



Kulturdepartementet
Postboks 8030 Dep,
0030 Oslo
For: Bengt O. Hermansen

5. januar 2012

HØRINGSUTTALELSE FRA TVNORGE AS VEDRØRENDE FORSLAG OM FORSKRIFT OM OVERGANGSREGLER TIL ÅNDSVERKLOVEN

1. Innledning

Jeg viser til Kulturdepartementets høringsbrev av 18. november 2011 med forslag til forskrift om overgangsregler til lov av 17. juni 2005 nr. 97 om endringer i åndsverkloven.

TVNorge AS («TVNorge») mener at en velfungerende avtalelisensordning på videresendingsområdet er nødvendig for klarering av de rettigheter som følger av åndsverkloven. Etter lovendringen i 2005 har det oppstått en uheldig situasjon ettersom Norwaco opptre som organisasjon for klarering av rettigheter til tross for at organisasjonen ikke er godkjent etter åndsverkloven § 38a.

TVNorges hovedsyn på forskriftsforslaget er at departementet går for langt når det foreslås en ordning for å godkjenne Norwacos uhjemlede opptreden med tilbakevirkende kraft. Det kan derfor reises spørsmål om forslag har hjemmel i endringsloven pkt. III nr. 2 bokstav c. Det er særlig fire forhold som fremstår som problematisk:

- For det første er forskriften skreddersydd for Norwaco. Det kan derfor reises spørsmål om forskriftsforslaget i realiteten er et enkeltvedtak som ikke kan vedtas med hjemmel i endringsloven pkt. III nr. 2 bokstav c, se pkt. 2 nedenfor.
- For det andre er kan det reises spørsmål om endringsloven pkt. III nr. 2 bokstav c gir hjemmel for at det ca. fem og et halvt år etter at endringsloven trådte i kraft kan fastsettes overgangsregler med tilbakevirkende kraft, se pkt. 3 nedenfor.
- For det tredje kan det reises spørsmål om delegasjonsklausulen i endringsloven gir hjemmel for å gi et langvarig fravik av representasjonsvilkåret i åndsverkloven § 38a, se pkt. 4 nedenfor.
- For det fjerde etterlyser TVNorge en nærmere vurdering av forslagets forhold til Grunnloven § 97.



2. Delegasjonsklausulen gir hjemmel for generelle overgangsregler, ikke individuelle vedtak

Departementets kompetanse til å fastsette forskrifter beror på en tolking av lovhjemmelen. I forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c er forskrift definert som et «vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til et utbetemt antall eller en ubestemt krets av personer». Enkeltvedtak er definert som «vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer», jf. § 2 første ledd bokstav b.

Forvaltningslovens legaldefinisjon av forskrift og enkeltvedtak viser at generelle bestemmelser og individuelle vedtak er to forskjellige ting, jf. Justisdepartementets veiledning, Lovteknikk og lovforbredelser, side 105 – 106. Med uttrykk «overgangsregler» i endringsloven pkt. III nr. 2 bokstav c siktes det til generelle regler og ikke individuelle vedtak, jf. Torstein Eckhoff, Forvaltningsrett, 9. utgave, side 386. Overgangsregler vil normalt være regler som gjelder i en overgangsfase fra innføringen av ett regelsett til et annet. Som utgangspunkt hjemler endringsloven pkt. III nr. 2 bokstav c at det fastsettes midlertidige regler i forskrifts form. Det er imidlertid grunn til å reise spørsmålet om departementets forslag i realiteten er et enkeltvedtak.

Grensen mellom enkeltvedtak og forskrift har flere ganger vært gjenstand for vurdering av Justisdepartementets lovavdeling og Sivilombudsmannen, se Geir Woxholth, Forvaltningsloven med kommentarer, 2011 (heretter «Woxholth»), side 97 flg. for referanser. I juridisk teori er det ledende synspunkt at et vedtak som «bare har faktisk og rettslig betydning for en helt begrenset krets av personer som uten særlige praktiske problemer kunne ha vært individualisert, kan reelle hensyn tilsi at det i realiteten må anses som et enkeltvedtak, til tross for ordlyden. Dette gjelder særlig der vedtaket er et resultat av en individuell og konkret bedømmelse av forholdene til den enkelte eller de personer det like gjerne kunne vært gitt som et enkeltvedtak overfor», se Woxholth side 98.

For å kunne dispensere fra representativitetsvilkåret i åndsverkloven § 38a, bestemmer forslaget § 1 at organisasjonen må ha vært «hjemlet til å inngå avtalelisens på grunnlag av representativitetskravet som gjaldt før lovendringen i 2005». Kulturdepartementet har uttalt at to organisasjoner – Norwaco og BONO – har søkt om godkjenning etter åndsverkloven § 38a. Av disse to organisasjonene var bare Norwaco godkjent som organisasjon til å inngå avtaler med avtalelisensvirkning før lovendringen i 2005. Det er derfor vanskelig å tenkes seg at forskriften får anvendelse på andre organisasjoner enn Norwaco.

I juridisk teori er det lagt til grunn at en forskrift som bare retter seg mot en bestemt krets, i realiteten må anses som et enkeltvedtak. Woxholth uttaler på side 100:

«Spørsmålet om et vedtak er enkeltvedtak eller forskrift, kan være tvilsomt når man ikke lenger står overfor et helt begrenset antall private rettssubjekter, men mer enn to-tre stykker. Etter omstendighetene kan det nok være grunn til å anse slike vedtak som retter seg mot noen rettssubjekter, som enkeltvedtak. Både uttalelser i forarbeidene, jfr Innst O II (1966-67) s 3-4, og reelle hensyn taler for dette.»



Det fremgår av høringsnotatet at forslaget utelukkende er begrunnet i Norwacos situasjon. Andre organisasjoner er ikke nevnt. Den oppståtte situasjonen skyldes at Norwaco ikke søkte om ny godkjenning etter åndsverkloven § 38a før 1. april 2011 til tross for at det fremgår av Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) på side 152 at organisasjoner som «i dag inngår avtalelisens basert på godkjenning etter gjeldende § 38a, må søke på ny». Forslaget må forstås slik at departementet i dag ikke kan godkjenne Norwaco ettersom organisasjonen ikke tilfredsstiller representativitetskriteriet i åndsverkloven § 38a.

Når forslaget utelukkende er et resultat av en individuell og konkret vurdering av Norwacos forhold, står man i realiteten overfor et enkeltvedtak. Slik er oppfatningen i den juridiske teori, se Woxholt side 101:

«Er vedtaket et resultat av en individuell og konkret vurdering av enkeltets forhold, kan også dette tale for at det dreier seg om et enkeltvedtak. Motsatt dersom vedtaket bygger på mer alminnelige betraktninger som kan ha generell gyldighet. I de tilfelle der det er praktisk vanskelig å individualisere de som vedtaket skal gjelde for, må det offentlige som regel stå fritt til å velge forskriftsformen. Men også i slike tilfelle kan det være naturlig å anvende lovens regler om enkeltvedtak analogisk ved siden av de regler som gjelder om forskrifter i kapittel VII».

Ved enkeltvedtak gjelder forvaltningsloven kapittel II til og med VI og kapittel VIII. En tilsidesettelse av disse reglene, vil kunne medføre at det reises innsigelser til forslagets gyldighet. Dette gjelder særlig fordi forslaget griper inn i tvisten mellom kabeldistributørene om Norwacos rettigheter til å innkreve vederlag etter åndsverkloven § 34, og den pågående tvisten mellom RiksTV og Norwaco.

3. Delegasjonsklausulen kan ikke anvendes nesten seks år etter endringslovens ikrafttreden

Overgangsregler gis som regel i forbindelse med lovendringen og trer som regel i kraft samtidig med eller kort tid etter endringslovens ikrafttredelse. I høringsnotatet uttales at «hjemmelen til å gi overgangsregler kan imidlertid også benyttes på et senere tidspunkt», se side 3. I forlengelsen av dette begrunner departementet bruk av hjemmelen med at «det foreligger særlige grunner for å benytte hjemmelen selv om det er lenge siden endringslovens ikrafttredelse», se høringsnotatets side 3. De særlige grunner er at avtalelisenssystemet er satt ut av spill ettersom det i dag ikke foreligger en godkjent organisasjon etter åndsverkloven § 38a som skal klarere rettigheter etter åndsverkloven § 34.

Selv om avtalelisenssystemet er satt ut av spill, mener TVNorge det er grunn til å reise spørsmål om delegasjonsklausulen i endringsloven pkt. III nr. 2 bokstav c gir hjemmel for at det nesten seks år etter at endringsloven trådte i kraft fastsettes «overgangsregler». Også dette spørsmålet beror på en tolking av lovhjemmelen. Normalt er forarbeidene til loven av stor betydning for vurderingen av om departementet holder seg innenfor fullmaktens rammer. Stortingets utenriks- og konstitusjonskomité uttalte i 1977, i sin innstilling om Stortingets kontroll med forvaltningen, at entydige uttalelser i premissene for et delegasjonsvedtak må være sterkt retningsgivende for forvaltningens utarbeidelse av forskriften, jf. Innst. S. nr. 277 (1976-1977) side 8 og Johs. Andenæs og Arne Fliflet, Statsforfatningen i Norge, 10. utgave, 2008, side 252.



I forarbeidene til endringsloven, Ot. prp. nr. 46 (2004-2005), sies det ingenting om bakgrunnen eller behovet for at Kongen fastsetter overgangsregler. I tolkingen må en derfor legge stor vekt på naturlig språklig forståelse av hjemmelsgrunnlaget. Uttrykket «overgangsregler» betyr at det lages midlertidige, generelle regler i en overgangsperiode. Formålet med å gi departementet hjemmel til å fastsette overgangsregler må være å skape en sømløs overgang mellom to regelsett, jf. Benedicte Moltumyr Høgberg, Tilbakevirkningsforbudet i norsk rett, 2009, side 327. Formålet tilsier at overgangsreglene må ha en tidsmessig og saklig sammenheng med lovendringen. At det må være en tidsmessig sammenheng mellom overgangsreglene og endringslovens ikrafttredelse støttes også av delegasjonsklausulens plassering blant ikrafttredelsesbestemmelsen i pkt. III nr. 1 og de særskilte overgangsreglene i pkt. III nr. 2 viser at bestemmelsen er ment å skulle bruke i forbindelse med lovens ikrafttredelse. I pkt. III nr. 2 bokstav a ble det gitt regler om at endringsloven ikke skulle gis anvendelse på «*handlinger som er utført eller rettigheter som er ervervet før loven her trer i kraft*». I forlengelsen av dette ble det i pkt. III nr. 2 bokstav b gitt en særskilt overgangsregel for avvikling av igangsatte eksemplarframstillinger etter åndsverkloven kapittel 2 innen 1. januar 2006. Dette viser noe av den tidsrammen lovgiver har sett for seg ved overgangsreglene. Det er klart at det ikke foreligger en tidsmessig sammenheng fem og et halvt år etter endringslovens ikrafttredelse.

Det synes heller ikke å foreligge en saklig sammenheng mellom ikrafttredelsen av endringsloven og departementets forslag. Ved å godkjenne Norwaco som organisasjon etter åndsverkloven § 38a med virkning fra 1. juli 2005, tar forslaget utelukkende sikte på å reparere den uhjemlede virksomheten Norwaco har drevet – og som de fortsatt driver. En etterfølgende godkjenning med virkning fem og et halvt år tilbake i tid ligger klart utenfor uttrykket «overgangsregler» og lovgivers intensjon.

Forslaget åpner for at det innenfor en «*nærmere angitt tidsperiode*» kan gis dispensasjon fra representativitetskriteriet i åndsverkloven § 38a, jf. forslaget § 1. Det er en betydelig svakhet ved forslaget at tidsperioden ikke angis med en bestemt frist. Siden Norwaco siden 2005 ikke har klart å dokumentere at de oppfyller representativitetskravet, er det grunn til å tro at det den midlertidige dispensasjonen fra åndsverkloven § 38a vil kunne vare i mange år. Av Kabeltvistnemndas vedtak i sak 1/2010 den 28. juni 2011 fremgår det at Norwaco i svært beskjeden grad representerer de rettigheter som ble åpnet for avtalelisens i 2005:

«Nemnda legger til grunn at Norwaco med unntak for de rettighetene som ble åpnet for avtalelisens i 2005, representerer en flerhet av norske rettighetshavere til verk på videresendingsområdet. Men dette er ikke tilstrekkelig til å anse at organisasjonen representerer en vesentlig del/flerhet av rettighetshavere til verk som brukes i Norge på området. I tillegg til avtalen med IFPI gir de to avtalene om forfatterrettigheter fra 2006 Norwaco representasjonsfullmakt. Det samme gjelder avtalen fra 2007 med den britiske regissør- og produsentorganisasjonen og avtalen fra 2008 med Canada samt den nye forvaltningskontrakten med TONO. Nemnda kan vanskelig se at dette er tilstrekkelig til å vise at Norwaco i periodene 2007-2010 og 2008-2010 representerte en flerhet av rettighetshavere til verk som brukes i Norge på videresendingsområdet», se vedtaket side 15-16.

Selv om det ikke foreligger noen opplysninger om at Norwaco har innhentet ytterligere representasjonsfullmakter fra rettighetshavere til verk som brukes i Norge på



videresendingsområdet, er det grunn til å anta at det til ta flere år før Norwaco tilfredsstillere representativitetskriteriet i åndsverkloven § 38a. Når godkjenningen etter forslaget § 1 skal gis med tilbakevirkende kraft fra 1. juli 2005, innebærer det reelt sett at det gis en dispensasjon fra representativitetskriteriet for en ubestemt tidsperiode som kan strekke seg over alt fra seks til ti år (2015) eller i verste fall ennå lenger dersom Norwaco ikke kan dokumentere at de tilfredsstillere representativitetsvilkåret, jf. pkt. 4 nedenfor.

En overskridelse av den materielle kompetansen vil medføre at det kan stilles spørsmål ved forskriftens gyldighet. I tillegg til at forslaget griper inne i pågående tvister med kabeldistributørene og RiksTV, vil man for fremtidig klarering av rettigheter på videresendingsområdet risikere gyldighetsinnsigelser til Norwacos kompetanse både fra rettighetshavere og distributører.

4. Delegasjonsfullmakten hjemmel for å gi langvarige unntak fra vilkårene i åndsverkloven § 38a

Etter sin ordlyd oppstiller åndsverkloven § 38a to selvstendig vilkår: Dels må organisasjonen «på området representere en vesentlig del av opphavsmennene til verk som brukes i Norge» og dels må organisasjonen være godkjent av departementet. Forskriftsforslaget § 1 gjør et unntak fra representativitetsvilkåret på ubestemt tid.

TVNorge mener det er grunn til å reise spørsmål om endringsloven pkt. III nr. 2 bokstav c gir hjemmel til å fastsette forskrifter som er i strid med åndsverklovens egne bestemmelser for en ubestemt tid. Endringsloven pkt. III nr. 2 bokstav c ville nok hjemlet et tidsbegrenset unntak fra representativitetsvilkåret dersom en forskrift hadde blitt vedtatt samtidig med eller kort tid etter endringslovens ikrafttredelse. Spørsmålet om delegasjonsklausulen nå kan brukes som en derogasjonklausul for en ubestemt tidsperiode, aktualiseres særlig ettersom hjemmelen benyttes nesten seks år etter lovens ikrafttreden og siden godkjenningen gis tilbakevirkende kraft slik at representativitetskriteriet reelt sett fravikes over en meget lang tidsperiode.

Utgangspunktet må her tas i at en derogasjon forutsetter at det foreligger en klar lovhjemmel, jf. Justisdepartementet side 105:

«Enkelte former for forskriftsregulering krever en særlig klar hjemmel. Dette gjelder bl.a. bestemmelser om straffansvar, bestemmelser som innebærer bruk av tvangsmidler, og bestemmelser som gjelder innkreving av avgifter. Også myndighet til å gi forskrifter som fraviker bestemmelser i loven, derogasjon, forutsetter at det foreligger en klar hjemmel.»

Tilsvarende synspunkter fremholdes av Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 9. utgave, 2010, side 387.

I rettspraksis er det lagt til grunn at en lov som bare gir fullmakt til å gi nærmere regler til «utfylling og gjennomføring av loven», gir dette ikke hjemmel for forskrifter som står i strid med lovens egne bestemmelser, se Rt. 1960 side 760. I dommen uttalte Høyesterett at det må 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», se side 762. Videre uttalte Høyesterett at



departementet «kan da i sine forskrifter ikke gå utenfor den ramme som er angitt ved de øvrige bestemmelser i loven. Så meget mindre kan det endre eller fravike bestemmelser i andre formelle lover», se side 762. Se også Johs. Andenæs, Statsforfatningen i Norge, 7. utg., 1994, s. 240.

5. Spørsmål om tilbakevirkende kraft

I høringsnotatet berører departementet forholdet til Grunnloven § 97 og uttaler at overgangsreglene ikke er til skade for noen.

TVNorge etterlyser en nærmere vurdering av Grunnloven § 97. I flere henseende kan reises spørsmål om en godkjenning av Norwaco med tilbakevirkende kraft kan være i strid med tilbakevirkningsforbudet, samt en nærmere vurdering av hva om forslaget kan være til skade for rettighetshavere, kabelselskapene og andre aktører, herunder kravene som er fremmet mot RiksTV knyttet til supplerings- og musikkvederlag.

Videre bør det utredes hvilke eventuelle sterke samfunnsmessige hensyn som gjør seg gjeldende for å tillate tilbakevirkende kraft når rettighetsorganisasjonen Norwaco selv er årsaken til at de nødvendige godkjenninger ikke foreligger. Det bemerkes i den forbindelse at musikkvederlag knyttet til videresending uansett kan klareres direkte gjennom Tono. Det må kunne forventes at øvrige rettighetshavere organiserer seg i tråd med lovens krav.

Med vennlig hilsen
TVNorge AS

Edvard A. Tveten
Advokat