

# H J O R T

---

Kulturdepartementet  
Postboks 8030 Dep  
0030 Oslo

Brevet er også sendt elektronisk til [postmottak@kud.dep.no](mailto:postmottak@kud.dep.no)

Oslo, 5. januar 2012

Ansvarlig advokat: Monica Syrdal  
Referanse: M 193444.1

## **HØRINGSVAR – FORSKRIFT OM OVERGANGSREGLER TIL LOV OM ENDRINGER I ÅNDSVERKLOVEN**

### **1 INNLEDNING OG OPPSUMMERING**

Det vises til Kulturdepartementets høringsbrev av 18. november 2011 med forslag til ny forskrift om overgangsregler til lov om endringer i åndsverkloven. Denne høringsuttalelse er inngitt på vegne av kabeldistributørene Canal Digital Kabel TV AS og Get AS som begge er direkte berørt av forslaget som de største kabeldistributørene i Norge. Dette hørings svar gir også uttrykk for Telenor Norge AS' synspunkter.

Kabeldistributørene er opptatt av å ha en fungerende avtalelisensordning. Kabeldistributørene beklager at Kulturdepartementet, til tross for Norwacos søknad av 1. april 2011, tilsynelatende ikke har kunnet gi Norwaco en ny godkjenning etter gjeldene regelverk. Situasjonen synes dermed å være at Norwaco fortsatt – mer enn 6 år etter lovens ikrafttredelse – ikke oppfyller lovens krav for å opptre som avtalelisensorganisasjon. Slik saken har utviklet seg er kabeldistributørene enig i at det kan være grunn til å stille spørsmål ved om det er behov for å endre kravene til godkjenning dersom Norwaco ikke er i stand til å oppfylle gjeldene krav.

Prinsipielt mener Canal Digital Kabel og Get at en endring av kravene må skje ved en lovendring og ikke en forskriftsendring. Kabeldistributørene er imidlertid særlig kritiske til at Kulturdepartementet foreslår en forskrift som gir hjemmel til å gi godkjenning bakover i tid.

Hovedsynspunktene i dette hørings svaret kan oppsummeres som følger:

- Forskriftsforslaget er i realiteten en rettsstridig overprøving av Kabelvistnemndas vedtak av 28. juni 2011. Kulturdepartementet har ikke anledning til å overprøve Kabelvistnemndas vedtak. Kabeldistributørene finner det meget betenkelig at

Kulturdepartementet ved å utferdige forskrifter som gir hjemmel til å gi godkjenning med virkning tilbake til 2005, på denne måten griper inn i en privatrettslig tvist.

- Forskriftsforslaget er i strid med åndsverkloven og mangler også hjemmel i lov. Åndsverkloven åpner ikke for at departementet gir unntak fra loven. Den påberopte hjemmelen til å gi overgangsregler kan ikke anvendes mer enn 6 år etter lovens ikrafttredelse.
- Forskriftsforslaget er i strid med Norges forpliktelser i henhold til EØS, herunder EØS-avtalens artikkel 4 om ikke diskriminering og artikkel 36-37 om fri bevegelighet av tjenester samt tjenstedirektivets artikkel 10. Dersom forslaget blir vedtatt vil det også være i strid med myndighetenes plikt til lojalitet etter EØS-avtalen, jf EØS-avtalens artikkel 3.
- Forskriftsforslaget er i strid med forbudet mot å gi lover med tilbakevirkende kraft, jf Grunnlovens § 97, i det forskriften åpner opp for at Kulturdepartementet, med virkning fra før forskriftens kunngjøring, kan godkjenne organisasjoner etter åndsverkloven § 38a.

Etter Canal Digital Kabel TVs og Gets oppfatning, medfører ovennevnte at det fremsatte forskriftsforslaget ikke kan vedtas slik som foreslått. Dersom forskriften blir vedtatt som foreslått, vil den ved eventuell prøving måtte settes til side av domstolene som ugyldig.

Etter Canal Digital Kabel TVs og Gets oppfatning bør Kulturdepartementet heller vurdere om det foreligger grunnlag for å revidere dagens krav til representativitet med virkning fremover i tid på en måte som ikke er i strid med EØS-avtalen, og slik at det eventuelt blir enklere for en rettighetsorganisasjon å oppfylle kravene.

## 2 FORSLAGETS FAKTISKE BAKGRUNN

Åndsverkloven krever i overensstemmelse med satellitt- og kabeldirektivet at rettigheter til videresending kun kan håndheves gjennom godkjent organisasjon. En fungerende avtalelisensordning fordrer dermed at rettighetshaverne organiserer seg slik loven krever. I 2005 ble åndsverklovens § 38a, av hensyn til bl. a. EØS-avtalens ikke-diskrimineringsforpliktelser, endret slik at det for at en organisasjon skulle være godkjent ikke lenger var tilstrekkelig å være representativ i forhold til norske rettighetshavere, men også til verk som brukes i Norge. Dette var en regelendring som Norwaco var vel kjent med at ville få konsekvenser for organisasjonen og stille nye krav til dens representativitet. Lovendringen var på høring i 2003. Fra Norwacos høringssvar datert 27. mai 2003 siteres:

***”§ 38a - Krav til organisasjon som kan godkjennes***

*Norwaco har merket seg at departementet foreslår å endre bestemmelsen i § 38a, om forutsetningene for godkjenning av organisasjoner som kan utløse avtalelisens.*

*Slik vi forstår det innebærer ikke dette bare en overgang til et ”nasjonalitetsnøytralt” krav, slik det sies på side 5, men det innebærer en vesentlig utvidelse av kravet til organisasjonenes representasjon.*

*Norwaco har nylig endret sine forvaltningskontrakter med medlemsorganisasjonene, slik at disse nå hjemler adgang for Norwaco til å overføre sine fullmakter til organisasjoner i andre land. Derved er det skapt grunnlag for utveksling av fullmakter med slike organisasjoner, og Norwaco har innledet arbeidet med slik utveksling, i første omgang med de nordiske søsterorganisasjoner. Norwaco regner derved med å kunne fylle betingelsene også etter de foreslåtte nye regler. ” (våre understrekninger)*

Lovendringen medførte i seg selv en forpliktelse for Norwaco til å søke en ny godkjenning siden vilkårene for godkjenning (representativitetskravet) ble endret. I tillegg ble avtalelisensområdet etter § 34 utvidet gjennom lovendringen ved at utøvende kunstnere og produsenter fikk utvidede rettigheter til å råde over sine prestasjoner, jf endringene i åndsverkloven § 42 og § 45. Også dette medførte at det måtte søkes om ny godkjenning. Denne konsekvensen ble eksplisitt klargjort av departementet i lovens forarbeider, jf Ot.prp. nr 46 (2004-05) side 152 som også er sitert i høringsnotatet på side 2.

Til tross for dette valgte rettighetshaverne og Norwaco å la være å forholde seg til lovendringen og de endrede representasjonskravene. Norwaco fortsatte å opptre i markedet som om de var godkjent og dermed på en rettsstridig måte. Dette var ukjent for kabeldistributørene.

Sentralt i denne forbindelse er at Norwaco siden 2005 ikke har nøydt seg med å innkreve vederlag etter de etablerte ordningene; nabolandskanaldistribusjon under de såkalte fellesavtalene og musikkklarering ved kabelvideresending under de såkalte musikkavtalene. Norwaco har tvert om søkt å utvide sitt inntektsgrunnlag. Utvidelsen er søkt gjort dels ved å fremme det såkalte suppleringskravet ovenfor kabeloperatørene som utfordret en langvarig og etablert praksis mellom alle aktører i kringkastingsbransjen og dels ved å utvide videresendingsområdet ved å kreve musikkvederlag av RiksTV som om DTT-distribusjon var videresending. Så vidt vi forstår er det også tatt forbehold om å reise et suppleringskrav mot RiksTV. At Norwaco frem til det tidspunkt hvor Norwaco valgte å sette sin rolle på spissen ved å forfølge disse kravene rettslig, klarte å tilsløre at organisasjonen ikke var godkjent, er ikke noen formildende omstendighet eller noe som tilsier at Norwaco bør få noen form for særbehandling av departementet, langt mindre bli tilgodesett ved en forskrift med tilbakevirkende kraft.

Under suppleringskravet krever Norwaco betydelige vederlag tilknyttet de aller fleste kanaler som er gjenstand for kabeldistribusjon (de såkalte musikkavtalekanalene), idet Norwaco hevder at et antall ikke nærmere definerte rettigheter ikke er klarert. *Grunnlaget* for dette kravet er bestridt av kabeloperatørene og alle berørte kringkastere. Kabeloperatørene har klarert og betalt for nevnte rettigheter med kringkasterne som igjen har klarert disse rettighetene bakover mot sine hjemmelmenn. Norwacos krav om ytterligere vederlag for ikke-presiserte rettigheter utgjør således et krav om *dobbeltbetaling*.

Da kabeldistributørene ikke aksepterte Norwacos suppleringskrav, innleverte Norwaco i desember 2010 en begjæring til Kabelvistnemnda hvor nemnda ble bedt om å fastsette vederlag for et antall udefinerte, påstått uklare rettigheter for perioden 2008 til 2010. Begjæringen inneholder ingen forsøk på dokumentasjon av kravet. Norwaco hadde tidligere også tatt ut en begjæring mot RiksTV om fastsettelse av musikkvederlag, et saksforhold som er brakt inn for domstolene. I forbindelse med disse rettsprosessene, ble det stilt spørsmål ved Norwacos formelle grunnlag for å fremme

nevnte krav. Først etter at Norwaco ble kjent med at nevnte rettsprosesser ville bli begjært avvist som følge av manglende klage- og søksmålskompetanse, valgte Norwaco den 1. april 2011 å søke departementet om ny godkjenning. Noen ny godkjenning er foreløpig ikke gitt.

Både Oslo tingrett og Kabeltvistnemnda kom etter en grundig behandling i juni måned i år til at Norwaco ikke var godkjent i henhold til åndsverkloven i perioden 2007-2010 siden Norwaco ikke hadde fornyet sin godkjenning etter lovendringen i 2005. Kabeltvistnemnda fant også at Norwaco i perioden 2008 til 2010 heller ikke hadde oppfylt lovens representativitetskrav. Disse forhold førte hver for seg til at Norwaco ikke hadde anledning til å fremme nevnte krav. Borgarting lagmannsrett har for så vidt opphevet tingrettens kjennelse, men da på et rent prosessuelt grunnlag, idet lagmannsretten mener at spørsmålet om godkjennelse er et materielt spørsmål som det hører til realiteten å ta stilling til. Avgjørelsen er etter de vi har fått opplyst påanket. Verd å merke seg er under enhver omstendighet at lagmannsretten ikke har gitt uttrykk for at Norwaco er godkjent eller oppfylder representativitetskravet. Tvert om gir mindretallet uttrykk for det motsatte, mens flertallet begrunner sin avgjørelse på annet grunnlag.

Departementet hevder hele tre ganger i høringsnotatet at "*hele systemet for klarering av rettigheter for videresending er satt ut av spill*". Dette er etter distributørens oppfatning ikke riktig. De aller fleste rettigheter innen videresendingsområdet klareres direkte med kringkasterne, både hva gjelder kringkasters egne rettigheter og kringkasters ervervede rettigheter. TONO har en egen godkjennelse etter åndsverkloven § 38a som dekker videresendingsområdet. Get og Canal Digital Kabel TV har inngått avtale med TONO om å klarere de såkalte komponistrettighetene med TONO direkte. Etter at kabeloperatørene flere ganger i løpet av 2011 har oppfordret Norwaco om å opplyse hvorvidt det finnes andre godkjenninger som kan gi grunnlag for klarering av rettigheter, fremla Norwaco 15. desember 2011 en egen godkjennelse knyttet til innkreving av vederlag for lydopptak på videresendingsområdet etter åndsverkloven § 45b. Get og Canal Digital Kabel TV har akseptert å klarere § 45b-rettighetene med Norwaco på dette grunnlag. Innenfor det såkalte fellesavtaleområdet, har kabelselskapene så langt man har mottatt fakturakrav betalt kringkasters andel av vederlaget under fellesavtalen (UBON-andelen). Etter at fellesavtalen ble sagt opp med virkning 1. juli 2011, mottok kabelselskapene likevel i slutten av desember a-konto krav om oppgjør for andre halvår. Kabelselskapene er selvsagt beredt til å klarere og betale for kringkasternes rettigheter siden kringkasternes rettigheter ikke er underlagt den begrensning som nevnt i åndsverkloven § 34 annet ledd. Ser man bort fra det omstridte suppleringskravet, er det således kun en liten del av det totale antall kanaler som er gjenstand for videresending i norske kabelnett hvis rettigheter ikke er fullt ut klarert for videresending. Også innenfor det såkalte fellesavtaleområdet, rammes bare deler av rettighetshaverne av det forhold at Norwaco ikke er godkjent etter gjeldende regelverk. Departements uttalelser om problemets omfang savner dermed faktisk grunnlag.

### **3 FORSKRIFTFORSLAGET ER I REALITETEN EN RETTSSTRIDIG OVERPRØVING AV KABELTVISTNEMNDAS VEDTAK**

Kabeltvistnemnda avviste ved vedtak av 28. juni 2011 Norwacos begjæring om fastsettelse av vederlag for videresending i kabel for andre rettigheter enn musikkverk og lydopptak i de såkalte musikkavtalekanaler for årene 2008 til 2010 (sak 4/2010). Get og Canal Digital Kabel TV og 4 andre kabelselskap (Loqal AS, Nesodden Kabel TV AS, NEAS Bredbånd AS og Scan Net AS) var



blant de innklagede i denne saken. Samtidig ble Norwacos begjæring mot RiksTV om fastsettelse av vederlag for musikkverk for årene 2007-2010 avvist (sak1/2010). Kabeltvistnemndas konklusjon var som følger:

*”Det følger av åndsverkloven § 38a at avtale med avtalelisensvirkning bare kan inngås av en organisasjon som oppfyller representativitetskravet og er godkjent av departementet. Norwaco ble godkjent i 1996. Lovens representativitetskriterium ble vesentlig endret i 2005. Norwaco har først søkt departementet om ny godkjennelse etter at de innklagede parter hadde påstått begjæringene avvist fordi organisasjonen ikke er godkjent av departementet og ikke oppfyller representativitetskravet i § 38a.*

*Den organisasjon som begjærer nemndsavgjørelse, må være organisasjon som nevnt i § 38a. Prinsipalt mener nemnda at lovendringen i 2005 var en slik endring av representativitetskriteriet for videresendingsområdet at godkjenningen av Norwaco for dette avtalelisensområdet falt bort. Nemnda mener videre at det følger av § 38a at en organisasjon i tillegg til godkjennelse må kunne dokumentere at den oppfyller representativitetsvilkåret på det aktuelle området. Nemnda kan ikke se at Norwaco har oppfylt dette vilkåret i 2005 eller i de årene som saken gjelder. Nemndas konklusjon er derfor at Norwacos begjæring i sak nr 1/2010 og i sak nr 4/2010 må avvises ettersom disse ikke er fremsatt av en ”organisasjonen som nevnt i § 38a”.*

På side 3 i høringsnotatet hevder departementet at ”det samlede rettskildebilde gir støtte for” en forståelse av at ”1996-godkjenningen er gyldig inntil den avløses av en ny godkjenning”. Verken ordlyd, forarbeider eller lovendringens formål tilsier en slik tolkning. Det følger av grunnleggende rettskilde- og maktfordelingsprinsipper at det er opp til domstolene og Kabeltvistnemnda å fortolke rettsreglene, og at departementet er underlagt disse organenes fortolkning. Departementets senere oppfatning kan uansett ikke reparere manglende oppfyllelse av lovens krav slik de er fastlagt av relevante tvisteløsningsorganer. Kulturdepartementets tolkning står i direkte motsetning til den rettsforståelse som er lagt til grunn av Kabeltvistnemnda og av Oslo tingrett. Tingrettens dom er på dette punkt ikke overprøvd av lagmannsretten, hvis flertall ikke har vurdert godkjennessspørsmålet i det hele tatt, men hvis mindretall er enig i at Norwaco ikke er godkjent av departementet og i at det heller ikke er dokumentert at kravet til representativitet er oppfylt (kjennelsens side 14). Særlig Kabeltvistnemnda har i sin avgjørelse gjort en grundig vurdering av de samme rettskilder som departementet viser til og har kommet til at Norwaco verken har vært godkjent eller har oppfylt representativitetskravet siden 2005.

Kulturdepartementets uttalelser innebærer dermed en form for overprøving av Kabeltvistnemndas lovtolkning. Dersom forskriften gis virkning tilbake til 2005, vil den i praksis også innebære en omgjøring av Kabeltvistnemndas vedtak. Det er det ikke grunnlag for.

Departementet har ikke omgjørings- eller overprøvingskompetanse hva gjelder de avgjørelser nemnda treffer. Kabeltvistnemnda er et uavhengig tvisteløsningsorgan hvis avgjørelser ikke kan overprøves av Kulturdepartementet. Dette fremgår blant annet av forskrift til åndsverkloven § 4-10 fjerde ledd som fastslår at forvaltningslovens bestemmelser om klage og omgjøring ikke gjelder nemndas avgjørelser.

Kulturdepartementet kan ikke omgå denne begrensningen i sin kompetanse ved å ikke sin overprøving en forskrifts form. Det fremgår av høringsnotatet selv at forskriften er direkte myntet på Norwaco og den situasjon Norwaco har brakt seg i ved ikke, til tross for lovendringen i 2005, å søke om ny godkjenning og heller ikke innhente nødvendige fullmakter fra utenlandske rettighetshaveres organisasjoner slik Norwaco i sin høringsuttalelse i 2003 ga uttrykk for at de var i ferd med å gjøre. Forskriften har ingen reell betydning for andre enn Norwaco og er i realiteten et enkeltvedtak, jf definisjonen av enkeltvedtak i forvaltningsloven § 2 b).

Når lovgiver har valgt å utpeke Kabeltvistnemnda som et uavhengig tvisteløsningsorgan, har partene også krav på at Kabeltvistnemndas uavhengighet blir respektert av den utøvende myndighet. Nemndas uavhengighet er en forutsetning for hele ordningen. Kabeltvistnemndas avgjørelser skal kun kunne overprøves av domstolene og ikke av Kulturdepartementet.

Tilsvarende synspunkter som nevnt over, vil også gjøre seg gjeldene for den sak som nå står for domstolene i saken mellom RiksTV og Norwaco, men da slik at de grunnleggende maktsfordelingsprinsipper mellom dømmende og utøvende myndighet kommer enda mer på spissen, jf også punkt 6 nedenfor.

Kabeltvistnemndas avgjørelse innebærer at det ikke er grunnlag for et krav på mellom 50 og 100 millioner kroner årlig som Norwaco har fremmet mot kabelselskapene. Siden forslaget er ment å legge grunnlaget for at det gis godkjenning med virkning tilbake til 2005, kan det ikke utelukkes at forslaget - dersom det vedtas - kan ha betydning for de pågående tvister mellom Norwaco og distributørene, herunder suppleringskravet mot kabelselskapene og RiksTV-saken, og frata de rettsavgjørelsene som foreligger den betydning de ellers ville hatt. Forslaget kan vanskelig forstås på annen måte enn som et forsøk fra Kulturdepartements side på å "hjelp" Norwaco ut av den situasjon Norwaco og rettighetshaverne selv har satt seg i og som er avdekket i nevnte rettstvister. Som nærmere redegjort for under punkt 6 nedenfor, vil en slik intervensjon være til skade for TV-distributørene og deres kunder. Etter kabelselskapenes oppfatning er det uakseptabelt at Kulturdepartementet på denne måten griper inn i en privatrettslig tvist til fordel for Norwaco.

#### **4 FORSKRIFTSFORSLAGET ER IKKE I SAMSVAR MED LOVEN**

Lov av 17. juni 2005 nr 97 som gjorde endringer i åndsverkloven § 38a, trådte i kraft den 1. juli 2005 jf forskrift nr 630 av 17. juni 2005. Etter lovendringen lyder bestemmelsen slik:

*"Avtale som skal ha virkning som nevnt i § 36 første ledd, må inngås av organisasjon som på området representerer en vesentlig del av opphavsmennene til verk som brukes i Norge, og som er godkjent av departementet. For bruk på nærmere angitte områder kan Kongen bestemme at den organisasjon som godkjennes, må være en felles organisasjon for de berørte rettighetshavere.*

*Kongen kan gi nærmere bestemmelser om kontroll med organisasjoner og fond som mottar vederlag til videre fordeling."*

Det ble ikke tatt forbehold eller vedtatt noen overgangsregler på det tidspunkt loven trådte i kraft i 2005. Lovendringen fikk således virkning fra 1. juli 2005 og har vært avgjørende for rettstilstanden på dette området fra dette tidspunktet. Både Kabeltvistnemnda og Oslo tingrett har, basert på

gjeldene rettstilstand, konkludert med at Norwaco ikke har vært godkjent og Kabelvistnemnda har videre konstatert at Norwaco ikke oppfyller representativitetskravet. Lovbestemmelsen setter videre grenser for departementets kompetanse til å godkjenne organisasjoner etter § 38a. Departementet har selv sagt ikke hjemmel til å treffe et enkeltvedtak som ville gi Norwaco en godkjennelse uten at lovens krav var oppfylt. Det konstateres at Kulturdepartementet heller ikke har gitt Norwaco godkjennelse etter bestemmelsen til tross for Norwacos søknad av 1. april 2011. Som påpekt under punkt 3 over, er det vanskelig å se forslaget som noe annet enn et enkeltvedtak knyttet til Norwacos søknad om godkjennelse av 1. april 2011. Departementet kan imidlertid ikke omgå begrensning i sin kompetanse ved å ikle vedtaket forskrifts form.

Departementet har under enhver omstendighet ikke noen videre hjemmel til å gjøre slike unntak fra loven i forskrifts form. I forslaget til forskrift ønsker Kulturdepartementet å innføre en ny regel som gjør at organisasjoner kan godkjennes, selv om det krav som følger av § 38a om representativitet ikke er oppfylt. Dette vil i så fall representere et unntak fra lovens § 38a.

En forskrift må, i følge det grunnleggende legalitetsprinsippet, ha hjemmel i lov. Det følger videre av lex-superior prinsippet at forskrift ikke kan være i strid med lov. Departementet har herunder ikke kompetanse til å gi unntak fra regler nedfelt i lov, med mindre loven selv gir forvaltningen fullmakt til å fravike lovens bestemmelser. Det vises i denne forbindelse til Eckhoff/Smith "Forvaltningsrett" 9. utgave side 387:

*"Kompetanse til å derogere eller dispensere fra loven (dvs. å fravike lovens regler generelt eller i individuelle tilfelle), vil man heller ikke anse en lov for å gi, uten ganske klare holdepunkter; dette følger for øvrig også av grl. § 95."*

Det fins ingen holdepunkter for at loven gir departementet adgang til å gjøre unntak fra lovens krav til representativitet. Åndsverkloven § 38a gir departementet kun hjemmel til å bestemme at den organisasjon som godkjennes, må være en felles organisasjon og til å gi nærmere bestemmelser om kontroll med organisasjoner som mottar vederlag. Bestemmelsen gir derimot *ikke* departementet hjemmel til å gi unntak fra representativitetskravet.

I høringsnotatet synes departementet å anføre at forskriften kan hjemles i adgangen til å fastsette nærmere overgangsregler jf endringslovens del III 2 c). Formålet med en overgangsregel er å utsette eller lage midlertidige regler i tilknytning til en lovendring slik at eventuelle berørte parter får en rimelig tid til å tilpasse seg overgangen fra gamle til nye regler. Kompetansen til gi overgangsregler er imidlertid tidsmessig begrenset til tidspunktet for lovens ikrafttredelse og kan ikke benyttes mer enn 6 år etter at loven har trådt i kraft.

Forskriftforslaget er under enhver omstendighet ingen overgangsregel i den forstand det vises til i ovennevnte hjemmel. Siden det ikke ble gitt overgangsregler i forbindelse med lovens vedtakelse og ikrafttredelse, har lovendringen i § 38a gitt uttrykk for den eksisterende rettstilstand i mer enn 6 år. Forskriftsforslaget vil, dersom det vedtas, endre reglens materielle innhold for årene 2005 til 2012. En regel som vedtas flere år etter at loven er trådt i kraft, er ingen "overgangsregel", men en ny regel. Betegnende er også at det ikke er angitt noe tidspunkt for når den påståtte overgangsregelen skal opphøre, hvilket også underbygger at det ikke er tale om en overgangsregel. En overgangsregel kan ikke ha noen ubestemt varighet. Heller ikke ovennevnte innrettelsesformål

som vanligvis kan begrunne at det gis overgangsregler, er til stede etter så lang tid som mer enn 6 år.

En hjemmel til å gi overgangsregler er uansett ikke ment å gi grunnlag for å gjøre unntak for lovregler som i etterkant har vist seg å være ugunstige for enkeltaktører. Til sammenligning har Høyesterett i Rt. 1960 s. 760 gitt uttrykk for at en hjemmel til å gi nærmere regler til utfylling og gjennomføring av loven, ikke gir hjemmel for forskrifter som står i strid med lovens egne bestemmelser:

*"Det må etter utvalgets oppfatning være et ledende synspunkt ved tolkningen av den slags delegasjonsklausuler, at de ikke uten at det er uttrykkelig sagt i selve lovteksten gir vedkommende administrative myndighet beføyelse til å fravike eller endre bestemmelser gitt ved formell lov.*

*Den delegasjonsklausul det er tale om i den foreliggende sak, fastslår først i generell form - § 19, 1. punktum - en fullmakt for departementet til å « gi nærmere regler til utfylling og gjennomføring av denne lov »,*

*...*

*Departementet kan da i sine forskrifter ikke gå utenfor den ramme som er angitt ved de øvrige bestemmelser i loven....."*

På tilsvarende måte kan en fullmakt til å gi overgangsregler ikke gi hjemmel til å gjøre unntak fra åndsverklovens bestemmelser.

Forskriftsforslaget har følgelig, slik kabeldistributørene ser det, ikke hjemmel i lov og er også i strid med åndsverkloven.

## **5 FORSKRIFTSFORSLAGET ER I STRID MED EØS-AVTALEN**

Det foreslåtte godkjenningskriteriet er etter kabeldistributørenes oppfatning i strid med EØS-rettslige regler og forpliktelser.

Endringsloven i 2005 ble laget for å bringe loven i samsvar med EØS-avtalens regler om ikke-diskriminering og den frie utveksling av tjenesteytelser. Det fremgår av Ot. prop. nr 46 (2004-05) side 54-55 at:

*"I gjeldende fellesbestemmelser om avtalelisens, sies det i § 38a at en avtale, for at denne skal utløse avtalelisensvirkning etter § 36, må inngås av organisasjon som representerer en vesentlig del av "norske" opphavsmenn på området.*

*I Danmark ble den tilsvarende bestemmelsen i den danske opphavsrettloven endret i 2001. Bakgrunnen var kritikk fra EU-kommisjonen, på grunn av en klage, mot avtalelisensen for videresending. Kommisjonen mente at den danske bestemmelsen, som inneholdt et nasjonalitetskriterium, var uforenelig med EUs regler om forbud mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet og fri utveksling av tjenesteytelser. I*



*forarbeidene til det danske lovforslaget sies at nasjonalitetskriteriet endres bl.a. for å unngå usikkerhet omkring funksjonen av avtalelisenssystemet. Etter dansk opphavsrettslov gjelder nå et krav om at organisasjonen som har kompetanse til å inngå avtale som utløser avtalelisensvirkning, må representere "en væsentlig del af ophavsmænd til en bestemt art af værker, der anvendes i Danmark.*

*Gjennom EØS-avtalen gjelder forbudet mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet og prinsippet om fri utveksling av tjenesteytelser også i EØS-området. Departementet foreslo derfor i høringsutkastet at tilsvarende endring gjøres i åndsverkloven § 38a. Det samme er foreslått i Finland."*

Sitatet over viser at lovendringen var forårsaket av en dansk sak knyttet nettopp til det avtalelisensområdet som Norwaco er aktiv innenfor, nemlig videresending, og hvor det tilsvarende tidligere danske representativitetskrav ble ansett å være i strid med EU-regler som også er nedfelt i EØS-avtalen. Dette er også lagt til grunn i forslag til endringer av svensk lovgivning, jf SOU 2010:24 side 195. Lovendringen har følgelig særlig relevans for videresendingsområdet, både fordi den var foranlediget av forhold relatert til nettopp videresending og fordi det alt overveidende flertall av rettighetshavere til innhold i kanaler som videresendes i norske kabelnett, er utenlandske.

Departementet har på side 3 i høringsnotatet vist til tidligere forarbeiders presumpsjon om at en organisasjon som representerer norske opphavsmenn innenfor et område, normalt også vil representere en vesentlig del av de rettighetshavere hvis verk brukes i Norge, jf Ot.prp. nr 46 (2004-05) side 56 som del av bakgrunnen for forslaget. At man ikke kan bygge på denne presumpsjonen hva gjelder videresending av tv-sendinger ble imidlertid påpekt av Kabeltvistnemnda i avgjørelsen 28. juni 2011 som i den forbindelse uttalte:

*"Nemnda er enig med de innklagede i at det ved vurderingen av vesentlighetskravet ikke kan bygges på norskandelen generelt i de norske fjernsynssendingene, men at det må ses hen til den delen av "norskandelen" som nyter opphavsrettslig vern og at vesentlighetskravet da ikke er oppfylt. Når det gjelder avtalelisens for videresending er det, slik nemnda ser det, liten grunn til å bygge på en presumpsjon for at en organisasjon som representerer en vesentlig del av opphavsmennene hvis verk brukes i Norge, også representerer en vesentlig del av opphavsmenn til verk som brukes i Norge, jf. Ot.prp. nr 46 side 56. Tallet på ikke-norske kanaler som videresendes i Norge er som det vil ha fremgått, meget stort." (vår understreknings)*

En eventuell ny forskrift med sikte på videresendingsområdet, kan derfor ikke legge forarbeidenes presumpsjon til grunn. Det er en betydelig og reell forskjell innenfor videresendingsområdet med hensyn til om organisasjonen skal være representativ for norske rettighetshavere eller verk som brukes i Norge. At det var tale om en vesentlig utvidelse av kravet til representasjon var også noe som var påpekt i Norwacos hørings svar forut for lovendringen, jf sitat gjengitt under punkt 2 over.

Ved utformingen av regler knyttet til adgangen til å inngå avtale med avtalelisensvirkning og innkreve vederlag, må Kulturdepartementet også ta tilbørlig hensyn til tjenestesteddirektivets artikkel 9 og 10 som stiller krav om at tillatelsesordninger ikke må innebære forskjellsbehandling, herunder som følge av nasjonalitet. At åndsverkloven § 38a om godkjenning som vilkår for å opptre som



avtalelisensorganisasjon er omfattet av tjenstedirektivet, er lagt til grunn i vedlegg 3 til Ot.prp. nr 70 (2008-09) punkt 35. At forvaltningsorganisasjonenes virksomhet faller inn under tjenstedirektivet er også lagt til grunn i Sverige, jf SOU 2010:24 side 195-96.

Etter forskriftsforslaget skal midlertidig godkjenning kun kunne gis til en organisasjon som har vært hjemlet til å inngå avtalelisensavtale på grunnlag av representativitetskravet som gjaldt før lovedringen i 2005. Dette vil kun være relevant for en organisasjon som representerer en vesentlig del av *norske* opphavsmenn på området. Det er videre kun norske organisasjoner som var godkjent før 2005 og som dermed kan oppfylle dette kravet. Som nevnt ble dette representativitetskravet ansett å være i strid med EØS-avtalens bestemmelser og utenlandske rettighetshaverorganisasjoner vil i praksis ikke kunne få godkjenning under den ordning departementet med forskriften ønsker å innføre. Forskriftsforslaget innebærer derfor en forskjellsbehandling basert på nasjonalitet.

Konsekvensen av forslaget er videre at departementet, dersom forskriften blir vedtatt, gjeninnfører den tidligere EØS-stridige tilstand. Det vil ikke bare være i strid med den helt grunnleggende ikke-diskrimineringsplikten i EØS-avtalens artikkel 4 og reglene for fri bevegelighet av tjenester i EØS-avtalen artikkel 36 og 37, men også i strid med et av de mest sentrale prinsippene i EØS-avtalen, nemlig lojalitetsprinsippet i EØS-avtalens artikkel 3 hvoretter norske myndigheter skal:

*”...treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale”, og*

*”avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av denne avtales mål i fare”.*

Dersom Kulturdepartementet vedtar den foreslåtte forskriften, vil departementet med viten og vilje innføre en regel som er i strid med EØS-avtalen. Kulturdepartementet vil derved sette norske myndigheters negative plikt til å avstå fra tiltak som er i strid med EØS-avtalen, til side, jf også Sejersted m.fl. ”EØS-rett” 3. utgave side 286-87.

Ovennevnte forpliktelser endres ikke av det såkalte satellitt- og kabeldirektivet (direktiv 93/83/EØF) som er nevnt i departementets høringsnotat. De forpliktelser som følger av EØS-avtalens hovedbestemmelser og tjenstedirektivet, gjelder uavhengig av og parallelt med de forpliktelser som eventuelt måtte følge av satellitt- og kabeldirektivet. Dagens ordning er under enhver omstendighet ikke i strid med nevnte direktiv. Satellitt- og kabeldirektivets artikkel 9 fastsetter kun at norske myndigheter må sikre at videresendingsrettigheter *bare* kan håndheves gjennom en forvaltningsorganisasjon, og ikke av rettighetshaverne direkte. Norge har i åndsverklovens § 34 etablert et system hvoretter slike rettigheter klareres gjennom en forvaltningsorganisasjon. Det er så opp til rettighetshaverne å organisere seg slik loven krever og søke godkjenning i henhold til regelverket.

## **6 FORSKRIFTSFORSLAGET ER I STRID MED GRUNNLOVENS § 97**

Departementet foreslår at forskriften skal gi adgang til å gi godkjenning tilbake i tid, dvs. fra lovens ikrafttredelse i 2005. Forskriftsforslaget er dermed i strid med Grunnlovens § 97 som forbyr lovgivning med tilbakevirkende kraft. Bestemmelsen gjelder alle former for



lovgivningsvirksomhet, herunder forskrifter som i henhold til forvaltningsloven § 39 ikke skal kunne gis virkning før de er kunngjort.

Departementet synes i høringsnotatet med etterfølgende antydninger om hva muligens var departementets oppfatning tilbake i 2005, å legge opp til at forskriften i realiteten dreier seg om *en presisering av rettstilstanden*, og ikke om ny lovgivning. Dette er ikke riktig. Vilkårene for å få godkjenning som organisasjon nevnt i åndsverkslovens § 38 a ble som nevnt endret gjennom lovendringen i 2005. Dette fordret at berørte organisasjoner måtte søke på nytt, noe også departementet den gang la til grunn, jf Ot.prp. nr 46 (2004-05) side 152 og som siden er bekreftet av både Oslo tingrett og Kabelvistnemnda.

Endringene i åndsverkloven § 38a som ble innført i 2005, har følgelig hatt direkte betydning for rettstilstanden mellom Norwaco på den ene siden og en rekke distributører på den annen. Godkjennings- og representativitetskravet har eksempelvis hatt konsekvenser for Norwacos suppleringskrav for perioden 2008-2010, som ble avvist på grunn av manglende oppfyllelse av godkjenningskravet. Dersom departementet gjennom forskriftsendringen kan gi godkjennelse med virkning tilbake til 2005, kan det ikke utelukkes at det vil kunne påvirke rettsgrunnlaget for de tvister som er behandlet av Kabelvistnemnda og som står for domstolene. Det vil f eks kunne gjøre at de rettsavgjørelsene som er truffet ikke får den virkning de ellers ville hatt, at utfallet av ankebehandlingen får et annet utfall en den ellers ville hatt, og at sakene kan gjenopptas eller nye saker kan reises basert på de samme faktiske forhold som har vært gjenstand for nevnte avgjørelser. I så fall vil reglene gripe inn i det private rettsforholdet mellom Norwaco på den ene siden og Get, Canal Digital Kabel TV, Loqal AS, Nesodden Kabel TV AS, NEAS Bredbånd AS og Scan Net AS samt RiksTV på den annen, hva gjelder en tidsperiode før forskriften trer i kraft. Forskriften regulerer følgelig ikke bare den fremtidige rettstilstanden, men gir anvisning på såkalt "egentlig tilbakevirkning".

Departementet synes å legge til grunn at de foreslåtte overgangsreglene ikke er til skade for noen. Dette er feil. Som nevnt over har godkjennesspørsmålet allerede hatt betydning i en rekke tvister. Endringer i det rettsgrunnlag som disse tvistene har vært avgjort på, vil åpenbart være til skade for de ovenfor nevnte parter som vant frem i disse sakene.

En endring i rettsreglene hva gjelder godkjenning bakover i tid vil også mer generelt være til skade for distributører som videresender. Departementet synes å basere sin påstand om at forskriftsforslaget ikke er til skade for noen på at spørsmålet etter departementets oppfatning ikke er om det skal betales for bruken, men hvem det skal betales til. Dette medfører etter kabeldistributørenes oppfatning heller ikke riktighet.

Det er en forutsetning for å kunne håndheve rettigheter til videresending, herunder kreve inn vederlag for slik bruk, at rettighetshaverne har organisert seg slik loven forutsetter. Dette følger av åndsverkloven § 34, annet ledd hvor det fastslås at opphavsmannens enerett til videresending *bare* kan utøves gjennom organisasjon som er godkjent etter § 38a. Denne bestemmelsen oppfyller Norges internasjonale forpliktelser, jf satellitt- og kabeldirektivets artikkel 9 (1):



*”Member States shall ensure that the right of copyright owners and holders of related rights to grant or to refuse authorization to a cable operator for a cable retransmission may be exercised only through a collecting society.”* (vår understrekning)

Hensynet bak bestemmelsen er at den enkelte rettighetshaver ikke skal kunne nedlegge forbud mot videresending da det ville skape uoverstigelig hinder for videresending siden et så stort antall rettighetshavere er involvert. Så lenge det ikke finnes en godkjent organisasjon, kan ikke rettighetene håndheves eller klareres med andre, ei heller av de individuelle rettighetshaverne.

Det følger av dette at i den utstrekning rettighetshaverne enten ikke ønsker å organisere seg i en organisasjon som oppfyller lovens krav, eller av ulike grunner ikke klarer dette, kan rettighetene ikke håndheves og har heller ingen verdi. Innen videresendingsområdet er dette en begrensning av de enerettigheter rettighetshaverne ellers har. Rettighetshaverne har derfor en oppfordring til å organisere seg slik loven krever. Motsatt kan ikke lovligheten av kabeldistribusjon og annen videresending som sådan være avhengig av at rettighetshaverne har organisert seg på riktig måte. I så fall kunne rettighetshaverne nekte slik videresending ved å unnlate å organisere seg, mens formålet med regelen i åndsverkloven § 34 og satellitt- og kabeldirektivet er å legge til rette for videresending. Den videresending som har foregått i den perioden Norwaco ikke har vært godkjent, innebærer derfor ingen krenkelse av noens rettigheter etter åndsverkloven og er heller ikke ulovlig.

Dersom departementets forskriftsforslag blir gjennomført slik at Norwaco kan gis en godkjennelse tilbake i tid, vil det kunne ha betydning for spørsmålet om det foreligger en krenkelse av rettigheter etter åndsverklovgivningen eller ei. I denne forbindelse minnes det om at visse krenkelser av åndsverkloven er straffesanksjonert etter åndsverkloven § 54. Forskriftsforslaget vil således kunne medføre at en tidligere straffri handling eventuelt kan gjøres straffbar. Grunnlovens § 97 oppstiller et absolutt forbud mot å gi lover som er straffesanksjonert tilbakevirkende kraft. Dette er også understreket av Høyesterett i Rt 2006 side 293 (Arves trafikkskole):

*”Når det er knyttet nye byrder til en tidligere handling eller begivenhet, har hovedregelen derimot vært at tilbakevirkning ikke er tillatt. [...] Et absolutt forbud gjelder i strafferetten.”*

En tilbakevirkning vil også kunne ha betydning for et eventuelt erstatningsansvar etter åndsverkloven § 55 og forskriftsforslaget kan medføre at de som har videresendt i perioden 2005-til forskriften blir forkynt, risikerer erstatningskrav det ellers ikke ville være grunnlag for å nå frem med fra rettighetshaversiden. Suppleringskravet for perioden 2008 til 2010 som ble avvist av Kabelvistnemnda, er et helt konkret eksempel på et slikt erstatningskrav. På samme måte vil ethvert annet vederlagskrav som fremmes i etterkant på grunnlag av en allerede foretatt handling være et erstatningskrav. Spørsmålet om Norwaco har vært godkjent etter åndsverkloven og oppfyller representativitetskravet, og således har utgjort en organisasjon som nevnt i åndsverkloven § 38a, relaterer seg både til det materielle grunnlaget for et erstatningskrav og er et prosessuelt vilkår for klage- og søksmålskompetanse i forhold til erstatningskrav, jf også Borgarting lagmannsrett i kjennelse av 12. desember i år (RiksTV-saken):

*”...kriteriet ”organisasjon som nevnt i § 38a” både [er] et vilkår for å være rett kreditor for kravet etter åndsverkloven § 34 andre ledd, og for å ha søksmålskompetanse etter*



*åndsverkloven § 38 b. Pretensjonen knytter seg således samtidig til det materielle grunnlaget for Norwacos krav og til et prosessuelt vilkår for søksmål”*

Andenæs/Fliflet ”Statforfatningen i Norge”, 9. utgave side 384 fastslår at så vel mildere som strengere erstatningsregler vil være i strid med Grunnlovens § 97 i den grad de anvendes på tidligere handlinger:

*”Spørsmålet om erstatningsplikt må avgjøres etter lovgivningen på tiden for den skadegjørende handling. Å anvende skjerpede regler med tilbakevirkende kraft betyr å knytte nye byrder til tidligere handlinger. For så vidt er stillingen den samme når det gjelder straff. Derimot er det forskjell når det gjelder nye og midlere regler om ansvaret. En ny og midlere straffelov kan anvendes uten hinder av grl. § 97. Å anvende nye og mildere erstatningsregler ville bety å gripe inn på den skadelidtes ervervede rettskrav på en måte som vil stride mot grl. § 97.”*

Kulturdepartementet kan derfor ikke vedta lovgivning som kan ha betydning for eventuell erstatningsplikt for tidligere foretatte handlinger. Dersom forskriften legger til rette for at Norwaco gis godkjennelse med tilbakevirkende kraft, kan det ikke utelukkes at Norwaco vil kunne søke å gjenoppta suppleringskrav for perioden 2008 til 2010 som ble avvist av nemnda eller for øvrig reise erstatningskrav for handlinger foretatt før forskriftens forkynning. Ettersom kravet til godkjennelse ifølge lagmannsretten også relaterer seg til det materielle grunnlaget for Norwacos krav og dermed også er en frifinnelsesgrunn, vil en godkjenning med virkning tilbake i tid innebære at det etter omstendighetene kan oppstå et vederlags- eller erstatningskrav på Norwacos hånd som videresenderne ellers ville blitt frifunnet for. En avvisning har praksis de samme økonomiske konsekvenser. De kabelselskapene som var innklaget i suppleringskravssaken vil eksempelvis derfor kunne lide et økonomisk tap hva enten en eventuell gjenopptagelse av denne skyldes endringer i prosessuelle eller materielle regler.

For fullstendighetens skyld påpekes at selv utenfor strafferettens og erstatningsrettens område, er den klare hovedregel at det ikke er tillatt ved tilbakevirkning å legge nye byrder på tidligere handlinger. Høyesteretts flertall i Rederiskattesaken i Rt. 2010 s.143 (plenum) anla en streng vurderingsnorm hva gjelder tilbakevirkning:

*”Spørsmålet om ei lov som knytter verknader til tidlegare hendingar eller grip inn i etablerte rettsposisjonar, er i strid med Grunnlova § 97, er avhengig av kor sterkt tilbakeverknadselementet er. Dersom lova direkte knytter tyngjande rettsverknader til eldre hendingar, er lova som hovudregel grunnlovsstridig. Om lova derimot berre gir reglar om korleis ein etablert rettsposisjon skal utøvast for framtida, er hovudregelen det motsette.[...] Det må dermed i ei sak som dette liggje føre sterke samfunnsmessige omsyn for at tilbakeverknad skal bli tillaten” (vår understrekning)*

Utgangspunktet er følgelig at lovgivning som knytter rettsvirkninger til handlinger som er foretatt før forskriftens kunngjøring slik som i dette forslaget, er grunnlovsstridige. En særlig streng norm gjelder for lovgivning i forskrifts form, jf Rt 1992 s. 182 (Polar):



*”Forvaltningsloven § 39 er strengere enn Grunnloven § 97 ved at skjæringstidspunktet for tilbakevirkning er satt ved kunngjøringen, og ikke ved vedtakelsen. Hvorvidt tilbakevirkning for øvrig må vurderes på samme måte etter forvaltningsloven § 39 som etter Grunnloven § 97, har det vært noe ulike oppfatninger om. Jeg mener for min del at Høyesteretts prøvelse av lovers grunnlovsmessighet reiser spørsmål om forholdet mellom lovgiver og domstoler som ikke på tilsvarende måte gjør seg gjeldende ved vurderingen av forskrifters rekkevidde. Det er derfor ikke grunn til at domstolene - av hensyn til Stortingets syn - skal vise noen tilbakeholdenhet med å anvende det klare forbud mot tilbakevirkning i forvaltningsloven § 39. ”.*

Selv om departementet skulle mene at man var utenfor strafferettens- og erstatningsrettens område, kreves det sterke samfunnsmessige hensyn for å akseptere tilbakevirkning. Slike hensyn foreligger ikke i denne saken som først og fremst dreier seg om det privatrettslige, økonomiske forhold mellom rettighetshavere på den ene siden og distributørene og deres kunder og leverandører (kringkasterne) på den annen. Alle kostnadsøkninger for distributørene og deres leverandører vil til syvende og sist ramme forbrukerne i form av høyere priser. Noen sterke samfunnsmessige hensyn som skal kunne begrunne en tilbakevirkning er ikke påvist av Kulturdepartementet i høringsnotatet utover at de hevder det er ”gode grunner” for at forholdene bør legges til rette slik at partene kan ordne opp i situasjonen bakover i tid. At departementet eventuelt skulle mene at en tilbakevirkning ville gi en rimelig løsning, er ikke tilstrekkelig, jf Høyesteretts uttalelse i Rt 2006 side 293 (Arves trafikkskole):

*”Noen helhetsvurdering hvor bare den klart urimelige og urettferdige tilbakevirkning er forbudt, er det ikke rom for.”*

Kabeldistributørene mener uansett at det ikke vil være rimelig å godkjenne Norwaco i ettertid ved å innføre nye godkjenningskrav med virkning tilbake i tid og dermed sanksjonere Norwacos rettsstridige opptreden ved at de over flere år har opptrådt som om de oppfylte kravene i § 38a når de faktisk ikke har gjort det. Det forhold at godkjenningsspørsmålet har direkte betydning for saker som er brakt inn for Kabeltvistnemnda som uavhengig tvisteløsningsorgan og domstolene tilsier også at Kulturdepartementet må utvise ekstra tilbakeholdenhet med å gi forskriften tilbakevirkende kraft. Som nevnte er det vanskelig å se forskriftsforslaget som annet enn en direkte inngripen i foreliggende tvister mellom private parter, i den ene partens - Norwacos - favør. Slike inngrep er i konflikt med maktfordelingsprinsippet som forbudet mot tilbakevirkning har en side til, jf. Fliflet, ”Kommentarutgave til Grunnloven” s. 398:

*”Lover som tar sikte på å ramme tidligere handlinger og begivenheter vil lett være utslag av myndighet som skal ligge til den utøvende eller dømmende makt.”*

Det vises i denne forbindelse også til Høyesteretts uttalelse i Rt 1990 s. 284 (Selsbakk) på s. 295:

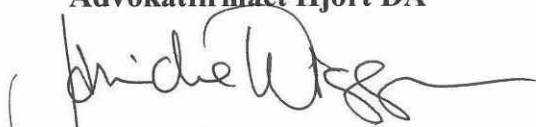
*”[...] hensynet til at domstolene etter grunnloven har den dømmende myndighet, bør tilsi varsomhet med å gripe inn med lovgivning om partenes rettigheter i saker som allerede står for domstolene.”*

**7 OPPSUMMERING**

Etter Get og Canal Digital Kabel TVs oppfatning verken kan eller bør den foreslåtte forskrift vedtas.

Med vennlig hilsen

**Advokatfirmaet Hjort DA**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Janicke Wiggen', with a long horizontal flourish extending to the right.

Janicke Wiggen

Advokat

For Monica Syrdal

Partner

msy@hjort.no