

# Klarering av rettigheter til audiovisuelle produksjoner

Av førsteamanuensis Harald Irgens-Jensen<sup>1</sup>

## 1 Innledning

Den 10. mars 2016 avsa Norges Høyesterett dom i saken mellom forvaltningsorganisasjonen Norwaco og kabelselskapet Get AS (heretter «Get»). Høyesterett slo – under dissens 4-1 – fast at den formidling av kanalene TVNorge, FEM, MAX og VOX som Get bevirker, ikke er «videresending» etter åndsverkloven § 34. Norwaco kunne dermed ikke kreve vederlag for denne formidlingen. Dommen er gjengitt i NIR 2016 nr. 4 s. 415 flg.

Spørsmålet Høyesterett avgjorde, kan ved et overfladisk blikk virke temmelig teknisk og lite prinsipielt. Dommen må imidlertid ses på som del av en videre problemstilling, nemlig hvordan rettigheter knyttet til *audiovisuelle produksjoner*, typisk TV-produksjoner, skal klareres for alle de måter de i våre dager kan gjøres tilgjengelige for publikum på. Hva slags bruk kan produsenter, kringkastingsforetak og «tredjepartsdistributører»<sup>2</sup> klarere gjennom individuelle avtaler med de enkelte opphavsmenn og utøvende kunstnere? Hvor mye kan rettighetshaverne overlate til en forvaltningsorganisasjon å klarere? *Må* de la visse former for bruk bli klarert av en forvaltningsorganisasjon? I hvilken grad kan det klareres med forvaltningsorganisasjoner i *utlandet*, som kanskje har lavere satser enn de norske organisasjoner? Dette kan få stor betydning for viktige deler av vår kultur- og underholdningsindustri. Det er en industri som opplever store endringer i inntektsbildet: Reklameinntektene fra de tradisjonelle «lineære» sendinger synker, og kostnader må kuttes.<sup>3</sup> Flere inntekter må hentes fra ulike tjenester der publikum selv kan velge tid og sted for når de vil se en sending, gjerne mot betaling. Men hvor store inntekter dette kan inngi, er usikkert. Derfor er rettighetene til «videresending» som dommen gjelder, av stor økonomisk betydning.

Spørsmålet som Høyesterett tok stilling til, har i ulike varianter vært oppe for flere europeiske domstoler.<sup>4</sup> Særlig oppmerksomhet er blitt gitt en dom fra nederlandsk høyesterett 28. mars 2014 (ECLI: NL: HR2014: 735), og EU-domstolen har gitt viktige føringer i sak C-324/14, *SBS Belgium*. Videre arbeider EU med et *forslag til en ny forordning*, «om regler for udøvelse af ophavsretten og beslægtede rettigheder, der gælder for visse af radio- og tv-selskabernes onlinetransmissioner samt

---

<sup>1</sup> Institutt for privatrett, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo.

<sup>2</sup> Med «tredjepartsdistributører» menes her selskaper som ikke selv er kringkastingsforetak, men sender ut audiovisuelt innhold til abonnenter via kabel-TV, satellitt, digitalt bakkenett og fiber, samt distribusjon over kobbernett kjent som DSL («Digital Subscriber Line»). De største distributører på det norske markedet i 2014 var Telenor (Canal Digital), Get, RiksTV, Viasat, Viken Fiber og Lyse, se <http://www.medienorge.uib.no/statistikk/medium/tv/377> (besøkt 16. januar 2017). Å betegne deres virksomhet som «distribusjon» er litt ugreit i forhold til tradisjonell opphavsrettsterminologi, hvor det engelske ordet «distribution» har blitt oversatt som «spredning», det vil typisk si salg eller utlån av fysiske eksemplarer som dvd'er. «TV-distribusjon» er imidlertid blitt et etablert uttrykk i medie verdenen.

<sup>3</sup> Bergens tidende, 3. mai 2016, <http://www.bt.no/nyheter/okonomi/TV-2-skal-kutte-350-millioner-kroner-3589987.html>. Se også EU-kommisjonens pressemelding, «Digital Single Market – Commission updates EU Audiovisual Rules and presents targeted approach to online platforms», 25. mai 2016, [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-16-1895\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-1895_en.htm).

<sup>4</sup> En nyttig oversikt gis i Jean-Paul Trialle (De Wolf & Partners) et al., *Study on the application of directive 2001/29/EC on copyright and related rights in the information society, («the «Infosoc Directive»)*, 2013, utarbeidet på oppdrag fra EU-kommisjonen s. 199–234.

retransmissioner af radio- og tv-programmer», og det er grunn til å spørre om dette vil kunne føre til noen endringer i den rettsstilstand som rettspraksis nå synes å ha meislet ut.

I denne artikkelen skal jeg, for å illustrere hvilke aktører og interesser vi har å gjøre med, først si litt om saksforholdet i den norske dommen og to andre norske rettsaker om samme problemstillinger som har vært oppe for lavere instanser. Deretter skal jeg si litt om hvilke muligheter for kollektiv klarering som nå foreligger etter høyesterettsdommene fra Norge og Nederland, og EU-domstolens avgjørelse i *SBS Belgium*. De norske regler om *avtalisens* på området kan synes å ha interesse her. Ettersom de norske reglene er temmelig like dem vi finner ellers i Norden, vil jeg tro synspunktene også kan ha overføringsverdi til andre nordiske land. Også en del av EUs *konkurranseregler* vil spille inn. Endelig skal jeg se på konsekvenser av *forordningsforslaget*, og om det kan komme til å endre den rettsstilstand som norsk og nederlandsk høyesterett har gitt uttrykk for.

## 2 Om sakene

Som nevnt i høyesterettsdommen, er Norwaco en paraplyorganisasjon for rettighetshaverorganisasjoner. Blant medlemmene finner vi TONO som organiserer opphavsmenn på musikkområdet, Norsk Filmforbund, Norsk Skuespillerforbund, Norsk artistforbund, Norske Filmregissører, Norske Dramatikeres Forbund, Norske Dansekunstnere, Norske Scenografer, GramArt og plateorganisasjonene IFPI Norge og FONO. Også Virke Produsentforeningen er med. Sistnevnte organiserer uavhengige produksjonselskaper som produserer spillefilm, dokumentarfilm, kortfilm, reklamefilm og tv-programmer m.m.

Brukere kan gjennom Norwaco klarere rettigheter til flere former for bruk. Blant bruksområdene finner vi opptak av TV- og radioprogrammer til undervisning og annen bruk innenfor virksomheter («UNI-sektoren») og bruk av opphavsrettslig beskyttet materiale i arkiv, bibliotek og museer («kulturarvsektoren»). Norwaco samler også inn den kompensasjon for lovlig kopiering til privat bruk som er hjemlet i åndsverkloven § 12. Den frem til nå økonomisk viktigste klarering som Norwaco har stått for, har imidlertid vært klarering for samtidig og uendret «videresending» av TV- og radiokanaler. Norwaco fordeler vederlag til alle berørte grupper, også rettighetshavere eller rettighetshaverorganisasjoner i andre land. Ifølge Norwacos årsrapport innkrevde organisasjonen 340 millioner kroner i 2016, hvorav 251 millioner kom fra «videresendingssektoren».

Rettsgrunnlaget for Norwacos klarering av videresendinger er åndsverkloven § 34, der det heter:

«Verk som lovlig inngår i kringkastingssending, kan ved samtidig og uendret videresending gjøres tilgjengelig for allmennheten når den som videresender oppfyller betingelsene for avtalisens etter § 36 første ledd.

Opphavsmannens enerett til videresending kan bare utøves gjennom organisasjon som er godkjent etter § 38 a.

Videresending av verk som opprinnelig sendes ved tråd, omfattes ikke av denne paragraf.»

Fra avsnitt 36 i den norske høyesterettsdommen redegjør førstvoterende for bakgrunnen for lovbestemmelsen. Vi leser at den har sitt utgangspunkt i spørsmålet om hvordan «nabolandsfjernsyn» skulle klareres på 1980-tallet: Hvordan skulle kabeldistribusjonsselskaper, som fra stasjoner i grensetraktene til Sverige tok ned signalene fra svensk kringkasting og sendte dem videre til abonnenter i Norge gjennom sine kabelanlegg, klarere sin tilgjengeliggjøring?



Kringkastingselskapene i Sverige hadde jo bare klarert for sending i Sverige. Ovennevnte lovbestemmelse – opprinnelig inntatt som § 20 a i åndsverkloven – løste problemet ved å slå fast at videresendingen i Norge måtte klareres gjennom en rettighetshaverorganisasjon, og Norwaco ble opprettet med dette som formål.

Da Norge tiltrådte EØS-avtalen og *satellitt- og kabeldirektivet* (direktiv 93/83/EF) skulle implementeres, la Kulturdepartementet til grunn at bestemmelsene om videresending av satellittsendinger i direktivets artikkel 9 kunne dekkes av ordningen i åndsverkloven § 20 a. Denne ble derfor videreført i § 34 med noen endringer.<sup>5</sup>

Frem til rundt 2010 hentet distributørene gjerne programmene ned fra de samme satellitter som sendte kanalene ut til abonnenter med satellittabonnement, og deretter videresendte distributørene programmene i kabel til sine abonnenter. For dette betalte de vederlag til Norwaco. Så ble denne praksisen lagt om. Det ble vanlig at distributørene fikk programmene tilsendt fra TV-selskapet i *kryptert, lukket fiberforbindelse* før de sendte dem ut til abonnentene gjennom sitt kabelnett. Distributørene hevdet at denne nye «distribusjonsformen» - blant europeiske opphavsrettsjurister omtalt som «direct injection» - ikke var videresending. Flere sluttet å klarere med Norwaco.

Den første tvist som kom for norske domstoler om dette, var mellom Norwaco og en annen TV-distributør – RiksTV. RiksTV eies av Telenor, NRK og TV2 og er et produkt av overgangen til det såkalte «digitale bakkenettet» som skjedde fra 2007. Det digitale bakkenettet utbygges og drives av selskapet Norges Televisjon AS, og fra dette selskapet leier RiksTV kapasitet ved siden av allmennkringkasteren NRK. RiksTV tilbyr ulike kanalpakker til sine kunder. I likhet med Get mottar RiksTV sendingene i en lukket «forsendelse» fra kringkasterne før selskapet sender dem ut til sine abonnenter via det digitale bakkenettet. Norwaco hevdet at RiksTV drev «videresending».

Denne «RiksTV-saken» startet i den såkalte Kabeltvistnemnda, en nemnd opprettet for særskilt å behandle tvister vedrørende videresending av kringkastingsprogram. Tvistens behandling i Kabeltvistnemnda er temmelig komplisert, og det er ikke nødvendig å gå inn på detaljene her. Stevning for Oslo tingrett ble tatt ut 29. oktober 2010, men dom falt ikke før 30. mai 2013, fem måneder etter at stevning var tatt ut i «Get-saken». I RiksTV-saken kom Oslo tingrett til at RiksTV overfor Norwaco hadde rett til å distribuere de fjernsynskanaler som distribueres i dag, og de fjernsynskanaler som tidligere har blitt distribuert, i det digitale bakkenettet. Retten mente at denne distribusjonen ikke var noen «videresending» etter åndsverkloven § 34, men at det var del av primærsendingen – kringkastingen – som kringkastingselskapene hadde ansvar for å klarere. Det gjaldt både norske og utenlandske kanaler. De utenlandske kanalene – i saken kanaler sendt ut fra England – måtte anses for å bli kringkastet i utlandet (England), og kringkasterne måtte klarere med dem som representerte rettighetshaverne der. Bevisførselen hadde riktignok avdekket at enkelte rettigheter ikke hadde blitt klarert med rettighetshaverne, men disse klareringsmanglene måtte «repareres mellom kringkaster og rettighetshaver». Mangler ved kringkasternes rettighetsklarering kunne ikke lede til at distribusjonen i bakkenettet kunne anses som «videresending», som var det Norwaco skulle klarere. Denne dommen ble ikke anket.

Også i Get-saken kom Oslo tingrett i dom av 31. desember 2013 til at det ikke forelå noen «videresending». 28. mars kom så nederlandsk høyesterett til samme resultat (ECLI: NL:

---

<sup>5</sup> Se Ot.prp. nr. 15 (1994-95) s. 75–76.

HR:2014:735) for en tilsvarende tvist i Nederland. Senere kom heller ikke den norske lagmannsretten og som kjent heller ikke Høyesteretts flertall til at Gets distribusjon av de kanalene som det fikk i «lukket forsendelse/direct injection» fra kringkastingsselskapene, innebar noen «videresending» som måtte klareres med Norwaco.

Bestemmelsen i § 34 tredje ledd om at den tvungne kollektive klarering ikke gjelder for «videresending av verk som opprinnelig sendes med tråd» synes ikke å ha vært fremme i noen av disse sakene.<sup>6</sup> Det skyldes kanskje at denne bestemmelsen jo fortsatt taler om «videresending», og det store poenget for distributørene har vært å få fastslått at de ikke begår noen «videresending» overhodet. I forslaget til ny åndsverklov foreslår Kulturdepartementet at unntaket for «verk som opprinnelig sendes med tråd», fjernes.<sup>7</sup>

Begrunnelsen til Høyesterett er lenge nokså lik den vi finner i RiksTV-dommen fra Oslo tingrett. Etter en ganske omfattende gjennomgang av forarbeidene, Bernkonvensjonen artikkel 11 bis, og en visitt til satellitt- og kabeldirektivet og den nederlandske dommen, konkluderer førstvoterende med at «rettskildebildet så langt [taler] for at regelen i § 34 i første rekke tar sikte på å regulere rettighetshavernes posisjon ved distribusjon av fjernsyn som ikke er initiert av kringkasteren selv. Det typiske tilfellet hvor § 34 får anvendelse er der «etersendte» fjernsynssendinger ment for et land blir fanget opp i et annet land» (avsnitt 50). Sendingene i den foreliggende sak skilte seg fra dette ved at de var «ment for Norge» (avsnitt 47). Og så sier førstvoterende: «[B]åde overføring i kabel, via satellitt og over bakknett [fremstår] som en del av primærkringkastingen av kanalene TVNorge, FEM, MAX og VOX» (avsnitt 51, min utheving).

Men så begynner premissene å divergere fra tingretten i RiksTV-saken: Tingretten hadde konkludert med at fordi kanaldistribusjonen var en del av «primærsendingen», er det «kringkaster [i utsenderlandet] som kan og skal klarere rettighetene» (min utheving). Så kategorisk var ikke

---

<sup>6</sup> Årsaken til at mange har ment at kollektiv klarering ikke kan gjøres obligatorisk for videresending av verk som opprinnelig sendes med tråd, finnes i Bernkonvensjonen. Den angivelige hjemmel for tvungen kollektiv forvaltning av rettigheter ved formidling av kringkastingssendinger, artikkel 11 bis (2), gjelder nemlig ikke for sendinger som opprinnelig sendes med tråd. Slike sendinger reguleres i stedet av artikkel 11 (1) (ii), 11ter (1) (ii) og 14 (1) (ii), og her finnes det ingen formulering som dekker obligatorisk kollektiv forvaltning. Se Sam Ricketson og Jane Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, 2006 s. 731, 736 og 749 og Astri Lund, «Satellittoverføring av fjernsyns- og radioprogram» i *Ånd og Rett. Festskrift til Birger Stuevold Lassen*, Oslo 1997 s. 695–714 (på s. 703). Anerkjente forfattere som Silke von Lewinski har imidlertid ment at Bernkonvensjonen åpner for obligatorisk kollektiv forvaltning også utenfor de tilfeller der det kan dekkes av bestemmelser som artikkel 11 bis. Se diskusjonen i Mihály Ficsor «Collective Rights Management from the Viewpoint of International Treaties, with Special Attention to the EU 'Acquis'» i Daniel Gervais, *Collective Management of Copyright and Related Rights*, 3. utg. 2016 s. 31–79 (på s. 57–66). Satellitt- og kabeldirektivet synes å forutsette at obligatorisk kollektiv forvaltning kan bestemmes også når den opprinnelige sending skjer med tråd, jf. artikkel 9 sammenholdt med definisjonen av «videresending» i artikkel 1.3, jf. Lund, *op. cit.* s. 707. I danske forarbeider er det uttalt at den tvungne avtalelisens også vil gjelde «videresending» av sendinger som skjer «på basis af en lukket langdistancefremføring, fx via langdistancekabel....forudsat de pågældende udsendelser samtidig udsendes trådløst til almenheden her i landet eller andensteds» (LFF 1996-11-20 nr 77 (Forslag til Lov om ændring af ophavsretsloven og om ophævelse af lov om Den Kulturelle Fond og om visse bevillinger på ophavsretsområdet), bemærkninger til lovforslaget nr. 2). Se også NU 1983: 12 s. 95–96 og Lund, *op. cit.* s. 711.

<sup>7</sup> Forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk mv., høringsnotat av 17. mars 2016. s. 202, <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-ny-andsverklov/id2479768/>, besøkt 11. januar 2017, jf. Prop. 104 L (2016–2017) punkt 5.25.4. Kulturdepartementets syn på Bernkonvensjonen må være sammenfallende med Silke von Lewinskis, jf. forrige note.



Høyesterett. Selv om distribusjonen fremsto «som en del av primærkringkastingen», understreket førstvoterende (avsnitt 54) at distributørene har et selvstendig ansvar for klareringen:

«I motsetning til det som var den sentrale problemstillingen i NOUen, nemlig at seere i naboland ser på tv-kanaler som ikke var beregnet, og dermed ikke klarert, for seere i dette nabolandet, er kanalene TVNorge, FEM, MAX og VOX opprinnelig beregnet for Norge. Det er seere i Norge som er målgruppen for kanalene. At kanalene produseres for det norske markedet *gjør det nærliggende at kringkastingsforetaket - SBS - forestår klareringen av opphavsrettigheter på vegne av dem som står for distribusjonen som kringkasteren initierer.* Imidlertid er det ingen tvil om at i den grad Get AS distribuerer tv-kanaler som inneholder beskyttede verk, fordrer det at Get AS sikrer at bruken er klarert. I avtalene mellom SBS og Get AS er det forutsatt at SBS skal klare alle opphavsrettigheter for utsendelsen i kabel. *Get AS har et selvstendig ansvar og vil bli ansvarlig overfor opphavsmennene hvis SBS ikke oppfyller denne forpliktelsen»* (mine uthevinger).

Formuleringen til førstvoterende om at det er nærliggende at kringkastingsforetaket forestår klareringen «på vegne av dem som står for distribusjonen», illustrerer at distribusjonen anses som en selvstendig «tilgjengeliggjøring for allmennheten». Den kan synes litt vanskelig å forene med uttalelsen om at distribusjonen er «en del av primærsendingen». Høyesterettsdommen er ikke helt klar på hvor denne primærsendingen kan sies å «starte», om det er fra kringkastingselskapene eller først fra distributørens utsendelse. Dette har imidlertid vært diskutert – og gjenstand for tvister – andre steder i Europa.<sup>8</sup> En tidligere nederlandsk dom fra 2009 («Chellomedia») gav nokså klart uttrykk for at den første «lukkede» sendingen til kabeldistributørene (i den saken gikk den over satellitt), ikke var en tilgjengeliggjøring for allmennheten.<sup>9</sup> Nederlandsk høyesterett bygde her på EU-domstolens avgjørelse i sak C-192/04 *Lagardère*, som gjaldt et opplegg hvor en fransk kringkaster parallelt med sine alminnelige radioutsendelser over FM-båndet sendte programmene i «lukket forsendelse» via en satellitt til en mottaksstasjon det kontrollerte i Tyskland, og denne stasjonen sendte så programmene videre på langbølge til steder i Frankrike hvor mottaksforholdene for sendingene over FM-båndet ikke var så gode. EU-domstolen uttrykte der at den «lukkede» satellittsendingen til mottakeren i Tyskland ikke var noen «overføring til almenheten» («communication to the public»)<sup>10</sup>.

Synspunktet ble kritisert i juridisk teori.<sup>11</sup> Blant annet ble det pekt på at det ikke var tatt nok hensyn til at kringkastingselskapene som regel (i motsetning til tilfellet i *Lagardère*) sendte sendingene til flere distributører i «lukket linje», og dette burde i hvert fall samlet sett anses som en «public». Det

<sup>8</sup> Se Jean-Paul Trialle (De Wolf & Partners) et al, *Study on the application of directive 2001/29/EC on copyright and related rights in the information society, («the «Infosoc Directive»)*, 2013, utarbeidet på oppdrag fra EU-kommisjonen, s. 199-234. For dansk rett, se Peter Schønning, «Det ophavsrettlige viderespredningsbegreb», *Ugeskrift for Retsvæsen*, 2008 s. 347-353.

<sup>9</sup> For engelsk oversettelse av dommen, se *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, 2011 s. 228. Se omtale i Matihias Schwarz og Gerd Hansen, «Current Misguided Developments in the Interpretation of the Term «Initial Transmission» as a Prerequisite for the Right of Retransmission by Cable – An Analysis Proceeding from Section 20b of the German Copyright Act», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2011 s. 201 flg.

<sup>10</sup> Derimot utgjorde sendingene fra Tyskland «overføring til almenheten», noe som medførte at tyske rettighetshaverorganisasjoner var berettiget til vederlag. Avgjørelsen kan ses som en anerkjennelse av *territorialsprinsippet* for opphavsrett i EU.

<sup>11</sup> Schwarz og Hansen, *op. cit.* s. 205-213.

ble pekt på som lite heldig om rettighetshavere som opplevde at et kringkastingsforetak sendte ut et program i strid med deres rettigheter, måtte rette sine krav mot de enkelte distributører fremfor kringkastingsforetaket. EU-domstolens avgjørelse i sak C-325/14, *SBS Belgium*, avsagt 19. november 2015, altså knappe 4 måneder før den norske Høyesteretts avgjørelse, støtter imidlertid etter mitt syn nokså kraftig opp om synspunktet om at det ved «direct injection» først er fra distributørene det skjer en tilgjengeliggjøring for allmennheten. Saken gjaldt en tvist mellom kringkastingsforetaket SBS Belgium og rettighetshaverorganisasjonen SABAM, og spørsmålet var om SBS Belgiums forsendelse av sendingene i lukket forbindelse til distributørene var en «overføring til almenheten» etter infosocdirektivet (dir 2001/29) artikkel 2. EU-domstolen uttalte at et kringkastingsforetak som sendte sendingene i «lukket forsendelse/direct injection» til distributørene, i utgangspunktet *ikke* gjorde en slik tilgjengeliggjøring, med mindre distributøren bare var en «ren formidler». Det heter i slutningen at:

«et radio- og fjernsynsforetagende ikke foretager en overføring til almenheten som omhandlet i denne bestemmelse, når det overfører sine programbærende signaler udelukkende til distributører af signalerne, uden at disse signaler er tilgængelige for almenheden i løbet af og ved denne overføring, idet disse distributører efterfølgende sender de nævnte signaler til deres respektive abonnenter, for at abonnenterne kan se disse programmer, medmindre de pågældende distributørers handling kun udgør et rent teknisk middel, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at undersøge»

EU-domstolen drøfter ikke eksplisitt argumentet om at en overføring til flere distributører kan utgjøre en «allmennhet».<sup>12</sup> Men i avsnitt 22 tales det om at distributørene er «individuelle og utvalgte», en karakteristik som passer på de fleste avtaler kringkastingsforetak har med distributørene, som noe som *ikke* er allmennheten. I EU-retten synes det i vurderingen av om en overføring er «public» eller ikke, å være viktigere enn i tradisjonell nordisk rett om overføringen er foretatt til et «ubestemt antal potensielle mottagere», i tillegg til et «betydelig antall personer».<sup>13</sup> De flere distributører som mottar kablesendingene, kan hevdes å ikke være et ubestemt antal potensielle mottakere, og kanskje heller ikke et «betydelig antall».

Det har vært diskutert om synspunktet om at kringkastingsforetakene ikke gjør programmene tilgjengeliggjøring for allmennheten ved «direct injection», er forenlig med EU-domstolens tidligere avgjørelse i sak C-431/09 og C-432/09 *Airfield*. Saken gjaldt hvorvidt en tjenestetilbyder som tilbød publikum ulike kanalpakker fra en satellitt det hadde leid kapasitet hos, måtte ha samtykke fra rettighetshaverne når disse allerede hadde gitt kringkasterne samtykke til kringkasting. Sendingene ble dels sendt fra kringkastingsforetakene direkte til Airfields satellitt, dels i en lukket linje eller via satellitt til Airfields samarbeidspartner, som så sendte dem opp til satellitten som Airfield leide og brukte til å sende programmene ut til publikum. I saken la EU-domstolen til grunn at *både* kringkastingsforetakene og Airfield måtte ha samtykke for forsendelsen. Etter mitt syn er imidlertid ikke avgjørelsen noe sterkt argument for at en lukket

---

<sup>12</sup> Se Dreier/Schulze, *Urheberrechtsgesetz*, 5. Auflage 2015 UrhG § 20 Rn 7-12, [https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fdreierschulzekourhg\\_5%2Furhg%2Fcont%2Fdreierschulzekourhg.urhg.p20.glii.htm&anchor=Y-400-W-dreierschulzekourhg-G-urhg-P-20-RN-9&showParallelFundstellenReadable=False](https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fdreierschulzekourhg_5%2Furhg%2Fcont%2Fdreierschulzekourhg.urhg.p20.glii.htm&anchor=Y-400-W-dreierschulzekourhg-G-urhg-P-20-RN-9&showParallelFundstellenReadable=False).

<sup>13</sup> Se bl.a. C-117/15 *Reha Training Gesellschaft* avsnitt 41 og 42, C-325/14 *SBS Belgium* avsnitt 21 og 22 og C-135/10 *SCF* avsnitt 84 og 95. Flere referanser i Morten Rosenmeiers gjennomgang «EU-rettens betydning for den ophavsrettlige sonndring mellem offentlig og privat», *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2016 s. 441–478 (på s. 460). Også i nordisk rett synes det å ha vært hevdet at den første utsendelse til distributører via kabel *ikke* er en tilgjengeliggjøring for allmennheten, se NU 1983: 12 s. 96 og NOU 1984: 25 s. 39 (jf. Lund, *op. cit.* s. 704), men det var i en tid hvor det var få distributører på markedet.



forsendelse som den vi hadde å gjøre med i Get-saken, likevel kan være en «tilgjengeliggjøring for allmennheten». For det første er EU-domstolens resonnement om forsendelsen fra kringkastingsselskapene i *Airfield* tett knyttet opp til bestemmelsene i satellitt- og kabeldirektivet om nettopp satellittsendinger, og det begrenser overføringsverdien til sendinger ved fiberkabel. Og uansett må SBS-avgjørelsen, som den nyere avgjørelse, ved eventuell motstrid gå foran.

At *distributørene* på sin side står for en «tilgjengeliggjøring for allmenheten», mener jeg fremgår nokså klart av premiss 28-30 i SBS-avgjørelsen:

«Følgelig findes i der i hovedsagen kun én »almenhed«, dvs. alle abonnenterne hos hver enkelt distributør.... I denne henseende fremgår det af ordlyden af den forelæggende rets spørgsmål, at det er efter disse distributørers handling, at disse sidstnævntes abonnenter kan se tv-programmerne.... distributionen af et værk, der udsendes af en leverandør som den i hovedsagen omhandlede til sine abonnenter, udgør en selvstændig tjenesteydelse, som udføres mod vederlag, idet abonnenterne betaler tv-abonnementet til denne leverandør og ikke til radio- og fjernsynsforetagendet, og abonnementet ikke betales for eventuelle tekniske ydelser, men derimod for adgang til den pågældende overføring, og dermed til beskyttede værker.»

Resonnementet er på linje med den nederlandske høyesterettsdommen som Norges Høyesterett viste til, jf. ovenfor. Anvender vi dette på norske forhold, må løsningen bli at sendinger som norske distributører som Get og RiksTV får fra kringkastingsselskaper ved «direct injection», enten de kommer fra Norge eller utlandet, blir gjort tilgjengelige for allmennheten først ved distributørens utsendelse til abonnentene i sine nettverk. Det er med andre ord distributørene som gjør sendingene «tilgjengelige for allmennheten», med mindre deres rolle bare er å være «technical means». De vil neppe anses bare som «technical means» når de setter sammen egne «kanalpakker» som kommersielle produkter de markedsfører og tar betalt for direkte av sluttbrukerne (abonentene). Distributørene gjør dermed selv sendingene tilgjengelige for allmennheten, og de gjør det *i Norge*.<sup>14</sup>

En senere avgjørelse fra EU-domstolen, C-138/16 AKM, som ble avsagt 16. mars 2017, kan synes i dårlig harmoni med SBS-avgjørelsen. Saken gjaldt operatøren av et mindre kabelnettverk i Østerrike (Zürs) med 130 abonnenter. Zürs gav gjennom sitt kabelanlegg abonnentene tilgang til kringkastingssendinger sendt ut av den østeriske offentlige kringkaster ORF og noen andre kringkastingsselskap. EU-domstolen uttalte her i premiss 29 at «[i] det omfang spredningen af de beskyttede værker finder sted ved hjælp af indenlandske kabler, således som det fremgår af det præjudisielle spørgsmåls ordlyd, og rettighedshaverne således har taget hensyn til de berørte personer, da de gav tilladelse til den nationale radio- og fjernsynsorganisations oprindelige udsendelse, kan den almenhed, som Zürs.net spreder nævnte værker til, ikke anses for en ny almenhed». Under slike forutsetninger gjorde ikke kabelselskapet programmene «tilgjengelig for allmennheten». Her bør man merke seg at saken gjaldt programmer opprinnelig kringkastet av det nasjonale kringkastingsselskap, og at spørsmålet om programmer sendt til distributørene ved «direct injection», ikke ble diskutert. Det gjør at avgjørelsen etter mitt skjønn ikke kan anses for å fravike SBS-avgjørelsen.

---

<sup>14</sup> Se også C-192/04 *Lagardère*, der det ble lagt til grunn at det såkalte «senderlandsprinsippet» i direktiv 93/83, som innebærer at satellittsendinger som seere kan ta ned direkte fra satellitt, anses tilgjengeliggjort for allmennheten i «avsenderlandet» og bare der, ikke får anvendelse på en overføring i en «lukket forsendelse» via satellitt til en distributør som deretter sendte ut til allmennheten via tradisjonelle radiobølger. For øvrig minner diskusjonen om det ved slik distribusjon som omhandlet i Get-saken skal «betales én eller to ganger» en del om diskusjonen knyttet til ulike former for satellittsendingers forhold til Bernkonvensjonen artikkel 11bis, se Ricketson og Ginsburg, *op. cit.* s. 727–28, jf. s. 737 og Lund, *op. cit.* s. 703–708.

At tilgjengeliggjøringen for allmennheten først skjer fra distributørens hevdes også av Morten Rosenmeier.<sup>15</sup> Det er også helt nylig – 4. desember 2017 – blitt lagt til grunn av Borgarting lagmannsrett i sak 16-154408ASD-BORG/01. For det tilfelle at Norwaco ikke fikk medhold i den første sak om at RiksTVs sendinger var «videresending», hadde *TONO*, som i kraft av forvaltningsavtalene med sine medlemmer og søsterorganisasjoner forvalter fremføringsrettighetene til opphavsmenn til *musikkverk*, herunder retten til «primær kringkasting», tatt ut søksmål mot RiksTV. Søksmålet bygget på at dersom kabelselskapenes distribusjon ikke var «videresending» som skulle klareres av *Norwaco*, måtte det være en annen form for offentlig fremføring, som måtte klareres med *TONO*. Det fikk *TONO* medhold i, først i tingretten og nå også i lagmannsretten, som la stor vekt Høyesteretts begrunnelse i Get-saken. Dommen er i skrivende stund ikke rettskraftig, og undertegnede vet ikke om den vil bli anket.

### 3 Klarerings spørsmål som følge av høyesterettsdommen

#### 3.1 Innledning

Rettstilstanden synes altså nå å være at distributørens utsending av TV-kanaler som de mottar ved «direct injection», er en *selvstendig tilgjengeliggjøring for allmennheten* som må klareres. Men ikke en «videresending». Så hvordan skal klareringen skje?

På musikkområdet står kollektiv forvaltning sterkt (gjennom organisasjonene *TONO* og *Gramo*), og det er lett å se for seg at distributørens tilgjengeliggjøring av musikk i stor grad vil bli klart kollektivt også i fremtiden, enten ved forhandlinger mellom distributørene og organisasjonene, eller ved at kringkastingsselskapene påtar seg å sørge for klareringen i forhandlinger med organisasjonene. Det bør imidlertid bemerkes at noen TV-selskaper mener å klare seg med direkte avtaler med store plateselskaper som *Universal*.

For andre rettighetshavere enn komponister, musikere og forfattere av musikktekster har imidlertid en kollektiv forvaltning ikke vært like vanlig. Her har nok den praktiske hovedregel vært at de nødvendige rettigheter til utsendelsen av audiovisuelle verk, utenom «videresendingen» som har vært klart med *Norwaco*, har vært klart individuelt av de enkelte kringkastingsselskaper eller av produksjonsselskapene som kringkastingsselskapene kjøper programmene av. Bør dette være ordningen fremover, også for «tredjepartsdistribusjon» som gjøres mulig ved «direct injection», nå når det er fastslått at åvl. § 34 ikke pålegger kollektiv klarering av dette? Eller kan man etablere et system for kollektiv klarering, for eksempel ved *Norwaco*, for denne distribusjonen, på bakgrunn av frivillige avtaler, eventuelt hjulpet av noen andre bestemmelser om avtalelisens enn åvl. § 34? En kan for eksempel tenke seg at rettighetshaverne (regissører, skuespillere, filmarbeidere mv.) overdrar sine rettigheter til TV-produksjoner til medlemsorganisasjoner, som igjen overdrar dem til *Norwaco*, og at *Norwaco* insisterer på at disse må klareres av distribusjonsselskapene, ikke av produsentene eller kringkastingforetakene. Bestemmelser om at slik kollektiv forvaltning skal finne sted, kan også tenkes inntatt i tariffavtalene mellom produksjonsselskaper og kulturarbeidernes fagforeninger. Når det gjelder produsentenes egne rettigheter i produksjonene, kan en tenke seg at produsentselskapene samarbeider innenfor Virke Produsentforeningen og blir enige med *Norwaco* om at forsendelser av programmer som distributørene mottar ved «direct injection», må klareres med *Norwaco*, ikke med den enkelte produsent.

---

<sup>15</sup> Rosenmeier, *op. cit.* s. 462.



En del aktører på rettighetshaversiden skal etter det undertegnede forstå ivre for et slikt opplegg, mens en del på kringkastingssiden er imot.

Det er ikke bare retten til tilgjengeliggjøring via kabel kringkastingforetakene ønsker å få klarert individuelt med de enkelte rettighetshavere, når disse engasjeres til å være med på en produksjon. Andre former for bruk kan være vel så viktige, ikke minst tilgjengeliggjøring på internett «on demand». Publikum (og Stortinget, når det gjelder allmennkringkasteren NRK) forventer at episoder av populære produksjoner som *Skam* er tilgjengelige på ulike plattformer i en lengre periode, og «seertallene» fordeler seg over et temmelig langt tidsrom. Én sending på lineært TV (eventuelt en reprisesending) er ikke lenger tilstrekkelig. Skal kringkastingforetakene være sikre på at en investering i en produksjon er forsvarlig, må de, slik de ser det, på tidspunktet investeringsbeslutningen tas, være sikre på å få alle rettigheter som er nødvendige for tilgjengeliggjøring over tid på ulike plattformer.<sup>16</sup> At produsenter av film og TV-produksjoner normalt bør erverve vidtgående rettigheter til produksjonen, er også uttrykt i presumsjonsregelen i åndsverkloven § 39 f. Den slår fast, med unntak for de «sentrale» opphavsmenn komponist, manusforfatter og regissør, at når en bidragsyter til en produksjon gir samtykke til at verket hun vil være med å skape som ledd i produksjonen kan utnyttes, vil samtykket omfatte retten til å fremstille eksemplarer av filmverket, og å gjøre det tilgjengelig for allmennheten generelt. I forarbeidene heter det at regelen «ikke gir begrensninger verken i måte eller i omfang innenfor de utnyttelsesformer som må fortone seg som tenkbare på det tidspunkt avtalen inngås».<sup>17</sup> Departementet understreket imidlertid, som svar på et høringsinnspill fra Norwaco, at presumsjonsregelen sier intet om hvordan vederlaget for de forskjellige rettigheter som anses overdratt, skal fordeles.<sup>18</sup>

Åndsverkloven § 34 er «enkel» på den måten at den *pålegger* kollektiv klarering. Men det er et viktig unntak: Kringkastingsselskapets egne «signalrettigheter» etter åndsverkloven § 45 a, og også andre rettigheter kringkastingforetaket har ervervet fra medvirkende opphavsmenn og andre rettighetshavere ved avtale, kan klareres individuelt, jf. § 36 første ledd annet punktum (jf. satellitt- og kabeldirektivet artikkel 10).

Skal Norwaco oppnå at rettigheter til distribusjon av programmer som kabelselskapene mottar ved «direct injection», blir klarert kollektivt som dagens klarering for «egentlig» videresending, vil Norwaco være avhengig av at en betydelig andel rettighetshavere ved frivillige avtaler gir Norwacos medlemsorganisasjoner eksklusiv rett til å klare alle sine verk for tredjepartsdistribusjon. Hvorvidt dette vil lykkes, avhenger av en rekke faktorer. Her skal jeg si litt om tre regelsett som har betydning:<sup>19</sup> For det første det såkalte «CRM-direktivet», som sier noe om hvorvidt en forvaltningsorganisasjon kan kreve å forvalte *alle* rettigheter for en rettighetshaver som betingelse for at rettighetshaveren skal nyte godt av organisasjonens tjenester. I så fall blir det lettere å bygge opp en slagkraftig organisasjon som kan tvinge frem kollektiv forvaltning overfor kringkastingforetak og distributører (se avsnitt 3.2 nedenfor). For det andre skal jeg si litt om *andre avtalelisenser* enn åndsverkloven § 34 kan være aktuelle for denne typen formidling av audiovisuelle produksjoner. Det kan hende at distributørene vil kunne legge mer penger på bordet – og dermed gjøre kollektiv forvaltning mer attraktiv også for rettighetshaverne – dersom distributørenes avtale med de aktuelle forvaltningsorganisasjoner vil kunne utløse en avtalelisens (se avsnitt 3.3 nedenfor). For det tredje skal jeg si litt om *konkurransereglene* kan skape hindringer i veien for avtaler om kollektiv klarering.

---

<sup>16</sup> Se Olav A. Nyhus, «Allmennkringkastingsoppdraget og rettighetserverv», lysark til foredrag i Norsk forening for opphavsrett 22. november 2017, tilgjengelig på <https://static1.squarespace.com/static/59dcda9664b05fea9d452a5b/t/5a2440f0e2c483bcf3d4407a/1512325364944/2017+Medlemsm%C3%B8tet+22-11-2017+Olav+Nyhus+NRK-Rettigheter.pdf> (besøkt 8. desember 2017).

<sup>17</sup> Ot.prp. nr. 15 (1994–95) s. 106.

<sup>18</sup> *Op. cit.* s. 107.

<sup>19</sup> Mye av det følgende i punkt 3 bygger på synspunkter i en betenkning til TV2 fra professor Erling Hjelmeng og undertegnede av februar 2016.

Før jeg ser nærmere på disse tre regelsett, kan det imidlertid være grunn til, som et innspill til hvordan reglene skal tolkes, å peke på en tilsynelatende ulik *holdning* til kollektiv forvaltning hos mindretall og flertall i Get-dommen. Mindretallet – dommer Arntzen – uttrykte seg i tråd med det positive syn på kollektiv klarering vi har hatt i Norge. Som et reelt hensyn trekker hun frem at den kollektive klarering etter § 34 er i samtlige rettighetshaveres interesse, og at det ikke er gitt noen gode reelle grunner til å skifte klareringsregime (avsnitt 85):

«Selv om avtalelisensordningene strengt tatt innebærer innskrenkninger i opphavsretten - særlig for de rettighetshavere som ikke er medlemmer av organisasjonen som forvalter rettighetene - er det kollektive klareringssystemet i praksis i samtlige rettighetshaveres interesse. Også utenforstående rettighetshavere har samme rett til vederlag som rettighetshavere tilsluttet klareringsorganisasjonen, jf. åndsverkloven § 37».

Førstvoterende – dommer Webster – gav ikke uttrykk for tilsvarende entusiasme for kollektiv forvaltning. Fra hennes votum kan vi merke oss følgende argument mot å anvende den tvungne avtalelisens i § 34 (avsnitt 52):

«Ettersom § 34 begrenser opphavsmannens rettigheter etter § 2, er det dessuten grunn til å utvise forsiktighet med å benytte regelen om avtalelisens utover det området forarbeidene viser at § 34 var ment for.»

Det dominerende synspunkt i norsk opphavsrett har vært at det i sin alminnelighet ikke er noen grunn til å tolke innskrenkninger i opphavsmannens enerett snevert.<sup>20</sup> Men i Get-dommen får vi en antydning om det motsatte, i hvert fall når innskrenkningen er tvungen kollektiv klarering. Den individuelle enerett har forrang.

### 3.2 CRM-direktivet

Skal man få til kollektiv forvaltning, må som sagt en stor andel rettighetshavere være overbevist om at dette er fornuftig. Det vil nok mange være – kollektiv forvaltning gir forhandlingsmakt. Men noen kan kanskje oppleve at det vil være lettere å få avtaler om oppdrag til TV-produksjoner o.l. dersom de kan rå over sine rettigheter selv. Og i den forbindelse kan det være viktig å få med seg at de enkelte rettighetshavere i stor grad kan kreve overfor forvaltningsorganisasjonene de er tilsluttet, at noen rettigheter, kategorier av rettigheter eller typer av verker eller frembringelser skal holdes utenfor den kollektive forvaltning, mens andre rettigheter eller verkstyper forvaltes av organisasjon. Etter at *CRM-direktivet* (direktiv 2014/26 om kollektiv rettighetsforvaltning («Collective Rights Management»)) blir gjennomført, kan det ikke være tvil om at organisasjonene vil være avskåret fra å kreve at de skal forvalte alt eller intet av sine medlemmers rettigheter.<sup>21</sup>

Etter artikkel 5.4 jf. artikkel 5.2 i direktivet kan rettighetshaveren holde utenfor «enhver rettighet, kategori af rettighed, eller typer af værker og andre frembringelser efter eget valg».<sup>22</sup> Det virker best i tråd med denne

<sup>20</sup> Se Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, 2009 s. 218–219.

<sup>21</sup> Å kreve slik eksklusivitet anses allerede i dag av Kommisjonen å stride mot gjeldende EU-rett, jf. den såkalte «*Daft Punk decision*», *Banghalter og Homen Christo v. SACEM*, case COMP/C2/37219, 12. august 2002. Se også EU-domstolens avgjørelse i saken c-127/73 *BRT*, omtalt ved note 40 nedenfor.

<sup>22</sup> Dermed kan det skapes et «marked» som gjør at den som for eksempel vil tilby en tjeneste der åndsverk gjøres tilgjengelig over internett, får flere alternative tilbydere av rettigheter. Tanken er vel at dette også vil være til det beste for rettighetshaverne, sannsynligheten for at deres verk og prestasjoner blir spredd, blir større dersom de ikke er nødt til å underlegge dette én organisasjons vilkår og forvaltningspraksis. At



bestemmelsen, og forklaringen i fortalen punkt 19, at en komponist for eksempel skal kunne holde musikk skrevet for TV-produksjoner helt utenfor forvaltningen til den forvaltningsorganisasjon hun er medlem av, men la andre verk bli omfattet, og at en regissør skal kunne holde retten til tilgjengeliggjøring for allmennheten ved audiovisuelle bestillingstjenester («på forespørsel-tjenester») utenfor, men la øvrig «distribusjon» forvaltes av organisasjonen. Om organisasjonen kan sannsynliggjøre at slike «reservasjoner» vil føre til uforholdsmessige kostnader i registrering og oversikt, eller vil gjøre det markant mye vanskeligere å inngå avtale med potensielle brukere, kan det imidlertid hende at organisasjonen, med bakgrunn i det som sies i premiss 19, kan ha et internt regelverk som forbyr dette. Ordlyden i CRM-direktivet artikkel 5.4 jf. artikkel 5.2 og fortalens premiss 19 tilsier at det kan være lettere å akseptere interne organisasjonsregler som sier at man nok kan holde enkelte kategorier av rettigheter eller verk utenfor den kollektive forvaltning, men ellers bli representert av forvaltningsorganisasjonen, men at man innenfor de kategorier man har «overlatt» til organisasjonen, ikke kan trekke ut *enkeltverk* eller bestemte rettigheter til enkeltverk. Slike individuelle «uttrekk» kan kanskje lettere skape administrasjonsproblemer.<sup>23</sup>

Etter mitt skjønn må disse begrensningene i adgangen til å kreve eksklusiv forvaltning over medlemmenes rettigheter også gjelde for arbeidstakerorganisasjoner. Det heter riktignok i fortalens punkt 56 at direktivet ikke berører arbeidstakeres og arbeidsgiveres foreningsfrihet og rett til å organisere seg, men det betyr ikke at fagforeninger skal ha rett til mer eksklusiv forvaltning av rettigheter enn det som følger av direktivet.

Når dette er sagt, må det imidlertid være på det rene at en fagforening i en *tariffavtale* kan få gjennomslag for at visse former for bruk av de ansattes verk og prestasjoner krever samtykke fra en forvaltningsorganisasjon, eller at vederlag for visse former for verksutnyttelse skal følge en forvaltningsorganisasjons tariff. En slik tariffavtale vil gå foran en individuell arbeidsavtale som sier at den ansatte overdrar sine rettigheter ugjenkallelig til arbeidsgiveren uten krav på vederlag, jf. arbeidstvl. § 6. Men, som vi straks skal se, konkurransereglene setter muligens også visse grenser for hva tariffavtaler kan få til av kollektiv forvaltning.

### 3.3 Andre avtalelisensers begrensede rekkevidde

Som sagt kan det være grunn til å anta at distributørene vil kunne legge mer penger på bordet – og dermed gjøre kollektiv forvaltning mer attraktiv også for rettighetshaverne – dersom distributørenes avtale med de aktuelle forvaltningsorganisasjoner vil kunne utløse en *avtalelisens*, altså gi dem rett til å bruke verk til rettighetshavere som ikke har overlatt til organisasjonene å representere dem. Men dette er ikke helt uproblematisk under dagens regelverk.

Vi har i dag flere avtalelisensbestemmelser av relevans for den audiovisuelle mediesektor. Den som i dag er aktuell for «tredjepartsdistribusjon», må være den såkalte «generelle avtalelisens» i åndsverkloven § 36 annet ledd, som ble innført i norsk rett i 2015.

Lovteksten stiller få krav for at en avtale skal kunne utløse avtalelisens etter denne bestemmelsen:

- 1) Avtalen må gjelde offentliggjorte verk

---

repertoaret blir spredt mellom ulike rettighetshaverorganisasjoner, har imidlertid også negative sider, se Lucie Guibault & Stef van Gompel, «Collective Management in the European Union» i Daniel Gervais, *Collective Management of Copyright and Related Rights*, 3. utg. 2016 s. 139–174 og Petteri Günter, «Harmonising Collective Rights Management and Multi-Territorial Licensing of Music for Online Use in the European Union: A Review of the Collective Rights Management Directive», *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2015 s. 150–175.

<sup>23</sup> I vedtektene til Norsk Filmforbund, som organiserer ulike bidragsytere til film- og TV-produksjon, heter det i § 5: «Medlemmer av Norsk Filmforbund inngår eksklusiv forvaltningsavtale med Norsk Filmforbund/F©R om forvaltning av sine opphavsrettigheter. Det enkelte medlem kan ved skriftlig melding til Norsk Filmforbund velge å ta tilbake enkeltområder eller all forvaltning av sine egne opphavsrettigheter med 6 måneders varsel slik at det enkelte medlem selv forhandler særskilt vederlag for utnyttelsen. Egen forvaltning kan da skje med virkning fra første påfølgende kalenderår. Unntak må styrebehandles.» Vedtektene er tilgjengelige på <https://filmforbundet.no/Om-NFF/Om-Norsk-filmforbund/Vedtekter> (besøkt 8.12.2017).

- 2) Avtalen må gi rett til bruk på et «nærmere avgrenset område»
- 3) Organisasjonen må oppfylle krav til representativitet og være godkjent av departementet

I tillegg legger forarbeidene som forutsetning at avtalisens bare kan inngås der klarering direkte med rettighetshavere eller en organisasjon de representerer, er «upraktisk eller umulig».<sup>24</sup> Endelig er det slik at avtalelisensvirkningen ikke vil kunne gjøres gjeldende mot rettighetshavere som har nedlagt forbud mot bruken.

Forutsetningen om at individuell klarering skal være «upraktisk eller umulig» er ikke noe vi bare opererer med her i Norge. Av enkelte internasjonale forfattere fremheves dette som en forutsetning for at *kollektiv klarering overhodet* skal være rettmessig.<sup>25</sup>

Både Danmark og Sverige innførte «generell avtalelisens» før oss, og i den forbindelse har flere anerkjente opphavsrettsjurister vurdert om denne formen for avtalelisens harmonerer med internasjonale opphavsrettskonvensjoner og EU-direktiver, særlig den kjente «tretrinnsstest» i Bernkonvensjonen artikkel 9(2), TRIPS-avtalen artikkel 13, WCT artikkel 10 og infosocdirektivet artikkel 5.5. Det følger av denne at unntak fra opphavsretten skal være begrenset til «special cases», som ikke «conflicts with a normal exploitation of the work» og «does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author». Den rådende oppfatning synes å være at den generelle avtalelisens per se ikke er i strid med dette regelverket. Når det for eksempel heter i tretrinnsstesten at unntak fra opphavsretten ikke må stride mot «the normal exploitation of the work», hevdes det at dette ikke må vurderes i forhold til lovhjemmelen for avtalelisens som sådan, men i forhold til de konkrete avtaler som inngås med formål å oppnå avtalelisensvirkning.<sup>26</sup> Dette betyr imidlertid igjen at åndsverkloven § 36 annet ledd ikke gir noen «carte blanche» for å gi alle mulige avtaler mellom kollektive forvaltningsorganisasjoner og brukere avtalelisensvirkning. Skal man unngå spørsmål om konvensjonsstrid, kan man under den generelle avtalelisens ikke gi avtalelisensvirkning til avtaler mellom forvaltningsorganisasjoner og brukere som er så vide at den bruk som er økonomisk viktigst for de utenforstående rettighetshavere, kan iverksettes uten samtykke fra dem selv eller organisasjoner som de faktisk har samtykket i å være representert av.<sup>27</sup>

EU-domstolens avgjørelse av 16. november 2016 i saken C-301/15 *Soulier*, der domstolen underkjente en fransk lov som på visse vilkår gav en forvaltningsorganisasjon rett til uten forfatterens samtykke å gi et forlag lov til å fremstille digitale eksemplarer av «out-of-print books» og gjøre dem tilgjengelige for allmennheten, gjør det noe mer tvilsomt om de nordiske avtalelisenser, kanskje særlig den generelle avtalelisens, er forenlig med EU-retten. Den franske ordning som ble underkjent, var ikke veldig forskjellig fra de nordiske avtalelisenser. Men noen forskjeller var det. Den franske ordning var ikke begrenset til bruk på et «nærmere avgrenset område», og det lå ingen avtale mellom en representativ forvaltningsorganisasjon og brukere på det nærmere avgrensede område i bunn. Videre stilte den krav om, slik EU-domstolen forstod den, at forfattere som ville «opt out» av ordningen, måtte bevise at ikke andre hadde rettigheter til verket (premiss 51). Dette sammenholdt med at domstolen ikke drøftet premiss 18 i infosocdirektivet, som uttrykkelig åpner for at

---

<sup>24</sup> Prop. 69 L (2014-2015) s. 5, 18–22 og 60–61, jf. Innst. 328 L (2014–2015) s. 13.

<sup>25</sup> Se Mihály Ficsor, «Collective Rights Management from the Viewpoint of International Treaties, with Special Attention to the EU 'Acquis'» i Daniel Gervais, *Collective Management of Copyright and Related Rights*, 3. utg. 2016 s. 31–81 (på s. 55–56 (om kollektiv rettighetsforvaltning og tvungen kollektiv forvaltning), jf. s. 67 (om avtalelisensordninger)).

<sup>26</sup> Se Thomas Riis og Jens Schovsbo, «Extended Collective Licenses and the Nordic Experience – It's a Hybrid but is it a VOLVO or a Lemon?», *Columbia Journal of Law and the Arts*, Vol. 33, Issue IV, 2010 s. 471-499 (på s. 489).

<sup>27</sup> Jf. Riis og Schovsbo, *op. cit.* s. 481–490 og Ficsor, *op. cit.* s. 66-79.



avtalelisenser kan aksepteres, gjør at jeg ikke ser avgjørelsen som en underminering av den nordiske avtalelisensmodell.

Forarbeidene til den norske bestemmelsen om generell avtalelisens gjør intet grundig forsøk på å definere hva som ligger i «nærmere avgrenset område», bortsett fra å si at det må være «klart definert av partene». En upresis angivelse kan skape problemer med tretrinns-testens vilkår om at unntak fra eneretten må begrenses til «spesielle tilfelle», og det må også ses i sammenheng med det andre vilkåret i testen om at utnyttelsen ikke må komme i konflikt med «normal utnyttelse av verket». En avtale som regulerer «all tredjepartsdistribusjon» av programmer, eller tilgjengeliggjøring «lineært og ikke-lineært på alle publiseringsplattformer i ubegrenset tid», som det har vært hevdet at den nye avtalelisensen bør gi hjemmel for,<sup>28</sup> vil for eksempel etter min oppfatning gå for langt.

Når det gjelder forutsetningen om at direkte klarering skal være «umulig eller upraktisk», handler det om å overvinne praktiske vansker med å finne alle relevante rettighetshavere og kostnader ved å måtte føre individuelle forhandlinger med alle. Det presiseres i forarbeidene (Prop. 69 L (2015-2015) s. 21) at det ikke nødvendigvis er avgjørende at mengden rettigheter som skal klareres, er stor: «Dersom det er enkelt å fastslå hvilke verk som vil bli anvendt, vil individuell klarering være det naturlige. Kjerneområdet for avtalelisens er der brukeren har behov for å klarere bruken av en stor mengde verk og det ikke er mulig på forhånd å avgjøre hvilke verk som vil bli omfattet av bruken.» Læreres kopiering av undervisningsmateriale er det klassiske eksempel. Det er også blitt nevnt at avtalelisens kan være aktuelt der en masseutnyttelse gjelder «en snevrere bruk enn det som tilbys ved særskilte tjenester».<sup>29</sup>

TV-sendinger består av en rekke åndsverk, og det er mange rettighetshavere. Det kan skape problemer for individuell klarering. Derfor var det også på dette området vi fikk Norges første avtalelisens, bestemmelsen om at Norsk rikskringkasting (NRK) og etter Kongens bestemmelse andre kringkastingforetak har rett til mot vederlag å kringkaste et utgitt verk når betingelsene for avtalelisens er oppfylt - § 30 i den någjeldende åndsverklov. Etter det jeg har forstått, har imidlertid ikke andre kringkastingsselskap enn NRK benyttet seg av denne avtalelisensen, og det må bety at de mener å klarere rettighetene for sine sendinger på annen måte. For nye TV-produksjoner er det langt fra opplagt at avtalelisens trengs. I disse produksjonene, typisk dramaserier, planlegges det nøye hva man skal ha med. Da kan man klarere direkte med de som bidrar til programmet eller deres organisasjoner. Siden man må ha samtykke fra rettighetshaverne selv for førstegangs offentliggjøring, er det vanskelig å se hvorfor partene i forhandlingene om denne ikke også kan inngå avtale om alle de bruksmåter partene ønsker å kunne tilby sine kunder, enten disse er kringkastingsselskaper, «distributører» eller forbrukere. Slik bruk vil vel i dag for de fleste kringkastingforetak typisk omfatte adgang til «tredjepartsdistribusjon», herunder disse tredjeparters tilbud av ulike «catch up»-funksjoner.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Prop. 69 L (2014-2016) s. 21.

<sup>29</sup> Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 56.

<sup>30</sup> Eksempel på en «catch up»-funksjon, er den «start forfra»-funksjon som er hjemlet i Norwacos avtaler, der distributøren gis rett til å tilby kunden tjenesten «Start-forfra av enkeltprogram», en funksjon som vel er selvforklarende. Aktivert av Start-forfra må etter avtalen skje før programmet er avsluttet, og tjenesten kan maksimalt være tilgjengelig for Abbonent eller Kunde i en periode som tilsvarer én gang tv-programmets varighet. Det vil si at et tv-program som sendes lineært kl. 20.00 og varer til kl. 21.00, ikke kan strømmes fra distributøren til kunden etter kl. 22.00. Avtalen omfatter tjenester hvor et TV-program, som ledd i Start-forfra, kan settes på pause, så lenge tv-programmet formidles av kringkaster, og det kan spoles frem og tilbake i programmet. Trailers og reklame kan ikke forbigås med mindre kringkaster har samtykket. Se nærmere

For repriser og annen «gjenbruk» av *gamle produksjoner* er det lettere å se begrunnelsen for avtalelisens. Det ligger mye verdifullt materiale i arkivene som den gang materialet ble laget og klarert for «kringkasting», ikke ble klarert for slik bruk som nå kan være aktuell. Å spore opp alle rettigheter til disse produksjonene på nytt – eller deres arvinger – for å få nytt samtykke til den nye bruken kan åpenbart bli vanskelig. Her kan avtalelisens synes berettiget. Og vi fikk også en avtalelisensbestemmelse som gav hjemmel for å drive på forespørsel-tjenester med verk kringkastet før 1. januar 1997, åndsverkloven § 32. For nyere produksjoner forutsatte man individuell klarering. Bestemmelsen ble begrunnet i det kulturpolitiske behov for å kunne gjøre kringkastingforetakenes (i første rekke NRKs) arkivmateriale tilgjengelig for publikum uten alt for store administrative omkostninger med å spore opp rettighetshavere til gamle produksjoner. Om skjæringspunktet 1. januar 1997 uttalte departementet:

«De vanskeligheter med å spore rettighetshavere som fra de nordiske kringkasternes side særlig var begrunnelsen for at det var behov for en forenklet klareringsløsning for de eldre kringkastingsproduksjoner, vil etter departementets syn heller ikke så sterkt gjøre seg gjeldende på samme måte for produksjoner fra 1997 og fremover, hvor en også etter departementets syn har hatt foranledning til å regulere også spørsmål om nyere gjenbruksmåter enn reprisesendinger ved kringkasting.»

Det kan kanskje innvendes at et sendeskjema består av en rekke programmer, og selv om man trolig kan klarere for digital bruk av en rekke av disse individuelt, vil det kunne være en del programmer hvor dette ikke lar seg gjøre før programmene blir sendt lineært. Så for TV-kanaler som sender mange repriser, kan en avtalelisens for annet enn lineær kringkasting etter åvl. § 30, være aktuell. For de som klarer seg uten avtale med avtalelisensvirkning etter åvl. § 30 i dag, er det imidlertid vanskelig å se noe behov for avtalelisens for slik digital bruk som produsenten og kringkastingsforetaket kjenner til når avtale om «kjøp» av produksjonen inngås.

I *forslaget til ny åndsverklov*, som ble fremmet i april i år,<sup>31</sup> er det fremmet forslag om en ny avtalelisens for «audiovisuelle produksjoner og kringkasting». Forslaget lyder:

«§ 57 Avtalelisens for tilgjengeliggjøring av audiovisuelle produksjoner mv.

Offentliggjorte audiovisuelle produksjoner og offentliggjorte verk som inngår i audiovisuelle produksjoner kan gjøres tilgjengelig for allmennheten ved nærmere angitt overføring i tråd eller trådløst når den som foretar tilgjengeliggjøringen oppfyller vilkårene for avtalelisens etter § 63 første ledd. Det kan også fremstilles eksemplarer som er nødvendig for slik tilgjengeliggjøring. Slik avtalelisens gjelder ikke for bruk av verk der det er inngått avtale direkte med opphaveren.

---

<http://www.norwaco.no/assets/cms/downloads/Avtaler/TV-distribusjon/K-avtalen-2017.pdf> (besøkt 16. januar 2017).

<sup>31</sup> Prop. 104 L (2016-17), <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop.-104-l-20162017/id2547943/sec1> (besøkt 12. desember 2017).



Avtalelisensen gjelder heller ikke dersom opphaveren overfor noen av partene i avtalen har nedlagt forbud mot slik bruk av verket eller det ellers er særlig grunn til å anta at opphaveren motsetter seg slik bruk. Bestemmelsen i andre ledd første punktum gjelder ikke for samtidig og uendret videresending av verk som lovlig inngår i kringkastingssending.

Opphaverens enerett til samtidig og uendret videresending av verk som lovlig inngår i kringkastingssending, kan bare utøves gjennom organisasjon som kan inngå avtale etter § 63. Det gjelder likevel ikke for kringkastingsforetaks rettigheter i sine sendinger.

Ved satellittkringkasting får bestemmelsen ikke anvendelse med mindre sendingen av samme kringkastingsforetak samtidig kringkastes her i riket over jordbundet nett. Ved slik kringkasting gjelder bestemmelsen heller ikke for sceneverk og filmverk.

Bestemmelsen gjelder tilsvarende for radioproduksjoner.»

I proposisjonen er departementet ganske klar på at også etter dette forslaget skal individuell klarering fortsatt være hovedregelen, og avtalelisensen begrenses til tilfeller der individuell klarering er umulig eller upraktisk.<sup>32</sup> Departementet antar herunder at «det i liten grad er behov for å benytte avtalelisens for den primære tilgjengeliggjøringen av for eksempel en audiovisuell produksjon laget på kringkasters bestilling. I slike tilfeller vil det foreligge en direkte avtale om bruk av produksjonen.»<sup>33</sup> Skjebnen til regjeringens lovforslag er i skrivende stund uvisst, da Stortingets behandling av hele loven ble utsatt på grunn av store protester mot den delen av forslaget som omhandlet overgang av rettigheter i arbeids- og oppdragsforhold.<sup>34</sup> Men om loven skulle bli vedtatt, vil ikke en avtalelisensbestemmelse som foreslått gi noen større mulighet for å kunne oppnå en avtalelisens for «tredjepartsdistribusjon» enn vi har i dag.

Dersom kringkastingsforetak og distributører på den ene siden og rettighetshaveres organisasjoner på den annen siden er enige om at det vil være ressursbesparende om en spesiell form for bruk klareres kollektivt og bør utløse avtalelisens, og departementet har gitt sin godkjenning, skal det nok imidlertid en del til før domstolene vil overprøve en slik vurdering, og erklære at avtalen ikke har gitt rett til å bruke utenforstående rettighetshaveres vernede materiale. Men det må være opp til rettighetshaverorganisasjonens «kunder», det vil si kringkastingsforetakene og distributørene, å avgjøre om de har behov for en kollektiv klarering som skal utløse avtalelisens. Og erfaringene vi har med avtalelisensen i åndsverkloven § 30, kan tyde på at mange kringkastingsforetak og distributører ikke ser et slikt behov.

### 3.4 Konkurranserettslige skranker

Avtalelisens er ingen forutsetning for å få til en kollektiv forvaltning av de rettighetene som diskuteres i denne artikkelen. Hvis en organisasjon klarer å få tilstrekkelig mange rettighetshavere innen et område (for eksempel skuespillere) til å organisere seg, kan de i utgangspunktet gjennom forhandlinger få kringkastere og distributører til å godta kollektiv klarering. For musikkrettigheter

---

<sup>32</sup> Prop. L. 104 (2016-2017) punkt 5.26.6.2.

<sup>33</sup> L.c.

<sup>34</sup> Se Harald Irgens-Jensen, «Tendensen til 'total-buy-outs', opphavsmannens krav på rimelig vederlag, avtalelisenser og konkurranserett», innlegg på det 16. nordiske opphavsrettssymposium i Helsinki, 8. september 2017.

skjer som sagt dette gjennom TONO og Gramo.<sup>35</sup> Konkurranseretten kan imidlertid skape noen hindringer her, som jeg kort skal antyde i det følgende:

*Kartellforbudet* i TEUF artikkel 101, jf. EØS-avtalen artikkel 53 og konkurranseloven § 10, retter seg mot avtaler eller samordnet opptreden mellom foretak. «Foretak» defineres som enheter som driver økonomisk virksomhet, dvs. som tilbyr varer eller tjenester i et marked. Dette omfatter også forvaltningsorganisasjoner. Også enkeltpersoner, for eksempel freelance-skuespillere, vil på visse betingelser kunne anses som foretak.

En sentral avgjørelse her er *C-413/13 FN Kunsten Informatie*, der spørsmålet var om en avtale mellom en arbeidsgiverforening og en forening som både formelt ansatte og selvstendige musikere var tilsluttet, om minimumsgodtgjørelse til vikarer i orkestre, måtte anses som stridende mot kartellforbudet. EU-domstolen uttalte som utgangspunkt at «selv om tjenesteyderne utfører samme aktivitet som arbeidstagerne, er tjenesteydere såsom de i hovedsagen omhandlede vikarer i prinsippet »virksomheder« i artikkel 101, stk. 1, TEUFs forstand, idet de mod betaling udbyder deres tjenester på et bestemt marked» (avsnitt 27). Videre het det: «For så vidt som en organisation, der repræsenterer arbeidstagerne, indleder forhandlinger for de selvstændige tjenesteydere, der er medlemmer heraf, i deres navn og på deres vegne, handler den ikke i egenskab af fagforening og dermed arbejdsmarkedspart, men fungerer reelt som en sammenslutning af virksomheder» (avsnitt 28). Retten ville dog ikke utelukke at vikarene i den konkrete saken, på grunn av sitt underordningsforhold til sin prinsipal, reelt sett måtte anses som arbeidstakere («falske selvstendige»). I så fall kunne ikke artikkel 101 ramme tariffavtalen dersom den kom inn under det såkalte «Albany-unntaket».<sup>36</sup> Etter «Albany-unntaket» vil tariffavtaler falle utenfor reglene om konkurransebegrensende avtaler når de har som mål å forbedre «beskæftigelses- og arbeidsvilkårene».<sup>37</sup> Hvorvidt en tariffavtale som bestemmer at det skal skje kollektiv forvaltning av de ansattes opphavsrettigheter og nærstående rettigheter, dekkes av dette, kan vel ikke sies å være klart. Avtaler som *forvaltningsorganisasjonen* inngår med andre forvaltningsorganisasjoner om å danne en paraplyorganisasjon for kollektiv forvaltning i hvert fall kunne anses som en avtale mellom foretak, som kommer innenfor nedslagsfeltet til TEUF artikkel 101. Men også selve tariffbestemmelsen om at rettighetsforvaltning skal «løftes ut» av de individuelle avtaler, kan det hevdes ikke angår «beskæftigelses- og arbeidsvilkår».<sup>38</sup>

Nå vil kollektiv forvaltning ofte være uproblematisk etter konkurransereglene fordi «kollektive forvaltningsorganisasjoner giver rettighedshavere mulighed for at få et vederlag for anvendelser, som de ellers ikke ville være i stand til at selv kontrollere eller håndhæve», som det heter i CRM-direktivet premiss 2. Det sparer brukerne for mange av de transaksjonskostnader de ellers ville hatt ved å finne

---

<sup>35</sup> Utøvende kunstnere og produsenter av lydopptak har i dag bare enerett til tilgjengeliggjøring for allmennheten som skjer «på forespørsel», mens de bare har en vederlagsrett for tradisjonell «kringkasting», jf. åvl. §§ 42, 45 og 45 b. Departementet foreslår å opprettholde dette i forslaget til ny åndsverklov. Om tilleggstjenester som ulike «catch up»-funksjoner skal anses som en «på forespørsel»-tjeneste eller ikke, se høringsutkastet pkt. 4.4.4.1 s. 84–88.

<sup>36</sup> Se også Kommisjonens vedtak 78/516 RAI/Unitel.

<sup>37</sup> C-67/96 *Albany* avsnitt 59. Nærmere om forholdet mellom konkurranseretten og tariffavtaler, se Erling Hjelmeng, «The Concept of an «Undertaking» - On the Borderline between Labour Law and Competition Law», *Sui generis. Festskrift til Stein Evju*, Oslo 2016 s. 316–326 og Eirik Østerud, «Konkurransereglens anvendelse på tariffavtaler og boikott som arbeidskampmiddel», *Arbeidsrett*, 2017 s. 1–30 (særlig s. 9–17 og 22–).

<sup>38</sup> Jf. Høyesteretts dom i den såkalte «Holship»-saken av 16. desember 2016 (HR-2016-2554), der Høyesterett viste til EFTA-domstolens tolkingsuttalelse av 19. april 2016 om at «Albany-unntaket» "[ikke] omfatter ... vurderingen av en regel om fortrinnsrett ved tildeling, som den denne sak gjelder, eller en boikott mot en havnebruker for å oppnå tilslutning til en slik tariffavtale, når tilslutningen innebærer at havnebrukeren fortrinnsvis må kjøpe losse- og lastetjenester fra et eget foretak, som Administrasjonskontoret som denne saken gjelder, fremfor å benytte sine egne ansatte til det samme arbeid". Det er ikke helt fjernt å trekke en parallell fra slike bestemmelser til bestemmelser i en tariffavtale som gjør utnyttelse av de ansattes opphavsrettigheter avhengig av samtykke fra en forvaltningsorganisasjon. Saken omtales i Østerud, *op. cit.* s. 1–30.



frem til og forhandle individuelt med rettighetshaverne, besparelser som ikke minst er viktige for den masselicensiering av verk som kringkastingsforetak og andre som spiller musikk i det offentlige rom, benytter seg av.<sup>39</sup> Men det er også blitt fremhevet at kollektiv forvaltning kan oppveie for markedsmakt på brukersiden. I den grunnleggende avgjørelsen C-127/73 *BRT* – riktignok i forhold til spørsmålet om en forvaltningsorganisasjons misbruk av dominerende stilling – uttalte EU-domstolen at en måtte ta hensyn til at en forvaltningsorganisasjon har som formål å «protect the rights and interests of its *individual* members against, in particular, *major exploiters and distributors* of musical material, such as radio broadcasting bodies and record manufacturers» (avsnitt 9, mine uthevinger).<sup>40</sup> Et samarbeid mellom fysiske opphavspersoner vil nok derfor ofte ikke anses for å innebære et ulovlig konkurransevridende samarbeid.<sup>41</sup> Kartellforbudet i EU har i forhold til rettighetshavere som organiserer fysiske personer som komponister, sangere etc., først og fremst vært brukt til å gripe inn mot avtaler mellom opphavsrettsorganisasjoner, typisk i form av geografisk områdedeling.<sup>42</sup> Videre finnes det saker om størrelsen på vederlagskrav,<sup>43</sup> samt om organisasjonens krav overfor medlemmene om at de skal forvalte alle typer av rettigheter til medlemmenes verk,<sup>44</sup> forhold som nå er regulert av CRM-direktivet.

Men hvis det ved avtaler etableres en ordning som dagens Norwaco-ordning, hvor en samordner klarering også av *producers* rettigheter, er man nok klart i kartellforbudets faresone. Også her, som når vi drøftet den generelle avtalelisens, kan det være grunn til å sondre mellom rettigheter til verk og prestasjoner som allerede er frembragt og offentliggjort (for eksempel eldre musikkstykker og TV-produksjoner) («sekundærutnyttelse»), og de verk og prestasjoner som skapes og fremføres nettopp for den produksjon som skal klareres («primærutnyttelse»). Det er ved sekundærutnyttelsen, som kan finne sted lenge både etter at prestasjonen ble gjort og den første avtale om utnyttelse av den ble inngått, at det er vanskelig å finne frem til de individuelle rettighetshavere og inngå avtale med dem. For *primærutnyttelsen* vil det være mulig for kringkasteren å tegne kontrakt for klarering av rettigheter med den enkelte produsenten, som igjen inngår avtaler med de rettighetshavere som skal skape eller prestere noe nytt for produksjonen. Dersom produsentene i et slikt tilfelle går sammen i en organisasjon som fastsetter faste satser for klarering av rettigheter, vil de ikke lenger konkurrere om pris på de rettigheter de tilbyr kringkasterne. Opplegget fremstår som et *delvis prissamarbeid*, kroneksempelen på hva kartellforbudet er ment å forhindre. Samarbeidet begrenser kringkasternes mulighet til å spille produksjonsselskaper ut mot hverandre for å få til en bedre pris på selskapenes samlede leveranse.

---

<sup>39</sup> Joseph Drexel m.fl., *Copyright, Competition and Development*, rapport fra Max Planck-instituttet for immaterial- og konkurranserett 2013, s. 213, tilgjengelig på [http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/copyright\\_competition\\_development.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/copyright_competition_development.pdf) (besøkt 22. desember 2016).

<sup>40</sup> Jf. Drexel, *op. cit.* s. 215, som dog påpeker at argumentet hadde større vekt da domstolen fremmet det på 70-tallet, da de fleste kringkasterne fortsatt var statsmonopoler.

<sup>41</sup> Det bør imidlertid nevnes at EU-domstolen antydte at det kunne utgjøre et misbruk av dominerende stilling dersom forvaltningsorganisasjonen krevde at rettighetshaverne måtte overdra alle sinne rettigheter til organisasjonen for å kunne bli representert av den (premiss 12). Etter CRM-direktivet vil slike absolutte vilkår ikke lenger være tillatt, jf. punkt 3.2 ovenfor.

<sup>42</sup> Særlig kjent er CISAC-sakene, saker T-392/08, T-398/08, T-401/08, T-410/08, T-411/08, T-413/08, T-414/08, T-415/08, T-416/08, T-417/08, T-418/08, T-419/08, T-420/08, T-421/08, T-422/08, T-425/08, T-428/08, T-432/08, T-433/08, T-434/08, T-442/08 og T-451/08, som dog endte med at Kommisjonens konklusjoner om konkurranseskadelig samordnet opptreden på viktige punkter ble satt til side. Se også C-395/87 *Tournier*.

<sup>43</sup> C-395/87 *Tournier* og C- 110/88, C-241/88 og C-242/88 *Lucazeau*, C- 52/07 *STIM* og C-351/12 *OSA*.

<sup>44</sup> Jf. note 41 ovenfor.

En «svak part»- argumentasjon som i BRT-saken kan åpenbart ikke begrunne samarbeidet mellom produsenter.

Selv en ordning som bare vil være et samarbeid mellom fysiske rettighetshavere gjennom en forvaltningsorganisasjon, kan skape et konkurranserettslig problem dersom rettighetshaverne – gjennom forvaltningsorganisasjonen – *avslår* å klarere overfor kringkastingsforetak, og i stedet krever å klarere med distributørene. Dette kan redusere konkurransen om nye produksjoner mellom produsenter, fordi klareringsprisen ikke blir noe disse kan konkurrere om. Samtidig vil det kunne oppstå en overpris som skader forbrukerne, fordi distributørene ikke selv bestiller produksjoner og dermed ikke kan opptre som forbrukernes agenter. Også dette vil nok fort kunne innebære brudd på TEUF artikkel 101. En slik «forretningsnektelse» står også i et problematisk forhold til CRM-direktivets artikkel 16, som pålegger organisasjonene å «føre forhandlinger om lisensiering af rettigheder i god tro».<sup>45</sup>

Å kreve at distributørene i stedet for kringkasterne skal klarere, kan muligens også utgjøre et misbruk av dominerende stilling, jf. TEUF artikkel 102 og konkurranseloven § 11. Det vil kunne sidestilles med binding av videresalgspriser, dvs. at opphavspersonene/organisasjonene selv fastsetter prisene som kringkasternes kunder (distributørene) skal betale. Dette kan innebære en begrensning i konkurransen mellom kringkasterne. Til dette kan en i og for seg innvende at det må følge av åndsverkloven at klareringen skal skje overfor distributørene for programmer de mottar ved «direct injeciton», siden rettspraksis har avklart at det er de som utfører tilgjengeliggjøringen for allmennheten. Så lenge åndsverkloven ikke gjør klarering med distributørene obligatorisk, vil imidlertid et slikt argument ikke få gjennomslag.

#### 4 Forslaget til ny EU-forordning

En oppsummering av det foregående kan være som følger: Etter gjeldende rett *i dag* vil kabelselskapenes utsendelse av programmer de får i «lukket forsendelse/direct injection» fra kringkastingsforetakene, være en «tilgjengeliggjøring» som finner sted i Norge, og som må klareres. Loven hindrer ikke at for eksempel kringkastingselskapene påtar seg å klarere for kabelselskapenes bruk, men dersom dette ikke blir gjort, vil kabelselskapene med sine utsendelser være ansvarlige for opphavsrettsbrudd. Loven er ikke til hinder for at klareringen skjer kollektivt. Men å etablere en ordning som gjør det mulig å utløse en *avtalelisens* for alle former for «tredjepartsdistribusjon» av alle typer programmer, reprinter så vel som nyproduksjoner mottatt ved «direct injection», er det vanskelig å se at verken dagens regelverk eller det nye forslag til åndsverklov § 57 åpner for. Videre vil en klareringssamordning om tredjepartsdistribusjon som omfatter *produsentene*, kunne være i strid med konkurranselovens kartellforbud. Det vil også kunne være i strid med konkurransereglene om de organisasjoner som forvalter de rettigheter som må klareres for kabelselskapenes distribusjon, nekter å forhandle om slik klarering med kringkastingselskapene, men krever at dette må klareres av distributørene.

Spørsmålet er så om det nye forslaget til EU-forordning om «regler for udøvelse af ophavsretten og beslægtede rettigheder, der gælder for visse af radio- og tv-selskabernes onlinetransmissioner samt retransmissioner af radio- og tv-programmer» vil endre dette dersom forslaget blir vedtatt.

---

<sup>45</sup> Artikkel 16 drøftes bl.a. av Guibault og Gompel, *op. cit.* s. 153–155.



Kommisjonen la frem et forslag 14. september 2016 (COM(2016) 594 final) som ledd i sin «opphavsrettspakke». Kommisjonen regner «pakken» som en viktig del av arbeidet for å styrke bruk og utvikling av digital teknologi i EU, samt øke den «digitale handel» over landegrensene (EUs «digitale agenda»).<sup>46</sup>

Forslaget fra Kommisjonen innledes med følgende formålsbetraktninger:

«Digitale teknologier fremmer udbredelse af og adgang til værker og andet beskyttet materiale, idet 49 % af de europæiske internetbrugere har adgang til musik, audiovisuelt indhold og spil online. Radio- og tv-selskaberne samt retransmissionstjenesteudbydere investerer i stadigt højere grad i udvikling i digitale tjenester og onlinetjenester med henblik på distribution af radio- og tv-programmer. Radio- og tv-selskabernes tilbud omfatter navnlig simulcasttjenester (dvs. radio- og tv-kanaler, der transmitteres online samtidig med traditionelle udsendelser via satellit, kabel eller jordbaserede kanaler), catch-up-tv-tjenester og podcasts. På trods af den stigende mængde af forskellige onlinetjenester er radio- og tv-selskabernes programmer ofte stadig ikke tilgængelige for EU-borgere, der bor i andre medlemsstater. Desuden er der forskel på, hvilke radio- og tv-kanaler fra andre medlemsstater, der udbydes af retransmissionstjenester rundt om i EU.

Radio- og tv-selskaberne udsender dagligt en stor mængde nyheder, kulturelle og politiske programmer, dokumentar- og underholdningsprogrammer, som de licensierer fra andre eller producerer selv. Disse programmer indeholder flere forskellige slags beskyttet indhold såsom audiovisuelle, musikalske, litterære eller grafiske værker. Dette kræver kompleks clearing af rettigheder med en lang række rettighedsindehavere. Disse rettigheder skal ofte cleares inden for en begrænset tidsramme, især når der forberedes programmer såsom nyheder og programmer om den aktuelle situation. For at kunne stille deres tjenester til rådighed på tværs af grænserne skal radio- og tv-selskaberne have de nødvendige rettigheder i de berørte områder, og dette gør clearing af rettigheder endnu mere kompleks.»

Det handler altså, her som ellers i «opphavsrettspakken», om å styrke tilbudet av kultur mellom EUs medlemsland. Og dette skal gjøres ved å forenkle den opphavsrettslige klarering. Forslaget synes å ha vært intenst debattert i Rådet og Parlamentet. Formannskapet i Rådet fremmet 8. desember 2017 et forslag som til en viss grad modifierer Kommisjonens forslag.<sup>47</sup>

Det *første hovedgrep* fra Kommisjonen var i artikkel 2 å innføre det såkalte «senderlandsprinsipp» for en kringkastingssending «tilknyttede onlinetjenester»:

*«Handlinger i form af kommunikation til offentligheden og tilrådighedsstillelse i tilfælde, hvor et radio- eller tv-selskab udbyder en tilknyttet onlinetjeneste eller har kontrol med eller ansvar herfor, samt handlinger i form af reproduktion, som er nødvendige for udbud af, adgang til eller anvendelse af en tilknyttet onlinetjeneste, skal, med henblik på udøvelse af ophavsretten og beslægtede rettigheder, der er relevante for disse handlinger, anses for udelukkende at finde sted i den medlemsstat, hvor radio- eller tv-selskabet har sit hovedforretningssted.»*

En «tilknyttet onlinetjeneste» er i forslaget fra formannskapet (som p.t. bare foreligger på engelsk) artikkel 1 a definert som en «online service, whether bundled with or provided separately from a broadcast service, consisting in the provision to the public, by or under the control or responsibility

---

<sup>46</sup> Informasjon fra EU om strategien finnes på <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-single-market> (besøkt 22.12.2016).

<sup>47</sup> [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=consil:ST\\_15479\\_2017\\_INIT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=consil:ST_15479_2017_INIT) (besøkt 12. desember 2017).

of a broadcasting organisation, of radio or television programmes simultaneously with or for a defined period of time after their broadcast by the broadcasting organisation, as well as of any material produced by or for the broadcasting organisation which is ancillary to such broadcast». I fortalen premiss 8 presiseres det at det er tjenester som har et klart, underordnet forhold til utsendelsen. Det omfatter «simulcast» -utsendelser samtidig med de lineære sendinger i bakkenett, satellitt og kabel, samt såkalte «catch-up-tjenester», som i premiss 8 omtalt som tjenester som i et visst tidsrom etter utsendelsen gir adgang til tv- og radioprogram som er blitt tidligere sent ut av selskapet. Endelig vil en «tilknyttet onlinetjeneste» omfatte tjenester som «enriches or otherwise expands television and radio programmes broadcast by the broadcasting organisation, including by way of previewing, extending, supplementing or reviewing the relevant programme's content».

En må merke seg at «senderlandsprinsippet» ikke vil gjelde for klarering av rettigheter til *selve kringkastingssendingen* eller til generell «webcasting». Det gjelder bare for de «underordnede» «tilknyttede tjenester».<sup>48</sup> Både forslaget fra Kommisjonen og Rådets formannskap presiserte også at senderlandsprinsippet «should not apply to any subsequent communication to the public or making available to the public .... and reproduction of content which is protected by copyright or related rights and which is contained in the ancillary online service» (min utheving). Målet med å knesette senderlandsprinsippet var å gjøre klareringen av rettigheter lettere for kringkastingsforetakene, ikke alle mulige andre som vil utnytte sendingene. Så en ny tilgjengeliggjøring til allmennheten av materialet i en «tilknyttet tjeneste», for eksempel ved hjelp av lenking,<sup>49</sup> vil måtte klareres i det land denne tilgjengeliggjøringen skjer. Når Kommisjonen ikke ønsket å gå lenger med utvidelsen av «senderlandsprinsippet», er det for å unngå et «race to the bottom», unngå at kringkastingsforetak og andre tilbydere vil legge sin virksomhet der hvor vederlagene til opphavsmenn og andre kulturarbeidere er lavest, og bruke det som basis for sendinger til hele EU.<sup>50</sup>

Formannskapet i Rådet går enda lenger enn Kommisjonen gjorde i å begrense senderlandsprinsippet. Etter forslagets artikkel to *annet ledd* ble underordnede tilknyttede tjenester knyttet til en stor del av de programmer som *er produsert av tredjeparter og alle sportssendinger* unntatt fra prinsippet.

EU-domstolen har i den kjente *Premier League-avgjørelsen*, C-403/08 og C-429/08, lagt til grunn at et selskap som har rett til å kringkaste programmer kryptert over satellitt i Europa, og gjør sendingene tilgjengelig for publikum ved hjelp av salg av dekodere, ikke kan dele opp markedet ved å forby selgerne av dekodere i de enkelte land å selge dekodere også til kjøperne for andre land. Men avgjørelsen etablerer ingen plikt for kringkasterne til faktisk å klarere for alle land i Europa. Det var ikke noe klareringsproblem i Premier League-saken siden saken gjaldt sending over satellitt, og det dermed bare var nødvendig å klarere rettighetene i avsenderlandet. Men for programmer og annet innhold formidlet på annen måte, blir det annerledes. For slik annen tilgjengeliggjøring kan det, i tråd med avgjørelsen i C-173/11 *Football Dataco*, hevdes at det må klares rettigheter i hvert land det er publikum avsenderen har ønske om «å henvende sig til» («intention to... target») (avsnitt 39). Og det kan etter mitt skjønn ikke være i strid med EU-retten om kringkasterne forbyr salg av dekodere til publikum i land man ikke har noe ønske om å henvende seg til, og ikke har klarert for.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> Direktiv 2010/13 om audiovisuelle medierettigheter etablerer senderlandsprinsippet for flere andre typer regler kringkasterne skal overholde, for eksempel om reklame og beskyttelse av mindreårige, men ikke for klarering av opphavsrettigheter, se artikkel 3.1.

<sup>49</sup> Om lenking som tilgjengeliggjøring for allmennheten, se den berømte sak C-160/15 *GS Media*.

<sup>50</sup> COM(2016) 594 final s. 6, samt Impact Assessment, SWD(2016) 302 final s. 37.

<sup>51</sup> Den såkalte «Paramount/Sky-saken»,

[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/40023/40023\\_5273\\_5.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40023/40023_5273_5.pdf) (besøkt 22.12.2016), der det store film- og TV-selskapet Paramount måtte fjerne klausulene i sine avtaler med Sky TV om at de ikke skulle gi kunder fra andre EU-land tilgang til satellitt og internett-tilbud ment for britisk og irsk publikum,



Det *andre grepet* for å gjøre klarering over landegrensene enklere – som gjelder «selve kringkastingsprogrammene og er det vesentligste for temaet i denne artikkelen – er å utvide den ordning med tvungen kollektiv klarering for «videresending» som man har hatt i satellitt- og kabeldirektivet artikkel 9. Kommisjonens forslag i artikkel 3 lød:

1) Rettighedsindehavere af ophavsret eller beslægtede rettigheder ud over radio- og tv-selskaber udøver udelukkende deres rettighed til at give eller nægte tilladelse til retransmission gennem en kollektiv forvaltningsorganisation.

2) I tilfælde, hvor en rettighedsindehaver ikke har overført forvaltningen af en rettighed til en kollektiv forvaltningsorganisation, skal den kollektive forvaltningsorganisation, der forvalter rettighederne for samme kategori på den medlemsstats territorium, hvor retransmissionstjenesteoperatøren søger at klare rettigheder for en retransmission, anses for at have mandat til at forvalte rettigheden på denne rettighedsindehavers vegne.

....

Rådets formannskap opprettholder dette forslaget. Definisjonen av «retransmission» har formannskapet formulert slik i artikkel 1 b:

“any simultaneous, unaltered and unabridged retransmission, other than cable retransmission as defined in Directive 93/83/EEC, intended for reception by the public of an initial transmission from another Member State of television or radio programmes intended for the reception by the public, where such initial transmission is by wire or over the air, including that by satellite but excluding online transmission, provided that:

(i) the retransmission is made by a party other than the broadcasting organisation which made the initial transmission or under whose control and responsibility such transmission was made, and

(ii) the retransmission over an internet access service as defined in Regulation (EU) 2015/2120 of the European Parliament and of the Council is provided to a controlled circle of users.»

De nye regler vil omfatte for eksempel videresending i dagens «digitale bakkenett» («DTT», som hos oss driftes av Norgestelevisjon AS), samt lukkede IP-baserte nett og mobilnett (som ofte omtales som «IPTV»). Forslaget til forordning er dermed en utvidelse av satellitt- og kabeldirektivet, som i artikkel 9 var begrenset til videresending i tradisjonell kabel. Den tvungne kollektive forvaltning vil altså omfatte en del andre teknologier for videresending, og dermed skape like konkurransevilkår for ulike tilbydere.<sup>52</sup>

Forordningen synes derimot ikke ment å innskrenke rettighetshavernes og kringkastingsforetakenes mulighet til å gi territorielt avgrensede lisenser innenfor rammene av eksisterende lovgivning (som konkurranseretten).<sup>53</sup>

---

endrer etter mitt syn ikke på det. Jeg antar at Paramount satt på så godt som «alle rettigheter» til det aktuelle innholdet, og neppe hadde behov for å gjøre noen ytterligere klarering for å kunne tilby materialet også til kunder i andre europeiske land.

<sup>52</sup> Se særlig COM (2016) 594 final fortalen premiss 6, 12 og 13.

<sup>53</sup> COM (2016) 594 s. 6–7 og fortalen premiss 11, jf. premiss 13 i forslaget fra Rådets formannskap.

For oss i Norge er situasjonen at de teknologiene for videresending som nå skal bli gjenstand for tvungen kollektiv forvaltning etter forordningen, *allerede dekket av ordlyden i åndsverkloven § 34*.<sup>54</sup> Åndsverkloven § 34 annet ledd – og for den saks skyld heller ikke § 57 i det nye lovforslaget – sonderer jo ikke mellom ulike måter å videresende på.

Podcast-tjenester som består i at programmer gjøres tilgjengelig for allmennheten for strømming eller nedlasting i et lengre tidsrom («på forespørsel»), eller «video on demand» vil falle helt utenfor forordningen, både artikkel 2 om «senderlandsprinsippet» og artikkel 3 om tvungen kollektiv forvaltning. Det faller også utenfor åndsverkloven § 34 – det er ikke «videresending» av verk «som inngår i en kringkastingssending».

Men hva sier forordningen om problemstillingen som var oppe Get-saken, om det å sende ut fjernsynsprogrammer mottatt ved «direct injection», omfattes av den tvungne kollektive forvaltning? Her bør vi se på hva artikkel 1 b sier om hvordan «primærsendingen» må skje for at det skal være tale om en «retransmission»: primærsendingen må være «initial transmission from another Member State of television or radio programmes intended for the reception by the public». Hva betyr «intended for reception by the public»? Betyr det bare at programmene som sådan må være beregnet på å tilgjengeliggjøres for allmennheten til slutt, eller betyr det at «primærsendingen» som sådan må være ment for allmennheten? I sistnevnte fall må en kunne hevde at forordningsutkastet direkte støtter opp om rettstilstanden som ble uttrykt i *SBS-avgjørelsen*,<sup>55</sup> at det å sende programmer mottatt ved «direct injection», ikke er noen «retransmission» og følgelig ikke underlagt den tvungne kollektive forvaltning. Slik jeg leser den engelske teksten i formannskapetets forslag, må både utsendelsen fra kringkastingforetaket og videresendingen være ment for mottakelse av det offentlige, og det taler for at formidling av signaler mottatt ved «direct injection», faller utenfor. Også den danske versjonen av Kommisjonens forslag taler for at primærsendingen i seg selv må være beregnet på å mottas av offentligheten («denne transmission er ... beregnet til offentlighedens modtagelse»). De tyske («die Erstübertragung ...zum öffentlichen Empfang bestimmt ist»), franske («cette diffusion initiale est ...destinée à être reçue par le public») og svenske («denna ursprungliga sändning ... är avsedd för mottagning av allmänheten») versjoner av Kommisjonens forslag gir samme inntrykk. Og uansett hvilken av de to tolkningene av premiss 12 som er riktig, er det intet her, eller i forordningsutkastet for øvrig, som gir inntrykk av at Kommisjonen eller Rådets formannskap ønsker å endre rettstilstanden uttrykt i *SBS-avgjørelsen*. Tvert imot: Det har lekket forslag fra enkelte EU-parlamentarikere som presiserte at ved «direct injection» måtte både kringkastingsselskap og distributører få tillatelse fra de relevante rettighetshavere. Når dette ikke er tatt inn i formannskapetets forslag, tyder det på at det vil opprettholde rettstilstanden. Det kan nok også hevdes at tvungen kollektiv forvaltning av programmer mottatt ved «direct injection» kan skape problemer i forhold til Bernkonvensjonen artikkel 11bis, som begrenser adgangen til å gjøre inngrep i opphavsmannens rett til å nekte utsending av programmer som opprinnelig sendes med «wire». Vi kan nok derfor legge til grunn at dagens rettstilstand blir opprettholdt dersom forordningsutkastet blir vedtatt som det foreligger nå. I så fall får vi ingen hjemmel i lovgivningen fra EU om tvungen kollektiv forvaltning av rettigheter for slik distribusjon som var tema i Get-dommen.

---

<sup>54</sup> Selv om lovgiverne på 80- og 90-tallet nok først og fremst hadde videresending av kabel i tankene, se Ot.prp. nr. 80 (1984-86) s. 21 og 26.

<sup>55</sup> Se kapittel 2 ovenfor.



At vi ikke får noen slik hjemmel, må igjen bety at de konkurranserettslige innvendinger mot å etablere en slik ordning ved frivillige avtaler, fortsatt vil stå seg.

For øvrig er det verdt å merke seg at forslaget til forordning opprettholder ordningen i satellitt- og kabeldirektivet, jf. åndsverkloven § 36 første ledd annet punktum, om at den tvungne kollektive forvaltning ikke gjelder for *kringkastingsforetakenes* rettigheter, både dem de erverver «originært» og dem de erverver etter avtale med opphavsmenn og andre rettighetshavere (artikkel 4). Dette begrunnes med at «operatørene af retransmissionstjenester og radio- og tv-selskaberne har løbende et forretningsmæssigt forhold til hinanden, og som resultat heraf er retransmissionstjenesteudbyderne bekendt med radio- og tv-selskaberne, hvorfor det er relativt enkelt at clear rettigheder med radio- og tv-selskaberne» (premiss 14). Kringkastingsforetak som vil forsøke å samle alle rettigheter for videresending hos seg gjennom individuelle avtaler med de medvirkende kulturarbeidere, hindres altså ikke av dette av det nye regelverket. Og dersom rettighetshaverne kollektivt nekter at det forhandles om dette, kan det oppstå konkurranserettslige problemer som omtalt i punkt 3 ovenfor.

