midler til å oppnå uttalte mål knyttet til opplæring, utdanning og forskning, herunder innkjøp av læremidler og nødvendig materiell. Produksjon av læremidler og andre åndsverk som måtte være relevant for utnyttelse innenfor slike samfunnsmessig viktige områder, er knyttet til en forventning om avkastning og råderett innenfor aktuelle markeder. Dette bygger ikke bare vår åndsverklov på, men også de konvensjoner og direktiver som danner den internasjonale ramme for vår handlefrihet. Unntak fra eneretten skal balanseres mot tretrinns testen. En utnyttelse av vernede verk som er til kommersiell fordel for brukeren, vil naturlig nok raskere komme i konflikt med tretrinns testen. Selv der det ikke er snakk om en kommersiell utnyttelse, vil likevel en systematisk masseutnyttelse av vernede verk kunne undergrave normalutnyttelsen og rettighetshaverens legitime interesser på en slik måte at rommet for et unntak må anses å være lite. (...)

Departementet vil også understreke at utnyttelse av åndsverk innen undervisning har vært forankret til den nordiske avtalelisensmodellen i 25 år. Når en i dag befinner seg i en situasjon der teknologien har gjort det mulig med sterkt økende omfang av og behov for kopiering innenfor det digitale område i forhold til det mer begrensede fotokopieringsområdet, tilsier dette ikke at man går bort fra lovens veletablerte system og hovedregel med klarering for masseutnyttelse gjennom avtale med representative rettighetshaverorganisasjoner."

TONO noterer at departementet foreslår å videreføre læreres og elevers adgang til egen fremføring av verk i undervisningen, se forslaget til § 4-4 første ledd bokstav a. Den foreslåtte ordlyden knytter fribruksadgangen til "*undervisning*", mens gjeldende § 13 første ledd viser til bruk i "*undervisningen*" (i bestemt form). Etter TONO syn er det viktig å presisere at fribruken, som etter gjeldende rett, må knyttes til den aktuelle undervisningssituasjonen – eksempelvis der det gjøres opptak av en elev som fremfører et verk, og hvor opptaket senere skal vises for klassen. Den foreslåtte ordlyden som viser til undervisning mer generelt kan i så måte synes for omfattende og upresis.

Departementet foreslår at adgangen for skoler og andre undervisningsinstitusjoner til å gjøre opptak for tidsforskutt bruk, hjemles i loven, se forslaget til § 4-4 første ledd bokstav b. TONO er uenig i forslaget, og TONO kan ikke se at departementet har drøftet *hvorfor* det er behov for å innføre en slik regel i loven ved siden av reglene om avtalelisens til bruk i undervisningsvirksomhet. Som det fremgår av høringsnotatet side 123, er forskriftshjemmelen i dagens § 13 annet ledd ikke benyttet. Å la institusjonene foreta slik tidsforskutt bruk med hjemmel i en fribruksregel, er ikke tråd med regjeringens uttalte mål om at skapende og utøvende kunstneres rettigheter skal styrkes. Her vil

rettighetshaverne i så fall fratras en eksisterende inntektskilde, jf. at rettighetshaverne i dag mottar inntekter for slik bruk gjennom Norwacos avtaler med undervisningsinstitusjoner.

Departementet foreslår videre regler om fribruk ved offentlig fremføring og offentlig overføring i undervisning, jf. forslaget til § 4-5 som skal avløse deler av gjeldende § 21. Det er ikke uten videre enkelt å se rekkevidden av departementets forslag. Lest i sammenheng med det departementet skriver om at slik fremføring/overføring skal anses for å ha skjedd innenfor det private området, jf. også forslaget til § 4-5 tredje ledd, ser det ut til at forslaget innebærer at det som ledd i undervisning fritt kan strømmes fra ethvert materiale som er tilgjengelig på Internett. Konsekvensen av dette synes igjen å være at det blir mindre behov for bruk av avtalelisensordninger innenfor undervisningssektorene, noe som igjen bidrar til ytterligere å svekke inntekspotensialet for rettighetshaverne.

4.3 Avtalelisens for audiovisuelle produksjoner, kringkastingssendinger m.m. (se høringsnotatet punkt 5.20)

TONO støtter forslaget om en teknologinøytral bestemmelse om avtalelisens for audiovisuelle produksjoner, jf. forslaget til ny § 4-32. TONO er enig med departementet i at det er hensiktsmessig at en slik bestemmelse ikke er knyttet til at overføringen skjer ved bruk av bestemt teknologi eller på bestemte måter. Det er videre viktig at en slik bestemmelse ikke knyttes til mer eller mindre utdaterte begreper som "kringkasting" eller "videresending" – men at bestemmelsen fanger opp det som i opphavsrettsdirektivet og tilhørende praksis er definert som "communication to the public".

Generelt vil TONO bemerke at en avtalelisensordning representerer forenklinger og effektiviseringer i klareringen – noe som bør være en fordel både for de som skaper og de som unytter opphavsrettslig vernet musikk. Samtidig ligger det i ordningen med en *avtale*lisens at det må være interesse for rent faktisk å inngå slike avtaler. De seneste års utvikling på blant annet kringkastingsområdet kan tyde på at det i mindre grad er et ønske om å opprettholde et kollektivt forvaltningssystem – noe som igjen er en forutsetning for en velfungerende avtalelisensordning.

TONO vil derfor advare mot at de mange spesielle avtalelisensordningene (og den generelle avtalelisensbestemmelsen som ble innført for kort tid siden) blir en sovepute. Dersom det ikke er noen reell *vilje* til å inngå avtaler – med betaling av et rimelig og markedsmessig vederlag – må rettighetshaverne være i stand til å ivareta sine interesser på annet vis. Muligheten for reell mulighet til håndheving av rettighetshavernes interesser henger igjen sammen med om det foreligger effektive og tilgjengelige tvisteløsningsmekanismer, noe TONO kommer tilbake til nedenfor i punkt 9.

4.4 Generell avtalelisens (se høringsnotatet punkt 5.23)

TONO støtter forslaget om å videreføre bestemmelsen om generell avtalelisens som ble vedtatt i 2015. En slik lisensordning vil legge til rette for praktisk rettighetsforvaltning på nye områder og for nye utnyttelsesformer. TONO minner samtidig om at en slik generell avtalelisens forutsetter at det er en villighet til å inngå slike avtaler, jf. også det som er sagt ovenfor.

5 OVERGANG AV OPPHAVSRETT (SE HØRINGSNOTATET PUNKT 6.3)

TONO støtter departementets forslag til lovfesting av spesialitetsprinsippet som et tolkingsprinsipp og som en bevisbyrderegel.

Det følger av forslaget at det ved "tvil" om tolkingen av et avtalevilkår, skal legges til grunn den tolking som er til fordel for opphaveren. TONO støtter innføringen av en slik tolkingsregel. Samtidig er det klart at bestemmelsen også må være rimelig og balansert. Den foreslåtte ordlyden, om at det foreligger "tvil", kan i så henseende kanskje være noe misvisende – idet det etter ordlyden kan se ut til at det skal skje en "opphavervennlig" tolking uavhengig av om tvilen eller marginal eller kvalifisert.

TONO antar at dette ikke er hensikten med departementets forslag, jf. det som er sagt i spesialmerknadene til bestemmelsen (se side 347 i høringsnotatet). Dersom en tolking peker seg ut som *klart mer sannsynlig enn en annen*, må det være på det rene at denne tolkingen skal legges til grunn – selv om det kan finnes argumenter som trekker i motsatt retning og som således kan skape en viss tvil. Etter det TONO kan se, vil bestemmelsen imidlertid ha sin berettigelse i en situasjon der to tolkingsalternativer fremstår som (tilnærmet) like sannsynlige. I et slikt tilfelle vil det være rimelig, og harmonere godt med begrunnelsen for spesialitetsprinsippet, at det tolkingsalternativ som er til fordel for opphaver velges.

Departementet er i høringsnotatet inne på at spesialitetsprinsippets begrunnelse tilsier at dette ikke bør få anvendelse for overdragelser i senere ledd, det vil si overdragelse der overdrager ikke (også) er den originære rettighetshaver. Når det gjelder prinsippet som tolkingsregel, er TONO enig i dette (se likevel nedenfor om bevisbyrde). Samtidig er det viktig å understreke at denne tolkingsregelen også kan ha en (indirekte) betydning for tolkingen av avtaler i senere ledd. jf. det grunnleggende prinsipp om at ingen kan overdra større rett enn han eller hun selv har ervervet.

Departementet reiser i høringsnotatet også spørsmål om det bør innføres en regel om bevisbyrde, som innebærer at erververen har bevisbyrden for at det foreligger en overdragelse av retten til å råde over åndsverket. Som departementet er inne på, vil en slik regel i første rekke ha en funksjon der det foreligger tvil om faktiske forhold.

TONO støtter innføringen av en slik regel. Etter det TONO kan se, vil en slik regel blant annet kunne ha praktisk betydning der det foreligger kjeder av overdragelse, for eksempel der en tv-distributør som sender programmet fra en kringkaster hevder at alle rettigheter allerede er klarert av kringkaster, se til illustrasjon Oslo tingretts dom 14. juni 2016 (i sak 12-097468) i saken mellom RiksTV og TONO, der RiksTV nettopp argumenterte med at rettighetene allerede var betalt for og klarert. I en slik tvist er det klart at distributøren er nærmest til å sikre seg bevis for det rettighetservervet som påstås å ha skjedd.

At bevismessig usikkerhet omkring dette går utover denne parten, er i tråd med alminnelige bevisbyrdebetraktninger. Det kan i denne forbindelse nevnes at Skoghøy, *Tvistemål*, 2. utgave side 688 til 689 oppsummerer rettspraksis og teori om bevisbyrdespørsmålet slik:

"Det er både i rettspraksis og teori lagt til grunn at dersom den ene parten har hatt mulighet og oppfordring til å sikre beviset for en faktisk omstendighet, mens den annen ikke har hatt tilsvarende mulighet eller oppfordring, må bevistvil gå utover den part som kunne og burde ha sikret beviset (bevissikringshensynet)."

I likhet med det som er sagt ovenfor om en tolkingsregel, må det være riktig å legge til grunn at bevisbyrdeprinsippet får betydning dersom det foreligger en mer absolutt tvil om det foreligger en overdragelse eller ikke.

6 RETTEN TIL RIMELIG VEDERLAG (PUNKT 6.5)

Departementet foreslår at det innføres en generell rett til rimelig vederlag for utnyttelse av opphavsrett, jf. forslaget til § 5-3. TONO støtter innføringen av en slik regel, men minner om at det ikke er noe nytt at rettighetshaveren har krav på rimelig vederlag for urettmessig utnyttelse av opphavsrett, se Rognstad, *Opphavsrett*, s. 403 med videre henvisninger, blant annet til Coll-dommen Rt. 1940 s. 48 og Trollheimen-dommen Rt. 1981 s. 1215. Det er derfor et spørsmål om bestemmelsen har noe reelt innhold ut over det som allerede følger av gjeldende rett. Som TONO kommer tilbake til nedenfor, må en slik bestemmelse, for at den ikke bare skal bli en fanebestemmelse uten noe reelt innhold, kombineres med regler som sikrer effektiv tvisteløsning.

Etter TONOs syn er det departementet skriver om hvilke momenter som inngår i vurderingen av hva som er rimelig vederlag, dekkende og treffende. TONO er enig i at standardavtaler bør tillegges vekt når det skal tas stilling til hva som er rimelig vederlag. På samme måte bør det legges vekt på etablerte tariffnivåer og bransjepraksis, i hvert fall dersom det er tale om en mer "standardisert" utnyttelse (for eksempel fremføring av et musikkverk på radio). På andre områder kan det imidlertid være behov for en individuell vurdering.

Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt det bør tas hensyn til etterfølgende forhold i vurderingen av hva som er rimelig vederlag, vil hensyn til forutberegnelighet som utgangspunkt tale for at det ikke tas hensyn til slike i vurderingen av hva som er rimelig vederlag. Det kan sies å være opp til partene å ta høyde for slike forhold gjennom avtaler; for eksempel slik at opphaverens vederlag settes til en gitt andel av erververs omsetning. Samtidig er det ikke til å komme forbi at det ved utnyttelse av opphavsrettslig beskyttet materiale kan være svært vanskelig å forutse hvilken utnyttelse som vil skje av verket frem i tid. Dersom omfattende utnyttelse erverves mot et beskjedent vederlag, vil det ikke uten videre være rimelig at en senere omfattende inntjening på erververens hånd, ikke skal gi grunnlag for justering av vederlaget. TONO er for sin del i tvil om den foreslåtte ordningen med å la dette bli et spørsmål om revisjon etter avtaleloven § 36, er tilstrekkelig for å beskytte opphaverens interesser. Terskelen etter praksis om avtaleloven § 36 er så høy at det vil kunne bli vanskelig å vinne frem med et krav om revisjon. Etter TONOs syn kan det være grunn til å vurdere en egen revisjonsbestemmelse i åndsverkloven.

TONO er også enig i at et krav på rimelig vederlag etter denne bestemmelsen bare bør kunne rettes mot erververen. Det er imidlertid viktig å presisere at dette naturlig nok ikke er til hinder for at krav om vederlag (erstatning, lisensavgift eller vinningsavståelse) kan rettes mot andre som utnytter opphavsrettslig vernet materiale uten grunnlag i samtykke fra, og betaling til, opphaver.

7 TILTAK RETTET MOT NETTSTED (SE HØRINGSNOTATET KAPITTEL 9)

TONO registrerer at departementet ikke foreslår endringer i reglene om tiltak mot nettsted. Dette til tross for at det fra rettighetshaversiden ved flere anledninger har vært påpekt at det kan være behov for å gjøre regelverket enklere og rimeligere å anvende. TONO er kjent med at det, etter at høringsnotatet ble sendt på høring, er avsagt ytterligere en kjennelse der flere internettildbydere ble pålagt å stenge eller vanskeliggjøre tilgangen til nærmere bestemte nettsteder. Etter TONOs syn gjenstår det å se om de någjeldende reglene, der begjæringen må fremsettes for retten, er tilstrekkelig effektive. Etter TONOs syn vil det her være behov for å følge utviklingen nøye og fortløpende vurdere behovet for endringer.

8 SANKSJONSREGLENE (KAPITTEL 10)

8.1 Forbudsdom (se høringsnotatet punkt 10.5)

TONO støtter forslaget om å innføre en uttrykkelig hjemmel for forbudsdom. Selv om dette allerede må sies å følge av gjeldende rett, vil det være en fordel om det gis en klar lovregel om dette. TONO støtter også forslaget om en regel som gjør det mulig å nedlegge forbud mot forestående inngrep.

TONO har tidligere også tatt til orde for at det etter mønster av svensk rett bør innføres en regel om såkalt "vitesförbud". Bestemmelsene ble innført i svensk rett for å effektivisere håndhevelsen av ulovlig utnyttelse av immaterielle rettigheter (herunder opphavsrett), og de innebærer en adgang til å forby fortsatt inngrep ved konvensjonalbot etter en rent objektiv vurdering av om inngrep er skjedd. I høringsnotatet viser departementet imidlertid til at det antas at det ikke er nødvendig å følge opp dette forslaget, ettersom den foreslåtte bestemmelsen om adgang til å avsi forbudsdom sammenholdt med de alminnelige reglene om tvangsfullbyrdelse vil være tilstrekkelig.

TONO kan ikke uten videre slutte seg til departementets vurdering. Dersom en opphaver gis medhold i at det skal nedlegges en forbudsdom, vil det følge av dommen at inngriper forbys å gjenta handlingen. Dommen vil imidlertid ikke regulere hva som skjer dersom inngriperen setter seg ut over forbudet og gjentar handlingen. Opphaver vil her være henvist til å gå til tvangsfullbyrdelse etter tvangsfullbyrdelsesloven. Etter det TONO kan se, vil tvangsfullbyrdelse i så fall måtte skje i medhold av tvangsfullbyrdelsesloven § 13-16 som går ut på at saksøkte ved kjennelse blir pålagt å stille sikkerhet for den skade som vil bli voldt dersom saksøkte også i fremtiden handler mot sin plikt.

Etter TONOs syn må det være på det rene at dette systemet er klart mindre effektivt enn det svenske systemet med "vitesförbud". For det første vil det, for å kunne oppnå et tvangsfullbyrdelse, være påkrevet med en ny rettslig prosess for tingretten, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 13-3 tredje ledd. For det annet vil formen for tvangsfullbyrdelse – pålegg om sikkerhetsstillelse for fremtidig skade – være lite egnet for den type krenkelser som det her er tale om.

TONO mener derfor at det er gode grunner til å vurdere regler etter modell av de svenske. Under enhver omstendighet bør det skje en endring i tvangsfullbyrdelsesloven slik at tvangsfullbyrdelsen skal skje i form av løpende mulkt, jf. ordningen i tvangsfullbyrdelsesloven § 13-8 annet til femte ledd.

8.2 Erstatning og vederlag (se høringsnotatet punkt 10.7)

TONO støtter i all hovedsak forslaget til en ny bestemmelse om erstatning og vederlag, jf. forslaget til § 9-3. Selv om det også etter gjeldende rett til dels finnes tilsvarende utmålingsprinsipper ved opphavsrettskrenkelser, er det en fordel med en lovfesting. Forslaget vil også medføre at åndsverkloven samsvarer med den øvrige immaterialrettslovgivingen, hvilket er på høy tid.

Det som er nytt i forslaget, er først og fremst at rettighetshaveren ved forsettlige eller uaktsomme inngrep skal kunne velge mellom det dobbelte av rimelig vederlag eller erstatning for ikke-økonomisk skade. Dette er samme system som er valgt i patent- og varemerkeloven, jf. lovendringene som trådte i kraft i 2013. Innenfor opphavsretten er det imidlertid andre hensyn som gjør seg gjeldende. I åndsverkloven bør derfor sanksjonene kunne kombineres, ettersom den legislative begrunnelsen for de to sanksjonene er ulik: *Rimelig vederlag* skal kompensere for rettighetshavers økonomiske tap, det vil si det vederlag som rettighetshaver har gått glipp av. Ettersom det i en del tilfeller kan

hefte usikkerhet ved hva som vil utgjøre rimelig vederlag, vil en regel om dobbelt vederlag sikre at rettighetshaver virkelig får dekket sitt økonomiske tap i tilfeller av grovt uaktsomme eller forsettlige inngrep. I slike tilfeller er det nærliggende at eventuell bevismessig usikkerhet om vederlagets størrelse går utover inngriper – og det sikres med en regel om dobbelt vederlag. *Opppreisning* er derimot kompensasjon for ikke-økonomisk skade og vil typisk kompensere for krenkelser av opphavers ideelle interesser. I åndsverkloven bør det derfor være anledning til å tilkjenne dette i tillegg til dobbelt rimelig vederlag. Videre bør det også være slik at opppreisning bør kunne kombinere med erstatning for økonomisk tap eller fraleggelse av vinning.

8.3 Tillatelse til bruk (se høringsnotatet punkt 10.9)

TONO går mot departements forslag om, på visse vilkår, å gi tillatelse til bruk, jf. forslaget til § 9-5.

Åndsverkloven § 56 annet ledd annet punktum gjør det i dag mulig, hvis "*betydelige økonomiske eller kunstneriske verdier ville gå tapt*" at retten i stedet for inndragelse eller overdragelse, tillater at "*fremstilte eksemplarer gjøres tilgjengelig for almenheten mot erstatning eller opppreisning til fornærmede*". Som det fremgår av ordlyden, retter bestemmelsen seg kun mot de eksemplarer som er fremstilt – for eksempel det opplag av en bok som er trykket. I en slik situasjon vil det, avhengig av omstendighetene, kunne være rimelig heller å tillate at opplaget selges ut mot vederlag til opphaver. Departementets forslag går imidlertid vesentlig lenger enn dette ved at det ikke retter seg mot eksemplarer som allerede er fremstilt, men også vil kunne gi rett til en fortsatt bruk. Bestemmelsen får således karakter av å være en form for tvangslisens.

TONO kan ikke se at det i høringsnotatet er sagt noe som tilsier at det er behov for en slik regel på opphavsrettens område. Den tradisjonelle begrunnelsen for en slik regel, som blant annet finnes for patenter, er å hindre at den som i god tro har gjort store økonomiske investeringer, skal bli skadelidende, for eksempel slik at innkjøpt produksjonsutstyr ikke kan benyttes som forutsatt. TONO kan ikke se at begrunnelsen for en slik regel slår til på opphavsrettens område. TONO bemerker i den forbindelse at det heller ikke er innført noen slik regel for varemerker.

9 EFFEKTIV TVISTELØSNING

TONO har ved flere anledninger tatt til orde for at det er behov for effektiv tvisteløsning på opphavsrettsområdet. Etter TONO's syn er dette en nødvendig forutsetning for en reell styrking av opphavernes stilling, slik departementet tar til orde for i høringsnotatet. Etter TONO's syn er imidlertid tvisteløsningsaspektet ikke tilstrekkelig og tilfredsstillende behandlet i høringsnotatet, men drøftes kun i relasjon til enkeltbestemmelser og uten at det foretas en mer helhetlig analyse av behovet for regulering.

I lys av at departementet i Prop L. 69 (2014-2015) s. 43, i tilknytning til at Kabeltvistnemnda ble foreslått opphevet, ga uttrykk for at behovet for "*en bredere gjennomgang av tvisteløsningsreglene*" etter departementets syn burde "*skje i forbindelse med den helhetlige revisjonen av åndsverkloven*", hadde TONO ventet at departementet ville komme mer utførlig tilbake til dette. Etter TONO's syn er dette en svakhet ved høringsnotatet. Effektive tvisteløsningsmekanismer er en sentral forutsetning for at målsetningen om en styrking av opphaverens stilling, skal kunne oppnås.

Situasjonen i dag er at tvister om opphavsrett vil gå for de alminnelige domstoler. For en del type tvister, for eksempel tvister om tolkingen av en avtale om overdragelse om opphavsrett, er dette naturlig. På opphavsrettens område er det imidlertid ikke sjelden med tvister som i bunn og grunn

dreier seg om hvilket vederlag – rimelige/markedsmessige vederlag – som skal betales for en bestemt utnyttelse. Det kan eksempelvis dreie seg om en tvist om hvilket vederlag en radiostasjon skal betale til TONO for fremføringen av musikkverk i kanalens sendinger. Begge parter vil isolert sett ha en interesse i at musikkverkene tilgjengeliggjøres. Radiostasjonen vil være interessert i dette fordi den får reklameinntekter basert på antall lyttere, og muligheten for å spille musikk bidrar til å øke lytterskaren. Rettighetshaverne (her representert ved TONO) vil være interessert i dette fordi det bidrar til å skape oppmerksomhet om verkene og gir opphaverne inntektene. Spørsmålet er imidlertid hvilket vederlag som skal betales.

TONO erfarer at flere profesjonelle aktører bevisst spekulerer i at det er kostbart og tidkrevende for rettighetshaverne å bringe slike og andre tvister inn for de alminnelige domstoler. Aktørene fortsetter i stedet gjerne å benytte opphavsrettslig beskyttede verk og betaler til TONO (og eventuelle andre rettighetshaverorganisasjoner) et ensidig fastsatt a-konto-beløp som aktørene mener er passende, men som ofte kan ligge langt under det nivået som følger av standardavtaler eller tariffen som betales av andre aktører eller i våre naboland.

Etter TONOs syn kan det for slike tvister, og eventuelt også andre typer tvister, være grunn til å vurdere et alternativ/supplement til ordinær domstolsbehandling. Det er flere grunner til dette:

- Dels kan hensynet til kompetanse tilsi at det etableres en nemnd med særlig fagkyndighet og erfaring.
- Dels vil en nemnd, slik ordningen for eksempel var med Kabeltvistnemnda, kunne gi tillatelse til og fastsette vilkår for utnyttelse fremover i tid, noe som er helt avgjørende for å sikre ro og forutsigbarhet for begge parter. At vilkår for fremtiden kan fastsettes, er helt nødvendig mellom parter som skal ha et løpende avtaleforhold, jf. også ordningen med den danske Ophavsretslicensnævnet. Domstolene har ikke slik kompetanse.
- Dels kan det være hensiktsmessig å etablere et rimelig(ere) og effektivt alternativ til ordinær domstolsbehandling.

Ettersom departementet ikke har fulgt opp signalene om behovet for en mer gjennomgående behandling av tvisteløsningsspørsmålet, kan det være usikkert å overskue konsekvensene av ulike alternative modeller. TONO antar imidlertid at det, i alle fall når det gjelder tvister om hva som er rimelig eller markedsmessig vederlag, vil være nærliggende å tenke i retning av en ordning med en nemnd hvis avgjørelser kan bringes inn for retten, men da slik at retten eventuelt vil ha en begrenset kompetanse til å overprøve nemndens avgjørelser, jf. til sammenlikning husleieloven § 12-2. På den måten vil hensynet til effektiv og hurtig tvisteløsning ivaretas samtidig som rettssikkerhetshensyn er ivaretatt med en (begrenset) overprøvingsadgang. TONO antar at det særlig vil være grunn til å vurdere en slik nemndsordning for tvister der organisasjoner som er godkjent av departementet til å inngå avtaler med avtalelisensvirkning, jf. forslaget til § 4-36 tredje ledd, er part.

Som nevnt innledningsvis unnlater departementet å foreta en gjennomgående analyse av behovet for tvisteløsningsmekanismer. Det kan se ut til at departementet mener at tvisteløsningsreglene som gjelder for de spesielle avtalelisensene langt på vei er tilstrekkelig, jf. det departementet sier på side 223 i høringsnotatet. TONO kan ikke se at dette er tilfellet.

Det følger av forslaget til § 4-38 (som langt på vei viderefører gjeldende lov § 38) at partene i *avtalelisensstilfellene* kan kreve meglingsordning etter regler som departementet gir, jf. kapittel IV i forskrift 21. desember 2001 nr. 1563 til åndsverkloven. For TONOs vedkommende har det ikke vært behov for å benytte tvisteløsningsmekanismer innenfor avtalelisensene. De utfordringer TONO har hatt og har, gjelder andre områder, det være seg på TV- eller VOD-området, hvor utfordringen er at de profesjonelle aktørene ikke ønsker å inngå avtale på rimelige/markedsmessige betingelser med TONO. Etter det TONO er kjent med er dessuten denne meglingsordningen lite benyttet, og TONO er usikker på om meglingsordningen, som henter sin inspirasjon fra meglingsordning i tvister i arbeidslivet, i det hele tatt er hensiktsmessig.

I alle tilfeller vil en slik meglingsordning ikke avhjelpe det faktum at tvisten må finne sin løsning dersom partene ikke kommer til enighet, og forslaget etter § 4-38 går her bare ut på at partene, dersom de er enige om det, kan la Vederlagsnemnda gi tillatelse til og fastsette vilkår for bruken. Det vil si at en innbringelse for Vederlagsnemnda, slik situasjonen er også i dag, krever enighet mellom partene. TONO er for sin del ikke kjent med at parter benytter Vederlagsnemnda basert på slik enighet, i alle fall ikke der det er tale om kommersiell utnyttelse av verk. Konsekvensen av dette er at tvister om vederlaget må behandles av de alminnelige domstoler. Etter det TONO kan se, er en slik ordning med enighet om innbringelse for nemnda ikke hensiktsmessig. Det bør etter TONOs syn blant annet sees nærmere på ordningen med den danske Ophavsrettslicensnævnet som etter det TONO kjenner til ikke forutsetter en slik enighet om innbringelse av saken og hvis kompetanse heller ikke er begrenset til avtalelisensstilfellene, jf. særlig den danske lov om ophavsret § 75a.

Som det fremgår av det som er sagt, mener TONO at de eksisterende tvisteløsningsmekanismene for avtalelisens ikke representerer noen egnet eller fullstendig løsning.

Hvis reglene om tvisteløsning for avtalelisens beholdes og/eller anses tilstrekkelige (noe de altså ikke er), vil TONO uansett påpeke følgende:

- De vedtak nemnda treffer, er enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Vedtakene kan ikke påklages, men må i prinsippet kunne bringes inn for domstolen med krav om ugyldighet. Slike søksmål må reises mot staten v/Kulturdepartementet. Det vil si at tvisten går fra typisk å være en tvist mellom en rettighetshaverorganisasjon og en profesjonell aktør om vederlag for rettigheter, til å bli en tvist mellom den "tapende" parten og staten om gyldigheten av et forvaltningsvedtak (sammenlign i noen grad ordningen med Klagenemnda for Industrielle Rettigheter). Dette er ikke hensiktsmessig for noen av partene.
- Heller ikke rammene for overprøving av nemndas avgjørelser for domstolen er hensiktsmessig. Ved en overprøving vil domstolen ikke selv kunne gi tillatelse til og fastsette vilkår for bruk, men må nøye seg med å kjenne vedtaket ugyldig. Domstolene kan riktignok gi uttrykk for hvilke kriterier de mener bør være styrende, men kan altså ikke med bindende virkning avgjøre dette. Det vil si at utfallet av en domstolsbehandling vil være at saken på ny må avgjøres av nemnda.

Når det gjelder forslagene for øvrig, støtter TONO forslaget om å gjøre Oslo tingrett til tvungent verneting i saker om inngrep, jf. også ordningen på immaterialrettsområdet for øvrig. TONO antar at det også bør vurderes om andre typer tvister også bør ha tvungent verneting i Oslo – for eksempel tvister om tvangs- og avtalelisenser, jf. for så vidt patentloven § 63 nr. 5.

Sammenhengen i regelverket tilsier forøvrig at det gjøres unntak for forlikrårdsbehandling, jf. tvisteloven § 6-2 første ledd bokstav c. Etter TONOs syn er behandling i forlikrådet i mange tilfeller bare en unødvendig og fordyrende mellomstasjon på veien til et ordinær søksmål. Hensynet til å finne minnelige løsninger bør være tilstrekkelig ivaretatt med tvistelovens regler om rettsmekling, mens hensynet til rimelig tvisteløsning for de ordinære domstoler bør være ivaretatt blant annet av reglene om småkravsprosess.

Med hilsen

Bendik Hofseth (s)
Styreleder, TONO



Cato Strøm
Adm. direktør