

Kulturdepartementet

postmottak@kud.dep.no

Oslo, 26. mars 2021

## Innspill til gjennomføring av digitalmarkedsdirektivet mv. i norsk rett

Vi viser til departementets invitasjon av 21. desember 2020 til å komme med innspill i forbindelse med Norges gjennomføring av digitalmarkedsdirektivet og nett- og videresendingsdirektivet.

Norwaco vil i hovedsak konsentrere innspillet vårt til de bestemmelser som har direkte betydning for Norwacos kjerneområder, samt til digitalmarkedsdirektivets art. 17.

Norwacos medlemsorganisasjoner inngir selv innspill dersom det er ønskelig.

### I - Digitalmarkedsdirektivet

#### Bruk av verk i undervisning

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

Norwaco mener at den eneste riktige måten å implementere digitalmarkedsdirektivets art. 5 på, er å gjøre bestemmelsen i art. 5(2) om lisensforrang («license override») til hovedregel, slik at unntaket i art. 5(1) blir nettopp et unntak også nasjonalt. Samtidig bør fribruksbestemmelsen knyttes til betaling av vederlag, altså en rimelig kompensasjon.

Det bør ikke innføres ytterligere unntak for bruk i undervisning enn det vi allerede har. Undervisningsinstitusjoner tilgodeses i dag gjennom fribruksregler, tvangslisenser og avtalelisenser, hvor også digital bruk omfattes. Så lenge direktivet også gir rom for at unntak kan erstattes med passende lisenser, ser vi ingen grunn til at de eksisterende avtaleløsninger som finnes i det norske markedet skal måtte erstattes av ytterligere unntak eller fribruksbestemmelser. Dette vil også stride mot departementets uttalte forutsetning om at «det er et selvsagt utgangspunkt at bruk av åndsverk i undervisning skal klareres med rettighetshaverne» (Prop. 104 L (2016-2017) s. 164).

Det er viktig at «legalfiksjonen» som oppstilles i art. 5(3) gjennomføres på en slik måte at uttrykket «i samsvar med bestemmelsene i nasjonal rett vedtatt i henhold til denne artikkel» i forslaget til norsk direktivtekst, anses å omfatte ikke bare unntaksbestemmelsen, men også avtalelisensbestemmelsen. På den måten kan også Norwaco og andre forvaltningsorganisasjoners avtaler med norske undervisningsinstitusjoner få grenseoverskridende virkning for lærere og studenter som er på gjesteopphold på utenlandske institusjoner. Det bør presiseres i forarbeidene at bestemmelsen er av særlig karakter og at den kun skyldes den uttrykkelige direktivbestemmelsen. Tilsvarende legalfiksjon skal ikke brukes på andre områder hvor dette ikke uttrykkelig fremgår av våre internasjonale

forpliktelser. Utgangspunktet må være at det er det reelle utnyttelsessted som er avgjørende for hvilket lands lovgivning som skal gjelde.

Det er viktig å få slått fast at selv om Norwaco har visse vilkår og begrensninger i sine avtalevilkår med undervisningsinstitusjonene, så utløses ikke unntaksbestemmelsen for bruk som ikke dekkes av avtalelisensavtalen. 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 fortalens punkt (23) forstås slik at rettighetshaverne her alltid bevarer den fulle enerett til å treffe avgjørelse om tillatelse til bruk av slikt materiale i undervisningsinstitusjoner.

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

Norwaco mener at det her 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.

Når det gjelder unntaksbestemmelsen, må det derimot være snevre rammer for når bruk kan skje. 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 fortale punkt (21). Kun bruk som er nødvendig for undervisningsaktiviteten omfattes, jf. fortalens punkt (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 fortale punkt (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.

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

Her legger vi til grunn at departementet har ment å spørre om § 43 fjerde ledd, knyttet til fremføring og overføring i ordinær klasseromsundervisning. Norwaco har både formelle og materielle innsigelser mot gjeldende § 43 fjerde 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 EUs medlemsland og EØS-landene ikke selv har rettslig kompetanse til 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 at definere de begreber, der uden at indeholde en udtrykkelig 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 (og andre EU/EØS-land) *formelt* ikke har tilstrekkelig kompetanse til å fastsette en lovbestemmelse om at klasseromsundervisning er privat når det er snakk om «overføring til allmennheten», da dette vil være i strid med den tolkningen som er lagt til grunn av EU-domstolen.

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-domstolen i 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 [...] 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 antal 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 her relevant å vite hvor mange personer som har adgang til det samme verket samtidig (parallelt) 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 og/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 gjerne til alle klasser hun har på samme trinn i samme fag. Hun vil ofte også benytte samme undervisningsopplegg 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 fortale punkt (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 Ophavsrettsdirektivets 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 fortalens punkt (22), mener 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. art. 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?**

Norwaco opplever stadig at kommuner sier opp avtaler, eller ikke ønsker å inngå avtaler med oss, under henvisning til klasseromsbestemmelsen. Vårt avtalesystem for grunn- og videregående skoler, fremforhandlet med KS, er imidlertid bygd opp slik at vi har en *hovedavtale* (AV-lisens) som gjelder opptak av kringkastingsprogram og en *tilleggsavtale* (Musikklicens) som gjelder kopiering og annen bruk av musikk, herunder innspilt musikk. Avtalene er bygget opp slik at for å kunne inngå tilleggsavtalen, må skoleeier også ha inngått hovedavtalen. Det er derfor ikke mulig å få en Musikklicens uten også å ha en AV-lisens. En viktig grunn til at vi fortsatt har inntekter også på området for opptak av kringkastingsprogram, til tross for at vi får tilbakemeldinger på at de fleste skoler i stedet strømmes programmer fra bl.a. NRKs nett-TV, er at skolene fortsatt trenger musikklicensen for bl.a. å kunne kopiere innspilt musikk i sine skoleprosjekter.

Rettighetshaverne taper altså vederlag fordi skoleeier mener de ikke trenger en avtale, noe som er et direkte resultat av klasseromsbestemmelsen. Flere kommuner har varslet at de vurderer å si opp avtalen av samme grunn. Dette vil i så fall medføre ytterligere tapte inntekter for rettighetshaverne i fremtiden.

## Bevaring av kulturarv

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

Norwaco mener at det ikke er behov for endringer i åndsverklovens bestemmelser om eksemplarframstilling til konserverings- og sikringsformål, da direktivets krav dekkes av de gjeldende bestemmelser.

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

Norwaco oppfatter at definisjonen i art. 6 sammenfaller med institusjoner omfattet av forskrift til åvl. § 1-1.

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

Etter vår oppfatning er det ikke grunnlag for å forskjellsbehandle fotografiske bilder og fotografiske verk. Dersom fotografiske verk og fotografiske bilder skal forskjellsbehandles, vil den enkelte institusjon selv måtte vurdere hvert enkelt fotografi for å ta stilling til hvilket regelsett som gjelder. Dette er lite hensiktsmessig.

## Kulturarvinstitusjoners bruk av verk som ikke lenger er i handelen

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

Gjeldende § 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 «ute av handelen» 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 «ute av handelen»? Vi antar at direktivets art. 8 ikke kommer til anvendelse i disse tilfellene, men dette kan gjerne presiseres.

## Art. 12 – Avtalelisens

### **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?**

Norwaco oppfatter direktivets art. 12 som en (ytterligere) bekreftelse på at de nordiske avtalelisenssystemer er i overensstemmelse med EU-retten. Vårt hovedsynspunkt er at bestemmelsen ikke krever store endringer i de gjeldende avtalelisensbestemmelsene i åndsverkloven, dog med det unntak at utenforstående gis en grunnleggende rett til å nedlegge forbud.

Etter Norwacos oppfatning oppfyller Norge allerede kravet i art. 12(2) til at avtalelisens kun kan anvendes på «veldefinerte anvendelsesområder». Dette gjelder ikke bare de spesifikt angitte avtalelisensbestemmelsene, men må også anses å gjelde for den generelle avtalelisensen i § 63 annet ledd, da denne benyttes til å godkjenne spesifikke avtaler eller bruk på nærmere avgrensede områder. Vi viser i den forbindelse også til direktivets fortale punkt (49): «*eller, dersom underliggende lovgivning er en alminnelig bestemmelse, i lisensieringspraksisen som anvendes som følge av slike alminnelige bestemmelser, eller i de tillatelsene som gis*».

Til forskjell fra noen av de gjeldende spesifikke avtalelisensbestemmelsene i åndsverkloven, oppstiller art. 12 et grunnleggende krav om at utenforstående rettighetshaver skal kunne nedlegge forbud mot bruk i henhold til en avtalelisens. Unntak gjelder dog for bestemmelser knyttet til obligatorisk kollektiv forvaltning, samt på andre områder som tillater unntak eller innskrenking av eneretten, jf. 12 (4).

Norwaco mener at det også på undervisningsområdet bør gjelde et unntak fra denne forbudsadgangen. Dersom Norge velger å gjennomføre art. 5 med avtale/avtalelisens som hovedregel etter art. 5(2), vil et forbud fra en utenforstående rettighetshaver kunne føre til at verket fritt kan benyttes i henhold til unntaksbestemmelsen i art. 5(1). Dette kan ikke være tilsiktet. Det er heller ingen forbudsadgang for utenforstående rettighetshaver i henhold til gjeldende avtalelisens på området.

#### Vederlagsrett vs. enerett

Norwaco vil oppfordre departementet til å presisere i lovforarbeidene at også vederlagsrett kan gjøres gjeldende overfor tredjepart.

Det er av stor betydning for rettighetshaverne å få presisert at også en vederlagsrett kan gjøres gjeldende overfor tredjepart, altså en bruker. Av dette vil det også følge at en rettighetshaver som har en vederlagsrett i behold, skal være relevant ved vurderingen av en organisasjons representativitet. Vederlagsretten er minst like sentral i opphavsretten som forbudsretten. Opphavsretten kjennetegnes nettopp ved de to sideordnede beføyelsene; disposisjonsrett (retten til å tillate eller forby bruk av verket) og en vederlagsrett (rett til å kreve vederlag når det gis samtykke til bruk).

I det danske høringsutkastet fra desember 2020, uttaler Kulturministeriet følgende i forbindelse med videresendingsbestemmelsen (s. 18-19):

*”Der sondres i aftalelicenssystemet ikke mellem enerettigheder og vederlagsrettigheder. Rettighedshaverorganisationernes repræsentation af rettigheder og repræsentativitet i forhold til aftalelicenssystemet kan således ikke alene gøres gældende i det omfang,*

*rettighedshaverne har forbeholdt sig enerettigheder, men også hvis et eventuelt forbehold alene vedrører en vederlagsret.”*

Norwaco ber departementet vurdere å ta inn en tilsvarende uttalelse i de norske lovforarbeidene. Vi ser ingen grunn til at rettstilstanden skal være forskjellig i Danmark og Norge på dette punktet, og etterlyser i motsatt fall en begrunnelse for hvorfor departementet mener at det skal være slik forskjellsbehandling mellom rettighetshavere i Danmark og Norge.

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

Direktivets krav om «hensiktsmessige opplysningstiltak» er en myk informasjonsforpliktelse. Det oppstilles ikke krav til individuell informasjon til ikke-representerte rettighetshavere. Dette bør avspeiles i gjennomføringen, slik at Norwaco og andre kollektive forvaltningsorganisasjoner ikke pålegges unødige administrative byrder. Som vi tidligere har spilt inn i forbindelse med departementets høring om lov om kollektiv forvaltning mv, ville det imidlertid være en fordel om departementet (og/eller Patentstyret), som har godkjennelsesmyndighet, gir en samlet oversikt over alle godkjenninger på sine nettsider, slik det for eksempel gjøres av Kulturministeriet i Danmark.

Norwaco mener at informasjonsplikten må anses å være oppfylt dersom forvaltningsorganisasjonene på sine hjemmesider opplyser hvilke avtalelisensgodkjenninger de har, og at godkjenningene gir dem mulighet til å inngå avtaler med avtalelisensvirkning. Organisasjonene skal dessuten opplyse om mulighetene for at utenforstående rettighetshavere kan nedlegge forbud, samt om vilkårene for dette. Vi mener dette er i overensstemmelse med direktivets fortale punkt (48), hvoretter de kollektive forvaltningsorganisasjoner ikke skal pålegges en «uforholdsmessig byrde» i denne forbindelse. Organisasjonen pålegges ingen plikt til å informere de berørte individuelle rettighetshavere, hvilket også ville stride mot hele avtalelisensordningen.

Uvesentlige endringer i avtaler som er inngått med støtte av den generelle avtalelisens i § 63 annet ledd, bør ikke kreve nye opplysningstiltak.

Uttrykket «*et rimelig tidspunkt*» innebærer etter Norwacos mening at den kollektive forvaltningsorganisasjonen bør opplyse om avtalelisensen i forbindelse med søknad eller vedtak om godkjenning. Den pågjeldende avtale kan først få virkning for utenforstående rettighetshavere når opplysningene er publisert på organisasjonens nettsider, og de utenforstående rettighetshaverne har fått tilstrekkelig tid til å reagere overfor organisasjonen dersom de ønsker å nedlegge forbud mot bruk av deres verk. I forbindelse med godkjenning etter de spesifikke avtalelisenser, bør det ikke være nødvendig å opplyse om nye avtaler eller endring av de gjeldende vilkår; det avgjørende må være selve avtalelisensgodkjenningen.

## Art. 17 - Bruk av beskyttet innhold av tilbydere av nettbaserte innholdsdelingstjenester

### *Generelle kommentarer vedrørende gjennomføring av art. 17*

Etter Norwacos oppfatning er det hensiktsmessig med en direktivnær gjennomføring av denne bestemmelsen, da det her er snakk om internasjonale og grenseoverskridende internettjenester. I tillegg reiser bestemmelsen en del tvilsspørsmål, hvilket også taler for en gjennomføring som legger seg tett opp til direktivets ordlyd.

Ett av tvilsspørsmålene som reises, er hvorvidt art. 17 og e-handelsdirektivet art. 14 skal gjelde ved siden av hverandre. Norwaco mener at gjennomføringen av art. 17 i norsk rett så vidt mulig bør sikre parallell anvendelse av art. 17 og e-handelsdirektivet art. 14 slik denne er implementert i norsk rett. Art. 17 omhandler et direkte ansvar for den opphavsrettslig relevante handling som bestemmelsen fastslår at tjenesten foretar. Dette er således en annen situasjon enn den som reguleres av e-handelsdirektivet art. 14, som omhandler et mulig medvirkeransvar.

Måten å gjøre dette på kunne være å bruke formuleringen «uansett den alminnelige enerett»:

*Uavhengig av bestemmelsene i §§ 3 og 16-24 foretar en tilbyder av nettbaserte innholdstjenester en overføring til allmennheten eller en tilgjengeliggjøring for allmennheten av åndsverk eller nærstående prestasjoner når tjenesten gir offentlig tilgang til slike verk og prestasjoner som lastes opp av tjenestens brukere.*

Når det gjelder art. 2(6) fremgår det at visse typer tjenester ikke er omfattet av art. 17. Bestemmelsen må etter vår oppfatning gjennomføres på en slik måte at det kommer frem av enten lovtekst eller lovforarbeidene at de alminnelige regler gjelder for slike tjenester. I den forbindelse vises det til det danske høringsutkastet av 18.12.2020, s. 37:

*Tjenesterne, som ikke er omfattet af definitionen, kan ifalde ansvar efter de almindeligt gældende regler, herunder andre bestemmelser i ophavsretsloven, og tjenesterne kan blive mødt af forbud og påbud. E-handelslovens regler vil ligeledes kunne finde anvendelse, jf. betragtning nr. 64, 2. pkt., og betragtning nr. 66.*

Ved gjennomføringen må det etter Norwacos oppfatning tydeliggjøres at det er et helt grunnleggende vilkår for overhodet å kunne oppnå ansvarsfrihet, at den aktuelle tjeneste først har forsøkt å inngå en avtale med rettighetshaverne. Hvis ikke tjenesten har forsøkt dette, vil dette utelukke ansvarsfrihet. Det må også være legitimt for rettighetshaver å si nei til utnyttelse. I så fall skal tjenesten gjøre sitt ytterste for å forhindre at rettighetshavers beskyttede materiale er tilgjengelig på plattformen. Sentralt i gjennomføringen må være at det er tjenestetilbyder som må ha bevisbyrden for at den har gjort sitt ytterste for å innhente tillatelse, jf. fortalepunkt 66, fjerde avsnitt.

Beskyttelsen for rettighetshaverne består i at man ikke som i dag trenger å vente med å reagere til man konstaterer at materialet er gjort tilgjengelig på tjenesten («notice and take down»), men at det er mulig på forhånd å meddele en tjenestetilbyder at det spesifiserte materiale som man helt eller delvis har rettigheter til, ikke skal være tilgjengelig på tjenesten. I slike tilfeller skal tjenestetilbyder sørge for at materialet ikke finnes på tjenesten («notice and stay down»).



Det er viktig at notifikasjon etter bestemmelsen ikke bare skal kunne gis av rettighetshaver selv, men også av en representant for denne. Dette kan f.eks. være en kollektiv forvaltningsorganisasjon eller et fagforbund som rettighetshaveren er medlem av. En fagorganisasjon må formodes å ha rett til å gi notifikasjon på vegne av sine medlemmer. Det samme gjelder kollektive forvaltningsorganisasjoner når bruken faller inn under et utnyttelsesområde hvor organisasjonen representerer rettighetshaveren.

Det må videre være mulig å notisere på verksnivå, dvs. at rettighetshavere til f.eks. et musikkverk også kan kreve at verket fjernes og forblir borte fra tjenesten. I så fall skal tjenesten sørge for at selve verket, ikke bare konkrete innspillinger av det, ikke er tilgjengelig på tjenesten.

Hva som ligger i uttrykket «sitt ytterste» («best effort») skal ikke bare bestemmes av tjenesten selv, men være bransjestandarder som fastsettes i samarbeid med rettighetshaverne og relevante myndigheter. I den forbindelse er det viktig at det er mulig for rettighetshavere som selv ønsker å notisere, at de kan gjøre det gjennom sine representanter.

I art. 17 er det gjort unntak for relativt små og nye innholdstjenester, dersom disse har eksistert i mindre enn tre år og har begrenset omsetning inntil et bestemt beløp. Her er det etter Norwacos oppfatning helt avgjørende at det innføres en informasjonsplikt for disse tjenestetilbyderne, dvs. at det må være et vilkår for at unntaket skal komme til anvendelse at tjenestetilbyder plikter å informere om sin omsetning. Uten et slikt krav om åpenhet, vil det ikke være mulig å vite hvorvidt vilkårene for å falle inn under unntaket er oppfylt.

I Danmark har Kulturministeriet sendt ut et høringsutkast som er ventet fremsatt for Folketinget i slutten av mars. I høringsutkastet foreslås art. 17 gjennomført i ny § 52 e i ophavsretsloven (ohrl.). Gjennomføringsforslaget ligger nært opp til ordlyden i art. 17, men med en rekke positive presiseringer, som vi anbefaler at også tas inn ved den norske gjennomføringen:

- Rettighetshaver er ikke forpliktet til å gi samtykke.
- Sluttbrukerne får ikke en bedre rettsstilling enn det tjenestetilbyder har fått gjennom avtale med rettighetshaverne.
- Dersom unntaket for små og nye tjenester skal komme til anvendelse, må tjenestetilbyder dokumentere at vilkårene er oppfylt.
- I merknadene til sjetten ledd er det anført at dersom en opplaster klager over en rettighetshaverblokkering av innhold, er det ikke hjemmel til å la materialet være tilgjengelig på tjenesten under klagebehandlingen (s. 43).
- Direktivets krav om unntak for parodi er gjennomført minimalistisk, og gjelder kun bruk på disse plattformene, ikke generelt (tiende ledd). Det innføres heller ikke mer vidtgående unntak. Eksempelvis gjelder den alminnelige sitatrett fortsatt uendret.
- Avtalelisens nevnes i de danske lovforarbeidene (s. 40) som en mulighet ved lisensiering etter ohrl. § 52 e, nærmere bestemt etter den generelle avtalelisens i ohrl. § 50 annet ledd.
- Når det gjelder dokumentasjon for at man er rettighetshaver til et verk, har ministeriet noen avdempede krav på s. 41. Bl.a. nevnes utskrifter fra forvaltningsorganisasjoners databaser. Det henvises også til formodningsregelen i ohrl. § 7.
- En blokkering eller notifisering kan angå et verk, altså ikke nødvendigvis en konkret innspilling eller gjengivelse av verket (s. 43). I så fall retter notice-and-stay-down-kravet seg mot selve verket.

- Youtube og andre tjenestetilbydere kan ikke oppstille egne krav til notifikasjoner. De kan heller ikke fastsette egne bransjestandarder. Rettighetshaverne skal også involveres.

### *Svar på konkrete spørsmål fra KUD til art. 17*

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

Norwaco anser det som åpenbart at så lenge slike nettbaserte delingstjenester pålegges et større klareringsansvar for den store mengden av opphavsrettslig beskyttet materiale som er tilgjengelig på disse tjenestene, vil dette medføre nye inntekter for rettighetshaverne. Det kan derfor ikke være tvil om at rettighetshavernes posisjon er styrket med denne bestemmelsen, hvilket også har vært hensikten.

#### **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.**

Norwaco mener at gjennomføring av art. 17 bør skje slik beskrevet i alternativ 1), dog med den presisering at det ikke gjelder kommersielle sluttbrukere, jf. art. 17(2).

Det er viktig å ha med seg at art. 17 vedrører delingstjenestenes ansvar. Sluttbrukere som laster opp beskyttet materiale, har uansett alltid ansvar for egne handlinger. Art. 17 inneholder ingen hjemmel til å fritta sluttbruker for ansvar, den fastslår kun at avtaler med tjenestetilbyder også skal medføre at ikke-kommersielle sluttbrukeres handling anses klarert gjennom tjenestens avtale med rettighetshaverne.

#### **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?**

Det skal inngås avtale med alle rettighetshavere. Departementet kan med fordel overveie å bruke kollektive avtaler og avtalelisens. I det danske forslaget til gjennomføring av denne bestemmelsen (sendt på høring 18.12.2020), er det i merknadene uttalt at den generelle avtalelisens kan benyttes for å sikre en bred rettighetsklarering (s. 40).

**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 avgjørende er at når en rettighetshaver varsler, skal tjenesten fjerne materialet. Dersom brukeren mener at det opplastede innholdet er lovlig pga. eksempelvis sitatrett eller parodi, skal brukeren kunne gå til et klageorgan. Materialet skal ikke være tilgjengelig under klagebehandlingen. Hvis tjenesten tillater at materialet fortsatt er tilgjengelig, har tjenesten uansett et ansvar dersom det viser seg at materialet ikke var lovlig.

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

Det følger av sakens natur at det må finnes visse automatiserte løsninger. Brukernes interesser ivaretas gjennom reglene om klageadgang.

**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?**

Norwaco mener at unntakene for sitat, kritikk og anmeldelser allerede dekkes av de gjeldende unntak i åndsverkloven. Videre praktiseres det i norsk rett et unntak for parodier, hvor det legges til grunn at en parodi utgjør et nytt og selvstendig verk, jf. departementets uttalelse i Prop. 104 L (2016-2017) s. 107. For ikke å gripe inn i dette ulovfestede unntaket for parodi, er det etter vår oppfatning viktig at en eventuell lovfesting av et parodiunntak for brukere av delingstjenester på nett, begrenser seg til nettopp dette.

**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?**

Art. 23 er plassert i direktivets kapittel 3 og refererer til bestemmelsene om rimelige kontraktsvilkår (avtaler som fratar opphavere og utøveres rettigheter etter art. 18-20 skal ikke kunne gjøres gjeldende). art. 17 er plassert i kapittel 2. Etter Norwacos oppfatning gir det ingen mening å snakke om at man skal kunne fravike art. 17 ved avtale, da bestemmelsen jo omhandler at tjenestene skal klarere innhold ved avtale.

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

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

## Tvisteløsning

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

Som tidligere anført i forbindelse med høringen om lov om kollektiv forvaltning, mener Norwaco at det bør vurderes å innføre en tvisteløsning for tvister vedrørende omfanget av brukernes rapporteringsforpliktelser. Siden den nye loven legger til grunn at fordeling i større utstrekning skal skje på bakgrunn av faktisk bruk, er vi avhengige av at brukerne i større grad enn tidligere gir oss informasjon om hvilke verk og hvilke prestasjoner de utnytter i medhold av avtale med oss. Det er således viktig at det finnes en mulighet til å få løst eventuelle tvister med brukerne om hvor langt deres rapporteringsplikt går. I Danmark er det innført en slik tvisteløsningshjemmel i den danske ophavsretsloven § 52b stk 4.

## II – Nett- og videresendingsdirektivet

### 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 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 også det danske) legger etter vår oppfatning opp til en «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 direktivtro 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). 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 ordlyden i større grad tar opp i seg EU-direktivenes regulering av utnyttelsen. Her vil vi henvide både til den foreslåtte bestemmelse i den svenske opphovsrettslagen § 42 f<sup>1</sup>, samt den foreslåtte bestemmelse i den danske lov om opphovsret § 35, stk. 1<sup>2</sup>.

Etter vår oppfatning er det spesielt viktig at departementet gir tydelige bestemmelser på dette området, da dette er reguleringer som har vært og fortsatt er gjenstand for til dels sterk problematisering i det norske markedet. Nett- og videresendingsdirektivet etablerer både nye bestemmelser knyttet til moderne utnyttelse av opphavsrettslig beskyttet innhold, samtidig som det adresserer og forsøker å løse sentrale problemstillinger ved dagens regelverk. Det legges klare føringer for hvordan dette området og reguleringene av det skal forstås, noe som gjør det helt sentralt at departementet følger direktivets bestemmelser tett ved 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***

---

<sup>1</sup> Ds 2020:25, side 5-6.

<sup>2</sup> Revidert dansk lovforslag av 14.1.2021, « Høring over forslag til lov om ændring af lov om ophavsret (gennemførelse af dele af DSM-direktivet og SatCabII-direktivet m.v.) »

*den som vidareänder 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 ophavsretten § 35 og klareres som videresending, uavhengig av hvordan disse mottar programbærende signaler på (herunder «direct injection»). Direktivet medfører derfor 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 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. HR-2016-00562-A og TOSLO-2010-172932-2, se nedenfor). Det er derfor av avgjørende betydning at departementet sørger for en grundig gjennomgang og en tydeliggjøring av disse reglene, både gjennom lovteksten og ikke minst i lovforarbeidene. Nett- og videresendingsdirektivet gjennomfører det som et grunnleggende prinsipp at måten en distributør mottar programbærende signaler på skal være helt uten betydning for vurderingen av videresending, og departementet må derfor sørge for en likelydende lovregulering og praksis også i Norge.

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»<sup>4</sup> (vedlagt). Vi ser i det hele tatt liten grunn til at disse spørsmålene skal løses annerledes 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 det eneste landet i Norden, og som ett av få land i Europa (og verden), har vi i Norge opplevd at TV-distributører, 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 og verksutnyttelsen 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 ikke har slått til, hvor resultatet av dommen ikke har vært at betalingsstrømmen til

<sup>3</sup> Ds 2020:25, side

<sup>4</sup> Kulturministeriet, «Om direct injection» – 14. januar 2021

rettighetshaverne har blitt opprettholdt ved at klareringen bare har flyttet seg til et annet sted. Tvert imot har resultatet av domstolens avgjørelser vært at betalingsstrømmen for distributørens utnyttelse har falt helt 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, helt uholdbart, og burde etter vår oppfatning vært adressert av departementet på et langt tidligere tidspunkt. Vi er imidlertid svært glade for at EU-lovgiver nå har vedtatt utvetydige bestemmelser som viser at TV-distributørens argumentasjon og videre domstolen(e)s avgjørelser har vært tatt på feil grunnlag. Måten TV-distributørene mottar programbærende signaler på skal være uten betydning for om utnyttelsen anses som videresending.

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

Det forutsettes at denne helt sentrale endringen presiseres i åndsverkloven ved gjennomføringen av direktivet. Etter Norwacos oppfatning – gitt at dette har vært gjenstand for omfattende rettsstrid i det norske markedet – bør dette sikres gjennom å innta direktivets art. 2(2)(a) (eller den nye definisjonen av «videresending» i direktivets art. 9, som endrer definisjonen av begrepet i art. 1(3) i det opprinnelige SatCab-direktivet) i åndsverklovens § 57. Det sentrale elementet her er at dette skal anses som *videresending*, «uavhengig av hvordan den parten som utfører videresendingen får tilgang til de programbærende signalene fra kringkastingsforetaket med sikte på videresending».

**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, publisert 30.5.2013), 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»). HR-2018-2268 var derfor i stedet knyttet til om RiksTV hadde et ansvar etter åvl. § 3, noe Høyesterett enstemmig konkluderte med 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 er 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 HR-2018-2268, foretar en overføring til allmennheten og derfor er ansvarlig for å klarere sin utnyttelse, jf. åvl. 3, og videre, i samsvar med nett- og videresendingsdirektivet, at måten distributøren mottar de programbærende signaler på, ikke skal ha betydning for vurderingen av om det skjer en videresending eller ikke.

### 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 tredje variant av begrepet, noe som i seg selv er egnet til å skape unødvendig usikkerhet. Norwaco 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 hadde 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 den norske 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 imidlertid på tvers av Høyesteretts avgjørelse i sak HR-2016-00562-A (Norwaco mot Get)<sup>5</sup>, 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 fremgå klart gjennom lovforarbeidene, men etter Norwacos oppfatning – gitt at dette har vært gjenstand for omfattende og langvarig rettsstrid i det norske markedet – 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 åpenbare konsekvenser for norsk rett. Det må anses helt 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 utvetydig satt til side gjennom bestemmelsene i nett- og videresendingsdirektivet, og en slik lovanvendelse må anses foreldet og uholdbar. Sagt på en annen måte: EU-lovgiver har ved vedtakelsen av direktivet gjennomgående støttet de synspunkter som ble fremsatt av Norwaco i rettssakene mot henholdsvis Get<sup>6</sup> og RiksTV<sup>7</sup>.

**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

<sup>5</sup> Det samme gjelder Oslo tingretts avgjørelse i TOSLO-2010-172932-2.

<sup>6</sup> HR-2016-00562-A

<sup>7</sup> TOSLO-2010-172932-2

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 Norwacos 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 premis 69 legger til grunn at distributøren (RiksTV) har en selvstendig kommersiell rolle gjennom at den med 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 kommersiell interesse av (og som tjener penger på) distribusjon av opphavsrettslig beskyttet innhold 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.

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<sup>8</sup> art. 1 nr. 3 endres til også å omfatte tilfeller av «direct injection», og 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 samtidig klart fast et prinsipp om teknologinøytralitet for klareringen av kommersiell verksutnyttelse. Etter vår oppfatning er det åpenbart at dette vil kreve omfattende endringer og presiseringer av norsk rett og vi legger til grunn at departementet gjennomfører en implementering i tråd med dette.

---

<sup>8</sup> Direktiv 93/83/EEC

### Artikkel 3 (country of origin)

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<sup>9</sup>. 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 tidsforskutt/on-demand 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 misforstås 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

---

<sup>9</sup> Formuleringene i det svenske lovforslaget kan være egnet til å misforstå dette (ref. Ds 2020:25 side 52, andre avsnitt). Kulturdepartementet bør derfor være svært tydelige i sitt lovforslag på at det her ikke er snakk om en lovvalgsregel, men i stedet kun etablering av en «legalfiksjon» på et avgrenset område (tilsvarende eksempelvis portabilitetsforordningen).

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 <sup>10</sup>.

Med vennlig hilsen  
for Norwaco



---

**Elin Urkedal**  
direktør

---

<sup>10</sup> Også fremhevet i det svenske lovforslaget Ds 2020:25, side 27-28.