

Kulturdepartementet

Postboks 8030 Dep

0030 Oslo

Vår dato
01.09.2016

Vår referanse
2016-3371

Deres dato
17.03.2016

Deres referanse
16/1857

Vår saksbehandler
Berg / Gjesdahl / Ramnæs

HØRINGSUTTAELSE FRA TELENOR – FORSLAG TIL NY ÅNDSVERKLOV

Telenor viser til Kulturdepartementets høringsnotat av 17.03.2016 om forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk mv.

1 Bakgrunn og hovedsynspunkter

Telenor hilser velkommen departementets revisjon av åndsverkloven.

Departementet legger til grunn at hovedreglene og prinsippene som gjeldende lovgivning er bygget på skal videreføres, samtidig som loven skal moderniseres og forenkles. Telenor er enig i dette og støtter uttalelsen om at revisjonen må være basert på en «rimelig balanse mellom de interesser loven skal ivareta» (s. 14). Det er helt avgjørende at rettighetshavernes interesser balanseres mot samfunnets og brukernes interesser. Den eksisterende loven gjenspeiler dette.

Flere av de foreslåtte materielle endringene er begrunnet i hensynet til de originære rettighetshavere som av departementet antas å være den svakere part i kontraktsforhandlinger (bl.a. §§ 5-1, 5-3, 5-5). Disse bestemmelsene er ikke ment å få anvendelse ved videre overdragelser og mellom næringsdrivende aktører. Denne viktige presiseringen har imidlertid ikke kommet til uttrykk i lovteksten, som etter sin ordlyd gjelder for alle opphavere, hvilket bidrar til uklarhet og gjør at loven ikke reflekterer ønsket rettsregel. Dette bør endres.

I svært mange tilfeller er det dessuten ikke riktig at den originære rettighetshaver er den svake part. Særlig gjelder dette der rettighetshaveren er representert gjennom en kollektiv forvaltningsorganisasjon. De forvaltningsorganisasjoner som Telenor møter, er store, profesjonelle organisasjoner med egne jurister og de bistås gjerne i tillegg av profesjonelle, eksterne rådgivere i ulike forhandlingssituasjoner. Enkelte organisasjoner er også monopolister på sine områder og gjør flittig bruk av domstolsapparat og andre tvisteløsningsorganer, bl.a. for å klarlegge omfanget av eneretten og til å kreve erstatning og vederlag for bruk av opphavsrett. Forvaltnings- og interesseorganisasjoner er tilgjengelige for svært mange rettighetshavergrupper. Det er vanskelig å se behov for å styrke disse rettighetshavernes stilling.

Telenor Norge AS

Kontoradresse:
Snarøyveien 30
1331 Fornebu

Postadresse:
Telenor
1331 Fornebu

Telefon:
810 77 000

Bankgiro:
7058.06.34336Po
stgiro:
8143275443

Hovedkontor:
Snarøyveien 30
1331 Fornebu
Organisasjonsnummer:
NO 976 967 631 MVA

Konsekvensen av lovforslaget på dette området er at «balansen mellom de interesser loven skal ivareta» på sviktende faktisk grunnlag forrykkes i strid med departementets intensjon. Dette bør endres.

Ubalansen i lovforslaget forsterkes av at det flere steder er foreslått å fjerne tekst fra eksisterende regler som reflekterer den grunnleggende balansen mellom rettighetshaver og samfunnet/brukere. For eksempel er det i §§ 2-2, 3-1 og 3-5 fjernet tekst om at eneretten bare gjelder «innen de grenser» som angitt i loven. Tekstene er viktige for å definere omfanget av enerettene korrekt og sikre en reell balanse mellom de likeverdige hensyn som loven skal ivareta, i stedet for en hovedregel om enerett (som skal tolkes vidt) med visse unntak (som skal tolkes snevert). Tekstene bør derfor gjeninnntas.

Summen av nevnte forhold og den relativt gjennomgående og ensidige balanseforskyvningen i favør av rettighetshaverne, på bekostning av de som tar risiko og investerer i kreativt innhold, vil kunne bidra til usikkerhet og svekket investeringsvilje til ugunst og skade for både opphavere og brukere av opphavsrett. Dette gir grunn til bekymring og synes å være det motsatte av det som er formålet med lovrevisjonen. Telenor har i høringsuttalelsen forsøkt å adressere hvordan dette kan løses.

Oppsummering av sentrale synspunkter:

- Lovforslaget inneholder flere bestemmelser enn i gjeldende lov. Både språklig og på andre måter fremstår loven fortsatt som tungt tilgjengelig. Viktige opplysninger og informasjon av stor betydning for reglens innhold, finnes i flere tilfeller kun i høringsnotatet og ikke i selve lovteksten. Dette gjelder bl.a. presiseringen av at enkelte bestemmelser kun gjelder for originær opphaver. For et rettsområde med stadig økende aktualitet i samfunnet, er dette uheldig.
- Telenor ser at det er formålstjenlig med en egen avtalelisensbestemmelse for audiovisuelle produksjoner, men det må klargjøres at bestemmelsen er et supplement – og ikke et alternativ – til hovedregelen om individuell klarering. Videre kan bestemmelsen ikke inneholde noen opt-ut adgang ved klarering av kringkastingsnære tjenester (som Start Forfra og Ukesarkiv), om den skal få noen praktisk betydning på området for tv-distribusjon.
- Det synes ikke å være behov for å innta særregler om tolkning og bevisbyrde. Regelforslaget er ikke i samsvar med alminnelige sivilrettslige prinsipper. Et lignende forslag har tidligere blitt vurdert og forkastet, og det er vanskelig å se at situasjonen i dag tilsier en annen løsning.
- Den foreslåtte bestemmelsen om rett til dobbelt vederlag i enkelte situasjoner, virker unødvendig, er i strid med alminnelige erstatningsrettslige prinsipper og vil i mange situasjoner kunne gi svært urimelige resultater.
- Telenor har forståelse for at det er ønskelig å unngå at erververen av eksklusive rettigheter legger rettighetene «døde» gjennom ikke-bruk, i situasjoner der vederlaget er avhengig av at verket brukes. En lovfestet generell regel om oppsigelse ved ikke-bruk, er imidlertid å gå for langt, og vil skape uholdbar usikkerhet og gi helt urimelige utslag.
- Telenor støtter i hovedsak lovforslagets kapittel 8 om særskilte tiltak ved inngrep i opphavsrett på internett, men ber departementet om å presisere vilkårene for å kunne gi medhold om eventuelle pålegg rettet mot internettleverandørene, slik at det blir foretatt en reell interesseavveining, jfr § 8-2.

Telenors høringsuttalelse er utarbeidet av Telenor Norge AS, Telenor Broadcast Holding AS og Telenor ASA (samlet benevnt Telenor). Nedenfor følger Telenors merknader til enkelte bestemmelser.

2 Forslag til ny bestemmelse om strømming av innhold fra ulovlig kilde (§ 2-2, tredje ledd)

Telenor tar avstand fra rettighetskrenkelser og har stor forståelse for rettighetshaveres arbeid med å bekjempe opphavsrettskrenkelser på Internett. Bl.a. gjennom samarbeid med tilbydere av lovlige tjenester, tar Telenor selv del i dette arbeidet.

Samtidig er Telenor opptatt av at de strenge kravene som gjelder for å kunne pålegge ekomtilbydere plikt til å utlevere abonnementsopplysninger eller vanskeliggjøre tilgang til nettsted, videreføres. Dette er svært viktig både av hensyn til den enkelte abonnents rett til privatliv og informasjons- og ytringsfriheten. Av den grunn gjennomfører ikke Telenor slike tiltak annet enn på bakgrunn av rettskraftig kjennelse i hvert enkelt tilfelle. Telenor ser samtidig med en viss bekymring på utviklingen av rettspraksis i de nordiske landene, der de strenge kravene i loven synes i ferd med å bli uthulet gjennom praksis i enkelte saker. Det vises for øvrig til kommentarene og merknadene under punkt 13.

Telenor har ikke innsigelser mot departementets foreslåtte bestemmelse om strømming fra ulovlig kilde.

3 Bestemmelse om kopiering til privat bruk (§ 4-3)

Telenor støtter forslaget om at fremmed hjelp bør kunne benyttes ved kopiering til privat bruk av musikkverk og filmverk, og er enig i departementets begrunnelse for endringen. Dagens forbud fremstår som umoderne, lite hensiktsmessig og er nærmest umulig å etterleve i dagens moderne samfunn. Det er tilstrekkelig å peke på eksempler som skylagring og bruk av innleid utstyr som PVR (personal video recorder). At retten til å bruke fremmed hjelp inntas i loven, harmonerer med alminnelig rettsfølelse og bidrar til økt respekt for regelverket.

4 Forslag til ny avtalelisensbestemmelse for audiovisuelle produksjoner (§ 4-32)

Telenor ser at det i enkelte situasjoner kan være behov for en egen bestemmelse om avtalelisens for audiovisuelle produksjoner, som et supplement til individuell rettighetsklarering. En slik bestemmelse må bare kunne anvendes der det er praktisk umulig å klarere rettighetene individuelt, for eksempel ved enkelte typer sekundærbruk av kringkastingssendinger. Dette bør komme klart til uttrykk i lovteksten. I motsatt fall vil lovens hovedregel om individuell klarering kunne bli utvannet til fordel for kollektiv klarering, hvilket kan undergrave eneretten, gi utilsiktede virkninger i markedet og dessuten være konkurranserettslig problematisk.

For annen utnyttelse enn videresending av verk som inngår i kringkastingssending, er det foreslått en «opt ut»-mulighet for rettighetshaverne (dvs. at én eller flere enkeltstående rettighetshavere vilkårsfritt kan nedlegge forbud mot den påtenkte bruken). Når bestemmelsen er ment å skulle erstatte tidligere §§ 30 og 32 (kringkasters bruk av verk i kringkastingssending), som begge inneholder en slik opt-ut-mulighet, har Telenor forståelse for at den nye avtalelisensbestemmelsen på disse to områdene viderefører opt-ut.

For videresending er det ingen opt-ut-adgang, jf. gjeldende § 34 og SatCab kapittel 3. En viktig årsak til dette er at bestemmelsen ellers ikke ville fungere i praksis. Av samme grunn kan det etter Telenors oppfatning heller ikke for annen type sekundærbruk av kringkastingssending gjelde noen opt-ut adgang, slik som for eksempel Start Forfra (mulighet til å starte programmet forfra i programmets sendetid) og

Ukesarkiv (mulighet til å se programmet forsinket i inntil en uke fra sendetid), altså de såkalte kringkastingsnære tjenestene.

Kringkastingssendinger kjennetegnes for det første ved at et svært stort antall rettighetshavere er involvert. For det andre er det ofte vanskelig å avgjøre presist hvem som rent faktisk har bidratt i tilstrekkelig grad til å kunne anses som rettighetshaver etter åndsverkloven. I sum gjør dette at risikoen er stor for at «noen» opter-ut. Dette vil effektivt hindre utnyttelse ikke bare av vedkommendes verk, men av hele kringkastingssendingen som sådan, selv om alle øvrige rettighetshavere har samtykket og allerede mottatt betaling for den aktuelle sekundærbruken. En slik vetorett for kringkastingsnære tjenester fremstår som helt urimelig, både overfor brukeren og de øvrige rettighetshavere, ikke minst tatt i betraktning at vedkommende rettighetshaver som opter-ut allerede har samtykke til at det aktuelle verket kan kringkastes på den aktuelle fjernsynskanalen. Usikkerheten dette skaper omkring utnyttelse av de kringkastingsnære tjenestene, vil gjøre investeringer i slikt innhold mindre attraktivt.

Disse faktiske og karakteristiske forholdene gjør at en avtalelisensbestemmelse for kringkastingsnære tjenester ikke vil fungere i kombinasjon med en vilkårlig, individuell forbudsrett for hver enkelt opphaver.

Rivende teknologiske utvikling på medieområdet medfører at sekundær bruk av kringkastingssendinger skjer på stadig nye måter og grensene mellom hva som er ny rettighetsutnyttelse (som krever samtykke) og hva som er samme type rettighetsutnyttelse gjennom ny funksjonalitet (som ikke krever samtykke) er vanskelig å trekke i praksis. Opt-ut adgang vil gjøre slik innovativ virksomhet usikker og ha negativ effekt for lansering og bruk av ny teknologi.

Telenor mener på bakgrunn av ovennevnte at en eventuell ny avtalelisens for audiovisuelle produksjoner ikke kan inneholde noen opt-ut adgang når den brukes til klarering av kringkastingsnære tjenester. Dette må presiseres i lovteksten, slik som for videresending. Norges direktiv- og konvensjonsrettslige forpliktelser synes ikke å stå i veien for en slik løsning.

5 Bestemmelse om vilkår for bruk av verk ved avtalelisens (§ 4-36)

Kravene til organisasjon som kan inngå avtale med avtalelisen virkning er inntatt i lovforslagets § 4-36, tredje ledd. Organisasjonen må være godkjent av departement på grunnlag av organisasjonens representativitet og egnethet.

Departementet legger til grunn at så lenge godkjenningen ikke er utløpt eller trukket tilbake, så vil organisasjonen kunne inngå avtale med avtalelisen virkning, selv om organisasjonen ikke lenger er representativ eller egnet (s. 230). Telenor mener en slik løsning er uheldig, og at domstolene til enhver tid må kunne prøve om vilkårene om representativitet og egnethet er oppfylt. Dette er viktig av hensyn til ordningens tillit og legitimitet, og samtidig en naturlig konsekvens av slike organisasjoners søksmålsrett. Den som utsettes for uberettiget pågang fra en organisasjon som verken er egnet eller representativ, må kunne bruke manglende representativitet eller egnethet som grunnlag for raskt å kunne avslutte en rettslig prosess. Kravene til representativitet og egnethet må derfor som i dag være selvstendige vilkår som fortløpende må være oppfylt og som kan prøves av domstolene, på samme måte som selve godkjenningen. Med de nedjusterte krav til organisasjoner som nå er foreslått, vil en slik regel fortsatt gi tilstrekkelig forutberegnelighet og trygghet for hvem som kan klarere bruk av verk ved avtalelisen.

6 Forslag til nye bestemmelser om tolkning og bevisbyrde (§ 5-1)

Det finnes allerede i norsk rett vel etablerte og fungerende regler både om bevisbyrde og tolkning av avtaler. Reglene har bred anvendelse, er godt kjent, praktiseres daglig av domstolene og gjelder også på det opphavsrettslige området. Telenor kan ikke se at det er noen grunn til å lovfeste det såkalte spesialitetsprinsippet som en særlig tolkningsregel eller bevisbyrderregel innenfor opphavsretten, selv om bestemmelsen bare er ment for overdragelse fra originære opphavere. Dette siste fremgår for øvrig ikke av lovteksten.

Når det gjelder spesialitetsprinsippet som tolkningsregel går departementet etter Telenors oppfatning mye lenger enn å kodifisere gjeldende rett, og som bevisbyrderregel er forslaget helt i strid med alminnelige sivilrettslige prinsipper. Terskelen for å lovfeste slike regler må være meget høy og behovet meget sterkt.

Da et lignende forslag ble vurdert av departementet i 1995, uttalte departementet følgende, jf. Ot. prp. nr. 15 (1994-95) s. 156:

«Etter departementets oppfatning, er det her i landet ikke påvist forhold som tilsier at man bør gi særskilte tolkningsregler for overdragelser av opphavsrett utover dem som følger av gjeldende § 25 (videreført i de foreslåtte §§ 39 og 39 a). Vår retts vanlige bevisbyrderregler sammenholdt med utkastets § 39 og § 39 a antas å gi tilstrekkelige holdepunkter for med bakgrunn i opphavsrettens grunnleggende prinsipper og med praktisk kjennskap til forholdene, å finne frem til rimelige løsninger i det enkelte tilfelle. Departementet peker da også på at det foreløpige danske forslag heller ikke ble opprettholdt i det danske lovforslag.»

Telenor mener at departementets uttalelse fra 1995 fortsatt er treffende, og kan ikke se at departementets nye forslag bygger på konkrete undersøkelser eller annen dokumentasjon som skulle tilsi et annet resultat.

Originære opphavere er gjerne enten arbeidstakere eller selvstendig næringsdrivende med tilknytning til en eller flere sterke rettighetshaverorganisasjoner. Det er derfor ikke behov for de foreslåtte særregler i § 5-1 andre ledd «til beskyttelse av opphaveren som den presumtivist svake part i avtaler om bruk av verket» (s. 244). Reguleringen fremstår uansett ikke som proporsjonal i forhold til det anførte beskyttelsesbehovet.

Hertil kommer at de foreslåtte særbestemmelser vil skape uklarhet om forholdet til de alminnelige tolknings- og bevisbyrderregler, og samtidig kunne bidra til mer omfattende og komplekse prosessuelle tvister. Dette er ikke i samsvar med departementets uttalte intensjon om å «klargjøre og forenkle reglene» (s. 14).

Det er videre helt urimelig, for eksempel i oppdragsforhold, at den som bestiller og finansierer frembringelse av verk, skal bli møtt med strengere og mer byrdefulle tolknings- og bevisbyrderregler enn det som gjelder i alle andre forhold. Også i saker der den originære rettighetshaver går til søksmål mot brukere (for eksempel en distributør) som ikke selv har et avtaleforhold med rettighetshaveren, men som har ervervet rett fra noen i hjemmelskjeden (for eksempel en kringkaster) som står i et direkte eller indirekte avtaleforhold med rettighetshaveren, vil den foreslåtte bevisbyrderregel gi helt urimelig utslag ved at brukeren må bevise innholdet i avtaler som vedkommende ikke selv er part i eller har tilgang til.

Det er etter dette Telenors oppfatning at de foreslåtte bestemmelsene i § 5-1 andre ledd, første og andre punktum, må utgå.

7 Forslag til ny bestemmelse om rett til rimelig vederlag ved overdragelse av opphavsrett (§ 5-3)

Det følger både av norsk og internasjonal rettspraksis, og av en rekke internasjonale direktiver og konvensjoner på immaterialrettsområdet (direkte og indirekte), at rettighetshaver ved overdragelse av rettigheter har krav på rimelig vederlag, for eksempel Bernkonvensjonen art. 11 bis, utleie- og utlånsdirektivet¹ art. 5 og Infosoc-direktivet² fortalen (10).

At prinsippet om rimelig vederlag kodifiseres i åndsverkloven synes fornuftig. Telenor er enig i at bestemmelsen bare får anvendelse ved overdragelse til bruk i ervervsvirksomhet, og bare ved overdragelse fra originær rettighetshaver til vedkommendes medkontrahent. Dette siste fremgår ikke av lovteksten, og bør presiseres. Videre støtter Telenor at bestemmelsen ikke får anvendelse i arbeidsforhold og at etterfølgende forhold ikke skal hensyntas ved beregningen av hva slags vederlag som er rimelig. I motsatt fall vil det åpne for kompliserte etteroppgjør som gir manglende forutberegnelighet og vil kunne svekke viljen til å investere i kreativt innhold. Videre vil det kunne virke prosessfremmende.

Begrepet «rimelig vederlag» er en rettslig standard. Innholdet i begrepet vil kunne endres over tid, og EU-domstolen har i sak C-403/08 og C-429/08 fastslått (premiss 108):

“However, the specific subject-matter of the intellectual property does not guarantee the right holders concerned the opportunity to demand the highest possible remuneration. Consistently with its specific subject-matter, they are ensured – as recital 10 in the preamble to the Copyright Directive and recital 5 in the preamble to the Related Rights Directive envisage – only appropriate remuneration for each use of the protected subject-matter.”

Hva som i hvert enkelt tilfelle skal anses som rimelig vederlag, og hvordan man skal gå frem for å beregne et slikt vederlag, må avgjøres konkret og vil kunne variere fra tilfelle til tilfelle basert på en rekke ulike forhold og faktorer. Telenor ser av den grunn prinsipielle betenkeligheter ved at det i annet ledd eksemplifiseres hvilke elementer som skal vektlegges ved fastsettelsen av vederlaget. At det skal tas hensyn til overdragelsens omfang og hvilken økonomisk verdi eller merverdi bruken av rettighetene har for erververen, står gjerne sentralt og følger av rettspraksis. I andre tilfeller vil det sentrale kunne være hva som er vanlig og rimelig på området, men langt fra alltid. For eksempel er det viktig å være oppmerksom på at tariffene til enkelte forvaltningsorganisasjoner i realiteten er monopolpriser og ikke nødvendigvis reflekter et «rimelig vederlag», slik kabeltvistnemnda fastslo i sak 1/2008. Siden avgjørelsen må skje konkret basert på forholdene i hver enkelt sak, synes en slik eksemplifisering som inntatt i forslagets annet ledd ikke hensiktsmessig og bør utgå.

Bestemmelsen bør ikke være preseptorisk. I lys av at rettighetshaver har frihet til å gi bort rettigheter, må partene i en rettighetshaveroverdragelse ha full frihet til å avtale vederlag, innenfor rammene av avtaleloven. Ikke minst i oppdragsforhold og bestillingsverk er det viktig å ha full avtalefrihet og fleksibilitet, på begge sider av bordet.

Telenor deler departementets syn om at det ikke bør gjelde noen særskilt tvisteløsningsmekanisme for bestemmelsen.

¹ Directive 2006/115/EC.

² Directive 2001/29/EC.

8 Forslag til ny bestemmelse om lemping av avtaler (§ 5-4)

Det er ikke tvilsomt at avtaleloven § 36 får anvendelse på avtaler på opphavsrettens område. Telenor ser derfor ikke behov for at dette presiseres i åndsverkloven, og resultatet av en slik presisering vil snarere kunne bidra til klarhet bl.a. om forholdet til avtalelovens øvrige bestemmelser og om de to lovenes rekkevidde og anvendelsesområde i alle situasjoner er overlappende, samt bidra til å gjøre loven unødvendig omfattende.

9 Forslag til ny bestemmelse om oppsigelse av avtale ved manglende bruk (§ 5-5)

Departementet foreslår en rett for opphaver til å si opp avtale om overdragelse av rettigheter dersom de overdratte rettigheter ikke er tatt i bruk innen tre år. Bestemmelsen er bare ment å skulle gjelde for overdragelse fra den originære rettighetshaver (s. 350), men uten at dette er reflektert i lovteksten. Telenor har en viss forståelse for at det kan være ønskelig å unngå at erververen av eksklusive rettigheter legger rettighetene «døde» gjennom ikke-bruk, særlig der opphavers vederlag i betydelig grad er avhengig av at verket brukes på en bestemt måte.

En lovfestet generell regel om oppsigelse ved ikke-bruk er imidlertid unødvendig og går for langt i å gripe inn i reguleringen av privatrettslige forhold, og hemmer fleksibiliteten i kommersielle avtaler. En slik regel passer dårlig i situasjoner der begge parter i avtalen har ønsket å overdra samtlige rettigheter med permanent virkning, for eksempel ved bestilling av konkrete produksjoner eller der erververen står for all økonomisk investering i og risiko knyttet til frembringelsen. Det samme gjelder for eksempel innleide konsulenter som på oppdrag produserer tekst, grafer, reklamemateriale og andre frembringelser som kan være vernet av opphavsrett, og hvor det åpenbart er meningen at også tilgjengeliggjøringsretten overdras (uten at tilgjengeliggjøringsretten er det mest sentrale for erververen).

Videre vil det bli helt urimelig om det skulle være slik at overdrageren i frikjøpssituasjoner kan si opp og ta tilbake alle de rettigheter og utnyttelsesmåter som erververen ikke faktisk har gjort bruk av innen tre år. Dette vil i tillegg kunne svekke investeringsviljen i opphavsrettslige produkter, til skade for rettighetshaverne.

Endelig fremstår det som uklart hva som skal til for å tilfredsstille bruksplikten etter lovforslaget. Tilgjengeliggjøring for allmennheten av audiovisuelle produksjoner kan skje på en rekke ulike måter, for eksempel vises på kino, gjøres tilgjengelig on-demand (ulike typer on-demand tjenester, for eksempel SVOD, TVOD), inkluderes i en kringkastingssending (betal-tv eller fri-tv, kringkasting eller videresending, via ulike distribusjonsplattformer som kabel-tv, IPTV, satellitt og bakkenett), tilbys som en kringkastingsnær tjeneste (for eksempel Start Forfra og Ukesarkiv), for å nevne noen. Rask teknologisk utvikling gjør at nye utnyttelsesmåter kan oppstå, og det er ikke gitt at tidspunktet for bruk av de ervervede rettigheter er definert eller klart på forhånd, og det kan også være behov for betydelige og tidkrevende tekniske investeringer og markedsbearbeidelser før rettighetene fullt ut kan utnyttes. I hvor stor detaljgrad utnyttelsesrettighetene er beskrevet i avtalen, vil også kunne variere. Hvilken bruk som skal til for å tilfredsstille vilkåret om «plikt til å bruke de overdratte rettigheter» i situasjoner som beskrevet ovenfor, fremstår som uklart og vil kunne være kimen til konflikt, i strid med departementets intensjon om klargjøre og forenkle regelverket. Bestemmelsen passer i det hele tatt ikke for audiovisuelle produksjoner.

De uheldige utslagene av regelen forsterkes ved at oppsigelsen også vil kunne gjøres «gjeldende overfor tredjeperson som har ervervet rettighetene fra opphaverens avtalepart» (s. 271). Dette vil kunne ramme slike tredjepersoner som ikke har innsikt i avtalen mellom opphaveren og førstegangs erverver på urimelig vis, og vil nødvendiggjøre kompliserte og omfattende avtalereguleringer i forkant.

Endelig fremstår det som urimelig at oppsigelse og tilbakeføring skal kunne gjennomføres uten restitusjonsoppgjør, slik departementet synes å legge til grunn (s. 271). I frikjøpssituasjoner er det for eksempel åpenbart at vederlag gjennom en stor engangsbetaling ikke kan anses som betaling for «fortrinnsrett til bruk av verket» (s. 271).

Etter Telenors oppfatning synes ikke departementet å ha overveiet konsekvensene av forslaget og det fremstår som ubalansert. Det må være opp til partene i avtalen mellom originær opphaver og erverver å avtaleregulere innholdet i og omfanget av en eventuell bruksplikt og konsekvensene av manglende bruk.

Telenor mener på denne bakgrunn at forslaget om en lovfestet rett for opphaver til oppsigelse ved manglende bruk må utgå.

10 Forslag til ny bestemmelse om åndsverk skapt i arbeidsforhold (§ 5-6)

Telenor støtter at det ulovfestede prinsipp om overgang av rettigheter i arbeidsforhold lovfestes. En slik kodifisering vil skape økt forutberegnelighet for partene i arbeidslivet om hvilken regel som gjelder.

På samme måte som for datamaskinprogrammer skapt i ansettelsesforhold, bør det fremgå av loven at overgangen gjelder samtlige rettigheter til verket (og ikke er begrenset til «bruksformer som kunne forutsees da verket ble skapt»). På den måten unngår man at det gjelder ulike regler for overgang av ulike verk skapt i arbeidsforhold. Videre er det svært viktig at overdragelsen også omfatter rett til videreoverdragelse, i det videreoverdragelse i mange tilfeller er en helt sentral del av arbeidsgivers virksomhet. Ikke minst gjelder dette for audiovisuelle produksjoner hvor formålet nettopp er videreoverdragelse. Det minnes i denne anledning om at det er arbeidsgiver som gjennom ansettelses- og lønnsforhold investerer i og muliggjør frembringelsen av verket.

Unntak kan eventuelt gjøres i loven for rettighetene til vitenskapelige ansattes forskningsarbeider ved universiteter og høyskoler, i samsvar med gjeldende praksis.

11 Bestemmelse om avtaler om innspilling av filmverk (§ 5-8)

Telenor mener at presumpsjonsregelen i eksisterende § 39f bør utvides til også å gjelde for filmmanuskript, musikkverk og regi. Dette vil tilrettelegge for smidigere og mer helhetlig klarering av filmverk, i samsvar med lovens formål, og samtidig kunne bidra til mindre uklarhet og færre tvister. Det vises for øvrig til Kabel Norges innspillnotat av 24. juni 2015 om revisjon av åndsverksloven.

12 Bestemmelse om datamaskinprogram skapt i arbeidsforhold (§ 5-9)

Telenor støtter forslaget om å videreføre spesialregelen i § 39g om overgang av dataprogram skapt i ansettelsesforhold som ny § 5-9.

13 Særskilte tiltak ved inngrep i opphavsrett m.m. på Internett (kapittel 8)

Telenor støtter videreføringen av gjeldende hovedregel om at den enkelte internettbruker ikke skal ha noe ansvar etter åndsverkloven selv om materiale hun eller han ser på er ulovlig lagt ut. Regelen er godt begrunnet og synes å ha solid oppslutning i samfunnet.

Det er samtidig viktig for Telenor som formidler, at den enkelte internettbruker har et bevisst forhold til egen bruk av innhold på Internett. Telenor har i en årrekke kjørt nettvett-kampanjen «Bruk Hue»³, hvor blant annet dette er et viktig tema.

Telenor opplever, både i Norge og Norden for øvrig, et ikke ubetydelig antall søksmål knyttet til kunders bruk av Telenors faste eller mobile bredbåndsprodukter, dels med krav som skal hindre eller vanskeliggjøre tilgang til nettsteder og dels med krav om utlevering av abonnementsopplysninger om kunder og deres nettbruk. Telenor Danmark har alene mottatt krav om utlevering av til sammen ca. 15.000 IP-adresser det første halvår i 2016. I Norge har en sammenslutning av rettighetshavere innenfor film og video, saksøkt Telenor og syv andre markedsledende Internett-tilbydere (ISP) – i flere omganger. Rettslige pålegg om utlevering av trafikk- og kundeopplysninger til advokatfirmaer som bistår rettighetshaverne i slike saker, vil av tekniske grunner ikke bare omfatte opplysninger om abonnenter som mistenkes for opphavsrettskrenkelser på nettet, men medføre at trafikkopplysninger om alle abonnenter som måtte ha benyttet IP-adressen utleveres.

Det stilles svært strenge krav når for eksempel politiet, forsvaret og etterretningstjenesten kan få utlevert tilsvarende opplysninger.

Ved lovendring i 2013 ble det innførte strenge regler også i åndsverkloven kapittel 7a bl.a. om vilkårene for å pålegge utlevering av kunde- og trafikkopplysninger. Reglene er godt begrunnet og detaljert omtalt i forarbeidene. Reglene foreslås av departementet videreført uten realitetsendringer i ny lov, bl.a. under henvisning til at det er for tidlig å konkludere med at reglene ikke har fungert etter sin hensikt.

Telenor er enig i at det pr. dags dato ikke er grunnlag for å gjøre endringer av substansiell karakter i reglene om særskilte tiltak ved inngrep i opphavsrett m.m. på internett. I lys av den rettspraksis som foreligger og utviklingen på området, mener Telenor imidlertid at det kan være grunn til å presisere vilkårene for tiltakene nærmere. Dette gjelder bl.a. den interesseavveining som skal foretas etter § 8-2, tredje ledd og hvor hensynet til abonnenten skal avveies mot rettighetshavers interesse i å få tilgang til opplysningene, sett hen til inngrepets grovhet, omfang og skadevirkninger. Det er av vesentlig betydning at denne interesseavveiningen blir reell, og ikke sjablonmessig. For å sikre en riktig håndtering av dette i domstolsapparatet, er det ønskelig at vurderingskriteriene konkretiseres noe nærmere. Identifisering av en abonnent er et vidtrekkende tiltak, og som påpekt ovenfor er det ikke gitt at det er abonnenten selv som eventuelt har foretatt rettighetskrenkelsen. Av rettsikkerhets- og personvernmessige hensyn, er det derfor viktig at § 8-2 praktiseres av domstolene i samsvar med bestemmelsens formål og ordlyd.

Telenor har merket seg at enkelte organisasjoner på rettighetshaversiden (9.1.4) har foreslått at tiltak mot nettsteder bør avgjøres av en uavhengig nemd. Etter en grundig vurdering (9.1.5) har departementet imidlertid avvist endringer i reglene om beslutningskompetanse, og fastholder at det er de ordinære domstoler som skal beslutte slike tiltak. Telenor deler departementets vurderinger og konklusjoner omkring dette.

Pålegg som hindrer eller vanskeliggjør tilgang etter § 8-3, er bare bindende for de tjenesteytere som rettighetshaver har begjært slike tiltak mot og som omfattes av pålegget. Øvrige tjenesteytere som opererer i markedet er ikke bundet av kjennelsen. Dette kan skape konkurransemessig vridning i forholdet mellom tjenesteyterne. Et eksempel på det er at en tjenesteyter etter Pirate Bay-kjennelsen i Oslo tingrett i 2015 gikk ut med markedsføring om at vedkommende ikke var bundet av kjennelsen, og således fortsatt ville gi tilgang til de aktuelle nettstedene. Det bør på denne bakgrunn vurderes om det i §

³ <https://www.telenor.no/om/samfunnsansvar/artikler/bruk-hue.jsp>

8-3 skal stilles vilkår om at rettighetshavere må rette begjæringen mot alle kjente tjenesteytere i det norske markedet, eller om kjennelsen generelt kan få virkning for alle relevante tjenesteytere.

14 Forslag til ny bestemmelse om forbud mot inngrep (§ 9-1)

Telenor har ikke vesentlige innvendinger mot forslaget om å lovfeste at det kan nedlegges forbudsdom i åndsverkloven, men stiller spørsmål ved om regelen vil ha noen særlig praktisk betydning. Adgang til å nedlegge forbudsdom følger allerede av gjeldende rett og av forføyningsinstituttet. Hertil kommer at den type handlinger som typisk vil kunne gi grunnlag for forbudsdom allerede er straffesanksjonert og av den grunn allerede forbudt. Dette siste følger også av at opphavsretten er en enerett.

Telenor er imidlertid skeptisk til at bestemmelsen skal få anvendelse overfor medvirkere, og mener at det klart må fremgå av loven at en slik forbudsdom ikke må kunne nedlegges mot en tjenestetilbyder som medvirker.

Ekonom-tilbydere kan ikke holdes ansvarlig for brukernes rettighetsovertridelser, jf. også ansvarsfriehtsreglene i e-handelsloven for mellommenn og mere conduit-prinsippet i punkt 27 i fortalen til Infosoc-direktivet. Som påpekt i punkt 13 ovenfor er det den enkelte bruker av Internett som alene er – og må være – ansvarlig for egen bruk av internettjenester. En utvanning eller overføring av dette ansvaret er svært uheldig, vil skape uklare ansvarsforhold og i ytterste konsekvens kunne medføre at ekomtilbydere unnlater å tilgjengeliggjøre tjenester som ellers er etterspurt og driver samfunnsutviklingen videre. Dersom bestemmelsen skal få anvendelse overfor medvirkere, vil det for øvrig oppstå en rekke kompliserte og prinsipielle spørsmål om rekkevidden av bestemmelsen, for eksempel i forhold til leverandører av maskinvare, programvare og applikasjoner.

Telenor anbefaler at departementet tar ut forslaget om at forbudsdom kan avsies ved medvirkning til inngrep. Så vidt skjønnes mener departementet at forbudsdom mot medvirker bare kan nedlegges der medvirker har utvist strafferettslig eller erstatningsrettslig skyld (s. 305-306). Dette fremgår imidlertid ikke av lovteksten, og må presiseres dersom forslaget opprettholdes.

Dersom forslaget ikke strykes, er det Telenors oppfatning at rekkevidden av medvirkeransvaret må tydeliggjøres.

Telenor støtter departementets synspunkt om at det ikke bør innføres regler om konvensjonalbot.

15 Straff (§ 9-2)

Telenor støtter departementets forslag om at straffebestemmelsen i åndsverkloven bør være forbeholdt forsettlig overtridelser, og har ikke innvendinger mot at strafferammen skjerpes til bøter eller fengsel i ett år.

Forslaget om at straffbar medvirkning og forsøk ikke reguleres i åndsverkloven, men av de alminnelige regler på strafferettens område, synes fornuftig.

16 Forslag til nye bestemmelser om erstatning og vederlag (§ 9-3 første og andre ledd)

Departementet har foreslått en ny bestemmelse om erstatning og vederlag som gir rettighetshaver rett til å velge mellom:

- a) rimelig vederlag for bruken, samt erstatning for skade som følge av inngrepet som ikke ville oppstått ved avtale om bruk,

- b) erstatning for skade som følge av inngrepet, eller
- c) vederlag svarende til vinningen som er oppnådd ved inngrepet.

For forsettlig eller grovt uaktsomme inngrep, skal rettighetshaver alternativt kunne kreve «det dobbelte av rimelig vederlag eller erstatning for ikke-økonomisk skade».

Om bakgrunnen for regelendringene, er det i høringsnotatet vist til (i) rettighetshavernes behov for kompensasjon, (ii) at reglene skal ha preventiv effekt, (iii) ønsket om å unngå utpregede skjønnsmessige vurderinger, (iv) at det kan være vanskelig å føre tilstrekkelig bevis for økonomisk tap, og (v) at retten til valg mellom flere kompensasjonsmodeller skal legges til rette for at tvister kan løses raskere, rimeligere og mer effektivt (s. 313-314).

Dette er gode intensjoner. Telenor er enig i at rettighetshaver har krav på rimelig vederlag for bruken samt erstatning for økonomisk tap og støtter den nye bestemmelsen i bokstav a). Basert på uttalelsene i høringsnotatet (s. 363-364), synes den type erstatning for skade «som følge av inngrepet som ikke ville oppstått ved avtale om bruk» å samsvare med det som etter rettspraksis tilkjennes til dekning av for eksempel utgifter til å avdekke og etterforske omfanget av opphavsrettskrenkelser.

De to øvrige bestemmelsene i første ledd (b og c), følger allerede av gjeldende rett. Telenor stiller spørsmål ved behovet for en videreføring av bestemmelsen i bokstav c). Bestemmelsen er lite brukt i rettspraksis, forutsetter kompliserte og omfattende bevisvurderinger og fremstår som mindre relevant etter innføring av krav på rimelig vederlag. Telenor vil samtidig foreslå at begrepet «skade» erstattes med «økonomisk tap» i både a) og b), da dette mer presist angir hva som kan kreves erstattet.

Telenor har ikke innvendinger mot at rettighetshaver skal kunne velge mellom de ulike alternativene i første ledd, siden dette antas å gi mer treffsikre grunnlag og dermed vil bidra til raskere og rimeligere tvisteløsning. Telenor er imidlertid skeptisk til og støtter ikke bestemmelsen i første ledd, annet punktum, om at «vederlag og erstatning fastsettes etter det av grunnlagene i bokstav a til c som er gunstigst for rettighetshaveren», jf. også høringsnotatet s. 362 om at retten vil måtte «ta stilling til hvilket av de påberopte grunnlagene som gir høyest beløp, og fastsette kompensasjonen etter dette grunnlaget».

Erstatningsutmåling på opphavsrettens område er tradisjonelt svært ressurskrevende, ikke minst er det som nevnt tid- og ressurskrevende å bringe på det rene hva som eventuelt er vinningen ved en konkret opphavsrettskrenkelse. Ved at lovgivningen legger opp til at alle de tre alternativene skal utredes, prosederes og vurderes av retten, vil regelen utvilsomt kunne lede til mer omfattende, tidkrevende og kostbare rettslige prosesser – i strid med intensjonen bak forslaget om at tvister skal løses «raskere, rimeligere og mer effektivt» (s. 314). Dette forsterkes ytterligere ved at departementet synes å legge til grunn at rettighetshaver ved forsettlig og grovt uaktsomme krenkelser, som alternativ til erstatningsgrunnlagene i første ledd, skal kunne kreve «det dobbelte av rimelig vederlag eller erstatning for ikke-økonomisk skade» etter andre ledd, og at rettighetshaveren «har krav på at det av de fem grunnlagene som gir det høyeste beløpet legges til grunn» (s. 366).

Telenor støtter heller ikke forslaget om at rettighetshaver har krav på dobbelt av rimelig vederlag ved forsettlig og grovt uaktsomme krenkelser. Ingen av de begrunnelsene som ligger til grunn for innføring av bestemmelsene i første ledd bokstav a til c understøtter innføring av en regel om krav på dobbelt vederlag. Den gjeldende bestemmelsen i § 55, første ledd, annet punktum om oppreisning for skade av ikke-økonomisk art, synes i kombinasjon med de nye bestemmelsene i § 9-3 første ledd, å være tilstrekkelig for å ivareta rettighetshavers behov for kompensasjon.

Om bakgrunnen for bestemmelsen om dobbelt vederlag, heter det i høringsnotatet at det er «viktig at vederlagsreglene utformes slik at de får tilstrekkelig preventiv effekt» (s. 315). Telenor mener at sivilrettslige regler om erstatning på dette området ikke bør brukes som virkemiddel for å unngå uønskede handlinger. De forsettlige og grovt uaktsomme handlinger som bestemmelsen omhandler, er allerede straffesanksjonert i gjeldende åndsverkslov. Det er gjennom det strafferettslige systemet den individual- og allmennpreventive effekten bør ligge. Det er et grunnleggende erstatningsrettslig prinsipp at erstatning skal tilsvare skadelidtes økonomiske tap. Telenor kan ikke se at det er grunnlag for å avvike fra dette prinsippet i åndsverkloven. En bestemmelse om dobbelt vederlag på det opphavsrettslige området vil kunne få helt urimelige utslag. I enkelte tvistesaker om utnyttelse av åndsverk kan den juridiske uenigheten knytte seg til prinsipielle spørsmål om hvem som etter loven er rette debitor og kreditor. I slike saker vil det være helt urimelig om resultatet etter en nødvendig og viktig rettslig avklaring skal bli at den forpliktete risikerer å måtte betale dobbelt vederlag. Videre vil en slik bestemmelse kunne åpne for «misbruk» ved at opphavere trenerer rettighetsklarering og samtidig kunne begrense innovasjon og lansering av nye tjenester.

I § 9-3, fjerde ledd, har departementet foreslått å utvide det erstatningsrettslige ansvaret for inngrep som har skjedd i god tro. Tidligere har rettighetshaver i slike situasjoner kunnet krevet «nettofortjenesten ved den ulovlige handling». Endringsforslaget innebærer at rettighetshaver alternativt kan kreve «vederlag tilsvarende et rimelig vederlag». Departementet uttaler at «vederlaget skal fastsettes på det av det av disse utmålingsgrunnlagene som gir høyest vederlag» (s. 367). Telenor ser prinsipielle betenkeligheter med den foreslåtte utvidelsen. Det fremstår som rimelig at en aktsom godtroende inngriper må fragi seg eventuell berikelse oppnådd gjennom krenkelsen. Å utvide bestemmelsen som foreslått er imidlertid noe annet, og bryter med alminnelige erstatningsrettslige prinsipper om at erstatningsansvar forutsetter uaktsom opptreden. Det er vanskelig å se at det foreligger behov for en slik utvidelse.

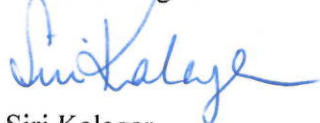
17 Forslag til ny bestemmelse om tillatelse til bruk (§ 9-5)

Telenor mener det er behov for en regel om at retten når særlige grunner foreligger kan gi tillatelse til bruk mot rimelig vederlag. En slik bestemmelse må for eksempel kunne brukes der partene forhandler om, men foreløpig ikke har blitt enige om, vederlagets størrelse, eller der enkeltstående rettighetshavere i fellesverk som for eksempel audiovisuelle produksjoner står i veien for en utnyttelse som majoriteten av øvrige rettighetshavere ønsker.

Bestemmelsens anvendelsesområde kan dessuten ikke være begrenset til «den som har handlet i aktsom god tro», dersom bestemmelsen skal kunne få praktisk betydning. Eksisterende § 56 inneholder heller ikke noe slikt krav.

-o0o-

Med hilsen
Telenor Norge AS



Siri Kalager
Regulatorisk direktør