

Kulturdepartementet  
Postboks 8030 Dep,  
0030 Oslo

Deres ref.  
2011/03961 ME/ME1 SFA:elt

Vår ref.

Dato, 5. januar 2012

## **HØRINGSUTTALELSE FRA C MORE ENTERTAINMENT AB VEDRØRENDE FORSLAG OM FORSKRIFT OM OVERGANGSREGLER TIL ÅNDSVERKLOVEN**

### **1. Innledning og oppsummering**

Vi viser til høringsnotat fra Kulturdepartementet av 18. november 2011 med forslag om forskrift om overgangsregler til lov 17. juni 2005 nr. 97 om endringer i åndsverkloven.

I dette notatet inngis høringsuttalelse fra C More Entertainment AB ("C More").

C More er en svensk kringkaster og ledende leverandør av premium betal-tv-tjenester i Norden. I Norge tilbyr vi totalt 14 kanaler, hvorav 8 filmkanaler og 6 sportskanaler.

Departementets forslag innebærer at enkelte organisasjoner – basert på ny søknad – skal kunne godkjennes midlertidig av departementet etter åndsverkloven § 38a, selv om organisasjonen ikke oppfyller det skjerpede representativitetskriteriet for godkjenning som ble vedtatt og satt i kraft ved lovendring i 2005 og som fortsatt gjelder. Den midlertidige godkjenningen er foreslått å kunne få virkning fra 2005. Forskriftsforslaget er basert på en bestemmelse i endringsloven fra 2005 om at departementet kan gi "overgangsregler", og har sin bakgrunn i at Norwaco for tiden ikke anses som godkjent etter gjeldende regler.

Kort oppsummert finner C More ikke å kunne støtte forskriftsforslaget, bl.a. av følgende grunner:

- Nær sagt all rettighetsklarering av C Mores kanaler, herunder klarering av videresendingsrettigheter, skjer uten at Norwaco eller andre forvaltningsorganisasjoner er involvert. Det er også en generell tendens i hele fjernsynsmarkedet at rettigheter frikjøpes/klareres for utvidet bruk i stadig større utstrekning. Det synes således ikke å være grunnlag for den uttalelsens fra departementet som ligger til grunn for høringsforslaget, om at "*hele systemet for klarering av rettigheter for*

*videresending er satt ut av spill*". På betal-tv-området er dette i hvert fall ikke en riktig beskrivelse av situasjonen (se punkt 2).

- Tatt i betraktning at rene forvaltningsorganisasjoner i henhold til lovforarbeidene fra 2005 ikke er ment å skulle godkjennes etter åndsverkloven § 38a, men at godkjennelsesordningen gjelder for fag-/medlemsorganisasjoner som representerer originære rettighetshavere, stiller C More spørsmålstegn ved *behovet* for den foreslåtte overgangsregelen. Så vidt skjønnes er over 20 fag-/medlemsorganisasjoner så langt godkjent etter de nye reglene uten at representativitetskravet har skapt problemer (se punkt 3)
- Dersom det på sikt skulle oppstå behov for å gjøre endringer i godkjennelsesordningen i åvl. § 38a på videresendingsområdet, synes det – særlig på bakgrunn av den grundige behandlingen av avtalelisensbestemmelsene i SOU 2010:24 – å være grunn til å vurdere mulighetene for eventuelt å endre de norske godkjennelsesreglene, fremfor å lage en slik unntaksbestemmelse fra lovens gjeldende krav som høringsforslaget innebærer (se punkt 4).
- C More støtter ikke forslaget om at en eventuell ny godkjenning basert på den foreslåtte godkjennelsesordningen kan gis tilbakevirkende kraft. Realiteten i forslaget er at videresending som var rettmessig da den fant sted, senere vil kunne bli påstått å være rettstridig med grunnlag i en godkjenning med virkning bakover i tid. Dette synes å være i strid med så vel Grl. § 97 som fvl. § 39, og C More kan uansett ikke se at vektige samfunnsmessige hensyn tilsier at en eventuell fremtidig godkjenning skal kunne gis tilbakevirkende kraft (se punkt 5).
- Forskriftsforslaget synes ikke å være i samsvar med hjemmelsgrunnlaget for den foreslåtte regelen, og innholdet i forslaget fremstår å være i strid med åndsverkloven (se punkt 6).
- Realiteten i forslaget er at helt nye godkjenninger skal kunne gis på bakgrunn av regler som så vel EU-kommisjonen, dansk lovgiver, svensk lovgiver og norsk lovgiver tidligere har funnet å være i strid med EU/EØS-retten (se punkt 7).

Det bemerkes for ordens skyld at C Mores kanaler er omfattet av det såkalte *suppleringskravet* fra Norwaco. Tvisten har sin bakgrunn i at Norwaco påstår at det i kanalene som omfattes av suppleringskravet foreligger videresendingsrettigheter – ut over musikkrettigheter som omfattes av Norwacos Musikkavtale – som kringkasterne ikke har klarert. Dette er etter vår oppfatning ikke riktig. For alle våre kanaler blir alle videresendingsrettigheter fullt ut klarert gjennom rettighetskjøp. For øvrig gjelder at for hele 13 av våre i alt 14 kanaler skjer rettighetsklarering uavhengig av Norwaco, også klarering av den type rettigheter som kan klareres gjennom Musikkavtalen til Norwaco.

## 2. Kort om bruk av avtalelisensbestemmelsen på betal-tv-området samt generelle utviklingstrekk

C Mores rettighetsklarering skjer i det alt vesentligste gjennom frikjøp og / eller rettighetsklarering med andre organisasjoner enn Norwaco. Tretten av våre fjorten kanaler er ikke omfattet av Norwacos Musikkavtale. Dette gjelder kanalene:

- Canal+ Series,
- Canal+ SF,
- Canal+ Family,
- Canal+ First,
- Canal+ Hits,
- Canal+ Emotion,
- Canal+ First HD,
- Canal+ Action,
- Canal+ Sport HD,
- Canal+ Sport2,
- Canal+ Sport 3,
- Canal+ Sport Extra, og
- Canal+ Hockey

For alle disse kanalene skjer klarering av rettigheter – også for videresending – uten at Norwaco er involvert. Den eneste av våre kanaler som involverer Norwaco, er kanalen *Canal+ Fotball*, der vi selv – i en viss utstrekning – legger på utgitt *fonogram/musikk* til sendingene. Komponistrettighetene til denne musikken klareres imidlertid direkte med annen organisasjon (TONO), slik at det bare er rettighetene til utøvende kunstnere og produsenter som klareres gjennom Norwacos Musikkavtale (IFPI-rettighetene). Disse rettighetene kunne vi for øvrig klarert direkte gjennom IFPI.

C More kjenner seg derfor ikke helt igjen i departementets uttalelse om at "*hele systemet for klarering av rettigheter for videresending er satt ut av spill*" (høringsnotatet side 2). På betal-tv-området er dette ikke en riktig beskrivelse av situasjonen.

Samtidig er det slik at den generelle tendensen i fjernsynsmarkedet de senere år, går i retning av stadig, større grad av frikjøp av rettigheter i regi av kringkaster og innholdsleverandør. Dette bl.a. som følge av økte krav fra brukerne om tilgang til innhold både på nye måter og gjennom nye tjenester og plattformer som fortløpende kommer til. Tjenester som "*SVOD*" (subscription video on demand), "*TVOD*" (transaction video on demand), "*TV Everywhere*" og "*OTT*" (over the top services) er eksempler på dette.

Hertil kommer at grensen mellom opphavsrettslig videresending og annen type bruk/utnyttelse av fjernsynssendinger og innholdet i slike sendinger er i ferd med å viskes ut.

Situasjonen for C More er i så måte illustrerende. Stort sett all rettighetsklarering skjer som nevnt gjennom rettighetskjøp og våre avtaler med studioene – for alle typer utnyttelse på ulike plattformer – og behovet for ytterligere rettighetsklarering gjennom godkjent rettighetshaverorganisasjon er lite.

Når det er sagt, ser C More naturligvis de positive sidene ved den norske avtalelisensordningen på videresendingsområdet og støtter ordningen som sådan. Samtidig er C More opptatt av at ordningen kun benyttes til klarering av videresendingsrettigheter som ikke fra før er klarert, og at organisasjoner som eventuelt godkjennes av departementet til å inngå avtaler med avtalelisensvirkning er sitt ansvar og sin rolle bevisst.

### **3. Organisasjoner som kan godkjennes etter åvl. § 38a**

Departementets høringsnotat gjelder spørsmålet om midlertidig godkjenning av organisasjoner som ikke oppfyller representativitetskravet i åndsverkloven § 38a, og forslaget er foranlediget av at Norwaco for tiden ikke anses som godkjent.

Idet organisasjonen Norwaco ikke representerer originære rettighetshavere, men er en ren forvaltningsorganisasjon, finner C More grunn til å påpeke at det i lovforarbeidene til lovendringene i 2005 (Ot.prp. nr. 46 (2004-2005)), der bl.a. representativitetskravet i åndsverkloven § 38a ble endret, heter at:

*"Det er forutsatt, som etter gjeldende regler, at de organisasjoner som godkjennes etter § 38a skal representere originære rettighetshavere innenfor sitt verksamråde. Det vil i realiteten si at det omfatter medlems-/fagorganisasjoner og ikke rene forvaltningsorganisasjoner. [...] Det er derimot forutsatt i praksis at det etableres et forvaltningsmessig samarbeid mellom de ulike organisasjoner som godkjennes, slik det bl.a er gjort med Kopinor, som har sine forhandlingsfullmakter fra sine medlemsorganisasjoner." (vår understrekning)*

Etter lovforarbeidene synes det altså å være slik at rene forvaltningsorganisasjoner som Norwaco ikke skal kunne godkjennes, men at godkjennelsesordningen kun gjelder for eksempel for Norwacos medlemmer, bestående av ulike medlems-/fagorganisasjoner som representerer originære rettighetshavere.

Godkjenning av slike medlems-/fagorganisasjoner til originære rettighetshavere sikrer en konkret vurdering av representativitetskravet for hver enkelt organisasjon, og synes dessuten å gjøre det enklere å oppfylle lovens krav til representativitet enn om vurderingen knyttes til en ren forvaltningsorganisasjon bestående av en rekke medlemsorganisasjoner som igjen favner originære rettighetshavere på ulike områder. At Norwaco for tiden ikke anses representativ er illustrerende for dette.

C More kan heller ikke se at forskriftshjemmelen i åndsverkloven § 38a første ledd, annet punktum til å beslutte at "*den organisasjon som godkjennes, må være en felles organisasjon for de berørte rettighetshavere*" er benyttet. Utgangspunktet må derfor fortsatt være at det er hver enkelt fag-/medlemsorganisasjonene som skal godkjennes, og ikke rene forvaltningsorganisasjoner.

At godkjente og representative fag-/medlemsorganisasjoner deretter etablerer et forvaltningsmessig samarbeid, slik det er gjort med Kopinor, fremstår samtidig som fornuftig ut ifra ressurs- og effektivitetshensyn. I forhold til Norwaco, er det p.t. bare én av 34 medlemsorganisasjoner (TONO) som er godkjent på videresendingsområdet.

I lys av ovennevnte stiller C More spørsmålsteget ved *behovet* for overgangsregler som muliggjør godkjenning av organisasjoner som ikke oppfyller lovens krav til representativitet. Så vidt skjønnes har alle de medlems-/fagorganisasjoner som godkjenningens ordning er ment å skulle gjelde for og som har søkt om godkjenning, oppnådd ny godkjenning etter 2005.

#### **4. Gjeldende lovs krav til godkjenning / representativitet – alternative løsninger**

Dersom det er slik at det kravet til representativitet som gjelder etter dagens regelverk viser seg å være uforholdsmessig strengt, slik at representativitetskravet over tid viser seg å være til hinder for godkjenning av organisasjoner og bruk av avtalelisensordningen på videresendingsområdet, fremstår det for C More som mer hensiktsmessig eventuelt å endre kravene til godkjenning / representativitet fremfor å tillate godkjenning av organisasjoner som ikke oppfyller de kravene lovgiver har satt for å kunne oppnå godkjenning. Som nevnt innledningsvis kan C More imidlertid ikke se at et slikt endringsbehov gjør seg gjeldende nå.

Lovens krav er å representere *en vesentlig del* av rettighetshaverne *på området* for videresending, jf. åndsverkloven § 38a. Representasjonskravet er i seg selv omfattende, ikke minst på videresendingsområdet der det er klart flest *utenlandske rettighetshavere*, og kravet knytter seg i tillegg til mange *ulike typer verk og prestasjoner*. Dersom dette kravet skal oppfylles av en enkelt forvaltningsorganisasjon, og ikke de underliggende rettighetshaverorganisasjonene, står den aktuelle organisasjonen utvilsomt ovenfor en utfordrende oppgave. At Norwaco fortsatt ikke har klart å oppfylle lovens krav, sier for så vidt sitt.

I en slik situasjon mener C More at løsningen ikke bør være å gi Norwaco enda mer tid til å oppfylle lovens krav. Når årsaken til den situasjonen som har oppstått er de norske reglene på området, bør departementet heller se på mulighetene for å endre disse.

Vi viser i denne sammenheng til at det i Sverige nylig har vært en grundig utredning av reglene for krav til avtalelisensorganisasjoner, jf. SOU 2010:24, se s. 187 til 209. I forhold til

kravet til representativitet, tar den svenske utredningen først for seg lovgivningen i øvrige nordiske land, herunder Norge, jf. SOU 2010:24 s. 203:

*"Som framgått uttrykkes representativiteten i dag något olika i de nordiska lagstiftningarna. I den danska respektive norska bestämmelsen anges att organisationen ska företräda "en väsentlig del av" av upphovsmännen medan det i Sverige och Finland talas om "ett flertal". I motiven till den norska bestämmelsen sägs att en väsentlig del inte behöver innebära ett flertal (en majoritet), t.ex. då flertalet är orepresenterade." (våre understreknings)*

Deretter kommer den svenske utredningen til at det bør gjelde et helt annet representativitetskrav enn i Norge, nemlig at det er den organisasjon som er *mest representativ* og *best representerer* rettighetshaverne på et visst område som bør kunne inngå avtale med avtalelisensvirkning, jf. SOU 2010:24 s. 205:

*"Jag anser därför att kravet bör uttryckas så att avtal med avtalslicensverkan kan ingås av den organisation som på området är mest representativ och bäst företräder upphovsmännen till verk som används i Sverige. En sådan formulering innebär att en objektiv helhetsbedömning får göras. Meningen är följaktligen inte att det ska uppställas två helt separata krav som skulle kunna leda till, om än osannolikt, att en organisation uppfattas som mest representativ och en annan som den bästa företrädaren för upphovsmännen." (våre understreknings)*

Samtidig konkluderer den svenske utredningen med at det *ikke* bør gjelde krav til godkjenning slik som etter den norske åndsverkloven, både på grunn av EU-lovgivning og på grunn av at det er spørsmål om godkjenning i det hele tatt egner seg for beslutninger fra departement / regjering, jf. SOU 2010:24 s. 199-200:

*"De övriga nordiska länderna har visserligen hävdad att tjänstedirektivet inte hindrar dem från att behålla sina bestämmelser om kollektiv förvaltning, inklusive godkännandeordningarna. Det får emellertid fortfarande anses råda viss osäkerhet i frågan och till sist är det en fråga för EU-domstolen att bedöma. Denna osäkerhet sammantagen med att det kan ifrågasättas om en godkännande-ordning lämpar sig för beslut av regeringen, gör att jag inte vill föreslå att kravet på representativitet kompletteras med ett krav på godkännande. Jag bedömer att den tydlighet och förutsebarhet som en godkännandeordning kan ge kan uppnås på annat sätt och återkommer till det nedan." (vår understrekning)*

Det er verd å merke seg at den svenske utredningen – etter en grundig gjennomgang og vurdering og vel kjent med de norske reglene på området – kommer til at krav om godkjenning / representativitet slik som i den norske åndsverkloven, ikke er hensiktsmessig, samt muligens også – grunnet tjenestedirektivet – i strid med EU-retten. EU-reglene det vises til, er også en del av EØS-retten.

På bakgrunn av den svenske utredningen foreligger det etter C Mores oppfatning enn mer grunn for departementet til å undersøke mulighetene for eventuelt å endre de norske reglene, fremfor å lage en unntaksbestemmelse fra lovens krav, dersom det på sikt skulle oppstå behov for å gjøre endringer godkjennelsesordningen.

## **5. Spørsmålet om tilbakevirkende kraft, jf. Grl. § 97 og fvl. § 39**

C More er i likhet med øvrige aktører i bransjen bekymret over den situasjonen som har oppstått grunnet Norwacos manglende godkjenning, og tar det for gitt at rettighetshaverne nå arbeider for en snarest mulig løsning hvoretter ny(e) godkjenning(r) kan gis på videresendingsområdet, slik at klareringsbehovet fremover kan løses på en god måte.

C More strever imidlertid med å se at et eventuelt fremtidig vedtak som tillater godkjenning av Norwaco, og eventuelt andre, skal kunne gis tilbakevirkende kraft, jf. Grl. § 97, og støtter ikke dette forslaget.

Et slikt vedtak vil være til skade for både tv-distributører og kringkastere, bl.a. ved at det vil kunne få betydning for Norwacos suppleringskrav. Dersom Norwaco godkjennes med virkning bakover i tid, vil det dessuten innebære en endring av det faktiske grunnlaget for Kabelvistnemndas avvisningsvedtak av 28. juni 2011, der nemnda fastslo at Norwaco verken er godkjent eller representativ.

Det er for øvrig uheldig at forskriftsforslaget griper inn i en verserende rettstvist på en måte som kan få betydning for utfallet av tvisten, og som vil kunne være skade for alle som har innrettet seg i tillit til eksisterende lovgivning og avsatte rettsavgjørelser. Hertil kommer at en eventuell godkjenning av Norwaco og / eller andre organisasjoner med virkning bakover i tid, vil kunne medføre at det med utgangspunkt i godkjenningen blir fremmet krav det ellers ikke vil være rettslig grunnlag for, noe som åpenbart er til skade for de aktører som slike krav rettes mot.

C More deler for øvrig ikke departementets oppfatning om at videresending må klareres uavhengig om det foreligger godkjent organisasjon eller ikke. Retten til å håndheve eneretten på videresendingsområdet, forutsetter at rettighetshaverne har organisert seg på lovmessig måte, jf. åndsverkloven § 34, annet ledd, jf. § 36, første ledd, tredje punktum. Det følger også av satellitt- og kabeldirektivet fra 1993, at videresendingsrettigheter må forvaltes kollektivt, jf. artikkel 9. Videresendingsrettighetene, herunder forbudsretten, kan således ikke utøves individuelt. Dette gjelder selv om noen klareringsorganisasjon ikke finnes eller er godkjent. I en situasjon der rettighetshaverne ikke har organisert seg på lovlig måte, vil videresending derfor ikke være ulovlig, erstatningsbetingende eller straffbar.

Realiteten i forslaget om å godkjenne Norwaco med tilbakevirkende kraft, er således at videresending som var rettmessig da den fant sted, senere vil kunne bli påstått å være rettstridig med grunnlag i en godkjenning med tilbakevirkende kraft, og endog erstatningsbetingende og straffbar. En slik ordning synes å være i strid med GrL. § 97 og fvl. § 39, og C More kan uansett ikke se at vektige samfunnsmessige hensyn tilsier at en godkjenning skal kunne gis tilbakevirkende kraft.

## **6. Hjemmelsgrunnlaget for den foreslåtte regelen og forholdet til åndsverkloven**

Departementet er gjennom åndsverkloven § 38a gitt hjemmel til å *godkjenne* organisasjoner som oppfyller lovens krav. En regel som tillater godkjenning av en organisasjon som *ikke* oppfyller lovens krav, faller utenfor departementets godkjenningskompetanse etter åndsverkloven § 38a.

Heller ikke endringslovsbestemmelsen fra 2005 om at "*Kongen kan fastsette nærmere overgangsregler*" synes å kunne gi hjemmel for den nå foreslåtte regelen.

Endringslovsbestemmelsen gjelder "*overgangsregler*", det vil si regler som gis før eller samtidig med den aktuelle lovendringen, og ikke etter at loven har trådt i kraft, og i hvert fall ikke etter at loven har virket i over seks år.

Den foreslåtte regel kan vanskelig anses som en "overgangsregel". Overgangsregler er regler om hvem eller hva som omfattes av hhv. gamle og nye regler, eventuelt fra hvilket tidspunkt de nye reglene får anvendelse. Den foreslåtte regel er imidlertid en helt ny regel om at det – basert på søknad – kan gis helt ny godkjenning på visse vilkår, og hvor det gjøres unntak fra det representativitetskravet som ble vedtatt og satt i kraft i 2005.

På denne bakgrunn synes den foreslåtte bestemmelsen å mangle rettslig grunnlag; Både på grunn av tidspunktet forslaget fremmes, men også på grunn av forslagets innhold.

Kompetansen til å gi overgangsregler kan uansett ikke anses for å omfatte kompetanse til å gjøre *unntak* fra lovkravene. En regel som den foreslåtte er derfor i strid med åndsverkloven.

## **7. Forholdet til EØS-retten og tjenesteloven**

Det er grunn til å minne om at bakgrunnen for lovendringen av åndsverkloven § 38a i 2005, var EØS-avtalens forbud mot diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet og fri utveksling av tjenester. Kravet i loven vedrørende representasjon ble derfor endret fra "*norske opphavsmenn*" til "*verk som brukes i Norge*". I Danmark var tilsvarende bestemmelse allerede endret, på bakgrunn av kritikk fra EU-kommisjonen, jf. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s.



54-55). Også i Sverige konkluderes det med at EU-retten umuliggjør et krav om representativitet knyttet til nasjonale rettighetshavere, jf. SOU 2010:24 s. 198.

Den nå foreslåtte regel innebærer at en organisasjon kan godkjennes dersom den *"har vært hjemlet til å inngå avtalelisensavtale på grunnlag av representativitetskravet som gjaldt før lovendringen i 2005."* Realiteten i forslaget er således at helt nye godkjenninger skal kunne gis på bakgrunn av regler som så vel EU-kommisjonen, dansk lovgiver, svensk lovgiver og norsk lovgiver har funnet å være i strid med EØS-retten. Forslaget innebærer også at Norwaco (og eventuelt andre organisasjoner som oppfyller dette kriteriet) gis en særbehandling i forhold til andre organisasjoner, eksempelvis utenlandske organisasjoner.

Basert på ovennevnte synes forslaget å være i strid med EØS-retten, herunder bl.a. EØS-avtalen artikkel 4, og tjenesteloven § 10 første ledd bokstav a).

Med vennlig hilsen

  
Steinar Brændeland  
Daglig Leder C More Entertainment Norge