

Kulturdepartementet
Postboks 8030 Dep
0030 OSLO



Sendt pr. e-post til postmottak@kud.dep.no

Oslo, 26. mars 2021

Innspill til gjennomføring av digitalmarkedsdirektivet mv. i norsk rett

Vi viser til departementets invitasjon av 18. desember 2020 til å komme med innspill vedrørende gjennomføring av digitalmarkedsdirektivet i norsk rett.

Med over 9500 medlemmer er Creo Norges største kunstnerorganisasjon. Vi arbeider for å sikre medlemmene våre bedre lønns-, - og arbeidsvilkår, enten de er arbeidstakere eller selvstendig næringsdrivende. Creo er tilsluttet Landsorganisasjonen i Norge (LO).

Alle som har inntekt fra kunstneriske eller kunstpedagogiske yrker, kan bli medlem i Creo. Vi organiserer blant annet utøvende musikere, dansere, pedagoger, produsenter, musikkterapeuter, scenografer, dirigenter, inspisier, sufflører, teknikere og kritikere.

Creo velger å uttale seg på felter som vi anser relevant for Creos medlemmer. Vi har derfor valgt kun å besvare spørsmål som har nærmere tilknytning til de fagområdene som vi forvalter. Creo er imidlertid en del av Kunstnernettverket, og en rekke av de øvrige spørsmålene vil bli besvart eller kommentert gjennom deres uttalelser, som vi støtter. Vi støtter også i det vesentlige innspillene fra Gramo, Kopinor og Norwaco.

DIGITALMARKEDSDIREKTIVET

1. Bør bestemmelsene som skal gjennomføre unntakene i artikkel 3 og 4 også gjelde for fotografiske bilder som har vern etter åndsverkloven § 23, selv om det ikke følger av direktivet?

Creo mener at bestemmelser som skal gjennomføre art. 3 og 4 i norsk rett, også bør omfatte fotografiske bilder etter åvl. § 23.

2. Skal bestemmelsene tolkes slik at eksemplar fremstilling og uttrekk til tekst- og datautvinningsformål kan gjøres av alt materiale som er åpent tilgjengelig på Internett?

Creo mener at man ikke bør utvide området til å omfatte mer enn det opphavsrettsdirektivene omfatter, da det kan få uoversiktlige følger.

6. Bør enkelte typer verk eller former for bruk ikke omfattes av unntaket? Hvis ja, hva bør unntas og hva er begrunnelsen for dette?

Creo mener at det ikke bare bør være unntak for *enkelte verk/prestasjoner* ved undervisning, men at *alle verk/prestasjoner bør behandles likt*. For utnyttelse med hjemmel i unntaket, bør det betales et rimelig vederlag, slik som det åpnes for i DSM-direktivets art. 5 (4).

Dersom bruken ved undervisningsformål ikke kompenseres, vil vi hevde at utnyttelsen kan være i strid med tretrinnssteden i Infosoc art. 5.(5), ved at fribruken kan innebære «urimelig skade for rettighetshaverne», og at det derved *ikke kan* oppstilles et unntak.

«Klasseromsundervisning» innebærer en mye større grad av verks- og prestasjonsutnyttelse i moderne, digital tid enn tidligere, og bruken av skjerm/strømming har i noen grad tatt over for lesing av trykksak (pensum). Derfor bør bruken fanges opp og kompenseres for. Se mer om dette nedenfor.

Etter Creos mening, *kan* det altså oppstilles unntak for undervisningsområdet, men bare dersom bruken betales for gjennom et “rimelig vederlag”, for eksempel gjennom etablering av nye avtalelisensordninger tilsvarende de velfungerende til fordel for forlag/forfattere (Kopinor).

Creo er imot foreliggende regulering i åvl. § 43 (4) ledd, der “fremføring og overføring” ved undervisning anses som utnyttelse *innenfor det private området*. Vi mener det er en sterk og tilfeldig uthuling av eneretten, og slik vi ser det, også formelt sett en gjennomføring i strid med EU-retten (se neste avsnitt). Å fastslå generelt at fremføring og overføring ligger *innenfor det private område* og derved kan foretas uten samtykke, vil kunne frata rettighetshaverne en naturlig inntektsarena og retten til rimelig vederlag for noe som *kan representere en intens bruk av verket/prestasjonen*. Vederlagsberegning og betaling kan enkelt skje gjennom avtalelisensmodeller, som tidligere er utarbeidet for tekst (Kopinor). Norwaco vil, slik Creo ser det, kunne være en egnet organisasjon for å forvalte undervisningssektoren for andre rettighetshavere enn forlag/forfattere.

Creo mener også at reguleringen slik den nå er regulert i åvl. § 43 (4), kan være i strid med EU-retten. Norsk rett kan ikke ensidig fastlegge innholdet i et EU-rettslig begrep. EU har tolkingsmandat for begreper den ikke konkret har overlatt til medlemslandenes kompetanse å forvalte (jf. f.eks. Infopaq premiss 27). Begrepene i Infosoc-direktivets art. 3 - om overføring og tilgjengeliggjøring for allmenheten - har flere ganger vært gjenstand for fortolkning av EU-domstolen (bl.a. C-306/05 (Rafael Hoteles) premiss 31 og 32, C-117/15 (Reha Training premiss 41-44), slik at begrepet er fastslått å være EU-autonome begreper. Creo mener derfor at verken allmennhetsbegrepet eller overføringsbegrepet ensidig kan fastlegges av norsk lovgiver uten at det tilpasses fortolkningen fra EU-retten.

Også EØS-avtalens art. 6 pålegger Norge en slik forpliktelse: «Ved gjennomføringen og anvendelsen av bestemmelsene i denne avtale (...) skal bestemmelsene, så langt de i sitt materielle innhold er identiske med de tilsvarende regler i Traktaten (...) fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som De europeiske fellesskaps domstol har truffet før undertegningen av denne avtale». Av norsk rettspraksis fremgår at dette også gjelder for dommer fra EU-domstolen etter inngåelse av EØS-avtalen.

Oppsummert bør norsk rett oppstille et unntak for undervisningsområdet, og gi en rimelig kompensasjon for dette ekspansive området, da det eller vil kunne være i strid med tretrinnssteden. En slik ordning kan også underbygges i direktivteksten.

Alternativ kan en slik kompensasjon gis ut ifra at DSM-direktivet er et minimumsdirektiv og at bedre forhold for rettighetshaverne kan tillates, da dette kan sies å være i samsvar med direktivets formål og den interesseavveining det legges opp til (styrke rettighetshavernes posisjon og samtidig gi tilgang til utstrakt bruk). Norwaco vil kunne forvalte et slikt område.

7. Hvilke vurderinger bør gjøres for å avgjøre om bruken er til «illustrasjonsformål» i undervisningen?

Creo viser til Norwacos innspill her, som tiltres som vårt subsidiære forslag. Creos prinsipale forslag er imidlertid at det innføres et unntak for «undervisning», som det kompenseres for gjennom betaling av et rimelig vederlag til rettighetshaverne for bruken. Norwaco viser bl.a. til at *bruken skal understøtte, berike eller supplere undervisningen*. Det må være sammenheng mellom undervisningsaktiviteten og det verk som benyttes til illustrasjon, og at det i de fleste tilfeller kun anvendes *deler av eller utdrag av verk i en slik aktivitet*. Kun bruk som er nødvendig for undervisningsaktiviteten omfattes og det må være snakk om en kunnskapsformidling i organisert form, som er systematisk og har en viss sammenheng over tid, slik begrepet «undervisning» forstås i § 46.

8. Hvordan kan det avgjøres om det har skjedd en skade som er påført rettighetshaverne på grunn av bruken, og hvor stor må denne skaden være før den utløser et krav om eventuell kompensasjon?

Creo mener at den faktiske situasjonen vi befinner oss i, tilsier at *rettighetshaverne påføres stor skade hvis bruk av verk og prestasjoner i undervisning ikke kompenseres for*.

Utviklingen av ny teknologi muliggjør bruk av verk/prestasjoner i større grad enn før (skjermer i alle klasserom og stor båndbredde og overføringsteknologi), slik at større utnyttelse av beskyttede prestasjoner og da skade (inntektstap for rettighetshaverne) er sannsynlig.

Det er nok å se på hvordan digitaliseringen har skutt fart under koronapandemien. Enkelte undervisningsinstitusjoner pålegger de faglige å produsere 1/3 digitalt materiale, som før ble undervist i klasserommet. Dette innholdet kan ofte omfatte opphavsrettsbeskyttet innhold, i tillegg til undervisningsmaterialet, som er beskyttet av opphavsrett, men som blir kompensert for. Som uttalt tidligere, har pensumformidling nå i større grad gått over til *utlegging/overføring via digitale plattformer*, som betyr at det som tidligere ble lest fra bøker hjemme/ved selvstudium, nå i større grad blir vist på skjermer.

En hel rekke nye rettigheter utnyttes i den nye æraen, bl.a. musikk, bilder, film etc. Derfor er bruken mer intens enn tidligere, flere rettighetshavertyper er involvert, og bruken bør kompenseres, da den ellers vil kunne skade rettighetshaverne og deres legitime interesser, og derved være i strid med tretrinnssteden.

Creo understøtter også Kopinors uttalelser til punkt 6-8 vedrørende dette.

9. Hvordan bør klasseromsregelen i § 43 tredje ledd se ut?

Creo mener at formuleringen bør være enklere og omfatte alle verk, med en rimelig kompensasjon. Dette er et område som f.eks. Norwaco kan forvalte.

Creo har i likhet med både Norwaco og Kopinor innsigelser mot gjeldende § 43 tredje ledd, ved at bestemmelsen fastslår at både fremføring og overføring som skjer i ordinær klasseromsundervisning, skal anses å skje *innenfor det private området*. Creo viser til det vi skriver ovenfor, samt Norwacos innspill, hvor det vises til at det fremgår entydig av EU-retten at Norge (eller andre EU/EØS-land) ikke har kompetanse til å fastsette en lovbestemmelse om at klasseromsundervisning er privat når det er snakk om «overføring til allmennheten», da dette vil være i strid med den tolkningen som er lagt til grunn av EU-domstolen.

10. Har det skjedd endringer i bruk etter at klasseromsregelen ble lovfestet, som har ført til at rettighetshavernes interesser har blitt urimelig tilsidesatt?

Creo mener at det har skjedd vesentlige endringer av bruk av verk og prestasjoner siden klasseromsregelen ble lovfestet. Det vises her til tidligere uttalelse med hensyn til at noe av pensumfordypningen har gått over til utlegging/overføring til digitale plattformer, som betyr at det som tidligere ble lest i bøker (egenstudier/lekser), nå i større grad blir vist på skjermer. Det antas også at bruk av audiovisuelle virkemidler generelt har økt ved undervisning.

Undersøkelser viser at studenter/elever er dårligere til å konsentrere seg via egenlesning nå enn tidligere, som antas å være en mulig følge av utstrakt bruk av digitale hjelpemidler fra barneskolen av, som gjør elevene/studentene dårligere til å fordype seg i lesning av lange tekster. Ved nye formidlingsformer vil en rekke nye rettigheter bli involvert, bl.a. musikk, bilder, film etc. Derfor er bruken mer intens enn tidligere, flere rettighetshavertyper er involvert, og bruken bør kompenseres.

Creo viser til det Norwaco skriver i sitt innspill. Rettighetshavere taper vederlag som følge av klasseromsregelen ved at skoleiere (kommunen) mener de som følge av bestemmelsen ikke trenger avtale med rettighetshaverne. Dette mener Creo er svært bekymringsfullt.

11. Foreligger det endringsbehov i andre undervisningsbestemmelser?

Se foregående under spørsmål 6.

Creo mener undervisning bør være et mulig inntektsområde for rettighetshaverne.

Når lovgiver uttaler i spørsmålene fra KUD, at foreliggende regulering er en *kodifisering av gjeldende rett*, mener vi dette ikke er korrekt og at reguleringen går vesentlig lenger. Unntaket som har vært anvendt tidligere, omfattet “uskyldige fremføringer” som synging og skuespill i klasserommet, ikke overføring og tilgjengeliggjøring av alt annet innhold på skjermer i klasserommet eller på digitale læringsplattformer (som f.eks. Itslearning). Skjermoverføring brukes i dagens klasseromssituasjon i større grad som substitutt for læreboka, som en annen måte å formidle pensum på (opptak, filmer etc.). Det er ingen grunn til at ikke undervisningsinstitusjoner skal betale rettighetshavere for bruken av åndsverk og prestasjoner i undervisningssammenheng, som enkelt kan kompenseres gjennom forenklete lisensieringsordninger.

Creo viser også til Kopinors uttalelse om dette punktet, som underbygger vår påstand om at undervisningsområdet er endret, og at utnyttelse av verk og prestasjoner er massivt og bør betales for til rettighetshaverne.

Bevaring av kulturarv (artikkel 6)

14. Bør bestemmelsen som gjennomfører artikkel 6 også gjelde for rettigheter knyttet til fotografiske bilder etter åndsverkloven § 23?

Ja. Creo mener at arkivmaterialet *også bør omfatte fotografiske bilder*. Det bør være samsvar mellom rettigheter og plikter etter åndsverkloven for at prinsippet om at reguleringen skal representere en avveining mellom rettighetshaverne og samfunnets interesser. Creo mener også i likhet med Norwaco, at det er lite hensiktsmessig at den enkelte institusjon selv må vurdere hvert enkelt fotografi for å ta stilling til hvilket regelverk som gjelder.

Felles bestemmelser (artikkel 7)

15. Skal dette forstås som at avveiningene opp mot tretrinnssteden allerede er gjort av EU-lovgiver, eller legger direktivet opp til at ytterligere avveininger skal skje på nasjonalt nivå?

Creo viser her til Kopinor sitt innspill. I et hvert tilfelle må det enkelte EØS-land vurdere om gjennomføringen kan forsvares i lys av tretrinnssteden, siden landene har atskillig frihet til å definere unntakene og til å fastsette regler for kompensasjon. Videre at etter tretrinnssteden vil f.eks. adgangen til unntak i utgangspunktet være større dersom det ytes vederlag.

Kulturarvinstitusjoners bruk av verk og andre beskyttede arbeider som ikke lenger er i handel (artikkel 8)

16. Hvordan vil gjennomføring av direktivets artikkel 8 påvirke eksisterende avtalelisensregler?

Creo viser her til Innspill fra Norwaco og Kopinor.

Bruk over landegrensene (artikkel 9)

21. Hvordan bør det legges til rette for grensekryssende bruk av verk som ikke er i handel?

Også for dette punktet viser Creo til Kopinors uttalelse, som vi understøtter. Loven må åpne for at avtaler kulturarvsinstitusjonene inngår med rettighetshavere om verk som er ute av handelen, kan gi brukere i andre EØS-land tilgang til materialet – og at anvendelsen betraktes som å gjelde her i landet. Dette fordrer imidlertid at institusjonene avtaler et vederlag som også dekker for utvidet bruk.

Opplysningstiltak (artikkel 10)

23. Skal den enkelte kulturarvinstitusjonen eller kollektive forvaltningsorganisasjonen selv melde inn informasjonen til den felleseuropeiske nettportalen, eller bør en sentral nasjonal virksomhet ha ansvaret for dette?

Creo understøtter Kopinors uttalelser om pktene 22-24.

Dialog mellom berørte parter (artikkel 11)

25. Åndsverkloven § 63 tredje ledd stiller krav til organisasjoner som kan inngå avtale med avtalelisensvirkning. Hvilke endringer bør gjøres i denne bestemmelsen som følge av artikkel 12? Hvilke praktiske konsekvenser antas det at gjennomføring av direktivforpliktelsen vil få?

Creo understøtter Norwacos uttalelse i dette spørsmålet, der det hevdes at direktivets art. 12 anses som en (ytterligere) bekreftelse på at de nordiske avtalelisenssystemer er i overensstemmelse med EU-retten og at bestemmelsen ikke krever store endringer i de gjeldende avtalelisensbestemmelsene i åndsverkloven, dog med det unntak at utenforstående gis en grunnleggende rett til å nedlegge forbud.

Creo understøtter også Norwacos uttalelse om at departementet bør presisere at også vederlagsrett kan gjøres gjeldende overfor tredjepart, slik det også fremgår av det danske utkast til gjennomføringslov.

Creo støtter også Gramos innspill om at det bør fremgå av forarbeidene at avtalelisens er et velegnet klareringsverktøy for art.17, der det er et reelt behov for dette og der det er hensiktsmessig.

Rimelig vederlag (artikkel 16)

35. Bør artikkel 16 gjennomføres i norsk rett og i så fall hvordan?

Dette vil bety innføring av en ny produsentvederlagsordning. Creo er skeptiske til innføring av en ny slik rett. Utgiver kan sikre seg på annen måte enn å gis rettigheter. Utgivere befinner seg ikke i en svak forhandlingsposisjon og kan ivareta interessene sine gjennom forhandling om lønn.

Bruk av beskyttet innhold av tilbydere av nettbaserte innholdsdelingstjenester (artikkel 17)

36. Departementet har registrert at flere aktører på rettighetshaversiden har store forhåpninger til at bestemmelsen vil generere økte inntekter. Hvilke analyser ligger til grunn for en slik vurdering?

Konsekvensen som antas følge av gjennomføring av DSM-direktivet i norsk rett, er at bruk som tidligere ble benyttet vederlagsfritt nå må betales for. For musikkområdet viser utredninger departementet har tatt initiativet til (Musikkutredningen; <https://www.bi.no/globalassets/forskning/bi-business-review/musikkutredning---hva-na---digitaliseringens-innvirkning-pa-norsk-musikkbransje---bi-2019.pdf>, s. 56), at YouTube er den mest brukte plattformen ved bruk av musikk. Slike sosiale medie- plattformer har i

økende grad overtatt for tidligere utnyttelsesmåter, som f.eks. radio, som stadig mister markedsandeler. Særlig i de yngre aldersgruppene fastslås denne tendensen.

E-handelsdirektivet og gjennomføringen i norsk rett gjennom e-handelsloven, medførte at slik utnyttelse- for eksempel på YouTube – nærmest var vederlagsfri. Det gikk meget lite eller ingen betaling tilbake til rettighetshaverne, på tross av at plattformene selv hadde store reklameinntekter der det opphavsrettslige innholdet genererte trafikken til nettstedet. Med DSM-direktivet skjer det en endring av den rettslige reguleringen.

Creo er av den oppfatning at den nye bestemmelsen i DSM-direktivets art. 17 endrer perspektivet / synet på plattformenes aktivitet *fra å være passive lagringstjenester til tjenester som tilgjengeliggjør og tilrettelegger for opplevelse av innhold*. Dette er en særdeles viktig perspektivendring, og en stor seier for rettighetshavere til innhold i hele Europa. Det er viktig at vi får til gode forhandlinger med bl.a. YouTube (Google) for å sikre betaling til rettighetshavere for bruken.

Bestemmelsen vil kunne bety en ny stor inntektskilde for rettighetshavere til film, musikk, tekst, fotografi og annen visuell kunst i årene som kommer.

37. Hvordan bør artikkel 17 nr. 2 om lisensavtalens utstrekning gjennomføres?

Alternativer: 1) Ved at det lovfestes at avtaler inngått mellom delingstjeneste og rettighetshaver også skal gjelde for brukere slik at avtalen får en utvidet virkning; 2) innføre et unntak som fastslår at brukere fritt kan laste opp verk som delingstjenesten har inngått avtale om; eller 3) regulere at avtaler som inngås mellom delingstjeneste og en rettighetshaver skal omfatte og regulere spørsmål om brukerens utnyttelse.

Creo mener at det er viktig at det ikke skjer dobbeltbetaling og at brukerne får beskjed om at deres handlinger er omfattet av lisensavtalen mellom rettighetshaverne og plattformen, slik at de fritt kan laste opp brukergenerert innhold, jf. 1). Samtidig bør det fremgå av loven at det er *unntak for opplasting av innhold fra brukere*, slik at dette blir tydelig kommunisert. Dette for også å ivareta balansen mellom rettighetshavere og brukere, som det legges opp til å innfri i fortalen til direktivet.

Creo viser også til Gramo sitt innspill vedr. art. 17, hvor det presiseres at bestemmelsen bare gjelder der *opplastere ikke handler på kommersiell basis* eller der deres aktiviteter ikke genererer betydelige inntekter. Creo støtter Gramo sitt forslag om at dette bør fremgå klart av loven.

Creo støtter også Gramo sitt innspill om at loven også bør klargjøre at bestemmelsen bare gjelder i samme omfang og formål av lisensavtalen som er gitt til delingsplattformen.

38. Kan og bør forpliktelsen til å innhente tillatelse etter artikkel 17 nr. 4 konkretiseres? For eksempel hvis en tjeneste inneholder en stor mengde av en viss verkstype, er det tilstrekkelig å inngå avtale med kollektive forvaltningsorganisasjoner som representerer rettighetshaverne til slike verk og større aktører, eller må det også inngås avtaler med mindre aktører? Kan delingstjenester anses for å ha «gjort sitt ytterste for å innhente tillatelse» dersom de takker nei til et tilbud om lisensavtale, herunder dersom lisensgiver stiller urimelige krav til lisensavgiften?

Creo mener at avtalelisenser bør omfatte alle rettighetshavere. Hvis Gramo (eller Norwaco) får mandat til å inngå slike avtaler, har de allerede systemer som ivaretar fordelingen til rettighetshavere for audiovisuelt innhold.

Creo viser også her til innspill fra Gramo som viser til at lovgivningen må være tydelig på at rettighetshaverne ikke er *forpliktet* til å gi lisenser til delingsplattformene.

Creo støtter også Gramo sin uttalelse om at det i tolkningen av «gjort sitt ytterste for å innhente tillatelse», kreves at delingsplattformen tar alle nødvendige skritt som en ansvarlig lisenssøker ville ha gjort for å klarere rettighetsbelagt innhold og at det må være *praktisk umulig* å klarere for at ansvarsfritak skal komme til anvendelse. At det er uforholdsmessig dyrt, skal ikke kunne medføre ansvarsfritak.

39. Delingstjenester skal deaktivere tilgang til materiale som rettighetshaver har varslet om og hindre fremtidig opplasting, jf. artikkel 17 nr. 4 bokstav c, samtidig som de ikke skal hindre at lovlig materiale lastes opp av brukerne, jf. artikkel 17 nr. 7. Visse metoder for å hindre tilgang til ulovlig materiale, vil i praksis også kunne hindre opplasting av lovlig materiale. Direktivet legger derfor opp til at det må gjøres en interesseavveining ved bruk av metoder for hindre tilgang til ulovlig materiale (artikkel 17 nr. 4 bokstav c) opp mot vernet av brukernes rettigheter (artikkel 17 nr. 7). Hva er relevante utgangspunkter og momenter i en slik interesseavveining?

Creo vier til at det her foreligger en forpliktelse etter Infosoc-direktivet som DSM tar høyde for å videreføre, ved å kreve at det også i nasjonal rett sikres at unntakene gjennomføres til fordel for brukerne. Derfor bør unntakene konkretiseres klarere i norsk lov (åndsverkloven) slik at brukernes handlingsrom blir klart og forutsigbart. For eksempel bør det innføres et lovfestet unntak for parodier, som nå bare er et ulovfestet unntak i norsk rett.

Konkretiseringen er også viktig for at innarbeidelsen av opphavsretten og utøververnet som skal gjennomføres på plattformene gjennom automatiseringen, gir de ansvarlige klarere unntak å manøvrere etter.

40. I hvilken grad tillater direktivet at delingstjenester bruker automatiserte løsninger, herunder identitets- og filtreringsteknologi, til å hindre tilgang til materiale som rettighetshaver har varslet om, jf. artikkel 17 nr. 4 bokstav c? Er det risiko for at slike automatiske løsninger i praksis vil kunne hindre opplasting av lovlig materiale, jf. artikkel 17 nr.7?

Creo mener at dette er en risiko som må håndteres, jf. foregående. Hvordan identifiserer disse automatiske gjenkjennelsesverktøyene som “parodi”?

41. Unntakene i opphavsretten for sitat, kritikk, anmeldelser, samt bruk i karikatur, parodi eller pastisj har tidligere blitt ansett som frivillige for medlemsstatene å implementere. Unntakene gjøres nå obligatoriske innenfor direktivets rammer. Krever unntakene i artikkel 17 nr. 7 andre ledd endringer i den norske åndsverkloven?

Ja, som uttalt under pkt. 39, mener Creo at for eksempel «parodiunntaket» bør lovfestes. Det stilles strengere krav til at unntak tydelig fremgår av loven, slik at omgivelsene skal kunne forutberegne sin posisjon.

42. Sett hen til at artikkel 17 ikke er nevnt i artikkel 23 som lister opp ufravikelige bestemmelser, har delingstjenester mulighet til å helt eller delvis avtale, for eksempel i sine brukervilkår, at andre vilkår gjelder for bruk av deres tjenester enn det som følger av artikkel 17?

Creo viser til at Direktivet er et minimumsdirektiv, og her bør interesseavveiningen som Infosoc-direktivet og åndsverkloven fastslår videreføres ved gjennomføringen av DSM-direktivet i norsk rett. De originære rettighetshaverne er den svake part i en forhandlingssituasjon med plattformene. Det bør av den grunn ikke kunne avtales ordninger som ikke styrker de originære rettighetshavernes posisjon.

Creo støtter også Norwacos uttalelse om dette.

43. Hvordan bør mekanismen for alternativ tvisteløsning etter artikkel 17 nr. 9 gjennomføres? Hvem bør bære kostnaden knyttet til saksbehandlingen?

Her støtter Creo Norwacos uttalelser. Norwaco mener at tvister kan behandles av Vederlagsnemnda etter åvl § 65 og de tilhørende bestemmelser i forskrift til åndsverkloven som gjelder nemndsbehandling.

Prinsippet om hensiktsmessig og rimelig godtgjøring (artikkel 18)

45. Er det behov for å gjøre endringer i åndsverkloven § 69 for gjennomføring av direktivet artikkel 18, og i så fall hvilke?

Ja. Creo viser til at dagens lovregulering ikke gir rom for at etterfølgende forhold som en hovedregel skal ilegges vekt. Creo mener at dette ikke er i samsvar med direktivet og at det må innføres en *mulighet for etterjustering av vederlaget* dersom etterfølgende forhold tilsier det, slik det er gjort i bestemmelsene om utleie av film og lydopptak.

Creo mener at det er sentralt at det skal betales «rimelig vederlag» for bruken av verket i hele vernetiden, noe som kan være særdeles vanskelig å fastslå på avtaletidspunktet. Derfor bør rimelig vederlag, både se hen til kravet om konkretisering i § 67 (spesialitetsprinsippet) og gjennomsiktighetsklausulen i direktivets art 20. Bare *det som klart fremgår av avtalen er overdratt*, og at *bruken skal kunne kontrolleres* av rettighetshaverne.

Det er slik Creo ser det, sjelden tjenlig for rettighetshaverne med «total buyout»-avtaler, da det i liten grad er mulig å forutse inntekspotensialet av prestasjonen på avtaletidspunktet. I fortalen til DSM-direktivet (pkt. 73) uttales det at klumpsum-avtaler sjelden kan innfri kravet om rimelig vederlag. I fortalens pkt. 73 uttales: «En engangsutbetaling kan også utgjøre en rimelig godtgjøring, men bør ikke være regelen». Skepsisen til at engangsutbetalinger kan innfri kravet til «rimelig vederlag» er også fastslått i en tysk rettsavgjørelse fra Federal Court of Justice i Tyskland av 7. oktober 2009 (BHG 1. Zivilsenat, ZR 40/07), hvor det bl.a. uttales at en engangsutbetaling kun kan anses som rimelig vederlag dersom brukeren av verket på en helt presis måte kan angi den eksakte verdien av den

overdratte utnyttelsesretten, noe som er tilnærmet umulig. Det vises for øvrig til innspill fra Norsk Filmforbund (NFF) og Norske Film regissører (NFR) hvor denne dommen omtales nærmere. Creo støtter dette innspillet.

For å kompensere for usikkerheten med hensyn til å kunne fastslå den reelle og potensielle verdien av verket/prestasjonen på avtaletidspunktet, fremgår det en *separat etterjusteringsregel* i direktivet. Creo mener etterjusteringsretten bør gjennomføres på en slik i norsk rett, for å tydeliggjøre regelen. Dette omtales nærmere nedenfor.

Åvl. § 69 bør også endres slik at «rimelig vederlag» *også skal omfatte etterfølgende forhold*, for at målsettingen om rimelig vederlag skal knyttes til den reelle utnyttelse og verdi av verket og for at bestemmelsen skal komme på linje med direktivforpliktelsen.

Innsynskrav (artikkel 19)

49. Hva anses som «relevant informasjon» etter direktivet artikkel 19? Dersom «relevant informasjon» varierer fra sektor til sektor, bør dette komme til uttrykk i lovgivningen, og i så fall hvordan?

Creo mener at relevant informasjon er knyttet til bruken av verket/prestasjonen, slik at det er viktig at det innføres rapporteringsløsninger /krav overfor plattformene om korrekt og god rapportering. Her vil digital teknologi kunne sikre eksaktbruk-rapporter, så sant innholdet er merket på en korrekt og entydig måte. I Musikkutredningen oppfordrer utrederteamet til *samordnet merkesystem*, der utøvere, plateselskap og komponister har samme måte å merke verk og prestasjoner på, slik at rapporter for bruk blir enklere å samordne, og å tracke bruk mot rettighetshaver. Hittil har de ulike rettighetshaverne merket forskjellig. Se <https://www.bi.no/globalassets/forskning/bi-business-review/musikkutredning---hva-na---digitaliseringens-innvirkning-pa-norsk-musikkbransje---bi-2019.pdf>, s. 149 flg.

51. Informasjon som anses «relevant» for opphavere eller utøvende kunstnere etter artikkel 19 vil i visse tilfeller utgjøre avtalemotpartens forretningshemmeligheter. Hvordan bør dette forholdet håndteres?

Tangerende lovgivning som lov om forretningshemmeligheter (Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven), LOV-2020-03-27-15), basert på et nylig gjennomført EU-direktiv, sikrer utnytter mot misbruk av forretningshemmelighetene. Forholdene kan også løses gjennom taushetserklæringer.

52. Etter punkt 74 i direktivets fortale er det ikke et behov for kompensasjon dersom utnyttingen har opphørt. Hvordan skal opphaver eller utøvende kunster klare å skille en situasjon hvor utnyttingen har opphørt fra en situasjon hvor verket/prestasjonene utnyttes uten at det gis informasjon om utnyttelsen?

Dersom gjennomføringen i norsk rett omfatter brukspliktbestemmelsen (DSM-art. 22), kan rettighetshaver etterspørre dokumentasjon fra utnytter, på at verket er brukt eller at handlinger er foretatt for å markedsføre verket/prestasjonen. I motsatt fall kan rettighetshaveren kreve prestasjonen/verket tilbake.

57. Bør det gjøres unntak fra innsynskravet der bidraget fra opphaver/den utøvende kunstneren ikke er betydelig i slike situasjoner som artikkel 19 nr. 4 tilsikter? I så fall, når anses et bidrag som ikke betydelig?

Nei, det bør ikke være unntak. Så sant prestasjonen er stor nok til å benyttes er den viktig nok til å kreve rapport for bruk. Særlig når dette enkelt kan gjøres gjennom digital teknologi.

59. Bør manglende rapportering sanksjoneres, og i så fall hvordan?

Creo viser til innspill fra Norsk Filmforbund (NFF) og Norske Filmregissører (NFR) som viser til at det både i musikkbransjen og i den audiovisuelle bransjen er utarbeidet standardkontrakter med bestemmelser som innebærer at det ved avvik på mer enn 5 eller 10%, skal den som har gjort feil i avregningen betale for kontrollen. Vi støtter NFF/NFR i at dette er en rimelig regel som bør lovfestes, og som vil kunne virke preventivt mot uriktige avregninger

Ordning for avtalejustering (artikkel 20)

60. Ved forberedelsen av den nye åndsverkloven var det en diskusjon om det ved vurderingen av om et vederlag er rimelig etter § 69, skulle tas hensyn til etterfølgende forhold eller ikke. Bør gjennomføringen av direktivet artikkel 20 på denne bakgrunnen sees i sammenheng med gjennomføringen av artikkel 18, jf. åndsverkloven § 69, eller bør artiklene i større grad gjennomføres adskilt fra hverandre?

Det sentrale er, slik Creo ser det, at det innføres en etterjusteringsmulighet og at «rimelig vederlag» justeres til å omfatte etterfølgende forhold. Creo mener at dette best kan ivaretas gjennom at reguleringen tydelig gir uttrykk for etterjusteringsretten, ved at det innføres en *egen bestemmelse* som uttrykker dette. I tillegg til at «etterfølgende forhold» opplistes som et av momentene som kan ilegges vekt under rimelig vederlags-bestemmelsen i art. 18

61. Hvordan står begrepet «urimelig lav» i artikkel 20 seg mot begrepet «urimelig» i avtaleloven § 36? Bør ordningen for avtalejustering etter artikkel 20 gjennomføres som en egen bestemmelse i åndsverkloven, eller er avtaleloven § 36 tilstrekkelig? Dersom det innføres en egen bestemmelse i åndsverkloven, hva blir forholdet til avtaleloven § 36? Skal bestemmelsen i åndsverkloven gjelde istedenfor avtaleloven § 36, eller skal bestemmelsene gjelde parallelt?

Creo mener den bør gjelde i tillegg. Etterjusteringsreglen er direkte knyttet til «rimelig vederlag», mens avtalelovens § 36 favner langt flere forhold. Slik kan avtl. § 36 være en sikkerhetsventil utenfor loven. Åndsverklovens bestemmelser vil jo også være *lex specialis* for forhold som også er dekket av åvl. bestemmelser.

Tvisteløsning (artikkel 21 og anmodningsvedtak ifm. åndsverkloven § 69)

64. Er det behov for en alternativ tvisteløsningsordning for behandling av tvister etter artiklene 19 og 20?

Ja, Creo mener det er behov for en alternativ tvisteløsningsordning.

Forskning på opphavsrettsområdet viser at det er få opphavsrettssaker i Norge.¹ I juridisk teori fremholdes at dette kan skyldes at gjennomføringen av EUs opphavsrettsdirektiv ikke er gjort på en tilstrekkelig effektiv måte, for eksempel sammenliknet med dansk rett. Den norske reguleringen er tungrodd, og ordlyden i enerettsbestemmelsen er uklar og stiller veldig strenge beviskrav. Dette kan føre til store transaksjonskostnader ved sakførsel på dette området, og kan føre til rettsvakum (få saker tross mange krenkelser).

I tillegg synes heller ikke strafferettssporet for krenkelsessaker på opphavsrettsområdet i Norge å fungere tilstrekkelig effektivt.² Det er stor henleggelsesgrad av anmeldte saker (72%) og av de resterende er det lav oppklaringsprosent. Resultatet er også urovekkende sett i forhold til dansk rett, der det er et nært samarbeid mellom myndigheter og rettighetshaverorganisasjoner og det kjøres mange saker for domstolene.

65. Er det obligatorisk for statene å ha en prosedyre for alternativ tvisteløsning etter artikkel 21 gitt bruk av begrepet «bør» i fortalens punkt 79?

Selv om fortalen bruker ordet «bør», opererer direktivteksten med «skal». Fortalen er en relevant rettskildefaktor ved tolkning av direktivbestemmelsen, men direktivteksten bør vel gå foran når ordlyden er klar.

66. Etter artikkel 21 skal en prosedyre for alternativ tvisteløsningsordning være frivillig, mens det følger av fortalens punkt 81 at bestemmelser om prosedyrer for alternativ tvisteløsning bør være obligatoriske og ufravikelige. Hva innebærer dette? Skal den ene parten alltid kunne tvinge den andre til å delta i alternativ tvisteløsning, også om den andre parten (i stedet) ønsker ordinær domstolsbehandling (og kanskje uansett vil kreve domstolsbehandling i etterkant)?

Slik Creo forstår dette, må det bety at bestemmelser om prosedyrer for alternativ tvisteløsning ikke kan fravikes i avtale mellom partene.

Det fremgår av fortalen pkt. 79 at en alternativ tvisteløsning ikke bør berøre partenes rett til å gjøre gjeldende og forsvare sine rettigheter ved å kunne bringe saken inn for domstolene. Utover dette kan det synes som at medlemsstatene har et godt handlingsrom når det kommer til hvordan tvisteløsningsordningen skal gjennomføres. Det kan enten opprettes et nytt organ eller en ny ordning eller eksisterende ordninger som oppfyller vilkårene i direktiver kan benyttes. Dette kan skje uavhengig av om organene eller ordningene er ledet av bransjen eller er offentlige, herunder om det skal være en del av det nasjonale rettssystemet. Creo mener direktivet oppstiller gode forslag som bransjen og lovgiver i samarbeid bør avgjøre formen på.

I Norge har vi flere ulike varianter fra bransjefinansierte løsninger (f.eks. Finansklagenemnda) til spesialdomstoler. Uansett hvilken ordning som velges, mener Creo det er viktig at ordningen sikrer at krav ikke foreldes under behandlingen i tvisteløsningsordningen. Dersom foreldelse ikke avbrytes når tvisten bringes inn for organet, må det være mulig for begge parter å kunne avbryte behandlingen ved å bringe saken inn for domstolene i stedet. Creo er uansett skeptisk til en løsning som innebærer en prosesshindring, spesielt dersom saksbehandlingstiden er lang i tvisteløsningsordningen.

¹ «Hvor effektive er de norske opphavsrettslige håndhevingsreglene»? Eidsvold-Tøien m. flere, NIR 2019/ s. 318.

² «Hvordan implementering og håndheving påvirker mangfold», Terje Gaustad m. flere, 2021, under arbeid

Videre bør det fastsettes klare regler for *fristutgangspunkt*, dersom behandling i tvisteløsningsordningen er betinget av at saken er bragt inn for ordningen innenfor en gitt frist, slik reglene for behandling i Tvisteløsningsnemnda etter arbeidsmiljølovens regler er utarbeidet. Det vil fort kunne lede til utilsiktet rettstap dersom dette er uklart.

68. Hvordan bør en eventuell tvisteløsningsordning se ut, spesielt med tanke på at rettssikkerhetshensyn skal ivaretas og at denne typer tvister vil være svært ulike? Hva vil fordelene med en alternativ tvisteløsningsordning være dersom mange av tvistene uansett vil prøves av domstolene i etterkant? Og hva skal domstolene kunne prøve – bare gyldigheten av vedtaket eller skal saken også kunne fortsette partene imellom? Bør en eventuell tvisteløsningsordning forbeholdes saker hvor tvistesummen er begrenset oppad til en viss sum (småkrav)?

Creo mener at en alternativ tvisteløsningsordning bør være rask, enkel å bruke og økonomisk. Dette mener Creo bør være noen av hovedformålene med en slik ordning. Som vi har fremholdt i det foregående, kan domstolsbehandling være både tidkrevende og kostbart. Det bør derfor være et mål at terskelen for å bringe en sak inn for tvisteløsningsordning skal være lavere.

Vi mener også at det er viktig at tvisteløsningsordningen besettes med faglige ekspertise. Opphavsrettslige problemstillinger er ofte komplekse, og spesialkompetanse kan være en forutsetning for gode og riktige avgjørelser. Dette gjelder uavhengig av tvistesummens størrelse. Faglig ekspertise vil kunne innebære at en tvisteløsningsordning fremstår som mer fordelaktig enn domstolsbehandling.

69. Til hvilke stadier i prosessen bør eventuelle særskilte bestemmelser om tvisteløsning knytte seg til? En kan se for seg i alle fall to stadier i prosessen: For det første i forhandlingen, som hjelp til å komme frem til avtale ved (frivillig) mekling eventuelt kombinert med nemnd eller voldgift. For det andre etter at avtale er kommet i stand, for vurderingen av om avtalt vederlag er rimelig, jf. artikkel 20, som et alternativ til domstolsbehandling.

Creo mener det en fordel om tvisteløsningen knytter seg til begge stadier i prosessen.

Creo er skeptiske til bruk av voldgift. Dette vil være svært dyrt og noe rettighetshavere flest ikke har råd til.

70. Vil det ved en ev. tvisteløsningsordning være behov for særskilte saksbehandlingsregler?

Hvilke saksbehandlingsregler som bør gjelde for en slik ordning, vil bl.a. avhenge av om ordningen er bransjefinansiert eller offentlig. Det vil uansett være viktig med gode saksbehandlingsregler som sikrer rettsikkerhet og hindrer rettstap. Det vises her bl.a. til regler om frister, foreldelse, habilitet /interessekonflikt, transparens/innsyn i saksdokumenter, kontradiksjon m.m.

71. I forslag til lov om kollektiv forvaltning av opphavsrett mv., jf. Prop. 53 L (2020-2021), er det i § 28 en bestemmelse som krever at vederlaget for bruken skal være rimelig. Vil det være behov for at en eventuell tvisteløsningsmekanisme også omfatter tvister om rimelig vederlag knyttet til kollektiv forvaltning av opphavsrett?

Ja.

72. Vil det være tvisteløsningsbehov knyttet til andre bestemmelser i forslaget til ny lov om kollektiv forvaltning av opphavsrett?

Her støtter Creo Norwacos uttalelse i saken. Norwaco uttaler at det bør vurderes å innføre en tvisteløsning for saker vedrørende omfanget av brukernes rapporteringsforpliktelser. Siden den nye loven legger til grunn at fordeling i større utstrekning skal skje på bakgrunn av faktisk bruk, er partene avhengige av at brukerne i større grad enn før gir informasjon om hvilke verk og hvilke prestasjoner de utnytter i medhold av avtale. Videre at det er mulig å få løst eventuelle tvister med brukerne om hvor langt deres rapporteringsplikt går. I Danmark er det innført en slik tvisteløsningshjemmel i den danske opphavsretsloven § 52b stk 4.

Creo stiller seg til rådighet for videre drøftelser i forbindelse med gjennomføringen av DSM-direktivet mv. i norsk rett, dersom departementet ønsker dette.

Med vennlig hilsen
Creo - forbundet for kunst og kultur



Hans Ole Rian
Forbundsleder