

Saksnr: 2011/3961

Dato: 30.03.2012

FORSKRIFT OM OVERGANGSREGLER TIL LOV OM ENDRINGER I ÅNDSVERKLOVEN

1 Innledning

Kulturdepartementet foreslår med dette forskrift om overgangsregler til lov om endringer i åndsverkloven (endningslov 17. juni 2005 nr. 97). Av endningsloven pkt. III nr. 2 bokstav c fremgår at *"Kongen kan fastsette nærmere overgangsregler"*, og det er med hjemmel i denne bestemmelsen at departementet nå foreslår overgangsregler.

Forslaget gjelder adgang til tidsbegrenset godkjenning av organisasjon som kan inngå avtale med avtalelisensvirkning, jf. åndsverkloven § 38a. Slik tidsbegrenset godkjenning skal etter forslaget kunne gis av Kulturdepartementet selv om representativitetsvilkåret i åndsverkloven § 38a ikke er oppfylt. Godkjenning skal kunne gis med virkning fra endningslovens ikrafttreden 1. juli 2005 eller senere, og for en nærmere angitt tidsperiode begrenset til 31. desember 2013. Forutsetningen for at godkjenning kan gis, er imidlertid at organisasjonen har vært hjemlet til å inngå avtalelisensavtale på grunnlag av representativitetskravet som gjaldt før lovendringen i 2005.

Forslaget har bakgrunn i situasjonen som har oppstått på området for videresending av kringkastingssendinger, der systemet for klarering av rettigheter på det nåværende tidspunktet er ute av funksjon. Bakgrunnen beskrives nærmere nedenfor, jf. pkt. 2. Formålet med forslaget er å få etablert en midlertidig ordning for å klargjøre hvem som er rett organisasjon for klarering av rettigheter. På området for videresending skal forslaget sikre muligheten for rettighetsklarering i tråd med lovens system, slik at distributørene lovlig kan videresende kringkastingssendinger, og slik at rettighetshaverne til verk som videresendes kan få det vederlag de er berettiget til. Overgangsreglene regulerer imidlertid ikke spørsmål om vederlagets størrelse – slike spørsmål må partene selv løse, eventuelt ved hjelp av de tvisteløsningsordningene som finnes.

Et høringsnotat med forslag til forskrift om overgangsregler har vært på alminnelig høring, og et utkast til kongelig resolusjon har vært forelagt Finansdepartementet, Justisdepartementet og Utenriksdepartementet.

I det følgende vil departementet nærmere beskrive bakgrunnen i pkt. 2, dernest oppsummere høringsrunden i pkt. 3. Etter dette følger departementets vurderinger og forslag i pkt. 4 og vurderingen av forslagets økonomiske og administrative konsekvenser i pkt. 5.

2 Bakgrunn

Åndsverkloven gir opphavsmenn og andre rettighetshavere enerett til å råde over sine verk og prestasjoner ved å fremstille eksemplarer av dem og ved å gjøre dem tilgjengelig for allmennheten, jf. bl.a. § 2. Bruk som faller inn under eneretten krever rettighetshavers samtykke (med mindre det foreligger annet rettslig grunnlag for bruken). Eneretten omfatter bl.a. kringkasting av verket og videresending av kringkastingssending hvor verket inngår. Videresending forutsetter altså samtykke, men det er gitt regler om forenklet rettighetsklarering i § 34.

Åndsverkloven § 34 gir adgang til å videresende åndsverk som lovlig inngår i kringkastingssending når den som videresender oppfyller betingelsene for såkalt avtalelisens etter § 36 første ledd.

Et av vilkårene for avtalelisens er at det foreligger avtale med *"organisasjon som nevnt i § 38a"*. I § 38a heter det: *"Avtale som skal ha virkning som nevnt i § 36 første ledd, må inngås av organisasjon som på området representerer en vesentlig del av opphavsmennene til verk som brukes i Norge, og som er godkjent av departementet"*.

Avtalelisensordningen muliggjør enkel klarering av rettigheter ved at den avtale som inngås med en godkjent organisasjon også får bindende virkning for rettighetshavere som ikke representeres av organisasjonen, jf. åndsverkloven § 37. Ordningen innebærer store fordeler når mange rettighetshavere er involvert i en produksjon. På videresendingsområdet ville individuell klarering i praksis være umulig.

Norwaco ble i 1996 godkjent av departementet som organisasjon som kan inngå avtalelisensavtale om videresending av kringkastingssendinger. Som det fremgår ovenfor stiller loven krav til representativitet for at en organisasjon kan godkjennes. Vilkaene for å bli godkjent etter § 38a ble i 2005 endret. Mens organisasjonen tidligere måtte representere *"en vesentlig del av norske opphavsmenn"*, må organisasjonen nå representere *"en vesentlig del av opphavsmennene til verk som brukes i Norge"*. Endringen ble gjort for ikke å diskriminere pga. nasjonalitet.

I forbindelse med lovendringen uttalte departementet i Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 152:

"Organisasjoner som i dag inngår avtalelisensavtale basert på godkjenning etter gjeldende § 38a, må søke på ny, både pga. endringene i kriteriet for godkjenning, men også fordi avtalelisensområdet er utvidet."

Endringsloven gir som nevnt hjemmel for å fastsette nærmere overgangsregler. Hjemmelen er til nå ikke benyttet.

I tvister om vederlag for videresending har det fra distributørenes side blitt gjort gjeldende at Norwaco ikke har søkt om ny godkjenning etter lovendringen i 2005 og derfor ikke lenger er godkjent organisasjon. Både Oslo tingrett og Kabeltvistnemnda kom i juni 2011 til at Norwaco ikke oppfyller vilkårene i åndsverkloven § 38a, og at sakene derfor må avvises. I avgjørelsene er det lagt til grunn at lovendringen i 2005 innebar at Norwacos godkjenning falt bort, og nemnda mener også at Norwaco heller ikke har kunnet dokumentere at det nye kravet til representativitet i § 38a er oppfylt. Avgjørelsen fra tingretten ble anket til lagmannsretten, som kom til at saken ikke skulle avvises. Flertallet mente at Norwacos pretensjon (om å være en organisasjon som nevnt i åndsverkloven § 38a) måtte legges til grunn. Mindretallet kom til samme resultat, men med en annen begrunnelse. Mindretallet prøvde pretensjonen og kom etter en samlet

vurdering til at Norwaco var søksmålskompetent. Avgjørelsen ble anket til Høyesterett. Høyesteretts ankeutvalg har forkastet anken.

Norwaco søkte 1. april 2011 departementet om ny godkjenning. Søknaden er til behandling i departementet.

Situasjonen på det nåværende tidspunktet er at systemet for klarering av rettigheter for videresending ikke fungerer etter lovens ordning. Årsaken til dette er at videresending av kringkastingssending bare kan skje når det foreligger avtale med organisasjon som nevnt i § 38a (med mindre tillatelse er gitt av Kabeltvistnemnda), og at eneretten til videresending bare kan utøves gjennom slik organisasjon, jf. § 34 første og andre ledd. Uten en godkjent organisasjon finnes verken system for at videresending lovlig kan finne sted eller at rettighetshaverne kan få betalt for videresendingen.

Bestemmelsen om obligatorisk kollektiv forvaltning gjennomfører EUs satellitt- og kabeldirektiv (93/83/EØF) artikkel 9.1. Direktivforpliktelsen innebærer at Norge må ha et system der rettighetene for videresending i kabel klareres gjennom en organisasjon. Den norske gjennomføringen i åndsverkloven § 34 knytter kravet til kollektiv forvaltning opp til avtalelisensen og dermed godkjenningsordningen der.

Det synes klart at departementet også etter 2005 i praksis har ansett Norwaco som godkjent etter den gamle godkjenningen fra 1996. Det har blitt lagt til grunn at 1996-godkjenningen er gyldig inntil den avløses av en ny godkjenning, eventuelt tilbakekalles av departementet. Det samlede rettskildebildet gir støtte for en slik forståelse.

Åndsverklovens ordlyd gir ikke anvisning på om tidligere godkjenninger falt bort ved lovendringen. Loven sier ikke noe annet enn at organisasjonen må ha godkjenning og oppfylle representativitetsvilkåret.

Forarbeidene gir ikke holdepunkter for annet enn at det må søkes på nytt. Det er ikke tatt stilling til hva som skjer med de gamle godkjenningene i perioden fra lovendringene trådte i kraft og frem til eventuell ny godkjenning. Uttalelsen i forarbeidene om ny søknad må etter departementets oppfatning sees i lys av åndsverklovens system og de forutsetninger som lå til grunn ved lovendringen. Det ble på s. 56 i proposisjonen uttalt:

"Dersom en organisasjon representerer en vesentlig del av for eksempel norske opphavsmenn innefor sitt område, vil den normalt også representere en vesentlig del av de opphavsmenn innenfor området hvis verk brukes i Norge."

Det har formodningen mot seg at intensjonen ved lovendringen var at eksisterende godkjenninger skulle falle bort ved lovens ikrafttredelse med den følge at det ikke skulle være mulig å klarere rettigheter for videresending i Norge. I lys av bl.a. direktivforpliktelsene, opphavsmannens enerett og kravet om klarering gjennom en organisasjon, har dette ikke vært departementets oppfatning. På grunnlag av den situasjonen som har oppstått antar departementet at det likevel vil være mest ryddig å fastsette overgangsregler som kan klargjøre godkjenningsspørsmålet. Det er utvilsomt at den som gjør et åndsverk tilgjengelig for allmennheten må klarere dette med rettighetshaverne til åndsverket. På videresendingsområdet kreves som nevnt at klarering skjer gjennom en godkjent organisasjon. Den tidsbegrensede godkjenning som kan gis med hjemmel i overgangsreglene vil legge til rette for slik klarering og for

forhandlinger om vederlag, men har ingen innvirkning på vederlagets størrelse. Det er en sak mellom partene.

3 Høringen

3.1 Høringsnotatet

Kulturdepartementet sendte 18. november 2011 på høring et forslag til forskrift om overgangsregler til lov om endringer i åndsverkloven (endringslov 17. juni 2005 nr. 97).

Etter forslaget kan Kulturdepartementet gi tidsbegrenset godkjenning til organisasjoner etter åndsverkloven § 38a selv om kravet til representativitet ikke er oppfylt. Slik tidsbegrenset godkjenning kan gis med virkning fra 1. juli 2005 eller senere og for en nærmere angitt periode begrenset fremover i tid. Etter forslaget vil det være en forutsetning at organisasjon som godkjennes har vært hjemlet til å inngå avtalelisensavtale på grunnlag av representativitetskravet som gjaldt før lovendringen i 2005.

Departementet la i høringsnotatet til grunn at hjemmelen til å gi overgangsregler kunne benyttes selv om det hadde gått lang tid siden endringsloven trådte i kraft:

”Det vanlige er at overgangsregler gis i forbindelse med lovendringen, og at de trer i kraft samtidig med eller kort tid etter endringslovens ikrafttreden. Hjemmelen til å gi overgangsregler kan imidlertid også benyttes på et senere tidspunkt. I dette tilfellet mener departementet at det foreligger særlige grunner for å benytte hjemmelen selv om det er lenge siden endringslovens ikrafttredelse.

Som nevnt forutsetter regelverket at det finnes en godkjent organisasjon som det kan inngås avtale med. Det er bare gjennom en slik organisasjon at rettighetene til videresending av kringkasting kan klareres. Slik situasjonen er nå er hele systemet satt ut av spill. Det bør være i alle parter interesse at systemet kommer på fote igjen og at det klargjøres hvem som er rett organisasjon for klarering av slike rettigheter. Dette vil kunne oppnås gjennom overgangsregler.”

Departementet uttalte videre at formålet med forslaget vil være å gi en hjemmel for at det kan gis tidsbegrenset godkjenning av organisasjoner som etter tidligere regler har vært hjemlet til å inngå avtalelisensavtale. Dette kravet ville etter departementets syn sikre at godkjenningen gis til en etablert organisasjon som kan ivareta rettighets-havernes interesser selv om kravet til representativitet etter endringen i 2005 ikke er oppfylt.

Etter forslaget kan organisasjoner som før lovendringen i 2005 var hjemlet til å inngå avtalelisensavtale, søke departementet om en tidsbegrenset godkjenning. På grunnlag av godkjenningen kan organisasjonen klarere alle etablerte rettigheter på området, inkludert de som kom inn i loven ved lovendringen i 2005. Siden godkjenningen bare vil gjelde for en begrenset tidsperiode, må organisasjonen i løpet av perioden dokumentere at representativitetskravet i åndsverkloven § 38a er oppfylt – ellers vil godkjenningen bortfalle ved utløpet av den angitte perioden.

Departementet må etter forslaget ta stilling til når den tidsbegrensede godkjenningen skal gis virkning fra, og hvor lang tid den skal gis for. Etter forslaget vil godkjenning kunne gis med virkning fra endringslovens ikrafttreden (1. juli 2005) eller senere. Om virkningstidspunktet og forholdet Grunnloven § 97 uttalte departementet følgende:

”Departementet mener at de særlige omstendighetene i saken kan begrunne at reglene kan gis virkning fra ikrafttreddelsen av lovendringen i 2005.

Hvis departementet ved lovendringen hadde forutsett at en situasjon som den foreliggende kunne oppstå, er det nærliggende at det hadde blitt gitt overgangsregler ved lovendringen. Departementet legger til grunn at det da kunne blitt gitt slike overgangsregler som foreslås her. Departementet har ansett Norwaco som godkjent etter lovendringen, og det samme har samtlige aktører gjort frem til for et års tid siden (for eksempel i tidligere saker for Kabeltvistnemnda). At videresending krever klarering, er det ikke tvil om. Departementet antar at det er gode grunner for at forholdene legges til rette for at partene kan ordne opp i situasjonen også bakover i tid. Dette reiser spørsmål i forhold til Grunnloven § 97.”

Departementet uttalte så at Grunnloven § 97 fastsetter at ingen lov kan gis tilbakevirkende kraft. Bestemmelsen retter seg imidlertid bare mot tilbakevirkning som er til skade:

”Departementet kan ikke se at de foreslåtte overgangsreglene er til skade for noen. Videresending innebærer bruk av verk som krever klarering – ellers er det ikke tillatt å videresende. Spørsmålet er derfor ikke om det skal betales for bruken, men hvem det skal betales til. Formålet med overgangsreglene er å få etablert en midlertidig ordning for hvem vederlag skal betales til, for perioden fra lovendringen eller senere og i en nærmere angitt periode fremover i tid. Det presiseres at overgangsreglene bare skal regulere spørsmålet om godkjenning i denne perioden, og ikke spørsmål knyttet til vederlagets størrelse. Som tidligere nevnt blir dette spørsmål som partene selv må løse, eventuelt gjennom de tvisteløsningsordningene som finnes.”

Departementet vurderte det slik at forslaget ikke ville ha nevneverdige økonomiske eller administrative konsekvenser for det offentlige. Fordi offentlig bruk av åndsverk forutsetter klarering med rettighetshaverne, kunne departementet heller ikke se at forslaget ville ha nevneverdige økonomiske eller administrative konsekvenser for private aktører.

Høringsfristen ble satt til 5. januar 2012.

3.2 Høringsinstansenes synspunkter

Høringsinstansene er delt i synet på forslaget til forskrift om overgangsregler. Mange av høringsinstansene støtter forslaget, mens andre er negative til forslaget og mener at det ikke bør gjennomføres.

Departementet har mottatt over 40 høringsuttalelser, 34 har merknader til forslaget. Av disse er det 25 som støtter forslaget, mens 10 går mot. Rettighetshavere og kringkastere i UBON (Union of Broadcasting Organisations in Norway) støtter forslaget, mens distributører og enkelte andre kringkastere går mot.

Følgende støtter forslaget: BONO, Den norske Forfatterforening, Den norske Forleggerforening, Grafill, GramArt, IFPI Norge, Kopinor, Musikernes fellesorganisasjon, NOPA, Norsk faglitterær forfatter- og oversetterforening, Norsk filmforbund, Norsk Journalistlag, Norsk Oversetterforening, Norsk revyforfatterforening, Norsk Skuespillerforbund, Norske Barne- og Ungdomsbokforfattere, Norske Dansekunstnere, Norske Film- og TV-produsenters

forening, Norske filmregissører, Norske Kunsthåndverkere, Norske Scenografer, Norwaco, NRK, TONO og UBON.

Følgende går mot forslaget: C More Entertainment, Canal Digital Kabel TV og Get (CDK/Get – felles uttalelse), Kabel Norge, Media Matrix, Modern Times Group, MTV Networks, RiksTV, TV Norge og TV 2.

Mange av høringsinstansene som støtter forslaget, viser til at det er en svært uholdbar situasjon som har oppstått på videresendingsområdet, og at denne situasjonen nå må løses. Videre er disse høringsinstansene enig med departementet i at Norwacos tidligere godkjenning ikke bortfalt ved lovendringen, og de mener også at det er riktig av departementet å løse den situasjonen som har oppstått ved å gi overgangsregler. Det vises til at overgangsreglene innebærer at rettighetshaverne må få utbetalt vederlag som normalt, og at distributørene kan videresende lovlig i norske kabelnett. Disse høringsinstansene uttaler at de ikke kan se at overgangsreglene innebærer noen tilbakevirkning i strid med Grunnloven § 97 eller at reglene skaper problemer i forhold til EØS-retten for øvrig.

UBON – som omfatter NRK og en rekke andre¹ kringkastere/kanaler som ”udsendes alene med henblik på modtagelse i deres hjemlande” – viser i sitt høringssvar til Kabeltvistnemndas vedtak, og uttaler bl.a. følgende:

”Kendelsen og det deraf følgende samarbejdssophør med kabeloperatørerne medfører, at den videreudsendelse der har fundet sted principielt er ulovlig, og at operatørerne heller ikke fremadrettet har den fornødne tilladelse til at forsætte med videreudsendelsen, med mindre de indhenter samtykke fra samtlige rettighedshavere. Dermed risikerer man, at der nedlægges forbud mod videreudsendelsen.

Det tjener efter vores opfattelse ikke noget formål at nedlægge forbud mod videreudsendelsen, da dette blot vil skade den norske befolkning. Men længere tid uden betaling til norske og udenlandske rettighedshavere er uholdbart. Der er derfor behov for afklaring vedrørende spørgsmålet om Norwaco's godkendelse, så parterne kan genoptage forhandlingerne om vilkår for videreudsendelse på det norske marked.

Det er på den baggrund positivt, at Kulturdepartementet fremsætter forslag om overgangsregler, som kan give ro og klarhed omkring Norwaco's klarering af rettigheder.

UBON tiltræder, at den midlertidige godkendelse gives med tilbagevirkende kraft til tidspunktet for ændringsloven af 17. juni 2005s ikrafttræden, idet det herved forhindres, at der fremsættes påstande om perioder med manglende godkendelse og uklarhed om hvem der er rette modtager af vederlagsandelen til de norske og udenlandske rettighedshavere. En sådan uklarhed ville skade såvel kabeloperatører og rettighedshavere. UBON er derfor også enig i, at midlertidig godkendelse med tilbagevirkende kraft ikke kan være til skade for nogen, idet der ikke kan være tvivl om, at videreudsendelse forudsætter betaling til de relevante rettighedshavere.”

Norsk faglitterær forfatter- og oversetterforening uttaler følgende om forslaget:

¹ ARD, ARTE G.E.I.E., Danmarks Radio, France Télévisions, Norddeutscher Rundfunk, RAI Radiotelevisione Italiana, RTL, TV 2 | Danmark, TVE, Sveriges Television, TV4 AB, VG Media mH (dækker en lang række tyske kanaler som blandt Pro Sieben) Yleisradio OY og MTV OY, samt Zweites Deutsches Fernsehen

”Når det tas i betraktning at kollektiv klarering med avtalelisensvirkning åpenbart er i distributørenes interesse og at disses lovforståelse ville ha medført at Norwaco nærmest måtte være å anse som en nullitet ved ikrafttredelsen av lovendringene 1. juli 2005, kun få dager etter at disse ble vedtatt i Stortinget, synes distributørenes atferd å være i overkant preget av manglende realitetsorientering og lite meningsfylt juridisk taktikkeri.

NFF vil derfor gi departementet honnør for forslaget om å ta i bruk forskriftshjemmelen i endringsloven av 17. juni 2005 nr. 97, slik at det blir fastsatt regler som gjør at hovedsaken – den nødvendige klareringen av rettighetene – igjen kommer i fokus.

Dersom distributørene skulle forfekte at departementets forslag er i strid med Grunnlovens § 97, måtte vel dette i så fall være fordi de mener at forslaget krenker en forventning – oppstått hos dem lenge etter at lovendringen trådte i kraft – om at videresending etter 1. juli 2005 inntil videre skulle kunne skje lovlig, uten oppgjør til rettighetshaverne. En slik forventning kan selvsagt ikke anses å være berettiget, da den ville innebære en tilfeldig fordel for distributørene, helt utilsiktet fra lovgivers side.”

Hovedinnvendingene mot forslaget er at det mangler rettslig grunnlag og er i strid med EØS-retten og Grunnloven § 97. I det følgende gjøres det nærmere rede for de innvendinger som er anført i høringen.

Det gjøres gjeldende at forslaget er en rettsstridig overprøving av avgjørelser fra Kabeltvistnemnda og Oslo tingrett. Med henvisning til uttalelser i høringsnotatet uttales det i høringsuttalelsen fra CDK/Get bl.a. at:

”Det følger av grunnleggende rettskilde- og maktfordelingsprinsipper at det er opp til domstolene og Kabeltvistnemnda å fortolke rettsreglene, og at departementet er underlagt disse organenes fortolkning.”

Noen av høringsinstansene gjør gjeldende at forslaget reelt er et enkeltvedtak, og ikke en forskrift. I høringsuttalelsen fra RiksTV uttales det bl.a.:

”Når forslaget til forskriftsendring bare vil kunne få anvendelse for noen få bestemte aktører (her: først og fremst Norwaco), er dette i realiteten å anse som et forslag til enkeltvedtak selv om det er gitt forskrifts form”. Konsekvensen av dette vil ifølge uttalelsen bl.a. være ”at det foreslåtte vedtaket ikke kan hjemles i endringslovsbestemmelsen og derfor mangler rettslig grunnlag.”

Videre er det gjort gjeldende at forslaget også av andre grunner mangler rettslig grunnlag og at det er i strid med åndsverkloven. Det hevdes for det første at det ikke foreligger hjemmel til å lage en særskilt godkjenningsregel fordi lovendringen har trådt i kraft og allerede har virket i seks år. Dessuten gjøres det gjeldende at den foreslåtte regelen etter sitt innhold ikke er en overgangsregel, og at forslaget er i strid med åndsverkloven uten at det foreligger noen hjemmel for å dispensere fra loven.

I relasjon til den første grunnen til at forslaget skal mangle hjemmel i lov, uttales det i høringsuttalelsen fra RiksTV bl.a.:

”Endringslovsbestemmelsen gjelder kun ”overgangsregler”. Det følger allerede av dette at endringslovsbestemmelsen ikke kan hjemle en regel som vedtas lang tid etter at endringsloven har trådt i kraft. Overgangsregler må vedtas og tre i kraft senest samtidig med loven.”

Videre uttales det:

"En overgangsregel kan uansett ikke gis etter at loven har virket i over seks år. Både aktørene i bransjen (herunder RiksTV) Kabeltvistenemnda og tingretten, har innrettet seg etter den rettstilstand som har vært etablert og virket i over seks år siden lovendringen trådte i kraft i 2005."

En annen hovedinnvending fra høringsinstansene som går mot forslaget, er at det er i strid med EØS-retten og tjenesteloven. Det anføres at forslaget innebærer diskriminering av utenlandske rettighetshaverorganisasjoner. I høringsuttalelsen fra CDK/Get uttales det bl.a.:

"Etter forskriftsforslaget skal midlertidig godkjenning kun kunne gis til en organisasjon som har vært hjemlet til å inngå avtalelisensavtale på grunnlag av representativitetskravet som gjaldt før lovendringen i 2005. Dette vil kun være relevant for en organisasjon som representerer en vesentlig del av norske opphavsmenn på området. Det er videre kun norske organisasjoner som var godkjent før 2005 og som dermed kan oppfylle dette kravet. Som nevnt ble dette representativitetskravet ansett å være i strid med EØS-avtalens bestemmelser og utenlandske rettighetshaverorganisasjoner vil i praksis ikke kunne få godkjenning under den ordning departementet med forskriften ønsker å innføre. Forskriftsforslaget innebærer derfor en forskjellsbehandling basert på nasjonalitet."

En ytterligere hovedinnvending er at forslaget er i strid med Grunnloven § 97. Det anføres at forslaget innebærer tilbakevirkning til skade. I høringsuttalelsen fra RiksTV uttales det bl.a.:

"Forskriftsforslaget vil for det første innebære at rettsgrunnlaget for nevnte avgjørelser fra Oslo tingrett og Kabeltvistnemnda endres, slik at disse avsagte avgjørelsene vil kunne bli uten betydning. Dette er i så fall til skade for Norwacos motparter i sakene, ..., som alle har måttet bruke betydelige ressurser på å få avsagt korrekte avgjørelser etter gjeldende regler. Videre vil det være til skade for aktører i bransjen forøvrig som har innrettet seg i tillitt til nevnte avgjørelser. Det vil derfor være helt urimelig, ikke minst ut i fra hensynet til forutberegnelighet, om det rettslige grunnlaget for avgjørelsene skal endres med tilbakevirkende kraft."

For det andre vil forskriftsforslaget medføre at aktører i markedet risikerer erstatnings- og andre krav det ellers ikke vil være rettslig grunnlag for. Dette gjelder både Norwacos motparter i nevnte tvister og andre potensielle debitorer. Departementet synes å basere forslaget på en oppfatning om at det må betales vederlag for videresending, selv om rettighetshaverne ikke har organisert seg på lovlig måte. Dette er ikke riktig. Det fremgår uttrykkelig av åndsverkloven § 34 at eneretten til videresending bare kan "utøves" gjennom organisasjon som er godkjent etter åndsverkloven § 38a. I begrepet "utøves" ligger enhver utnyttelse av eneretten, herunder retten til å nekte tillatelse (forbudsretten), gi tillatelse og/eller krever vederlag for bruken (rådighetsretten) samt begjære påtale for eventuell ulovlig bruk."

Med henvisning til Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) tar noen av høringsinstansene opp spørsmålet om rene forvaltningsorganisasjoner kan godkjennes etter åndsverkloven § 38a, eller om det bare er organisasjoner som representerer originære rettighetshavere, som kan godkjennes. Det vises til at spørsmålet ikke er problematisert i høringsnotatet, og det hevdes at dette må utredes nærmere.

4 Departementets vurderinger og forslag

Kulturdepartementet foreslår at det gis forskrift om overgangsregler, som i all hovedsak følger opp forslaget som har vært på høring. Forslaget innebærer at Kulturdepartementet kan gi tidsbegrenset godkjenning til organisasjoner etter åndsverkloven § 38a, selv om kravet til representativitet ikke er oppfylt. Organisasjon som godkjennes må ha vært hjemlet til å inngå avtalelisensavtale på grunnlag representativitetskravet som gjaldt før lovendringen i 2005.

Som det fremgår av oppsummeringen av høringen i pkt. 3.2 ovenfor, er det mange av høringsinstansene som støtter det forslag til overgangsregler som har vært på høring, mens andre går mot forslaget og gjør gjeldende en rekke innvendinger. I det følgende drøfter departementet de enkelte innvendingene mot forskriftsforslaget, jf. pkt. 4.1 – 4.5. I pkt. 4.6 kommer departementet med visse presiseringer, samt kommenterer forslaget nærmere.

Generelt bemerkes at formålet med forslaget er å klargjøre regelverket, slik at lovens system for rettighetsklarering i medhold av avtalelisens kan fungere. Det er situasjonen på videresendingsområdet som er bakgrunnen for forslaget, men departementet understreker at intensjonen ikke er å gripe inn i privatrettslige tvister til fordel for en av partene. Det er helt andre hensyn som ligger til grunn for forslaget. Det sentrale formålet er å sikre muligheten for rettighetsklarering i tråd med lovens system, slik at distributørene lovlig kan videresende kringkastingssendinger, og at rettighetshaverne til verk som videresendes kan få det vederlag de er berettiget til. Det er altså hensynet til lovens system og alle berørte parter som begrunner forslaget.

4.1 Anførsel: forslaget er en rettsstridig overprøving av domstolen og Kabeltvistnemnda

Enkelte av høringsinstansene har anført at forskriftsforslaget er en rettsstridig overprøving og omgjøring av Kabeltvistnemndas vedtak. I høringsuttalelsen fra CDK/Get uttales det med henvisning til høringsnotatet bl.a. at:

”Det følger av grunnleggende rettskilde- og maktfordelingsprinsipper at det er opp til domstolene og Kabeltvistnemnda å fortolke rettsreglene, og at departementet er underlagt disse organenes fortolkning. Departementets senere oppfatning kan uansett ikke reparere manglende oppfyllelse av lovens krav slik de er fastlagt av relevante tvisteløsningsorganer. Kulturdepartementets tolkning står i direkte motsetning til den rettsforståelse som er lagt til grunn av Kabeltvistnemnda og av Oslo tingrett.”

Det heter videre at:

”Når lovgiver har valgt å utpeke Kabeltvistnemnda som et uavhengig tvisteløsningsorgan, har partene også krav på at Kabeltvistnemndas uavhengighet blir respektert av den utøvende myndighet. Nemndas uavhengighet er en forutsetning for hele ordningen. Kabeltvistnemndas avgjørelser skal kun kunne overprøves av domstolene og ikke av Kulturdepartementet.

Tilsvarende synspunkter som nevnt over, vil også gjøre seg gjeldende for den sak som nå står for domstolene i saken mellom RiksTV og Norwaco, men da slik at de grunnleggende maktsfordelingsprinsipper mellom dømmende og utøvende myndighet kommer enda mer på spissen, jf også punkt 6 nedenfor.”

Departementet kan ikke se at det er grunnlag for anførselen om at forskriftsforslaget innebærer noen overprøving av Kabeltvistnemndas eller domstolens avgjørelser i strid med maktfordelingsprinsippet. Kabeltvistnemndas kompetanse er begrenset til å fastsette tillatelse til og vilkår for videresending etter begjæring fra en av partene, jf. bl.a. forskrift til åndsverkloven § 4-6. Det sentrale elementet i nemndas kompetanse er å fastsette vederlag for videresending av kringkastingssendinger i den enkelte sak nemnda får til behandling. Tilsvarende er domstolens kompetanse begrenset til tvistetemaet i den enkelte sak.

Departementet har oppgaver knyttet til forberedelse av lov- og forskriftsendringer på opphavsrettens område. I tillegg skal departementet behandle saker om godkjenning av organisasjoner for å inngå avtalelisensavtale, jf. åndsverkloven § 38a. I høringsnotatet gjøres det rede for sakens bakgrunn og hvordan departementet har oppfattet lovendringen i 2005, og det foreslås at hjemmelen i endringsloven til å gi overgangsregler benyttes. Forskriftsforslaget innebærer ikke overprøving av Kabeltvistnemndas eller domstolens avgjørelse, men at det gis overgangsregler som klargjør godkjenningsspørsmålet. Forslaget går ikke inn på vederlagsfastsettelsen i konkrete tvister mellom distributører og rettighetshavere. I høringsnotatet er det understreket at forslaget ikke regulerer vederlagets størrelse. Formålet er derimot å klargjøre regelverket, slik at lovens system for rettighetsklarering kan fungere. En slik klargjøring av regelverket innebærer ingen overprøving av nemnda eller tingretten. Forslaget vil bidra til større klarhet og forutsigbarhet, mens alternativet er en uklar og uoversiktlig rettstilstand.

4.2 Anførsel: Forslaget mangler rettslig grunnlag

Blant distributørene og de av kringkasterne som er kritiske til forslaget, anføres flere forhold som skal begrunne at forslaget mangler rettslig grunnlag. For det første hevdes det at forslaget til overgangsregler reelt er et enkeltvedtak, og siden endringsloven bare hjemler adgang til å gi generelle regler, har departementet ikke hjemmel til å gi overgangsregler som foreslått, jf. pkt. 4.2.1. Videre anføres også andre forhold som skal begrunne at forslaget mangler rettslig grunnlag, jf. pkt. 4.2.2.

4.2.1 Anførsel: Forslaget til overgangsregler er reelt et enkeltvedtak

RiksTV uttaler (s. 9):

"Når forslaget til forskriftsendring bare vil kunne få anvendelse for noen få bestemte aktører (her: først og fremst Norwaco), er dette i realiteten å anse som et forslag til enkeltvedtak selv om det er gitt forskrifts form, jf. Eckhoff, Forvaltningsrett, 9. utgave s. 280: (...) At forslaget i realiteten gjelder et enkeltvedtak medfører, foruten at forvaltningslovens regler om enkeltvedtak kommer til anvendelse, herunder regler om klageadgang mv, at det foreslåtte vedtaket ikke kan hjemles i endringslovsbestemmelsen og derfor mangler rettslig grunnlag."

CDK/Get uttaler (s. 6 og 7) at forslaget har *"ingen reell betydning for andre enn Norwaco"*, og det er *"vanskelig å se forslaget som noe annet enn et enkeltvedtak knyttet til Norwacos søknad om godkjennelse av 1. april 2011."* Departementet kan ikke godkjenne Norwaco uten at vilkårene er oppfylt, og kan heller ikke *"ikke omgå begrensning i sin kompetanse ved å ikle vedtaket forskrifts form."*

Departementet skal til dette bemerke at avgjørende for om et vedtak er et enkeltvedtak eller en forskrift, er om vedtaket gjelder rettigheter eller plikter til *"en eller flere bestemte personer"* eller om det gjelder rettigheter eller plikter til *"et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer"*, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b) og c). Mens enkeltvedtaket retter seg mot en bestemt krets av personer, retter forskriften seg mot en ubestemt krets. Den mest praktiske betydningen av å skille mellom vedtaksformene er nok de mer omfattende reglene om bl.a. partsrettigheter som gjelder for enkeltvedtak. Bl.a. gjelder reglene i forvaltningsloven kapittel VI om klage og omgjøring bare for enkeltvedtak, ikke forskrifter.

Utgangspunktet for vurderingen av om et vedtak er et enkeltvedtak eller en forskrift, vil være vedtakets ordlyd. Mens generelt utformede vedtak oftest vil anses som forskrifter, vil individuelt utformede vedtak oftest anses som enkeltvedtak. At generelt utformede vedtak oftest vil anses som forskrifter, gjelder også om de bare får anvendelse på et fåtall personer. Men i tvilstilfeller – for eksempel når vedtaket bare får anvendelse på et helt begrenset antall personer – kan ikke ordlyden tillegges like avgjørende betydning for vurderingen.

Dersom et vedtak bare får anvendelse på et svært begrenset antall personer, kan det etter omstendighetene være rimelig å anse som et enkeltvedtak, selv om det er generelt i formen. Ved vurderingen skal også den enkeltes rettssikkerhet tillegges vekt. Hvorvidt vedtaket er et resultat av en individuell og konkret vurdering av enkeltes forhold, vil også spille inn. Det samme gjelder hvor lett eller vanskelig det vil være å individualisere dem som vedtaket skal gjelde for.

Departementets oppfatning i denne saken er at vedtaket må være å anse som en forskrift, da det gjelder *"rettigheter eller plikter til et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer"*.

Som en vil komme tilbake til, er det departementets oppfatning at vedtaket også vil få betydning for andre enn organisasjoner som kan søke om godkjenning. Men selv om en legger til grunn at vedtaket bare gjelder for slike organisasjoner, mener departementet at vedtaket gjelder for en ubestemt krets. Det er opplagt at Norwaco vil kunne søke om godkjenning etter overgangsregelen, men også andre som *"har vært hjemlet til å inngå avtalelisensavtale"* vil kunne søke. Dette kan være organisasjoner som etter åndsverkloven § 30 har vært hjemlet til å inngå avtalelisensavtale på grunnlag av representativitetskravet som gjaldt før lovendringen.² At overgangsregelen krever at organisasjonen har vært hjemlet – men ikke nødvendigvis godkjent – innebærer at flere organisasjoner enn dem som var godkjent i 2005 kan være omfattet.

Departementet har lagt til grunn at det kunne vært gitt overgangsregler i 2005, i lik eller ulik form som dem som nå foreslås. Om det i 2005 f.eks. hadde blitt gitt en overgangsregel om at godkjente organisasjoner kunne operere videre på grunnlag av eksisterende godkjenninger i en nærmere angitt periode, ville kanskje en slik ordning omfattet flere organisasjoner enn den som nå foreslås, men kretsen ville fremdeles vært relativt liten og samtidig mer bestemt. Etter departementets syn har det formodningen mot seg at muligheten for å individualisere organisasjonene skulle ha som konsekvens at det ikke kunne gis overgangsregler i 2005. Det samme gjelder om vedtaket bare vil

² Det vises til Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 101 flg. om endringene i åndsverkloven § 30.

gjelde for noen få aktører – et slikt forhold kan ikke utelukke forskrifts form, og dermed også muligheten for å gi overgangsregler. Behovet for å gi overgangsregler kan være like klart til stede i slike tilfeller.

I tillegg til organisasjoner vil forslaget også ha betydning for alle de enkeltstående rettighetshavere som har krav på vederlag. Når det gjelder videresending av kringkastingssendinger vil forslaget også ha betydning for Norwacos søsterorganisasjoner i andre land, som utveksler vederlag med Norwaco på vegne av rettighetshavere og distributører. I Norge representerer Norwaco 34 rettighetshaverorganisasjoner, som igjen omfatter ca. 37.000 individuelle rettighetshavere (opphavsmenn, utøvende kunstnere og produsenter). Det er jo disse individuelle rettighetshaverne – både i Norge og i andre land – som er de egentlige vederlagsberettigete. At vederlaget skal oppkreves kollektivt har praktiske årsaker, ikke minst av hensyn til distributørene og enkel rettighetsklarering. Organisasjonen som godkjennes opptrer imidlertid bare på vegne av de vederlagsberettigete. Organisasjonen som sådan er ikke vederlagsberettiget, men kan i kraft av godkjenning inngå avtalelisensavtale og kreve inn og fordele vederlag på vegne av rettighetshaverne.

Slik departementet ser det, gjelder forslaget imidlertid ikke bare rettigheter og plikter til en ubestemt krets på rettighetshaversiden – på området for videresending gjelder forslaget også distributørenes rettigheter og plikter. Etter åndsverkloven § 34 første ledd kan videresending bare skje om det inngås avtale med godkjent organisasjon. Et forslag som legger til rette for tidsbegrenset godkjenning av slik organisasjon har avgjørende betydning for distributørenes rettigheter: de får adgang til å videresende. Forslaget vil også ha virkning for distributørenes plikter: det klargjøres hvem vederlag skal betales til. Et forslag som ikke bare legger til rette for at rettighetshaverne kan få betalt for videresendingen, men også at videresendingen overhodet kan finne sted i lovlige former, må anses å ha virkning for både rettighetshaverne og distributørene. Etter departementets vurdering er forslaget også til fordel for begge disse gruppene. Distributørene omfatter i denne sammenheng en rekke aktører, bl.a. kommersielle signalleverandører, overnattingssteder, bedrifter, institusjoner, borettslag og sameier.³ Distributørene utgjør på denne bakgrunn en stor og ubestemt krets, som vil variere over tid og som det ikke vil være mulig å individualisere. Departementets syn er altså at forslaget til forskrift gjelder rettigheter og plikter til også denne ubestemte kretsen.

Med henvisning til ovenstående finner departementet at overgangsregelen er å betrakte som en forskrift.

4.2.2 Andre forhold som skal begrunne at forslaget mangler rettslig grunnlag

Som nevnt anføres også andre forhold som skal begrunne at forslaget mangler rettslig grunnlag.

For det første hevdes det blant distributørene og de av kringkasterne som er kritiske til forslaget, at det ikke foreligger hjemmel til å lage en særskilt godkjenningsregel fordi lovendringen har trådt i kraft og allerede har virket i seks år.

³ Det fremgår av NOU 1995: 8 s. 19 at kravet om samtykke til videresending "er knyttet til videresending til «allmennheten», og gjelder både for kommersielle nett og privateide nett med mer enn 25 tilknytninger, jfr. Kabeltvistnemndas vedtak av 31. mars 1987 og etterfølgende voldgiftsdom av 10. april 1987". Tilsvarende fremgår av Ot.prp. nr. 15 (1994-95) s. 71.

CDK/Get uttaler (s. 7):

"Formålet med en overgangsregel er å utsette eller lage midlertidige regler i tilknytning til en lovendring slik at eventuelle berørte parter får en rimelig tid til å tilpasse seg overgangen fra gamle til nye regler. Kompetansen til gi overgangsregler er imidlertid tidsmessig begrenset til tidspunktet for lovens ikrafttredelse og kan ikke benyttes mer enn 6 år etter at loven har trådt i kraft."

Departementet er enig i at det mest vanlige er at overgangsregler gis i forbindelse med lovendringen, men er samtidig av den oppfatning at hjemmelen til å gi overgangsregler også kan benyttes på et senere tidspunkt. Etter departementets syn kunne overgangsregler vært gitt i 2005, og det er ikke noe formelt til hinder for å gjøre det nå. Verken ordlyden eller sammenhengen er til hinder for dette, og det foreligger heller ingen regler eller praksis som innebærer at overgangsregler ikke kan gis etter ikraftsettingen. I dette tilfellet foreligger det særlige grunner for å benytte hjemmelen, selv om det har gått lang tid siden endringsloven trådte i kraft. Som nevnt forutsetter regelverket at det finnes en godkjent organisasjon som det kan inngås avtale med, og det burde være i alle parters interesse at systemet kommer på fote igjen. Ikke minst burde det være i distributørenes interesse at forslaget legger til rette for at den videresending som i dag skjer uten rettighetsklarering, kan bringes inn i lovlige former.

Det påpekes i høringen at overgangsregler gjerne gis for å skape en sømløs overgang mellom gamle og nye regler, samt å gi aktørene anledning til å tilpasse seg.

Departementet bemerker at det er dette som er intensjonen også her, men behovet for overgangsregler ble først "avdekket" lang tid etter lovens ikrafttreden. Videre vises det i RiksTVs uttalelse (s. 10) til at formålet med overgangsregler er "å skape klarhet og forutberegnelighet i forbindelse med overgang fra gamle til nye regler". Departementet bemerker til dette at formålet med forslaget nettopp er å skape klarhet i en høyst usikker situasjon for alle involverte aktører. Forslaget vil bidra til større klarhet og forutsigbarhet, mens alternativet er en uklar og uoversiktlig rettstilstand. At systemet for klarering av videresendingsrettigheter i en periode vil være satt ut av spill uten overgangsregler, tilsier at hjemmelen til å gi slike regler benyttes nå. Departementet har ved vurderingen særlig lagt vekt på overordnede hensyn til lovens system, hensynet til alle berørte aktører, samt Norges folkerettslige forpliktelser etter EØS-avtalen.

RiksTV uttaler (s. 11):

"Både aktørene i bransjen (herunder RiksTV) Kabeltvistnemnda og tingretten, har innrettet seg etter den rettstilstand som har vært etablert og virket i over seks år siden lovendringen trådte i kraft i 2005."

Departementet bemerker til dette at samtlige aktører har forholdt seg til Norwacos godkjenning fra 1996 frem til spørsmålet kom opp i forbindelse med sakene for Kabeltvistnemnda og domstolene i 2011. Etter departementets syn kan ikke hensynet til aktørenes innretning i denne saken tale mot at overgangsregler gis.

For det andre gjøres det i høringsuttalelsen fra RiksTV gjeldende at den foreslåtte regelen etter sitt innhold ikke er en overgangsregel. Dette begrunnes bl.a. slik:

"Den overgangsregelen departementet nå foreslår gjelder verken hva som faller inn under henholdsvis gammel og ny lov eller når den nye loven trer i kraft, men inneholder tvert i

mot en helt ny bestemmelse om godkjenning og hvor det gjøres unntak fra de kravene som trådte i kraft i 2005. Den foreslåtte regel er rettslig sett ingen "overgangsbestemmelse" og mangler av den grunn rettslig grunnlag i endringslovsbestemmelsen."

Departementet er ikke enig i at dette innholdsmessig ikke er en overgangsregel. Det er mulig at den foreslåtte regelen er gitt en noe annen form enn hva som er mest vanlig ved utformingen av overgangsregler, men etter sitt innhold må den anses som en overgangsregel. Regelens sentrale innhold er at organisasjoner som var hjemlet til å inngå avtalelisensavtale etter de krav som gjaldt før lovendringen i 2005, på dette grunnlag gis anledning til å fortsette sin virksomhet i en overgangsperiode. Forslaget gjelder overgangen mellom regelsett. Vurdert etter sitt innhold og formålet med forslaget, er dette en overgangsregel. Riktignok er regelen foreslått utformet slik at departementet kan godkjenne organisasjoner som oppfylte de tidligere krav for en nærmere angitt periode. Dette har sammenheng med de særlige omstendighetene i saken, herunder at hjemmelen for å gi overgangsregler først benyttes nå. Departementet kan ikke se at en slik mindre forskjell mht. utformingen kan tillegges betydning for hvordan regelen rettslig skal bedømmes.

For det tredje hevdes det blant distributørene og de av kringkasterne som er kritiske til forslaget, at vedtaket er i strid med åndsverkloven uten at det foreligger hjemmel til å dispensere fra loven, jf. bl.a. uttalelse fra RiksTV (s. 12):

"RiksTV kan ikke se at departementet har kompetanse til å dispensere fra formell lov gjennom forskrift, jf. bl.a. lex superior-prinsippet og Grunnloven § 95 (...) I dette tilfellet er departementet ikke gitt kompetanse til å gjøre unntak fra lovens regler. Den foreslåtte regel vil av den grunn falle utenfor departementets materielle kompetanse og derfor være ugyldig om den vedtas."

Etter det departementet forstår, forutsetter disse anførselene at endringsloven ikke gir hjemmel til å gi overgangsregler. En overgangsregel vil alltid avvike fra den nye regelen, ellers vil det ikke være behov for en overgangsordning. Departementets oppfatning er som nevnt at endringsloven gir hjemmel til å gi overgangsregler, og foreslår at hjemmelen benyttes nå.

4.3 Anførsel: Forslaget er i strid med EØS-retten og tjenesteloven

I høringen har flere av høringsinstansene gjort gjeldende at forskriftsforslaget er i strid med EØS-retten. Det er vist til EØS-avtalen art. 4, 31 og 36, og tjenesteloven § 10. I tillegg er det vist til EØS-avtalen art. 3. Hovedanførselen er at forskriftsforslaget innebærer diskriminering i forhold til utenlandske aktører. I høringsuttalelsen fra RiksTV uttales det bl.a.:

"Forskriftsforslaget innebærer at Norwaco – basert på godkjenningen fra 1996 – kan søke om og bli tildelt en helt ny, midlertidig godkjenning, uten å oppfylle lovens gjeldende krav til representativitet. I så måte innebærer forskriftsforslaget at det skal kunne gis godkjennelser basert på et godkjenningskrav som allerede i 2005 ble funnet å være i strid med diskrimineringsforbudet i EØS-avtalens artikkel 4, og som lovgiver nettopp av den grunn endret i 2005. På samme måte som den tidligere utformingen av åndsverkloven § 38a var i strid med EØS-avtalen artikkel 4, vil også den nå foreslåtte overgangsregelen om en ny midlertidig godkjenningsordning være i strid med EØS-avtalens artikkel 4."

Etter *departementets* syn er forslaget forenelig med EØS-retten. Departementet viser til at det er viktige allmenne hensyn som begrunner forslaget. Overgangsreglene gis for å sikre muligheten for lovlig å videresende kringkastingssendinger og muligheten for å få vederlag for slik videresending. Hensynene som tilsier at regelverket klargjøres slik at klarering av rettigheter kan fungere i tråd med avtalelisenssystemet i åndsverkloven og satellitt- og kabeldirektivet art. 9, oppfyller etter departementets syn kravene EØS-retten stiller. Forslaget er i den foreliggende situasjonen nødvendig for å oppnå formålet og det kan ikke anses som uforholdsmessig – tvert i mot bør det være i alle parter interesse at det legges til rette for at rettighetsklarering kan skje. Departementet viser også til at det dreier seg om overgangsregler som får virkning i en tidsbegrenset periode. Etter en samlet vurdering mener departementet at forslaget verken er i strid med diskrimineringsforbudet i EØS-avtalen art. 4 eller de øvrige EØS-rettslige reglene som er påberopt.

4.4 Grunnloven § 97

Noen av høringsinstansene mener at forskriftsforslaget er i strid med Grunnloven § 97. Det gjøres gjeldende at en regel om tilbakevirkende kraft vil kunne være til skade for en rekke aktører i markedet. For det første anføres det at forskriftsforslaget vil innebære at rettsgrunnlaget for Kabeltvistnemndas og tingrettens avgjørelser endres, slik at disse avsagte avgjørelsene vil kunne bli uten betydning. Det hevdes at dette i så fall er til skade for Norwacos motparter i sakene, *"som alle har måttet bruke betydelige ressurser på å få avsagt korrekte avgjørelser etter gjeldende regler"*, jf. RiksTVs høringsuttalelse (s. 15). For det andre anføres det at forskriftsforslaget vil medføre at aktører i markedet risikerer erstatnings- og andre krav det ellers ikke vil være rettslig grunnlag for (RiksTV s. 15-16, CDK/Get s. 10-12). Dette bygger på en tolkning basert på § 34 andre ledd om at *"[d]et er en forutsetning for å kunne håndheve rettigheter til videresending, herunder kreve inn vederlag for slik bruk, at rettighetshaverne har organisert seg slik loven forutsetter."* (CDK/Gets høringsuttalelse s. 11).

CDK/Get uttaler videre på s. 12:

"Det følger av dette at i den utstrekning rettighetshaverne enten ikke ønsker å organisere seg i en organisasjon som oppfyller lovens krav, eller av ulike grunner ikke klarer dette, kan rettighetene ikke håndheves og har heller ingen verdi. Innen videresendingsområdet er dette en begrensning av de enerettigheter rettighetshaverne ellers har. Rettighetshaverne har derfor en oppfordring til å organisere seg slik loven krever. Motsatt kan ikke lovligheten av kabeldistribusjon og annen videresending som sådan være avhengig av at rettighetshaverne har organisert seg på riktig måte. I så fall kunne rettighetshaverne nekte slik videresending ved å unnlate å organisere seg, mens formålet med regelen i åndsverkloven § 34 og satellitt- og kabeldirektivet er å legge til rette for videresending. Den videresending som har foregått i den perioden Norwaco ikke har vært godkjent, innebærer derfor ingen krenkelse av noens rettigheter etter åndsverkloven og er heller ikke ulovlig."

Departementet kan ikke se at forslaget til forskrift er i strid med Grunnloven § 97. Et grunnleggende rettslig utgangspunkt for vurderingen er at videresending etter åndsverkloven forutsetter at rettighetene til dette er klarert. Dette må gjelde uavhengig av om det finnes noen godkjent organisasjon. Hvis det foreligger en situasjon der det ikke finnes noen godkjent organisasjon som kan klarere rettighetene, vil videresending ikke kunne skje med mindre rettighetene er klarert på annen måte. Åndsverkloven gir

rettighetshaverne enerett til videresending, og loven kan ikke tolkes slik at eneretten bortfaller i en slik situasjon.

Etter åndsverkloven § 34 første ledd kan verk i kringkastingssending videresendes når den som videresender oppfyller betingelsene for avtalelisens – dvs. at det foreligger avtale med organisasjon som nevnt i § 38a. Adgangen til videresending etter denne bestemmelsen forutsetter altså at det er inngått avtale med godkjent organisasjon. I motsatt fall er det ikke adgang til å videresende (med mindre rettighetene er klarert på annen måte). Dette kan ikke endres av at det i § 34 andre ledd gis anvisning på at opphavsmannens enerett til videresending bare kan utøves gjennom organisasjon som er godkjent etter § 38a. Andre ledd må forstås i lys av første ledd. Et sentralt formål med kravet om kollektiv forvaltning i andre ledd er å forenkle klareringen av rettigheter for å videresende kringkastingssendinger, og bestemmelsen kan ikke tolkes slik at den tilsidesetter rettighetshavernes enerett etter åndsverkloven, som for opphavsmenn følger av loven § 2. Eneretten til videresending er nedfelt i en rekke internasjonale konvensjoner o.l. på opphavsrettens område. Uavhengig av spørsmålet om det foreligger en godkjent organisasjon eller ikke, vil videresending altså kreve klarering.

Dette innebærer at forskriften bare angår spørsmålet om godkjenning av organisasjoner (med andre ord hvem vederlag skal betales til), og ikke får noen betydning for om det foreligger en krenkelse etter åndsverkloven. Forskriftsforslaget vil ikke innebære at handlinger som tidligere var lovlige, kan medføre straff- eller erstatningsansvar. Forskriften gjør altså ikke noen endringer som er til ugunst når det gjelder lovligheten av handlinger som er foretatt, og medfører derfor ikke tilbakevirkning som er til skade for noen. Tvert i mot gjør forslaget det mulig for distributørene å bringe den videresending som har skjedd uten rettighetsklarering inn i ordnede og lovlige forhold.

Det gjøres i høringen gjeldende at forslaget vil kunne påvirke rettsgrunnlaget for tvister som er behandlet av Kabeltvistnemnda eller står for domstolen. Til dette bemerker *departementet* at det sentrale formålet med forslaget er å få systemet for klarering av rettigheter på fote igjen gjennom en klargjøring av regelverket. Etter departementets syn vil forslaget i realiteten være i alle parter interesse – basert på det grunnleggende rettslige utgangspunktet om at videresending under enhver omstendighet krever klarering. Hvis de foreslåtte regelendringene ikke iverksettes, vil det foreligge en uavklart rettstilstand når det gjelder rettighetsklarering for tiden etter lovendringen i 2005. Departementet kan ikke se at en slik rettsusikkerhet vil være formålstjenelig for noen. Forskriftsforslaget må sees i dette perspektiv.

Distributørene har anført at hensynet til aktørenes innrettelse gjør at forslaget på dette punktet er urimelig. *Departementet* kan ikke se at hensynet til innrettelse kan tillegges betydning. Det vises til at alle aktører har forholdt seg til Norwacos godkjenning fra 1996 frem til sakene for Kabeltvistenemnda og domstolene, og at det heller ikke etter disse avgjørelsene kan foreligge noen berettiget forventning om at videresending kan skje uten rettighetsklarering og vederlag til rettighetshaverne, jf. ovenfor om de rettslige utgangspunktene.

Det er ikke kommet synspunkter i høringen som endrer departementets oppfatning om at forslaget må anses som en klargjøring av rettstilstanden som ikke vil være til skade. Dersom forslaget skulle anses å medføre noen form for ulempe for partene i sakene for

Kabeltvistnemnda og domstolene, kan departementet uansett ikke se at dette er av en slik karakter at det rammes av Grunnlovens forbud mot tilbakevirkning. I en eventuell interesseavveining må det legges vekt på at klargjøringen skjer for å sikre rettighetshavere mulighet for vederlag for bruk av verk som faller inn under eneretten som er nedfelt i åndsverkloven. Det må også legges vekt på at forslaget sikrer adgangen til lovlig å videresende kringkastingssendinger i tråd med lovens system. Etter departementets syn vil forslaget ikke ha vesentlige negative konsekvenser for distributører av kringkastingssendinger – hovedsaken er at det er tale om vederlag som de uansett er forpliktet til å betale (forutsatt at det for øvrig er rettslig grunnlag for det – noe som vil bero på en konkret vurdering i den enkelte sak).

4.5 Andre anførsler

Departementet kommenterer her enkelte andre innsigelser mot forslaget som er anført i høringen.

CDK/Get uttaler (s. 4):

"Departementet hevder hele tre ganger i høringsnotatet at "hele systemet for klarering av rettigheter for videresending er satt ut av spill". Dette er etter distributørenes oppfatning ikke riktig. De aller fleste rettigheter innen videresendingsområdet klareres direkte med kringkasterne, både hva gjelder kringkasters egne rettigheter og kringkasters ervervede rettigheter. TONO har en egen godkjenning etter åndsverkloven § 38a som dekker videresendingsområdet. Get og Canal Digital Kabel TV har inngått avtale med TONO om å klarere de såkalte komponistrettighetene med TONO direkte. Etter at kabeloperatørene flere ganger i løpet av 2011 har oppfordret Norwaco om å opplyse hvorvidt det finnes andre godkjenninger som kan gi grunnlag for klarering av rettigheter, fremla Norwaco 15. desember 2011 en egen godkjenning knyttet til innkreving av vederlag for lydopptak på videresendingsområdet etter åndsverkloven § 45b. Get og Canal Digital Kabel TV har akseptert å klarere § 45b-rettighetene med Norwaco på dette grunnlag. Innenfor det såkalte fellesavtaleområdet, har kabelselskapene så langt man har mottatt fakturakrav betalt kringkasters andel av vederlaget under fellesavtalen (UBON-andelen). Etter at fellesavtalen ble sagt opp med virkning 1. juli 2011, mottok kabelselskapene likevel i slutten av desember a-konto krav om oppgjør for andre halvår. Kabelselskapene er selvsagt beredt til å klarere og betale for kringkasternes rettigheter siden kringkasternes rettigheter ikke er underlagt den begrensning som nevnt i åndsverkloven § 34 annet ledd. Ser man bort fra det omstridte suppleringskravet, er det således kun en liten del av det totale antall kanaler som er gjenstand for videresending i norske kabelnett hvis rettigheter ikke er fullt ut klarert for videresending. Også innenfor det såkalte fellesavtaleområdet, rammes bare deler av rettighetshaverne av det forhold at Norwaco ikke er godkjent etter gjeldende regelverk. Departements uttalelser om problemets omfang savner dermed faktisk grunnlag."

Departementet mener at denne beskrivelsen ikke er dekkende for situasjonen. Signalretten er ikke omfattet av avtalelisensen, og betaling kan skje direkte til kringkasterne. Avtale med kringkasterne har imidlertid ingen betydning for klareringen av innholdsrettighetene i sendingene (utover de rettigheter kringkasterne selv besitter). Heller ikke klarering av § 45b-rettighetene med Norwaco og komponistrettigheter med TONO, avhjelper den manglende klareringen av de audiovisuelle innholdsrettighetene i sendingene. De audiovisuelle innholdsrettighetene

er selvsagt sentrale i fjernsynssendinger, og disse kan ikke klareres uten avtale med organisasjon som representerer de audiovisuelle rettighetshaverne. For øvrig er vederlagsretten i § 45b avgrenset mot lydfilm, så heller ikke musikkrettighetene til innholdet i sendingene kan fullt ut klareres gjennom de avtaler med Norwaco og TONO som er referert ovenfor. Departementet står derfor fast ved sin beskrivelse av situasjonen og behovet for å fastsette overgangsregler.

Med henvisning til Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) tar noen av høringsinstansene opp spørsmålet om rene forvaltningsorganisasjoner kan godkjennes etter åndsverkloven § 38a, eller om det bare er organisasjoner som representerer originære rettighetshavere, som kan godkjennes. Det vises til at spørsmålet ikke er problematisert i høringsnotatet, og hevdes at dette må utredes nærmere. RiksTV har i høringsuttalelsen (s. 21) inntatt følgende sitat fra s. 55 i Ot.prp. nr. 46 (2004-2005):

"Departementet skal bemerke at forslaget ikke er ment å innebære endringer med hensyn til organisasjonsmessig utgangspunkt. Det er forutsatt, som etter gjeldende regler, at de organisasjoner som godkjennes etter § 38a skal representere originære rettighetshavere innenfor sitt verksamråde. Det vil i realiteten si at det omfatter medlems-/fagorganisasjoner og ikke rene forvaltningsorganisasjoner." (RiksTVs understrekninger)

I høringsuttalelsen uttales videre:

"Norwacos medlemmer består av slike "medlems-/fagorganisasjoner" som forarbeidene omtaler og som er ment å skulle kunne godkjennes etter § 38, mens Norwaco er en slik ren forvaltningsorganisasjon som etter lovforarbeidene ikke er ment å skulle godkjennes etter § 38a. Forholdet til lovforarbeidene er ikke problematisert i høringsnotatet om forskrift om overgangsregler. Det synes klart at denne siden av saken må utredes nærmere før det kan bli tale om å godkjenne rene forvaltningsorganisasjoner."

Departementet bemerker til dette at sitatet fra Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) må leses i sin sammenheng. Forut for proposisjonen hadde departementet hatt på høring et forslag om å endre kravet til representativitet i § 38a. Mens organisasjonene tidligere måtte representere *"en vesentlig del av norske opphavsmenn"*, måtte de etter forslaget representere *"en vesentlig del av opphavsmennene til verk som brukes i Norge"*. I høringen ble det etterlyst en nærmere drøfting av konsekvensene av forslaget. BONO uttalte bl.a. følgende:

"Det nye vilkåret ... vil etter vår oppfatning sannsynligvis innebære at det bare vil være forvaltningsorganisasjoner som kan anses å oppfylle lovens vilkår mht. representativitet. Vi ber om at departementet drøfter konsekvensene av den foreslåtte endringen av vilkårene sett i forhold til eksisterende organisasjonsstruktur på området i Norge."

Det er dette som er bakteppet for det sitat fra Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) som er gjengitt ovenfor, og hvor departementet altså slår fast at *"forslaget ikke er ment å innebære endringer med hensyn til organisasjonsmessig utgangspunkt"*.

Spørsmålet som her ble drøftet var altså om også andre enn forvaltningsorganisasjoner kunne godkjennes. Det ble ikke vurdert å gjøre endringer når det gjelder forvaltningsorganisasjoner. Departementet kan derfor ikke se at disse uttalelsene i lovforarbeidene får noen betydning i denne sammenhengen.

4.6 Enkelte presiseringer og nærmere merknader til forslaget

Departementet har etter de innspill som har kommet i høringen og en fornyet vurdering av spørsmålene som tas opp, kommet til at forslaget bør presiseres på enkelte punkt.

Forslaget i høringsnotatet innebærer at midlertidig godkjenning skal kunne gis for en nærmere angitt tidsperiode. Enkelte av høringsinstansene har hatt innvendinger mot at det ikke er fastsatt hvor lenge den midlertidige godkjenningen kan gis for. Etter en nærmere vurdering mener departementet at en slik tidsgrense bør fastsettes i forskriftsbestemmelsen. Ettersom det dreier seg om overgangsregler som bare skal anvendes i en tidsavgrenset periode, synes det naturlig at det fastsettes et generelt skjæringspunkt for hvor lenge dette skal gjelde. Hensynet til forutberegnlighet taler for en slik løsning. Departementet går derfor inn for at det fastsettes i forskriftsbestemmelsen at godkjenning kan gis for en nærmere angitt tidsperiode begrenset til 31. desember 2013. Innen denne tid må de organisasjoner som får midlertidig godkjenning oppfylle kravene etter § 38a. Departementet vil i den pågående lovrevisjon vurdere om det er behov for å foreslå lovendringer på området.

Departementet uttalte i høringsnotatet at siden godkjenningen bare vil gjelde for en begrenset tidsperiode, må organisasjonen i løpet av perioden dokumentere at representativitetskravet i åndsverkloven § 38a er oppfylt – ellers vil godkjenningen bortfalle ved utløpet av den angitte perioden. Det presiseres her at organisasjonen i rimelig tid innen utløpet av perioden må søke departementet om ny godkjenning og legge frem dokumentasjon på representativitet.

Departementet uttalte videre i høringsnotatet at godkjenning etter overgangsbestemmelsen ville gi grunnlag for at den godkjente organisasjonen kan klarere alle etablerte rettigheter på området, inkludert de som kom inn i loven ved lovendringen i 2005. Det presiseres at forutsetningen vil være at organisasjonen også representerer de nye rettighetshavergruppene *"på grunnlag av representativitetskravet som gjaldt før lovendringen i 2005"*.

Departementet har av språklige og forskriftstekniske hensyn gjort visse mindre endringer i selve forskriftsteksten sammenlignet med utkastet som var på høring.

5 Økonomiske og administrative konsekvenser

Etter departementets syn vil ikke forslaget innebære nevneverdige økonomiske eller administrative konsekvenser for det offentlige.

Fordi offentlig bruk av åndsverk forutsetter klarering med rettighetshaverne, kan departementet heller ikke se at forslaget vil ha nevneverdige økonomiske (eller administrative) konsekvenser for private aktører.

6 Ikrafttredelse

For at systemet for godkjenning av organisasjoner etter åndsverkloven § 38a igjen skal fungere etter forutsetningene, foreslår departementet at forskriften trer i kraft straks.

Kulturdepartementet

tilrår:

Forskrift om overgangsregler til lov 17. juni 2005 nr. 97 om endringer i åndsverkloven fastsettes i samsvar med vedlagte forslag.

Forskrift om overgangsregler til lov 17. juni 2005 nr. 97 om endringer i åndsverkloven

(Fastsatt ved kgl. res. 30. mars 2012, med hjemmel i lov 17. juni 2005 nr. 97 om endringer i åndsverkloven pkt. III. Fremmet av Kulturdepartementet.)

§ 1. Kulturdepartementet kan i perioden frem til 31. desember 2013 godkjenne organisasjoner etter åndsverkloven § 38a selv om kravet til representativitet ikke er oppfylt. Godkjenningen kan gis virkning fra tidspunktet for ikrafttredelse av endringslov 17. juni 2005 nr. 97 eller senere og frem til 31. desember 2013.

Organisasjon som godkjennes etter denne bestemmelse må ha vært hjemlet til å inngå avtalelisensavtale på grunnlag av representativitetskravet som gjaldt før lovendringen i 2005.

§ 2. Forskriften trer i kraft straks.

Forskriften oppheves 31. desember 2013.