

Kulturdepartementet
Epost: postmottak@kud.dep.no

26.03.2021

Innspill til gjennomføring av digitalmarkedsdirektivet (EU 2019/790) og nett- og videresendingsdirektivet (EU 2019/789)

1 INNLEDNING

Det vises til kulturdepartementets invitasjon 21. desember 2020 til å komme med innspill i forbindelse med Norges gjennomføring av digitalmarkedsdirektivet (EU 2019/790) og nett- og videresendingsdirektivet (EU 2019/789).

TONO vil konsentrere sine innspill om de bestemmelser og spørsmål som er relevante for TONOs virksomhet. Vi vil også knytte noen spørsmål til tolkningen av reglene i åndsverkloven § 40, på bakgrunn av forutgående dialog og invitasjon fra departementet.

2 DIGITALMARKEDSDIREKTIVET

2.1 Artikkel 5: Bruk av verk og andre beskyttede arbeider i grensekryssende opplæringsvirksomhet og åndsverklovens øvrige undervisningsbestemmelser

2.1.1 Innledende kommentarer

Etter TONOs syn bør det ikke innføres ytterligere unntak for bruk i undervisning enn det som allerede følger av åndsverkloven. Undervisningsinstitusjoner tilgodeses gjennom fribruksregler, tvangslisenser og avtalelisenser. Dette gjelder også for digital bruk. Innføring av ytterligere fribruksbestemmelser står i kontrast til departementets uttalelse i Ot.prop. nr. 46 (2004-2005) på side 59:

"Det er en offentlig oppgave å besørge de nødvendige midler til å oppnå uttalte mål knyttet til opplæring, utdanning og forskning, herunder innkjøp av læremidler og nødvendig materiell. Produksjon av læremidler og andre åndsverk som måtte være relevant for utnyttelse innenfor slike samfunnsmessige viktige områder, er knyttet til en forventning om avkastning og råderett innenfor aktuelle markeder. Dette bygger ikke bare vår åndsverklov på, men også de konvensjoner og direktiver som danner den internasjonale ramme for vår handlefrihet. Unntak fra eneretten skal balanseres mot tretrinnsresten. En utnyttelse av vernede verk som er til kommersiell fordel for brukeren, vil naturlig nok raskere komme i konflikt med tretrinnsresten. Selv der det ikke er snakk om en kommersiell utnyttelse, vil likevel en systematisk masseutnyttelse av vernede verk kunne undergrave normalutnyttelsen og rettighetshaverens legitime interesser på en slik måte at rommet for et unntak må anses å være lite. (...)

Departementet vil også understreke at utnyttelse av åndsverk innen undervisning har vært forankret til den nordiske avtalelisensmodellen i 25 år. Når en i dag befinner seg i en situasjon der teknologien har gjort det mulig med sterkt økende omfang av og behov for kopiering innenfor det digitale område i forhold til det mer begrensede fotokopieringsområdet, tilsier dette ikke at man går bort fra lovens veletablerte system og hovedregel med klarering for masseutnyttelse gjennom avtale med representative rettighetshaverorganisasjoner."

Det er derfor grunn til å begrense rekkevidden av unntaket som følger av artikkel 5 (2) i digitalmarkedsdirektivet. Det vises i den forbindelse til direktivets fortale avsnitt 21-22, der det fremgår at det skal være snevre rammer for unntakets anvendelse.

2.1.2 Spørsmål 9

Hvordan bør klasseromsregelen i § 43 tredje ledd se ut?

TONO mener det er nødvendig å endre åndsverkloven § 43 tredje ledd. TONO har fått anledning til å gjennomgå Norwacos utkast til høringssvar og stiller seg bak Norwacos innspill på dette punkt.

2.1.3 Vedrørende åndsverkloven § 40 om fri bruk ved seremonier mv.

TONO henvendte seg nylig til kulturdepartementet for å få klargjort rammene for overføringsbegrepet i § 40, og ble invitert til å ta opp spørsmålet i forbindelse med innspillene til digitalmarkedsdirektivet og nett- og videresendingsdirektivet.

Ved overgangen til ny åndsverklov ble låneregele i åndsverkloven av 1961 § 21 om fri bruk for fremføring ved gudstjenester, i undervisning mv., splittet opp, slik at "religiøse seremonier" mv. nå behandles i åndsverkloven § 40, første ledd, bokstav a. På denne bakgrunn finner TONO det naturlig å kommentere § 40 i forbindelse med bestemmelsen om bruk av verk i undervisning.

I den nye åndsverkloven ble det EU-autonome begrepet "communication to the public" implementert ved at overføring til allmennheten ble inntatt som en egen kategori tilgjengeliggjøring, sideordnet med offentlig fremføring. Fremføringsbegrepet har følgelig blitt tilsvarende innsnevret.

TONO har forstått det slik at denne endringen ikke skulle innebære noen utvidelse av rammen for det tidligere fremføringsbegrepet, blant annet i relasjon til regelen om religiøse seremonier mv.

I forarbeidene til åndsverkloven (Prop. 104 L (2016-17), punkt 5.15.5) uttaler departementet blant annet følgende, med referanse til § 40:

"Det understrekes at bestemmelsen gjelder rett til fri fremføring og overføring under selve arrangementet [...]" (understreket her).

Sitatet gir uttrykk for hvordan TONO oppfatter rettstilstanden.

TONO har tolket unntaksregelen for gudstjenester/seremonier etter § 21 i åndsverkloven av 1961 slik at den kun omfatter fremføring som foregår i selve kirkerommet/seremonirommet for det fremmøtte publikum. Vi har ikke oppfattet det slik at regelen tok sikte på å inkludere den

potensielt mye større allmennheten som ville fått tilgang til fremføringen og overføringen dersom seremonien ble strømmet på internett.

Vi har oppfattet det slik at det ikke var lovgivers intensjon med innføringen av begrepet "overføring til allmennheten" å utvide rammene for det tidligere fremføringsbegrepet. Dersom det hadde vært lovgivers intensjon å utvide fribruksbestemmelsen for seremonier i § 40, antar vi at departementet ville sørget for å involvere berørte aktører i lovforberedelsen.

Enkelte musikkbrukere later imidlertid til å tolke overføringsbegrepet i § 40 slik at det omfatter flere typer bruk enn det som tidligere har vært omfattet av unntaksregelen. Dette er bakgrunnen for at TONO henvendte seg til kulturdepartementet for å få avklart rammene for overføringsbegrepet.

TONO ber departementet om å bekrefte at fribruksregelen kun omfatter den fremføring og overføring som skjer "ved" seremonien, og at den derfor ikke omfatter eventuell fremføring og overføring av seremonien, for eksempel ved strømming.

TONO ber også departementet bekrefte hvorvidt live-streaming (i sanntid) skal anses som en del av kringkastingsbegrepet, slik at dette er omfattet av unntaket i fribruksregelen etter § 40 andre ledd. Det vises i denne forbindelse til følgende uttalelse i forarbeidene til åndsverkloven § 3 (Prop. 104 L (2016-17) punkt 3.4.5.3):

"Det synes naturlig å forstå begrepet kringkasting i åndsverkloven i samsvar med slik det er definert i lov om kringkasting og audiovisuelle bestillingstjenester § 1-1 første ledd bokstav a. Her defineres kringkasting som «utsending av tale, musikk, bilder og liknende via elektroniske kommunikasjonsnett, ment eller egnet til å ses eller høres direkte og samtidig av allmennheten». Essensen er at allmennheten kan motta kringkastingssendinger direkte og samtidig, i motsetning til ved individuelt valgt tid og sted."

TONO ber avslutningsvis om en bekreftelse på at fribruksbestemmelsen i § 40 ikke er ment å omfatte eksemplarfremstillingshandlinger, og at publisering av opptak (av seremoni/gudstjeneste) på internett dermed ikke omfattes.

2.2 Artikkel 12: Kollektiv lisensiering med utvidet virkning

2.2.1 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?

TONO viser til Norwacos innspill til artikkel 12, som TONO i det vesentlige stiller seg bak. I likhet med Norwaco, oppfatter TONO artikkel 12 som en bekreftelse på at den nordiske avtalelisensordningen er i samsvar med EU-retten. Av denne grunn kan heller ikke TONO se at det er behov for å gjøre store endringer i åndsverkloven § 63 tredje ledd eller de øvrige gjeldende avtalelisensbestemmelsene. Det må imidlertid gjøres endringer i bestemmelsen, slik at det tydelig fremgår at forbudsretten til utenforstående rettighetshavere er grunnleggende for samtlige tilfeller hvor det inngås avtaler med avtalelisensvirkning.

Formålet med innføring av en generell avtalelisensbestemmelse i åndsverkloven i 2015 var å gjøre det enklere å benytte avtalelisens på nye områder og for nye bruksformer. Ved lovendringen ble det også gjort endringer i de øvrige avtalelisensbestemmelser. Følgelig stiller § 63 tredje ledd allerede krav om at den avtalelisensutløsende organisasjonen skal godkjennes av kulturdepartementet, og den generelle avtalelisens kan kun anvendes for avtaler inngått med bruker på et nærmere avgrenset område. Begge disse vilkårene må anses å være i overensstemmelse med direktivets krav om at den avtalelisensutløsende organisasjonen må ha et "legal mandate" (artikkel 12, bokstav b) og at avtalen gis avtalelisensvirkning kun "within well-defined areas" (artikkel 12 andre ledd).

TONO mener at gjeldende avtalelisensordning fungerer tilfredsstillende og ser ikke behov for å innføre en tvungen kollektiv klareringsordning. Vi registrerer at direktivet heller ikke stiller obligatorisk krav om en slik tvungen klareringsordning, jf. direktivets ordlyd "Member States *may* provide [...]".

Når det gjelder departementets spørsmål om hvilke praktiske konsekvenser det antas at gjennomføring av direktivforpliktelsen vil få, er TONO selvsagt opptatt av at forvaltningsorganisasjonene ikke pålegges unødige administrative byrder med den konsekvens at de nye kravene blir vanskelig å overholde. TONO ser at gjennomføringen vil medføre både praktiske utfordringer og en del nye administrative oppgaver for organisasjonen. Et eksempel er at utenforståendes rett etter artikkelens tredje ledd bokstav c skal gjelde: "at any time easily and effectively". Av notoritetshensyn mener vi det bør presiseres at utenforståendes forbud må gis skriftlig.

I forarbeidene til § 63 (Prop. 69 L (2014-2015)) fremgår det at rettighetshaveren må nedlegge forbud personlig og individuelt, og selv kan velge om forbudet skal nedlegges overfor organisasjonen eller overfor brukeren. TONO kan ikke se at direktivteksten gir rettighetshaveren en slik valgfrihet. For det tilfelle at utenforstående vil nedlegge forbud direkte, men involvere en kollektiv forvaltningsorganisasjon, må brukeren i alle fall formidle informasjon om dette til organisasjonen

2.2.2 Spørsmål 26

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

TONO registrerer at direktivet ikke stiller strenge formkrav til organisasjonens informasjonstiltak. Ettersom det ikke stilles krav om at informasjonen må gis direkte til den enkelte utenforstående rettighetshaver, mener TONO det er tilstrekkelig at informasjon om avtalelisens gis på organisasjonens eget nettsted.

Direktivet stiller krav om at informasjonstiltakene skal gis i rimelig tid før verk tas i bruk i medhold av avtalen. Uttrykket "rimelig tid" åpner opp for at det må foretas avveininger om hvilket tidspunkt som skal anses å være rimelig. Dette tidspunktet kan variere fra ett tilfelle til et annet. TONO ser at en slik vag formulering kan medføre en rekke utfordringer for vårt lisensieringsarbeid, herunder skape en usikkerhet for våre motparter om TONOs representativitet i forhandlinger. Vi viser til Norwacos innspill på dette punkt og slutter oss til deres argumentasjon i sin helhet.

2.3 Artikkel 17: Bruk av beskyttet innhold av tilbydere av nettbaserte innholdsdelingstjenester

2.3.1 Innledende kommentarer

TONO er svært positiv til implementeringen av artikkel 17 om bruk av beskyttet innhold av tilbydere av nettbaserte innholdsdelingstjenester.

Det har etter TONOs syn lenge vært et behov for å balansere og oppdatere reglene for digitalmarkedet i Europa, blant annet for å sikre rettighetshaverne et rimelig vederlag for bruk av deres innhold på internett. Digitalmarkedsdirektivets artikkel 17 er et resultat av omfattende og detaljerte forhandlinger. Det er helt avgjørende for TONO at bestemmelsen implementeres i norsk rett så lojalt og nært opp til direktivteksten som overhodet mulig, slik at man sikrer at den viktige balansen og bærekraften som er funnet i direktivteksten gjennomføres i den digitale kulturøkonomien i Norge og EU. Teksten i bestemmelsen er nøye avstemt og gjennomarbeidet nettopp for å sørge for en balansert løsning mellom partene, med det mål for øye å styrke rettighetshavernes posisjon overfor digitale mediegiganter som Google og YouTube.

TONO ønsker innledningsvis å knytte enkelte generelle kommentarer til noen av bestemmelsene om gjennomføringen av artikkel 17, som etter vår oppfatning ikke blir tilstrekkelig belyst gjennom departementets spørsmål.

Artikkel 17 nr. 3 er ikke omfattet av departementets spørsmål. Etter TONOs oppfatning vil konsekvensen av gjennomføringen av digitalmarkedsdirektivets bestemmelser i artikkel 17 være at artikkel 14 i e-handelsdirektivet – som omhandler plattformers ansvarsfrihet for innhold – ikke kommer til anvendelse for dette aktuelle direktivområde under artikkel 17:

"When an online content-sharing service provider performs an act of communication to the public or an act of making available to the public under the conditions laid down in this Directive, the limitation of liability established in Article 14(1) of Directive 2000/31/EC shall not apply to the situations covered by this Article."

TONO ønsker i denne sammenheng å få bekreftet at departementet vil sikre en implementering av artikkel 17 nr. 3 i norsk rett som er i tråd med direktivet, slik at tjenester og plattformer ikke kan kreve ansvarsfrihet i tilfeller som omfattes av artikkel 17. Dette er viktig for rettighetshaverne.

Videre ønsker TONO å knytte generelle kommentarer til spørsmålet om plattformenes ansvarsfrihet gjennom artikkel 17 nr. 4, som kun blir overfladisk berørt i departementets spørsmål nr. 38 nedenfor.

Artikkel 17 pålegger tilbydere av delingstjenester for nettinhold, dvs. plattformer som lagrer og gir tilgang til store mengder brukeropplastede verk og annet beskyttet materiale, ansvar for at innholdet er klarert i større grad enn i dag. Tilbyderne skal også på andre måter hindre ulovlig bruk. Bestemmelsen fastslår at tilbyderne foretar en overføring til allmennheten når de gir allmennheten tilgang til brukeropplasted innhold, og at tilbyderen derfor plikter å innhente tillatelse til denne bruken, f.eks. gjennom en lisensavtale. Ansvarsfrihetsreglene i e-handelsdirektivet (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.

2.3.2 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?

Vi bemerker innledningsvis at selve spørsmålsstillingen er egnet til å gi inntrykk av at departementets holdning er at bestemmelsen ikke vil generere økte inntekter. Det er i tilfelle bemerkelsesverdig. Bakgrunnen for direktivbestemmelsen er nettopp å rette opp den skjeve inntektsfordeling mellom rettighetshaversiden og de store tilbydere av innhold på nettet. Hovedformålet med artikkel 17 har derfor vært å sikre en bedre fordeling og balanse på inntektssiden mellom rettighetshaversiden og de store medieforetak/kommersielle innholdsplattformer som YouTube og Facebook. Rettighetshaversiden har derfor berettigede forventninger om at bestemmelsen vil generere økte inntekter til opphavere og andre kunstnere.

Rettighetsbelagt innhold skaper enorme økonomiske verdier på internett, noe som i utgangspunktet bør bety økte inntekter for rettighetshaverne. På grunn av et smutthull i EUs lovverk, kan imidlertid store aktører som YouTube og Facebook, tjene milliarder av kroner på ulisensiert innhold, samtidig som de hevder seg fritatt for ansvar overfor opphaverne etter e-handelsdirektivet (det såkalte Safe Harbour-fritaket). Innholdsplattformer blir dermed ikke stilt juridisk til ansvar for brukernes innhold. Bedriftene tjener i dag store summer på trafikken på sine sider, i betydelig grad som følge av det rettighetsbelagte innholdet brukerne deler. Dette burde komme opphaverne til gode.

Formålet med artikkel 17 er som nevnt å rette opp i disse skjevhetene. TONO viser særlig til følgende internasjonale rapporter som støtter analysen som ligger til grunn for denne vurderingen:

1. "Cultural content in the online environment: Analyzing the value transfer in Europe" (Roland Berger/GESAC) <https://authorsocieties.eu/content/uploads/2019/07/report-for-gesac-online-intermediaries-2015-nov-eur1.pdf>
2. "Economic Analysis of Safe Harbor Provisions" (Stan Liebowitz/CISAC) <https://www.cisac.org/Newsroom/news-releases/copyright-safe-harbours-distort-digital-market-profit-tech-giants-and-harm>

2.3.3 Spørsmål 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.

Artikkel 17 nr. 2 er formulert klart og tydelig. Det er dermed ingen grunn til å endre på utgangspunktet i denne bestemmelsen:

"Member States shall provide that, where an online content-sharing service provider obtains an authorisation, for instance by concluding a licensing agreement, that authorisation shall also cover acts carried out by users of the services falling within the scope of Article 3 of Directive 2001/29/EC when they are not acting on a commercial basis or where their activity does not generate significant revenues."

Dette betyr at gjennomføringen gjerne kan skje slik som beskrevet i alternativ 1), men med den klare presisering at tillatelsen/avtalen ikke omfatter de situasjoner og tilfeller der hvor brukerne har kommersielle interesser, og heller ikke der hvor brukernes aktiviteter genererer inntekter av betydning. Her må gjennomføringen først og fremst skje lojalt i tråd med direktivteksten, og det er ingen grunn til å utvide lisensavtalenes utstrekning eller endre på ordlyden i direktivteksten på dette punkt.

Presiseringen om generering av inntekter i art 17 nr. 2 må etter TONOs oppfatning gjelde både direkte inntekter fra brukeropplastingen, samt indirekte inntekter som har en klar sammenheng med bruken/opplastingen. Det vises til fortalens punkt 69 som henviser generelt til "the revenue generated by their uploads", hvilket gir en klar indikasjon på at alle inntekter, også de av mer indirekte karakter, skal regnes med og legges til grunn i vurderingen. Dette for å unngå eventuelle misforståelser og forsøk fra brukernes side på omgåelse av denne bestemmelsen til skade for rettighetshaverne.

For øvrig er det viktig å presisere at bestemmelsen i artikkel 17 nr. 2 ikke er ment som en generell ansvarsfrihetsregel som fritar brukerne for eget ansvar ved opplasting av beskyttet innhold til store medieplattformer.

2.3.4 Spørsmål 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?

Bestemmelsen i artikkel 17 nr. 4 er etter TONOs syn både konkret og utfyllende i sin tekst, hva gjelder forpliktelsene for en utbyder eller tjeneste til å innhente en tillatelse fra rettighetshaverne. Hovedpoenget med bestemmelsen er nettopp at det skal inngås en avtale med rettighetshaverne. Det betyr at utbyder må inngå avtale med alle de relevante rettighetshavere. Dette kan gjøres enten gjennom kollektive avtaler (som med TONO) eller eventuelt gjennom en avtalelisensordning, der dette blir nødvendig.

Som nevnt over, er artikkel 17 nr. 4 en bestemmelse som innfører en spesiell ansvarsordning for tjenester som ikke har inngått en avtale med rettighetshaverne om bruk av innhold på deres plattformer. Plattformtilbyderen kan dermed bare bli ansvarsfri dersom den på forhånd har oppfylt en rekke vilkår og betingelser. Det fremgår av direktivteksten at tilbyderen av tjenesten skal ha gjort sitt beste ("best efforts") for å innhente en tillatelse fra rettighetshaverne, hvilket må forstås slik at utbyder har alle de skritt som en vanligvis kan forvente av en aktsom næringsdrivende i markedet.

I det danske forslaget til gjennomføring av artikkel 17 nr. 4 bokstav a (se side 40) er dette konkretisert nærmere ved at uttrykket "best efforts" rent språklig skal forstås som at tjenesten skal ha gjort sitt beste for å inngå avtale med rettighetshaverne, formulert slik at "udbyderen skal have gjort sit bedste, forstået således at udbyderen har taget alle de skridt, som en påpasselig erhvervsdrivende ville tage". Videre fremgår det at uttrykket "gjort sitt beste" språklig må forstås som å være en strengere standard enn for eksempel bare "tatt rimelige skritt". Det gjelder således en generelt strengere norm på dette området sammenlignet med vanlige bransjestandarder.

Det er derfor satt som en klar forutsetning for tjenestens eventuelle ansvarsfrihet, at denne først har forsøkt å innhente en tillatelse fra rettighetshaverne. Bestemmelsen regulerer ikke betingelser eller stiller krav til de kommersielle vilkår mellom partene, men det forutsettes blant annet i det danske forslaget at dersom partene ikke kan bli enige om vilkår for bruken, så vil utbyder neppe kunne avslå vilkår som er vanlige for tjenester av lignende art eller type, hvis utbyder samtidig skal kunne hevde at de har gjort sitt beste for å inngå en avtale med rettighetshaverne.

Videre regulerer artikkel 17 nr. 4 bokstav b en utbyders plikt til å sikre at de spesifikke åndsverk som ikke er lisensiert og/eller klarert for bruk, heller ikke fremover blir gjort tilgjengelige på plattformtjenesten. Tjenesten skal i tråd med høy bransjestandard ("in accordance with high industry standards of professional diligence") sørge for at slike verk ikke blir tilgjengeliggjort fra deres tjenester. Dette omfatter ikke bare spesifikke innspillinger av verket, men alle frembringelser av hele eller deler av verket i sin alminnelighet (se fortalen avsnitt 66).

2.3.5 Spørsmål 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 ytterligere kumulative vilkåret i artikkel 17 nr. 4 bokstav c er et krav om at utbyder/tjenesten plikter å sikre at verk som er varslet fjernet gjennom en slik notifikasjon (omtalt som en "notice-and-take-down" forpliktelse) ikke skal bli gjort tilgjengelige igjen på tjenesten. Det betyr at det er tjenestens ansvar å sikre at verket eller det beskyttede materiale ikke blir lastet opp til tjenesten igjen av brukerne.

Her gjelder det ikke bare at plattformene skal ta "rimelige skritt" for å overholde dette vilkåret, men faktisk også gjøre sitt aller beste for å imøtekomme dette kravet i samsvar med en høy bransjestandard, som skal settes i samarbeid med rettighetshaverne. Det er derfor ikke opp til tjenesteutbyder eller plattform å sette en slik standard ensidig ut fra deres egen praksis. Dette skal gjøres i samarbeid med rettighetshaverne og blir omtalt som "proporsjonalitetsprinsippet", som tar høyde for at tjenestene må forberede seg på å ta i bruk nye IT-verktøy og nødvendige digitale applikasjoner for å leve opp til dette vilkår i artikkel 17 nr. 4 bokstav c.

2.3.6 Spørsmål 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 er ikke slik at utbyders ansvar og forpliktelser etter denne bestemmelsen nødvendigvis vil føre til en hindring av tilgang til lovlige verker, da disse enten skal være klarert gjennom en lisensavtale med rettighetshaverne, eller være dekket av en alminnelig unntaksregel i åndsverkloven.

Det er derfor heller ikke lagt opp til en generell overvåkningsforpliktelse for tjenestene i denne bestemmelsen, jf. artikkel 17 nr. 7 og 8. Av fortalens avsnitt 66 fremgår det også at hensynet til proporsjonalitetsprinsippet tilsier at man vurderer tjenestenes konkrete forpliktelser i forhold til tjenestens art, publikum, størrelse og hvilke typer verk dette dreier seg om. Det viktigste er under enhver omstendighet at de skritt som utbyder må ta for å oppfylle bestemmelsens krav, samlet sett er effektive nok til å forhindre adgangen til ulovlige verk.

2.3.7 Spørsmål 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?

Unntakene for karikaturer, pastisj og parodier, har en klar forbindelse til opphavsrettsdirektivets artikkel 5 nr. 3 bokstav k. Departementet valgte senest i forarbeidene til åndsverkloven (se Prop. 104 L (2016-2017) pkt. 5.2) å unnlate å innføre en uttrykkelig lovregel om parodier mv., blant annet med henvisning til at man ikke ønsket å gjøre noen endringer i det eksisterende unntaket, som følger av dagens ulovfestede rettstilstand. Vi kan i utgangspunktet ikke se at artikkel 17 nr. 7 andre ledd nødvendiggjør noen endring i dette standpunktet.

Unntakene i artikkel 17 nr. 7 andre ledd må uansett ikke gis et videre omfang på online-plattformer på internett enn det som følger av de normale regler for denne type unntaksbruk. Unntakene for denne type bruk på internett må derfor vurderes etter de samme kriterier som i øvrige unntakstilfeller, jf. tretrinns-testen som er nedfelt i opphavsrettsdirektivets artikkel 5 nr. 5. Unntakene som nevnt i artikkel 17 nr. 7 bokstav a og b må således bare anvendes i helt spesielle tilfeller, hvor de ikke strider mot en normal bruk av verket, og ikke innebærer en urimelig skade/ulempe for rettighetshaverens legitime interesser.

2.4 Artikkel 18: Prinsippet om hensiktsmessig og rimelig godtgjøring

2.4.1 Spørsmål 45

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

Momentene som inngår i vurderingen av hva som er rimelig vederlag etter åndsverkloven § 69, er etter TONOs syn i stor grad dekkende og treffende for det som følger av direktivet. TONO mener

imidlertid at det er behov for å gjøre enkelte endringer i åndsverkloven 69 og vil forklare bakgrunnen for dette nærmere i det følgende.

TONO har innledningsvis følgende bemerkninger når det gjelder rimelig vederlag:

Et av forholdene som skal vektlegges etter åndsverkloven § 69 er hva som er "vanlig på området". TONO bemerker at standardavtaler bør tillegges vekt når det skal tas stilling til hva som er rimelig vederlag. På samme måte bør det legges vekt på etablerte tariffnivåer og bransjepraksis. TONO opererer eksempelvis med etablerte tariffer på VOD-området og mener slike etablerte tariffnivåer må være et viktig referansepunkt for hva som utgjør et rimelig vederlag.

Det er nødvendig å knytte noen bemerkninger til departementets uttalelse i Prop. 53 L (2020-2021) pkt. 9.4.5, der det ble uttalt at vederlagsmodeller som baserer seg på generell omsetning vil kunne anses å være i strid med kravet om objektive vilkår. Uttalelsen er gitt i forbindelse med implementeringen av artikkel 16 nr. 2 i EU 2014/26 om kollektiv rettighetsforvaltning, som også omhandler retten til rimelig vederlag. TONO har allerede kommentert uttalelsen i sitt innspill til lov om kollektiv forvaltning av opphavsrett mv., men finner grunn til å gjenta vårt syn for å unngå en tilsvarende uttalelse i forbindelse med implementeringen av digitalmarkedsdirektivet.

Vedlegg 1: TONOs innspill av 25. januar 2021 til lov om kollektiv forvaltning av opphavsrett mv.

Denne uttalelsen er både en inngripen og stillingtagen i de frie forhandlinger mellom partene, og departementets ord vil ventelig bli brukt overfor alle typer rettighetshavere, både i forhandlinger og i rettstvister. Til orientering er omsetningsbaserte vederlagsmodeller alminnelig i de fleste sammenlignbare europeiske land. En vesentlig del av begrunnelsen for prinsippet om omsetningsbasert vederlag, er at andre metoder – som faktisk bruk – vil medføre en uforholdsmessig økning av byrder og kostnader med administrasjonen av rettighetsforvaltningen.

Det er grunn til å påpeke at omsetningsbasert vederlag senest ble lagt til grunn og stadfestet som prinsipp i den danske Ophavsretslisensnævnets avgjørelse av 30. september 2020 i sak nr. 121 mellom KODA (TONOs danske søsterselskap) og DR (Danmarks Radio). Det ble slått fast at en tv-kanals omsetning er et mål for verdien av utsendelsen, der musikken utgjør et ikke uvesentlig element, og det må antas at omsetningen i en viss utstrekning avspeiler den faktiske seing. Det var derfor verken urimelig eller i strid med konkurranserettslige regler at KODA anvendte en slik vederlagsmodell.

Det er heller ikke slik at de omsetningsbaserte vederlagsmodellene som benyttes kun baserer seg på omsetning, slik departementet synes å legge til grunn. I de omsetningsbaserte vederlagsmodellene som TONO anvender, og som er vanlige på opphavsrettsområdet, tilsvarer vederlagets størrelse en prosentandel av brukerselskapets inntekter, som beregnes forholdsmessig på bakgrunn av bruken av opphavsrettslig beskyttede verk. Vederlaget reflekterer med andre ord både omsetningen og musikkbruken på vedkommende område.

Når TONO møter store brukere i forhandlinger – alt fra de store, internasjonale distribusjonsplattformene til ulike nasjonale kringkastingsselskaper – er det ulike parametere partene kan ta hensyn til. Av disse er omsetningen og musikkbruken de mest relevante og objektive parameterne. Omsetningsbaserte tariffer, korrigert for musikkandel, bidrar til likebehandling og like

konkurransetilvilkår, samtidig som det gir stor grad av stabilitet og forutsigbarhet. Metoden medfører samtidig mindre utgifter til forvaltning av kontraktene og kontroll med anvendelsen av verkene.

Departementets tidligere tilnærming har derfor en tydelig slagside til brukernes fordel på sviktende grunnlag. Dette er beklagelig, fordi slike uttalelser er egnet til å svekke rettighetshaverne i forhandlinger med både store og små aktører i markedet. Når TONO i forhandlinger blir møtt med henvisninger til slike utsagn i lovforarbeidene, skader dette i praksis de frie forhandlingene som skal være mellom partene, og uttalelsen vil åpenbart ha potensiale til å redusere mulighetene for å oppnå rimelig vederlag for bruk av åndsverk.

Når det gjelder tidspunktet som skal legges til grunn for vurderingen av hva som er et rimelig vederlag, må gjennomføringen av artikkel 18 ses i sammenheng med gjennomføringen av artikkel 20. I artikkel 20 er det en bestemmelse om en avtalejusteringsordning, som åpner for at etterfølgende forhold tas i betraktning.

I høringsnotatet til den nye åndsverkloven ble det åpnet for å kunne trekke inn etterfølgende forhold. Departementet valgte imidlertid å holde seg til forslaget om at det er forholdene på avtaletidspunktet som er avgjørende for vurderingen av hva som er et rimelig vederlag. Forslaget ble fulgt av flertallet i stortingskomiteen, som imidlertid understreket at vurderingen av retten til rimelig vederlag vil kunne bli endret som følge av digitalmarkedsdirektivet artikkel 20.

Artikkel 20 innebærer at det nå må innføres en egen revisjonsbestemmelse i åndsverkloven, noe TONO stiller seg positiv til. Det er ikke til å komme forbi at det ved utnyttelse av opphavsrettslig beskyttet materiale kan være vanskelig å forutse hvilken utnyttelse som vil skje av verket fremover i tid. Dersom rett til omfattende utnyttelse erverves mot et beskjedent vederlag, vil det ikke uten videre være rimelig at en senere omfattende inntjening på erververens hånd ikke skal gi grunnlag for justering av vederlaget, og omvendt. Det bør etter TONOs syn tas hensyn til at teknologien endrer seg, ved at det blir gitt et påslag for nye utnyttelsesformer dersom vederlaget som er avtalt ikke har tatt tilstrekkelig høyde for det. Det vises i denne forbindelse til professor Rognstads artikkel "Rimelig vederlag ved opphavsrettsoverdragelser – om åndsverkloven § 69 – i Irgens-Jensen og Vislie (red.) Immaterialrett, kontrakter og erstatning (2020) side 148 flg., særlig side 156 flg.

Åndsverkloven § 69 bør på denne bakgrunn endres slik at anvendelsesområdet til tredje ledd utvides til å gjelde generelt for alle rettighetshavere.

Avslutningsvis vil TONO bemerke at det ikke er grunn til å gjøre unntak for enheter som nevnt i artikkel 20 nr. 2. Artikkel 20 pålegger riktignok ikke medlemsstatene å sikre avtalejusteringsordningen for enheter som driver kollektiv forvaltning, men den er heller ikke til hinder for at medlemsstatene gir ordningen generell anvendelse. De vide rammene for skjønnsadgang i digitalmarkedsdirektivet artikkel 18 andre ledd tilsier at medlemstatene har en betydelig grad av skjønnsfrihet ved gjennomføringen.

TONO viser til at rettighetshavere i flere tilfeller mottar uforholdsmessig lavt vederlag, også der rettighetshaveren har gitt fullmakt til en organisasjon (kollektiv rettighetsforvaltning). Faren for ubalanserte partsforhold er utvilsomt også til stede i forholdet mellom sterke kommersielle aktører og kollektive forvaltningsorganisasjoner, som i mange situasjoner ikke har noe annet valg enn å akseptere et ensidig fastsatt beløp som den kommersielle aktøren mener er passende. Det kan

derfor ikke legges til grunn som et generelt utgangspunkt at avtaler mellom forvaltningsorganisasjoner og slike aktører er fremforhandlet av jevnbyrdige parter. Tvert imot er TONO underlegne i møte med store kommersielle aktører som omsetter for milliarder av kroner. Dette taler med tyngde for at avtalejusteringsordningen også bør gjelde for kollektive forvaltningsorganisasjoner.

Det vises for øvrig til TONOs kommentarer til spørsmålene 75-77, der det er redegjort ytterligere for TONOs opplevelse av det norske markedet.

2.4.2 Spørsmål 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?

TONOs standpunkt er at opphaver skal ha rett til å ta del i all verdiskapning knyttet til sine åndsverk. I utgangspunktet vil engangsbeløp i liten grad være egnet til å reflektere et rimelig vederlag. Det er i de aller fleste tilfeller umulig å forutse hvilke inntekter som vil genereres ved utnyttelse av verket. Det må derfor anvendes vederlagsmodeller som tar høyde for utvikling i graden av verksutnyttelsen og inntektene som genereres. Det vises til kommentarene om omsetningsbasert vederlag i tilknytning til spørsmål 45.

TONO opplever at presset på norske opphavere om å overdra sine rettigheter til produsentselskaper øker i takt med tilveksten av internasjonale strømmetjenester. TONO mottar stadig henvendelser fra sine medlemmer som får presentert såkalte "buyout"-kontrakter. Kontraktene kan være basert på angloamerikanske kontraktsmaler med vilkår som omfatter alle eventualiteter og som går på tvers av både norsk lovverk og bransjepraksis. Det er lite rom for forhandlinger, og opphaverne har sjelden forutsetninger for å forstå konsekvensene av å inngå slike avtaler. Dette bidrar til å undergrave både opphavsretten og kollektiv forvaltning.

2.5 Artikkel 21: Prosedyre for alternativ tvisteløsning

Etter artikkel 21 skal statene fastsette at tvister kan bli underlagt en frivillig prosedyre for alternativ tvisteløsning.

TONO har ved flere anledninger, senest i forbindelse med høringen av åndsverkloven av 2018, tatt til orde for at det er behov for effektiv tvisteløsning på opphavrettsområdet. Etter TONOs syn er dette en nødvendig forutsetning for en reell styrking av opphavernes stilling.

En tvisteløsningsmekanisme er nødvendig for å sikre rettighetshaverne en reell mulighet til å få fastsatt et rimelig vederlag. I høringen til åndsverkloven av 2018 understreket TONO at en bestemmelse om rimelig vederlag gir liten mening uten at det knyttes en tvisteløsningsordning til bestemmelsen. Den gangen valgte departementet å avvente, i påvente av digitalmarkedsdirektivet.

TONO reiser derfor spørsmålet på nytt i relasjon til implementeringen av direktivet.

Situasjonen i dag er at tvister om opphavsrett går for de alminnelige domstoler. For en del type tvister, for eksempel tvister om tolkingen av en avtale om overdragelse om opphavsrett, er dette

naturlig. På opphavsrettens område er det imidlertid ikke sjelden med tvister som i bunn og grunn dreier seg om hvilket vederlag – rimelige/markedsmessige vederlag – som skal betales for en bestemt utnyttelse. Det kan eksempelvis dreie seg om en tvist om hvilket vederlag en radiostasjon skal betale til TONO for fremføringen av musikkverk i kanalens sendinger. Begge parter vil isolert sett ha en interesse i at musikkverkene tilgjengeliggjøres. Radiostasjonen vil være interessert i dette fordi den får reklameinntekter basert på antall lyttere, og muligheten for å spille musikk bidrar til å øke lytterskaren. Rettighetshaverne vil være interessert i dette fordi det bidrar til å skape oppmerksomhet om verkene og gir opphaverne inntektene. Spørsmålet er imidlertid hvilket vederlag som skal betales.

TONO erfarer at en del aktører bevisst spekulerer i at det er kostbart og tidkrevende for rettighetshaverne å bringe slike og andre tvister inn for de alminnelige domstoler. Aktørene fortsetter å benytte opphavsrettslig beskyttede verk og betaler et ensidig fastsatt akontobeløp som aktørene mener er passende, men som ligger langt under det nivået som følger av standardavtaler eller tariffen som betales av andre aktører eller i våre naboland.

Etter TONOs syn er det nødvendig å innføre et alternativ/supplement til ordinær domstolsbehandling. Det er flere grunner til dette:

- Dels kan hensynet til kompetanse tilsi at det etableres en nemnd med særlig fagkyndighet og erfaring. Dommere har i liten grad erfaring med opphavsrettslige spørsmål – selv de som har særlig kompetanse innenfor immaterialrett befatter seg sjeldnere med opphavsrettslige spørsmål.
- Dels vil en nemnd, som for eksempel Vederlagsnemnda og den tidligere Kabeltvistnemnda, kunne gi tillatelse til, og fastsette vilkår for utnyttelse fremover i tid, noe som er helt avgjørende for å sikre forutsigbarhet for begge parter. At vilkår for fremtidig utnyttelse kan fastsettes, er helt nødvendig mellom parter som skal ha et løpende avtaleforhold, jf. også ordningen med den danske Ophavsretslicensnævnet. Domstolene har ikke slik kompetanse.
- Dels ville det vært hensiktsmessig å etablere et rimeligere og mer effektivt alternativ til ordinær domstolsbehandling av opphavsrettslige tvister, særlig i enklere/mindre saker. Klagenemnda for industrielle rettigheter er et eksempel på dette, og det er vanskelig å se hvorfor en tilsvarende ordning ikke kan innføres på opphavsrettens område.

Ettersom departementet ikke har fulgt opp signalene om behovet for en mer gjennomgående behandling av tvisteløsningsspørsmålet, er det vanskelig å overskue konsekvensene av ulike alternative modeller. TONO antar imidlertid at det, i alle fall når det gjelder tvister om hva som er rimelig og markedsmessig vederlag, vil være nærliggende å tenke i retning av en ordning med en nemnd hvis avgjørelse kan bringes inn for retten, men da slik at retten eventuelt vil ha en begrenset kompetanse til å overprøve nemndens avgjørelser, jf. til sammenligning husleieloven § 12-2. På den måten vil hensynet til effektiv og hurtig tvisteløsning ivaretas, samtidig som rettssikkerhetshensyn er ivaretatt med en (begrenset) overprøvingsadgang.

TONO mener at de eksisterende tvisteløsningsmekanismene for avtalelisens ikke representerer noen egnet eller fullstendig løsning. For TONOs vedkommende har det ikke vært behov for å benytte tvisteløsningsmekanismer innenfor avtalelisensene. De utfordringer TONO har hatt og har,

gjelder andre områder, det være seg på TV- eller VOD-området, hvor utfordringen er at de profesjonelle aktørene ikke ønsker å inngå avtale på rimelige/markedsmessige vilkår med TONO.

3 NETT- OG VIDERESENDINGSDIREKTIVET

3.1.1 Spørsmål 75

Hva er vurderingen av det svenske forslaget til gjennomføring?

Det er TONOs vurdering at både det svenske og det danske forslaget til gjennomføring av nett- og videresendingsdirektivet legger seg lojalt og nært opp til den opprinnelige direktivteksten fra EU. Dette er svært viktig for rettighetshaverne, da forslaget til nett- og videresendingsdirektivet slik det er vedtatt, tar sikte på å regulere helt grunnleggende premisser for det europeiske marked, noe som i mange år dessverre har vært forsøkt undergravet av de kommersielle kringkastere og distributører i det norske marked.

De problemstillinger vi har hatt i Norge på dette området har imidlertid ikke gjort seg gjeldende verken i Sverige, Danmark eller i det øvrige Europa (med unntak av Belgia), se nærmere nedenfor.

3.1.2 Spørsmål 76

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

TONO vil benytte anledningen til å påpeke de vanskelige markeds- og forhandlingsmessige forhold som har vært i Norge de siste 10-12 år, som følge av at kringkastere og TV-distributører har sådd tvil og initiert rettslige konflikter om klareringen av rettigheter i videresendingshandlinger og distribusjon av programbærende signaler.

Både Norwaco og TONO har, i motsetning til våre søsterselskaper i Europa, måtte forsvare seg mot dette i krevende rettslige prosesser. Distributørene har siden 2009 fremsatt argumenter om at de ikke lenger behøvdde å klarere de opphavsrettslige relevante handlinger med rettighetshaverne på grunn av tekniske omlegginger, særlig som følge av omleggingen til "direct injection". Som følge av dette har rettighetshaverne vært nødt til å føre lange kostbare rettsaker i nærmere 10 år for å få fastslått det enkle utgangspunktet, nemlig at distributørene også er ansvarlige for å klarere rettigheter, og at opphaverne har krav på vederlag når deres åndsverk utnyttes i kringkastingsøyemed og/eller annen distribusjon av programmer.

Selv etter at TONO har vunnet frem i rettslige prosesser, senest i Høyesterett mot RiksTV, opplever TONO fremdeles massiv og nærmest likelydende motstand fra kommersielle kringkastere og distributører i Norge mot å inngå avtaler med TONO for bruk av musikk.

TONO har i mange år forsøkt å forhandle med de kommersielle kringkasterne og distributørene, som viser til hverandre og generelt viser liten vilje til å akseptere at de utnytter musikk på en måte som forutsetter klarering med og betaling av vederlag til rettighetshaverne. Dette medfører at rettighetshaverne enten er henvist til en runddans der ingen vil ta ansvar, eller til rettsapparatet.

TONO ber derfor om at kulturdepartementet – på samme måte som i Danmark og Sverige – implementerer nett- og videresendingsdirektivet lojalt i nasjonal lovgivning, og derved gjenoppretter den normale rettstilstand på dette området, slik at også TONOs medlemmer kan

hevde sin rettmessige posisjon, uten å være nødt til å gå inn i ytterligere årelange, unødvendige og kostbare konflikter.

3.1.3 Spørsmål 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.

Det er uklart hva departementet mener med at det er fremmet ulike syn på om det er samsvar mellom direktivet og Høyesteretts dom i HR-2018-2268 i saken mellom TONO og RiksTV. TONO har derfor undersøkt denne påstanden nærmere.

Kulturdepartementet har vist til at departementet her sikter til en diskusjon mellom Ole-Andreas Rognstad og Peter Schønning, uten å redegjøre for hva denne diskusjonen gikk ut på. Verken Rognstad eller Schønning kan erindre en slik diskusjon, og antagelsen er at det var Get-dommen, HR-2016-00562-A, som ble diskutert. TONO legger derfor til grunn at departementet har ment å henvise til denne dommen, og ikke til HR-2018-2268. Det vises i denne forbindelse til Rognstad, Opphavsrett, side 231 der han fremholder at nett- og videresendingsdirektivet kan innebære en endring i rettstilstanden vedrørende videresending, slik den ble fastslått i Get-dommen i HR-2016-00562-A.

3.2 Artikkel 3: Anvendelsen av opprinnelsesstatsprinsippet på tilknyttede nettbaserte tjenester

Nett- og videresendingsdirektivets artikkel 3 innfører et senderlandsprinsipp for visse opphavsrettslige relevante handlinger i relasjon til kringkastingsforetaks tilknyttede nettbaserte tjenester. En slik tilknyttet nettbasert tjeneste er nærmere definert i direktivets artikkel 2, 1. ledd:

"...ancillary online service' means an online service consisting in the provision to the public, by or under the control and responsibility of a broadcasting organisation, of television or radio programmes simultaneously with or for a defined period of time after their broadcast by the broadcasting organisation, as well as of any material which is ancillary to such broadcast..."

TONO vil understreke viktigheten av å begrense omfanget av den såkalte "legal fiction", som er tatt i bruk her, ved at lovgiver velger å snu det opprinnelige rettslige utgangspunkt, som jo er mottakerlandsprinsippet, for denne type opphavsrettslige relevante handlinger. Det alminnelige utgangspunkt for denne type handlinger (on-demand og tidsforskutt bruk) på nettet er mottakerlandsprinsippet, hvilket innebærer at klarering skal skje der hvor mottaker befinner seg.

Her legger man – som en begrenset unntaksregel – til grunn at utøvelsen i begrenset grad kan anses å ha funnet sted i avsenderlandet. Dette er et juridisk grep som gjøres for å løse en grenseoverskridende vanskelig floke, og som kun i helt spesielle tilfeller kan aksepteres. Forslaget om å innføre et begrenset senderlandsprinsipp er kun innført for å lette klareringen av rettigheter i forbindelse med det omfattende tilbud av visse nettbaserte tjenester over landegrensene, hvor det etter eksisterende rettslige regler gjelder et klart mottakerlandsprinsipp.

Derfor må denne bestemmelsen med senderlandsprinsipp for visse spesielle og avgrensede tilfeller implementeres direktivnært og strengt, slik at den i størst mulig grad avspeiler begrensningene i direktivet, herunder at den nettbaserte tjenesten skal ha en helt underordnet funksjon, og at det skal fastsettes en klart avgrenset tidsperiode for bruk etter kringkasting, som beskrevet i artikkel 2, 1. ledd.

Når det gjelder direktivets artikkel 3, pkt. 2 er det gitt føringer for fastsettelse av vederlag til rettighetshaverne, og TONO vil her særlig understreke betydningen av formuleringen i 2. avsnitt:

"The first subparagraph shall not preclude calculation of the amount of the payment on the basis of the broadcasting organisation's revenues."

Dette er en klar referanse til at rettighetshaverne har full anledning til å legge kringkastingsforetakets (og/eller distributørens) omsetning til grunn for beregning av et rimelig vederlag, hvilket som nevnt også blir praktisert av de fleste av TONOs søsterselskaper i Europa.

3.3 Artikkel 4: Utøvelse av rettighetene til videresending av andre rettighetshavere enn kringkastingsforetak

Denne bestemmelsen fastslår et kjent utgangspunkt, nemlig at handlinger i form av videresending av programmer (retransmission), skal klareres av innehaverne av eneretten til overføring til allmenheten, og at dette skal skje gjennom en kollektiv forvaltningsorganisasjon. Artikkel 4 slår videre fast at en enkelt rettighetshaver ikke har anledning til å motsette seg en videresendingshandling, men har i stedet rett til å la seg representere kollektivt i avtaleforhold som gjelder videresendingshandling, samt å motta vederlag fra slik type bruk.

Hensikten med artikkel 4, herunder særlig punkt 2, er å fastslå at videresendingsbegrepet også inkluderer øvrige former for distribusjon/retransmisjon slik som beskrevet i artikkel 2, punkt 2. Det betyr at videresending/distribusjonsbegrepet omfatter enhver form for samtidig, uendret "retransmission", slik som beskrevet også i det opprinnelige satellitt- og kabeldirektivet.

TONO formoder at denne bestemmelsen bekrefter gjeldende rett i Norge og at direktivet her fastslår at alle videresendingshandling (retransmission) forutsetter en tillatelse fra rettighetshaverne.

3.4 Artikkel 6: Mekling

Denne bestemmelsen medfører en plikt for medlemslandene i EU til å sikre at det finnes anledning til å hente inn meklingsbistand fra én eller flere meklere, der hvor det ikke er mulig å oppnå/inngå noen avtale mellom den kollektive forvaltningsorganisasjon og distributør av retransmisjonstjenester (videresending/distribusjon), eller mellom distributør og kringkaster om retten til videresending/distribusjon, begge tilfeller i henhold til artikkel 11 i det opprinnelige satellitt- og kabeldirektivet fra 1993. TONO ber departementet se på mulige løsninger for praktisk gjennomføring av denne bestemmelsen i tråd med tilsvarende rettsordninger på området.

3.5 Artikkel 8: Overføring av programmer ved direkte injisering

TONO er positiv til gjennomføringen av artikkel 8 om overføring av programmer ved direkte injisering, eller "direkte kontribusjon" som etter TONOs oppfatning er den vanlige norske betegnelsen på "direct injection". Formålet med bestemmelsen er å "avbøte" de uheldige konsekvensene av SBS-dommen (C-325/14).

Før den tekniske omleggingen til direkte kontribusjon, ble det betalt for distribusjonen. Som følge av omleggingen mistet rettighetshaverne store deler av vederlaget som tidligere ble betalt, og kringkastere og distributører oppnådde en betydelig besparelse på rettighetshavernes bekostning.

Det er ingen reelle, kommersielle eller økonomiske forhold som tilsier at utnyttelsen har blitt mindre verdt for kringkasterne eller distributørene på grunn av den tekniske omleggingen av distribusjonen. Tvert imot synes utsendelsen av TV-programmer som inneholder musikk, å få stadig økende verdi.

TONO mener at det er rimelig og fullt i samsvar med alminnelig lisensieringspraksis at det kreves betaling for musikkbruk fra to selvstendige aktører som begge utnytter musikk i TV-sendinger, og hver på sin måte oppnår betydelig omsetning som følge av salg av TV-sendinger som inneholder musikk. Måten TV-distribusjon er organisert på innebærer at både kringkasternes og distributørenes handlinger er nødvendige ledd i utsendelsen av musikken til publikum. Når to aktører utnytter musikkrettigheter, er det rimelig at vederlaget reflekterer den reelle verdien av omsetningen. Det gir ingen kommersiell mening at det bare skal betales for den enes utnyttelse.

Formålet med artikkel 8 er å klargjøre og sikre at rettighetshaverne får et vederlag som reflekterer den faktiske utnyttelsesverdien av slike utsendelser. Direktivet fastslår at både kringkaster og distributør må klarere – og dermed betale vederlag for – sine respektive bidrag til utnyttelsen. Det er også praksis i sammenlignbare land at det betales vederlag for begges utnyttelse av kringkastingssendinger ved direkte kontribusjon.

Med vennlig hilsen



Jørgen Karlstrøm
Styreleder



Cato Strøm
Adm. direktør

Familie- og kulturkomiteen
E-post: familie-kultur@stortinget.no

Oslo, 25. januar 2021

Prop. 53 L (2020-2021) Lov om kollektiv forvaltning av opphavsrett mv. - Innspill etter høring 21. januar 2021

Vi viser til komitehøringen 21. januar og invitasjonen fra komiteens leder til å sende inn vårt innspill vedrørende TONOs og andres alvorlige bekymring over en kommentar departementet har gitt i proposisjonens pkt. 9.4.5 i tilknytning til forslaget § 28:

«Vederlagsmodeller som baserer seg på generell omsetning, vil for eksempel kunne anses å være i strid med bestemmelsen, dersom andre mer nøyaktige metoder for å registrere bruken av verk og publikum er tilgjengelig, og disse kan benyttes uten at det medfører en uforholdsmessig økning av de administrative kostnadene.»

TONO kan ikke se at denne uttalelsen fra departementet har grunnlag i direktivet. Det er særlig direktivets art. 16 som er den relevante bestemmelsen her. Departementets utsagn i proposisjonen oppfatter vi som en inngripen og stillingtagen i de frie forhandlinger mellom partene, og departementets ord vil garantert bli brukt overfor alle typer rettighetshavere, både i forhandlinger og i rettsvister. (I parentes bemerket: TONOs forhandlere opplevde faktisk dette i aktuelle forhandlinger med en av våre største motparter sist fredag, dagen etter høringen.)

Saksordfører Marianne Haukland ba under høringen undertegnede utdype hvordan departementets utsagn påvirker de frie forhandlingene.

For det første er omsetningsbaserte vederlagsmodeller den alminnelige vederlagsmodell i de fleste europeiske land. En vesentlig del av begrunnelsen for prinsippet om omsetningsbasert vederlag, er at andre metoder – som faktisk bruk – vil medføre en uforholdsmessig forhøyelse av utgiftene til rettighetsforvaltningen.

Omsetningsbasert vederlag er senest lagt til grunn og stadfestet som prinsipp i den danske Ophavsrettslisensnævnets avgjørelse av 30. september 2020 i sak nr. 121 mellom KODA (TONOs danske søsterselskap) og DR (Danmarks Radio). Det ble lagt til grunn at en tv-kanals omsetning er et mål for verdien av utsendelsen, der musikken utgjør et ikke uvesentlig element, og det må antas at omsetningen i en viss utstrekning avspeiler den faktiske seing. Det var derfor verken urimelig eller i strid med konkurranserettslige regler at KODA anvendte en slik vederlagsmodell.

Det er heller ikke riktig at vederlagsmodellene kun "baserer seg på generell omsetning", slik departementets uttalelse gir inntrykk av. De omsetningsbaserte vederlagsmodellene som TONO anvender, og som er vanlige på opphavsrettsområdet, anvender en modell der vederlagets størrelse tilsvarer en prosentandel av brukerselskapets inntekter, som beregnes forholdsmessig i forhold til mengden av opphavsrettslig beskyttede verk. Vederlaget beregnes dermed forholdsmessig med utgangspunkt i musikkbruken på vedkommende område.

I STIM-dommen, som vi antar er bakgrunnen for departementets uttalelse, ble det akseptert at TONOs søsterselskap STIM ikke misbrukte en dominerende stilling, når det som vederlag for tv-utsendelse av opphavsrettslig beskyttede musikkverk i forhold til kommersielle tv-kanaler anvendte en vederlagsmodell der vederlagets størrelse svarer til en andel av tv-kanalenes inntekter, så lenge denne andelen samlet sett er forholdsmessig i forhold til mengden av opphavsrettslig beskyttede musikkverk som faktisk er gjenstand for tv-utsendelse eller kan antas å bli det. Altså en modell der vederlaget utgjør en andel av omsetningen, som beregnes forholdsmessig med utgangspunkt i musikkbruken. Departementets uttalelse underslår dette helt sentrale poenget.

Når TONO møter store brukere i forhandlinger – alt fra de store, internasjonale distribusjonsplattformene til ulike nasjonale kringkastingsselskaper – er det ulike parametere partene kan ta hensyn til. Av disse er omsetningen og musikkbruken de mest relevante og objektive parameterne. Omsetningsbaserte tariffer medvirker til likebehandling, og bidrar til at både små og store brukere kan komme inn i markedet på like konkurransevilkår, samtidig som det gir stor grad av stabilitet og forutsigbarhet. Metoden medfører samtidig mindre utgifter til forvaltning av kontraktene og kontroll med anvendelsen av verkene. Dette er også den vanlige vederlagsmodellen i de aller fleste land vi kjenner til.

Departementets utsagn har en urimelig slagside til brukernes fordel, på ufullstendig og sviktende grunnlag, og er egnet til å svekke rettighetshaverne i forhandlinger med både store og små aktører i markedet. Når vi fra motparter blir møtt med slike utsagn i lovforarbeidene, skader dette i praksis de frie forhandlingene som skal være mellom partene, og uttalen vil åpenbart ha potensiale til å redusere mulighetene for å oppnå rimelig vederlag for bruk av åndsverk.

Vi foreslår derfor følgende merknad:

Komiteen mener at departementets uttalelse om omsetningsbaserte vederlagsmodeller er egnet til å svekke rettighetshavernes posisjon i forhandlinger med brukerne. Komiteen kan ikke se at det finnes grunnlag i direktivet til å foreta en slik presisering av kravet om objektive vilkår. Spesielt på musikkområdet og for audiovisuelle tjenester gir omsetningen en god indikasjon på verdien av rettighetene, og vederlagsmodeller som tar utgangspunkt i tjenestenes omsetning benyttes derfor i hele den opphavsrettslige verden.

TONO bistår gjerne komiteen med mer informasjon om dette er ønskelig.

Vennlig hilsen
TONO SA

Cato Strøm /s/
Adm. direktør