

Att: Kulturdepartementet

Ad: Innspill til implementering av Digitalmarkedsdirektivet

Av: IFPI Norge



## 1 DEL I DIGITALMARKEDSDIREKTIVET

## 2 FREMSTILLING AV EKSEMPLAR FOR TEKST- OG DATAUTVINNING (ARTIKKEL 3 OG 4)

Artikkel 3 regulerer tekst- og datautvinning til forskningsformål. Det skal innføres et unntak fra eneretten for eksemplarframstilling og uttrekk av verk utført av forsknings- og kulturarvinstitusjoner. Vilkaoret er at institusjonen har lovlig tilgang til verket eller materialet og at formålet er tekst- og datautvinning for vitenskapelig forskning. Et mer generelt unntak for tekst- og datautvinning finnes i artikkel 4. Dette unntaket kommer bare til anvendelse i de tilfeller rettighetshaveren ikke uttrykkelig har nedlagt forbud mot slik bruk.

I aandsverkloven gjelder flere av avgrensingsreglene ogsaa for fotografiske bilder med vern etter aandsverkloven § 23. Fotografiske bilder er ikke vernet pa EU-niva og omfattes derfor ikke av unntakene i direktivets artikkel 3 og 4.

### Spørsmål:

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

**2. Skal bestemmelsene tolkes slik at eksemplarframstilling og uttrekk til tekst- og datautvinningsformal kan gjøres av alt materiale som er aapent tilgjengelig pa Internett?**

Svaret pa dette spørsmålet er nei. Eksemplarframstilling og uttrekk til tekst- og datautvinningsformal kan bare gjøres for materiell en har lovlig tilgang til.

**3. Hvilke type tiltak bør kunne anses som «tiltak for a sikre sikkerheten og integriteten» etter artikkel 3 nr. 3?**

Det fremgaar av fortalepunkt 16 til direktivet at pa bakgrunn av et potensielt hoyst antall anmodninger om tilgang til og nedlastning av verk og andre beskyttede arbeider, bør rettighetshaverne ha mulighet til a anvende tiltak nar det foreligger risiko for at sikkerheten og integriteten til deres systemer eller databaser kan settes i fare.

Slike tiltak kan for eksempel brukes til a sikre at kun personer som har lovlig tilgang til dataene, far tilgang til dem, herunder gjennom validering av IP-adresser eller brukerautentisering. Det er et krav i dag til forskningsinstitusjonene om at det utarbeides datahaandteringsplaner. De noedvendige hensyn til lagring og tilgang til kilde-data i forbindelse med tekst- og datautvinning basert pa dette direktivet skiller seg ikke fra tilsvarende krav for andre kilde-data, og kan enkelt innarbeides i de paakrevde datahaandteringsplanene.

**4. Innebærer artikkel 4 en rett til a digitalisere materiale for a utføre tekst- og datautvinning?**

Artikkel 4 introduserer et unntak for handlinger som omfattes av reproduksjonsretten for tekst- og datautvinning, men ikke en rett til a digitalisere. Det betyr at hver handling som faller innenfor unntaket ma tolkes restriktivt og være i samsvar med tretrinns-testen.

**5. Hvordan kan det etableres en felles standard for tekst- og datautvinning?**

Dette kan overlates til forskningsmiljøet.

### **3 BRUK AV VERK OG ANDRE BESKYTTEDE ARBEIDER I GRENSEKRYSENDE OPPLÆRINGS- VIRKSOMHET OG ÅNDSVERKLOVENS ØVRIGE UNDERVISNINGSBESTEMMELSER (ARTIKKEL 5 OG ANMODNINGSVEDTAK IFM. § 43)**

Artikkel 5 gjelder bruk av verk og annet materiale i digitale og grensekryssende undervisningsaktiviteter. Det skal innføres et unntak fra eneretten (eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring) for å tillate digital bruk av verk og annet materiale for illustrasjonsformål i undervisning. Formålet skal være ikke kommersielt. Vilkåret er at bruken skal skje på stedet i en undervisningsinstitusjon eller via et sikkert elektronisk nettverk som kun er tilgjengelig for undervisningsinstitusjonens elever, studenter og undervisningspersonale. Det er videre et vilkår at kilde oppgis, hvis dette er mulig.

Direktivet åpner for at enkelte typer verk eller bruk ikke skal omfattes av unntaket, f.eks. når det gjelder materiale som er spesielt beregnet til undervisningsmarkedet og der det finnes adekvate lisensordninger, og disse ordningene gjøres godt kjent for undervisningsinstitusjonene. Bruk av verk etter bestemmelsen skal anses å kun ha skjedd i den medlemsstaten som undervisningsinstitusjonen er etablert i (selv om bruken altså kan skje over landegrensene). Medlemsstatene kan også velge å gi rimelig kompensasjon til rettighetshaverne for eventuell skade som påføres rettighetshaverne på grunn av bruken.

#### **Spørsmål:**

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

IFPI mener at det er nødvendig å implementere digitalmarkedsdirektivet artikkel 5 på en slik måte at det er bestemmelsen i 5(2) om lisensforrang som er hovedregelen og at artikkel 5(1) dermed blir et unntak fra denne hovedregelen. Fribruksbestemmelsen bør samtidig knyttes til betaling av rimelig godtgjørelse.

I den forbindelse vises det til KUDs uttalte forutsetning «om at det er et selvsagt utgangspunkt at bruk av åndsverk i undervisning skal klareres med rettighetshaverne», jf. Prop. 104 L (2016-2017) s. 164. På den bakgrunn bør det ikke innføres ytterligere unntak for bruk i undervisning enn det vil allerede har. Eksisterende avtaleløsninger som finnes i det norske markedet per i dag skal ikke måtte erstattes av ytterligere unntak/fribruksbestemmelser for undervisningsinstitusjoner.

IFPI mener videre det er viktig at uttrykket i artikkel 5(3) som lyder «i samsvar med bestemmelsen i nasjonal rett vedtatt i henhold til denne artikkel» i norsk direktivtekst både skal omfatte unntaksbestemmelsen og avtalelisensbestemmelsen. Videre må det være tilstrekkelig for å unngå at unntaket kommer til anvendelse, at det gis et generelt tilbud til en undervisningsinstitusjon om å inngå avtale om bruk av materiale i undervisning. Dette bør fremgå av lovforarbeidene.

Når det gjelder «materiale som hovedsakelig er beregnet på utdanningsmarkedet», må fortalepunkt 23 forstås slik at rettighetshaverne her alltid bevarer den fulle enerett til å treffe avgjørelse om tillatelse til bruk av slikt materiale i undervisningsinstitusjoner.

For øvrig stiller IFPI seg i sin helhet bak Norwacos svar til dette spørsmålet.

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

I likhet med Norwaco, mener IFPI at det er må sondres mellom avtaler/avtalelisens og unntak fra eneretten. Det er ingen grunn til å begrense avtalelisensen til bruk av verk til illustrasjonsformål. Vilkårene og rammene for bruk fastsettes her i avtalen mellom den avtalelisensutløsende organisasjonen og undervisningsvirksomheten.

Også hva gjelder unntaksbestemmelsen er IFPI enig med Norwaco. Det må være snevre rammer for når bruk kan skje i lys av denne bestemmelsen. Dersom betingelsene for å bruke unntaksbestemmelsen er oppfylt – altså at det ikke er muligheter for lisensiering – må undervisningsinstitusjonen kun bruke beskyttede verk til illustrasjonsformål i forbindelse med undervisning. I dette ligger at bruken skal understøtte, berike eller supplere undervisningen.

Det må være en sammenheng mellom undervisningsaktiviteten og det verk som benyttes til illustrasjon. I de fleste tilfeller innebærer begrepet illustrasjonsformål at det kun anvendes deler av eller utdrag fra verk. Bestemmelsen kan ikke gi hjemmel til bruk som trer i stedet for innkjøp av materiale som primært er beregnet på utdanningsmarkedet. Det vises i den forbindelse til direktivets fortalepunkt 21. Kun bruk som er nødvendig for undervisningsaktiviteten omfattes, jf. fortalepunkt 22.

Det oppstilles krav om at det må skje en egentlig kunnskapsformidling, dvs. at aktiviteten skal rekke ut over det rent symbolske og underholdende. Her mener vi at «undervisning» slik det forstås i henhold til gjeldende § 46, bør legges til grunn, nemlig at det må være snakk om kunnskapsformidling i organisert form som er systematisk og har en viss sammenheng over tid (jf. Ot.prp nr 15 (1994-95) pkt 1.7.4 s. 55).

#### **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?**

Art 5(4) er en hjemmel til at Norge kan stille som betingelse for bruk i henhold til en unntaksbestemmelse at det skal betales vederlag, altså i form av en tradisjonell tvangslisens. Det er ikke snakk om at det først skal dokumenteres en «skade». I flere EU-direktiver på opphavsrettsområdet benyttes da også termen «kompensasjon for skade» på samme måte som vederlag. Det gjelder f.eks. Opphavsrettsdirektivet art 5(2)(e) (om sykehus og fengsler), jf. også direktivets betraktning (45) (generelt om unntak). Grunnlaget for at rettighetshaver skal ha vederlag, er det samme som andre steder i det opphavsrettslige system; ellers lider de en skade ved at de ikke får rimelig betaling for bruken av deres verk og prestasjoner. Dersom det innføres et unntak på undervisningsområdet som erstatter dagens avtalelisens, må rettighetshaverne kompenseres for det vederlag de ellers ville fått gjennom avtale.

Åndsverkloven § 43 tredje ledd er en kodifisering av den tidligere ulovfestede «klasseromsregelen». Bestemmelsen innebærer blant annet at det å vise film i ordinær klasseromsundervisningen anses å skje innenfor det private området og dermed ikke som en tilgjengeliggjøring for allmennheten. Eksemplarframstilling skal imidlertid klareres på vanlig måte.

Ved stortingsbehandlingen av åndsverkloven i 2018 ble regjeringen i to anmodningsvedtak bedt om å se nærmere på klasseromsregelen. Vedtak nr. 728 gikk ut på å følge med på hvordan bruken utvikler seg:

*Stortinget ber regjeringen komme tilbake med forslag om å justere «klasseromsregelen» i åndsverkloven § 43 dersom det viser seg at bruken etter bestemmelsen utvikler seg slik at den skader rettighetshavernes interesser på en urimelig måte.*

Vedtak nr. 731 gikk ut på å utrede hvorvidt og hvordan bestemmelsen kan snevres inn, slik at overføring blir vederlagspliktig på lik linje med eksemplarframstilling:

*Stortinget ber regjeringen utrede og komme tilbake til Stortinget med sak om hvordan og hvorvidt verk som overføres i klasserommet, deriblant strømming fra Internett, kan likestilles med eksemplarframstilling i klasserommet, og dermed bli vederlagspliktig, slik at det blir mulig for partene å inngå avtalelisens også for strømming og annen overføring.*

Digitalmarkedsdirektivet vil medføre enkelte lovendringer på undervisningsområdet. I Prop. 104 L (2016-2017) ble det varslet en helhetlig gjennomgang av åndsverklovens undervisningsbestemmelser når digitalmarkedsdirektivet skulle gjennomføres i norsk rett, jf. punkt 5.4.6 og 5.17.4.5. Klasseromsregelen

anses som en del av den samlede balansen mellom ulike interesser på undervisningsområdet, og det vil derfor være naturlig at anmodningsvedtakene vurderes i sammenheng med åndsverklovens øvrige undervisningsbestemmelser.

## Spørsmål:

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

IFPI forstår det slik at KUD i sitt spørsmål har ment å henvise til åvl. § 43 fjerde ledd hvor det heter «*Fremføring og overføring i ordinær klasseromsundervisning anses å skje innenfor det private området*».

I likhet med Norwaco, har IFPI både formelle og materielle innsigelser mot gjeldende § 43 tredje ledd. Bestemmelsen fastslår at både fremføring og overføring som skjer i ordinær klasseromsundervisning skal anses å skje innenfor det private området.

Når det gjelder tilgjengeliggjøring i form av overføring, vil vi for det første påpeke at EU-medlemslandene og EØS-landene ikke har kompetanse til selv å bestemme hva som ligger i begrepet «overføring til allmennheten» slik det er fastsatt i Opphavsrettsdirektivets art 3. Dette er et EU-autonomt begrep som kun EU kan fastsette innholdet av, og som skal ha samme materielle betydning i samtlige tilsluttede land. Ifølge EU-domstolen skal en bestemmelse i EU-lovgivningen som gjennom sin ordlyd ikke inneholder en uttrykkelig henvisning til medlemslandenes rett til å fastsette dens betydning og rekkevidde, underlegges en selvstendig og ensartet tolkning i hele unionen. Det vises bl.a. til avgjørelsen i C-265/19 (RAAP/PPI) premiss (47) som sier at «*det ikke tilkommer medlemsstatene å definere de begreber, der uden at indeholde en uttrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret fremgår af direktiverne om ophavsret og beslægtede rettigheder, såsom begreberne »almenhed« og »rimeligt vederlag*».

Det fremgår således 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 tolkningen som er lagt til grunn av EU-domstolen.

Klasseromsbestemmelsen er også i strid med EU-retten materielt sett for så vidt gjelder «overføring til allmennheten». Her vil vi særlig peke på avgjørelsen i C-117/15 (Reha Training). Saken ble avgjort av EU-domstolens storkammer med 13 dommere, og må således tillegges særlig prinsipiell betydning.

Hovedelementene i Reha Training-dommen er disse:

- Betingelsene for at det foreligger en «allmennhet» er at det er tale om «et ubestemt antall potensielle mottakere og dessuten innebærer et betydelig antall personer» (premiss 41).
- Offentlighetens «ubestemte» karakter dreier seg om å gjøre et verk tilgjengelig på enhver hensiktsmessig måte til «alle», dvs. ikke begrenset til særlige medlemmer av en privat gruppe (premiss 42).
- Kravet om «et betydelig antall personer» forutsetter «en vis minimumsgrænse», dvs. at man må utelukke en flerhet av personer som er for liten eller ubetydelig (premiss 43)
- For å vurdere antallet av disse mottakere skal det tas hensyn til den kumulative virkning av at verkene stilles til rådighet for de potensielle mottakere (premiss 44)
- Det er navnlig relevant å vite hvor mange personer som samtidig (parallelt) har adgang til det samme verket og hvor mange som har adgang til verket etter hverandre. (Premiss 44)

I den konkrete saken ble overføring for pasienter i et rehabiliteringssenter (to venterom og et treningslokale) ansett for å være offentlig (premiss 11-12 og 58-59).

De sentrale kriterier – og den avgjørende forskjell fra nordisk rettspraksis om begrepet «offentlig fremføring» – er den kumulative virkning og den samtidige tilgang. Disse betingelsene innebærer at spørsmålet om en konkret overføring i et enkelt klasserom ikke kan vurderes isolert. Det må ses hen til at skolen eller skoleeier tilbyr bruk av verk i form av overføring til mange elever samtidig i flere parallelle

skoleklasser, og at dette sammenholdt i tid og sted utgjør en overføring til allmennheten. En lærer som lager et undervisningsopplegg for et spesielt fag og for et spesielt klassetrinn, overfører ikke nødvendigvis kun til en enkelt klasse, men til alle klasser hun har på samme trinn i samme fag. Hun vil også gjerne benytte det samme undervisningsopplegget i flere år, noe som ifølge EU-domstolens praksis har sentral betydning for vurderingen.

Ved klasseromsundervisning hvor det brukes opphavsrettslig beskyttet materiale i form av overføring, herunder eksempelvis visning av TV-programmer fra nett-TV eller filmverk fra strømmetjenester, er bruken normalt å anse som en overføring til allmennheten i EU-rettsens forstand. Her vil vi også bemerke at det i digitalmarkedsdirektivets fortalepunkt 22 er en referanse til klasserom, hvilket indikerer at overføring i klasserom omfattes av art. 5 og dermed forutsetningsvis har karakter av overføring til allmennheten etter Opphavsrettsdirektivets art 3. EU-retten må derfor fortolkes slik at overføring i klasserom har karakter av å være overføring til allmennheten.

På denne bakgrunn kan åvl § 43 fjerde ledd kun opprettholdes for så vidt gjelder fremføring, men ikke for overføring.

Under henvisning til fortalepunkt, mener IFPI i likhet med Norwaco at overføring til allmennheten som skjer ved at verk strømmes eller på annen måte overføres i undervisning kan dekkes av en avtalelisens på undervisningsområdet, jf. artikkel 5(2) og gjeldende åvl § 46.

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

IFPI viser i denne forbindelse til Norwacos innspill, og stiller oss i sin helhet bak dette.

#### **11. Foreligger det endringsbehov i andre undervisningsbestemmelser?**

### **4 BEVARING AV KULTURARV (ARTIKKEL 6)**

Artikkel 6 gjelder bevaring av kulturarv. Medlemsstatene skal innføre et unntak fra eneretten til eksemplarframstilling slik at kulturarvinstitusjoner til bevaringsformål skal kunne fremstille kopier av alle former for verk og arbeider som er permanent i deres samlinger.

#### **Spørsmål:**

#### **12. Er det behov for endringer eller justeringer i åndsverklovens bestemmelser om eksemplarframstilling til blant annet konserverings- og sikringsformål?**

IFPI mener at det ikke er behov for endringer i åndsverklovens bestemmelser om eksemplarframstilling til konserverings- og sikringsformål ettersom direktivets krav allerede dekkes av gjeldende bestemmelser.

#### **13. Er definisjonen av «kulturarvinstitusjoner» i artikkel 6 sammenfallende med de institusjonene som omfattes av forskrift til åndsverkloven § 1-1?**

IFPI oppfatter det slik at definisjonen i artikkel 6 sammenfaller med institusjoner omfattet av forskrift til åndsverkloven § 1-1.

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

### **5 FELLES BESTEMMELSER (ARTIKKEL 7)**

Artikkel 7 fastslår blant annet at avtalebestemmelser som er i strid med unntakene i artiklene 3, 5 og 6 ikke kan håndheves. Bestemmelsen fastsetter videre at unntakene i artiklene 3 til 6 er underlagt visse av de samme reglene i opphavsrettsdirektivet (2001/29/EF) som de andre opphavsrettslige unntakene. Unntakene i direktivets artikkel 3 til 6 gir nasjonal lovgiver lite rom for skjønn.

#### Spørsmål:

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

Artikkel 5(5) i opphavsrettsdirektivet (2001/29/EF) gjenspeiler tretrinns testen, men DSM-direktivet legger opp til at ytterligere avveininger skal skje på nasjonalt nivå. Medlemsstatene må fortsatt bestemme om kriteriene under tretrinns testen er møtt under fastsettelsen av unntakene og avgrensningene. Årsaken er at medlemsstatene gis en frihet til å definere unntak og fastsette regler for kompensasjon. Ettersom adgangen til unntak for eksempel vil være større der det ytes vederlag, mener IFPI at det må gjøres en avveining på nasjonalt nivå.

## 6 KULTURARVINSTITUSJONERS BRUK AV VERK OG ANDRE BESKYTTEDE ARBEIDER SOM IKKE LENG ER I HANDELEN (ARTIKKEL 8)

Artiklene 8 til 11 inneholder regler om bruk av verk som ikke lenger er i handelen (out of commerce). Artikkel 8 gir anvisning på en form for avtalelisensordning som kulturarvinstitusjoner kan benytte for klarering av slike verk. Dette betyr at dersom det inngås en avtale med en representativ kollektiv forvaltningsorganisasjon, blir avtalen utvidet til også å gjelde de rettighetshavere som ikke er medlem av organisasjonen. Det stilles som vilkår at alle rettighetshavere skal likebehandles når det gjelder lisensvilkår. Bestemmelsene inneholder visse krav til den kollektive forvaltningsorganisasjonen og regler om hvordan ordningen skal fungere i praksis. Blant annet fremgår det av bestemmelsen at rettighetshaveren har mulighet til å nedlegge forbud mot slik bruk.

#### Spørsmål:

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

Åndsverkloven § 50 gjelder kun utgitte verk. Dette innebærer at kringkastingsprogrammer som hovedregel ikke kan klareres gjennom denne avtalelisensen, da de i mange tilfeller ikke kan anses å være utgitt. Her kan imidlertid den generelle avtalelisensbestemmelsen benyttes.

Et annet spørsmål er hva som skal anses som «out of commerce» når det er snakk om programmer produsert og kringkastet av allmennkringkastere som NRK, og disse programmene ikke i tillegg er utgitt f.eks. på DVD eller lignende. Skal et kringkastingsprogram som ikke er utgitt, og som heller ikke er lagt ut på NRKs nett-TV, anses å være «out of commerce»? Vi antar at direktivets art. 8 ikke kommer til anvendelse i disse tilfellene, men dette kan gjerne presiseres.

Vi antar på generell basis at artikkel 8-11 vil ha begrenset relevans i Norge. Bestemmelsene vil kun være aktuelle dersom det er behov og interesse for klarering av grenseoverskridende bruk, og da kun av verk som hovedsakelig er utgitt i Norge og som er «out of commerce», vi har derfor inntatt kun korte kommentarer til utvalgte spørsmål i denne relasjon nedenfor.

#### 17. Hvordan bør forholdet mellom åndsverkloven § 50 om avtalelisens for bruk av verk i arkiv, bibliotek og museer, og direktivforpliktelsene i art 8 vurderes?

#### 18. Er det hensiktsmessig å fastsette særlige krav for å avgjøre om verk eller andre beskyttede arbeider kan lisensieres som verk som ikke lenger er i handel?

**19. Hvilke krav kan være hensiktsmessige? Hvilke fordeler og ulemper kan det å oppstille slike krav medføre?**

**20. Hva bør en «rimelig innsats» innebære, for å avgjøre om et verk ikke lenger er i handelen? Og hva bør konsekvensene være dersom det ikke gjøres en tilstrekkelig innsats?**

## **7 BRUK OVER LANDEGRENSENE (ARTIKKEL 9)**

Under visse vilkår åpnes det i artikkel 9 for grensekryssende bruk av verk som ikke lenger er i handel. Bruk som skjer i henhold til artikkel 8 skal anses å skje i den medlemsstaten hvor kulturarvinstitusjonen er etablert, uavhengig av hvor den faktiske bruken skjer.

**Spørsmål:**

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

## **8 OPPLYSNINGSTILTAK**

I artikkel 10 fastsettes det krav til visse informasjonstiltak som skal gjennomføres for å identifisere verk som er omfattet av avtalelisensen. Etter bestemmelsen legges det opp til at informasjonen skal offentliggjøres på en felleseuropeisk nettportal.

**Spørsmål:**

**22. Er det behov for å lovfeste informasjonstiltak ut over det artikkel 10 krever?**

Det er behov for å lovfeste hvem som er ansvarlig for å melde inn informasjonen til den felleseuropeiske nettportalen.

**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?**

Den enkelte kulturarvinstitusjonen eller kollektive forvaltningsorganisasjonen skal selv melde inn informasjonen til den felleseuropeiske nettportalen.

## **9 DIALOG MELLOM BERØRTE PARTER (ARTIKKEL 11)**

Etter artikkel 11 skal medlemsstatene sørge for at rettighetshavere, kollektive forvaltningsorganisasjoner og kulturarvinstitusjoner konsulteres i forbindelse med visse krav som fastsettes i henhold til artikkel 8. I tillegg skal det legges til rette for løpende dialog mellom berørte parter om bruken av bestemmelsen.

**Spørsmål:**

**24. Hvordan er det hensiktsmessig å etablere en slik dialog?**

## **10 AVTALELISENS (ARTIKKEL 12)**

Artikkel 12 er en generell bestemmelse som fastsetter krav til nasjonale avtalelisensordninger. Avtalelisens innebærer at dersom det inngås en avtale med en representativ kollektiv forvaltningsorganisasjon, blir avtalen utvidet til også å gjelde de rettighetshavere som ikke er medlem av organisasjonen

(avtalelisensvirkning). Etter bestemmelsen skal avtalelisensordninger kun benyttes på «veldefinerte bruksområder» hvor individuell klarering er praktisk vanskelig. Videre stilles det krav om likebehandling av rettighetshavere og til hvilke organisasjoner som kan inngå avtalelisensavtaler. I artikkel 12 nr. 3 bokstav d stilles det krav om offentliggjøringstiltak for å informere rettighetshavere om nye avtalelisensavtaler, blant annet for å sikre at de skal ha mulighet til å kunne nedlegge forbud mot bruk. Slik forbudsrett er regulert i artikkel 12 nr. 3 bokstav c.

### Spørsmål:

**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?**

Avtalelisens er allerede et etablert system i norsk rett, jf. åndsverkloven § 63. En gjennomføring av artikkel 12 vil derfor etter vårt syn ikke kreve store endringer, men noen presiseringer vil være nødvendig. Dette fordi artikkel 12 oppstiller strengere skranker for bruk av avtalelisens, og ved gjennomføring av artikkel 12 vil åndsverkloven § 63s virkeområde av den grunn bli noe snevrere enn hva som er tilfellet i dag.

Innledningsvis er det viktig å presisere at en organisasjon som skal kunne inngå avtale med avtalelisensvirkning må oppfylle kravene i CRM-direktivet. Videre må det være klart at kollektiv lisensiering med utvidet virkning kun har virkning for eget territorium.

Det er også slik at kollektiv lisensiering med utvidet virkning kun kan innføres der det foreligger en markedssvikt. Dette følger av artikkel 12(2) hvor det heter: «(...) where obtaining authorisations from rightholders on an individual basis is typically onerous and impractical to a degree that **makes the required licensing transaction unlikely**, due to the nature of the use or of the types of works or other subject matter concerned»

Videre må avtalelisens kun anvendes på «veldefinerte anvendelsesområder». Fortalepunkt 47 understøtter artikkel 12(2) ved å klargjøre at «it is important that mechanisms of collective licensing with an extended effect are only applied in well-defined areas of use». I lys av dette, er vår vurdering at en gjennomføring av artikkel 12 i norsk rett betyr at det må innføres ytterligere presiseringer i åndsverkloven § 63 for når det er tillatt å ta i bruk avtalelisens.

Åndsverkloven § 63 må videre endres slik at det fremgår at bruk av avtalelisens kun er tillatt der hvor individuell rettighetsklarering er så byrdefullt og upraktisk at det gjør klarering lite sannsynlig, og dette er en følge av arten av bruken eller de aktuelle typene verker eller andre beskyttede arbeider.

Det er videre viktig at hele artikkel 12 må implementeres. I dette ligger at beskyttelsesmekanismene i artikkel 12(3) også må tas inn i norsk rett. Selv om norsk rett i stor grad er sammenfallende med disse beskyttelsesmekanismene, mener IFPI det må gjøres lettere for rettighetshavere å benytte seg av «opt out»-muligheten, fordi det i artikkel 12(3) fastsettes at denne muligheten skal kunne utøves «easily and effectively». Det bør også gjøres klart i nasjonal lovgivning, i samsvar med fortalepunkt 49, at der en rettighetshaver bruker sin «opt out»-mulighet etter at lisensiering av rettighetshaverens verk har skjedd, skal «any ongoing use be terminated within a reasonable period». Likevel skal ikke bruk av «opt out»-muligheten forhindre en rettighetshaveres rett til godtgjørelse for bruk av deres verk der dette er omfattet av en kollektiv lisens med utvidet virkning.

Det presiseres også at artikkel 12 ikke er en passende lisensløsning for interaktiv «making available» av innspilt musikk. Vi har allerede et godt utviklet og velfungerende marked for online lisensiering av innspilt musikk, og det vil ikke være anledning til å innføre avtalelisens for disse områdene, da vilkårene i art 12(2) ikke vil være oppfylt - det ikke vil foreligge en situasjon der *innhentning av tillatelse fra rettighetshavere på individuelt grunnlag er byrdefullt og upraktisk*.



Kollektiv lisensiering med utvidet virkning vil heller ikke være et egnet lisensieringsregime for artikkel 17. Formålet med artikkel 17 er å synliggjøre at eksisterende EU-rettslige regler på opphavsrettområdet også skal gjelde for innholdsbaserte delingstjenester («online content-sharing service providers»). Direktivet bekrefter også at rettighetshavere fortsatt skal ha sin avtalefrihet i behold når de lisensierer til delingstjenester. Dette følger av fortalepunkt 61, som fastsetter at «*However, as contractual freedom should not be affected by those provisions, rightholders should not be obliged to give an authorisation or conclude licensing agreements*». Avtalefriheten er viktig for å sikre et høyt beskyttelsesnivå for rettighetshavere, noe som er fastsatt også i fortalepunkt 2, samt opphavsrettsdirektivets fortalepunkt 4. Eventuelle begrensninger for utøvelse av rettigheter må rettferdiggjøres og være kompatibelt med eksisterende EU-rettslige og internasjonale rammer for opphavsrett, herunder tre trinnstestet. Det er derfor viktig å vurdere den potensielle virkningen av å innføre en lovbestemt lisensmodell for nye sektorer og for de kategoriene av rettighetshavere som det vil ramme. IFPI mener at å innføre kollektiv lisensiering med utvidet virkning for verk som vil være omfattet av artikkel 17 alvorlig vil svekke rettighetshavernes avtalefrihet og svekke muligheten til å forby tilgjengeliggjøring av deres innhold.

Markedet for innspilt musikk har allerede gode ordninger for lisensiering, og det er viktig å presisere at det ikke foreligger noen krav, og heller ikke noen god begrunnelse, for å innføre kollektiv lisensiering med utvidet virkning for art 17.

## 26. Hvordan bør forpliktelsen om å informere rettighetshaverne gjennomføres? Bør det innføres en notifikasjonsordning, eventuelt kombinert med en stillstandsperiode?

Ettersom en generell avtalelisens vil frata rettighetshaverne en rett til å godkjenne bruk av deres verk, må rettighetshaverne gjøres oppmerksom på denne rettighetsbegrensningen. Informasjon om de generelle avtalelisensmekanismene må gjennomføres på en måte som i tilstrekkelig grad varsler rettighetshaverne om eksistensen av den og deres «opt out»-rett. IFPI støtter innføringen av en varslingsordning kombinert med en stillstandsperiode. Slike varsler bør sendes innen rimelig tid før den generelle avtalelisensen trer i kraft slik at rettighetshaverne har fått tilstrekkelig tid til å reagere overfor organisasjonen dersom de ønsker å benytte seg av «opt out»-muligheten.

## 11 BRUK AV BESKYTTET INNHOLD AV TILBYDERE AV NETTBASERTE INNHOLDSDELINGSTJENESTER (ARTIKKEL 17)

Artikkel 17 pålegger tilbydere av delingstjenester for nettinhold, dvs. plattformer som lagrer og gir tilgang til store mengder brukeropplastete verk og annet beskyttet materiale, i større grad enn i dag ansvar for at innholdet er klarert. Tilbyderne skal også på andre måter hindre ulovlig bruk.

Bestemmelsen slår fast at tilbyderne foretar en overføring til allmennheten når de gir allmenheten tilgang til brukeropplastet innhold, og at tilbyderen derfor plikter å innhente tillatelse til denne bruken, f.eks. gjennom en lisensavtale. Ansvarfriehtsreglene i ehandelsdirektivet (2000/31/EF) artikkel 14 gjelder ikke for situasjoner som er omfattet av bestemmelsen. Artikkel 17 oppstiller likevel alternative krav til når tilbyderen kan bli ansvarsfri i de tilfellene det ikke er innhentet tillatelse eller lisens. Blant annet stilles det krav til at tilbyderen har gjort hva den har kunnet («best efforts») for å innhente tillatelse og handlet hurtig og fjernet innhold når rettighetshaveren har gjort oppmerksom på overtredelsen.

### Spørsmål:

## 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?

I lang tid har det vært et stort misforhold, eller et såkalt «value gap», mellom inntektene noen nettbaserte innholdsdelingstjenester tilegner seg gjennom tilgjengeliggjøring av innspilt musikk, og de minimale inntekter som føres tilbake til rettighetshaverne for denne bruken. Ubalansen skyldes en utilsiktet virkning

av anvendelsen av lovbestemmelsene som regulerer ansvar for opphavsrettskrenkelser som skjer via delingstjenester, og som igjen har ført til at plattformer som tilgjengeliggjør brukergenererte opplastninger påberoper seg ansvarsfrihet for overføringen til allmenheten. Konsekvensen av dette har vært at vederlaget fra disse plattformene for tilgjengeliggjøring av musikk har ligget langt under markedspris. Det anslås at plattformer som tilgjengeliggjør brukergenererte opplastninger betaler mindre enn 1 euro (omtrent 10 NOK) per bruker per år, mens digitale plattformer som lisensierer musikken betaler ca 18 euro (omtrent 180 NOK) per bruker per år.

I dag opererer altså de ulike tilbydere av blant annet innspilt musikk under helt ulike regelregimer. Streamingaktører som inngår avtaler med rettighetshaverne og delingsplattformer uten lisensavtale er hverandres største konkurrenter, men de opererer ikke på like konkurransevilkår. Der de lisensierte streamingaktørene klarer hver enkelt låt som tilgjengeliggjøres for allmenheten, og har vel fungerende avregningssystemer tilbake til rettighetshavere, kan brukere av delingsplattformer oppleve tilsvarende tilgang til den samme musikken, men uten fungerende systemer som ivaretar rettighetshaverne. Dette har igjen medført at delingsplattformene hittil har hatt anledning til å utvikle en egen forretningsmodell basert på formidling av rettighetsbelagt innhold, uten å måtte klarere tilgjengeliggjøringen til allmenheten med rettighetshaverne.

En implementering av digitalmarkedsdirektivets art 17 vil utvilsomt føre til økte inntekter for rettighetshaverne, i tillegg til at konkurransen balanseres gjennom at de ulike aktørene opererer på level playing field.

Dersom digitalmarkedsdirektivet implementeres korrekt, vil det legges til rette for å kunne anvende opphavsrettslovgivningen på en riktig, rettferdig og konsekvent måte, gjennom at rettighetshaverne kan forhandle med tilbyderne av nettbaserte innholdsdelingstjenester fra et mer likevektig ståsted. Dette vil igjen sikre at de ulike nettbaserte plattformene konkurrerer på like vilkår, og brukerne vil fremdeles gis tilgang til innhold når og hvor de ønsker, samt at rettighetshaverne får en rimelig godtgjørelse for innholdet.

**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.**

IFPI vurderer det slik at det er gunstig å implementere bestemmelsen i tråd med KUDs alternativ 3 over (at lisensavtalen skal regulere at avtaler som inngås mellom en delingstjeneste og en rettighetshaver skal omfatte og regulere spørsmål om brukerens utnyttelse). Dette fordi den konkrete vurderingen av ansvar for de som laster opp innholdet, og som vil bli dekket av delingstjenestens lisens, uansett til slutt kan ende med å måtte gjøres under lisensforhandlingene. I dette ligger at man må ta i betraktning den spesifikke funksjonaliteten i hver enkelt tjeneste, i hver enkelt lisensavtale.

Dersom KUD imidlertid skulle velge å implementere i samsvar med alternativ 1 som formulert over (ved at det lovfestes at avtaler inngått mellom delingstjeneste og rettighetshaver også skal gjelde for brukere slik at avtalen får en utvidet virkning), mener IFPI at KUD må vurdere følgende tilleggselementer:

- Artikkel 17(2) strekker seg kun så langt som til brukerens overføring til allmenheten under artikkel 3 (opplastninger) i opphavsrettsdirektivet, og dekker ikke reproduksjonshandlinger under artikkel 2 i opphavsrettsdirektivet
- Bestemmelsen gjelder bare når de som laster opp ikke handler på kommersiell basis eller i de tilfellene hvor aktiviteten ikke genererer betydelig inntekter. Fortalepunkt 69 utdyper hva som utgjør betydelige inntekter gjennom angivelsen: «[...] where the revenue generated by their uploads is not significant in relation to the copyright relevant acts of the users covered by such authorisations». Innholdet i dette er imidlertid ikke klart, og for å sikre forutberegnelighet bør

teksten presisere at en bruker kun konsumeres dersom brukeren ikke opptrer med et direkte eller indirekte kommersielt formål.

- En norsk bestemmelse bør også presisere at den kun gjelder innenfor omfanget av den godkjenningen som er gitt fra rettighetshaver til tilbyderer av en innholdsdelingstjeneste (jf. ordlyden i fortalepunkt 69: «within the scope of the authorisation granted to the service providers»).

Implementering i henhold til forslaget i punkt 2 bør avvises fordi det er i strid med direktivet. Direktivet åpner ikke for at det introduseres nye unntak.

De fleste EU-medlemsstater ser ut til å ha bestemt seg for å implementere artikkel 17(2) ordrett. KUD kunne med fordel benytte en liknende tilnærming for å sikre en mer harmonisert gjennomføring.

**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?**

Direktivet har ingen fortalepunkt som kan bidra til forståelsen av hvordan «best efforts» («har gjort sitt ytterste») skal tolkes i konteksten av artikkel 17(4) bokstav a (i motsetning til hva som er tilfellet for bokstav b og c). Uttrykket er imidlertid et juridisk begrep som allerede er i bruk og det finnes derfor noen klare holdepunkter for hvordan uttrykket skal forstås.

«Best efforts» i artikkel 17(4) bokstav a må forstås slik at en tilbyder av en nettbasert innholdsdelingstjeneste må gjøre alt det som en aktsom kommersiell operatør vil gjøre for å innhente nødvendige godkjenninger for tilgjengeliggjøring av innhold på delingstjenesten.

Dette betyr imidlertid ikke at rettighetshavere er **forpliktet** til å gi delingstjenestene tillatelse til å overføre innhold til allmennheten. Rettighetshaverne har frihet til å bestemme om og eventuelt på hvilke vilkår lisensavtale skal inngås med delingstjenestene. Dette gjøres klart i fortalepunkt 61, hvor det heter:

*«However, as contractual freedom should not be affected by those provisions, rightholders should not be obliged to give an authorization or to conclude licensing agreements»*

IFPI mener det er viktig at avtalefriheten fremgår tydelig av de norske lovbestemmelsene som skal implementere artikkel 17(4).

I tillegg må det understrekes at manglende evne til å komme til enighet om de kommersielle vilkårene for en lisensavtale ikke kan tolkes som tilstrekkelig for å oppfylle plikten i «best efforts». Dette betyr likevel ikke at en delingstjeneste må godta en lisensavtale dersom det objektivt sett er økonomisk umulig. Dersom det ikke inngås lisensavtale, må delingstjenesten oppfylle vilkårene i artikkel 17(4) bokstav b og c.

Et annet viktig poeng IFPI ønsker å fremheve er at fortalepunkt 66 gir nyttig veiledning for hvordan begrepet «best efforts» skal forstås, særskilt i lys av artikkel 17(4) bokstav b. Dette er også nyttig ved tolkningen av «best efforts» i bokstav a og c. Terskelen for «best efforts» er høy, og i fortalepunktet avsnitt to heter det:

*«When assessing whether an online content-sharing service provider has made its best efforts in accordance with the high industry standards of professional diligence, account should be taken of whether the service provider has taken all the steps that would be taken by a diligent operator to achieve the result of preventing the availability of unauthorised works or other subject matter on*

its website, taking into account best industry practices and the effectiveness of the steps taken in light of all relevant factors and developments, as well as the principle of proportionality»

IFPI vurderer det slik at denne beskrivelsen er i samsvar med hva som må forventes å være oppfylt for at delingstjenestene skal ha gjort sine «best efforts». Delingstjenestene må ha gjennomført alle tiltak som ville blitt utført av en aktsom aktør for å oppnå det tiltenkte resultatet.

IFPI råder likevel KUD til å ikke forsøke å komme frem til en konkret definisjon av «best efforts». Årsaken er at IFPI mener det er viktig med fleksibilitet for å sikre at tiltakene som utgjør «best efforts» skal være tilpasset de konkrete tilfellene, særlig i lys av artikkel 17(5), og for å sørge for at artikkel 17 kan følge med i tiden. For eksempel bør spørsmålet om hva som utgjør «high industry standards of professional diligence» («høye bransjestandarder for yrkesmessig aktsomhet») være dynamisk og vurderes i lys av teknologien på det konkrete tidspunktet. I tilfellet tvist, bør det overlates til domstolene å avgjøre hvorvidt en delingstjeneste har oppfylt kravene i bestemmelsen.

For å også besvare KUDs første spørsmål, vurderer IFPI det slik at det ikke er tilstrekkelig for en delingstjeneste å kun inngå lisensavtaler med kollektive forvaltningsorganisasjoner (CMOs) og store rettighetshavere (major rightholders). Dette fordi lisensavtaler som inngås med sistnevnte kun dekker rettighetene som de har et mandat til å lisensiere, eller som de eier. Delingstjenestene vil derfor også måtte innhente tillatelse fra mindre rettighetshavere for å kunne gi tilgang til innhold som de eier må delingstjenesten forhindre at deres innhold gjøres tilgjengelig eller tilgang må blokkeres i tråd med artikkel 17(4) bokstav b og c.

**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?**

Det overordnede målet med digitalmarkedsdirektivet, som det fremgår av direktivets artikkel 1, er å ytterligere harmonisere EU-lovgivningen som gjelder opphavsrett og nærstående rettigheter. Sammen med flere øvrige direktiver utgjør digitalmarkedsdirektivet en del av EUs rammeverk for opphavsrett, som har som formål å øke beskyttelsesnivået for rettighetshavere. Fortalepunkt 4 viser til at digitalmarkedsdirektivet **«is based upon, and complements, the rules laid down in the directives currently in force in this area»**, inkludert opphavsrettsdirektivet.

Artikkel 17(7), som pålegger delingstjenestene å ikke blokkere innhold som er dekket av et lovbestemt unntak eller en begrensning som fastsatt i bestemmelsen, er strengt knyttet til den uttømmende listen over unntak gitt i opphavsrettsdirektivet artikkel 5 nr. 3. I den forbindelse bemerker IFPI at artikkel 17(7) andre ledd sier:

*«Member States shall ensure that users in each Member State are able to rely on any of the following existing exceptions or limitations when uploading and making available content generated by users on online content-sharing services: (a) quotation, criticism, review; (b) use for the purpose of caricature, parody or pastiche»*

IFPI minner om at det under forhandlingene kom opp et forslag om å inkludere andre unntak på listen, for eksempel «tilfeldig bruk», men at disse forslagene ble avvist. Ordlyden i passusen **«the following existing exceptions or limitations»** bekrefter at det var meningen å understreke sammenhengen mellom artikkel 17 og opphavsrettsdirektivet artikkel 5(3), som i bokstavene d og k har unntak som tilsvarer de unntak som fremgår av artikkel 17(7) andre setning.

Artikkel 17(4) må leses i sammenheng med og tolkes på en måte som er i overensstemmelse med de øvrige avsnittene i samme bestemmelse. Artikkel 17(1) angir et generelt prinsipp som oppstiller et krav om godkjenning for at en delingstjeneste skal unngå ansvar for deling av innhold. Artikkel 17(4) følger opp og skisserer de situasjonene hvor det er logisk at en delingstjeneste, selv om det ikke foreligger en tillatelse, kan fritas for ansvar under forutsetning av å ha oppfylt vilkårene som følger av artikkel 17(4) bokstav a – c. Når man leser artikkel 17(1) og artikkel 17(4) i sammenheng, indikerer bestemmelsen at opphavsrettsbeskyttede rettigheter prinsipielt sett er gitt prioritet, og at det stilles strenge betingelser for ansvarsfrihet. I den grad bestemmelsene i artikkel 17(4) utgjør et unntak fra hovedregelen i artikkel 17(1) må de tolkes snevert. Særs viktig er det at delingstjenestene beviser at de har handlet så raskt og effektivt som mulig for å sikre at innhold som det ikke er gitt tillatelse til å overføre, ikke gjøres tilgjengelig via deres nettsider.

Artikkel 17(9) indikerer at klage- og tvisteløsningsordningen må være tilgjengelig **etter** at delingstjenesten har blokkert eller fjernet innhold som er forsøkt gjort tilgjengelig uten samtykke fra rettighetshaver. Dette bekreftes av fortelepunkt 70 som ser ut til å legge til grunn at artikkel 17(9) skal fungere som en etterfølgende korrigerende mekanisme for å balansere de forskjellige relevante rettighetene; delingstjenestenes, brukerne av denne, og rettighetshavernes rettigheter. Fortelepunktet bestemmer at brukerne, gjennom klage- og tvisteløsningsordningen, skal kunne:

*«complain about the steps **taken** with regard to their uploads, in particular where they could benefit from an exception or limitation to copyright in relation to an upload to which access has been disabled or that has been removed»*

Bestemmelsens bruk av fortid hva gjelder verbet «å ta» («taken») med hensyn til delingstjenestenes handlinger, antyder at brukernes klager må gjelde innhold som allerede er blokkert eller fjernet i samsvar med artikkel 17(4) bokstav c.

**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 automatiserte løsninger i praksis vil kunne hindre opplasting av lovlig materiale, jf. artikkel 17 nr.7?**

Innledningsvis vil IFPI understreke at digitalmarkedsdirektivet krever at delingstjenestene forhindrer at innhold gjøres tilgjengelig uten tillatelse fra rettighetshaver, ikke bare som følge av en notifikasjon gitt av rettighetshaveren i medhold av artikkel 17(4) bokstav c, men også på grunnlag av relevant og nødvendig informasjon gitt av rettighetshaveren til delingstjenesten i tråd med artikkel 17(4) bokstav b. Vilårene i artikkel 17(4) a – c er kumulative, og må derfor alle være oppfylt av delingstjenesten for at denne skal kunne unngå ansvar i samsvar med bestemmelsen.

Selv om direktivet ikke pålegger delingstjenestene å benytte en spesifikk form for teknologi, mener IFPI det er tillatt å ta i bruk automatisert teknologi så fremt formålet om å unngå at innhold gjøres tilgjengelig uten samtykke oppnås.

Selv om automatiserte løsninger i praksis kan forhindre at også lovlig innhold lastes opp, tilsier erfaringer at dette i realiteten veldig sjeldent skjer (se f.eks. den franske CSPLA-rapporten<sup>1</sup>). Dersom slik filtrering av lovlig innhold skulle finne sted, har EU-lovgiver innført klage- og tvisteløsningsmekanismer som skal sikre at tilgjengeligheten av lovlig innhold ikke forhindres.

---

<sup>1</sup> <https://www.culture.gouv.fr/Sites-thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-les-outils-de-reconnaissance-des-contenus-protoges-par-les-plateformes-de-partage-en-ligne-etat-de-l-art-et-propositions>;

Ved implementeringen av direktivet er det viktig at KUD til enhver tid har fokus på at det primære formålet med artikkel 17 er å oppmuntre til at det inngås lisensavtaler, og ikke å lage smutthull slik at delingstjenestene kan drive sin virksomhet uten å inngå lisensavtaler.

**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?**

Nei, den norske loven dekker allerede bruk slik som fastsatt i artikkel 17(7).

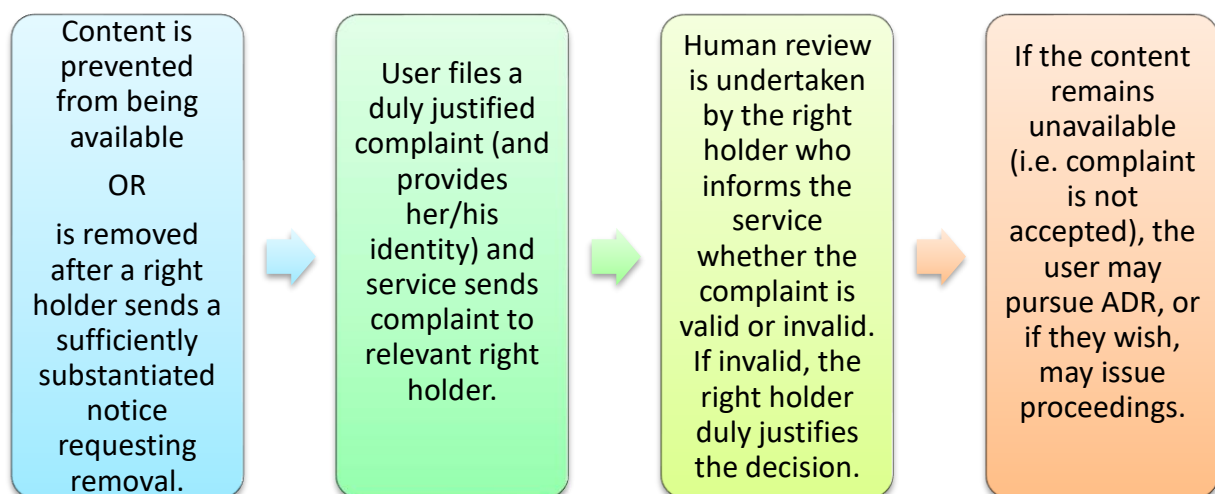
**42. Sett hen til at artikkel 17 ikke er nevnt i artikkel 23 som lister opp ufravikelige bestemmelser, har delingstjenester mulighet til å helt eller delvis avtale, for eksempel i sine brukervilkår, at andre vilkår gjelder for bruk av deres tjenester enn det som følger av artikkel 17?**

Artikkel 23 er en del av, og gjelder kun, digitalmarkedsdirektivet kapittel 3 om «Fair remuneration in exploitation contracts of authors and performers». Artikkel 23 gjelder av den grunn ikke artikkel 17.

Generelt er artikkel 17s utstrekning veldig tydelig. Den regulerer delingstjenestens ansvar for en konkret opphavsrettsbeskyttet handling. Bestemmelsen regulerer eller begrenser ikke delingstjenestens mulighet til å fastsette egne vilkår for bruk. En slik tolkning vil føre til en urimelig begrensning av delingstjenestens grunnleggende frihet til å drive virksomhet.

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

Nedenfor har IFPI tatt inn et flytskjema som viser hvordan klage- og tvisteløsningsmekanismen i artikkel 17(9) skal fungere i henhold til direktivet:



The content must stay down during this process unless and until the complaint is resolved in the user's favour

## 12 SEKTORSPEISIFIKKE BESTEMMELSER (ARTIKKEL 18 – 23)

Direktivet avdeling IV kapittel 3 (artiklene 18 til 23) inneholder regler om rimelig godtgjøring til opphavere og utøvende kunstnere i avtaler om kommersiell bruk. Direktivet viser til at nasjonal lovgivning bør ta høyde for særtrekkene i hver enkelt sektor.

### Spørsmål:

**44. Er det behov for sektorspesifikke bestemmelser ved gjennomføringen av direktivets avdeling IV kapittel 3? Hva bør i så fall bestemmelsene ta høyde for? Se også konkrete spørsmål om bestemmelsene i kapittel 3 nedenfor.**

Som en generell bemerkning vil IFPI påpeke at i den grad nasjonal lovgivning allerede gir garantier om rimelig godtgjøring til opphavere slik som fastsatt i kapittel 3, er det ikke behov for å innta nye bestemmelser. Det finnes allerede bestemmelser i norsk rett som regulerer noen av de aspektene som dekkes av artikkel 18-23 i digitalmarkedsdirektivet. Det er essensielt å vurdere disse aspektene først, før KUD innlemmer konkrete forslag til endringer som må tilpasses øvrige sektorer som allerede er regulert.

Hvis KUD vurderer det slik at det må gjøres endringer for at nasjonal rett skal være fullstendig i overensstemmelse med digitalmarkedsdirektivet, må loven gjøre det mulig å hensynta de ulike sektorene slik som beskrevet i direktivet, se fortalepunkt 77.

En proporsjonal implementering må sikre at balansen mellom de forskjellige interessene som står mot hverandre opprettholdes og at direktivets beskyttelsesmekanismer også implementeres.

Når det gjelder produsentene av innspilt musikk spesifikt, er det viktig ved implementeringen å hensynta hvilken verdi en utøvers bidrag har for et innspilt lydopptak (som det også er henvist til i artikkel 19(3), 20 og 22). En forholdsmessig implementering krever at visse bestemmelser bare bør gjelde for utøvere som har ytt et vesentlig bidrag til innspillingen. For eksempel ville det være uforholdsmessig at noen bestemmelser skal få anvendelse overfor utøvere hvis bidrag ikke har hatt direkte betydning for den påfølgende kommersielle suksessen som en innspilling har fått, eller dersom utøverens bidrag med rimelighet kunne blitt erstattet med et bidrag fra en annen utøver.

Hva gjelder harmoniseringsnivået, vurderer IFPI det slik at digitalmarkedsdirektivet åpner for fleksibilitet ved gjennomføringen av kapittel 3 når det kommer til detaljene i de spesifikke bestemmelsene. Av særlig viktighet er det å hensynta de ulike særtrekkene i hver sektor som omfattes. Det er spesielt viktig at KUD benytter seg av denne fleksibiliteten for å sikre en forholdsmessig tilnærming for å oppnå direktivets formål uten å skape unødige forstyrrelser for etablert praksis i musikksektoren.

Under besvarelsen av KUDs spørsmål til de konkrete bestemmelsene nedenfor, vil IFPI beskrive situasjonen for produsentene av innspilt musikk mer detaljert.

### Prinsippet om hensiktsmessig og rimelig godtgjøring (artikkel 18)

Av artikkel 18 fremgår et generelt prinsipp om rimelig vederlag (godtgjøring). Etter bestemmelsen skal medlemsstatene sikre at opphavere og utøvende kunstnere som lisensierer eller overdrar rettigheter, har rett til et hensiktsmessig og rimelig vederlag. Ved gjennomføringen av bestemmelsen skal det tas hensyn til prinsippet om avtalefrihet og en rimelig balanse mellom rettigheter og interesser.

### Spørsmål:

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

Nei, det er ikke et behov for å endre åndsverkloven § 69. Denne bestemmelsen sikrer allerede at opphavere har et krav på rimelig godtgjørelse. Artikkel 18 i direktivet gir kun et generelt prinsipp som «operasjonaliseres» gjennom implementeringen av artiklene 19-22. Det er ikke nødvendig å implementere det generelle prinsippet i artikkel 18 ordrett, så lenge lovgivningen sikrer rimelig godtgjørelse. Ved å implementere bestemmelsene om åpenhet («transparency obligation») og ordningen for avtalejustering, vil Norge oppnå formålet som fastsettes i det generelle prinsippet i artikkel 18. Videre er prinsippet om rimelig godtgjørelse allerede anerkjent av EU-domstolen som et grunnleggende element i EU-rettslig opphavsrett.

Dersom prinsippet i artikkel 18 likevel skal innføres på nasjonalt nivå, bør standarden for hva som utgjør «appropriate and proportionate» bli tolket på en måte som er i samsvar med ordlyden i artikkel 18(2) og fortalepunkt 73. Artikkel 18(2) fastsetter at medlemsstatene ved implementeringen av prinsippet skal ta hensyn til hva som er en rimelig balanse mellom rettigheter og interesser og prinsippet om avtalefrihet. Kombinert med ordlyden i fortalepunkt 73 antyder dette at direktivets bestemmelser bør implementeres og få virkning på en måte som åpner for ulik praksis i markedet. Dette betyr blant annet at ordningen med engangsbetaling må videreføres, og at det må tas hensyn til hvilken betydning de relevante opphaverne og utøverne har hatt for det endelige resultatet. Det er klart at det ikke kan være en «one size fits all»-tilnærming. Loven må være tilstrekkelig fleksibel slik at den kan hensynta særtrekkene i hver sektor som omfattes.

IFPI anser det som viktig å gjøre KUD oppmerksom på at utøvere i musikkbransjen får godtgjørelse på forskjellige grunnlag, og foretrekker det slik. Hovedartister som tar del i den økonomiske risikoen ved innspillingen, og hvis personlige bidrag påvirker den kommersielle suksessen for innspillingen, får vanligvis en andel av inntektene for den kommersielle utnyttelse av den aktuelle innspillingen. Session-musikere får vanligvis utbetalt et engangsbeløp på tidspunktet for innspillingen. Sistnevnte utøvere deler av den grunn ikke den økonomiske risikoen ved innspillingen. De blir betalt på forhånd, og de beholder betalingen uavhengig av om innspillingen lykkes eller ikke.

IFPI mener denne praksisen er i samsvar med digitalmarkedsdirektivet. Flere ulike former for godtgjørelse, som igjen gjenspeiler opphaverens eller utøverens bidrag, kan tilfredsstillende prinsippet om rimelig godtgjørelse. Direktivet fastsetter at godtgjørelsen som utbetales til en opphaver eller en utøver, bør hensynta «*the actual or potential economic value of the licensed or transferred rights, taking into account the author's or performer's contribution to the overall work or other subject matter and all other circumstances of the case, such as market practices or the actual exploitation of the work*», jf. fortalepunkt 73.

Ovennevnte eksempel beskriver en av utallige måter for hvordan godtgjørelse fastsettes og avtales i forskjellige sektorer. Dette viser hvorfor svært spesifikke bestemmelser vil kunne undergrave mekanismene i et marked som i dag fungerer på en god måte. Det er ikke godtgjørelsen i seg selv, eller hvordan denne gis, som er av betydning, men at denne er rimelig. Dette oppnås ved å sikre at nasjonal lovgivning er i samsvar med artikkel 19-21.

#### **46. I hvilke situasjoner vil engangsbeløp anses som «hensiktsmessig og rimelig» godtgjøring? Hvordan kan det ved avtaleinngåelse vurderes om et engangsbeløp er «hensiktsmessig og rimelig», når partene på tidspunktet for avtaleinngåelse ikke sikkert vet hvilke inntekter som vil genereres ved utnyttelse av verket?**

Når det gjelder IFPIs generelle standpunkt til engangsbeløp, se vårt svar til spørsmål 45 over.

Vurderingen av om et engangsbeløp er eller ikke er en rimelig godtgjørelse må vurderes konkret i hvert tilfelle. Dette er årsaken til at IFPI er av den klare oppfatning at KUD ikke i lovs form bør angi konkrete vilkår eller omstendigheter for når partene kan og bør bli enige om et engangsbeløp.



Dersom en konflikt skulle oppstå vil den endelige avgjørelsen uansett tilligge domstolene som må gjøre en konkret vurdering av omstendighetene i den aktuelle saken. I denne sammenheng er betydningen av engangsbeløpet relevant for å avgjøre om dette beløpet faktisk er en rimelig godtgjørelse. Som nevnt i vårt svar til spørsmål 45, hvor det fremgår at hovedartister normalt betales en kombinasjon av forskudd og royaltybetaling ut fra innspillings omsetning, så betales vanligvis session-musikerne, hvis bidrag kunne vært erstattet av en annen utøver uten at det er avgjørende for den kommersielle suksessen til verket, et engangsbeløp på tidspunktet for innspillingen. Årsaken er at session-musikerne ikke tar del i den økonomiske risikoen ved å produsere og markedsføre innspillingen. Disse musikerne får betalt med en gang, og de beholder betalingen uavhengig av hvordan det går med innspillingen.

#### 47. Hvordan bør overføringer uten vederlag (som tillates etter fortalen punkt 82) vurderes opp mot artikkel 18 (og artikkel 20)?

IFPI vurderer det slik at avtaler uten vederlag som er inngått mellom partene normalt ikke vil falle inn under artikkel 18-22, ettersom disse bestemmelsene kun regulerer spørsmål knyttet til et avtalt vederlag.

Fortalepunkt 74 ser ut til å bekrefte denne forståelsen: «*Authors and performers need information to assess the economic value of rights of theirs that are harmonised under Union law. This is especially the case where natural persons grant a licence or a transfer of rights for the purposes of exploitation in return for remuneration. That need does not arise where the exploitation has ceased, or where the author or performer has granted a licence to the general public without remuneration*».

#### 48. Er det forskjell mellom «appropriate and proportionate» i artikkel 18 og «appropriate and fair» i artikkel 20 (oversatt til «hensiktsmessig og rimelig» i de norske oversettelsene av begge bestemmelsene)?

IFPI betrakter begrepene som sammenfallende.

#### Innsynskrav (artikkel 19)

Artikkel 19 pålegger erververe av rettigheter en forpliktelse til regelmessig å gi oppdaterte, relevante og uttømmende opplysninger til opphaver eller den utøvende kunstneren om bruken av verket eller arbeidet.

#### Spørsmål:

#### 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?

IFPI er av den oppfatning at det ikke er behov for å fastsette i lovgivningen bestemmelser om hva som skal regnes som «relevant informasjon» under artikkel 19. Det er fordi hva som er relevant informasjon vil variere fra sektor til sektor, med hvilke typer salgskanaler som er involvert, samt type avtale som er inngått.

Det vil imidlertid være nyttig å innføre noen presiseringer i norsk rett. For eksempel bør begrepet «*all revenues generated*» («alle inntekter») forstås slik at det refererer til inntekter generert fra opphaverens eller utøverens direkte avtalepartnere og begrepet «relevant» bør referere til informasjon som er nødvendig for å avgjøre om royaltyutbetalinger og øvrige avtalemessige utbetalinger er korrekte.

Artikkel 19 gjelder kun inntekter som genereres som følge av opphavsrettslig relevante handlinger, jf. fortalepunkt 75. Som et resultat, hva gjelder artistavtaler, vil for eksempel inntekter fra salg av merch falle utenfor bestemmelsen, fordi dette er inntekt som ikke stammer fra en opphavsrettslig relevant handling.

Artikkel 19(3) tillater medlemsstatene å begrense «*level and types of information*» når en begrensning kan rettferdiggjøres ut fra hvilke inntekter som genereres av en utnyttelse av verket. KUD bør benytte seg av denne muligheten. Uten dette vil rapporteringsforpliktelsen føre til urimelige situasjoner hvor det å utarbeide rapportene vil koste mer enn verdien av rettighetene. I tillegg tillater artikkel 19(4)

medlemsstatene å ekskludere opphavere og utøvere hvis bidrag ikke har betydning for verket eller fremføringen i sin helhet fra innsynsretten. De fleste medlemsstater foreslår å implementere denne bestemmelsen ordrett.

Plateselskapene avgir allerede detaljerte rapporter til hovedartister i tråd med hva som er fastsatt i artistenes kontrakter. IFPI mener likevel den administrative belastningen for musikk-labels ved separat detaljert rapportering til enhver utøver, inkludert session-musikere, om hver enkelt form for utnyttelse, vil være urimelig og uforholdsmessig. Det er derfor viktig, i tråd med artikkel 19(3) og (4), å benytte fleksibiliteten som ligger i at det åpnes for å utelate ubetydelige bidragsytere fra bestemmelsens omfang, og heller innføre en materiell terskel (f.eks. en vesentlighetsterskel) som er bestemmende for rapportens detaljnivå.

IFPI mener rapporteringsforpliktelsen kun bør komme til anvendelse for artistene som har bidratt betydelig, fordi en utvidelse av rapporteringsforpliktelsen til session-musikere (hvis bidrag kan erstattes og hvis individuelle bidrag til et verk eller en fremføring ikke har noen betydning for verkets eller fremføringens suksess og som regel er betalt en avtalt lønn på forhånd), vil føre til en forrykkelse av eksisterende bransjepraksis og pålegge plateselskapene en urimelig belastning. En slik utvidelse vil klart være uforholdsmessig.

Av den grunn IFPI foreslår IFPI at «viktige bidragsytere» kan defineres slik:

«[Denne delen] skal gjelde for opphavere eller utøvere som har overført eller lisensiert sine rettigheter til et verk eller en fremføring som de har gitt et betydelig personlig bidrag til. Faktorer som skal tas i betraktning ved bestemmelsen av om opphaveren eller utøverens bidrag er viktig inkluderer om opphaveren eller utøverens bidrag har hatt en direkte innvirkning på den totale suksessen som verket eller fremføringen har hatt, eller om bidraget kunne ha blitt erstattet av en annen opphaver eller utøver uten å påvirke den kommersielle suksessen til verket eller fremføringen»

#### **50. Hvordan skal innsynskravet i artikkel 19 praktiseres av de som har rettigheter til mange verk, herunder verk med flere opphavere?**

IFPI foreslår at for verk med flere opphavere bør opphaverne utøve sin rett til informasjon samlet.

#### **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?**

Enkelte opplysninger kan utgjøre konfidensiell informasjon om avtaleparten eller informasjon som kan være sensitiv sett fra et konkurranseperspektiv (forretningshemmeligheter). En eventuell skade på rettfærdig konkurranse og en parts generelle kommersielle interesser som forårsakes av utlevering av konfidensiell informasjon er potensielt betydelig.

Tatt i betraktning dette skadepotensialet, samt umuligheten ved å reversere en slik utlevering og vanskelighetene med å identifisere kilden til bruddet, må føre til at lovgivningen uttrykkelig angir at rapporteringsforpliktelsen ikke kan kreve at det skal utleveres informasjon som er underlagt avtalemessig eller rettslig beskyttelse hva gjelder kommersielt sensitiv informasjon, konfidensiell informasjon, forretningshemmeligheter eller persondata.

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

Det er lite sannsynlig at dette vil føre til problemer i praksis. Opphaveren/utøveren kan kontakte sin avtalepartner og forhøre seg om situasjonen. I musikkbransjen er det også slik at revisjonsklausuler ofte er med i artistkontraktene.

**53. Hvordan bør en anmodning om informasjon etter artikkel 19 nr. 2 gis til underlisensstakere og hvordan bør informasjonen fra underlisensstakere formidles til opphavere/utøvende kunstnere eller deres representanter, herunder skal det formidles direkte eller indirekte via lisensstaker?**

For å unngå potensialet for en betydelig markedsforstyrrelse, er det viktig at informasjonen gis gjennom opphaverens eller utøverens avtalemotpart og ikke underlisensstakeren.

Faktum er at opphaverens eller utøverens første avtalemotpart (vanligvis en produsent eller en forlegger) er et viktig ledd i utnyttelseskjeden: produsenten er den profesjonelle forhandlingspartneren overfor aktør som utnytter rettighetene (eller en annen påfølgende lenke i utnyttelseskjeden). Derfor ville det ikke være riktig at bare opphaveren/utøveren får en lovbestemt rett til å innhente relevant og nødvendig informasjon fra den parten som til slutt utnytter rettighetene (eller en annen påfølgende lenke i utnyttelseskjeden), mens opphaverens eller utøverens første avtalemotpart ikke har tilsvarende rettighet.

Videre er tredjeparter (underlisenshavere) ikke i stand til å vurdere omfanget av en kommersiell avtale som artister inngår med en produsent (som kan dekke tusenvis av artistens verk) eller hvilke aspekter som utgjør produsentens kommersielt sensitive informasjon (og som derfor bør unntas rapporteringsforpliktelsen). Å tillate at individuelle opphavere og artister sender forespørsler direkte til de digitale tjenestene eller øvrige B2C vil også medføre en urimelig belastning på de digitale tjenestene og B2C som ikke med rimelighet kan forventes å ha systemer som kan takle slike forespørsler.

IFPI oppfordrer derfor KUD til å til å benytte seg av muligheten som er gitt i artikkel 19(2) tredje ledd til å angi at «*any request to sub-licensees (...) is made directly through the direct contractual counterpart of the author or the performer only in those cases where the direct contractual counterpart does not hold the information*».

**54. Bør Norge benytte seg av muligheten til å begrense kravet til informasjon etter artikkel 19 nr. 3? I så fall, i hvilke tilfeller er det relevant?**

Vi vil oppfordre KUD til å begrense kravet til informasjon i samsvar med artikkel 19(3).

Se også våre svar på spørsmålene over.

**55. Hvilke særtrekk i de ulike sektorene bør vektlegges ved gjennomføring av innsynskravet? Hvordan bør dette skje – gjennom sektorspesifikk lovgivning eller på annen måte?**

IFPI vurderer det slik at det ikke er behov for sektorspesifikk lovgivning som sådan, men heller at artikkel 19 implementeres på en tilstrekkelig bred og fleksibel måte slik at loven kan fungere også i fremtiden og som samtidig kan tilpasses særtrekkene i de ulike sektorene.

**56. Etter direktivet artikkel 19 nr. 3 kan medlemsstatene fastsette at i tilstrekkelig begrunnede tilfeller der den administrative byrden som følger av innsynsforpliktelsen, vil bli uforholdsmessig i lys av inntektene fra utnyttingen av verket eller fremføringen, skal kravet begrenses til de typene og den mengden informasjon som med rimelighet kan forventes i slike tilfeller. Når anses den administrative byrden som uforholdsmessig? Hva anses som rimelig type og mengde informasjon i de tilfeller hvor innsynskravet begrenses?**

Se våre svar på spørsmålene over.

**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?**

Se våre svar på spørsmålene over, særlig vårt svar til spørsmål nr. 50.

**58. Bør det innføres særskilte regler om tariffavtaler, jf. artikkel 19 nr. 5?**

IFPI ser ingen grunn til å innføre spesifikke regler om tariffavtaler i tillegg til de generelle reglene som allerede gjelder.

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

**Ordning for avtalejustering (artikkel 20)**

I artikkel 20 er det en bestemmelse om en avtalejusteringsordning som i visse tilfeller åpner for reforhandling av kontrakter. Etter bestemmelsen skal opphaveren eller den utøvende kunstneren sikres et ytterligere vederlag dersom det viser seg at det opprinnelige vederlaget var urimelig lavt sammenlignet med de inntekter verket eller arbeidet genererer. Dette betyr at etterfølgende forhold tas med i vurderingen.

**Spørsmål:**

**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?**

Som vist i de foregående svarene, sikrer åndsverkloven § 69 at opphavere og utøvere har rett til en rimelig godtgjørelse. Slik IFPI ser det, er det ikke behov for å endre norsk lov for å oppfylle artikkel 20 i direktivet. Åndsverkloven § 69 oppfyller også kravet om en rimelig godtgjørelse i henhold til det generelle prinsippet i direktivets artikkel 18.

Dersom KUD velger å implementere artikkel 20, mener vi at etterfølgende forhold må hensyntas ved gjennomføringen. Ordlyden i fortalepunkt 78 som uttrykkelig fastsetter at det kan bes om avtalejustering når «*the economic value of rights turns out to be significantly higher than initially estimated*» and «*the remuneration originally agreed ... clearly becomes disproportionately low*» bør gjenspeiles i nasjonal lovgivning. Videre fastsetter det samme fortalepunkt at vurderingen av om godtgjørelsen er uforholdsmessig lav må gjøres i lys av (i) de spesifikke omstendighetene i hvert tilfelle (ii) bidraget til den relevante opphaveren eller utøveren og (iii) spesifikasjoner og praksis i de forskjellige sektorene. Det må gjøres en vurdering konkret i hvert enkelt tilfelle av om disse kumulative vilkårene er oppfylt.

Som eksempel, i musikkindustrien bør de større inntektene (f.eks. sponsoravtaler eller inntekter fra liveopptredener) som en artist/utøver mottar og som gjøres mulig – i det minste delvis – av investeringer foretatt av et plateselskap, i tillegg til markeds- og promoteringsarbeid, inkluderes når man vurderer «de spesifikke omstendighetene i hvert tilfelle», jf. over og fortalepunkt 78. Til dette kommer at labels stort sett ikke får en andel av inntektene fra liveopptredener. Dette er en betydelig inntektskilde for artister. Liveopptredener støttes ofte økonomisk av labels og er nært knyttet til innspillingenes økonomiske suksess. Labels investerer i et bredt spekter av aktiviteter som genererer inntekter for artisten og promoterer lydopptaket, men får normalt bare investeringene tilbake gjennom utnyttelse av innspillinger som er gjort i henhold til kontrakten.

**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?

Den generelle kontraktsjusteringsmekanismen i avtaleloven § 36 er tilstrekkelig. Denne tillater allerede at man kan foreta en justering av urimelige kontrakter, herunder også avtaler som gjelder opphavsrett. Det finnes allerede etablert rettspraksis som gir rettslig og faktisk forutberegnelighet for hvordan «urimelighet» skal vurderes og tolkes.

## 62. Hva er forholdet mellom vurderingene av hva som er en «ytterligere, hensiktsmessig og rimelig godtgjøring» etter artikkel 20 og en «hensiktsmessig og rimelig godtgjøring» i artikkel 18?

Alle referanser til «appropriate», «fair» og «proportionate» i dette kapittelet er ment å reflektere det samme prinsippet. Den «ekstra» godtgjørelsen som opphaveren eller utøveren potensielt har krav på etter avtalejusteringsprosessen vil kun være et «tillegg» til den godtgjørelsen som allerede er avtalt og mottatt.

## 63. Bør og kan det uttrykkelig reguleres at også opphaveres og utøvende kunstneres representanter kan kreve justering etter artikkel 20? Ifølge fortalen punkt 78 bør identiteten til opphavere og utøvende kunstnere vernes av deres representanter så langt det er mulig. Hvordan kan en vurdere om en godtgjøring er urimelig uten å avsløre identiteten til opphaver/utøvende kunstner, og hvordan bør dette håndteres i norsk rett ved gjennomføring av direktivet?

Ordlyden «*duly mandated in accordance with national law in compliance with Union law*» i fortalepunkt 78 er ikke helt klar. IFPI vil hevde at representative organisasjoner bare skal kunne gjøre krav på ytterligere godtgjørelse der de innehar en spesifikk tillatelse eller autorisasjon til å handle på vegne av en individuell opphaver eller utøver. Dette vil gi en beskyttelse for opphavere og utøvere uten å måtte utsette sine avtalepartnere for ubegrunnede påstander fra representative organisasjoner som hevder å ha uspesifiserte blanco-fullmakter til å handle på vegne av artister generelt. Et generelt mandat for representative organisasjoner vil også være i strid med behovet for å hensynta «*the specific circumstances of each case*», jf. fortalepunkt 78.

IFPI er enige med KUD om at for å kunne være i stand til å vurdere godtgjørelsen, er opphaverens eller utøverens identitet nødvendig. Anonymitet vil gjøre det umulig å foreta avtalejustering basert på de konkrete forholdene i saken slik som fastsatt i direktivet. IFPI vil derfor foreslå at KUD unnlater å gi anonymitet til de som er representert av representative organisasjoner.

## Twisteløsning (artikkel 21 og anmodningsvedtak ifm. åndsverkloven § 69)

Åndsverkloven § 69 gir opphaver rett til rimelig vederlag ved overdragelse av opphavsrett. Ved behandlingen av åndsverkloven i 2018 uttalte Stortingets familie- og kulturkomité at en tvisteløsningsmekanisme for fastsetting av rimelig vederlag etter bestemmelsen ville være en god måte å løse uenigheter knyttet til vederlagsspørsmål, jf. Innst. 258 L (2017–2018) side 6. I stortingsbehandlingen ble denne uttalelsen fulgt opp med en anmodning om at regjeringen skulle utrede en slik tvisteløsningsordning, jf. Stortingets anmodningsvedtak nr. 729 av 22. mai 2018. På bakgrunn av anmodningsvedtaket vil departementet utrede spørsmålet om en tvisteløsningsmekanisme knyttet til bestemmelsen om rimelig vederlag i åndsverkloven § 69.

I digitalmarkedsdirektivet artikkel 18 er det et generelt prinsipp om rimelig vederlag, som i stor grad tilsvarer åndsverklovens bestemmelse. Etter artikkel 18 skal medlemsstatene sikre at opphavere og utøvende kunstnere som lisensierer eller overdrar rettigheter, har rett til et hensiktsmessig og rimelig vederlag. Ved gjennomføringen av bestemmelsen skal det tas hensyn til prinsippet om avtalefrihet og en rimelig balanse mellom rettigheter og interesser.

Etter artikkel 21 skal statene fastsette at tvister kan bli underlagt en frivillig prosedyre for alternativ tvisteløsning. Denne alternative tvisteløsningsordningen knyttes imidlertid ikke til den generelle

bestemmelsen om rimelig vederlag i artikkel 18, men til bestemmelsen om reforhandling av kontrakter (avtalejusteringsordning) i artikkel 20 og informasjonsplikten i artikkel 19.

#### Spørsmål:

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

IFPI mener det ikke er behov for en ytterligere alternativ tvisteløsningsordning.

#### 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?

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)?

Fortalepunkt 81 i direktivet bestemmer at medlemsstatene er **forpliktet** til å sørge for en alternativ tvisteløsningsordning i deres lovgivning, slik at dersom partene i en avtale **ønsker** å løse konflikter oppstått i relasjon til bestemmelsene i artikkel 19 og 20 i direktivet via en alternativ tvisteløsningsordning skal de lovlig kunne gjøre dette. Dette skal imidlertid ikke forhindre at partene kan søke å løse tvisten ved domstolsbehandling.

#### 67. Vil det være særskilt behov for en alternativ tvisteløsningsordning for behandling av tvister etter åndsverkloven § 69 dersom det innføres en tvisteløsningsordning knyttet til artikkel 20 om reforhandling av kontrakter? Hva er i så fall begrunnelsen for et slikt behov (gitt at EU ikke har sett det samme behovet)?

Den alternative tvisteløsningsordningen i artikkel 21 i direktivet skal kun være tilgjengelig der partene er enige om det, og kun i relasjon til tvister knyttet til innsynsforpliktelsen i artikkel 19 og avtalejusteringsordningen i artikkel 20. Det er av den grunn ikke behov for å innføre en alternativ tvisteløsningsordning for åndsverkloven § 69 som skal angi et generelt prinsipp om rett til rimelig godtgjørelse på samme måte som artikkel 18 i direktivet.

#### 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)?

Som et minimum bør en alternativ tvisteløsningsordning være frivillig. I tillegg bør det alltid være mulig å anke en avgjørelse inn for en domstol, eller gå direkte til en domstol dersom en av partene ikke ønsker alternativ tvisteløsning.

#### 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.

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

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?

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

### Oppsigelse av avtale ved manglende bruk (artikkel 22)

Artikkel 22 gir regler om tilbakekallsrett ved manglende bruk. Bestemmelsen gir på visse vilkår opphaver eller utøvende kunstner en rett til å si opp avtalen dersom erverver ikke utnytter en lisens eller en eksklusiv rett. Etter bestemmelsen er det i stor grad opp til medlemsstatene å fastsette nærmere bestemmelser og vilkår for denne adgangen. Blant annet kan det fastsettes at tilbakekall bare kan gjøres i et bestemt tidsrom og at det må skje etter en rimelig tidsfrist etter avtaleinngåelse.

I høringsnotatet om ny åndsverklov fra 2016 ble det i punkt 6.7 foreslått en bestemmelse om rett til oppsigelse ved manglende bruk, jf. utkastet § 5-5. Forslaget gikk ut på at opphaver kunne si opp avtalen dersom erverver ikke innen tre år har utnyttet en eksklusiv rett til å gjøre et verk tilgjengelig for allmennheten. Det ble også foreslått en oppsigelsesfrist på ett år, hvor erververen kunne iverksette bruken og avverge oppsigelsen. Bestemmelsen ble foreslått delvis fravikelig, slik at partene kunne avtale en rimelig endring av fristene. Blant annet på grunn av begrenset oppslutning i høringen, ble forslaget ikke opprettholdt i Prop. 104 L (2016-2017), jf. punkt 6.7.5.

### Spørsmål:

#### 73. Kan forslaget fra 2016 være egnet som utgangspunkt for gjennomføring av artikkel 22?

IFPI vurderer forslaget i punkt 6.7 fra 2016, hvor den ovennevnte retten til oppsigelse ved manglende bruk var inntatt, er passende for å gjennomføre artikkel 22 i direktivet. Ordlyden i bestemmelsen må imidlertid også gjenspeile noen av beskyttelsesgarantiene som følger av direktivet.

For eksempel må det i implementeringsbestemmelsen fastsettes at et tilbakekall kun kan utløses i et tilfelle med «*a total absence of exploitation anywhere in the territory of the contract*». Dette støttes av fortelepunkt 80, som forklarer bestemmelsens kontekst og refererer til situasjoner der «*works or performances that have been licensed or transferred are not exploited at all*». En slik tolkning av den utløsende hendelsen er også i tråd med «use it or lose it»-bestemmelsen i vernetidsdirektivet for opphavsrett og nærstående rettigheter (Direktiv 2011/77/EU).

I lys av artikkel 22(2) annet avsnitt bør gjennomføringsbestemmelsene ekskludere fremføringer hvor det er et flertall av utøvere eller i det minste inkludere en passus som fastslår at der verket eller fremføringen omfatter bidrag fra en rekke utøvere, må kunngjøringen om tilbakekall være ineffektiv så fremt den ikke er signert av alle opphaverne eller alle utøverne som har bidratt til verket eller fremføringen.

Av samme grunner som de som er nevnt tidligere hva gjelder behovet for å ekskludere ikke-vesentlige bidragsytere fra omfanget av noen av bestemmelsene, oppfordrer IFPI KUD til å benytte den samme muligheten når det kommer til tilbakekallsretten i artikkel 22(2) bokstav b.

Videre mener IFPI det er nyttig å klargjøre ved nasjonal implementering at når rettighetene til verk eller fremføringer som omfattes av tilbakekallet er overdratt eller eksklusivt lisensiert gjennom en avtale hvor det også er overdratt eller eksklusivt lisensiert rettigheter til andre verk eller fremføringer som ikke tilbakekalles, skal disse sistnevnte øvrige rettigheter under avtalen ikke påvirkes av tilbakekallet.

Norsk lovgivning kan også ta for seg situasjoner hvor en opphaver eller en utøver ikke har mulighet til å tilbakekalle sin rettighet eller terminere eksklusiviteten i en rettighetslisens når lisenshaveren eller den som har fått rett til en eksklusiv utnyttelse av denne overdratt til seg ikke oppfyller vilkårene på grunn av (a) en kontraktsmessig begrensning som forhindrer den som har fått rettigheten overdratt til seg eller lisenshaveren fra å oppfylle disse vilkårene (b) en unnlattelse fra opphaveren eller utøveren til oppfylle sine forpliktelser overfor rettighetshaveren eller lisenshaveren i samsvar med kontrakten som regulerer tildeling av rettighetene eller den eksklusive lisensen eller (c) andre forhold som opphaveren eller utøveren med rimelighet kan forventes å avhjelpe.

#### 74. Er det behov for sektor-spesifikke regler?

Lovgivningen som skal implementere direktivet må i det minste ta hensyn til noen aspekter som kan være sektorspesifikke. For eksempel kan det klargjøres at verk eller innspilte fremføringer (for eksempel såkalte «outtakes») som ikke er ment å skulle offentliggjøres eller som ville kreve en separat tillatelse fra en opphaver eller en utøver, eksplisitt ekskluderes fra omfanget av bestemmelsen om rett til tilbakekall.

## DEL 2 NETT- OG VIDERESENDINGSDIREKTIVET

IFPIs innspill til dette punktet er i sin helhet sammenfallende med Norwacos innspill. For ordens skyld har vi tatt inn den fullstendige teksten nedenfor.

[Nett- og videresendingsdirektivet \(\(EU\) 2019/789\) regulerer opphavsrettslige spørsmål i forbindelse med visse nettoverføringer og videresending av radio- og TV-programmer. Formålet med direktivet er å øke tilgangen til kringkastingsprogrammer fra andre medlemsstater ved å lette klarering av opphavsrettslig beskyttet innhold i slike programmer. En overordnet gjennomgang av bestemmelsene i direktivet finnes i EØS-notatbasen.](#)

[Sverige publiserte 11. november 2020 et høringsnotat \(Ds 2020:25\) med forslag til gjennomføring av direktivet blant annet i den svenske opphavsrettsloven.](#)

#### 75. Hva er vurderingen av det svenske forslaget til gjennomføring?

Innledningsvis finner vi grunn til å bemerke at det særlig på området for videresending er store forskjeller mellom det svenske og det norske markedet. Vi kommer tilbake til dette også under spørsmål 76. Mens man i det svenske markedet så langt vi kjenner til i liten grad har opplevd at prinsippet og bestemmelsene knyttet til videresending har blitt utfordret, stiller dette seg helt annerledes i det norske markedet. Her har nettopp spørsmål knyttet til videresending og «direct injection» (i norsk praksis gjerne kalt «direkte kontribusjon») vært kjernen i en rekke konflikter på opphavsrettsområdet. Dette bærer også det svenske lovforslaget preg av, ved at det (av naturlige markedsmessige årsaker) i liten grad kommer inn på slike problemstillinger. Det er derfor viktig å ha med seg at det svenske lovforslaget er fremmet i lys av markedssituasjonen i Sverige, og derfor vil gi lite veiledning for sentrale spørsmål som i stor grad har begrenset seg til og preget det norske markedet.

Det svenske lovforslaget (og vi kan også inkludere det danske her) legger etter vår oppfatning opp til en nokså «direktivnær» implementering, i tråd med direktivets ordlyd og innhold. Helt overordnet er vi derfor opptatt av at den norske gjennomføringen følger samme spor og at man på samme måte sikrer de hensyn som ligger til grunn for direktivet. Vi ser særlige grunner til en slik direktivnær implementering knyttet til reglene om henholdsvis videresending og «direct injection».

Direktivet utvider området for tvungen kollektiv forvaltning av videresending til også å gjelde videresending ved bruk av annen teknisk distribusjonsmåte enn kabel (ref. art. 2.2 og videre art. 4.1). Den eksisterende svenske avtalelisensbestemmelsen er teknologinøytral, og det vil derfor ikke være behov for å endre



ordlyden i denne for å være i overensstemmelse med direktivet. Det samme gjelder i utgangspunktet for den norske bestemmelsen i § 57, tredje ledd, selv om denne språklig er utformet på en annen måte enn den svenske. Departementet bør vurdere om det er behov for å endre den norske regelen om videresending, slik at denne i større grad tar opp i seg EU-direktivenes regulering av utnyttelsen. Her vil vi henvise både til den foreslåtte bestemmelse i den svenske opphovsrättslagen § 42 f, samt den foreslåtte bestemmelse i den danske lov om ophavsret § 35, stk. 1.

Etter vår oppfatning er det av særlig betydning at departementet gir tydelige bestemmelser på dette området, da dette er reguleringer som har vært (og er fortsatt) gjenstand for til dels sterk problematisering på det norske markedet. Nett- og videresendingsdirektivet legger imidlertid klare føringer for hvordan dette området og reguleringene av det skal forstås, noe som gjør det helt sentralt at departementet følger direktivets bestemmelser tett i gjennomføringen i norsk rett.

Et annet svært viktig område er knyttet til reguleringen av såkalt «direct injection» (tidligere kalt direkte kontribusjon i norsk rett). Det svenske forslaget er, i likhet med direktivet, helt tydelige på at måten en distributør mottar programbærende signaler på, er helt uten betydning for vurderingen av videresending. Som det fremgår av det svenske forslaget, er det «fråga om vidaresändning oavsett om den som vidaresänder fångar upp själva utsändningen eller om denne erhåller andra programbärande signaler som inte är tillgängliga för allmänheten från radio- eller tv-företaget, s.k. direktinjicering»<sup>3</sup> (vår utheving). I Sverige legges det derfor opp til at avtalelisensen for videresending (tilsvarende åvl. § 57, tredje ledd) allerede gjelder, uansett hvordan en distributør mottar programbærende signaler. Vi støtter en slik tilnærming og mener dette bør legges til grunn også for den norske gjennomføringen.

Tilsvarende har det i Danmark lenge vært gjeldende rett at TV-distributørers tilgjengeliggjøringshandlinger er omfattet av ophavsretloven § 35 og klareres som videresending, uavhengig av hvordan disse mottar programbærende signaler på (herunder «direct injection»). Direktivet medfører således ikke et behov for å endre den danske ophavsretsloven på dette området. Utover dette er det etter vår oppfatning lite veiledning å hente i det svenske lovforslaget, som behandler disse spørsmålene nokså overfladisk og formelt. I lys av de utfordringene og konfliktene som i motsetning til hva som har vært tilfellet i Sverige, klart har preget det norske markedet knyttet til spørsmål om videresending og «direct injection», mener vi at det er svært viktig at man ved den norske gjennomføringen i større grad går inn på konkrete problemstillinger og vurderer disse opp mot direktivet. I det norske markedet er nemlig dette spørsmål som har vært (og fortsatt blir) utfordret og problematisert, og det har også vært gjenstand for gjentatte behandlinger i domstolene (jf. bl.a. HR2016-00562-A og TOSLO-2010-172932-2, se nedenfor). Det er derfor avgjørende at departementet sørger for en grundig gjennomgang og presisering av disse reglene, både i lovtekst og ikke minst i lovforarbeidene.

Vi finner her grunn til å vise til det danske forslaget til gjennomføring av nett- og videresendingsdirektivet, hvor det danske Kulturministeriets har fremmet et dedikert forslag knyttet til nettopp «direct injection». Vi ser i det hele tatt liten grunn til at disse spørsmålene skal løses på noen annen måte i norsk rett enn det som her foreslås i Danmark, og vil derfor anmode Kulturdepartementet om å rette et særlig blikk mot den danske lovgivningen knyttet til videresending generelt og implementeringen av nett- og videresendingsdirektivet spesielt.

#### **76. Er det spesielle forhold, for eksempel ved det norske markedet, som departementet bør være særlig oppmerksomme på ved gjennomføringen av direktivet?**

Dette må utvilsomt besvares bekreftende. Som ett av få land i Europa har man i Norge opplevd at TVdistributører, med den begrunnelse at de mottar programbærende signaler gjennom «direct injection», har utfordret klareringen av rettigheter som videresending. Det har derfor oppstått en situasjon hvor distributørene rent faktisk står for den samme distribusjonen som tidligere, men hvor de rettslig har fått medhold i domstolene om at dette ikke lenger skal klareres som videresending. Domstolene begrunnet dette i at klareringen i stedet burde skje på et annet ledd i verdikjeden, og da særlig hos kringkaster. Dette er imidlertid en løsning som i liten grad har slått til, hvor resultatet av dommen ikke har vært at

betalingsstrømmen til rettighetshaverne har blitt opprettholdt ved at klareringen har flyttet seg til et annet sted. Tvert imot har resultatet av domstolens avgjørelser i stor utstrekning vært at betalingsstrømmen for distributørens utnyttelse har falt bort som følge av en teknisk endring, til tross for at verksutnyttelsen har forblitt uendret. Klarering på kringkastingsleddet har ikke erstattet den klareringen distributørene selv stod for i forkant av de aktuelle dommene.

Dette har vært - og fortsetter å være - en uholdbar situasjon for rettighetshaverne. Etter vår oppfatning burde dette vært adressert av lovgiver på et tidligere tidspunkt, i tråd med de vedtatte bestemmelsene i direktivet som slår fast at måten TV-distributørene mottar programbærende signaler på skal være uten betydning for om utnyttelsen anses som videresending.

Det er avgjørende at man også i norsk rett innfører direktivets bestemmelser slik de er tilsiktet og vedtatt fra EU-lovgivers side. Med bestemmelsene i det nye nett- og videresendingsdirektivet, må både Høyesteretts avgjørelse i sak HR-2016-00562-A (Norwaco mot Get), samt Oslo tingretts avgjørelse i TOSLO-2010-172932-2 (Norwaco mot RiksTV) anses foreldet etter gjennomføringen, noe vi kommer nærmere inn på under spørsmål 77 og drøftelsen av prinsippet om «direct injection».

### **77. Det er fremmet ulike syn på om det er samsvar mellom direktivets regulering og Høyesteretts vurdering i HR-2018-2268. Uten at det er avgjørende for gjennomføringen, mottar departementet gjerne kommentarer til dette forholdet og oppfatninger om lik- og ulikheter mellom direktivets regulering og Høyesteretts dom.**

Vi legger til grunn at departementet har ment å henvise til HR-2016-00562-A (samt TOSLO-2010-172932-2), som er de dommene som sterkest berøres av direktivets regulering. HR-2018-2268 gjelder i stedet spørsmål om RiksTVs utnyttelse er å anse som en overføring etter åvl. § 3 og berøres ikke av direktivet direkte. Når det er sagt; en umiddelbar likhet mellom direktivets regulering og avgjørelsen i HR-2018-2268, er at begge tillegger TV-distributørene ansvaret for å klarere sin utnyttelse. En tydelig forskjell er imidlertid at direktivet bestemmer at dette skal være å anse som videresending og klareres som dette, mens avgjørelsen i HR-2018-2268 var en direkte følge av at Oslo tingrett i en tidligere sak hadde kommet til at RiksTVs distribusjon ikke var å anse som videresending på bakgrunn av måten de mottok signalene på fra kringkasterne («direct injection»), hvilket gjorde at HR-2018-2268 i stedet var knyttet til om RiksTV hadde et ansvar etter åvl. § 3, noe Høyesterett enstemmig fastslo at de hadde.

Direktivet har nå slått klart fast at det skal være uten betydning for vurderingen av videresending hvilken måte distributøren mottar programbærende signaler på. Dette må igjen ha den direkte følge at både HR-2016-00562-A og TOSLO-2010-172932-2 anses foreldet og derfor uten videre rettsvirkninger i norsk rett. Vi redegjør nærmere om dette nedenfor.

Etter gjennomføringen av direktivet må status fremover være at en TV-distributør, i samsvar med HR2018-2268, foretar en overføring til allmennheten og derfor er ansvarlig for å klarere sin utnyttelse, jf. åvl. 3, og videre, i samsvar med direktivet, at måten distributøren mottar de programbærende signaler på ikke skal ha betydning for vurderingen av om det skjer en videresending eller ikke.

#### Vedrørende prinsippet om direct injection

Innledningsvis vil vi anmode departementet om å benytte en annen oversettelse av begrepet «direct injection» enn «direkte injisering». Etter vår oppfatning er dette en oversettelse som gjør begrepet unødvendig vanskelig rent språklig, og som også i for stor grad skiller seg fra originalbegrepet i direktivet (engelsk: «direct injection»; fransk: «injection directe»). Til dette kommer at i rettspraksis i Norge har det samme begrepet tidligere blitt oversatt til «direkte kontribusjon». Forslaget, slik det fremgår av den uoffisielle norske oversettelsen av direktivet, utgjør dermed en tydelig tredje variant av begrepet, noe som i seg selv er egnet til å skape unødvendig usikkerhet. IFPI mener det har gode grunner for seg å legge seg så tett opp til direktivteksten som mulig, også rent språklig. Vi ser derfor for oss at departementet velger ett av to alternativer ved gjennomføringen i norsk rett: Enten benytte det engelske begrepet «direct injection» ved omtalen og implementeringen av dette prinsippet i norsk rett (slik det for øvrig er gjort både i Sverige

og Danmark), eller benytte oversettelsen «direkte injeksjon», som språklig ligger tettere på direktivets originale ordlyd og som er en språklig forenkling sammenlignet med ordet «injisering».

Så til vurderingen av selve prinsippet om «direct injection». Nett- og videresendingsdirektivet regulerer spørsmålet om «direct injection» i flere forskjellige bestemmelser:

- art. 2(2)(a), hvor begrepet «videresending» utvides til å omfatte enhver videresending av verk uavhengig av teknisk måte (herunder «direct injection»),
- art 2(4) som definerer «direct injection», og
- art. 8 om overføring av programmer ved «direct injection»

(Direct injection er også berørt i fortalepunktene 20 og 21.)

Direktivets bestemmelser om «direct injection» har sin bakgrunn i at det i europeisk rettspraksis var oppstått usikkerhet knyttet til den opphavsrettslige reguleringen av slik «direct injection», ved at man:

1. i noen tilfeller opplevde at kringkastingsforetaket nektet å betale til rettighetshaverne for distribusjon utført av en selvstendig distributør (sak C-325/14, SBS Belgium), hvor det ble konkludert med at overføring av programbærende signaler utelukkende til en kabeldistributør, uten at disse signalene er tilgjengelig for allmennheten, i utgangspunktet ikke skal anses å innebære en overføring til allmenheten, fordi det ikke skjer en overføring til «et ubestemt antall potensielle TV-seere og mottakere» (dommens premisser 21 og 23), og
2. i andre tilfeller opplevde at distributøren nektet å betale for overføringen til allmennheten (ref. blant annet Get-dommen, HR-2016-00562-A).

Dette utgjorde en uholdbar situasjon, som har resultert i at det nå gjennom vedtakelsen av nett- og videresendingsdirektivet, er skapt juridisk klarhet på området. Her er det imidlertid verdt å merke seg at denne juridiske klarheten står i klar motstrid til det som har vært ansett som gjeldende norsk rett i lys av flere avgjørelser fra norske domstoler, herunder den nevnte Get-dommen. Det er derfor åpenbare grunner til departementet bør behandle disse spørsmålene svært grundig. Vi kommer nærmere inn på dette nedenfor.

Direktivbestemmelsene oppstiller to ulike typetilfeller:

Det ene er hvor kringkastingsforetakene overfører sine programbærende signaler direkte til allmennheten, og dermed utfører en opprinnelig overføring til allmennheten, og samtidig også overfører disse signalene til andre organisasjoner gjennom den tekniske prosessen med «direct injection», jf. direktivets fortalepunkt 21. I slike tilfeller bestemmer direktivet at det foreligger helt alminnelig videresending, som svarer til reguleringen i Bernkonvensjonens art. 11bis. Direktivets regulering går på tvers av Høyesteretts avgjørelse i sak HR-2016-00562-A (Norwaco mot Get), som dermed må anses foreldet ved gjennomføringen av nett- og videresendingsdirektivet i norsk rett. Direktivet skaper nemlig et nytt rettsgrunnlag sammenlignet med hva som lå til grunn for premissene i Get-dommen, og som det må forutsettes at presiseres tydelig i åndsverkloven ved gjennomføringen av direktivet. Som et minimum bør dette gjøres klart gjennom lovforarbeidene, men etter IFPIs oppfatning bør dette sikres gjennom å innta direktivets art. 2(2)(a) (eller den nye definisjonen av «videresending» direktivets art. 9, som endrer definisjonen av begrepet i art. 1(3) i det opprinnelige SatCab-direktivet) i åndsverklovens § 57. Det sentrale her er at dette er å anse som videresending, «uavhengig av hvordan den parten som utfører videresendingen får tilgang til de programbærende signalene fra kringkastingsforetaket med sikte på videresending».

Denne juridiske klargjøringen fra EU-lovgiver får store konsekvenser for norsk rett. Det må anses uten betydning hvilke begrunnelser flertallet i Høyesterett ga for sin avgjørelse i Get-dommen (HR-2016- 00562-A). Det avgjørende må i stedet være det faktum at Høyesterett, for sine vurderinger i den konkrete saken, hadde som rettslig utgangspunkt at bruken av «direct injection» ved overføring av programbærende signaler hadde som nødvendig konsekvens at det ikke kunne foreligge videresending. Denne vurderingen har nå blitt satt klart til side gjennom bestemmelsene i nett- og videresendingsdirektivet, og en slik lovanvendelsen må anses foreldet og ikke lenger juridisk uholdbar. EU-lovgiver har nemlig ved vedtakelsen

av direktivet gjennomgående gitt sin tilslutning til de synspunkter Norwaco fremsatte i rettssakene mot henholdsvis Get og RiksTV.

Det andre typetilfellet er der hvor kringkastingsforetaket ikke selv overfører de programbærende signalene direkte til allmennheten, men hvor det i stedet utelukkende skjer en overføring til TV-distributører via «direct injection». Der hvor et kringkastingsforetak ikke selv distribuerer sine programbærende signaler, men utelukkende overfører signalene til et annet selskap i en lukket overføring, f.eks. til en kabeldistributør, skjer selve tilgjengeliggjøringen for allmenheten først når kabeldistributøren overfører de programbærende signalene til sine kunder/abonnenter. Tidligere har dette gjerne vært benevnt i norsk (og nordisk) rett som «kabelfødt sending». Nett- og videresendingsdirektivets art. 8 (1), sammen med fortalepunkt 20, gjør det nå klart at det i slike tilfeller skal være tale om én enkelt overføringshandling, hvor både kringkastingsforetaket og distributøren anses for å delta i denne handlingen og hvor begge parter plikter å innhente tillatelse fra rettighetshaverne for sine respektive deler av verksutnyttelsen. Dette begrunnes med at begge parter har en økonomisk interesse i utnyttelsen av verkene og overføringshandlingen.

Etter direktivets art. 8(2) er det valgfritt for medlemsstatene og EØS-landene om man ønsker å underlegge utøvelsen av rettigheter for TV-distributørenes handlinger etter art. 8(1) obligatorisk kollektiv forvaltning. Dette vil sørge for at individuelle rettighetshavere ikke kan rette krav direkte mot TV-distributørene eller nedlegge forbud mot utnyttelsen. Etter IFPIs oppfatning vil det være hensiktsmessig at distributører også i slike tilfeller gis den samme sikkerheten ved lisensiering som ved andre former for videresending og at dette derfor inntas som en del av ordningen med obligatorisk kollektiv forvaltning i åndsverkloven § 57, tredje ledd.

Løsningen av det andre typetilfellet i art. 8 må anses å være i tråd med det generelle medvirkeransvaret i nordisk opphavsrett. Her kan det vises til den enstemmige dommen fra norsk Høyesterett i HR-2018- 2268 (TONO mot RiksTV), hvor Høyesterett i dommens premiss 69 legger til grunn at distributøren (RiksTV) har en selvstendig kommersiell rolle gjennom at den gjennom sine kanalpakker setter sammen et nytt audiovisuelt produkt, hvor domstolen så konkluderer: «På denne måten gjør RiksTVs abonnementsordning programinnholdet tilgjengelig for allmennheten». RiksTV ble derfor dømt til å betale vederlag til rettighetshaverne for sin utnyttelse. Denne dommen berører det helt sentrale i det andre typetilfellet knyttet til prinsippet om «direct injection», nemlig at når to forskjellige aktører er involvert i en kommersiell utnyttelse av opphavsrettslig beskyttet audiovisuelt innhold, hvor det er to separate økonomier knyttet til utnyttelsen, plikter begge aktører å innhente samtykke og betale vederlag til rettighetshaverne for sine respektive bidrag til utnyttelsen av innholdet.

Vi vil på bakgrunn av dette, uavhengig av hvilken lovteknisk implementering departementet velger, anmode sterkt om at det i lovforarbeidene gjøres klart at aktører som har kommersielle interesse av (og som tjener penger på) distribusjon etter åndsverklovens § 57, pålegges et ansvar for vederlagsbetaling til rettighetshaverne for sin del av rettighetsutnyttelsen. Man kan kalle dette «de to økonomiers prinsipp», som representerer et allment opphavsrettslig prinsipp. På forskjellige områder ser man også avtalemessige løsninger der flere aktører som oppnår en økonomisk fordel av en utnyttelse, men hvor denne utnyttelsen rent lovteknisk anses som én overføring til allmenheten, har avtaler med rettighetshaverne om betaling av vederlag.

Avslutningsvis vil vi bemerke at bestemmelsen i nett- og videresendingsdirektivets art. 9 innebærer at direktivets bestemmelser om «direct injection» også skal ha betydning for tradisjonell kabelvideresending, regulert av SatCab-direktivet fra 1993. Bestemmelsen medfører at definisjonen av «videresending via kabel» i SatCab-direktivet art. 1 nr. 3 endres til også å omfatte tilfeller av «direct injection», hvor måten en kabeldistributør mottar de programbærende signalene på skal være uten rettslig betydning.

Det må etter dette være utvilsomt at nett- og videresendingsdirektivet vil medføre helt grunnleggende endringer av rettstilstanden på TV-distribusjonsområdet. Direktivet utvider nedslagsfeltet for videresending i betydelig grad og slår klart fast et prinsipp om teknologinøytralitet for klareringen av

kommersiell verksutnyttelse. Etter vår oppfatning krever dette omfattende endringer og presiseringer av norsk rett, og IFPI imøteser et forslag til implementering i tråd med dette.

### Om artikkel 3 (Legalfiksjon – «sendelandsprinsipp»)

Innledningsvis vil vi understreke at art 3. i SatCab II-direktivet ikke er en ny lovvalgsregel. Bestemmelsen gir kun uttrykk for en «legalfiksjon», ved at utøvelsen av visse rettigheter skal anses for å finne sted i opprinnelseslandet. Etter vår oppfatning er denne forskjellen av så stor og grunnleggende betydning at dette bør fremgå klart og utvetydig i lovforarbeidene. I direktivteksten er det uttrykkelig angitt «ved utøvelsen av opphavsrett og beslektede rettigheter» og dette forbeholdet må også fremgå direkte av den norske lovteksten. Samtidig bør det forklares i lovforarbeidene at lovvalget ved tidsforsutt/ondemand og andre utnyttelser som finner sted på Internett, ifølge EU-Domstolens faste praksis skal være mottakerlandet, altså landet hvor mottakeren (brukeren) befinner seg. Direktivets bruk av en «legalfiksjon» som går ut på å likevel anse utøvelsen av visse rettigheter for å finne sted i opprinnelseslandet, er et særskilt og svært snevert unntak, som ikke må misforståes og som ikke skal gi presedens på andre områder. Begrunnelsen for dette unntaket gjelder alene for nettbaserte tjenester knyttet til TV sendinger, hvor det forutsettes at den nettbaserte tjenesten har et klart og underordnet forhold til denne TV-sendingen. Direktivbestemmelsens tilsidesettelse av audiovisuelle rettighetshaveres territoriale eksklusivitet må derfor begrenses så mye som mulig.

I direktivteksten er det videre et absolutt krav at det skal være tale om en «tilknyttet nettbasert tjeneste». Direktivteksten krever at tilbudet av denne nettbaserte tjenesten kan foretas av kringkasterforetaket selv eller under dennes kontroll og ansvar. De samme formuleringer bør anvendes i den norske lovteksten.

Videre må kravet om at tilbudet av den nettbaserte tjenesten skal skje «samtidig med eller i et definert tidsrom etter kringkastingsforetakets sending av disse programmene», jf. direktivets art. 2, nr. 1, fremgå direkte av lovteksten.

I direktivets fortalepunkt 8 understrekes det gjentatte ganger at de tilknyttede nettbaserte tjenester skal ha «et klart og underordnet forhold» til kringkastingsforetakets sendinger. Denne betingelsen er så sentral at den må fremgå direkte av lovteksten, og ikke begrenses til lovforarbeidene.

Det bør videre presiseres at begrepet «aktualitetsprogrammer» i art. 3(1)(b)(i) ikke omfatter dokumentarfilm.

Begrepet «egenproduksjoner» i art. 3(1)(b)(ii) må forstås som produksjoner som en kringkaster skaper under anvendelse av egne ressurser, men skal ikke omfatte produksjoner som kringkastingsforetaket bestiller hos produsenter eller samproduksjoner (se fortalepunkt 10 til direktivet, samt det svenske lovforslaget Ds 2020:25, side 23-24). Dette bør etter vår oppfatning presiseres tydelig i selve lovteksten.

I direktivets art. 3(2) er det gitt utførlige bestemmelser om fastsettelse av vederlag til rettighetshaverne. Dette begrunnes nærmere i fortalepunkt 12, hvor det blant annet anføres at når bestemmelsen innebærer at bruken av en nettbasert tjeneste anses å finne sted i et annet land enn der hvor publikum befinner seg (dvs. i senderlandet i stedet for i mottakerlandene), skal dette tas i betraktning ved vederlagsfastsettelsen. Dette formuleres som at det er «nødvendig å sikre at ved fastsettelse av det beløpet som skal betales for de aktuelle rettighetene, skal partene ta hensyn til alle sider ved den tilknyttede nettbaserte tjenesten, for eksempel tjenestens funksjoner, (...) herunder publikum i den medlemsstaten der kringkastingsforetaket har sitt hovedforetak, og i andre medlemsstater der man har tilgang til og bruker de tilknyttede nettbaserte tjenestene, samt hvilke språkversjoner som leveres». Når Norge, via EØS, gjennom direktivet blir forpliktet til å «sikre» at disse forhold tas i betraktning ved vederlagsfastsettelsen, bør derfor formuleringen fra fortalepunkt 12 gjengis i lovteksten. Som et minimum må teksten fra direktivets art. 3(2) gjengis ordrett supplert av formuleringen i fortalepunktet om publikum i andre medlemsstater hvor den tilknyttede nettbaserte tjenesten kan tilgås og utnyttes. I lovforarbeidene bør det fremgå at dette er forhold som har særlig betydning for størrelsen av vederlaget til rettighetshaverne.

**Oslo, 26. mars 2021**

**For IFPI Norge**

**Marte Thorsby**

**Regine Skjeltop Antonsen**