

Kulturdepartementet
Postboks 8008 Dep.
0030 OSLO



representing the
recording industry
worldwide

Innsendt elektronisk på regjeringen.no

Oslo, 7. februar 2020

Deres ref: 19/6342

Høringsuttalelse om gjennomføring av EUs direktiv om kollektiv rettighetsforvaltning og om åndsverklovens rekkevidde for nærstående rettigheter

IFPI Norge takker for muligheten til å avgi høringssvar til Kulturdepartementets forslag til ny lov om kollektiv forvaltning av opphavsrett og endringer i åndsverkloven om rekkevidden for nærstående rettigheter.

1. Ny lov om kollektiv forvaltning av opphavsrett (CRM)

IFPI er positive til utkastet til lov om kollektiv forvaltning av opphavsrett og dens formål om åpenhet og transparens.

IFPI er opptatt som rettighetshaverorganisasjon i Gramo, der vi har deltatt i arbeidet med utforming av Gramos høringssvar. Vi slutter oss til og støtter Gramos innspill i sin helhet.

2. Endringer i åndsverkloven om rekkevidden for nærstående rettigheter

Vi viser til tidligere dialog og korrespondanse mellom Gramo og Kulturdepartementet i denne saken.

Som påpekt i Gramos høringssvar, så vil norske utøvere miste retten til vederlag som konsekvens av departementets endringsforslag. IFPI mener dette er i strid med Stortingets forutsetning om at løsningen ikke skulle svekke vederlagsretten.

Etter IFPIs oppfatning fremstår også endringsforslaget som tvilsomt vurdert i forhold til Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Vi er i tvil om departementet har vurdert om den foreslåtte endringen er i strid med Norges internasjonale forpliktelser, og da særlig EØS-avtalen, grundig nok. Vi viser til vedlagte notat som er utarbeidet av advokatfirmaet Thommessen for IFPI Norge.

Med vennlig hilsen
for IFPI Norge

Marte Thorsby (sign.)
Direktør

NOTAT

Fra Advokatfirmaet Thommessen AS
Dato 6. februar 2020
Ansvarlig advokat: Siri Teigum

FORSLAG OM ENDRING AV ÅNDSVERKLOVEN - FORHOLDET TIL EØS-AVTALEN

1 OPPSUMMERING

Departementet foreslår å endre åndsverkloven på en måte som vil redusere retten til vederlag for norske utøvere og utøvere fra andre EØS-land relatert til bruk av fonogram når produsent ikke er fra EØS. I realiteten er det tale om en inntektsoverføring fra EØS-utøvere og amerikanske produsenter til et norsk fond, hvor bare norske utøvere kan søke om midler.

Etter vår oppfatning fremstår en slik endring som tvilsom vurdert i forhold til Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

Det fremstår i beste fall rettslig usikkert om endringen er forenlig med artikkel 8 (2) i utleiedirektivet. Direktivet kan gi bedre vern enn det som følger av internasjonale avtaler som EU og Norge er forpliktet av, og synes å gjøre det. Direktivbestemmelsens ordlyd åpner ikke for denne typen nasjonale begrensninger på hvem som skal ha rett til rimelig vederlag, og harmoniseringshensyn og hensynet til det indre markedes funksjon tilsier at det ikke bør være rom for nasjonale begrensninger.

Hvilket spillerom medlemsstatenes eventuelt har til å begrense vernet for utøvere under utleiedirektivet artikkel 8 (2) er gjenstand for behandling av EU-domstolen i en pågående sak. En eventuell norsk lovendring til skade for utøverne bør uansett stilles i bero i påvente av utfallet i den saken.

Vi påpeker også at en endring som foreslått vil kunne bidra til økt fokus på om selve fondsordningen (FFUK) er forenlig med EØS-avtalens alminnelige bestemmelser.

2 BAKGRUNN OG PROBLEMSTILLING

Kulturdepartementet sendte 6. desember 2019 på høring et forslag knyttet til gjennomføring av EUs direktiv om kollektiv rettighetsforvaltning og om åndsverklovens rekkevidde for nærstående rettigheter. Høringsfristen er 7. februar 2020.

Vår vurdering omhandler forslaget om å endre åndsverklovens rekkevidde for nærstående rettigheter.

Etter gjeldende rett utløses vederlagsplikt ved utnyttelse av opptak fremstilt av produsent hjemmehørende i Norge og andre EØS-land samt andre land tilsluttet Romakonvensjonen, jf.

forskrift til åndsverkloven § 6-12. I tillegg utløses vederlagsplikt ved gjengivelse av opptak hvor en eller flere av de utøvende kunstnerne er borger eller bosatt i EØS, jf. åndsverkloven § 21 første ledd.

Det er foreslått å endre åndsverkloven § 114 gjennom følgende tilføyelse:

"Bestemmelsen i § 21 gjelder for lydopptak der produsenten er person eller selskap som nevnt i første ledd. Vederlagsretten tilkommer både produsenten av opptaket og de utøvende kunstnere hvis fremføring gjengis, uavhengig av kunstnernes nasjonalitet."

Person eller selskap nevnt i første ledd er norsk statsborger eller person bosatt i Norge og selskap med norsk styre og sete i Norge. Andre EØS-land er, og vil om forslaget vedtas forbli, likestilt med Norge iht. forskrift til åndsverkloven § 6-1.

Lovforslaget innebærer at de utøvende kunstnernes tilknytning til Norge eller EØS-land blir irrelevant, mens produsentens tilknytning blir avgjørende for vederlagsplikten.

Resultatet vil være at færre verk vil være vernet og dermed medføre vederlagsplikt etter åndsverkloven ved utnyttelse i Norge. Utøvende kunstnere fra Norge og andre EØS-land mister rett til vederlag dersom verkets produsent ikke oppfyller tilknytningskravet. I tillegg vil produsenter fra land som ikke har tiltrådt Romakonvensjonen (særlig amerikanske) miste retten til vederlag, som de i dag får for bruk av produksjoner med utøvere fra Norge/EØS.

Reelt sett er det tale om en inntektsoverføring fra utøvende kunstnere fra Norge og andre EØS-land, samt fra (særlig) amerikanske produsenter, til FFUK, hvor kun norske utøvere bosatt i Norge kan søke om midler relatert til norske produksjoner.

For brukerne vil en slik endring være uten betydning. De betaler det samme uansett, dvs. enten vederlag for bruk av vernede opptak til Gramo eller avgift for bruk av verk som ikke er vernet til FFUK.

Spørsmålet er om en slik endring av vederlagsretten vil være i overensstemmelse med Norges internasjonale forpliktelser, herunder særlig EØS-avtalen.

3 VURDERING

3.1 Innledning

I henhold til åndsverkloven har utøvere fra EØS-land krav på vederlag selv om produsenten er fra et land som ikke har tiltrådt Romakonvensjonen. Dette er åpenbart ikke i strid med Norges internasjonale forpliktelser, inkludert EØS-avtalen (herunder utleiedirektivet).

Spørsmålet er om den foreslåtte endringen er i strid med Norges internasjonale forpliktelser, og da særlig EØS-avtalen. Dette er drøftet i pkt. 3.5.2 i høringsnotatet, som også må sees i sammenheng med pkt. 3.4 om "internasjonale rammer og regulering i andre land".

Vi er enig i at dette primært er et spørsmål knyttet til utleiedirektivet og EØS-avtalen, selv om vi ikke umiddelbart er enig i departementets synspunkter knyttet til betydningen av Romakonvensjonen og WPPT.

3.2 Regulering i andre land

Det kan synes å være en viktig premis for departementets vurdering at norsk praksis skiller seg fra andre EØS-land på en måte som tilgodeser (særlig) amerikanske produsenter.

Departementet peker i pkt. 3.4.2 på at det ikke er "funnet eksempler på andre land hvor vederlagsretten er gitt en slik utstrekning som praksis har medført i Norge, altså at utøvernes nasjonalitet skal ha betydning for vernespørsmålet". Departementet viser til at andre land også legger vekt på andre forhold enn produsentens nasjonalitet, men at det uansett er kriterier knyttet til forhold ved produsenten eller produksjonen, typisk stedet for første innspilling og utgivelse. Dette fremholdes som et argument for at utleiedirektivet ikke har hatt til hensikt å verne opptak basert på utøvernes nasjonalitet, siden det motsatte ifølge departementet ville medført at de "fleste EØS-land" ville ha gjennomført direktivet feil, jf. departementets notat pkt. 3.5.2

Etter vår oppfatning er faktum noe mer nyansert enn departementet gir uttrykk for.

De fleste andre EØS-land har mer vidtrekkende beskyttelse for produsenter enn Norge. Dette medfører også et mer vidtrekkende vern for utøvere, ettersom utøvere har rett til vederlag når produsent/produksjon er omfattet av de relevante tilknytningskriteriene.

Bakgrunnen for dette er at Romakonvensjonen stiller krav om en nokså vidtrekkende beskyttelse for produsenter (og dermed indirekte for utøvere) gjennom ulike alternativene i artikkel 5. Tilknytning kan etableres basert på produsentens nasjonalitet, produksjonens innspillingsted og stedet for første utgivelse. Når en produsent har vern basert på et eller flere av disse alternativene, vil produsenten måtte dele vederlaget med utøvere uansett hvor de kommer fra.

Norge har tatt forbehold til artikkel 5, jf. artikkel 16 (1) (a) (iii) i Romakonvensjonen og innrømmer ikke tilknytning for produsenter på annet grunnlag enn nasjonalitetskriteriet (Romakonvensjonen artikkel 5 nr. 1 bokstav a).

I land som har akseptert alle de nevnte tilknytningskriteriene i Romakonvensjonen, vil en fremstilling basert på en amerikansk produksjon kunne være beskyttet (gi krav på vederlag til produsent) dersom innspillingen har funnet sted i et EØS-land. Tilsvarende vil en amerikansk produsent kunne ha krav på vederlag knyttet til avspilling av et fonogram som enten først ble publisert i for eksempel England eller ble utgitt der senest 30 dager etter at det først ble utgitt i for eksempel USA. Og dersom produsenten har krav på vederlag, vil også utøvende kunstnere ha det. I Norge har amerikanske produsenter i utgangspunktet ikke krav på vederlag. Forskjellen utliknes etter gjeldende rett gjennom den norske regelen som gir utøver (og produsent) krav på vederlag dersom utøveren oppfyller kravet til tilknytning til en EØS-stat.

Oppheves den særnorske bestemmelsen som etablerer vederlagsplikt basert på utøverens tilknytning til en EØS-stat slik departementet foreslår, blir konsekvensen at utøvere har en langt mer vidtrekkende beskyttelse i andre EØS-land enn det som vil være tilfelle i Norge.

3.3 Forholdet til utleiedirektivet

3.3.1 Kort om departementets vurdering

Departementet slår i pkt. 3.5.2 fast at forpliktelsene etter Romakonvensjonen ikke er til "hinder for at § 114 anvendt på § 21 bare skal gi anvisning på en vurdering av produsentens forhold". Dette fordi "Romakonvensjonens kriterium [er] produsentens forhold, noe som for øvrig også gjelder etter WPPT". Det er vi ikke uenig i. Vi påpeker imidlertid at Romakonvensjonen artikkel 4 også krever nasjonal behandling av utøvere fra andre medlemsland. Det samme gjør WPPT artikkel 4.

Departementets hovedargument synes å være at uteleiedirektivet gjennomfører Romakonvensjonen, at Romakonvensjonen åpner for nasjonale begrensninger på hvem som har rett til rimelig vederlag ut fra forhold knyttet til produsent/produksjon og at uteleiedirektivet derfor også må gjøre det. I motsatt fall vil, ifølge departementet, "de fleste EØS-land ha gjennomført direktivet feil".

Hva det siste synspunktet angår, minner vi om at ulikhetene i rettstilstanden i Norge sammenlignet med EØS-landene forklarer hvorfor spørsmål om vern basert på utøvernes nasjonalitet ikke aktualiseres i andre EØS-land på samme måte som i Norge: de fleste land har ikke begrenset kretsen av vederlagsberettigede produsenter. Skulle direktivet likevel mot formodning være uriktig gjennomført i andre EØS-land, er det uansett ikke et holdbart argument for å frata utøvere (eller produsenter) rettigheter staten ifølge direktivet skal sikre dem.

3.3.2 Hva innebærer Direktivbestemmelsen?

Departementet mener at det ikke er "holdepunkter for at uteleiedirektivet er ment å skulle harmonisere tilknytningskriteriene og/eller pålegge medlemslandene å anvende andre kriterier enn det som følger av Romakonvensjonen". Etter vår vurdering er dette imidlertid ikke så klart som departementet gir inntrykk av.

For det første må det slås fast at Direktivet ikke inneholder tilknytningskriterier av den art vi finner i Romakonvensjonen eller i norsk lovgivning. Vern skal etableres for produsenter og utøvere.

Utleiedirektivet artikkel 8 (2) bestemmer at:

"Medlemsstatene skal fastsette at utøvende kunstnere og fonogramprodusenter har rett til et vederlag som deles mellom dem, slik at brukeren betaler et rimelig samlet vederlag dersom et fonogram utgitt i kommersielt øyemed, eller en reproduksjon av et slikt fonogram, benyttes til trådløs kringkasting eller til offentlig framføring. Dersom det ikke er enighet mellom de utøvende kunstnerne og fonogramprodusentene, kan medlemsstatene fastsette vilkårene for hvordan dette vederlaget skal fordeles mellom dem."

Ordlyden i artikkel 8 (2) taler følgelig mot en tolkning som åpner for den foreslåtte lovendringen. Kravet om at medlemsstatene "skal" fastsette at utøvende kunstnere og produsenter har en rett til et vederlag tilsier at medlemsstatene ikke har noen skjønnsmargin til å velge om de skal gi utøvende kunstnere og produsenter en vederlagsrett eller kan velge å avgrense kretsen av beskyttede kunstnere og fonogramprodusenter på ulik måte. Dersom direktivbestemmelsen var ment å åpne for ulikt nasjonalt omfang burde nettopp det ha kommet klart til uttrykk.

Begrepet fonogramprodusent er ikke nærmere avgrenset i direktivet, jf. ordlyden i artikkel 8 (2) samt artikkel 3 (1) (c) der det fremgår at eneretten til å tillate og forby utleie og utlån skal tilkomme "fonogramprodusenten med hensyn til dennes fonogrammer". Etter sin ordlyd omfatter begrepet fonogramprodusent i direktivet alle tre kategorier produsenter som følger av Romakonvensjonen artikkel 5. At Norge har tatt forbehold og dermed innskrenket hvilke produsenter som gis beskyttelse og at Romakonvensjonen tillater en slik innskrenkning, sier ikke noe om rekkevidden av en EU-regel som skal harmoniseres i EU (og EØS). Hensynet til produsentens rettighetsvern slik dette kommer til uttrykk i direktivet og funksjonen av det indre marked taler mot en innskrenkende tolkning av begrepet.

Av direktivets fortale avsnitt 5 fremgår det tydelig at det er nødvendig at utøvende kunstnere sikres et rimelig vederlag for å kunne holde frem med sitt kreative og kunstneriske arbeid. Det vises til at risiko ved investeringer til fremstilling av fonogrammer er særlig stor og at muligheten

for å sikre et rimelig vederlag og dekke disse investeringskostnadene *kun* kan sikres effektivt hvis rettighetshaverne har en rimelig rettsbeskyttelse.

Som en konsekvens av lovforslaget vil utøvere gå fra å ha en selvstendig vederlagsrett til å bare ha en mulighet til å søke om støtte, gitt at de oppfyller det norske tilknytningskravet. Alle øvrige utøvere, herunder utøvere med EØS-tilknytning, vil med lovforslaget miste en vederlagsrett og heller ikke ha noen mulighet til å søke om støtte. At utøvere kan få vederlag dersom produsenten av fonogrammet tilfeldigvis er en EØS-borger veier ikke opp for bortfall av en selvstendig rettighet. Lovforslaget synes slik sett å være i strid med formålet bak direktivet og ordningen med vederlagsrett.

Den norske versjonen av direktivet bruker uttrykket "utøvende kunstnere", mens den engelske sier "relevant performers". Etter Romakonvensjonen er det mulig å anvende ulike tilknytningskrav. Spørsmålet er da om det er mulig å tolke "relevant performers" i utleiedirektivet artikkel 8 (2) slik at det (innenfor Romakonvensjonens spillerom) kan oppstilles nasjonale begrensninger for hvilke utøvere som er "relevante".

EU er ikke tilsluttet Romakonvensjonen. Det fremgår imidlertid av direktivets fortale avsnitt 7 at hensikten ved vedtakelsen av utleiedirektivet av 1992 i stor grad var å følge Romakonvensjonens bestemmelser. Dette for å sikre en felles minimumsbeskyttelse og samtidig sørge for samsvar med medlemsstatens internasjonale forpliktelser.¹

Artikkel 8 ble inntatt som et tillegg til den eksklusive retten for utøvere som ble innført i artikkel 7. Hensikten var å la utøvere ved siden av produsenter ta del i inntektene knyttet til videre bruk av fonogrammer av tredjeparter.

Formålet med direktivet er også klart: medlemsstatene skal sikre både produsenter og utøvere rett til rimelig vederlag. Det er imidlertid ingenting i veien for å beskytte utøverne (og produsentene) i større utstrekning enn det som følger av medlemsstatenes forpliktelser.

Spørsmålet er om og i så fall i hvilken grad utleiedirektivet tillater medlemsstatene å anvende ulike kriterier knyttet til hvilke produsenter som skal ha rett til rimelig vederlag, ettersom Romakonvensjonen åpner for det.

Artikkel 8 (2) skiller seg fra Romakonvensjonen artikkel 4 og 5, som tillater anvendelsen av ulike tilknytningskrav. I disse bestemmelsene fremgår muligheten til å anvende ulike tilknytningskrav uttrykkelig og utvetydig. Ordlyden i utleiedirektivet artikkel 8 (2) inneholder derimot ingen referanser til at medlemsstatenes nasjonale rett kan angi meningsinnholdet eller omfanget av vilkårene eller begreper i bestemmelsen. Noe som tilsier at medlemsstatene ikke kan gripe inn i rettighetene som følger av artikkel 8 (2).

Direktivet er heller ikke bundet av Romakonvensjonen, men valgte i sin tid å følge Romakonvensjonen for å sikre minimumsbeskyttelse. Dette tilsier at ordlyden i direktivet artikkel 8 (2) ikke kan tolkes innskrenkende, og følgelig mot å åpne for at medlemsstater kan anvende ulike kriterier knyttet til produsenter som skal ha rett til rimelig vederlag.

¹ Direktivet går likevel på flere punkter lenger enn Romakonvensjonen. Dette gjelder for eksempel introduksjonen av den eksklusive retten for utøvere i artikkel 7.

Det er videre ingenting i veien for at stater tiltrådt Romakonvensjonen stiller strengere krav til beskyttelse enn det som følger av Romakonvensjonen, slik direktivet og den tolkningen vi mener må legges til grunn gjør ved å sikre både utøver og produsent en vederlagsrett.

Dette er også den eneste tolkningen som er i samsvar med formålene slik disse kommer til uttrykk i direktivets fortale om hensynet til høy grad av beskyttelse, et velfungerende indre marked og lik beskyttelse.²

Behovet for en enhetlig anvendelse av EU-retten og likhetsprinsippet tilsier at begrepene i artikkel 8 (2) må gis en autonom og enhetlig tolkning i hele EU (og EØS). En slik tolkning innebærer at både utøvere og produsenter har en vederlagsrett etter artikkel 8 (2), som det ikke er opp til den enkelte EØS-stat å bortfortolke.

Både WPPT og Romakonvensjonen utpensler hvilke utøvere og produsenter som er omfattet av beskyttelse og rett til vederlag etter disse konvensjonene, og konvensjonene åpner for forbehold på ulike punkter. Det at direktivet ikke inntar de samme tilknytningskravene tilsier følgelig at direktivet oppstiller en videre beskyttelse enn minimumsbeskyttelsen som Romakonvensjonen oppstiller.

3.4 Departementet bør uansett avvente EU-domstolens avgjørelse i sak C-265/19

Det pågår for tiden en sak for EU-domstolen om rekkevidden av utleiedirektivet artikkel 8 (2), sak C-265/19. Dette er en forespørsel om såkalt prejudisiell uttalelse fra EU-domstolen fra High Court of Ireland relatert til tolkningen av utleiedirektivet artikkel 8 (2). Den irske saken gjelder en konflikt mellom en organisasjon for utøvere og en organisasjon for produsenter om en regel som gir produsentene rett til ikke å dele "rimelig vederlag" med utøvere som ikke er EØS-borgere.

Den irske domstolen stiller flere tolkingsspørsmål til EU-domstolen, men essensen i disse er hvilke utøvere (og produsenter) som omfattes av retten til rimelig vederlag i direktivet art. 8 (2). Etter irsk rett er produsenter i utgangspunktet gitt en mer vidtrekkende rett til vederlag enn utøvere. Produsenter får rett til rimelig vederlag når innspillingen først er lovlig tilgjengeliggjort i Irland eller et EØS-land, eller hvis innspillingen først blir lovlig tilgjengelig i et land som ikke har tiltrådt Romakonvensjonen uansett gjøres lovlig tilgjengelig i et EØS-land innen 30 dager deretter. De fleste innspillinger av betydning omfattes av dette. For eksempel vil en amerikansk produsent som regel vil ha rett på rimelig vederlag. Utøvere har derimot bare rett til rimelig vederlag dersom innspillingen har funnet sted innenfor EØS.

Spørsmålet i saken er altså om en slik begrensning i utøvernes rett til rimelig vederlag er i overensstemmelse med art 8 (2) i direktivet.

Selv om saken gjelder et litt annet spørsmål, vil EU-domstolens uttalelse kunne gi avgjørende føringer for medlemsstatenes handlingsrom på dette området.

Det fremstår som uforsvarlig å vedta den foreslåtte endringen før dette handlingsrommet er nærmere avklart.

² Se fortalen avsnitt 5 og 17

3.5 Særlig om FFUK og forholdet til EØS-avtalens forbud mot diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet

FFUK er en særordning med strenge krav til norsk tilknytning, som det allerede i utgangspunktet må kunne stilles spørsmål ved om er forenlig med EØS-avtalens alminnelige bestemmelser som forbyr forskjellsbehandling på bakgrunn av nasjonalitet.

For ordens skyld påpeker vi at særordningen på ingen måte kan sammenlignes med en *rett* til vederlag som følger av artikkel 8 (2) i direktivet.

Lovforslaget vil føre til at en større andel av utgiftene for musikkbrukerne overføres til FFUK på bekostning av rettighetshaverne. FFUK-ordningens diskriminerende element overfor utøvere fra andre EØS-stater blir dermed forsterket som en konsekvens av lovforslaget. Det kan reises spørsmål om ordningen med de konsekvenser som følger av lovforslaget står seg iht EØS-avtalen, noe departementet ikke synes å ha vurdert i høringsbrevet.
