

Kulturdepartementet

7. februar 2020

Levert gjennom nettløsningen for å avgi hørings svar

Deres ref.: 19/6342

Forslag til gjennomføring av direktiv 2014/26/EU om kollektiv rettighetsforvaltning: Hørings svar fra Kabel Norge

1 Innledning

Vi viser til Kulturdepartementets oppdaterte høringsnotat av 9. desember 2019, om gjennomføring av EUs direktiv 2014/26/EU om kollektiv rettighetsforvaltning og åndsverklovens rekkevidde for nærstående rettigheter. Kabel Norge vil med dette gi sine innspill til høringsnotatet og utkastet til ny lov om kollektiv forvaltning av opphavsrett mv. (heretter «*utkastet*»).

Kabel Norge er bransjeorganisasjonen for de kommersielle, trådbaserte TV-distributørene i Norge. Foreningen har medlemmer lokalisert over hele landet. I 2019 ble også Altibox AS medlem av Kabel Norge. Kabel Norges medlemmer leverer audiovisuelle innholdstjenester til omlag 55 % av Norges ca. 2,2 millioner TV-husholdninger.

Kabel Norges medlemmer klarer rettigheter innen det audiovisuelle området gjennom direkte avtaler med rettighetshavere og med kollektive forvaltningsorganisasjoner. Kabel Norges medlemmer har en særlig interesse i reguleringen av kollektive forvaltningsorganisasjoners forhold til brukere. Vårt hørings svar vil i hovedsak adressere denne problemstillingen.

Kollektive forvaltningsorganisasjoner forvalter enerettigheter etter åndsverkloven. I tillegg representerer og/eller forvalter de rettigheter for alle eller et flertall av aktuelle rettighetshavere innen et område. Kollektive forvaltningsorganisasjoner har derfor sterk markedsmakt. I mange tilfeller har de en dominerende markedsstilling i konkurranserettslig forstand, og i noen en ren monopolstilling. Markedsmakten setter kollektive forvaltningsorganisasjoner i stand til å kontrollere allmennhetens tilgang til verk, herunder å kreve vilkår for tilgang til verk som ikke står i forhold til brukerens gevinst ved utnyttelsen av verket. Innen det audiovisuelle området er de fleste verk fellesverk. En kollektiv forvaltningsorganisasjon som kun representerer en eller et fåtall av rettighetene til et fellesverk kan påvirke tilgangen til fellesverk, f.eks. filmer, serier og annet audiovisuelt innhold. Det er et særlig behov for å regulere

hvordan de kollektive forvaltningsorganisasjonene opptrer overfor brukersiden. Direktivet tar noen skritt i retning av å rette opp et skjevt styrkeforhold mellom kollektive forvaltningsorganisasjoner og brukere.

Kabel Norges viktigste synspunkter kan oppsummeres som følger:

- Hensynet til forbrukere og allmennheten må reflekteres i formålsbestemmelsen i utkastet § 1. Det må også fremgå klarere at formålet med loven er å bidra til å rette opp markedssvikt i innholdsmarkeder der kollektive forvaltningsorganisasjoner opptrer. Det vises her særlig til punkt 2.2 nedenfor.
- Dersom loven skal ha betydning, må den sette strengere rammer for de kollektive forvaltningsorganisasjonenes handlefrihet enn det som allerede følger av de alminnelige konkurransereglene, og lengre enn det som følger av utkastet. Kabel Norges syn er her særlig utdypet i punktene 4.1, 4.3, og 4.5 nedenfor.
- Kabel Norge er som redegjort for i punkt 4.2 nedenfor, ikke enig i høringsnotatets merknader til direktivets krav til forhandlinger i god tro. Direktivet innebærer at brukere som ønsker å lisensiere rettigheter har en rett til å forhandle med organisasjonen, og at forvaltningsorganisasjonene har en motsvarende plikt til lojalt å forhandle om slike rettigheter.
- Direktivets krav til at vilkårene må være objektive, er en sentral bestemmelse som det ikke er fokusert tilstrekkelig på i høringsnotatet, jf. punkt 4.4. nedenfor. Bestemmelsen innebærer at kollektive forvaltningsorganisasjoner må rettferdiggjøre sine lisensvilkår og vederlagsmekanismer, og at det må være en sammenheng mellom disse og rettighetenes bidrag til verdiskapningen.
- Når det gjelder direktivets krav til rimelig vederlag, må det fremheves på en tydeligere måte at rettighetshaver ikke kan kreve et høyest mulig vederlag, men kun et vederlag som står i rimelig sammenheng med den økonomiske verdien av den leverte ytelsen. Forvaltningsorganisasjonene må begrunne sine vederlagskrav slik at vederlagets rimelighet kan vurderes. Det vises her til punkt 4.5 og 4.6 nedenfor.
- Unntaket fra kravet om ikke-diskriminerende vilkår ved avtaler om nye nettbaserte tjenester er et positivt tiltak som kan lette forhandlinger om nye tjenester. Kabel Norge er samtidig bekymret for at bestemmelsen kan bli misbrukt til å heve avtalte vederlagsnivåer i andre situasjoner enn de bestemmelsen retter seg mot, noe som er utdypet i punkt 4.7 nedenfor.
- Utkastet er etter Kabel Norges oppfatning ikke i samsvar med direktivet når det gjelder brukernes rapportering. Det er ikke forvaltningsorganisasjonene alene som skal kunne avgjøre rapporteringsformat og form. Dette skal etter direktivet avtales mellom brukerne og forvaltningsorganisasjonene. Direktivet begrenser dessuten brukernes

rapporteringsplikt til den informasjon som er tilgjengelig og nødvendig, noe som ikke synes reflektert i utkastet. Det vises her til Kabel Norges merknader i punkt 4.9 og 4.10 nedenfor

- Når det gjelder tvisteløsning, er Kabel Norge som redegjort for i punkt 5 nedenfor, enig med departementet i at det verken er nødvendig eller ønskelig å utvide kompetansen til Vederlagsnemnda eller innføre andre alternative tvisteløsningsmekanismer. For å oppfylle direktivets krav om adgang til domstolsbehandling av forslag om nye lisensvilkår, må utkastet derimot inneholde en bestemmelse som uttrykkelig angir at tvister om foreslåtte lisensvilkår kan bringes inn for domstolene.

Kabel Norge vil kommentere ulike sider ved utkastet i den rekkefølge de fremgår av høringsnotatet.

2 Valg av gjennomføringsmåte, lovens formål og virkeområde

2.1 Gjennomføringsmåte

Kabel Norge støtter departementets forslag om å gjennomføre direktivet i en ny lov om kollektiv forvaltning av opphavsrett mv. Kabel Norge vil likevel bemerke at flere bestemmelser ligger tett opp mot åndsverkloven, se f.eks. utkastet § 29 sml. åndsverkloven § 70. Forholdet mellom lovene må vurderes grundig for å unngå dobbeltbehandling og uklarhet om hvilke regler som gjelder.

2.2 Lovens formål – utkastet § 1

Kabel Norge støtter departementets forslag om at det inntas en formålsbestemmelse i loven. Formålet må være å legge til rette for et mer velfungerende marked for opphavsrettigheter og nærstående rettigheter. Dersom loven skal kunne nå sitt formål er det viktig at lovens bestemmelser faktisk bidrar til å rette opp den markedssvikten som foreligger i innholdsmarkeder der kollektive forvaltningsorganisasjoner opptrer.

Kabel Norge støtter at forholdet til brukerne fremheves. Brukersiden består imidlertid både av kommersielle brukere (tjenestetilbydere) og forbrukere. Slik utkastet § 1 nå er formulert, synes formålsbestemmelsen kun å vise til «brukere» slik det er definert i utkastet § 3 nr. 10, dvs. kun tjenestetilbydere. Det er en for snever angivelse av formålet med loven. Formålsbestemmelsen må, slik Kabel Norge ser det, i tillegg inneholde en særlig henvisning til forbrukere og allmennheten mer generelt. Dette vil også være i samsvar med åndsverklovens formål, jf. åndsverkloven § 1 (b) og direktivet. Hensynet til forbrukerne i tillegg til tjenestetilbydere ble fremhevet i EU-kommisjonens begrunnelse for forslaget til direktiv:¹

¹ Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market 2012/0180 (COD), punkt 1.1 femte avsnitt (side 2).

«An excessively slow pace of modernisation negatively impacts on the availability of new offerings for consumers and service providers, as innovative services especially in the online environment are being hampered. To ensure the adequate provision of services using works or other subject-matter protected by copyright and related rights in the internal market, collecting societies should be led to adapt their methods of operation for the benefit of creators, service providers, consumers and of the European economy as a whole» (vår understreking).

Da direktivet ble vedtatt fremhevet EU-kommisjonen at det hadde til formål å tilgodese «consumers» og «the public at large» i tillegg til rettighetshavere og tjenestetilbydere.² Kabel Norge foreslår derfor at ordlyden i utkastet § 1 andre setning endres til «... overfor rettighetshavere, brukere, forbrukere og allmennheten» (vår understreking).

Markeder med kollektive forvaltningsorganisasjoner er preget av at selgersiden (dvs. den kollektive forvaltningsorganisasjonen) har en dominerende stilling i markedet. En karakteristikk ved slike markeder er at alminnelige markedsmekanismer ikke fungerer (såkalt markedssvikt). Dersom loven skal oppfylle sitt formål om å bidra til velfungerende markeder for opphavsrettigheter og nærstående rettigheter, må den rebalansere markedssvikten ved å legge begrensninger på organisasjonenes evne til å misbruke sin markedsmakt og styrke brukernes stilling vis-à-vis organisasjonene. Dominerende markedsaktører må tåle inngrep i avtalefrihet og autonomi, og dette er også formålet med direktivet.

EU-kommisjonen har blant annet fremhevet at et av direktivets mål er å gjøre det enklere for tjenestetilbydere å klarere rettigheter og således bidra til et bredere innholdstilbud for forbrukerne:

«It will be easier for service providers to clear rights (by lowering transaction costs) with better functioning and more transparent collective management organizations adapted to the challenges of the 21st century. This should facilitate the rolling out of new services, in particular in the online world across the single market. European consumers would thus benefit from access to a wider variety of creative content.»

Etter Kabel Norges oppfatning må det komme klarere frem i forarbeidene til ny lov at formålet med loven er å bidra til å rette opp markedssvikt i innholdsmarkeder der kollektive forvaltningsorganisasjoner opptrer.

På et lovgivningsteknisk plan, bemerker vi at det trolig er upresist at utkastet § 1 første setning kun viser til «*opphavsrettigheter*», mens det i annen setning også vises til «*nærstående rettigheter*». Det bør vises til begge typer rettigheter i begge setninger. Det er flere markeder for opphavsrett og nærstående rettigheter og flertallsformen «*markeder*» bør derfor benyttes i § 1 første punktum.

² Se EU-kommisjonens notat «*Directive on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing - frequently asked questions*» av 4. februar 2014, punkt 12 og 13 (side 5).

2.3 Lovens virkeområde

Kabel Norge støtter departementet i at loven ikke bør avgrenses mot forvaltningsorganisasjoner etablert utenfor EØS-området. Det er naturlig at lovens regulering av avtalerettslige forhold, herunder avtaler og plikter i forbindelse med avtaleinngåelse, får anvendelse på kollektiv rettighetsforvaltning i Norge, uavhengig av hvor de kollektive forvaltningsorganisasjonene måtte være etablert. Noe annet vil skape et kunstig skille mellom rettigheter forvaltet av organisasjoner etablert innenfor og utenfor EØS-området, og vil motvirke formålet om velfungerende norske markeder.

Selv om organisasjoner som driver kollektiv rettighetsforvaltning i Norge hovedsakelig er etablert i Norge i dag, kan det ikke utelukkes at det vil endre seg i fremtiden. Det kan f.eks. tenkes at enkelte rettighetshavere vil flytte forvaltningen av rettigheter til organisasjoner etablert utenfor EØS-området dersom loven ikke gjelder for slike organisasjoners rettighetsklarering i Norge. Dette kan unngås ved at loven omfatter all rettighetsklarering for det norske territoriet. Etter Kabel Norges oppfatning bør reguleringen av virkeområdet av samme grunn ikke kun overlates til «*alminnelige jurisdiksjons- og lovvalgsregler*», jf. høringsnotatet side 19. Det vil sikre forutberegnelighet og være mer pedagogisk om loven uttrykkelig angir at lovens bestemmelser, i hvert fall hva gjelder forholdet mellom kollektive forvaltningsorganisasjoner og brukere, omfatter all rettighetsklarering for bruk av verk i Norge.

Kabel Norge vil i denne forbindelse foreslå at § 2 første ledd første punktum endres til:

«Loven gjelder kollektiv rettighetsforvaltning i Norge og kollektive forvaltningsorganisasjoner som forvalter rettigheter for bruk i Norge.»

3 Forholdet mellom kollektive forvaltningsorganisasjoner og rettighetshavere

3.1 Generelt

Kabel Norge mener at det er positivt at det innføres lovgivning som regulerer kollektive forvaltningsorganisasjoners virksomhet overfor rettighetshavere og det skal føres tilsyn med forvaltningsorganisasjonenes virksomhet, blant annet med forvaltningen av innkrevde vederlag. Selv om dette direkte angår forholdet mellom organisasjonene og rettighetshaverne, er Kabel Norge opptatt av at de vederlag brukerne betaler rent faktisk kommer skapende og utøvende kunstnere til gode for slik å sikre investering i kreativ produksjon på opphaversiden. Kabel Norges medlemmer betaler samlet flere hundre millioner kroner årlig i vederlag til rettighetshavere via ulike kollektive forvaltningsorganisasjoner. Det er viktig for medlemmene at disse midlene så langt mulig tilføres den enkelte rettighetshaver og slik kan stimulere til ytterligere kreativ verdiskapning.

Dette forutsetter at innkrevde midler forvaltes på en forsvarlig måte, og at det føres aktivt tilsyn med at organisasjonene drives effektivt. Administrasjonskostnadene må reflektere nødvendige og faktiske kostnader relatert til innkreving og fordeling av midler, og må holdes på

et rimelig nivå, slik departementet forutsetter på side 40 i høringsnotatet. Det er ikke uvanlig at vederlagsmidler innkreves av en organisasjon og fordeles først til andre kollektive forvaltningsorganisasjoner før eventuell utdeling til individuelle rettighetshavere. Dette gjelder f.eks. midler innsamlet av Norwaco. At midlene fordeles i flere ledd øker risikoen for at de samme midlene brukes til å finansiere flere organisasjoners generelle virksomhet og at den andelen som tilfaller de enkelte rettighetshaver hvis verk er brukt, ikke blir så stor som den burde være.

Investeringshensynet tilsier dessuten at loven må bidra til at innkrevde vederlag fordeles rettferdig mellom rettighetshaverne og i forhold til faktisk bruk av verkene. Det er viktig at reglene bidrar til å sikre tillit til fordelingen av midlene. Manglende transparens og likebehandling kan svekke tilliten til kollektive ordninger, og dermed også de norske avtalelisensordninger, jf. også punkt 3.2 nedenfor.

3.2 Særlig om forholdet til rettighetshavere som ikke er medlem av kollektive forvaltningsorganisasjoner

Departementet ber på side 33 om høringsinstansenes syn på om utkastet gir god nok beskyttelse for rettighetshavere som ikke er medlem av kollektive forvaltningsorganisasjoner, herunder rettighetshavere hvis rettigheter representeres gjennom avtalelisens. I utkastet § 4, jf. også høringsnotatet punkt 2.4.4.1, foreslår departementet at kollektive forvaltningsorganisasjoner lojalt skal ivareta interessene til rettighetshavere som organisasjonen forvalter rettigheter til etter avtale (dvs. medlemmer), og ikke f.eks. rettighetshavere hvis rettigheter forvaltes gjennom avtalelisens (ikke medlemmer). Departementet har foreslått et minimumsvern i utkastet § 10.

Kabel Norge mener en slik løsning er uheldig og vil kunne svekke avtalelisensinstituttet. Kabel Norge har i tidligere hørings svar til åndsverkloven gitt uttrykk for at det er fare for at rettighetshavere vil bruke reservasjonsadgangen slik at avtalelisensinstituttet blir uthulet. Konsekvensen kan være at avtalelisensinstituttet blir lite egnet for rettighetsklarering.³ Når kollektive forvaltningsorganisasjoner ikke er forpliktet til å ivareta andre rettighetshavers interesser på lik linje som sine medlemmers interesser, kan det føre til at flere utenforstående rettighetshavere benytter sin adgang til å unnta sine rettigheter fra avtalelisensforvaltning der det er anledning til det. En forutsetning for at avtalelisensinstituttet skal kunne fungere i praksis er at ikke-medlemmer har tillit til at organisasjonene ivaretar deres interesser. Dette gjelder generelt og ikke bare for fordelingen av innsamlede vederlag som kommenteres særskilt nedenfor.

Som påpekt av departementet på side 43 i høringsnotatet, stiller åndsverkloven § 64 første ledd annet punktum, krav om ikke-diskriminering mellom organiserte medlemmer og utenforstående rettighetshavere ved fordeling av midler innkrevd gjennom avtalelisens. En

³ Det vises til Kabel Norges hørings svar av 12. september 2014 om innføring av generell avtalelisens i norsk rett og hørings svar av 1. september 2016 om ny åndsverklov, punkt 5.3.

tilsvarende forpliktelse er foreslått i utkastet § 22 (jf. direktivet art. 14), men da knyttet til rettighetshavere hvis rettigheter forvaltes gjennom representasjonsavtaler. Det er vanskelig å se noen begrunnelse for at to såpass like regler skal reguleres i to ulike lover og på ulik måte. Departementet uttaler på side 43 i høringsnotatet at prinsippet om ikke-diskriminering er et generelt prinsipp i norsk opphavsrett. I lys av dette bør kravet til organisasjoners ikke-diskriminering mellom medlemmer og andre rettighetshavergrupper når det gjelder fordeling av vederlag, nedfelles som et generelt prinsipp i den nye loven om kollektiv forvaltning av opphavsrett. Vi viser her også til direktivets fortale punkt 18, som viser til at forvaltningsorganisasjonene bør drive sin virksomhet på ikke-diskriminerende vilkår. Alternativt bør bestemmelsen i åndsverkloven § 64 av pedagogiske hensyn flyttes til den nye loven om kollektiv forvaltning.

4 Kollektive forvaltningsorganisasjoners inngåelse av avtaler med tjenestetilbydere (brukere)

4.1 Generelle synspunkter

Kabel Norge støtter departementets forslag om å gjennomføre direktivets særlige regler om inngåelse av avtaler mellom kollektive forvaltningsorganisasjoner og brukere i den nye loven om kollektiv forvaltning. Som nevnt, se punkt 1 og 2.2 over, har reglene som formål å avhjelpe markedssvikt i rettighetsmarkeder der selgerne er representert gjennom kollektive forvaltningsorganisasjoner med sterk markedsmakt. Departementet fremhever i forarbeidene til åndsverkloven at praktiseringen av de alminnelige regler i åndsverkloven om opphavsrettens overgang påvirkes av om rettighetshaver har overlatt forvaltningen av sine rettigheter til en kollektiv forvaltningsorganisasjon eller ikke. Det er etter Kabel Norges oppfatning likevel naturlig å samle bestemmelser som særlig gjelder kollektive forvaltningsorganisasjoner ett sted.

Direktivet art. 16–17 regulerer forholdet mellom kollektive forvaltningsorganisasjoner og brukere, i betydningen tjenestetilbydere, jf. direktivet art. 3 (k). Som nevnt i punkt 2.2 har direktivet også som formål å ivareta hensynet til forbrukerne og allmennheten forøvrig. Ved forhandlinger og inngåelse av avtaler mellom kollektive forvaltningsorganisasjoner og tjenestetilbydere, representerer tjenestetilbyderne også sine kunder, forbrukerne.

Departementet uttaler i annet avsnitt i punkt 2.7.4 i høringsnotatet at disse bestemmelsene har som «formål å styrke brukernes stilling overfor kollektive forvaltningsorganisasjoner, da disse ofte har en sterk markedsstilling» (vår understreking). Når formålet med reglene er å styrke brukernes stilling, må dette hensynet tillegges stor vekt både ved implementering av direktivets bestemmelser og for tolkningen av reglens innhold. Slik Kabel Norge ser det, synes departementet i høringsnotatet å ha tapt dette grunnleggende hensynet av syne når direktivets bestemmelser om forholdet til brukerne foreslås implementert i norsk rett.

Som et første eksempel vises det til at departementet i nevnte sitat fremhever de kollektive forvaltningsorganisasjoners sterke markedsstilling samtidig som det i høringsnotatet på side

46 sies at direktivets bestemmelser «ikke får vesentlig betydning for prinsippet om avtalefrihet som i dag gjelder på området», og at utgangspunktet «også i fremtiden [vil] være at markedet kommer til å bygge på at partene avtaler de lisensvilkårene de finner formålstjenlig». Departementet synes her å misforstå hva det innebærer for brukernes avtalefrihet og evne til forhandle om rimelige vilkår at forvaltningsorganisasjonene har sterk markedsstilling.

Kollektive forvaltningsorganisasjoner har som hovedregel dominerende markedsstilling i konkurranserettslig forstand. Dette er fordi slike organisasjoner kan opptre uavhengig av blant annet sine kunder, dvs. brukerne, på en slik måte at de «ensidig [kan] diktere markedsvilkårene på en måte som de andre markedsaktørene er tvungne til å tilpasse seg.»⁴ Høringsnotatets antydning om at partene forhandler om de vilkårene de finner formålstjenlig, er ikke i samsvar med slike markedsrealiteter. I et marked med sterke aktører og monopolister fører slik markedsvikt naturlig til at aktørene på selgersiden ensidig fastsetter vilkår uten reell forhandling.

Konkurransereglene begrenser dominerende foretaks handlefrihet. I fortalens punkt 56 er det presisert at direktivet ikke griper inn i konkurransereglene som vil gjelde parallelt med direktivets bestemmelser. Dersom direktivbestemmelsene skal ha noe reelt meningsinnhold, må de imidlertid gå lengre og sette strengere rammer for de kollektive forvaltningsorganisasjonenes handlefrihet enn det de alminnelige konkurransereglene setter. Det gir ingen mening i innføre nye forpliktelser som ikke er mer tyngende enn de som allerede følger av gjeldende lovgivning. Selve formålet med denne form for sektorspesifikke bestemmelser er å legge strammere rammer for de dominerende foretaks virksomhet, her de kollektive forvaltningsorganisasjonene. Dette må da også være styrende for den norske implementering av direktivets bestemmelser om organisasjonenes forhold til brukerne i langt større grad enn det som fremgår av høringsnotatet.

4.2 Avtaleforhandlinger om lisensiering – utkastet § 25

Direktivet fastsetter i art. 16 nr. 1 at medlemsstatene skal sørge for at forhandlinger om lisensiering av rettigheter skjer i god tro. Det legges på side 47 i høringsnotatet til grunn at dette ikke innebærer en plikt til å forhandle og at direktivet *kun* gjelder situasjoner der begge parter har en felles interesse i å komme frem til en avtale. Dette må bero på en misforståelse. En forpliktelse til å «conduct negotiations in good faith» innebærer nettopp en plikt for kollektive forvaltningsorganisasjoner til i det minste å forhandle, og det i god tro, med brukere som ønsker å lisensiere rettigheter uavhengig av om en slik bruk er noe organisasjonen i utgangspunktet ønsker å lisensiere.

Uttalelsen i høringsnotatet er begrunnet i at både organisasjonen og brukeren er pliktsubjekter. Det er i og for seg riktig, men innholdet i forpliktelsen vil være forskjellig siden partene har ulikt utgangspunkt. En tjenestetilbyder vil selvsagt ikke ha plikt til å forhandle om lisensiering av rettigheter for tjenester som tilbyder ikke har til hensikt å tilby sine kunder. Det vil ikke gi mening. For brukerne må den nye bestemmelsen innebære at de må forhandle i god tro om

⁴ Kolstad m.fl., Norsk konkurranserett (2007), side 348.

klarering av de rettigheter de bruker og innlede forhandlinger om lisensiering av rettigheter som vil bli brukt i nye tjenester de har til hensikt å lansere. Forvaltningsorganisasjonen må imidlertid alltid forhandle i god tro der en bruker ber om forhandlinger.

Ovenstående understøttes av formålet med direktivets bestemmelse som er å hindre misbruk av forhandlingsposisjoner fra forvaltningsorganisasjonens side og legge til rette for innføring av nye tjenester, jf. punkt 2.2 over. Misbruk av forhandlingsposisjoner kan blant annet skje ved at forvaltningsorganisasjonen nekter å forhandle om klarering av rettigheter eller ved at organisasjonen trekker forhandlinger ut i tid. For en effektiv gjennomføring av direktivets krav, er det nødvendig at forvaltningsorganisasjonen har plikt til å forhandle med brukere som etterspør lisens. Forhandlingsplikt i god tro har videre en naturlig sammenheng med kravet til å svare på henvendelser uten ugrunnet opphold etter direktivet art. 16 nr. 3 (se nærmere om denne bestemmelsen i punkt 4.8 nedenfor).

At direktivet skal forstås på denne måten følger også av sammenhengen med SatCab-direktivet, som har en tilsvarende bestemmelse i art. 12 (1):⁵

«Article 12 Prevention of abuse of negotiating positions Member states shall ensure by means of civil or administrative law, as appropriate, that the parties enter and conduct negotiations regarding authorization for cable retransmission in good faith and do not prevent or hinder negotiation without valid justification» (vår understreking).

I forarbeidene til SatCab-direktivet beskrives bakgrunnen for bestemmelsen slik:⁶

«The willingness of the parties to negotiate is also to be promoted by a ban on the abuse of negotiating positions. In general terms, the existence of an abuse of a negotiating position should be considered if a position taken with regard to an ongoing negotiation can in no ways be justified by the circumstances. There would be an abuse, for example, where one of the parties refused absolutely to enter into negotiation. The same would apply where a purported offer was in no way based on rational elements. In effect, therefore, this ban on the abuse of negotiating positions constitutes a requirement at least to enter into bona fide negotiation. But it is only an aid to negotiation, and does not force the parties to reach agreement. A proposal of an improperly high or low level of consideration would be inadmissible. But the Directive does not give a definition of what constitutes a fair proposal.»

I ESAs «letter of formal notice» av 19. februar 2014 vedrørende Norges implementering av SatCab-direktivet, ble det presisert at SatCab-direktivet art. 12 innebar at «Norway shall ensure, by appropriate legislative means, that the parties conduct negotiations in good faith and

⁵ Rådsdirektiv 93/83/EØF av 27. september 1993. Følger også av sammenhengen med nett- og videresendingsdirektivet (2019/789) art. 5 nr. 2 og fortalen punkt 17.

⁶ Kommisjonens forslag til direktiv av 11. september 1991 (COM (91) 276), side 25 og 46 (punkt 42).

*that none of them hinder or prevent negotiation without valid justification».*⁷ Tilsvarende må gjelde for gjennomføringen av nærværende direktiv.

Departementet drøfter på side 47 i høringsnotatet også hvordan direktivets «*good faith*»-begrep best kan oversettes til norsk. Kabel Norge støtter i den sammenheng valget av begrepet «*god tro*» som departementet faller ned på. Den nye loven skal tolkes direktivkonformt og «*god tro*» samsvarer best med uttrykket «*good faith*» i den engelske versjonen av direktivet og tilsvarende ordlyd i direktivets øvrige språkdrakter. For øvrig bemerkes at det å drive forhandlinger i «*god tro*» etter Kabel Norges oppfatning også har et etablert meningsinnhold i norsk rett i betydningen *bona fide* eller lojale forhandlinger. Begrepet er ofte brukt i avtaler inngått av medlemmer i Kabel Norge med ulike rettighetsaktører og er vanlig i norsk kontraktpraksis, f.eks. i tilknytning til regulering av plikter knyttet til fremtidige forhandlingssituasjoner.

Kabel Norge mener at forarbeidene til ny lov også bør drøfte organisasjonenes adgang til å koble (bundle) rettigheter. Dette er aktuelt der organisasjonen krever at bruker må erverve eller betale for flere rettigheter enn det bruker etterspør eller der organisasjonen søker å pålegge bruker å legge til flere tjenester i sine sluttbrukertjenester enn det er behov for. En organisasjon bør ikke kunne stille slike koblingsvilkår, men ha plikt til å lisensiere kun de rettighetene bruker faktisk etterspør.

4.3 Kravet til ikke-diskriminerende vilkår – utkastet § 27

Departementet foreslår å gjennomføre direktivet art. 16 nr. 2 om objektive og ikke-diskriminerende lisensvilkår i § 27. Departementet viser i den forbindelse til konkurranseloven

§ 11 andre ledd bokstav c og gir uttrykk for at bestemmelsen innebærer at det ikke kan benyttes ulike vilkår for likeverdige ytelser. Dette representerer imidlertid bare den ene siden av det konkurranserettslige ikke-diskrimineringskravet:

*«For at bokstav c skal komme til anvendelse, må det foreligge en forskjellsbehandling av sammenlignbare ytelser. Det første leddet i analysen av diskriminering blir derfor å undersøke om de transaksjoner som skal sammenlignes er 'likeverdige'. [...] Dersom en rabatt gis på en kundes totale avtak av flere ulike produkter, foreligger det i utgangspunktet 'likeverdige ytelser' dersom kundene avtar det samme produktspekter og det samme volum av det enkelte produkt. Dersom helheten i avtaleforholdet varierer fra kunde til kunde, vil dette kunne begrunne at rabattene i den enkelte kontrakt med den enkelte skiller seg ad da helheten ikke kan sies å være 'samme ytelse' fra kunde til kunde.»*⁸

«Diskriminering er definert som at to kunder betaler ulik pris for et produkt, og denne prisforskjellen kan ikke forklares med forskjell i kostnader

⁷ EFTA Overvåkningsorgans «*letter of formal notice*» av 19. februar 2014, side 1, 8 og 10.

⁸ Kolstad m.fl., Norsk konkurranserett (2007), side 595-596.

for å betjene de to kundene. Alternativt kan det også være prisdiskriminering dersom to kunder betaler samme pris, men det er ulike kostnader forbundet med å betjene hver av de to kundene.»⁹

Kravet til ikke-diskriminering har følgelig to sider; like situasjoner skal behandles likt, mens ulike situasjoner behandles ulikt.

Etter Kabel Norges oppfatning, er det ikke tilstrekkelig å vise til konkurransereglens ikke-diskrimineringskrav. Som påpekt i punkt 4.1 over, gir det liten mening å innføre nye regler som ikke innebærer noe annet enn det som ellers følger av konkurranseloven. Dersom direktivets regulering skal ha noen betydning – og operasjonshensynet taler for å tolke bestemmelsen slik at den blir effektiv – må kravet om objektive og ikke-diskriminerende vilkår bety noe utover det som allerede følger av alminnelig konkurranserett. Direktivets krav til ikke-diskriminering må således forstås slik at det innebærer en snevrere begrensning av de kollektive forvaltningsorganisasjoners handlingsrom enn det som følger av den alminnelige konkurranserett. Det kan f.eks. ikke være noe krav om at diskrimineringen påvirker konkurransen mellom brukerne slik det kreves etter den konkurranserettslige misbruksbestemmelsen.

4.4 Kravet til objektive vilkår – utkastet § 27

Departementet kommenterer ikke hva som nærmere ligger i kravet til «*objektive*» vilkår. Etter Kabel Norges oppfatning må direktivets krav til at vilkårene må være objektive innebære at den kollektive forvaltningsorganisasjonen må begrunne sine lisensvilkår og vederlagsmekanismer på en objektiv måte, herunder at det er en sammenheng mellom vederlagsmekanismene og rettighetenes bidrag til verdiskapningen.

Slik Kabel Norge ser det, er ulike tvisteløsningsorganers avvisning av rene omsetningsbaserte vederlag innenfor blant annet det audiovisuelle området illustrerende i så måte. Det vises her blant annet til EU-domstolens uttalelse i STIM, hvor domstolen la til grunn at vederlagsmodeller som i hovedsak baserte seg på generell omsetning kunne utgjøre misbruk av dominerende stilling dersom andre metoder var tilgjengelige for å identifisere bruken av verkene og publikum mer nøyaktig, uten å medføre for høye administrative kostnader.¹⁰ En ikke rettskraftig avgjørelse i Ophavsrettslicensnævnet 31.10.2018 mellom Koda og HBO i forbindelse med fastsettelse av vederlag og vederlagsmekanismer gjentar dette standpunktet. UK Copyright Tribunal har også avvist rene omsetningsbaserte vederlag for musikk innenfor det audiovisuelle området som urimelig etter opphavsretten:

«We are in no doubt that it would be unreasonable on the facts of the present case to adopt a percentage of revenue basis. We find that in the case of Sky, it would be particularly unreasonable to allow the PRS a direct percentage share in their revenues. [...] we do not think that PRS are co-adventurers with Sky in their broadcasting business. A simple example illus-

⁹ Hjelmeng og Sjørgard, Konkurransopolitikk, side 277-278.

¹⁰ Sak C-52/07 Kanal 5/TV4 (STIM).

trates why it is unfair. Suppose Sky (as they have) introduce “pay-per-view” boxing matches. In the first year this venture brings in an extra £ 10 million in revenue. Commercially that revenue is due to innovative marketing techniques and heavy and high risk investment in securing exclusive rights to the match. Why should PRS’s royalty for that year increase by a percentage of that million, when it owns its origin principally to risk taken by Sky. To put it another way, why should they be partners in sharing the revenues when they were not partners in sharing the costs and risks. [...].»¹¹

Slik Kabel Norge ser det, er det nær sammenheng mellom det som her betegnes som urimelige vederlagskrav og direktivets krav om at vilkårene må være objektive. I kravet til objektive vilkår ligger et krav om en objektiv sammenheng mellom de lisensierte rettighetenes bidrag til verdiskapningen og vederlaget/vederlagsmekanismene. En slik forståelse er naturlig også i lys av direktivet art 16 (2) siste punktum om at kollektive forvaltningsorganisasjoner skal informere brukere om hvilke kriterier som anvendes for å fastsette vederlagssatsene. Disse kriteriene må da være objektiv begrunnet.

4.5 Rimelig vederlag – utkastet § 27

Ifølge direktivet art. 16 nr. 2, skal rettighetshavere ha et rimelig vederlag for sine rettigheter. I Norge er dette allerede slått fast i åndsverkloven § 69. Vilåret i utkastet § 27 om at vederlaget for tillatt bruk skal være rimelig, må følgelig være rettet mot og legge begrensninger på de kollektive forvaltningsorganisasjonenes opptreden med hensyn til hvilke krav de fremmer i forhandlinger, slik departementet også legger til grunn i høringsnotatet på side 48. Bestemmelsen ivaretar hensynet til brukerne, dvs. at organisasjonenes vederlagskrav skal være rimelig i relasjon til brukersiden, jf. også lovens formålsbestemmelse.

De momentene som angis i direktivet, herunder at vederlaget skal være rimelig i relasjon til rettighetenes økonomiske verdi, understøtter at bestemmelsen begrenser størrelsen av det vederlag forvaltningsorganisasjonen har adgang til å kreve. Kabel Norge viser her også til at EU-domstolen har slått fast at henvisningen til økonomisk verdi i EUs opphavsrettslige direktiver ikke betyr et høyest mulig vederlag til rettighetshaver, kun et «*passende*» vederlag:¹²

«Det må imidlertid fastslås, at en sådan særlig genstand [dvs. den opphavsrettslige enerett] ikke garanterer de pågældene rettighedshavere muligheden til at gøre krav på det størst mulige vederlag. I overensstemmelse hermed er de nemlig – således som det fremgår af tiende betragtning til ophavsretsdirektivet og femte betragtning til direktivet om beslægtede rettigheder – kun sikret et passende vederlag for hver anvendelse af deres beskyttede frembringelser.

¹¹ British Sky Broadcasting Limited v The Performing Right Society Limited [1998] E.M.L.R. 193, avsnitt 6.19. The UK Copyright Tribunal har også avsagt en lang rekke andre avgjørelser som avviser kollektive forvaltningsorganisasjoners krav om omsetningsbaserte vederlag både inne det audiovisuelle området og andre områder (f.eks. musikkvederlag fra diskoteker).

¹² Forente saker C-403/08 og C-429/08 premiss 108

For at kunne betegnes som passende skal et sådant vederlag stå i et rimelig forhold til den økonomiske verdi at den leverede yttelse. [...]»

Bestemmelsen må følgelig også forstås slik at den legger adskillig strammere rammer for størrelsen av de vederlagskrav de kollektive forvaltningsorganisasjoner kan fremme, enn det som følger av f.eks. konkurranselovgivningen forbud mot urimelig prising.

Kabel Norge støtter for øvrig også departementets vurdering om at bestemmelsen i utkastet § 27 får anvendelse både på inngåtte avtaler og foreslåtte lisensvilkår. Retten til rimelig vederlag må ses i sammenheng med kravet om forhandlinger i god tro. Å foreslå urimelige vilkår, herunder urimelig høye vederlag vil være strid med god tro.

Kabel Norge vil avslutningsvis i dette punkt knytte noen kommentarer til begrepsbruken i utkastet. Departementet har i utkastet § 27 tredje punkt oversatt begrepet «*tariffs*» i den engelske direktivteksten til «*tariffer eller satser*», og i fjerde punkt til «*vederlagssatser*». Det er uklart for Kabel Norge hvorfor departementet har oversatt begrepet på ulike måter, og om de norske betegnelsene er ment å ha ulikt innhold. At det norske utkastet benytter ulike begrep, kan åpne opp for ulik tolkning, noe direktivet ikke gjør. Dette tilsier at det bør brukes ett begrep også i den norske bestemmelsen. Det engelske begrepet «*tariffs*» relaterer seg både til vederlagets absolutte størrelse, men også til måten vederlaget beregnes på, dvs. vederlagsmekanismen eller beregningsgrunnlaget. Tilsvarende gjelder det norske ordet *tariffer*. Kabel Norge vil derfor foreslå at man også i den norske loven gjennomgående benytter ordet «*tariff*».

4.6 Informasjon om vederlagskriteriene – utkastet § 27

I praksis er det hittil være vanlig at de kollektive forvaltningsorganisasjonene ensidig fastsetter hvordan vederlaget skal beregnes. Det er ofte vanskelig å forstå hvordan organisasjonene har kommet frem til de krevde vederlagsmekanismer og vederlagsnivå. Normalt angis riktignok et beregningsgrunnlag og en sats, for eksempel 3% av omsetning. Men hvorfor omsetning skulle være et relevant beregningskriterium i det aktuelle tilfelle eller hvorfor akkurat 3% skulle være rimelig, begrunnes sjelden. Det samme gjelder hvordan organisasjonen mener at mekanismer og nivå henger sammen med rettighetenes økonomiske verdi for den aktuelle bruker og de aktuelle rettighetenes relative verdi i forhold til andre innsatsfaktorer for produksjon og markedsføring av tjenestene. Disse forholdene gis det normalt ingen eller kun meget uklare forklaringer på. Uten slike opplysninger er det umulig å etterprøve om vederlaget er rimelig slik direktivet art. 16 nr. 2 forutsetter.

Det foreligger følgelig et klart behov for bedre innsikt og transparens i tilknytning til vederlagsfastsettelsen. I forbindelse med vedtakelsen av direktivet art. 16 nr. 2 siste punktum, ble det forutsatt at reglene skulle føre til «*better functioning and more transparent collective ma-*

nagement organizations» vis-à-vis både tjenestetilbydere og forbrukere.¹³ Direktivet jf. utkastet § 27 siste punktum må, slik departementet også legger til grunn på side 48 i høringsnotatet, forstås slik at det skal sette brukeren (og evt. retten) i stand til å vurdere vederlagets rimelighet.¹⁴ Dette forutsetter at opplysningene som gis av organisasjonene er tilstrekkelig detaljerte til at det er mulig å verifisere og etterprøve hvordan organisasjonene har kommet frem til de aktuelle vederlagsmekanismer og vederlagssatser. Dersom organisasjonen f.eks. mener at brukers omsetning er relevant, må dette begrunnes. Tilsvarende gjelder dersom organisasjonen krever en viss andel av en omsetning eller annen konkret sats. Da det også begrunnes hvorfor nøyaktig denne andelen eller satsen er valgt. Når det gjelder samleverk, må den aktuelle tariffen også stå i rimelig forhold til det økonomiske bidraget den lisensierte rettigheten representerer i samleverket. Dette må da også begrunnes.

4.7 Nye nettbaserte tjenester – utkastet § 28

Direktivet art. 16 nr. 2, jf. utkastet § 28, gjør unntak fra kravet om ikke-diskriminerende vilkår ved avtaler om nye nettbaserte tjenester. Formålet er å lette forhandlingene om nye tjenester og slik legge til rette for raskere lansering av innovative tjenester. Dette er et viktig bestemmelse som Kabel Norge stiller seg bak.

Slik Kabel Norge ser det, må departementet likevel klargjøre rekkevidden av bestemmelsen for å hindre eventuelt misbruk. Kabel Norge er bekymret for at bestemmelsen ellers kan benyttes til å begrunne senere vederlagsøkninger på mer generell basis. Premisset for bestemmelsen er at begge parter, både bruker og forvaltningsorganisasjon investerer i nye nettbaserte tjenester. Dersom det reelt sett bare er tjenesteyter som har investert i tjenesten, kan det med henvisning til bestemmelsen senere kreve høyere vederlag for slike nettbaserte tjenester. Det vises her til de betraktninger som The UK Copyright Tribunal gjør i sitatet angitt i punkt 4.4 over om nye tjenester, og som etter Kabel Norges oppfatning må få tilsvarende anvendelse her. Ordningen må forutsette at den midlertidige tariffen reflekterer at også forvaltningsorganisasjonen har foretatt en investering i den nye tjeneste i form av f.eks. lavere lisensvederlag i en oppstartsfasen.

For øvrig støtter Kabel Norge at unntaket for nye nettbaserte tjenester i en egen bestemmelse i loven, fremfor i en samlebestemmelse som i direktivet art. 16.

¹³ Se EU-kommisjonens notat «*Directive on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing - frequently asked questions*» av 4. februar 2014, punkt 12 og 13 (side 5).

¹⁴ På side 48 i høringsnotatet skriver departementet at «*et slikt krav om åpenhet fra organisasjonens side gjør det enklere for brukeren å avgjøre om tilbudet oppfyller direktivets krav om at det skal stå i rimelig forhold til den økonomiske verdien av tjenesten som den kollektive forvaltningsorganisasjonen leverer*». Kabel Norge går ut fra at det skyldes en inkurie at det her kun vises til ett av momentene i rimelighetsvurdering angitt i utkastet til § 27 tredje punktum.

4.8 Lisensforespørsel fra brukere – utkastet § 26

Direktivet art. 16 (3) om hvordan kollektive forvaltningsorganisasjoner plikter å besvare lisensforespørsler fra brukere, er foreslått gjennomført i utkastet § 26. Kabel Norge vil her kun knytte noen korte bemerkninger til begrepsbruken.

I den engelske direktivteksten skal henvendelser besvares «*without undue delay*», noe departementet oversatt til «*snarest mulig*». Den reelle forskjellen er antagelig liten, men en mer vanlig oversettelse av det engelske begrepet er «*uten ugrunnet opphold*» som også er en rettslig standard i norsk rett. I siste punktum i utkastet § 26, står det videre at det skal gis en begrunnelse for hvorfor organisasjonen «*ikke vil tilby tjenesten*». Bruken av ordet «*tjeneste*», er upresist. Det organisasjonen skal svare på er om den vil tilby lisens eller ikke til *brukers* tjeneste, jf. også første punktum og bestemmelsens overskrift. Kabel Norge vil foreslå at bestemmelsen omformuleres som følger:

«Når nødvendige opplysninger er mottatt, skal organisasjonen uten ugrunnet opphold, tilby brukeren en lisens eller gi en begrunnelse for hvorfor organisasjonen ikke ønsker å gi lisens til angjeldende tjeneste»

4.9 Elektronisk kommunikasjon – utkastet § 29 første ledd

Kabel Norge støtter forslaget til ny lovtekst, men er sterkt uenig i uttalelsen i høringsnotatet på side 48 om at det etter bestemmelsen må være tilstrekkelig at organisasjonen tilbyr kommunikasjon via én elektronisk kommunikasjonsplattform, f.eks. e-post. Å lovfeste noe slikt i 2020 gir etter Kabel Norges oppfatning ingen mening.

Å alene innføre en plikt til å kommunisere per e-post eller at det alene skal være opp til organisasjonen å bestemme hvordan elektronisk kommunikasjon skal foregå, er heller ikke i samsvar med direktivet. Det vises herunder til at art. 16 nr. 4 bruker flertallsformen «*electronic means*» og til henvisningen til «*industry standards*» i direktivet art.17 om brukers rapporteringsplikt som nærværende bestemmelse må ses i sammenheng med.

Bestemmelsen må forstås slik at den etablerer en plikt for organisasjonene til å ha slike digitale kommunikasjonssystemer som gjør det mulig å kommunisere effektivt med brukerne. Dette er særlig relevant når det gjelder rapportering hvor brukere til dels vil være underlagt omfattende og detaljerte rapporteringsforpliktelser. E-post kan ved kompleks rapportering være helt u hensiktsmessig. Bestemmelsen pålegger de kollektive forvaltningsorganisasjonene å være i stand til å motta rapporter i elektronisk format i samsvar med de til enhver tid gjeldende bransjestandarder for slik rapportering.

4.10 Brukers rapporteringsplikt – utkastet § 29 annet ledd

Åndsverkloven § 70 har allerede regler som pålegger brukere rapporteringsplikt. I forarbeidene til åndsverkloven (Prop. 104 L 2016-2017 side 244), ga departementet uttrykk for at de ville komme tilbake til spørsmålet om endring av § 70 når direktivet om kollektiv forvaltning

skulle implementeres i norsk rett. Forholdet til § 70 er imidlertid ikke nærmere drøftet i høringsnotatet utover at det sies at departementet finner det hensiktsmessig å innføre direktivbe-
direktivbestemmelsene uavhengig av bestemmelsene i åndsverkloven. Dette skaper uklarhet, blant annet fordi forpliktelsene i åndsverkloven og utkastet er formulert ulikt og til dels også har motstridende innhold. Dette skaper unødig usikkerhet om rapporteringsforpliktelsenes rekkevidde. Departementet må enten klargjøre forholdet mellom § 70 og utkastet § 29 annet ledd eller presisere at § 70, første ledd kun gjelder rettigheter lisensiert direkte, mens rapporteringsforpliktelsene i utkastet gjelder rapportering knyttet til rettigheter lisensiert via kollektive forvaltningsorganisasjoner.

Etter Kabel Norges oppfatning er departementets konkrete forslag i utkastet § 29 annet ledd, for øvrig i strid med direktivet art. 17, og forrykker vesentlig den balanse mellom brukernes og de kollektive organisasjonenes interesser som direktivets bestemmelse gir uttrykk for i organisasjonenes favør. Det vises her til at det av utkastet fremgår at *«dersom det ikke er avtalt bruk av annet format, skal brukeren anvende det formatet som stilles til rådighet av organisasjonen, med mindre dette formatet fremstår som urimelig.»* Dette gir organisasjonene styringen over valg av rapporteringsformat, noe som er klart i strid med direktivet, hvor det i art. 17 første punktum eksplisitt fremgår at formatet skal være avtalt (*«agreed or pre-established»*) mellom partene, dvs. brukeren og organisasjonen. Utkastet er også direkte i strid med siste punktum i direktivet art. 17 hvor det videre eksplisitt fremgår at *«when deciding upon the format for the provision of such information, collective mangement organisations and users, shall take into account, as far as possible, voluntary industry standards»* (våre understrekninger).

Kabel Norge er videre sterkt kritisk til at departementet ikke ønsker å lovfeste de begrensninger i rapporteringsplikten som for øvrig fremgår av art. 17 og ivaretar brukernes interesser. Etter direktivbestemmelsen gjelder rapporteringsplikten kun informasjon som brukerne har *«at their disposal»* og rapporteringsplikten er begrenset til det som er *«necessary»*. At slike begrensninger bare skal anses underforstått slik det antydes i høringsnotatet, er slik Kabel Norge ser det, ikke tilfredsstillende fra et brukerstandpunkt.

Rapporteringsplikten er praktisk viktig. Som fremhevet over, balanserer direktivet de ulike interessene på en helt annen måte enn det departementets utkast gjør. For at den norske rett skal være i samsvar med direktivet, må utkastets bestemmelse om rapportering formuleres på annen måte. Kabel Norge vil i den forbindelse foreslå følgende formulering:

«Når rettigheter er lisensiert fra kollektive forvaltningsorganisasjoner, plikter brukere innen avtalt tid og samsvar med avtalt format, å rapportere slik relevant informasjon som bruker har tilgjengelig om bruken av rettigheter lisensiert fra den kollektive forvaltningsorganisasjonen i den utstrekning det er nødvendig for at organisasjonen kan kreve inn og fordele innkrevd vederlag til rettighetshaverne. I avtalen om rapporteringsformat, skal partene i størst mulig grad ta hensyn til frivillige industristandarder.»

5 Tvisteløsning

Direktivet art. 34 nr. 1 slår fast at medlemslandene kan velge om tvister om bestemmelser som implementerer direktivet, skal kunne avgjøres gjennom alternative tvisteløsningsprosedyrer.¹⁵ Tvister om så vel gjeldende som foreslåtte lisensvilkår og kontraktsbrudd skal etter direktivet art 35 nr. 1 enten kunne bringes inn for domstolene eller et alternativt tvisteløsningsorgan. Direktivet art. 35 nr. 2 som ikke er gjengitt i høringsnotatet, forutsetter imidlertid at partene alltid skal ha rett til å gjøre sine rettigheter gjeldende eller forsvare seg i domstolene. Alternative tvisteløsningsordninger kan følgelig ikke begrense partenes adgang til å bringe tvister inn for domstolene.

Kabel Norge er enig med departementet i at det ikke er nødvendig å utvide kompetansen til Vederlagsnemnda eller innføre andre tvisteløsningsmekanismer utenfor domstolene for å oppfylle kravene i direktivet. Kabel Norge støtter også departements synspunkt på side 67 i høringsnotatet, om at hensynet til partenes avtalefrihet og autonomi tilsier at en eventuell utvidelse av Vederlagsnemndas kompetanse må bero på enighet mellom partene i den enkelte sak om at nemnda kan behandle saken.

Vi bemerker i sistnevnte sammenheng at Kabel Norges erfaring med den tidligere Kabeltvistnemnda tilsier at slike nemndsordninger har flere problematiske sider ved seg.¹⁶ Det var f.eks. store sprik i Kabeltvistnemndas skjønnsutøvelse ved utmåling av vederlag i nokså like saker, samtidig som det etter alminnelig forvaltningsrettslige prinsipper var begrenset adgang til å få overprøvd nemndas skjønnsmessige vederlagsfastsettelse i domstolene. Erfaring har også vist at vederlagstvister ofte forutsetter at det tas prejudisielt stilling til en rekke faktiske spørsmål som slike nemnder ikke vil ha kapasitet til å håndtere og at nemndene heller ikke har de prosessuelle virkemidler som domstolene har og som er nødvendige for å kunne få brakt faktum på de rene. Alternative tvisteløsningsordninger bør følgelig ikke påtvinges partene utover det som er strengt nødvendig.

I den grad det er begrensninger i adgangen til å bringe en nemnds avgjørelse inn for domstolene, noe som typisk vil være tilfeller for nemnder som anses som forvaltningsorganer grunnet begrensningene i domstolenes adgang til å overprøve forvaltningsorganers skjønn, vil nemndsordninger dessuten være i strid med direktivet art. 35 nr. 2. Etter Kabel Norges oppfatning bør departementet i den forbindelse foreta en nærmere vurdering av om nåværende regulering av Vederlagsnemnda er i samsvar med art. 35 nr. 2.

Som nevnt innledningsvis følger det av art. 35 nr. 1 at også *forslag om nye lisensvilkår* skal kunne bringes inn for en domstol eller annet tvisteløsningsorgan. Som departementet påpeker på side 66 i høringsnotatet, vil situasjonen ofte kunne være at de alminnelige søksmålsbetingelsene i slike saker ikke vil være til stede. Kabel Norge mener derfor at norske myndigheter, for å oppfylle direktivets krav på dette punkt, må innføre en bestemmelse som eksplisitt fast-

¹⁵ Unntak gjelder multi-territorielle musikk lisenser som er regulert i art. 34 nr. 2.

¹⁶ Se Kabel Norges høringsvar av 1. september 2016 til forslag om ny åndsverklov, punkt 8.6

setter at tvister om foreslåtte lisensvilkår kan bringes inn for domstolene. Det presiseres for god ordens skyld at av samme grunner som angitt over, anser Kabel Norge at alternative tvisteløsningsorganer ikke er egnet for denne type tvister og bruk av alternative tvisteløsningsorganer uansett bare vil være et unødvendig, tidskrevende og fordyrende mellomledd da partene uansett skal ha rett til å bringe slike tvister inn for domstolene i medhold av direktivets art. 35. nr. 2. Kabel Norge vil derfor foreslå følgende tilleggsformulering i utkastet § 47, som for øvrig regulerer verneting:

«Det samme gjelder tvist om hvorvidt forslag til nye lisensvilkår mellom kollektive forvaltningsorganisasjoner og brukere er i samsvar med lovens krav.»

6 Tilsyn

Departementet foreslår i høringsnotatets på side 72 at Patentstyret blir tilsynsorgan etter den nye loven. Kabel Norge mener at en delt tilsynsordning der Patentstyret (eller Lotteri- og stiftelsestilsynet) fører tilsyn med lovens regler for forholdet mellom de kollektive forvaltningsorganisasjonene og rettighetshaverne, og Konkurransetilsynet for de forpliktelser organisasjonene er underlagt overfor til brukerne, vil være mer hensiktsmessig.

Det vises her til at bakgrunnen for de særlige forpliktelser kollektive forvaltningsorganisasjoner er underlagt overfor brukere, er knyttet til organisasjonens sterke markedsstilling. Konkurransetilsynet har særlig erfaring med vurderinger av denne type spørsmål (ikke-diskrimineringsvilkår, rimelig vederlag mv.) og har både den juridiske og økonomiske kompetanse som er nødvendig for å føre effektivt tilsyn med slike foretak.

Dersom tilsyn legges til et annet organ en Konkurransetilsynet, vil det under enhver omstendighet være viktig at konkurranserettslig kompetanse stilles til tilsynsorganets disposisjon slik det ifølge høringsnotatet på side 69 er gjort i Finland. I motsatt fall frykter Kabel Norge at det ikke blir noe effektivt tilsyn med disse bestemmelsene.

7 Godkjenningsordning

Kabel Norge er av den oppfatning at det ikke er behov for å opprettholde en godkjenningsordning for f.eks. avtalelisensorganisasjoner. Loven stiller krav til kollektive forvaltningsorganisasjoners virksomhet, og når det nå innføres en tilsynsordning fremstår forhåndsgodkjenning mer som en unødig etableringshindring i et marked der det er behov for mer konkurranse. Mer konkurranse om kollektiv forvaltning vil være til fordel både for rettighetshaverne og brukerne. Det vises i den forbindelse til den svenske regjeringens proposisjon 2012/13:141 «*Förbättrade möjligheter till licensiering av upphovsrätt*» side 30 flg., der svenske myndigheter understreker behovet for å legge til rette for at flere organisasjoner skal kunne inngå avtale med avtalelisensvirkning innenfor et område. Formålet er å unngå at rettighetsforvaltningen monopoliseres og at det i stedet legges til rette for sunn konkurranse

mellom organisasjonene.¹⁷ Som påpekt av departementet i høringsnotatet, er erfaringene med notifikasjonsordningen gode i Sverige.

Kabel Norge støtter følgelig departementets alternativ II på side 82 flg. i høringsnotatet, der godkjenningsordningen avvikles og erstattes med en notifikasjonsordning.

8 Avslutning

Kabel Norge takker for anledningen til å kommentere forslaget til gjennomføring av direktiv om kollektiv rettighetsforvaltning. Vi står til disposisjon dersom Kulturdepartementet skulle ha behov for utdyping av våre synspunkter.

Med vennlig hilsen

Øyvind Husby
Styreleder
Kabel Norge

¹⁷ Det vises i denne forbindelse også til det svenske Konkurrencesverkets høringsuttalelser til SOU 2010:24 (Avtalt opphovsrätt) av 25. oktober 2010, samt til SOU 2011:32 (En ny opphovsrättslag) av 5. oktober 2011, se <https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/statens-offentliga-utredningar/2011/04/sou-201132/>