

Kulturdepartementet  
Postboks 8030 Dep  
0030 Oslo

1. september 2016

Brevet er også sendt på e-post til:  
postmottak@kud.dep.no

## **Høringsvar fra Kabel Norge: Forslag til ny åndsverklov**

### **1 Oversikt**

#### **1.1 Innledning**

Det vises til Kulturdepartementets høringsnotat av 17. mars 2016 med forslag til ny åndsverklov.

Kabel Norge er bransjeorganisasjonen for de kommersielle kabel-TV-operatørene i Norge. Foreningen har 23 medlemmer lokalisert over hele landet. Kabel-TV er Norges største plattform for distribusjon av TV-kanaler og annet audiovisuelt innhold. Kabel Norges medlemmer leverer audiovisuelle innholdstjenester til omlag 40 % av Norges ca. 2,2 millioner TV-husholdninger og investerer store beløp i produksjon av audiovisuelle verk gjennom sine langsiktige avtaler med kringkastere og andre innholdsleverandører. For Kabel Norges medlemmer er det viktig å kunne levere gode innholdstjenester til norske seere.

#### **1.2 Kabel Norges overordnede, prinsipielle synspunkter**

Kabel Norge ønsker en revisjon av åndsverkloven velkommen, men er bekymret over flere av de forslag til materielle endringer som er fremsatt i høringsnotatet, særlig knyttet til overdragelse av opphavsrett.

Opphavsretten skal balansere rettighetshavernes interesser mot allmennhetens og brukernes interesser. Ved vedtagelsen av dagens åndsverklov fra 1961 la Stortinget til grunn at allmennhetens rett til opphavsrettslige verk bygger på «*et like sikkert rettsgrunnlag som opphavsmannens rett*».<sup>1</sup> Det EØS-rettslige regelverk understreker i tillegg behovet for balanse mellom rettighetshaver og *brukere* av opphavsrett.<sup>2</sup> Høringsnotatet bærer ikke preg av noen tilsvarende avveining mellom ulike interesser. Forslaget forrykker balansen i gjeldende lov

---

<sup>1</sup> Innst. O. XI (1960-61) side 2 og 17-18

<sup>2</sup> Infosoc-direktivet (Dir 2001/29): «*Det er nødvendig at bevare en rimelig balance med hensyn til rettigheter og interesser mellom ... rettighetshavere og brukere af beskyttede frembringelser*» (fortalens avsnitt 31)

gjennom en ensidig styrking av de originære rettighetshavere. Det er betenkelig at dette foreslås uten at det er gjort vurderinger av hvilke faktiske konsekvenser dette vil ha for viljen til å investere i produksjon av nye åndsverk og allmennhetens tilgang til disse.

Åndsverkloven er en grunnleggende regulering for norsk medie- og underholdningsbransje som er sentral for ivaretagelse av norsk språk og kultur og den frie meningsutveksling. Bransjen har hatt økende økonomisk betydning og sysselsetter et stort antall skapende og utøvende kunstnere, men er nå inne i en krevende omstilling. Raske, teknologiske endringer som påvirker hvordan innhold konsumeres undergraver eksisterende finansieringsmodeller og fører til sterkere konkurranse fra internasjonale aktører på alle ledd i verdikjeden fra innholdsproduksjon til -distribusjon. Dersom myndighetene ønsker en levende norsk kultur som ikke bare skal basere seg på offentlig finansiering og andre statlige tiltak, må myndighetene skape forutsigbare rammebetingelser som gjør det attraktivt for næringslivet å investere i nytt, norsk innhold.

I sitt innspill av 24. juni 2015 etterlyste Kabel Norge derfor en modernisering av åndsverkloven som tok høyde for teknologiske endringer og fremtidens utfordringer. Høringsnotatet bærer etter Kabel Norges oppfatning ikke preg av en slik tenkning. Mens flere av forslagene innebærer en styrking av originære rettighetshaveres rettigheter på bekostning av de som investerer i innholdsproduksjon og skaper økt usikkerhet om inngåtte avtaler, er under en halv side i et høringsnotat på over 400 sider brukt til å redegjøre for forslagets økonomiske og administrative konsekvenser. Dette til tross for at både Kabel Norge og flere andre høringsinstanser som finansierer nytt norsk innhold, i sine innspill til revisjon av åndsverkloven fra juni 2015, var meget tydelige på at det bransjen trenger er en åndsverklovgivningen som legger til rette for effektiv, individuell rettighetsklarering.

Flere av forslagene tar utgangspunkt i et premiss om den originære rettighetshaver som den svake part i en rettighetsforhandling. Høringsnotatet mangler imidlertid en nærmere analyse av om premisset er i samsvar med de faktiske realiteter. Etter Kabel Norges oppfatning er en slik beskrivelse i hvert fall ikke dekkende for audiovisuell sektor. Opphavsrettens enerettsposisjoner kombinert med rettighetshavernes samarbeid om klarering av audiovisuelle rettigheter enten gjennom sine organisasjoner eller annen kollektiv rettighetsforvaltning, fører til at brukere av opphavsrett i mange av sine rettighetsforhandlinger i praksis møter monopoler eller kartellignende samarbeid på rettighetshaversiden.

Forslagene synes videre å ta utgangspunkt i at verk skapes av selvstendige skapende og utøvende kunstnere som selv tar den økonomiske risikoen ved sin virksomhet og følgelig må beskyttes når det ferdig frembrakte verk deretter skal utnyttes økonomisk. Realiteten er at de langt fleste verk skapes i ansettelsesforhold eller på oppdrag fra næringslivet. Det er arbeids- og oppdragsgiver som har den økonomiske risikoen ved den skapende virksomheten. Dersom Regjeringen skal nå sitt mål om at skapende og utøvende kunstnere i større grad skal kunne leve av sin virksomhet, må det gjøres attraktivt å investere i norsk innholdsproduksjon og -distribusjon. Kun slik vil det være mulig å skape et levedyktig næringsliv som kan skape arbeidsplasser og/eller oppdrag for skapende og utøvende kunstnere som de kan leve av.

Kabel Norge savner også en vurdering av hvordan forslaget vil påvirke norsk medie- og underholdningsbransjes konkurransevne sammenlignet med internasjonalt innhold og

internasjonale aktører. Kabel Norges medlemmer er som norske aktører opptatt av å formidle norsk innhold. Norske myndigheter kan ikke forvente at utenlandske aktører på samme måte som norske innholdsdistributører vil prioritere formidling av norsk innhold og tilgang til et norsk kulturtilbud.

Departementet uttaler på side 324 i høringsnotatet at forslaget forhåpentlig vil føre til færre tvister på området. Kabel Norge er uenig i dette og er av den oppfatning at flere av forslagene, særlig i kombinasjon med hverandre, vil gjøre rettighetsforhandlinger vanskeligere, skape ny usikkerhet om rekkevidden av inngåtte avtaler og skape grobunn for flere tvister. Dette gjelder særlig forslaget til lovfesting av bevis- og tolkningsregler, innføring av oppsigelsesadgang, unntaket for videreoverdragelser ved rettighetsovergang i arbeidsforhold og forslaget til «dobbel erstatning» ved visse rettighetsovertredelser.

### 1.3 Kabel Norges hovedsynspunkter til forslaget

Kabel Norges synspunkter kan mer konkret oppsummeres på følgende måte:

1. Formålet med en forenkling av åndsverklovgivningen er ikke nådd. Lovteksten er språklig fortsatt vanskelig tilgjengelig. Viktige presiseringer kommer kun til uttrykk i forarbeidene. Flere av forslagene bidrar til usikkerhet om investeringer i åndsverk kan utnyttes som forutsatt.
2. Det bør ikke innføres særlige avtaletolknings- og bevisbyrdeprinsipper i opphavsretten som avviker fra alminnelige og anerkjente kontrakts- og sivilrettslige prinsipper. Forslaget vil gjøre avtaleforhandlinger vanskeligere, skape usikkerhet om tolkning av inngåtte avtaler og legge grunnlaget for flere, ikke færre, tvister innenfor opphavsområdet.
3. Rett til oppsigelse av avtale om rettigheter som ikke er tatt i bruk bør ikke innføres.
4. Det er positivt at det foreslås innført en presumpsjon for rettighetsovergang i arbeidsforhold, men presumpsjonen bør utvides til alle kommersielle rettigheter til verket. Presumpsjonen må under enhver omstendighet omfatte arbeidsgivers rett til å utnytte verket ved videreoverdragelser. Det bør også innføres en presumpsjonsregel i oppdragsforhold.
5. Det er uklart hvilket behov den foreslåtte audiovisuelle avtalelisensen er ment å dekke ved siden av den generelle avtalelisensen. Kabel Norge frykter at forslaget vil bli oppfattet som en oppfordring til kollektiv klarering på bekostning av individuell rettighetsklarering. Opt-out muligheten for den enkelte rettighetshaver medfører at forslaget uansett ikke er en attraktiv klareringsmåte for Kabel Norges medlemmer, siden det ikke gis noen sikkerhet for at rettigheter faktisk blir klarert. Kabel Norge vil heller oppfordre departementet til å utrede mulighetene for innføre en vederlagsrett for gjenværende rettigheter i situasjoner der et flertall av rettighetshaverne i et audiovisuelt verk allerede har klarert rettigheter for angjeldende bruk.

6. Departementets forslag til ny erstatningsbestemmelse (§ 9-3 første ledd) bør forenkles. Forslaget om dobbel erstatning (§ 9-3 annet ledd) må ikke innføres. Forslaget bærer preg av økonomisk straffesanksjonering i strid med alminnelige erstatningsrettslige prinsipper. Bestemmelsen er egnet til å påvirke forhandlingsposisjoner, vil forvanske rettighetsforhandlinger og virke konfliktskapende.

#### 1.4 Oversikt over videre fremstilling

Kabel Norge vil innledningsvis i punkt 2 nedenfor, kommentere enkelte generelle forhold ved forslaget. Kabel Norge vil deretter kommentere enkelte punkter i høringsnotatet i den rekkefølge som temaene er behandlet i høringsnotatet.

## 2 Forslagets lovtekniske sider og forholdet til nordisk rettsenhet

Som påpekt i Kabel Norges høringsinnspill av 24. juni 2015, har det lenge vært behov for en lovteknisk opprydning i åndsverkloven.

Departementets forslag gjør åndsverkloven mer oversiktlig enn i dag. Kabel Norge mener likevel at lovforslaget fortsatt er vanskelig tilgjengelig. Dette forsterkes av at departementet i høringsnotatet legger opp til at mange sentrale forhold kun omtales i forarbeidene og ikke tas inn i lovteksten. Som eksempel vises til Kabel Norges kommentarer til forslaget om lovfesting av retten til rimelig vederlag der viktige presiseringer kun kommer til uttrykk i forarbeidene (se punkt 8 nedenfor).

Kabel Norge mener at departementet med fordel kunne gått lenger i å forenkle språket og forklare sentrale begreper. I forhold til forslagens § 2-2 ville det for eksempel i tilknytning til begrepet «tilgjengeliggjøring for allmennheten» være klargjørende med en henvisning til kriteriet «new public» som etter EU-domstolens praksis har fått sentral betydning for innholdet i denne rettigheten. Eldre begreper med et noe uklart innhold slik som «filmverk» burde erstattes av mer moderne og internasjonalt kjente begreper som «audiovisuelle verk». Forslaget innfører dessuten flere begreper som ikke har eller gis noe avklart opphavsrettslig innhold, f. eks. «bruk» (forslagets § 2-2, fjerde ledd og § 5-5). Et annet eksempel er begrepet «klarering» i den foreslåtte formålsbestemmelsen (§ 1-1 nr. 2). Begrepet «rettighetsoverdragelse» ville etter Kabel Norges oppfatning her være mer beskrivende for hva som menes. Det vises for øvrig til kommentarene til de enkelte bestemmelsene nedenfor.

Utvikling av reglene i dagens åndsverklov har vært gjenstand for nordisk lovgivningssamarbeid. Flere av de forslag til materielle endringer som nå legges frem er av særnorsk karakter. Dette gjelder f. eks. forslaget om innføring av bevisbyrde-regel, erstatningsbestemmelsen mv. Kabel Norge kan ikke se hvorfor det er behov for å ha avvikende regler i Norge på disse områdene.

### 3 Bruk av åndsverk fra ulovlig kilde (høringsnotatets punkt 3.4)

Som påpekt i Kabel Norges innspillsnotat, medfører pirattjenester et betydelig konkurransepress på lovlige tjenester. Audiovisuelt innhold blir som regel raskere tilgjengelig i pirattjenester enn i lovlige tjenester siden disse ikke bruker tid på å klarere rettigheter eller forholder seg til avtalte «rettighetsvinduer». Tilgangen til pirattjenester gjør det vanskelig å selge lovlige, audiovisuelle innholdstjenester, noe som i dag særlig rammer filmtjenester. I tillegg utøver pirattjenestene et prispress på lovlige innholdstjenester da de av mange brukere oppfattes som «gratis». Dette svekker rettighetenes markedsverdi i sluttbrukermarkedene og påvirker rettighetenes verdi i hele omsetningskjeden.

Kabel Norge er derfor positiv til at departementet foreslår en ny bestemmelse i åndsverkloven § 2 som forbyr privat bruk av åndsverk fra ulovlig kilde, herunder strømming fra piratnettsteder. Kabel Norge synes imidlertid at den nye bestemmelsen om ulovlig strømming har fått en uhensiktsmessig plassering bortgjemt i forslaget § 2-3 tredje ledd. Kabel Norge savner også en klargjøring av hva som er ment med begreper som «bruk» og «åpenbart ulovlig».

Kabel Norge noterer at departementets intensjon er at vilkårene for at bestemmelsen skal få anvendelse er strenge og at bestemmelsen dermed tilsynelatende har fått et snevert anvendelsesområde. Samtidig ser Kabel Norge at hensynet til ytrings- og informasjonsfriheten tilsier at det må utvises varsomhet med å lage for strenge regler. Kabel Norge legger til grunn at også en bestemmelse med strenge vilkår vil kunne ha en informasjons- og oppdragende effekt på publikum.

Det er imidlertid viktig å fremheve at piratering ikke bare bekjempes ved virkemidler knyttet til selve pirattjenestene. Departementet må også sørge for at det legges til rette for lovlige tjenester. Kun dersom åndsverkloven legger til rette for en rask og effektiv rettighetsklarering, vil lovlige tjenester være i stand til å konkurrere med ulike former for piratvirksomhet. Det vises her til Kabel Norges innspill nedenfor.

### 4 Vederlag for offentlig fremføring av lydopptak (høringsnotatets punkt 4.4) – særlig om departementets uttalelser om kringkastingsbegrepet

#### 4.1 Det opphavsrettslige kringkastingsbegrepet bør klargjøres

Begreper som «*kringkasting*», «*kringkastingsforetak*», «*kringkastingssending*» og «*allmennkringkaster*» brukes flere steder i forslaget (f.eks. §§ 1-2, 3-7, 4-7 til 4-9, 4-12, 4-21, 4-21, 4-32, 4-33, 4-36, 4-38, 10-2 og 10-3), men uten at begrepene er nærmere definert. I opphavsrettslig sammenheng brukes begrepet kringkasting, herunder det engelske begrepet «*broadcasting*», normalt som en henvisning til lineær tilgjengeliggjøring for allmennheten, dvs. en «en til mange» utsendelse der utsender fastsetter tid for tilgang. Dette i motsetning til de ikke lineære, på-forespørselstjenestene der det er mottaker som fastsetter tid og sted for utsendelsen/tilgangen («en til en» utsendelser).

I høringsnotatet kommer departementet under sine merknader til lydopptaksbestemmelsen (høringsnotatets punkt 4.4.4.1) inn på grensen mellom lineære tjenester (kringkasting) og på-

forespørselstjenester. Departementets uttalelse på side 85 om at det ved vurderingen av om noe er en kringkasting eller en på-forespørselstjeneste bør ses hen til «*hvem som tar initiativ til overføringen*», indikerer at departementet baserer seg på et tilsvarende skille som i kringkastingsloven. Departementets beskrivelser av pause- eller start forfra-tjenester er imidlertid noe unyanserte da slike tjenester kan være basert enten på utsendelser som avsender tar initiativ til eller på utsendelser som mottaker tar initiativ til, avhengig av hvordan tjenesten er teknisk tilrettelagt. Kabel Norge er imidlertid enig med departementet i at det kan være hensiktsmessig å klarere enkelte kringkastingsnære på forespørselstjenester på samme måte som den lineære kringkastingsutsendelsen, f.eks. ved videresending. Det bør loven i tilfelle spesielt regulere.

I denne forbindelse synes høringsnotatet også å mangle en vurdering av om flere av de bestemmelsene som i en eller annen form refererer til kringkasting, kringkastingsendinger og kringkastingsforetak, jf. eksemplifiseringen over, kun bør gjelde kringkasting i sin snevre form eller om også kringkastingsnære på-forespørselstjenester eller rene på-forespørselstjenester bør være omfattet. Den innsatsen en tilbyder av audiovisuelle på-forspørselstjenester har lagt ned i å sette sammen og sørge for at innholdet er tilgjengelig for allmennheten, kan sammenlignes med den innsats som er vernet etter åndsverklovens § 45a som videreføres i forslaget § 3-7. Kabel Norge vil oppfordre departementet til å ta stilling til hvilke konkrete tjenester og tjenestetilbydere som er ment omfattet av § 3-7 og de øvrige ovennevnte bestemmelser.

#### **4.2 Forvaltningen av lydopptak – ikke behov for enerett i vederlagsoppkrevingen**

Kabel Norge noterer at departementet i høringsnotatets punkt 4.4.4.3 legger til grunn at utøvere og produsenter av lydopptak, ikke kan kreve inn vederlag for offentlig fremføring og overføring, uavhengig av Gramo. Med dette utgangspunkt får Gramo et monopol på slik vederlagsinnkreving. Så vidt Kabel Norge er kjent med er f. eks. reguleringen i Sverige annerledes på dette punkt, uten at dette synes å ha skapt problemer for brukersiden. Som påpekt i Kabel Norges innspillsnotat, bør et sentralt hensyn ved modernisering av åndsverkloven være å legge til rette for konkurranse og begrense kollektive forvaltningsorganisasjoners adgang til å misbruke dominerende forhandlingsposisjoner. Så lenge hensynet til brukerne er i varetatt på den måte at disse slipper å forholde seg til et stort antall enkeltstående rettighetshavere, kan Kabel Norge ikke se at det er behov for å legge begrensninger på adgangen for utøvere og produsenter til å benytte andre måter å forvalte sine vederlagsrettigheter på.

### **5 Avtalelisens for tilgjengeliggjøring av audiovisuelle produksjoner (høringsnotatets punkt 5.20 jf. 5.23)**

#### **5.1 Generelt**

Departementet foreslår å innføre en ny avtalelisens som skal erstatte de tre eksisterende avtalelisensene innenfor det audiovisuelle området og samtidig legge til rette for avtalelisensklarering av nye, ikke nærmere definerte utnyttelsesmåter. Kabel Norge er usikker

på behovet for en ny audiovisuell avtalelisens som foreslått. Det foreligger allerede en generell avtalelisens vedtatt i juni 2015 som foreslås videreført i forslaget § 4-36 annet ledd.

Kabel Norge er bekymret for at forslaget kan oppfordre til en ytterligere kollektivisering av rettighetsklareringen av norsk innhold, noe Kabel Norge i sitt innspill fra juni 2015 advarte mot. Forslaget imøtekommer heller ikke de særlige behov som gjør seg gjeldene innen audiovisuell sektor blant annet ved at det legges opp til en forbudsadgang («opt-out» mulighet), jf. Kabel Norges hørings svar til Kulturdepartementet av 12. september 2014 om den generelle avtalelisensen.

Kabel Norge vil i det følgende utdype sine standpunkter, men vil innledningsvis påpeke at man finner at lovforslagets § 4-32 og § 4-36 har fått en lovteknisk uheldig utforming som gjør at meningsinnholdet og forholdet mellom videresendingslisen, generell avtalelisens og eventuell ny audiovisuell avtalelisens blir uklart. Det kan være hensiktsmessig at hver av lisensene gis egne separate bestemmelser.

## **5.2 Begrunnelsen for og anvendelsesområdet for forslaget er uklart**

Departementet begrunner sitt forslag særlig med den tekniske utviklingen samtidig som beskrivelsen av denne på side 198 i høringsnotatet er unyansert og upresis. Kringkasting og videresending har eksistert parallelt siden tidlig 1980-tall. At kringkasting kan skje samtidig i ulike distribusjonsnett er forutsatt blant annet i SatCab-direktivet fra 1993. Når det på side 199 i høringsnotatet uttales at *«innholdet i begrepene kringkasting og videresending fremstår i dag som uklart»* og at *«det samme gjelder skillet mellom disse begrepene, som i stor grad er visket ut»*, er dette også feil. Innholdet i begrepene er nylig klargjort i Høyesteretts dom av 10. mars 2016. Kabel Norge vil presisere at selv om man i økende grad går over til å kringkaste de kommersielle TV-kanalene i kabelnettene, er ikke dette i rettighetshavers disfavør. Som departementet viser til på side 108 i høringsnotatet, må rettigheter klareres uavhengig av hvilken måte innholdet distribueres på. Gjennom direkte individuell klarering kan den enkelte rettighetshaver kreve et individuelt fastsatt vederlag, mens rettighetshaver ved videresending og annen avtalelisensklarering ikke får noe individuelt fastsatt vederlag og dessuten må tåle fradrag for administrasjonskostnadene ved den kollektive forvaltningen.

For Kabel Norges medlemmer er videresendingslisensen viktig. Flere kanaler videresendes fortsatt. Dette gjelder blant annet de såkalte nabolandskanaler som ikke er klarert for kringkasting i Norge. Kabel Norge mener at skillet mellom kringkasting og videresending er godt egnet for å skille ut de tilfeller der det kan være behov for kollektiv klarering av rettigheter. Ved distribusjon av audiovisuelle verk skjer rettighetsklarering gjennom avtaler som i tid inngås i forkant av at kringkaster setter sammen sitt sendeskjema. Det er følgelig tale om klarering av et stort antall verk som på avtaletidspunktet ikke er kjent. Skillet mellom kringkasting og videresending gir både distributøren og kringkaster et klart kriterium for å avklare hvilke rettigheter som må være klarert og på hvilken måte før et program settes inn i kringkasters sendeskjema. Dersom departementet gjennom den foreslåtte endringen bidrar til å viske ut det etablerte skillet mellom kringkasting og videresending, vil det åpne for ny uklarhet om rettighetsklarering og nye rettighetskonflikter. Kabel Norge vil i denne sammenheng peke på at så vel kringkastings- som videresendingsbegrepet er

teknologinøytralt i den forstand at begge overføringsmetoder kan benyttes på de ulike kringkastingsdistribusjonsplattformene.

Det er videre uklart hvilket behov den foreslåtte audiovisuelle avtalelisensen er ment å dekke ved siden av den generelle avtalelisensen som videreføres i forslaget § 4-36 annet ledd. Den generelle avtalelisensen ble innført sommeren 2015 og forarbeidene pekte den gang på audiovisuelle verk som et mulig anvendelsesområde. Forholdet til den generelle avtalelisensen er ikke kommentert i høringsnotatet. Kabel Norge har imidlertid merket seg at det i forslaget til § 4-32 første ledd siste punktum presiseres at avtalelisens ikke kan anvendes der det allerede er inngått individuell avtale, mens noen tilsvarende bestemmelse ikke foreslås innført for den generelle avtalelisensen i § 4-36 annet ledd. I omtalen av den foreslåtte audiovisuelle avtalelisensordningens subsidiære karakter er det ikke tatt inn presiseringer om at den kun skal benyttes der det er «*upraktisk*» eller «*umulig med individuell klarering*» slik det ble gjort ved innføring av den generelle avtalelisensen (jf. Prop.69 L (2014-2015) side 60 og Innst.328 L (2014-2015 side 1, 3 og 12) eller henvisning til Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) side 56 som omtaler bruk av avtalelisenser i sin alminnelighet. Tvert om legges det i høringsnotatet til grunn at den audiovisuelle avtalelisensen skal kunne benyttes «*der forholdene ikke ligger til rette for individuell klarering*» eller der bruk av avtalelisens er «*formålstjenlig*» (høringsnotatet side 199). Dette kan oppfattes dithen at terskelen for å benytte den audiovisuelle avtalelisensen er ment å være lavere enn den generelle avtalelisensen. En ubegrenset adgang til å klarere rettigheter gjennom slik avtalelisens, vil imidlertid reise nye konkurranserettslige problemstillinger, jf. punkt 5.5 nedenfor.

Etter forslaget kan avtalelisensen kun benyttes for verk som er «*offentliggjorte*». I henhold til forslaget § 2-8 anses verk som offentliggjort når det lovlig er gjort tilgjengelig for allmennheten. Dette synes å forutsette en tidligere tilgjengeliggjøring og kan følgelig utelukke bruk av den audiovisuelle avtalelisensen ved første gangs tilgjengeliggjøring av audiovisuelle produksjoner laget på kringkasters bestilling. I praksis skjer tilgjengeliggjøring for allmennheten i form av kringkasting på flere plattformer samtidig, hvilket kan indikere at den foreslåtte avtalelisensen i tilfelle ikke kan benyttes for noen del av denne første tilgjengeliggjøring. Departementet bes klargjøre om dette har vært intensjonen.

### **5.3 Forbudsadgangen gir ingen sikkerhet for rettighetsklarering og dekker ikke brukersidens behov**

Kabel Norge kan ikke se at forslaget til ny audiovisuell avtalelisens representerer noe egnet verktøy for rettighetsklarering for Kabel Norges medlemmer. I motsetning til videresendingslisensen i åndsverkloven § 34, er den foreslåtte avtalelisensen ikke bindende for den enkelte rettighetshaver. Fordi videresendingslisensen er obligatorisk og den enkelte rettighetshaver ikke kan nedlegge individuelt forbud, gir videresendingslisensen en beskyttelse mot krav og søksmål fra individuelle rettighetshavere. Forslaget til ny audiovisuell avtalelisens inneholder adgang til å nedlegge individuelt forbud og gir følgelig ikke tilsvarende beskyttelse.

Audiovisuelle verk er i sin natur fellesverk. En film eller annet audiovisuelt program kan ha et stort antall medvirkende og dermed potensielle rettighetshavere. Erfaring tilsier at mange rettighetshavere av ulike grunner ikke ønsker at deres rettigheter lisensieres ved avtalelisens. I Sverige har både svenske og amerikanske produsenter nedlagt forbud mot avtalelisensiering



av deres verk for kringkastingsnære tjenester. En eventuell avtale basert på forslaget vil følgelig være «full av hull» allerede i utgangspunktet. Dertil kommer at enhver enkeltstående rettighetshaver eller rettighetshavergruppe etter forslaget på et hvilket som helst tidspunkt og på hvilken som helst måte (jf. punkt 5.4 nedenfor) kan nedlegge forbud mot avtalelisensiering av sine verk eller prestasjoner, og dermed hindre en utnyttelse som alle øvrige medvirkende i den aktuelle audiovisuelle produksjonen har ønsket, samtykket til og allerede fått betalt for. Omfanget av de rettigheter man får overdratt gjennom en slik avtalelisensavtale, vil derfor være uklart.

Dersom en enkelt rettighetshaver og/eller rettighetshavergruppe nedlegger forbud, vil det medføre at de investeringer i rettighetserverv for den aktuelle audiovisuelle produksjon som allerede er foretatt både gjennom individuelle avtaler i tiltro til at avtalelisensen vil klarere restrettighetene og selve avtalelisensavtalen, kan bli verdiløse. Dette forholdet medfører i seg selv at det blir attraktivt for rettighetshavere i audiovisuelle verk å benytte seg av forbudsadgangen eller true med å benytte den. Rettighetshaver kan utnytte den økonomiske nedsiden ved brukers tapte investeringer i øvrige rettigheter, til å fremtvinge et høyere vederlag. Dette er en forhandlingsstrategi som allerede praktiseres innen det audiovisuelle området særlig for visse musikkrettigheter. Kabel Norge har i den senere tid observert at også andre rettighetshavere tilsynelatende har latt seg inspirere av en slik handlemåte. Å klarere rettigheter gjennom en avtalelisensavtale med en individuell forbudsadgang i en slik kommersiell virkelighet, utsetter brukersiden for en stor kommersiell risiko og gjør at forslaget fremstår som et lite attraktivt alternativ for Kabel Norges medlemmer.

Forslaget løser heller ikke de utfordringer Kabel Norge ser med misbruk av enerettsposisjoner. Forslaget vil verken kunne erstatte eller være noe godt supplement til individuell rettighetsklarering. Kabel Norge frykter tvert om at slik avtalelisensiering som forslaget legger opp til, i praksis vil føre til dobbelklarering av en rekke rettigheter, og dermed fordyre rettighetsklareringen av særlig norsk innhold til skade for det norske publikum.

#### **5.4 Manglende formalkrav til individuelle forbud gjør bestemmelsen uhensiktsmessig og skaper potensial for konflikt**

Forslagets manglende formalkrav til hvordan de individuelle unntakene fra en audiovisuell avtalelisens skal kommuniseres til brukeren, medfører at forslaget ikke gir noe egnet redskap for rettighetsklarering for Kabel Norges medlemmer. Disse mottar hver dag et hundretalls strømmer fra ulike kringkastere og andre innholdsleverandører med tusenvis av enkeltstående audiovisuelle produksjoner. Det vil typisk være knyttet ulike typer rettigheter til hver enkelt av disse produksjonene (lineær, start forfra, catch-up etc.) og antallet originære rettighetshavere og tidligere omsetningsledd som potensielt kan ha en forbudsadgang, kan i prinsippet være stort. Ved individuell rettighetsklarering gjennom kringkaster eller annen innholdsleverandør og bruk av moderne teknologi, påtar leverandøren av innholdet seg å informere distributøren på en måte som distributørens systemer kan håndtere, om hvordan den enkelte produksjon kan gjøres tilgjengelig for distributørens kunder. Med mindre forbud kommuniseres digitalt som beskrevet, er det meget vanskelig å identifisere hvor og når den aktuelle produksjon sendes slik at en tilgjengeliggjøring kan stanses. I tillegg vil distributøren måtte ta stilling til om vedkommende som pretenderer å ha rett til å nedlegge forbud, faktisk har slik rett. Det

kan være uklart om vedkommende faktisk har medvirket (og eventuelt på relevant måte, f. eks. ved tvil om verkshøydekravet er oppfylt)<sup>3</sup> eller det kan være uklarhet og/eller tvist om omfanget av tidligere rettighetsoverdragelser som distributøren ikke har oversikt over.

Disse problemstillingene ble fremhevet i punkt 2.3.2 i Kabel Norges hørings svar av 12. september 2014, som en vesentlig utfordring for bruk av den generelle avtalelisens innen audiovisuell sektor. Til tross for dette foreslår departementet å videreføre forbudsadgangen i forslaget til audiovisuell avtalelisens. Høringsnotatets forslag til erstatningssanksjoner, jf. høringsnotatets punkt 10.7 om dobbel erstatning for visse overtredelser av opphavsretten, øker risikoen for å trå feil i ovennevnte situasjoner ytterligere.

Kabel Norge har merket seg at departementet legger til grunn at «*partene bør kunne løse dette gjennom gode rutiner for utveksling av slik informasjon*». Kabel Norges medlemmer har forhandlet i ulike sammenhenger både med Norwaco og svenske rettighetshaverorganisasjoner om klarering av kringkastingsnære tjenester under den generelle avtalelisens. Erfaringen er at disse under henvisning til lovens formulering av forbudsadgangen, er avvisende til å medvirke på noen hensiktsmessig måte. Det har ikke skjedd noen endringer i dette siden Kabel Norges forrige hørings svar 12. september. En bestemmelse må også forutsette at vederlag som var ment å dekke det innhold det etter avtalens inngåelse nedlegges forbud mot bruk av, tilbakeføres til brukeren.

## 5.5 Konkurranserettslige utfordringer ved forslaget

Dersom departementet har ment at audiovisuell avtalelisens i motsetning til den generelle avtalelisens, skal kunne anvendes i situasjoner der det er mulig med individuell klarering, reiser forslaget konkurranserettslige problemstillinger. Dette gjelder særlig dersom formuleringene i høringsnotatet legger opp til at rettighetshaverne bare gjennom å unnta visse nærmere definerte rettigheter fra sine individuelle avtaler, kan oppfylle vilkårene for å benytte den foreslåtte audiovisuelle avtalelisens.

Så lenge det er kommersielt realistisk å klarere rettigheter individuelt, foreligger det en konkurranseflate mellom rettighetshaverne som disse etter konkurranseretten plikter å utnytte. Kollektiv forvaltning av opphavs-, utøver- og produsentrettigheter er i slike situasjoner i utgangspunktet et konkurransebegrensende salgssamarbeid i strid med konkurranseloven § 10 og tilsvarende EØS-rettslige regler. Dette vil også gjelde dersom slike kollektive avtaler gis avtalelisensvirkning.

Som Kulturdepartementet fremhever på side 199 i høringsnotatet, er hovedregelen at rettigheter klareres individuelt ved direkte avtaler med den enkelte rettighetshaver. Dette legger til rette for en fleksibel og effektiv rettighetsforvaltning tilpasset den konkrete bruk partene ser for seg. All utnyttelse som er forutsigbar på avtaleinngåelsestidspunktet (både med hensyn til type utnyttelse og tidshorisont), kan klareres slik. Digital teknologi og tilgangskontroll gjør det mulig å kontrollere hvordan en audiovisuell produksjon gjøres

---

<sup>3</sup> I Sverige ble nylig en tvist om fotografers, redigerere og sportskommentatorers opphavsrett behandlet i Högsta Domstolen 29. desember 2015.

tilgjengelig for allmennheten. Det behov man tidligere hadde for kollektiv masseklarering av verk fordi det ellers var vanskelig å føre kontroll med den faktiske utnyttelsen, er redusert som følge av slik ny teknologi. Konkurranseretten tilsier følgelig at slike rettigheter ikke kan klareres kollektivt. Annerledes kan dette stille seg med hensyn til eldre innhold laget før angjeldende bruk kunne forutses.

Dersom terskelen for å anvende den foreslåtte audiovisuelle avtalebestemmelsen er ment være lavere enn for den generelle avtalelisensen, jf. ovenfor, kan forslaget oppfattes som en oppfordring til økt kollektiv klarering innenfor det audiovisuelle området. Det er viktig for hele den norske audiovisuelle bransjen, at Kulturdepartementet ikke etablerer ordninger som legger forholdene til rette for konkurransebegrensende samarbeid og en mer komplisert og sammensatt rettighetsklarering av norsk innhold.

Som påpekt i Kabel Norges innspillnotat av 24. juni 2015, er Kabel Norge bekymret over de tendenser man i norsk innholdsbransje ser i retning av kollektivisering og monopolisering av rettighetsklareringen særlig med hensyn til nye, norske produksjoner. Foruten å komplisere rettighetsklareringen i praksis, blir rettighetsklarering mer tidkrevende og uforutsigbart. Dersom ulike kollektive lisensieringsordninger går på bekostning av direkte, individuell klarering, begrenses konkurransen i markedet til skade for norske forbrukere. Forvaltningen av rettigheter etter åndsverkloven skilles i økende grad ut fra tariffavtalene og gjøres til gjenstand for kollektiv forvaltning av medlemsorganisasjoner eller andre enheter. Dette faller slik Kabel Norge ser det, utenfor konkurranselovens unntak for lønns- og arbeidsvilkår. Dette samme gjelder også enkelte rettighetshaverorganisasjoners krav om eksklusivt å forvalte sine medlemmers opphavsrettigheter.

## **5.6 Alternativt forslag til regulering**

Som det fremgår over, finner Kabel Norge at den audiovisuelle avtalelisensen ikke dekker noe aktuelt behov hos Kabel Norges medlemmer og dessuten er utformet på en måte som kan skape mer og ikke mindre risiko, herunder risiko for flere tvister. Forslaget skaper ikke forutsigbarhet eller sikkerhet for investeringer i innholdsrettigheter.

Kabel Norge vil heller oppfordre departementet til å utrede mulighetene for å gjøre et unntak for forbudsadgangen når det gjelder kringkastingsnære tjenester. Andre muligheter som også bør vurderes, er å innføre en vederlagsrett for gjenværende rettigheter i situasjoner der et flertall av rettighetshaverne i et audiovisuelt verk allerede har klarert rettigheter for angjeldende bruk og/eller adgang til «fair use» av verk der partene er enige om vederlagsplikten, men forhandler eller tvister om vederlagsutmåling.

## **6 Fellesbestemmelser om tvangslisens og avtalelisens (høringsnotatets punkt 5.23)**

Kabel Norge mener det er uheldig at departementet på side 230 legger til grunn at en organisasjon kan fortsette å inngå avtaler med avtalelisensvirkning så lenge godkjenningen ikke er utløpt eller trukket tilbake. En forutsetning for å kunne inngå en avtalelisensavtale, må være at organisasjonen til enhver tid oppfyller kravene for å inngå avtalelisensavtaler.

Kabel Norge støtter departementets vurdering på side 230 i høringsnotatet om at det ikke innføres noen begrensninger i domstolenes adgang til å overprøve hvorvidt en organisasjon oppfylder vilkårene for godkjenning som avtalelisensorganisasjon. Domstolskontrollen med forvaltningens vedtak er en viktig rettssikkerhetsgaranti. Det er en risiko for uberettiget søksmål fra slike organisasjoner. Det vil være behov for fortsatt domstolskontroll med om vilkårene for representativitet og egnethet er oppfylt i forhold til den enkelte sak. Dette gjelder særlig dersom organisasjoner godkjent etter den generelle avtalelisensen og forslaget til ny audiovisuell avtalelisens gis søksmålsadgang, jf. nedenfor.

Organisasjoners søksmålsrett representerer et unntak for et grunnleggende sivilrettslig prinsipp om at det er den som innehar et krav (eller pretenderer å ha et krav) som selv må gå til sak. På klart avgrensede områder kan det forsvares at enkelte organisasjoner gis søksmålsadgang. Den generelle avtalelisensen og forslaget til ny audiovisuell avtalelisens har imidlertid et meget vidt anvendelsesområde i motsetning til de eksisterende tvangs- og avtalelisensene. Kabel Norge frykter at det å gi søksmålsadgang til organisasjoner som er godkjent til å inngå avtalelisensavtaler under disse avtalelisensene, kan åpne opp for søksmål som ikke er tilstrekkelig forankret hos de rettighetshaverne hvis rettigheter søksmålet gjelder. Dette gjelder særlig utenlandske rettighetshavere. Kabel Norges medlemmer har erfaring med at man innen det audiovisuelle området kan bli saksøkt av slike avtalelisensorganisasjoner med krav om vederlag på vegne av rettighetshavere som både er ukjente med søksmålet og dessuten har klarert angjeldende rettigheter direkte. Til departementets anmodning om synspunkter på forslaget om organisasjoners søksmålsrett på side 233, er Kabel Norges synspunkt at det må gjøres unntak både for organisasjoner som er godkjent etter bestemmelsen om generell avtalelisens og forslaget om audiovisuell avtalelisens (i den grad sistnevnte vedtas).

## **7 Spesialitetsprinsippet (høringsnotatets punkt 6.3)**

### **7.1 Ikke behov for særlige opphavsrettslige tolkningsprinsipp – forslagets § 5-1 annet ledd annet og tredje punktum**

Etter gjeldende rett må innholdet i en opphavsrettslig avtale fastlegges etter alminnelige avtalerettslige tolkningsregler. Dagens spesialitetsprinsipp innebærer at dersom avtalevilkår om en begrenset rettighetsoverdragelse etter at alminnelige tolkningsprinsipper er anvendt, fortsatt er uklare, skal avtalene tolkes restriktivt i opphavsmannens favør.<sup>4</sup>

Premisset om den originære rettighetshaver som den svake part og sammenligningen departementet gjør i høringsnotatet om forholdet mellom forbrukere og næringsdrivende, ikke i samsvar med de faktiske realiteter slik Kabel Norge opplever det. Den originære rettighetshaver er med mindre vedkommende er arbeidstaker (og da gjelder reglene for overdragelse av rettigheter i arbeidsforhold), en næringsdrivende, og ingen forbruker. Den originære rettighetshaver er som regel, og i hvert fall innenfor audiovisuell produksjon, representert av sterke rettighetshaverorganisasjoner og/eller forvaltningsorganisasjoner med

---

<sup>4</sup> Rognstad: «Opphavsrett» side 343-44

omfattende opphavsrettslig- og avtalerettslig kompetanse. Det er ingen grunn til at avtaler som inngås under slike omstendigheter skal underkastes særlige tolkningsprinsipper i rettighetshavers favør. Etter Kabel Norges oppfatning er det følgelig ingen grunn til å ha særlige avtaletolkningsregler på opphavsrettens område. Dersom departementet likevel vil videreføre egne opphavsrettslige tolkningsregler, vil Kabel Norge anføre følgende:

Departementet omtaler sitt forslag som en lovfesting av spesialitetsprinsippet. Kabel Norge opplever imidlertid at departementet går lengre i rettighetshavers favør, enn kun å lovfeste det eksisterende prinsipp omtalt ovenfor. Høringsnotatets presisering på side 246 av at man etter forslaget likevel ikke «skal velge et tolkningsalternativ som er lite nærliggende, hvis det samtidig finnes ett eller flere andre tolkningsalternativer som fremstår som vesentlig mer nærliggende» illustrerer at departementets forslag går lenger enn kun å lovfeste et prinsipp om at en avtale som etter å ha blitt tolket etter alminnelige avtaletolkningsprinsipper fortsatt er uklar, skal tolkes i rettighetshavers favør. Det samme gjelder uttalelsen på side 347 om at «hvis en klar tolkning av det aktuelle vilkåret fremkommer ut fra ordlyden eller andre tolkningsmomenter, vil dette gjærne være avgjørende for tolkningen av vilkåret». Bruken av ordet «gjærne» i denne sammenheng indikerer at selv klare avtaler skal kunne fravikes som følge av spesialitetsprinsippet.

Kabel Norge stiller seg videre uforstående til høringsnotatets uttalelser om at vektlegging av formålet med avtalen «kan begrunne overgang i større omfang enn det som følger av ordlyden i en avtale, som ikke vil være i samsvar med regelens formål». Med dette synes departementet å legge til grunn at en uklar ordlyd skal være av avgjørende betydning for tolkningen på bekostning av formål som tolkningsfaktor. Dette er i strid med alminnelige prinsipper for tolkning av avtaler hvor partenes formål og felles forståelse er viktige tolkningsmomenter. Noe kuriøst er det også at departementets oppfatning av hva en formålstolkning typisk vil kunne føre til, er motsatt av det som legges til grunn i den svenske SOU 2010:24 på side 105, hvor det antas at vektlegging av avtalens formål typisk vil virke i restriktiv retning. Etter Kabel Norges oppfatning er formålet med avtalen en sentral og naturlig tolkningsfaktor også for opphavsrettslige avtaler som noe spesialitetsprinsipp verken kan eller bør sette til side.

Slik Kabel Norge ser det, vil forslaget kunne skape mer usikkerhet om opphavsrettslige avtalers innhold og være egnet til å skape ytterligere konflikter og tvister på opphavsrettsområdet. Sett i lys av de strenge sanksjonsregler som foreslås i høringsnotatet, vil forslaget øke risikoen ved investeringer i opphavsrettslig vernede verk og frembringelser. Det vises her til punkt 13 nedenfor.

Kabel Norge vil videre fremheve at rettighetsoverdragelser også kan skje ved felles forutsetninger og stilltiende samtykke. Det er viktig at det i loven tydelig fremgår at en opphavsrettslig avtale skal tolkes i samsvar med alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsipper. Dernest kan en avtale som eventuelt fortsatt er uklar, tolkes i den originære rettighetshavers favør dersom den aktuelle rettighetshaver må anses som den svake part i det konkrete avtaleforholdet. En bestemmelse kan for eksempel lyde slik:

*«Dersom en avtale om overdragelse av rett til å råde over et verk etter å ha blitt tolket i henhold til alminnelige avtalerettslige prinsipper fortsatt er uklar, skal avtalen tolkes i favør av den svakere part i det aktuelle avtaleforholdet.»*

Kabel Norge stiller seg for øvrig spørrende til behovet for formuleringen i forslaget § 5-1, annet ledd siste punktum om at «*har opphaver overdratt en begrenset rett til å råde over verket, har erververen ikke fått overført en mer omfattende rett.*» Dette er slik Kabel Norge ser det kun en omformulering av gjeldende § 39a, og tatt på ordet gir bestemmelsen ikke uttrykk for annet enn det selvsagte. Når formålet med revisjon av åndsverkloven er å forenkle, er det å videreføre en slik bestemmelse neppe egnet til å oppfylle formålet med lovrevisjonen.

## **7.2 Det er intet behov for å innføre en særlig bevisbyrde regel innen opphavsrettens område - forslaget § 5-1 annet ledd første punktum**

Kabel Norge er sterkt uenig i departementets forslag om innføring av en bevisbyrde regel som medfører at erververen skal ha bevisbyrden for at rett til å råde over åndsverk er overdratt.

En snudd bevisbyrde regel er i strid med alminnelige rettsprinsipper om at den som mener å ha et krav, også har bevisbyrden for dette. De bevisreglene som allerede finnes i sivilretten er etablert gjennom lang praksis, og er godt begrunnet. De gjelder i alle avtaleforhold herunder forbrukerforhold. Det er ikke behov for en avvikende regel på opphavsrettens område. Etter det Kabel Norge kjenner til finnes ikke noen tilsvarende regel heller ikke i noe annet land.

Lovfesting av et eget beviskrav i åndsverkloven vil kunne ha meget uheldige og utilsiktede utslag. Dette gjelder særlig innen audiovisuell sektor hvor rettighetsoverdragelser regelmessig foretas gjennom flere ledd. En opphavsrettslig tvist kan oppstå ved at en originær rettighetshaver retter krav mot en distributør som har fått overdratt rettighetene til seg gjennom flere forutgående ledd som følge av påståtte mangler med rettighetsklareringen i bakenforliggende avtaler, f. eks. en avtale som den originære rettighetshaver selv er part i. Distributøren har ikke innsyn i slike bakenforliggende rettighetsavtaler. Der den originære rettighetshaver er den som har inngått den bakenforliggende avtale og er nærmest til å kunne dokumentere sitt krav, fremstår en snudd bevisbyrde regel som nærmest absurd. Ved masseklarering av innhold slik man har innen audiovisuell sektor, vil en snudd bevisbyrde regel føre til betydelige administrasjonskostnader og risiko for dobbeltbetaling. Både alene og kombinert med departementets forslag til tolkningsregler, jf. punkt 7.1 ovenfor og nye erstatningsregler, jf. punkt 13.4 vil dette forslaget føre til uklarhet om avtalers innhold og stor risiko for at investeringer i opphavsrettslig vernede verk og frembringelser ikke kan utnyttes som forutsatt.

Forslaget er etter Kabel Norges oppfatning også uklart med hensyn til hva som menes med bevisbyrde. Begrepet bevisbyrde kan både forstås i retning av krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt, eller en angivelse av hvem som har bevisbyrden ved absolutt tvil.<sup>5</sup> Når et sentralt hensyn bak det nye forslaget er at reglene skal forenkles og klargjøres, bør det ikke innføres bevisbyrde regler med uklart innhold. Tvert om bør alminnelige, sivilrettslige bevisbyrdeprinsipper gjelde for opphavsrettsområdet som på alle andre områder.

<sup>5</sup> Jf. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2. utgave (2014), side 891

## 8 Lovfesting av retten til rimelig vederlag (høringsnotatets punkt 6.5)

### 8.1 Vederlagsfastsettelsen må ivareta investeringsinsentiver

Kabel Norge er positiv til at et prinsipp om rimelig vederlag for den originære rettighetshaver lovfestes. Det er imidlertid avgjørende at bestemmelsen utformes på en balansert måte slik at den skaper forutsigbarhet for kostnader og ikke virker konflikt- og prosessdrivende.

En vederlagsregel må ta hensyn til hvem som har finansiert innsatsen ved å skape verket. Som påpekt i Kabel Norges innspill av 24. juni 2015 og referert til i høringsnotatet på side 251 er det avgjørende at den som bærer investeringsrisikoen gis anledning til å få avkasting på sin investering. Kun slik kan åndsverkloven legge til rette for investeringer i produksjon av nye verk. På side 253 i høringsnotatet peker departementet med henvisning til punkt 10 i fortalen til opphavsrettsdirektivet, til hensynet til skapende og utøvende kunstners investeringsvern. Som påpekt i punkt 1.2 over, skaper skapende og utøvende kunstnere i audiovisuell sektor i all hovedsak sine verk og frembringelser mot vederlag i arbeids- eller oppdragsforhold. Realiteten er at det er produsenter, kringkastere og distributører som finansierer innsatsen med å lage verket, herunder ved å bestille produksjoner og inngå langsiktige avtaler om distribusjon. Det er disse næringslivsaktørene, og ikke de originære rettighetshaverne, som tar den økonomiske risikoen og har behov for et investeringsvern.

Det er etter Kabel Norges oppfatning avgjørende at departementet fremhever betydningen av hvem som tar investeringsrisikoen. Kabel Norge har merket seg at man i Nederland formodentlig nettopp av slike grunner, har gjort unntak for retten til rimelig vederlag ved bestillingsverk. Kabel Norge vil oppfordre departementet til å gjøre et tilsvarende unntak i norsk åndsverklov, alternativt gjøre retten fravikelig i slike situasjoner, jf. også punkt 8.5 nedenfor.

Forslaget slik det er omtalt i høringsnotatet, hviler etter Kabel Norges oppfatning på et sviktende premiss om at rettighetshaverne ofte vil være i en svakere forhandlingsposisjon enn sine motparter når overdragelse av rettigheter skal avtales (høringsnotatet side 252 og 253). Den EU-rapporten som departementet på side 252-53 viser til, kan ikke tas til inntekt for at det generelt er en ubalanse i rettighetshaver disfavør. Rapporten peker på at det kun er visse grupper rettighetshavere («*certain groups of authors and performers, such as those new to the industry*») som er i en svak forhandlingsposisjon. Rapporten peker i sitt tredje hovedfunn motsetningsvis på at ulike kollektive organisasjoner spiller en viktig rolle og det særlig i audiovisuell sektor:

*«Role of trade unions and freelance associations — in some Member States collective action by trade unions and associations (and CRMOs that that fulfil similar functions) play an important role, especially for authors and performers in the audio-visual sector. Besides providing support at the time of negotiating remuneration agreements (including both direct support and the assistance provided through the*

*union's involvement in preparing and promoting model contracts), unions and associations can also be effective at the moment of enforcing agreements.[...]»<sup>6</sup>*

Det er bekymringsfullt at Kulturdepartementet ikke gir en balansert fremstilling av EU-rapportens konklusjoner. Kabel Norge noterer videre at departementet velger å vise til rapporten «Kunstens autonomi og kunstens økonomi» som Kabel Norge tidligere har påpekt (jf. innspill juni 2015) ensidig baserte seg på innspill fra originære rettighetshavere.

I Norge er originære rettighetshavere representert av tunge rettighetshaverorganisasjoner og/eller forvaltningsorganisasjoner som representerer samtlige eller en flerhet av de aktuelle rettighetshaverne innenfor bl.a. musikk- og audiovisuell sektor. Kombinasjonen av opphavsrettslige enerettsposisjoner og kollektiviseringen av rettighetsforvaltning som man i dag ser innenfor nevnte områder, medfører at det er rettighetshaverne, ikke brukerne, som er den sterke part i forhandlingene. Konkurranserettslig misbruk av dominerende stilling er dessverre en aktuell problemstilling ved fastsettelse av vederlag i nevnte bransjer.

Det er etter Kabel Norges oppfatning avgjørende at Kulturdepartementet i tilknytning til en bestemmelse om rimelig vederlag, er tydelig på at også rettighetshaversiden kan være den sterke part, og at det er en typesituasjon som en bestemmelse om rett til rimelig vederlag også må ta høyde for. En rett til rimelig vederlag, innebærer ingen rett å utnytte enerettsposisjonen til å kreve et urimelig høyt og/eller maksimalt vederlag, jf. punkt 8.2 nedenfor. Av nevnte grunner har man i EU funnet grunn til å lovregulere at det påligger kollektive forvaltningsorganisasjoner et særlig ansvar for å forvalte de rettighetene de representerer i vederlagsforhandlinger på balansert måte. Det vises her til artikkel 16 i direktivet om kollektiv forvaltning som også skal implementeres i norsk rett.

## **8.2 Fastsettelse av vederlag – investeringsrisiko og markedsverdi**

Kabel Norge støtter at fastsettelsen av et rimelig vederlag må bero på en totalvurdering av ulike faktorer, og at det er rimelig å ta utgangspunkt i avtalen og hva som overdras. Som påpekt ovenfor, må det også legges avgjørende vekt på hvem som har tatt investeringsrisikoen. Det er en vesentlig forskjell mellom erverv av rettigheter til verk som er skapt på opphavers egen regning og risiko, og erverv av rettigheter til verk som er laget på bestilling mot vederlag hva enten dette er i form av lønn eller annen forhåndskompensasjon. Det bør derfor også gjøres unntak fra bestemmelsen der verk er skapt på oppdrag mot vederlag.

Kabel Norge er ikke enig med departementet i at rett til videreoverdragelse i seg selv tilsier et høyere vederlag slik det kan synes departementet legger til grunn på side 255-56. Videreoverdragelse er en like nærliggende og naturlig utnyttelse av ervervede rettigheter som såkalt «egen bruk». En produsent av en audiovisuell produksjon skal for eksempel ikke utnytte verket i egen virksomhet på annen måte enn ved videreoverdragelse av rettigheter til kinoer, kringkastere eller andre audiovisuelle tjenestetilbydere.

---

<sup>6</sup> Europe Economics and Lucie Guibault, Olivia Salamanca and Stef van Gompel of the University of Amsterdam: «Remuneration of authors and performers for the use of their works and fixations of their performances» (2015)



Som departementet påpeker på side 255, er den økonomiske verdien av utnyttelsen sentral ved fastsettelsen av hva som er et rimelig vederlag, jf. bl.a. høringsnotatets henvisning til premiss 109 i forente saker C-403/08 og C-429/08 (Premier League). Når departementet velger å fremheve Premier League-uttalelsen er det uheldig at departementet samtidig unnlater å peke på den viktige presiseringen som EU-Domstolen kom med i nettopp denne saken. I premiss 108 presiseres at opphavsretten ikke er ment å sikre rettighetshaver et høyest mulig vederlag, men kun et (i dansk oversettelse) «passende» vederlag:<sup>7</sup>

*«På dette punkt fremgår det af fast retspraksis, at denne særlige genstand navnlig er at sikre beskyttelsen af de pågældende rettighedshaveres adgang til kommercielt at udnytte de beskyttede frembringelsers udbredelse eller tilrådighedsstilling, ved hjælp af licenser, som indrømmes mod betaling af vederlag (jf. i denne retning dommen i sagen Musik-Vertrieb membran og K-tel International, præmis 12, og dom af 20.10.1993, forenede sager C-92/92 og C-326/92, Phil Collins m.fl., Sml. I, s. 5145, præmis 20).*

*Det må imidlertid fastslås, at en sådan særlig genstand ikke garanterer de pågældende rettighedshavere muligheden for at gøre krav på det størst mulige vederlag. I overensstemmelse hermed er de nemlig – således som det fremgår af tiende betragtning til ophavsretsdirektivet og af femte betragtning til direktivet om beslægtede rettigheder – kun sikret et passende vederlag for hver anvendelse af deres beskyttede frembringelser.» (vår understreking)*

At en lovfesting av kravet til rimelig vederlag må forstås med den reservasjon at det er tale om et passende og ikke det høyest mulige vederlag, er sentralt og må komme klart til uttrykk.

At vederlaget for øvrig skal stå i et rimelig forhold til den økonomiske verdien av utnyttelsen er som nevnt fastslått av EU-Domstolen i en lang rekke avgjørelser. Flere av disse presiserer at det er verdien av bruken i «den økonomiske omsetning» eller «handelen» som er avgjørende (se f. eks. sak C-52/07 premiss 38). Dette er også fulgt opp i artikkel 16 (2) i direktivet om kollektiv forvaltning av opphavsrett (direktiv 2014/26) der det fremgår at:

*«Rettighedshavere skal modtage et passende vederlag for anvendelsen af rettighederne. Tariffer for enerettigheder og retten til vederlag skal stå i et rimeligt forhold til bl.a. den økonomiske værdi af disse rettigheders anvendelse i handelen under hensyntagen til arten og omfanget af anvendelsen af værkerne og andre frembringelser og den økonomiske værdi af den tjenesteydelse, som den kollektive organisation leverer.»*

Siden det er sluttbrukerbetalingen som finansierer hele verdikjeden, herunder vederlaget til de originære rettighetshavere, vil betalingsviljen i sluttbrukerleddet være et moment for rettighetenes økonomiske verdi også i bakenforliggende omsetningsledd. Det må imidlertid understrekes at det også kan være den tekniske funksjonaliteten som distributøren har tilrettelagt for, som utløser økt betalingsvilje hos sluttbruker. Fra rettighetshaverhold blir det regelmessig argumentert med at vederlaget etter digitalisering av tjenestene, må være høyere

<sup>7</sup> Forente saker C-403/08 og C-429/08 (Premier League) premiss 107-108

fordi andre og flere opphavsrettslige enerettigheter involveres (f. eks. må både fremførings- og eksemplarframstillingsretten klareres ved on-demand distribusjon av audiovisuelt innhold). Det er Kabel Norge uenig i. Slike forhold skyldes tekniske forhold ved fremføringsmetoden, og har ingen betydning for sluttbrukernes betalingsvilje og dermed ytelsens økonomiske verdi.

På tilsvarende måte har Kabel Norges medlemmer erfaring med at rettighetshavere krever økt vederlag ved innføring av alternative utnyttelsesformer uten hensyn til hvordan dette påvirker det totale konsum eller sluttkundens betalingsvillighet for innholdet. En TV-seer som f. eks. velger å se et program ved hjelp av en start-forfra funksjon, ser ikke det samme programmet «live» via lineær kringkasting. Det skjer en forskyvning mellom ulike måter å konsumere innholdet på uten at det totale konsumet øker. En sluttbruker er ikke nødvendigvis villig til å betale mer for muligheten til å se sendingen noe tidsforskjøvet. I noen tilfeller vil det å kunne tilby slike tilleggstenester ikke utløse noen ny betalingsvilje, men være nødvendig for å bevare eksisterende betalingsstrømmer. Etter Kabel Norges oppfatning er det viktig at en bestemmelse om rimelig vederlag er fleksibel nok til å ta høyde for denne type situasjoner.

Kabel Norge er for øvrig enig med departementet i at det ikke kan presumeres at forvaltningsorganisasjonens «standardavtaler» gir uttrykk for et rimelig vederlagsnivå. Slike «standardavtaler» er i praksis ofte ensidig fastsatt av forvaltningsorganisasjonene selv. Det vil være meget uheldig om det ved fastsettelsen av vederlagsnivå skulle legges vekt på slike avtaler.

### **8.3 Vurderingen av rimelig vederlag må bero på forholdene på avtaletidspunktet**

Kabel Norge støtter departementets synspunkt om at det ved vurdering av hva som er et rimelig vederlag, må tas utgangspunkt i forholdene på avtaletidspunktet, og at etterfølgende forhold ikke skal tillegges vekt.

Kabel Norge er kjent med at det fra visse rettighetshaverhold er tatt til orde for en adgang til å oppjustere vederlaget dersom verket får økonomisk suksess utover det partene på avtaletidspunktet kunne forvente. Kabel Norge mener at en slik regel vil være uheldig. Ved audiovisuelle produksjoner vil de originære rettighetshaverne typisk få betaling i forkant, og det er oppdrags- eller arbeidsgiver (produsent eller senere ledd i omsetningskjeden) som tar den fulle økonomiske risikoen knyttet til utnyttelsen av rettighetene. De produksjoner som lykkes kommersielt, bidrar til å finansiere alle de produksjonene som ikke lykkes på tilsvarende måte. Dersom de aktører som direkte eller indirekte investerer i ny innholdsproduksjon senere risikerer å måtte betale mer enn på forhånd avtalt for de kommersielle suksessproduksjonene, vil det både redusere deres investeringsincentiver og de vil ikke få tilstrekkelig avkastning til å finansiere nye produksjoner. Dersom det ved fastsettelsen av rimelig vederlag skulle tas hensyn til etterfølgende forhold, måtte regelen for å være balansert, også gi rom for en nedjustering av vederlaget dersom salget går dårligere enn forutsatt.

#### **8.4 Krav om rimelig vederlag kan kun reises av originær rettighetshaver mot egen medkontrahent**

Kabel Norge støtter departementets forslag om det kun er de originære skapende eller utøvende kunstnere som skal kunne påberope seg retten til rimelig vederlag, og at retten ikke gjelder ved videreoverdragelser i senere omsetningsledd. Dette burde komme eksplisitt til uttrykk i lovteksten. Etter Kabel Norges oppfatning bør det videre presiseres at retten til rimelig vederlag er knyttet til de originære rettighetshavere i egenskap av fysiske person.

Kabel Norge er videre enig i departementets forslag om at krav om rimelig vederlag kun skal kunne rettes mot de originære rettighetshaveres direkte medkontrahent og ikke eventuelle senere ledd i omsetningskjeden. Andre enn medkontrahenten vil normalt ikke ha innflytelse over, eller innvirkning på, hvilket vederlag opphavsmannen mottar.

Kabel Norge støtter videre departementet forslag om at bestemmelsen reserveres for overdragelser for bruk i ervervsvirksomhet og avgrenses mot overdragelser for ideelle/private formål og arbeidsforhold. Rettighetshavere som er ansatt, har skapt rettighetene i et arbeidsforhold mot et lønnsvederlag og er dessuten gitt omfattende beskyttelse i den arbeidsrettslige regulering.

#### **8.5 Kravet til rimelig vederlag må være fravikelig**

Departementet legger på side 254-55 i høringsnotatet til grunn at det naturlige utgangspunkt er at partene selv er nærmest til å avgjøre hva som er et rimelig vederlag gjennom frie forhandlinger. Videre uttaler departementet at retten til et rimelig vederlag ikke skal hindre rettighetshaveren i å gi noe bort gratis om dette ønskes (side 256).

Ovennevnte uttalelser er ikke forenlig med departementet forslag om at bestemmelsen om rett til rimelig vederlag skal være ufravikelig. Forslaget fører dessuten til at partenes rett til frie forhandlinger begrenses. Kabel Norge mener derfor at regelen om rimelig vederlag på samme måte som i Sverige bør gjøres fravikelig. Dette gjelder særlig ved bestillingsverk, jf. også det nederlandske unntaket for dette omtalt i punkt 8.1 ovenfor.

#### **8.6 Ikke hensiktsmessig med eget tvisteløsningsorgan**

Kabel Norge er enig med departementet at det ikke er hensiktsmessig med noen egen tvisteløsningsmekanisme for vederlagsfastsettelsen.

Kabel Norge har særlig erfaring med den tidligere Kabeltvistnemndas vederlagsfastsettelse. Kabel Norge var sterkt kritiske til ordningen og tilfredse med at denne nå er avvirket. Dette skyldes de erfaringer Kabel Norges medlemmer gjorde i forbindelse med at det var store sprik i nemndas skjønnsutøvelse ved utmåling av vederlag i nokså like saker, og uten at det forelå adgang til domstolsprøving av nemndas skjønn. Kabel Norge opplevde videre at de vederlagstvister som ble brakt inn for nemnda forutsatte at nemnda tok prejudisielt stilling til en rekke faktiske spørsmål som organet verken hadde kapasitet eller prosessuelle virkemidler til å ta stilling til.

Kabel Norge vil i denne forbindelse peke på at direktivet om kollektiv forvaltning av opphavsrett artikkel 35 (2) forutsetter at partene skal ha rett til å bringe tvister om vederlag inn for domstolene.

## **9 Rett til oppsigelse av avtale ved manglende bruk bør ikke innføres (høringsnotatets punkt 6.7)**

Kabel Norge støtter ikke forslaget om en generell rett til oppsigelse av avtale dersom de overdratte rettigheter ikke er tatt i bruk innen tre år, og mener at en slik bestemmelse overhodet ikke bør innføres.

Dersom overdratte rettigheter kan sies opp som foreslått, vil det redusere mulighetene for å få avkasting av de investeringer som er gjort i frembringelsen av åndsverk. Som tidligere redegjort for, skapes de fleste verk i dag på bestilling enten i et arbeids- eller oppdragsforhold og den originære rettighetshaver har allerede fått lønn eller annen kompensasjon for sin skapende innsats. Dersom departementet ønsker å bidra til å opprettholde investeringer i opphavsrettslige vernede verk, må forslaget dersom det videreføres som et minimum gjøre unntak for alle rettigheter som er skapt på erververs regning og risiko, dvs. ikke bare for ansettelsesforhold, men også oppdragsforhold.

Den foreslåtte regel ivaretar heller ikke de særlige forhold som gjør seg gjeldene innen audiovisuell sektor og som begrunner at någjeldende § 39 d annet ledd i åndsverkloven ikke gjelder for filmverk. Kabel Norge vil i denne forbindelse fremheve at audiovisuelle produksjoner først kan ha en lang forberedelse-, finansierings og produksjonsfase. Deretter skal rettighetene kommersialiseres over en lengre tidsperiode, gjerne gjennom flere rettighetsvinduer for tilgjengeliggjøring gjennom ulike kanaler og type tjenester. Dette kan for slike verks vedkommende strekke seg over mange år. Når det blir aktuelt å utnytte de enkelte rettigheter vil regelmessig ikke være kjent på tidspunktet for avtaleinngåelse med den originære rettighetshaver og vil dessuten avhenge av en rekke kommersielle og andre forhold som på dette tidspunkt ikke er kjent. Dersom det innføres en slik generell oppsigelsesrett som foreslått, bør unntaket for filmverk (og andre audiovisuelle produksjoner) videreføres.

Kabel Norge vil videre påpeke at begrepene «bruk» og «iverksettelse av bruk» er uklare. Departementet har ikke tatt stilling til innholdet i disse begrepene, men synes å forutsette på side 271 at en overdragelse ikke er iverksettelse av bruk. Kabel Norge er uenig i dette utgangspunkt. For mange erververe av opphavsrett er videreoverdragelse den eneste form for «bruk» vedkommende erverver vil gjøre av opphavsrett. Dette gjelder særlig dersom formålet med bestemmelsen er at det er den enkelte, potensielle form for tilgjengeliggjøring som skal være «tatt i bruk» slik at delvis oppsigelse også er mulig.

Forslaget til ordlyd gir ikke uttrykk for hva som er konsekvensene ved utøvelse av en oppsigelsesrett. I forarbeidene uttales det på side 271 at rettighetene går tilbake til opphaveren. Det er imidlertid uklart om regelen også innebærer at rettighetshaver må returnere mottatte ytelser. Det vises her til departementets uttalelse om at der opphaveren har fått betaling i form av en forskuddshonorar vil dette normalt anses som betaling for fortrinnsretten til bruk av verket som ikke skal tilbakebetales. Etter Kabel Norges oppfatning er

departementets beskrivelse her ikke treffende. Opphavsrettslige avtaler kan basere seg på flere ulike vederlagsmodeller, men at det avtales og betales vederlag kun for en fortrinnsrett til å utnytte verket slik departementet synes å legge til grunn, vil kun unntaksvis være tilfelle. I mange avtaler på opphavsrettens område betaler erverver en engangssum for all fremtidig utnyttelse av verket. I andre avtaler kan man ha avtalt et løpende vederlag avhengig av hvilke inntekter verket skaper for erverver eller hvordan verket utnyttes. Kombinasjoner av disse modellene er heller ikke uvanlig. Dersom departementet foreslår å innføre en regel som gir rettighetshaver en rett til å si opp en opphavsrettslig avtale for så vidt gjelder rettigheter som ikke er utnyttet, må dette få den konsekvens at det vederlag som allerede er mottatt for de rettigheter som sies opp, må tilbakeføres. En motsatt løsning vil medføre at eksisterende vederlags- og forretningsmodeller for en lang rekke bransjer, herunder audiovisuell sektor, må endres. Det kan få uheldige konsekvenser for erververs investeringsvilje. Det kan også medføre at oppdragstakere og andre opphavsmenn som overdrar sine rettigheter utenom arbeidsforhold, ikke lenger vil kunne motta full betaling for sine rettigheter i forbindelse med rettighetsovergangen, men måtte ta en større del av risikoen for verkets kommersielle suksess.

Departementet legger til grunn at oppsigelsen ifølge høringsnotatets side 271 også skal kunne gjøres gjeldende overfor en ny erverver av rettighetene. Opphavsrettslige rettigheter overdras gjerne gjennom flere ledd, og en oppsigelse vil dermed også få konsekvenser for avtalene mellom erververe i senere ledd. En oppsigelse vil kunne gi grunnlag for mislighold, krav om prisavslag og erstatning med videre knyttet til slike avtaler. Dersom det innføres en oppsigelsesrett som også kan gjøres gjeldene der rettighetene er overdratt videre, vil avtaler om videreoverdragelse av rettigheter måtte ta høyde for dette. Dette vil komplisere rettighetsklarering og kommersiell utnyttelse av rettighetene.

Kabel Norge mener derfor at dersom det innføres en regel som foreslått bør den kun kunne gjøres gjeldende overfor den originære rettighetshavers medkontrahent, ikke kunne gjøres gjeldene rettighetene er overdratt videre og dessuten medføre en plikt til å tilbakeføre mottatte ytelser for de rettigheter som gjøres til gjenstand for oppsigelse.

## **10 Lemping av avtaler om overdragelse av opphavsrett (høringsnotatets punkt 6.6)**

Kabel Norge støtter ikke høringsnotatets forslaget om å innføre en særlig bestemmelse som viser til avtaleloven § 36. En slik bestemmelse er ikke i samsvar med formålet om forenkling av regelverket. Som påpekt i høringsnotatet, er det ikke tvilsomt at avtaleloven § 36 kommer til anvendelse på avtaler om overdragelse av opphavsrett og nærstående rettigheter. Det vises i denne forbindelse til at den tidligere lempningsregel i åndsverkloven § 27, nettopp ble opphevet ved innføringen av avtaleloven § 36. En særskilt henvisning til avtaleloven § 36 er unødvendig. Forslaget kan dessuten skape tvil om hvorvidt bestemmelsen er ment å ha et særlig innhold på opphavsrettens område. Kabel Norge kan ikke se at det er behov for en annen urimelighetsstandard i opphavsrettslige avtaler enn i andre avtaler.

## **11 Lovfesting av regelen om overgang av rettigheter i arbeidsforhold (høringsnotatet punkt 6.8)**

### **11.1 Arbeidsgiver bør overta alle kommersielle rettigheter til verket**

Kabel Norge støtter at det innføres en lovregel om overgang av rettigheter i arbeidsforhold, men mener at forslaget burde gått lenger og at presumsjonen burde vært utvidet til å omfatte alle kommersielle rettigheter til verket. En slik regel gjelder f.eks. for overgang av opphavsrett til datamaskinprogrammer skapt i arbeidsforhold, jf. åndsverkloven § 39g. Kabel Norge kan ikke se at det er behov for ulike regler for ulike typer verk skapt i arbeidsforhold.

Opphavsmenn og utøvere som er ansatt, mottar lønn og blir dermed betalt for sin innsats i forkant. Det er arbeidsgiver som finansierer virksomheten og tar den økonomiske risikoen ved denne. Det vil være uheldig om en arbeidsgiver i en slik situasjon skulle være underlagt begrensninger med hensyn til å utnytte verket økonomisk. Særlig i markeder med teknologiske skifter og nye tekniske utnyttelsesmåter, er det behov for at arbeidsgiver har anledning til å utnytte rettighetene på en slik måte som den til enhver tid gjeldende teknologi tilsier.

Arbeidsgivers rett bør også være eksklusiv. I motsatt fall vil den ansattes bruk av verket kunne fortrenge arbeidsgivers bruk.

### **11.2 Presumsjonsregelen må omfatte videreoverdragelser**

Departementet legger i høringsnotatet på side 276 til grunn at rett til videreoverdragelse (i motsetning til retten til bearbeidelse/endringer i verket) ikke skal omfattes av den foreslåtte presumsjonsregelen om at rettighetene til verk skapt i ansettelsesforhold går over til arbeidsgiver i den utstrekning det er nødvendig for at ansettelsesavtalen skal nå sitt formål, jf. også forslaget til ny § 5-2. Kabel Norge er ikke enig i denne begrensningen.

Moderne næringsliv forutsetter deltakelse i ulike partner- og samarbeidsforhold. Digitaliseringen har dessuten medført at tidligere eksemplarbasert tilgjengeliggjøring med opphavsrettslig konsumpsjon, erstattes av andre former for tilgjengeliggjøring. Videreoverdragelser av rettigheter blir derfor en nødvendig forutsetning for å kunne utnytte verk og utgjør en stadig mer integrert og naturlig del av en arbeidsgivers utnyttelse av verk skapt i arbeidsforhold. I audiovisuell sektor er retten til videreoverdragelse helt grunnleggende for at arbeidsavtalen skal nå sitt formål. Hele formålet med f.eks. en produsentvirksomhet er at det ferdige verk skal overdras videre til kinoer, kringkastere eller andre. Det er etter Kabel Norges oppfatning følgelig ikke grunn til å unnta videreoverdragelser fra presumsjonsregelen.

Som departementet selv peker på med henvisning til Ot. Prp. Nr. 26 (1959-60) side 69, anses samtykke til videreoverdragelse etter gjeldende rett også å kunne gis stilltiende eller anses underforstått der arbeidsgivers virksomhet for eksempel består av lisensiering av egenproduserte verk. Ved å unnta videreoverdragelser slik departementet gjør i høringsnotatet og indirekte i bestemmelsens annet punktum (ved at det der kun vises til bearbeidelser) skapes derimot ny uklarhet om omfanget av rettighetsoverdragelser i arbeidsforhold. Departementets forslag til lovfesting av spesialitetsprinsippet, jf. punkt 7, kan også oppfattes å

utelukke slik stilltiende eller underforståtte rett til videreoverdragelse som omtalt i høringsnotatet. Bestemmelsen i § 5-6 annet punktum må etter Kabel Norges oppfatning derfor lyde slik:

*«Det samme gjelder adgang til å endring og videreoverdragelse av verket, med den begrensning som følger av § 2-3»*

### **11.3 Det bør innføres en presumpsjonsregel for oppdragsavtaler**

Selv om oppdragsforhold kan dekke mer varierte og ulike tilknytningsformer mellom oppdragsgiver og oppdragstaker enn ansettelsesforhold, vil det på tilsvarende måte som i ansettelsesforhold i regelen være oppdragsgiver som finansierer innsatsen med å skape verket. Investeringshensynet tilsier derfor at det bør lovfestes en presumpsjon for rettighetsovergang også i oppdragsforhold. Åndsverkloven vil da også gi bedre uttrykk for gjeldende rett hvor det er lagt til grunn at oppdragstakers rettigheter går over til oppdragsgiver så langt det er nødvendig for å oppfylle avtalens formål og ikke annet er avtalt.<sup>8</sup> Det vises her til at et av de sentrale formål med revisjon av åndsverkloven, er at lovens ordlyd skal gi tydeligere uttrykk for gjeldende rett.

Departementets begrunnelse for ikke å foreslå en presumpsjonsregel for oppdragsforhold er at det oftere er avtaler om rettighetenes utnyttelse i slike forhold. Kabel Norge kan ikke se at dette er et tungtveiende argument. Det fins utvilsomt en lang rekke oppdragsavtaler der rettighetsspørsmål ikke er regulert eller uklart regulert. En presumpsjonsregel vil i slike tilfelle nyttig for etablering av avtalens nærmere innhold. En bestemmelse som viser til at oppdragsavtalens formål vil dessuten gi nødvendig fleksibilitet til å ta høyde for ulike typer oppdragsavtaler og de konkrete forholdene ved den enkelte avtale. En presumpsjonsbestemmelse vil også kunne oppfordre partene til å regulere rettighetsovergangen mer konkret i sin avtale dersom partene ønsker en annen løsning.

## **12 Avtaler om innspilling av filmverk (høringsnotatets punkt 6.11)**

Departementet har særlig bedt om høringsinstansenes synspunkter på behovet for å utvide virkeområdet for spesialbestemmelsen om overdragelse av rett til å utnytte et verk for film i nåværende § 39 f. Som Kabel Norge ga uttrykk for i sitt innspill av 24. juni 2016, er Kabel Norge av den oppfatning at presumpsjonsregelen bør utvides til å gjelde også for filmmanuskript, musikkverk og regi.

Ved filmverk er et stort antall rettigheter involvert og kommersiell utnyttelse fordrer at rettigheter samles og utnyttelse samordnes. I motsatt fall vil det bli vanskelig å utnytte verket kommersielt til skade for rettighetshaverne som helhet. All kommersiell, audiovisuell innholdsproduksjon og -distribusjon i så vel Norge som internasjonalt, bygger på en forretningsmodell som forutsetter at produsenten klarer alle aktuelle utnyttelsesmåter med de medvirkende, og så lisensierer og mottar vederlag for disse rettighetene fra senere omsetningsledd. Det er sentralt at åndsverkloven legger til rette for en enkel og effektiv

<sup>8</sup> Rognstad: «Opphavsrett» s 363, Torvund: «Opphavsrett i oppdragsforhold» NIR 1999 s 128-29

rettighetsklarering, slik at hele verdikjeden i en utnyttelse av det audiovisuelle verket må kunne klareres under ett. Kabel Norge kan på denne bakgrunn ikke se at det er noen gode grunner til at filmmanuskript, musikkverk og regi skal være unntatt fra presumpsjonsregelen, da det er helt nødvendig at disse rettighetene, i likhet med øvrige rettigheter, klareres samlet for at filmverket skal kunne distribueres til publikum som forutsatt.

Det har i Norge i de senere år vært flere tvister knyttet til påstått uklarhet om omfanget av de rettigheter som har vært overdratt, herunder det såkalte suppleringskravet rettet mot Kabel Norges medlemmer fra Norwaco. Saken gjaldt blant annet påstått uklarhet om rettighetsklarering av musikk, regi og manuskript i bakenforliggende omsetningsledd. Kabel Norge er videre kjent med at det i de senere år er inngått tariffavtaler, f. eks. mellom Norsk Filmforbund og Virke Produsentforeningen som nettopp synes å ha som formål å skape ny uklarhet om omfanget av rettighetsoverdragelser til filmverk.

Kabel Norges medlemmer kan ikke fortsette å investere i norsk innhold og norskspråklige kanaler dersom de risikere nye krav, tvister og søksmål knyttet til påstått ulovlig tredjepartsutnyttelse. Dersom ikke norske originære rettighetshaverne og produsentene får klarert nødvendige rettigheter for den distribusjon som skjer gjennom Kabel Norges medlemmer, vil det redusere Kabel Norges medlemmers evne og vilje til å investere i og stille krav om norsk innhold i sine tjenester. Dette vil være uheldig for norsk medie- og underholdningsbransje. En utvidelse av presumpsjonsregelen for overdragelse av filmverk vil etter Kabel Norges oppfatning kunne bidra til å skape mer forutsigbarhet om rettighetsklarering i audiovisuell sektor.

## **13 Straff, erstatning og tiltak mot inngrep**

### **13.1 Generelle synspunkter**

At krenkelser av opphavsrett er gjenstand for sanksjoner er viktig for hele mediebransjen, herunder distributører som Kabel Norges medlemmer. Kabel Norge er samtidig opptatt av at sanksjonene er balanserte og ikke medfører en urimelig styrking av allerede sterke enerettsposisjoner.

Departementet begrunner flere av sine endringsforslag i høringsnotatets kapittel 10 med at parallelle håndhevingsregler finnes i lovgivningen om industrielt rettsvern. Kabel Norge mener disse reglene ikke er egnet i opphavsretten. Opphavsretten er karakterisert av fellesverk med et stort antall originære rettighetshavere. Dette skiller opphavsretten fra de industrielle rettighetene der det som hovedregel kun er en rettighetshaver til det enkelte varemerke, patent eller lignende.

Til forskjell fra det industrielle rettsvern, fins det heller ikke noe sentralt register som viser hvilke verk som er underlagt opphavsrett og hvem som er rettighetshaverne til disse verkene. En ytterligere forskjell er at utnyttelse av opphavsrett ofte og i hvert fall innenfor audiovisuell sektor, forutsetter overdragelser i flere ledd. Innenfor det industrielle rettsvern, er hovedregelen at rettighetshaver selv utnytter rettighetene for egne formål. Bruk av industrielle



rettigheter som varemerker, patenter osv. er følgelig i mindre grad avhengig av avtaler enn bruk av opphavsrettslig beskyttet innhold.

Et ytterligere særtrekk ved opphavsretten, er at rettighetshaverne innen viktige opphavsrettslige områder er samlet i rettighetshaverorganisasjoner og/eller kollektive forvaltningsorganisasjoner. Dette gjelder f. eks. musikkområdet, norske filmarbeidere, skuespillere osv. Dette reduserer konkurransen mellom rettighetshaverne på en måte som man ikke gjenfinder hos de industrielle rettighetshaverne. At patentinnehavere innenfor en bestemt teknologisk sektor skulle forvalte sine patentrettigheter i fellesskap ved hjelp av kollektive lisensieringsvilkår slik det er vanlig innenfor det audiovisuelle området, fremstår utenkelig og åpenbart i strid med konkurranselovgivningen.

Kulturdepartementet må derfor nøye overveie hvordan de forslag som legges frem for Stortinget, vil virke innen opphavsrettsområdet. Kabel Norge mener at høringsnotatets forslag til sanksjoner, særlig de foreslåtte erstatningsreglene, påvirker forhandlingsposisjoner og underbygger mulighetene for misbruk av dominerende stilling og enerettsposisjoner til ulempe både for øvrige rettighetshavere og brukerne, herunder det norske publikum. Forslaget bidrar til å øke risikoen ved investeringer i opphavsrettslig beskyttede verk og fremmer således ikke investeringer i kultursektoren. Kabel Norge vil utdype sine standpunkter til de ulike delene av forslaget i det følgende:

### **13.2 Forbud mot inngrep i rettigheter ((høringsnotatets punkt 10.5))**

Kabel Norge støtter forslaget om å innføre en bestemmelse i åndsverkloven som uttrykkelig fastslår at det er adgang til å nedlegge forbudsdom. En lovfesting av en slik adgang vil bidra til at loven gir en bedre oversikt over sanksjonsmulighetene.

Kabel Norge er imidlertid skeptisk til at bestemmelsen skal få anvendelse overfor medvirkere. Kabel Norges medlemmer tilbyr regelmessig også elektroniske kommunikasjonstjenester, og mener det er viktig at tilbydere av elektroniske kommunikasjonstjenester ikke blir gjort medansvarlig for rettighetsovertredelser som skjer ved hjelp av slike tjenester.

Kabel Norge støtter for øvrig departementets synspunkt om at det ikke bør innføres regler om konvensjonalbot slik TONO har tatt til orde for. At forbud nedlagt av domstolene ikke etterleves av de som blir gjenstand for et slikt forbud, er ikke en praktisk problemstilling i Norge. Det er derfor ikke noe behov for et slikt tiltak for å sikre at et eventuelt forbud nedlagt av domstolene etterleves. Det er heller ikke vanlig i norsk rett at domstolene skal ilegge konvensjonalbøter.

### **13.3 Straff (høringsnotatets punkt 10.6)**

Kabel Norge støtter departementets forslag om at uaktsomhet som skyldkrav oppheves.

Kabel Norge vil imidlertid påpeke at mange opphavsrettslige tvister og krenkelsessaker er knyttet til tolkningen av inngåtte avtaler. Det er prinsipielt uheldig at en rimelig tvil om en avtales innhold som til sist faller ut i erververs disfavør, skal eksponere en erverver for en strafferettslig sanksjon. At straff nå er forbeholdt forsettlige overtredelser endrer ikke dette

forhold. Prinsipielt burde mislighold av avtaler mellom kontraktsparter begrenses til avtalerettslige misligholdsvirkninger. Straffeansvaret bidrar til en økt risiko for den som basere sin bruk av vernede verk og prestasjoner på avtaler. Risikoen øker ytterligere dersom departementets forslag til endringer i spesialitetsprinsippet, jf. punkt 7, innføres. At påtale kan skje etter begjæring av den fornærmede, medfører at straffesanksjonen også kan brukes som forhandlingskort i opphavsrettslige tvister. Kabel Norge vil derfor oppfordre departementet til å vurdere de samlede konsekvenser av de ulike forslagene i høringsnotatet og også begrense påtaleadgangen til tilfeller der det kreves av allmenne hensyn.

Kabel Norge støtter departementets forslag om at straffbar medvirkning og forsøk, reguleres av de alminnelige regler på strafferettens område. Dette bidrar isolert sett til en forenkling av åndsverkloven og Kabel Norge kan ikke se at det innenfor dette området er behov for særlige regler.

Departementet foreslår at det er inngrep i rettigheter etter loven som skal være straffebelagte og legger til grunn at dette ikke vil innebære realitetsendringer i forhold til gjeldende rett. Kabel Norge ser at forslaget vil innebære en lovteknisk forenkling og har ikke innvendinger til dette. Kabel Norge støtter videre departementets forslag om å oppheve bestemmelsene i dagens § 54 c) til e) da disse reglene neppe har særlig praktisk betydning.

#### **13.4 Ikke behov for særlige erstatningsregler (høringsnotatets punkt 10.7)**

Departementet foreslår at rettighetshaver skal kunne kreve kompensasjon for rettighetsinngrep fastsatt etter det høyeste av tre mulige grunnlag; 1) rimelig vederlag for bruken samt erstatning for skade som følge av inngrepet som ikke ville oppstått ved avtale om bruk, 2) erstatning for skade som følge av inngrepet og 3) vederlag svarende til vinningen som er oppnådd ved inngrepet. Dessuten foreslås det innført rett til dobbel erstatning ved forsettlig overtredelser. Departementet uttaler at de med forslaget ønsker å styrke rettighetshavers rett til kompensasjon ved opphavsrettskrenkelser sammenlignet med gjeldende rett.

Kabel Norge er enig i at rettighetskrenkelser skal kompenseres økonomisk, men kan ikke se at det er behov for å skjerpe dagens regelverk. Departementets forslag fremstår heller ikke lovteknisk som noen forenkling, noe som er et sentralt formål med revisjon av loven.

Prinsipielt mener Kabel Norge at det ikke grunnlag for å fravike alminnelige erstatningsrettslige prinsipper i åndsverkløvgivningen. Det er et grunnleggende prinsipp i norsk rett at skadelidte skal ha erstatning for sitt økonomiske tap, og ikke mer. Der det foreligger grunnlag for erstatning for ikke-økonomisk tap i annen lovgivning, er dette begrunnet i særlige forhold og vilkårene er strenge. Hensynet til reglens preventive effekt er ivaretatt gjennom reglene om straffeansvar. Man har i norsk rett ingen tradisjon for andre pønale erstatningsregler enn de alminnelige regler om forsinkelsesrenter.

Når det gjelder departementets konkrete forslag til ny § 9-3 første ledd, er det for Kabel Norge for det første uklart hva som er ment med andre del av alternativ 1 (tillegget om erstatning for skade som følge av inngrepet som ikke ville oppstått ved avtale om bruk). Innenfor det industrielle rettsvern kan en slik regel antagelig anvendes for å kompensere for eksempel for

det renomméetap et varemerke lider dersom det urettmessig er brukt på varer av dårligere kvalitet enn det varemerkeinnhaver selv selger. Kabel Norge har imidlertid vanskeligheter med å se parallelle situasjoner innenfor opphavsretten og noterer at anvendelsesområdet for en slik regel heller ikke er søkt klargjort av departementet. Departementet må presisere hva som er ment, alternativt la være å videreføre denne del av forslaget.

Kabel Norge mener videre at alternativ 3 ikke bør videreføres i ny åndsverklov. Den tilsvarende bestemmelse i dagens lov er lite brukt. Årsaken er formodentlig at dette er en meget komplisert regel som i praksis reiser vanskelige bevissspørsmål. Bestemmelsen ble opprinnelig innført fordi det skulle være vanskelig å påvise et økonomisk tap. Dersom ny åndsverklov nå får en regel som uansett gir rettighetshaver rett til et rimelig vederlag jf. nedenfor, er hensynet til rettighetshaver ivaretatt gjennom dette, og det vil ikke lenger behov for en slik regel.

Etter Kabel Norges oppfatning må åndsverklovens erstatningsregler ta utgangspunkt i rettighetshavers økonomiske tap, jf. alternativ 2 i departementets forslag. Kabel Norge vil imidlertid foreslå at departementet bruker begrepet «*økonomisk tap*», fremfor «*skade*» da dette mer spesifikt angir hva slags kompensasjon det er tale om.

Det anføres i høringsnotatet at det kan være vanskelig å påvise et konkret økonomisk tap. Kabel Norge mener at det økonomiske tap i mangel av andre holdepunkter, i så tilfelle må kunne fastsettes til et rimelig vederlag for bruken, jf. første del av alternativ 1. Det vises her til at departementet på side 312 i høringsnotatet uttaler at det er antatt at det allerede i dag kan utmåles slikt vederlag på ulovfestet grunnlag.

Basert på ovenstående mener Kabel Norges at det vil være mer hensiktsmessig og dessuten lovteknisk enklere om lovens første ledd kort og godt gir uttrykk for at skadelidte skal ha «*erstatning tilsvarende sitt økonomiske tap eller et rimelig vederlag for bruken*».

Kabel Norge er sterkt imot departementets forslag til ny § 9-3 annet ledd om at rettighetshaveren kan kreve vederlag tilsvarende det dobbelte av et rimelig vederlag og/eller erstatning for bruken ved forsettlige eller grovt uaktsomme inngrep. Forslaget har på dette punkt en helt annen karakter enn dagens bestemmelse om oppreisning for ikke-økonomisk tap i § 55 første ledd annet punkt. Forslaget bærer preg av økonomisk straffesanksjonering i strid med alminnelige erstatningsrettslige prinsipper.

Det fremgår ikke av høringsnotatet at departementet har foretatt noen analyse av hvilke konsekvenser en slik regel vil kunne få. Slik Kabel Norge ser det vil innføring av en slik regel kunne gjøre det vanskeligere å komme til enighet om et rimelig vederlag, det vil øke risikoen ved investeringer i opphavsrettslig beskyttet innhold og forsinke innføring av nye tjenester. Kabel Norge viser her blant annet til at et økende antall rettighetshavere tilsynelatende har som strategi å utsette rettighetsklarering for tiltenkt bruk av verket så langt som mulig for derved å komme i en bedre forhandlingsposisjon. Som bruker kan man dermed komme i den situasjon at den alt overveiende del av rettighetene til et fellesverk er klarert, mens en eller et mindre antall av de totale rettighetshaverne i verket holder tilbake sin klarering. Dette skyldes ikke at rettighetshaverne har innvendinger mot den aktuelle bruk som sådan, men at de ønsker fremtvinge et høyere vederlag for sine rettigheter. Dersom en bruker som allerede har

investert betydelige midler i å klarere de øvrige rettighetene, velger å gjøre bruk av rettighetene selv om det fortsatt pågår forhandlinger eller tvist med enkelte rettighetshaverne om utmålingen av vederlaget og disse i tilfelle kan kreve dobbelt vederlag dersom verket distribueres eller den aktuelle tjenesten lanseres, vil det ytterligere redusere rettighetshavernes insentiv til å bidra til enighet om et rimelig vederlag. Forslaget vil dermed også være i strid med det grunnleggende prinsipp fastslått av EU-domstolen at opphavsrettens formål ikke er å sikre rettighetshaver et høyest mulig vederlag, men et rimelig vederlag.

Kabel Norge mener derfor at en regel om dobbelt vederlag/erstatning i praksis vil gjøre rettighetsklarering vanskeligere og mer tidkrevende. Forslaget kan i praksis også hindre bruk og lansering av nye tjenester som både et stort flertall av rettighetshaverne og publikum ønsker. Norge er i dag langt fremme med hensyn til lansering og bruk av nye audiovisuelle medietjenester. Dette forslaget kan bidra til å stanse denne gode utviklingen.

Kabel Norge er heller ikke i tvil om at innføring av en regel om rett til dobbelt erstatning også ellers vil virke prosessdrivende mer enn prosessreducerende. Forslaget vil øke incentivene for rettighetshavere til å reise krav og/eller søksmål om erstatning også i andre tilfeller enn nevnt over. Mulighetene for å kunne oppnå det dobbelte av det vederlag som ellers ville være rimelig, vil videre redusere incentivene på rettighetshaversiden til å oppnå enighet og forlike oppståtte tvister.

Etter Kabel Norges oppfatning vil det også være uheldig at en bruker av opphavsrettslig rettighet skal risikere å måtte betale dobbelt erstatning der det har vært rimelig tvil om omfanget av en opphavsrettslig avtale. Det samme gjelder der det av andre grunner har vært rimelig tvil om det forelå et inngrep i en opphavsrett. Slik Kabel Norge oppfatter det, tar kravet til forsett ikke høyde for denne type rettsvillfarelse.

En slik regel som foreslått i § 9-3 annet ledd bør følgelig ikke innføres. Dersom departement likevel velger å fremlegge forslag om en slik bestemmelse for Stortinget må den i tilfelle følges av en regel om rett til bruk i situasjoner der avtalepartene forhandler om et vederlag eller utnyttelsen er ønsket av et flertall av rettighetshaverne, jf. nedenfor, og en avgrensning mot situasjoner der det er rimelig rettslig eller avtalemessig tvil om det forelå et inngrep i rettighetshavers rettigheter.

#### **14 Tillatelse til bruk (høringsnotatets punkt 10.9)**

Departementet har foreslått en regel om at retten når «*helt særlige grunner foreligger*» kan gi tillatelse til rimelig bruk der brukeren har «*handlet i aktsom god tro*». Intensjonen med forslaget er god, men bestemmelsen er gitt så snevre rammer at den neppe vil ha noen praktisk betydning.

Av de hensyn som er nevnt i punkt 5.5 og 10.4 er det behov for å innføre en rett til «fair use» i situasjoner der avtalepartene forhandler om et vederlag eller utnyttelsen er ønsket av et flertall av rettighetshaverne slik Kabel Norge også tok til orde for i sitt innspillnotat av 24. juni 2015.

## **15 Avslutning**

Kabel Norge står selvsagt til disposisjon dersom Kulturdepartementet skulle ha behov for en utdypning av Kabel Norges synspunkter.

Med vennlig hilsen

Knut Børmer  
daglig leder  
Kabel Norge