

# HJORT

MOTTATT

19 MAI 2015

Kulturdepartementet  
Postboks 8030 Dep  
0030 Oslo

Oslo, 18. mai 2015

Ansvarlig advokat: Monica Syrdal  
Referanse: M 1241475.1

Brevet er også sendt på e-post til:  
postmottak@kud.dep.no

## HØRINGSSVAR FRA KABEL NORGE: FORSLAG TIL ENDRINGER I FORSKRIFT TIL ÅNDSVERKLOVEN

### 1 Kabel Norges hovedsynspunkter

Det vises til Kulturdepartementets høringsbrev av 31. mars 2015 om endringer i forskrift til åndsverkloven. Vi representerer Kabel Norge.

Kabel Norge vil knytte noen kommentarer til høringsnotatets punkt 4 som gjelder forslag til endringer i reglene om mekling i avtalelisensforhandlinger, og da særlig på videresendingsområdet.

Kabel Norges støtter ikke departements forslag til meklingsregler på videresendingsområdet. Forslaget tar, slik Kabel Norge ser det, ikke tilbørlig hensyn til de krav satellitt- og kabeldirektivet stiller. De foreslåtte prosessreglene er heller ikke praktisk tilpasset mekling på området for videresending av kringkastingssendinger. Dette medfører at dersom forskriftens nåværende meklingsregler gis tilsvarende anvendelse på videresendingsområdet slik departementet foreslår, må det gjøres en rekke endringer i forslaget.

Kabel Norge mener at en bedre løsning ville være å la de alminnelige regler om rettsmekling i tvisteloven få anvendelse innen videresendingsområdet.

Ovennevnte standpunkter er utdypet nedenfor.

### 2 Valg av meklingsordning

Satellitt- og kabeldirektivets artikkel 11 fastslår at partene der det ikke er inngått avtale om videresending i kabel, skal ha tilgang til en meklingsordning. Departementet foreslår i høringsnotatet at dagens regler om mekling i forhandlinger om avtalelisenser, gis anvendelse også på videresendingsområdet.

Kabel Norge var i utgangspunktet positivt innstilt til å la eksisterende meklingsregler få anvendelse på videresendingsområdet, forutsatt, slik det også ble presisert i Kabel Norges hørings svar til Kulturdepartementet av 12. september 2014, at det ble gjort relevante tilpasninger for å ivareta videresendingsområdets behov og sikre at satellitt- og kabeldirektivets krav ble oppfylt. Kabel Norge ønsket også at andre alternativer ble vurdert.

Utover å inkludere en henvisning til åndsverkloven § 34 og oppdatere lovhenvvisninger til gjeldende tjenestetvistlov, foreslår imidlertid departementet ingen endringer i dagens meklingsregler. Som nærmere redegjort for i punkt 3 nedenfor, kan Kabel Norge ikke se at departementet har foretatt slike nødvendige tilpasninger som hensynet til videresendingsområdet og satellitt- og kabeldirektivet krever. Kabel Norge kan derfor ikke støtte departementets forslag.

Departementet fremhever hensynet til at regelverket bør være felles for alle avtalelisensene som den sentrale begrunnelse for forslaget. Kabel Norge er ikke enig i at dette er et viktig hensyn. Mens det ikke er tvil om at Riksmekleren har lang erfaring, og tillit innenfor arbeidstvistemrådet, er det etter Kabel Norges syn beklagelig at departementet (så langt det fremgår av høringsnotatet) ikke synes å ha foretatt noen vurdering av hvordan dette meklingsinstituttet har fungert på opphavsrettens område mer generelt, og om det vil være egnet for de tvister som vil oppstå på videresendingsområdet.

Hensynet til å etablere en god meklingsordning på videresendingsområdet, er etter Kabel Norges oppfatning et viktigere hensyn enn at meklingsreglene for de ulike avtalelisensene er like. Det pekes i denne forbindelse på at forskriftsendringen medfører at meklingsreglene ikke bare gis anvendelse på avtalelisenser innenfor videresendingsområdet, men også på avtaler om ordinære opphavsrettslige lisensavtaler om videresending mellom kringkaster og distributør.

Kabel Norge vil utdype sine standpunkter til den foreslåtte prosess i punkt 3 nedenfor, men vil innledningsvis knytte noen merknader til hvilken meklingskompetanse som er ønskelig, og hvilken alternativ meklingsordning som etter Kabel Norges syn vil være å foretrekke.

Riksmeklingsinstituttet er et velfungerende meklingsinstitutt, men er fra et helt annet rettsområde enn opphavsretten, nemlig kollektiv arbeidsrett. Fra Riksmeklerens årsmelding hitsettes:

*”Institusjonens oppgave er å mekle i interessetvister mellom partene i arbeidslivet, dvs. tvister om opprettelse eller revisjon av tariffavtaler. Hovedformålet er å hjelpe partene til å unngå konflikt og derved bevare arbeidsfreden.”*

Mekling knyttet til opphavsrettslig lisensiering stiller andre krav til kunnskap og forståelse enn tariff tvister i arbeidslivet. Kabel Norge kjenner ikke til om det tidligere rent faktisk har vært foretatt noen mekling etter forskriften for noen av de øvrige avtalelisensene. Kabel Norge har imidlertid fått brakt i erfaring at mekling hos Riksmekleren om tariffavtaler mellom organisasjonene i arbeidslivet innenfor kultursektoren har fungert godt når det gjelder arbeidsrettslige spørsmål, men har vært

vanskeligere når det under forhandlingene er kommet inn spørsmål knyttet til håndtering av opphavsrett, fordi mekler ved håndtering av slike spørsmål har hatt mindre å bidra med.

De senere års erfaring fra Kabeltvistnemnda viser at tvister på videresendingsområdet ofte vil være knyttet til uenighet om rettsreglens anvendelse, omfattende uenighet om faktiske forhold i tillegg til spørsmål om utmåling av opphavsrettslig vederlag i kommersielle forhold. Dette er spørsmål som skiller seg fra de tvister som oppstår i forbindelse med tariffavtaler. Kabel Norge noterer seg i denne forbindelse at Riksmekleren hittil ikke har uttalt seg i saken, og heller ikke er blant dem som har fått tilsendt høringsbrevet (som riktignok er sendt Arbeids- og sosialdepartementet).

Kabel Norge mener at departementet bør utrede andre alternativer. I Sverige har man for eksempel en egen lov (lag 1980:612 om medling i vissa opphovsrättstvister) som blant annet regulerer mekling ved videresending. Kabel Norge ser at det kan stilles spørsmål ved om det er behov for å opprette et separat meglingsinstitutt for opphavsrettstvister. Kabel Norge mener imidlertid at et bedre alternativ til departementets forslag, er at forskriften, i hvert fall for videresendingsområdets del, heller burde vært utformet slik at de alminnelige reglene om rettsmekling i tvisteloven § 8-4 til § 8-6 ble gitt anvendelse. Mekler vil da være en dommer med meklingskompetanse hos de alminnelige domstolene.

En av fordelene ved å benytte rettsmekling etter tvisteloven, er at disse reglene åpner for at det kan oppnevnes en ekstern mekler. Dette kan gi mulighet for å oppnevne en mekler med spesialkompetanse og som partene i den konkrete sak har tillit til. Mekleren kan også innhente en hjelper med spesialkompetanse. Det kan være aktuelt når det er nødvendig for mekleren å ha en fagkyndig ekspert å rådføre seg med.

Ved en slik henvisning til rettsmekling, må det antagelig i forskriften til åndsverkloven presiseres hvilken domstol som skal utnevne rettsmekleren (for eksempel Oslo tingrett) og av at rettsmekleren kan legge frem forslag til løsninger, jf. satellitt- og kabeldirektivets artikkel 11 (2) og (3).

Etter Kabel Norges oppfatning vil rettsmekling som skissert ovenfor, være en ordening som både ivaretar reglene i satellitt- og kabeldirektivet og vil inngi tillit hos partene på videresendingsområdet. Siden det vil være tale om en separat rettsmekling som ikke er knyttet til et allerede igangsatt søksmål for domstolene, bør de innsigelser som ESA påpekte i forhold til Kabeltvistnemndas meklingsadgang, jf. brev av 19. februar 2014, ikke få anvendelse. Ved rettsmekling er det også slik at en dommer som har vært rettsmekler i en sak, ikke kan delta i den videre behandling av saken med mindre partene ber om det og dommeren finner det ubetenkelig. Hensynet til en uavhengig mekling synes derfor ivaretatt.

I Prop. 69 L (2014-2015) skriver Kulturdepartementet på side 43 at behovet for en bredere gjennomgang av tvisteløsningsreglene bør vurderes i forbindelse med den helhetlige revisjonen av åndsverkloven. Etter Kabel Norges oppfatning kan rettsmekling etter tvisteloven være en hensiktsmessig ordening også for mekling etter de øvrige avtalelisensbestemmelsene. Rettsmeklingsinstituttet har utviklet seg mye de senere år, og det fins i dag flere dommere med særlig erfaring og

kompetanse på mekling i kommersielle forhold. Det er således en helt annen meklingskompetanse i domstolene i dag enn det var da de eksisterende meklingsreglene ble innført i forskrift til åndsverkloven.

### 3 Nærmere om departementets forslag

Dersom departementet velger å gå videre med det foreliggende forskriftsforslaget og utvide dagens meklingsordning for avtalelisenser til videresendingsområdet, har Kabel Norge følgende merknader til de enkelte forskriftsbestemmelsene:

#### 3.1 Forskriften § 4-6

##### 3.1.1 Behov for presisering av regelens anvendelse overfor kringkastere

Kabel Norge er enig i at det må tas inn en henvisning til åndsverkloven § 34 i forskriften § 4-6 som gir rett til å kreve rettsmekling, jf. også satellitt- og kabeldirektivets artikkel 11 (1).

Kabel Norge vil imidlertid be departementet vurdere om det er behov for å presisere i forskriften at meklingsreglene også er ment å gjelde der avtale ikke inngås mellom videresender og kringkaster, da § 34 som sådan ikke omhandler avtaler om videresending med kringkaster. Det er mulig anvendelse av forskriftens meklingsregler følger av henvisningen i forslaget til ny § 45a fjerde ledd i åndsverkloven til lovens § 38 første ledd (som igjen viser til regler som Kongen gir), men dette er ikke lett tilgjengelig. Pedagogiske hensyn tilsier at dette bør fremgå klart av forskriften.

##### 3.1.2 Forhandlinger i "god ånd" jf. satellitt- og kabeldirektivets artikkel 12 (1)

Forskriften mangler en bestemmelse om at partene er forpliktet til å innlede og føre forhandlinger i god ånd, og ikke motsette seg eller hindre forhandlinger uten gyldig grunn jf. satellitt- og kabeldirektivets artikkel 12 (1). Det vises her til ESAs "letter of formal notice" av 19. februar 2014 der det fremgår på sidene 1, 8 og 10 at Norge ikke har implementert artikkel 12 (1) på korrekt måte. ESA påpeker at:

*"[...] Norway shall ensure, by appropriate legislative means, that the parties conduct negotiations in good faith and that none of them hinder or prevent negotiation without valid justification".*

Formålet med artikkel 12 (1) er å hindre misbruk av forhandlingsposisjoner. Det vises her til bestemmelsens forarbeider jf. side 25 og 46 i Kommisjonens forslag til direktiv av 11. september 1991 (COM (91) 276). Siden de kollektive forvaltningsorganisasjonene samler en rekke enerettsposisjoner og inntar en dominerende markedsposisjon i konkurranserettslig forstand, er misbruk av forhandlingsmakt en praktisk relevant problemstilling som denne bestemmelsen er ment å bidra til å dempe. At misbruk av forhandlingsposisjoner er en sentral problemstilling i forhold til

særlig kollektive forvaltningsorganisasjoner som forvalter en flerhet av rettigheter, illustreres av at en tilsvarende bestemmelse som pålegger forvaltningsorganisasjoner og brukere å forhandle i god ånd, også skal implementeres i norsk rett gjennom artikkel 16 i EU-direktiv 2014/26 ("CRM-direktivet).

Siden CRM-direktivet og satellitt- og kabeldirektivet ikke har helt sammenfallende pliktsubjekter (kringkasterne er i en videresendings situasjon for eksempel neppe omfattet av CRM-direktivet), er det nødvendig at departementet sørger for en separat gjennomføring av satellitt- og kabeldirektivets artikkel 12 (1).

Kabel Norge mener derfor at en bestemmelse som omhandlet i satellitt- og kabeldirektivets artikkel 12 (1), må innføres i forskriften.

### **3.2 Forskriften § 4-7**

#### **3.2.1 Behovet for å innhente særlig meklingskompetanse**

Det fremgår av forskriften § 4-7 at meklingen skal ledes av Riksmekleren eller av en særskilt mekler oppnevnt av Kongen og tilknyttet Riksmeklerens kontor. Det vises her til merknadene under punkt 2 ovenfor, om behovet for at mekler både har meklingskompetanse og relevant kompetanse på de spørsmål som oppstår innenfor videresendingsområdet. Basert på den informasjonen som er tilgjengelig på Riksmeklerens nettsider, synes det ikke som om Riksmekleren per i dag har tilknyttet seg meklere med særlig kompetanse på mekling innenfor opphavsrettsområdet eller den type rettslige tvister som tidligere har vært til behandling hos Kabeltvistnemnda.

Departementet bes følgelig overveie om det bør innføres en regel som gir Riksmekleren anledning til med samtykke av partene å oppnevne en mekler utenfor kretsen av de meklere som fast er knyttet til Riksmeklerens kontor etter mønster av tvisteloven § 8-4 (1) annet punktum.

#### **3.2.2 Henvisningen til lov om offentlige tjenestetvister § 17 tredje ledd og § 18 og forholdet til satellitt- og kabeldirektivets artikkel 11 nr 3**

Som allerede påpekt i Kabel Norges høringssvar til Kulturdepartementet av 12. september 2014, er henvisningen til lov om offentlige tjenestetvister § 17 tredje ledd og § 18, ikke hensiktsmessig. Disse reglene om avstemning over et meklingsforslag er verken relevante eller nødvendige på videresendingsområdet.

Avstemning er for det første ikke relevant for kommersielle brukere som for eksempel videresender kringkastingsinnhold, eller for kringkastere. Ingen av disse har "medlemmer".

En bestemmelse som åpner opp for at en avtalelisensorganisasjons medlemmer skal stemme over et meklingsforslag i en kommersiell rettighetshavtale, fremstår for det annet både upraktisk og uhenktsmessig. Dette gjelder særlig i situasjoner som den man har på videresendingsområdet hvor

Norwacos medlemmer selv er forvaltningsorganisasjoner. Det er uklart om departementet her har ment at et eventuelt forhandlingsresultat skal kunne sendes til avstemning hos forvaltningsorganisasjonene som er medlemmer av avtalelisensorganisasjonen, eller disse forvaltningsorganisasjonenes enkeltmedlemmer. I dag er det slik at videresendere forholder seg til Norwacos formelle organer (herunder styre og forhandlingsutvalg). Etter Kabel Norges oppfatning må det legges til grunn at Norwacos medlemmer som selv er forvaltningsorganisasjoner, er i stand til å ivareta sine medlemmers kommersielle interesser gjennom disse organer, og at adgangen til avstemning som foreslått av departementet, er overflødig.

Kabel Norge kan heller ikke se at et en meklingsordning som forutsetter avstemning blant tusenvis av individuelle rettighetshavere i strid med alminnelige prinsipper for avtaleinngåelse, tilfredsstillende krav til effektivt meklingsinstitutt som satellitt- og kabeldirektivet forutsetter.

Kabel Norge er forøvrig ikke enig i at tjenestetvistloven § 17 om at Riksmekleren kan forlange at et meklingsforslag blir undergitt avstemning, oppfyller kravene i satellitt- og kabeldirektivets artikkel 11 nr. 3 om at et meklingsforslag skal anses akseptert om partene ikke kommer med innvendinger innen tre måneder. Reglene er innholdsmessig ikke like, og dekker heller ikke samme formål slik departementet synes å legge til grunn på side 5 i høringsnotatet. Det vises her også til ESAs "letter of formal notice" av 19. februar 2014 der ESA på side 8 og 10 påpeker at artikkel 11 (2) til 11 (4) ikke synes gjennomført i norsk rett.

Etter Kabel Norges oppfatning må det i hvert fall for videresendingsområdet, gjøres unntak fra henvisningen til lov om offentlige tjenestetvister § 17 tredje ledd og § 18. I stedet må det innføres en forskriftsregel slik satellitt- og kabeldirektivets artikkel 11 nr 3 gir anvisning på.

### **3.2.3 Henvisningen til arbeidstvistloven § 22 og § 23 nr 1**

I forslaget foreslås det at arbeidstvistloven § 22 om innhenting av opplysninger, gis tilsvarende anvendelse, jf. også arbeidstvistloven § 23 nr 1. I arbeidstvistloven § 22 (2) fremgår at mekleren ved innhenting av opplysninger skal ha myndighet som nevnt i arbeidstvistloven § 48 så langt det passer. Kabel Norge antar at det er bevisregelen i arbeidstvistloven § 48 (5) til (8) det i praksis vises til.

Departementet har ikke redegjort for hvorfor det anser at bevisreglene som gjelder for tvister om tariffavtaler i Arbeidsretten, passer på en meklingsituasjon innenfor videresendingsområdet. Etter Kabel Norges oppfatning er det ikke naturlig å anvende disse reglene. Kabel Norge viser i denne forbindelse blant annet til at det i saker som tidligere ble behandlet av Kabeltvistnemnda var betydelig uklarhet knyttet til mangelfull regulering rundt fremleggelse av dokumenter/bevis og taushetsplikt, og at denne situasjonen med departementets forslag vil vedvare med den foreslåtte meklingsordning. Mer konkret viser Kabel Norge til følgende:

- Arbeidstvistloven § 48 (5) viser til tvisteloven § 22-9 om bevisfritak for belastende personopplysninger. Denne type opplysninger er neppe relevante for meklingsprosesser innenfor

videresendingsområdet (og neppe heller for øvrige avtalelisenser). Derimot vil tvisteloven § 22-10 om bevisfritak for drifts- og forretningshemmeligheter være relevant for tvister innenfor opphavsrettsrettsområdet, særlig videresending. Det kan heller ikke utelukkes at tvisteloven § 22-3 om bevisforbud om forhold underlagt lovbestemt taushetsplikt (videresendere er gjerne også tilbydere av elektroniske kommunikasjonstjenester), § 22-4 om bevisforbud om rettsforhandlinger og rettsavgjørelser, § 22-5 om bevisforbud og bevisfritak for særlige yrkesutøvere (for eksempel partenes advokater) og § 22-7 om forbud mot bevis fremskaffet på utilbørlig måte, kan være relevante. Arbeidstvistloven mangler henvisninger til disse bestemmelsene.

- Arbeidstvistloven mangler en bestemmelse som tilsvarende tvisteloven § 22-11 om taushetsplikt, hvoretter et bevis ført med vedkommendes samtykke, *skal* underlegges taushetsplikt, med mindre samtykket bestemmer noe annet. Som påpekt over, er manglende regulering rundt taushetsplikt knyttet til fremlagte bevis et praktisk spørsmål i tvistesaker innenfor videresendingsområdet. Dersom en meklingsprosess skal fungere godt, bør partene kunne ha anledning til å diskutere forhold som ellers vil være underlagt bevisfritak i en meklingsprosess uten frykt for at den annen part senere sprer disse opplysningene. Forskriftforslagets henvisning til arbeidstvistloven § 23 nr 1 om at meklingsmøtene skal holdes for lukkede dører, har et smalere anvendelsesområde enn tvisteloven § 22-11, og er således ikke tilstrekkelig for å legge til rette for en god meklingsprosess.
- Regler om pålegg om fremleggelse av bevis (arbeidstvistloven § 48 (6)), befaring og bevisundersøkelse (arbeidstvistloven § 48 (7)) og bevisopptak ved tingretten (arbeidstvistloven § 48 (8)), er lite egnet i en meklingsprosess.

Kabel Norge er derfor av den oppfatning at forskriften til åndsverkloven ikke bør vise til arbeidstvistloven § 22 nr. 2 jf. § 48, men at det i stedet henvises direkte til de mer relevante bestemmelser om rettsmekling i tvisteloven §§ 8-4 til 8-6.

Dersom departementet imidlertid vil fastholde henvisningen til arbeidstvistloven § 22 jf. § 48, må departementet i tilfelle i forskriften til åndsverkloven også vise til de mer relevante bestemmelsene om bevis i tvistelovens kapittel 22 nevnt over.

### 3.3 Tvist om tolkning av avtaler

Forslaget til endring i åndsverkloven § 38 annet ledd innebærer at dersom partene i en avtale etter § 34 er enige om det, kan tvist om *tolkningen* av avtalen avgjøres etter reglene gitt med hjemmel i § 35. Henvisningen til lovens § 38 annet ledd i forslaget til nytt § 45a fjerde ledd i åndsverkloven, tilsier slik Kabel Norge oppfatter det, at dette også er ment å gjelde en avtale mellom en kringkaster og en videre sender.

Kabel Norge er i tvil om det i det hele tatt er behov for en slik alternativ tvisteløsning i forholdet mellom videresender og avtalelisensorganisasjon/ kringkaster, men vil under enhver omstendighet påpeke at det er uklart hvilken tvisteløsning det her siktes til.

Uttalelsen i Prop 69 L på side 62 om at tvister om tolkning av avtale om videresending ikke lenger kan avgjøres av Kabeltvistnemnda, *"men for nemnda opprettet etter reglene gitt i medhold av § 35"*, tyder på at departementet har tenkt på en nemndsløsning. Forutsatt at åndsverkloven § 35 annet ledd, som i dag gir Kongen hjemmel til å gi regler om nemnd, oppheves slik departementets forslag til endringer i åndsverkloven legger opp til, er det imidlertid uklart hvilken nemnd det i tilfelle vises til. Riktignok innføres det en regel om nemnd i forslaget til ny § 4-5 i forskrift til åndsverkloven, men denne oppgis å gjelde *"nemndsbehandling av tvister vedrørende eksemplarframstilling i undervisning, jf. åndsverkloven § 13b, § 36 og § 38 fjerde ledd"*.

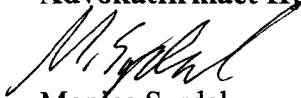
Departementet bes i forskriften klargjøre hvilken tvisteløsning åndsverkloven § 38 annet ledd er ment å vise til for så vidt gjelder tolkning av avtaler innen videresendingsområdet.

#### **4 Avslutning**

Kabel Norge vil avslutningsvis takke for muligheten til å få uttale seg om forslaget til endringer i åndsverkloven, og står selvsagt til disposisjon dersom Kulturdepartementet skulle ha behov for en utdypning av Kabel Norges synspunkter.

Med vennlig hilsen

**Advokatfirmaet Hjort DA**



Monica Syrdal

partner

msy@hjort.no