

UiO • Det juridiske fakultet

Klarering av fjernsynsinnhold ved tilgjengeliggjøring på norske medieplattformer.

Det opphavsrettslige videresendingsbegrepet og rettstilstanden i lys av
RiksTV-saken og Get-saken.

Kandidatnummer: 790
Leveringsfrist: 25. april 2014
Antall ord: 17325



Forord

I forbindelse med oppgaven har jeg forsøkt å kontakte partene i de to sakene som har stått for Oslo tingrett. Saksøker har vært henholdsvis RiksTV og Get, mens Norwaco har vært parten på saksøktesiden i begge de aktuelle sakene. Til hjelp for mitt arbeid har Norwaco, ved direktør Cathrine Nagell, bidratt med å gi innsyn i saken ved jeg har fått tilsendt diverse dokumenter. Dokumentene jeg har fått tilgang til er dommen i Get-saken, som så langt ikke er gjort tilgjengelige via Lovdata, samt Norwacos ankeerklæringer i de to sakene.

Jeg har også vært i kontakt med RiksTV. RiksTV har ikke ønsket å gi noen redegjørelse for sitt syn så lenge saken ikke er rettskraftig avgjort. Det respekteres selvfølgelig og jeg vil for denne oppgavens vedkommende legge til grunn de anførsler de har gitt i RiksTV-saken¹.

Det har ikke lyktes å komme i kontakt med Get og jeg vil på denne bakgrunn legge til grunn de anførsler som fremgår av dommen i Get-saken².

De argumenter og synspunkter som fremgår av denne oppgavens drøftelse, er fullt og helt mine egne. De konklusjoner som trekkes i oppgaven er således upåvirket av hvorvidt jeg har kommet i kontakt med partene i de aktuelle sakene og videre av om disse har ønsket å bidra med ytterligere informasjon eller ikke.

Jeg avslutter forordet med å rette en stor takk til min veileder. Takk for gode innspill og konstruktive råd gjennom arbeidet med oppgaven. Alle tips tilbakemeldinger og diskusjoner har blitt satt stor pris på, og har vært til stor hjelp på veien mot det ferdige resultatet.

¹ RiksTV AS mot Norwaco (saksnr.: 10-172932TVI-OTIR/04)

² Get AS mot Norwaco (saksnr.: 12-190456TVI-OTIR/05)

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Bakgrunn og tema	1
1.2	Temaets aktualitet	2
1.3	Oppgavens avgrensning	2
1.4	Metode og rettskildebruk	3
2	GENERELT OM OPPHAVSRETT. ENERETTEN	5
2.1	Hva er opphavsrett?.....	5
2.2	Legislative hensyn.....	5
2.3	Opphavsrettens subjekter	6
2.4	Opphavsrettens objekter	6
2.4.1	Vern av åndsverk	6
2.5	Eneretten – den økonomiske siden.....	8
2.5.1	Tilgjengeligjøringsretten.....	8
2.6	Avgrensning av opphavsretten	9
3	KRINGKASTINGSMARKEDET – AKTØRENE	11
3.1	Innledning.....	11
3.2	Vertikal integrasjon	12
3.3	Innholdsprodusenter og rettighetshavere	13
3.4	Kringkastingsselskaper.....	14
3.5	Distributører	14
3.6	Infrastrukturaktører/plattformoperatører	15
3.7	Sluttbrukere/TV-seere	16
3.8	Norwaco	16
4	KLARERING AV RETTIGHETER	18
4.1	Terminologi	19
4.1.1	Kringkasting – kringkastingsloven § 1-1	19
4.1.2	Primærsending – primærdistribusjon	21
4.1.3	Videresending – sekundærdistribusjon	22

4.2	Den norske lovreguleringen: Åndsverkloven § 34.....	23
4.3	Det opphavsrettslige videresendingsbegrepet	24
4.3.1	Vilkår 1: Det må foreligge en primærsending	25
4.3.1.1	Rettighetsavtalene.....	27
4.3.1.2	Parallele primærsendinger?	33
4.3.2	Vilkår 2: «An organization other than the original one»	34
4.4	Noen aktuelle grensetilfeller	36
5	NYERE NORSK RETTSPRAKSIS	38
5.1	Innledning.....	38
5.2	Tingrettens begrepsbruk	40
5.3	Vektlegging av «fjernsynssignaler»	42
5.4	Bernkonvensjonen artikkel 11bis	45
5.5	Betydningen av distribusjonsavtaler	47
5.6	Ikke-klarerte rettigheter	50
5.7	Oppsummering	52
6	AVSLUTNING	54
6.1	Konklusjon	54
6.2	Veien videre 1: Omkamp i domstolene	55
6.3	Veien videre 2: utfordringer i et nytt teknologisk landskap	55
7	LITTERATURLISTE.....	57
7.1	Norske lover	57
7.2	Utenlandske lover.....	57
7.3	Rettsavgjørelser	57
7.4	Nemndsavgjørelser	57
7.5	Forarbeider	57
7.6	Internasjonale rettskilder	58
7.7	Litteratur	59
7.8	Nettsider	60
7.9	Personlig meddelelse	61

1 Innledning

1.1 Bakgrunn og tema

Distribusjonen av fjernsynsinnhold har endret seg betydelig gjennom digitaliseringen av fjernsynsmarkedet. Temaet for denne oppgaven er opphavsrettslige spørsmål knyttet til klarering av fjernsynsinnhold ved tilgjengeliggjøring på medieplattformer i Norge.

En tilgjengeliggjøring for allmennheten av åndsverk ved kringkasting må til enhver tid klareres med rettighetshaverne. Det normale i fjernsynsmarkedet i dag, er at det er kringkastingsselskaper som klarerer rettighetene til tilgjengeliggjøring med rettighetshaverne. Selve utsendelsen til allmennheten foretas nærmest utelukkende av selvstendige distributører, gjennom at disse inngår avtaler med kringkasterne om distribusjon av deres fjernsynssendinger. Det rettslige spørsmål knytter seg til hvorvidt kringkasternes innledende klarering av rettighetene skal kunne sies å omfatte også den distribusjonen som senere foretas av de selvstendige distributørene.

Problemstillingen for denne oppgaven kan sammenfattes i følgende spørsmål: Når kreves det at en tredjepart – det vil si en annen formidler av fjernsynssendingene enn selve kringkasteren – må klarere rettighetene til innholdet? Er det grenser for hva en kringkaster kan erverve av rettigheter? Står partene fritt til å inngå avtaler eller finnes det lovmessige begrensninger?

Sentralt for denne oppgaven står forståelsen av hva som kan sies å ligge i det opphavsrettslige videresendingsbegrepet. Måten en tilgjengeliggjøring klareres på, avhenger av om utnyttelsen har karakter av å være primærsending eller videresending. Regnes en tilgjengeliggjøring som primærsending, må rettighetene klareres direkte med rettighetshaverne. Blir tilgjengeliggjøringen i stedet regnet som videresending, klareres rettighetene gjennom et felles forvaltningssystem kalt avtalelisens.

To tingrettsdommer av nyere dato³ står sentralt ved vurderingen av denne oppgavens problemstilling. Tingretten tar begge steder stilling til liknende problemstillinger som de som

³ Sakene det refereres til er RiksTV AS mot Norwaco (saksnr.: 10-172932TVI-OTIR/04) og Get AS mot Norwaco (saksnr.: 12-190456TVI-OTIR/05)

er gjenstand for drøftelse i denne oppgaven. En gjennomgang av de to dommene vil være relevant for å se hvordan domstolen har forholdt seg til sentrale spørsmål om rettighetsklarering og for å se om dommene kan være med på å klargjøre begrepsbruken på området.

1.2 Temaets aktualitet

Opphavsretten er sted for mange interessante og til dels også uløste spørsmål. Ikke minst gjelder det rettighetsklarering i fjernsynsmarkedet. Man står her overfor rettsspørsmål som kun i begrenset grad er behandlet i rettskildene. Til dags dato finnes det ingen høyesterettspraksis om dette, hvilket gjør det vanskelig å klarlegge de lege lata på feltet. Det som ytterligere aktualiserer temaet er at man nylig har fått to tingrettsdommer⁴ om sentrale spørsmål knyttet til rettighetsklarering. Tar man med i betraktningen at begge disse tingrettsdommene har blitt anket videre til lagmannsretten, har man her å gjøre med en høyst usikker og uoversiktlig rettskildesituasjon.

1.3 Oppgavens avgrensning

Besvarelsen vil ta for seg det generelle innholdet av videresendingsbegrepet. Bernkonvensjonen⁵ er den primære kilden for tolkningen av dette begrepet, og gir teknologinøytrale bestemmelser. Oppgaven vil ikke fokusere på skillet mellom ulike distribusjonsmåter. Fokuset vil rettes mot hva som ligger i videresendingsbegrepet i opphavsretten, jf. åvl. § 34.

I flere saker, inkludert de nevnte sakene som har stått for tingretten, har det vært anført at Norwaco ikke oppfyller vilkårene for forvaltningsorganisasjoners kompetanse i åvl. § 38a. Problemstillingene knyttet til dette vil ikke bli drøftet her. Det legges for den følgende besvarelsen til grunn at Norwaco er godkjent av Kulturdepartementet som avtalelisensutløsende forvaltningsorganisasjon⁶. Det avgrenses også mot eventuelle konkurranserettslige problemstillinger som måtte oppstå i fjernsynsmarkedet.

⁴ ibid

⁵ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, art. 11bis

⁶ <http://www.norwaco.no/For-rettighetshavere/Avtalelisens>

Fra 1. januar 2013 omfatter kringkastingsloven også «audiovisuelle bestillingstjenester», jf. kringkl. § 1-1 første ledd bokstav d. Disse tjenestene går ut på å tilby innhold «on demand» – såkalt ikke-lineær kringkasting. Problemstillinger ved ikke-lineær kringkasting vil ikke bli behandlet i denne oppgaven, men det er uansett viktig å være oppmerksom på disse problemstillingene og at de vil kunne komplisere spørsmål om rettighetsklarering ytterligere i tiden fremover.

Denne besvarelsen vil ha lineær kringkasting for øye, slik den er definert i kringkastingsloven § 1-1 første ledd bokstav a. Med «tilgjengeliggjøring» siktes det i denne oppgaven til lineær kringkasting av fjernsynssendinger, hvor innhold gjøres tilgjengelig for TV-seeren på avsenderens initiativ, ved samtidig og direkte utsending.

Drøftelsen vil knytte seg til distribusjonen av norske kanaler. De to sakene som har blitt behandlet av Oslo tingrett, omfattet også distribusjon av utenlandske kanaler og det kan være forskjeller. Dette vil imidlertid holdes utenfor behandlingen.

1.4 Metode og rettskildebruk

Metoden i denne oppgaven er basert på Torstein Eckhoffs rettskildelære⁷. Utgangspunktet for oppgaven vil være norsk lovgivning med forarbeider, hvor den sentrale lov i den forbindelse er Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven). Den norske åndsverkloven ble til gjennom et intimt nordisk lovsamarbeid⁸, hvilket gjør at rettskilder fra de øvrige nordiske land vil kunne ha verdi ved tolkningen av innholdet i den norske lovteksten.

I tillegg til at åndsverkloven sprang ut av et nordisk lovsamarbeid, er lovgivningen sterkt forankret i internasjonale konvensjoner. Sentralt står Bernkonvensjonen, som Norge tiltrådte i 1896⁹. Bernkonvensjonen er teknologinøytral og tar sikte på vern av litterære og kunstneriske verk gjennom et internasjonalt system for beskyttelse av opphavsretten. Tolkning av

⁷ Eckhoff (2001)

⁸ Rognstad (2009) s. 33

⁹ *ibid.* s. 25

Bernkonvensjonen spiller en viktig rolle ved drøftelsen av denne oppgavens tema. Ved anvendelsen av konvensjonen i denne oppgaven, vil den engelske versjonen bli benyttet.

En annen sentral internasjonal rettskilde er EUs Satellitt- og kabeldirektiv¹⁰, populært forkortet SatCab. Direktivets formål er å harmonisere beskyttelsen av vernede verk når det gjelder satellittkringkasting og videresending i kabel. Der Bernkonvensjonen er teknologinøytral, gjelder ikke det samme for SatCab-direktivet. Flere av prinsippene i direktivet samsvarer imidlertid med prinsipper som ligger til grunn for Bernkonvensjonen, og de kan derfor være relevante også for utsendelse på andre måter.

Det er generelt sparsomt med rettspraksis om temaet, både nasjonalt og internasjonalt. Det finnes så langt ingen høyesterettspraksis som er relevant for oppgavens problemstilling. De seneste år har det imidlertid kommet to underrettsavgjørelser fra Oslo tingrett som er av interesse, hvor tingretten tar stilling til sentrale spørsmål knyttet til klarering av fjernsynsinnhold. Avgjørelsene i disse to sakene danner grunnlaget for de problemstillinger denne oppgaven tar sikte på å belyse. For klarering av fjernsynsinnhold, vil også forvaltningspraksis kunne være av interesse, primært gjennom avgjørelser fra Kabelvistnemnda.

Det finnes flere sentrale rettskilder, men når det kommer til å løse konkrete spørsmål, gir ikke disse rettskildene særlig veiledning. Ved at de sentrale rettskildene ikke gir noen klar løsning på de aktuelle problemstillingene, er man henvist til å vurdere disse på bakgrunn av juridisk teori og reelle hensyn. Dette kommer også klart frem i Oslo tingretts behandling av de to nevnte sakene¹¹. Retten tar gjerne utgangspunkt i sentrale bestemmelser i de ulike rettskildene, men når disse så ikke gir konkrete svar, går tingretten over på en vurdering av juridisk teori og reelle hensyn. Når jeg i en oppgave som denne tar for meg tingrettens vurderinger, vil det nødvendigvis være den samme rettskildesituasjonen som gjør seg gjeldende for mine drøftelser.

¹⁰ Rdir 93/83/EØF: «Satellitt- og kabeldirektivet»

¹¹ Sakene det refereres til er RiksTV AS mot Norwaco (saksnr.: 10-172932TVI-OTIR/04) og Get AS mot Norwaco (saksnr.: 12-190456TVI-OTIR/05)

2 Generelt om opphavsrett. Eneretten.

2.1 Hva er opphavsrett?

Opphavsrett er et emne innenfor området immaterialrett, også kalt åndsrett. Den viktigste loven som regulerer opphavsretten, er lov om opphavsrett til åndsverk mv. av 12. mai 1961, (åndsverkloven, åvl.). Opphavsretten innebærer en enerett for opphavsmannen til å disponere over det verket han (eller hun) har skapt. Denne eneretten har to sider; en ideell side og en økonomisk side. Den ideelle siden av eneretten gir opphavsmannen visse rettigheter ved andres utnyttelse av hans verk. Disse rettighetene reguleres av åvl. § 3. Den økonomiske siden av eneretten er den som gir opphavsmannen retten til å råde over verket sitt. Opphavsmannen kan da, med visse unntak, nekte andre å utnytte verket. Retten til å nekte andre tilgang til verket kan igjen utnyttes økonomisk, for eksempel ved å tillate bruk, gjerne for allmennheten, mot vederlag. Eneretten kan potensielt ha stor økonomisk betydning for opphavsmannen.

2.2 Legislative hensyn

Reglene om opphavsrett kan begrunnes på flere måter. For det første har man den «natturretslige» begrunnelse¹². Man baserer seg her på rettferdighets- og rimelighetsbetraktninger¹³. Når man gjennom en egeninnsats klarer å skape noe nytt, skal man også ha rett til å utnytte verket og «høste fruktene av det»¹⁴. Reglene i opphavsretten er gitt for å verne og oppmuntre til åndsproduksjon¹⁵, ved at den, herunder den norske åndsverkloven, gir opphavsmannen rådighet over det han selv har skapt. Rådigheten gir en mulighet til å stille verket eller prestasjonen til andres disposisjon mot økonomisk vederlag.

For det andre kan opphavsrettighetene begrunnes ut fra et samfunnsøkonomisk perspektiv¹⁶. Det at man belønnes med opphavsrettigheter, kan fungere som et incentiv til nyskaping.

¹² Forelesning JUS5810 H-13, Irina Eidsvold Tøien

¹³ Rognstad, op.cit. s. 31

¹⁴ I.c.

¹⁵ Knoph (2009) s. 473

¹⁶ Forelesning JUS5810 H-13, Irina Eidsvold Tøien

Norsk (og nordisk) opphavsrett må ses som et utslag både av rettferdighetsbetraktninger og incentivfunksjoner¹⁷. Det har samtidig vært et viktig moment for lovgiverne at man ikke ønsker å sperre for at allmennheten nyttiggjør seg av verkene. Lovgivningen preges av en balanse mellom beskyttelse av opphavsmannens rettigheter på den ene siden og hensynet til allmennhetens utnyttelse på den andre siden.

2.3 Opphavsrettens subjekter

Opphavsretten til et verk oppstår fra og med det øyeblikket verket er frembrakt. Som Knoph sier det i sin 'Oversikt over Norges rett':

«Ved åndsverk kommer opphavsmannens rett til verden i samme øyeblikk som verket selv»¹⁸.

Opphavsretten henger sammen med selve frembringelsen av verket eller prestasjonen. Lovens utgangspunkt er at rettighetene oppstår hos den som skapte verket eller prestasjonen, jf. åvl. § 1 første ledd. Det er bare fysiske personer som kan skape åndsverk.

2.4 Opphavsrettens objekter

Det som beskyttes av reglene i åndsverkloven er først og fremst rettighetene til åndsverkene, men også opphavsmenn til nærstående prestasjoner er gitt vern gjennom reglene i lovens kapittel 5¹⁹. Den beskyttelsen som åndsverkloven gir gjennom reglene for åndsverk og for de nærstående rettigheter, kan omtales som opphavsrett i vid forstand.

2.4.1 Vern av åndsverk

Det som gis vern etter åndsverkloven er åndsverk og det stilles visse vilkår til det som er skapt. Man kan oppstille tre krav for opphavsrettsbeskyttelse^{20/21}. Det første kravet går ut på at

¹⁷ Rognstad, op.cit., s. 34

¹⁸ Knoph, op.cit., 479

¹⁹ Rognstad, op.cit., s. 15

²⁰ Knoph (1936) s. 62 flg.

²¹ Rognstad, op.cit., s. 77

det må være skapt noe nytt, det må være gitt en ytre realitet²², jf. åvl. § 1 første ledd. Det andre kravet er at det som er skapt, må være av litterær eller kunstnerisk art²³, jf. åvl. § 1 første ledd. Det tredje og kanskje mest sentrale kravet til et åndsverk, fremgår ikke av loven selv. Likevel er det både i norske forarbeider og i norsk rettspraksis utformet et krav om verkshøyde for at en nyskaping skal kunne betegnes som et åndsverk. I forarbeidene²⁴ til åndsverkloven er kravet om verkshøyde formulert slik:

«Endelig må det som er frembrakt være et åndsverk: «det må iallfall i noen grad være uttrykk for original og individuelt preget åndsvirksomhet fra opphavsmannens side».

Henvisningen til at verket må være preget av opphavsmannens personlighet, er senere fulgt opp i rettspraksis, med flere eksempler, blant annet i Rt. 1962 s. 964 (Wegners sybord)²⁵. Den kanskje klareste definisjonen av verkshøydekravet kom til uttrykk i Rt. 2007 s. 1329 (Huldra i Kjosfossen), som i tilslutning til tidligere rettspraksis på området uttalte følgende²⁶:

«For at en frembringelse skal ha karakter av «åndsverk» i åndsverkslovens forstand, må den være resultat av en individuelt preget skapende innsats, og ved denne innsatsen må det være frembrakt noe som fremstår som originalt ... I opphavsrettslig teori er det vanlig å omtale den nedre grense for åndsverksbegrepet som et krav om «verkshøyde» ... Det avgjørende er om det ved en individuell skapende innsats er frembrakt noe som fremstår som originalt.»

Det skal, ved vurderingen av om det foreligger et åndsverk, ikke skje noen vurdering av frembringelsens eventuelle kunstneriske eller litterære verdi. Åndsverk er et rettslig begrep, ikke et estetisk begrep²⁷. Det gis ikke noen beskyttelse for ideer og tanker – det er bare måten disse ideene og tankene har kommet til uttrykk på, formen, som er vernet²⁸. Dette prinsippet

²² *ibid.* s. 79

²³ *ibid.* s. 80

²⁴ Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 12

²⁵ Rt. 1962 s. 964, s. 967. Her uttrykte Høyesterett at «det kreves at opphavsmannens ideer har materialisert seg på en slik måte at det ved hans verk er skapt noe originalt av kunstnerisk verdi»

²⁶ Rt. 2007 s. 1329, avsnitt 43 og 44.

²⁷ Rognstad, *op.cit.*, s. 86

²⁸ *ibid.* s. 89

gjelder ikke bare i norsk rett, men også globalt, og har kommet til uttrykk i flere internasjonale konvensjoner²⁹.

2.5 Eneretten – den økonomiske siden

Åndsverkloven § 2 gir opphavsmannen en enerett til å råde over åndsverket. I alt det vesentlige gir bestemmelsene i kapittel 5 likelydende rettigheter for utøvende kunstnere, fotografer, fonogram- og filmprodusenter, databaseprodusenter og kringkastingsforetak. Det er derfor tilstrekkelig å gi en fremstilling av eneretten etter åvl. § 2, med visshet om at vernet av de nærstående rettighetene er av samme art og langt på vei har samme omfang.

Eneretten til å råde over verket etter åvl. § 2 første ledd har to deler; den ene er retten til å fremstille eksemplarer av verket – eksemplarfremstillingsretten; den andre er retten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten. For problemstillingene knyttet til klarering av fjernsynsinnhold dette, er det tilgjengeliggjøringsretten som er sentral.

2.5.1 Tilgjengeliggjøringsretten

Tilgjengeliggjøring for allmennheten kan etter loven skje på tre måter; spredning, visning og fremføring av verket. Spredningsretten innebærer en rett for opphavsmannen til å spre verket til allmennheten, ved å fremby «eksemplar» av verket til salg, utleie, utlån eller på annen måte, jf. åvl. § 2 tredje ledd litra a. Visningsretten fremgår av åvl. § 2 tredje ledd litra b, som sier at verket gjøres tilgjengelig for allmennheten også når «eksemplar» vises offentlig uten bruk av tekniske hjelpemidler. Både spredningsretten og visningsretten er knyttet til fysiske eksemplarer av verket. For fjernsynsinnhold er det tilgjengeliggjøring ved offentlig fremføring som er aktuelt.

Offentlig fremføring av åndsverk omfattes av eneretten, jf. åvl. § 2 tredje ledd litra c. I § 2 fjerde ledd er det i dag slått fast at kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten, regnes som offentlig fremføring. Kringkasting av fjernsynsinnhold innebærer

²⁹ Se bl.a. WCT artikkel 2 og TRIPs artikkel 9(2): “Copyright protection shall extend to expressions and **not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such**” (min understreking og utheving).

en tilgjengeliggjøring av åndsverk (og nærstående prestasjoner mm.), som igjen omfattes av rettighetshavernes enerett. Utnyttelsen må klareres med disse for å være rettmessig. Manglende klarering av rettighetene vil utgjøre en krenkelse av opphavsretten. Videreending av kringkastingssendinger anses opphavsrettslig som en ny tilgjengeliggjøring og regnes som offentlig fremføring.

For sprednings- og visningsretten er det gitt det man kaller konsumpsjonsregler i åndsverksloven §§ 19 og 20. Konsumpsjonsreglene har den virkning at eneretten konsumeres ved førstegangs utnyttelse av verkene og gjør i realiteten et stort innhugg i opphavsmannens enerett. For retten til offentlig fremføring finnes ingen tilsvarende konsumpsjonsregel, slik at eneretten omfatter enhver ny fremføring av verket. Opphavsmannens tillatelse er nødvendig hver gang det skjer en ny utnyttelse av hans verk ved fremføring, herunder videreending av kringkastingssendinger.

Det kan problematiseres over om det skjer en tilgjengeliggjøring for «allmennheten» og hva som skal anses for å utgjøre en allmennhet. I denne oppgaven legges det til grunn at tilgjengeliggjøringen av fjernsynsinnhold skjer nettopp med allmennheten for øye, og derfor ligger under opphavsmannens enerett.

2.6 Avgrensning av opphavsretten

Kapittel 2 i åndsverkloven gir regler som setter grenser for opphavsretten. Reglene gir allmennheten adgang til, på visse vilkår, å benytte seg av åndsverk uten å innhente tillatelse fra rettighetshaver. En hovedoppgave for opphavsretten er å beskytte den nyskapningen som skjer i samfunnet. Samtidig har lovgiver vektlagt at befolkningen ikke skal avskjæres fra å få tilgang til den samme nyskapningen. Tilgang til åndsverk kan stimulere til kulturell produksjon og utvikling. Fra et lovgiversynspunkt har samfunnets tilgang til åndsverkene vært ansett like viktig som opphavsmannens enerett.

Masseutnyttelsen av åndsverk gjøres mulig av ulike regler i åndsverklovens kapittel 2, kalt «låneregler». Lånereglene kan deles opp i tre kategorier; rene «låneregler», tvangslisensregler og avtalelisensregler. Både de rene lånereglene og tvangslisensene er viktige, men for tilgjengeliggjøring av fjernsynsinnhold spiller de en beskjeden rolle. Dette er *avtalelisensenes*

domene. Avtalelisensene er egentlig tvangslisenser, men av særegen art³⁰. Peter Schönning skriver følgende om avtalelisens³¹:

«Bestemmelser om aftalelicens. Bestemmelserne indebærer, at når en repræsentativ organisation af ophavsmænd til en bestemt art av værker har indgået en kollektiv aftale med en bruger om værksudnyttelse inden for et bestemt område, udstrækkes aftalen, på visse lovbestemte vilkår, til også at gælde for udenforstående ophavsmænd til udgivne værker af samme art.»

Ordnningen med avtalelisenser har utviklet seg til å bli et sentralt verktøy for klarering av opphavsrettigheter.

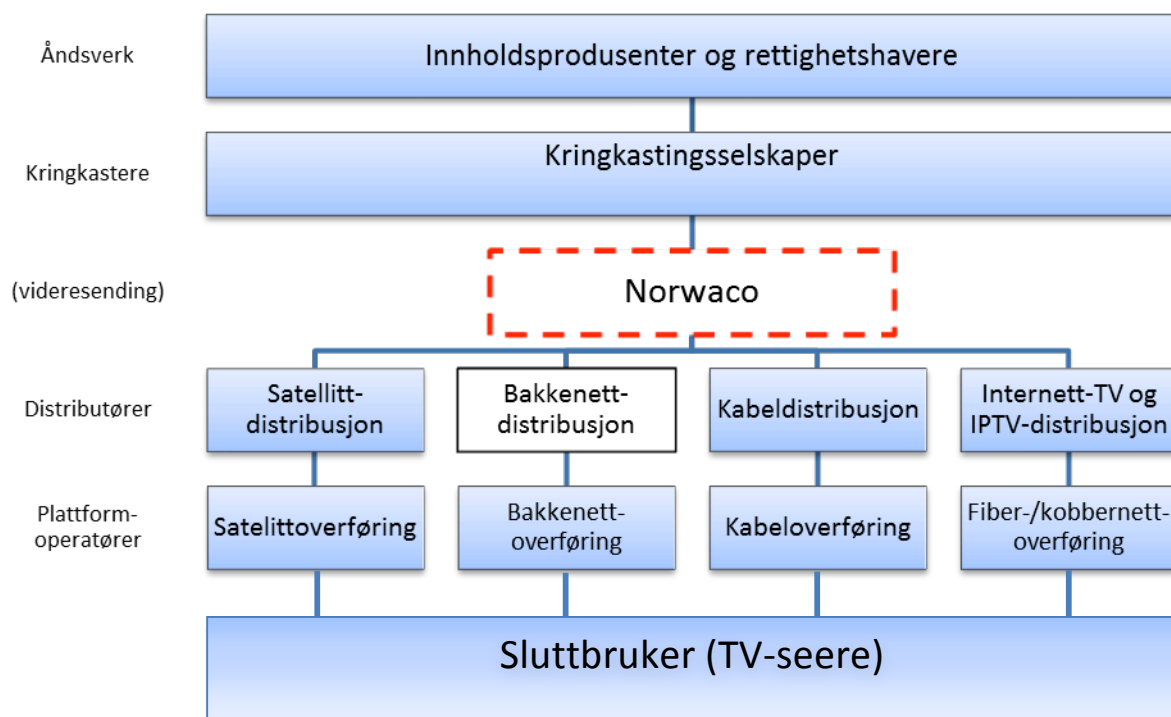
³⁰ Rognstad, op.cit., s. 217

³¹ Schönning (2008) s. 228-229

3 Kringkastingsmarkedet – aktørene

3.1 Innledning

Fra fjernsynsinnhold blir skapt til det gjøres tilgjengelig for TV-seerne, har en rekke aktører vært med i en kjede av ulike aktiviteter. Disse aktørene forholder seg til hverandre på ulike måter og i ulik grad. Det er denne interaksjonen mellom aktørene som danner grunnlaget for de betalingsstrømmene som forekommer i fjernsynsmarkedet³². Relasjonene mellom aktørene kan sammenholdes i en «verdikjede». Under har jeg laget en figur som for å illustrere de ulike trinnene man er innom ved tilgjengeliggjøring av fjernsynsinnhold.



Figur 1 Fjernsynsmarkedets verdikjede³³

Figuren kan gis noen korte avklaringer. Norwaco er markert med stiptet linje for å markere at de kun kommer i betraktning dersom distributørens utnyttelse anses som videresending og derfor må klareres som dette. Som aktør er Norwaco også plassert foran distributørene, for å illustrere at rettighetsklareringen skal skje forut for den utnyttelsen som distributørene foretar

³² Sønneland (2011) s. 28

³³ Laget av oppgavens forfatter

seg. I tillegg er bakkenett-distribusjon markert særskilt, for å illustrere at tilgjengeliggjøring også kan skje uten å involvere distributørleddet. Dette kan gjelde for alle plattformer, og skjer ved at kringkastingsselskaper inngår avtaler direkte med plattformoperatører, hvor de kjøper «plass» til sin tilgjengeliggjøring.

Et sted innenfor denne figuren, mellom innholdsproduksjonen og sluttbrukeren, må utnyttelsen av fjernsynsinholdet klareres. Før jeg går inn på selve klareringen og hvordan denne skal skje, skal det gjøres rede for de ulike leddene i verdikjeden, med henblikk på hvilken rolle de spiller i fjernsynsmarkedet.

3.2 Vertikal integrasjon

Fjernsynsmarkedet er mer sammensatt i dag enn det var tidligere. I det moderne fjernsynsmarkedet er man i stadig større utstrekning vitne til at aktører integrerer seg vertikalt. Vertikal integrasjon innebærer at aktører er representert i flere ledd i verdikjeden og slik kontrollerer større deler av verdikjeden, fra innholdsproduksjonen til distribusjonen av innholdet til sluttbrukeren³⁴. Denne måten å organisere seg på, kan føre med seg både ulemper og fordeler³⁵. Det kan det gi utfordringer i form av såkalte portvaktfunksjoner. Portvaktfunksjoner får man hvor ett selskap kontrollerer ett ledd i en verdikjede som samtlige andre aktører må passere. Dersom selskapet utnytter dette til å favorisere egne interesser, vil dette kunne lede til at andre aktører utestenges, og man kan få en monopoldannelse i verdikjeden. Vertikal integrasjon medføre fordeler ved at det bidrar til en mer rasjonell og resultatbevisst distribusjon av fjernsynsinhold.

Som eksempler på at selskaper er vertikalt integrerte, kan det vises til NRK og TV2s roller i fjernsynsmarkedet. For det første produserer både NRK og TV2 eget innhold. For det andre har både NRK og TV2 status som kringkastere. For det tredje er begge mediehusene medeiere i RiksTV, som er eneste distributør i det digitale bakkenettet^{36/37}. For det fjerde er både NRK

³⁴ Ot.prp. nr. 81 (2003-2004) s. 34-35

³⁵ Pöyry: «Faktisk analyse – vertikal integrasjon i mediemarkedet» (Econ-rapport nr. R-2011-054)

³⁶ Konkurransetilsynet (2009), rapport: «Konkurransen i Norge – Kringkastingsmarkedene», s. 72

³⁷ RiksTV (2014): <https://www.rikstv.no/om-rikstv/>

og TV2 også medeiere av NTV (Norges televisjon AS)³⁸, som har ansvaret for driften av det digitale bakkenettet. På denne måten, gjennom sine eierinteresser, er både NRK og TV2 representert i alle ledd av verdikjeden, fra produksjonen av innhold frem til fjernsynsinnholdet når sluttbrukeren.

3.3 Innholdsprodusenter og rettighetshavere

Fjernsynsmarkedet er grunnleggende rettet mot å presentere innhold til sluttbrukerne. Produksjonen av det innholdet som presenteres, vil alltid være utgangspunktet. Det vises til figur 1, hvor innholdsprodusentene utgjør øverste ledd i verdikjeden. Det er her de andre aktørene, gjennom klarering, utleder sine rettigheter fra.

Det kan være ulike typer innholdsprodusenter. Alt fra store TV-selskaper til skapende og utøvende kunstnere omfattes, og de omtales gjerne som rettighetshavere. Viktigst av rettighetene er eneretten til tilgjengeliggjøring av det skapte. Eneretten medfører at bruk av opphavsrettslig vernet innhold i fjernsynsmarkedet krever samtykke, ved at rettighetene må klareres med rettighetshaverne. Som eksempler på innholdsprodusenter i det norske fjernsynsmarkedet kan her nevnes produksjonsselskaper som Monster, Feelgood Scene Film og TV AS og Nordisk film.

Det er vanlig at utøvelsen av opphavsrettigheter skjer gjennom kollektiv rettighetsforvaltning. Kollektiv rettighetsforvaltning innebærer at ulike rettighetshavere innenfor et bestemt bruksområde gjennom avtaler overlater til en nærmere angitt organisasjon (som de selv er medlemmer av) å forvalte deres rettigheter utad³⁹. Organisasjonen gir samtykke til bruk og krever inn vederlag for denne. Et eksempel på dette er rettighetsorganisasjonen TONO, som forvalter fremføringsrettigheter for musikkverk i Norge⁴⁰. Tilgjengeliggjøring av fjernsynsinnhold vil normalt omfatte et enormt antall rettigheter (musikkverk, filmverk osv.), hvilket vil gjøre det urealistisk å skulle klarere alle rettighetene individuelt. Kollektiv rettighetsforvaltning og rettighetsklarering er derfor en nødvendig mekanisme i et moderne fjernsynsmarked.

³⁸ NTV (2014): http://www.ntv.no/om_ntv

³⁹ Rognstad, op.cit., s. 38

⁴⁰ TONO (2014): <http://www.tono.no/Om+Tono>

3.4 Kringkastingsselskaper

Kringkastingsselskapene utgjør ledd to i verdikjeden, på trinnet under innholdsprodusentene, se Figur 1. Det er i første rekke kringkastingsselskaper som gjennom avtaler erverver rettigheter fra rettighetshaverne. Etter kringkastingstloven § 1-1 første ledd bokstav a) er «*kringkasting*» definert som «utsending av tale, musikk og liknende via elektroniske kommunikasjonsnett, ment eller egnet til å ses eller høres direkte og samtidig av allmennheten». Videre er «*kringkaster*» i første ledd bokstav e) definert som «fysisk eller juridisk person som i ervervsvirksomhet utøver effektiv redaksjonell kontroll med utvelgelsen og organiseringen av lyd- eller bildeprogrammene». Sagt på en annen måte, kringkasterer er aktører som presenterer et nærmere bestemt innhold til sluttbrukerne, TV-seerne – i loven kalt allmennheten.

Når det gjelder det innholdet som kringkastes, kan dette være produsert av kringkasteren selv, det kan være delprodusert av kringkasteren eller det kan også være kjøpt inn fra andre produsenter⁴¹. Det at kringkasterer kan ha produsert (eller delprodusert) innholdet selv, er et eksempel på vertikal integrasjon og må holdes atskilt fra deres rolle som kringkaster. For rollen som kringkaster, gjelder som utgangspunkt det samme, nemlig at innhold ikke kan gjøres tilgjengelig uten samtykke fra rettighetshaver.

Kringkasterne utgjør ingen ensartet gruppe med aktører. Det er stor variasjon i hvordan de ulike kringkasterne velger å operere, hvilken strategi de baserer sin virksomhet på og hvordan de blir finansiert. Eksempler på norske kringkastingsselskaper er NRK, TV2 og TVNorge.

3.5 Distributører

Norske kringkasterer eier som regel ikke selv den infrastruktur som er nødvendig for å kringkaste fjernsynssendingene. I stedet benytter man seg av ulike distributører for dette formålet, selskaper som gjør kringkastingssprogrammer tilgjengelig for TV-seerne gjennom sin infrastruktur. Distribusjonen av fjernsynsinnhold kan skje på ulike måter på ulike plattformer; det kan skje gjennom det digitale bakkenettet, gjennom kabelnettet eller via

⁴¹ Sønneland (2011) s. 30

satellitt. De senere år har det også blitt vanlig med distribusjon gjennom bredbåndsnett og over Internett.

Distributørselskapene inngår avtaler med kringkasterne om å gjøre deres innhold tilgjengelig for TV-seerne. Selskapene opptrer som kommersielle aktører, som gjerne presenterer dette innholdet i ulike kanalpakker til sluttbrukerne. Normalt opererer distributørene med krypterte signaler, som innebærer at TV-seerne kun får en betinget adgang til innholdet i pakkene. For å kunne utnytte seg av signalene, kreves spesielt utstyr, gjerne en dekode. Gjennom å tilby betinget tilgang, opprettes et kundeforhold til sluttbrukerne, hvor distributøren kan ta seg betalt for de kanaler og tjenester sluttbrukeren ønsker. I dagens fjernsynsmarked er det et stort og variert spenn mellom de ulike pakker som tilbys TV-seerne fra distributørene. RiksTV, Canal Digital og GET er eksempler på norske distribusjonsselskaper.

Det er i skjæringspunktet mellom ledd to og tre i verdikjeden (Figur 1), mellom kringkasterne og distributørene, at de sentrale opphavsrettslige spørsmål som regel oppstår. Når distributørene gjør verk tilgjengelig gjennom sin infrastruktur, er det spørsmål om denne utnyttelsen er klarert. Distributørene står sjelden i direkte kontakt med rettighetshaverne. Praksis i fjernsynsmarkedet er gjerne at kringkastingsselskapene overfor distributørene tar på seg å klarere rettighetene med rettighetshaverne. Spørsmålet blir om den klarering som er foretatt av kringkaster, kan sies å omfatte også den utnyttelsen som distributørene står for. Sagt på en annen måte: skal distributørens handling anses som et ledd i kringkasterens egen utsendelse, som altså er klarert? Eller skal man se det slik at distributøren, ved sin utsendelse av fjernsynsinnholdet, står for en ny tilgjengeliggjøring, som altså går utenfor den avtale kringkasteren har inngått med rettighetshaverne og ikke er klarert? Dette skal drøftes mer inngående under kapittel 4.

3.6 Infrastrukturaktører/plattformoperatører

Hvem som eier den infrastrukturen som er nødvendig for å distribuere innhold varierer. I noen tilfeller disponerer distributørene den nødvendige infrastrukturen, og får dermed en kombinert rolle som distributør og tilbyder av overføringskapasitet^{42/43}. Andre ganger besitter ikke

⁴² Konkurransetilsynet (2009), rapport: «Konkurransen i Norge – Kringkastingsmarkedene», s. 69

distributøren denne infrastrukturen, og tvinges til å inngå avtaler med andre (selvstendige aktører) om leie av dette. Verdikjeden utvides i disse tilfeller med et ledd, jf. Figur 1, mellom distributør og sluttbruker. Distributører av satellittsignaler er eksempler på dette. Disse disponerer gjerne ikke over egen infrastruktur og er avhengige av å leie overføringskapasitet fra eksterne⁴⁴ plattformoperatører/infrastrukturaktører.

Norges Televisjon AS (NTV), Norkring og Altibox kan brukes som eksempler på norske infrastrukturaktører. NTV er konsesjonshaver og plattformoperatør av det digitale bakkenettet⁴⁵, mens Norkring utfører driften av dette på oppdrag for NTV⁴⁶. Altibox er plattformoperatør av fibernett i Norge og samarbeider med flere selvstendige distributører om utsendelse til sluttbrukerne.

3.7 Sluttbrukere/TV-seere

Sluttbrukerne, det vil si TV-seerne, må inngå avtaler med de ulike distributørene for å motta fjernsynsinnhold i form av kanaler og kanalpakker. Et unntak fra dette gjelder for kanaler som er fritt tilgjengelig i det digitale bakkenettet, noe som i dag kun omfatter NRKs fjernsyns- og radiokanaler⁴⁷.

3.8 Norwaco

På samme måte som for primærsending, er det ved videresending store mengder rettigheter som skal klareres, og det lar seg vanskelig gjøre å klarere rettighetene direkte med samtlige rettighetshavere. Dette er bakgrunnen for den avtalelisensen man i dag finner i åndsverkloven § 34. Avtalelisensbestemmelsen muliggjør en kollektiv klarering av rettigheter ved videresending. Det som skiller avtalelisensen fra den kollektive rettighetsforvaltningen som finner sted ved primærsendinger, er at avtalelisensen gir adgang til å klarere rettigheter med

⁴³ Post- og teletilsynet (2006), analyse: «Analyse av grossistmarkedet for overføringstjenester for kringkasting, for levering av kringkastingsinnhold til sluttbruker», s. 19

⁴⁴ Konkurransetilsynet (2009), op.cit., s. 69

⁴⁵ NTV (2014): http://www.ntv.no/om_ntv

⁴⁶ Norkring (2014), «Kringkasting»: <http://www.norkring.no/tjenester/kringkasting/>

⁴⁷ NTV (2014), «Kanaltilbud»: <http://www.ntv.no/Kanaltilbud>. TV-kanalene NRK1, NRK2, NRK3/NRK Super og NRK Tegnspråk er fritt tilgjengelige i bakkenettet.

bindende virkning også for ikke-organiserte rettighetshavere, herunder utenlandske rettighetshavere.

For avtalelisenser knyttet til videresending, er Norwaco den sentrale aktøren på rettighetshaversiden. Norwaco presenterer seg selv som en «opphavsrettsorganisasjon som inngår avtaler om sekundær utnyttelse av lyd og levende bilder»⁴⁸. Norwaco representerer i dag 34 organisasjoner⁴⁹, som ifølge tall fra Norwaco selv omfatter mer enn 37.000 individuelle rettighetshavere⁵⁰, herunder opphavsmenn, utøvende kunstnere, fotografer og produsenter.

Norwaco klarer kun videresending. Dersom det dreier seg om primærsending, må rettighetene klareres på annen måte, direkte med rettighetshaverne eller organisasjoner som representerer disse. Norwacos hovedoppgave består i å ivareta rettighetshavernes økonomiske interesser, ved å kreve inn og fordele vederlag for bruk av verk ved videresending.

Kringkastingsselskapene er for øvrig ikke medlemmer av Norwaco, som kun representerer rettighetshavere. Kringkasterne representerer gjerne seg selv. Unntak her er NRK og enkelte andre europeiske allmennkringkastere, herunder bl.a. SVT, DR, RAI og TVE, som har dannet organisasjonen UBON⁵¹. For kommersielle kanaler er hovedregelen at de representerer seg selv.

⁴⁸ Norwaco (2014): www.norwaco.no

⁴⁹ *ibid.*: www.norwaco.no/Om-Norwaco/Medlemsorganisasjoner

⁵⁰ *ibid.*: www.norwaco.no

⁵¹ UBO: Union of Broadcasting Organisations: <http://www.ubod.dk/norway/>

4 Klarering av rettigheter

Aktørene i fjernsynsmarkedet kan som vist i kapittel 3 enkelt identifiseres og plasseres inn i en verdikjede. Verdikjeden sier imidlertid ikke noe om hvordan selve rettighetsklareringen skal skje, og det kan oppstå tvilsspørsmål rundt dette.

Det er et klart og uomtvistet utgangspunkt at all utnyttelse av opphavsrettslig beskyttet materiale må klareres. Det kan imidlertid være tvil rundt hvem som til enhver tid skal klarere. Aktørene i fjernsynsmarkedet opererer på forskjellige måter. For det første har man situasjonen med NRK, hvor NRK klarerer alt innhold selv og inngår avtaler med infrastrukturaktører om tilgjengeliggjøring. NRK står på denne måten direkte for egen tilgjengeliggjøring, den skjer ikke via en kommersiell distributør. Situasjonen illustreres av Figur 1 side 11, ved at man «hopper over» distributørleddet. Dersom andre distributører ønsker å distribuere NRKs kanaler til sine kunder, må dette klareres med rettighetshaverne som videresending, fordi NRK kun klarerer egen distribusjon. Denne måten å operere på, skaper sjelden problemer.

Da stiller det seg annerledes i situasjoner med andre kringkasterere. Det vanlige er at disse tar på seg å klarere rettigheter for distributørene, mot at distributørene betaler for å få distribuere kringkasterens kanaler og kanalpakker. Det er i disse situasjonene det oftest oppstår tvilsspørsmål, ved at partene er uenige om hvorvidt kringkasterens klarering også omfatter den tilgjengeliggjøringen som skjer ved tredjepart, nemlig distributørene. I nyere underrettspraksis⁵² er denne problemstillingen formulert som et spørsmål om distributørens utnyttelse skal regnes som primærsending eller videresending. Det er gjerne på det rene at kringkasteren har klarert med rettighetshaverne for sin primærsending, mens selve utsendelsen skjer ved en annen formidler enn kringkasteren selv. Dersom distributørens utsendelse regnes som primærsending, anses utnyttelsen for å være klarert gjennom at kringkasteren har innhentet samtykke fra rettighetshaverne. Dersom distributørens tilgjengeliggjøring ikke anses for å være omfattet av den avtale som er inngått mellom kringkasteren og rettighetshaverne, karakteriseres utnyttelsen i stedet som videresending, jf.

⁵² Sakene det refereres til er *RiksTV AS mot Norwaco* (saksnr.: 10-172932TVI-OTIR/04) og *Get AS mot Norwaco* (saksnr.: 12-190456TVI-OTIR/05)

åndsverkloven § 34. Videresending representerer en ny tilgjengeliggjøring, og må klareres på nytt. Det vanskelige her ligger i å trekke skillet mellom primærsending og videresending. Dette danner utgangspunktet for denne oppgavens drøftelse.

Før man tar et dypere dykk inn i materien, er det hensiktsmessig med en gjennomgang av sentral terminologi, for gjennom dette å bedre kunne forstå de rettslige utgangspunktene.

4.1 Terminologi

Et potensielt problem ligger i hvordan ulike begreper brukes og hvor man etter min mening ofte er og har vært inkonsekvent. De samme begreper brukes ofte for å betegne ulike situasjoner. Det leder til at det egentlige meningsinnholdet i begrepene ikke kommer tydelig frem.

Når man skal vurdere hva som ligger i det opphavsrettslige videresendingsbegrepet, kan ulike begreper være gode hjelpemidler til å forstå en tidvis kompleks materie. Det forutsetter at man har klart for seg hva som ligger i de forskjellige begrepene. Det skal ikke hevdes her at jeg sitter med det endelige og korrekte svaret på hva innholdet i disse begrepene er. I en besvarelse som dette er det likevel på sin plass å gi en presentasjon av de begreper jeg mener står særlig sentralt og videre hva som her vil bli lagt til grunn som deres meningsinnhold.

Ved en drøftelse av det opphavsrettslige videresendingsbegrepet, er det særlig tre begreper som er sentrale: kringkasting, primærsending og videresending. Av begrepene primærsending og videresending, er det verdt å merke seg at det kun er videresendingsbegrepet som er brukt i norsk lov. Lovgiver har altså ikke brukt ordet primærsending, og det foreligger dermed heller ingen legaldefinisjon av begrepet i noen norsk lovtekst.

4.1.1 Kringkasting – kringkastingsloven § 1-1

«Kringkasting» blir i teori og praksis⁵³ ofte brukt som begrep når man omtaler førstegangs tilgjengeliggjøring av åndsverk, prestasjoner eller produksjoner. Dette er uheldig, fordi det

⁵³ Sakene det refereres til er *Rikstv AS mot Norwaco* (saksnr.: 10-172932TVI-OTIR/04) og *Get AS mot Norwaco* (saksnr.: 12-190456TVI-OTIR/05)

skaper et inntrykk av at det kun er den første utnyttelsen, primærsendingen, som går for å være kringkasting. Kringkasting og videresending blir presentert som innbyrdes motsatser og det gis et inntrykk av at det bare er den primære utnyttelsen som er kringkasting. Det er etter mitt syn ikke en riktig forståelse av loven.

Av de to formene av kringkastingsbegrepet – «kringkasting» og «primærkringkasting» – er det kun «kringkasting» som er brukt av lovgiver. I den norske kringkastingsloven § 1-1 litra a finner man følgende definisjon av «kringkasting»:

«*Kringkasting*: utsending av tale, musikk og liknende via elektroniske kommunikasjonsnett, ment eller egnet til å ses eller høres direkte og samtidig av allmennheten.»

Det er min forståelse at begrepet «kringkasting» må forstås dit at det kan omfatte både den primære og den sekundære distribusjonen av innhold på fjernsynsmarkedet. Det er ikke grunnlag for å sette likhetstegn mellom primærsending og kringkasting.

Hybridbegrepet «primærkringkasting» kan i og for seg beskrive det faktum at man har med en førstegangs utnyttelse å gjøre. Problemene oppstår når man sløyfer «primær-» fra begrepet, og går over til kun å snakke om kringkasting. Begrepet skifter med dette radikalt sitt meningsinnhold. Mens «primærkringkasting» både sier noen om tidspunktet for utnyttelse (førstegangs utnyttelse) og måten verket utnyttes på (ved kringkasting), sier «kringkasting» kun noe om utnyttelsesmåten. Det er uheldig og problematisk at man i teori og praksis, gjennom en inkonsekvent begrepsbruk, gir inntrykk av at disse begrepene betyr det samme og kan beskrive den samme situasjonen.

Verken i den norske lovteksten eller hos andre av de nordiske lands lovtekster, brukes begrepet «primærkringkasting». Heller ikke ordlyden i definisjonen av «kringkasting» gir grunnlag for å si at kringkasting kun er forbeholdt førstegangs tilgjengeliggjøring av tale, musikk eller liknende. Verken norske eller nordiske lovforarbeider gir heller noen argumenter for en slik tolkning.

Det er viktig å påpeke at det ikke bestrides at primærsendinger kan være, og som oftest er, kringkasting. Det som derimot er viktig å få frem, er det samme normalt også vil gjelde for

videresending. Det er ikke at kringkastingen er «primær» som gjør den til kringkasting, snarere er det relevante her om den oppfyller vilkårene i kringkastingsloven § 1-1 første ledd litra a. Definisjonen av kringkasting i kringkastingsloven § 1-1 omfatter det man kan kalle lineære tjenester. Motsatsen er ikke-lineære tjenester. Lineære tjenester er tjenester hvor tilgjengeliggjøringen skjer på avsenderens initiativ. Ved de ikke-lineære tjenestene stilles innholdet til rådighet for publikum, hvor så den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til innholdet⁵⁴. De ikke-lineære tjenestene er således ikke kringkasting etter kringkastingsloven § 1-1 første ledd bokstav a, men regnes i stedet som «audiovisuelle tjenester», jf. bokstav d.

4.1.2 Primærsending – primærdistribusjon

Begrepet «primærdistribusjon»/«primærsending» fremgår ikke i noen lovtekst. Som nevnt er jeg av den oppfatning at man i teori og praksis gir uttrykket et feilaktig innhold, ved at det likestilles med kringkasting. RiksTV-saken, som jeg kommer tilbake til i kapittel 5, kan illustrere dette:

«Åndsverkloven § 34 er det rettslige grunnlaget for Norwacos klarering av videresending av kringkastingsendinger. For at det skal foreligge videresending må det foreligge en **primærsending(kringkasting)**.»⁵⁵

Primærsendingene er utvilsomt kringkasting, men det er ikke dette som gjør de primære. Motsatt er det heller ikke det at sendingen er primær som gjør den til kringkasting, så også som nevnt i punkt 4.1.1. Innholdet i begrepet må i stedet fastlegges på bakgrunn av den realiteten det beskriver. I fjernsynsmarkedet retter det seg mot første gang et verk, en prestasjon eller en produksjon gjøres tilgjengelig for allmennheten ved kringkasting. Primærdistribusjon vil være den tilgjengeliggjøringen for allmennheten (ved kringkasting) av verk, prestasjoner eller produksjoner som er klarert med rettighetshaverne, enten ved avtalelisens (åvl. § 30) eller direkte med rettighetshaverne.

⁵⁴ Rognstad, op.cit., s. 279

⁵⁵ Oslo tingretts dom av 30. mai 2013, s. 15

Jeg er av den oppfatning at ved å benytte begrepene «kringkasting»/«primærkringkasting» om tilgjengeliggjøring for allmennheten, som illustrert i punkt 4.1.1, står man i fare for å tilsløre drøftelsen gjennom en inkonsekvent begrepsbruk. Innholdsmessig vil nemlig uttrykket «primærkringkasting» gjerne tolkes til å bety det samme som «kringkasting», hvilket ikke er en riktig rettslig forståelse. Etter mitt syn er det bedre, ved at det gir mindre rom for misforståelser, å bruke enten begrepet «primærdistribusjon» eller «primærsending» om førstegangs tilgjengeliggjøring for allmennheten. Begrepene beskriver den samme handlingen, og har samme meningsinnhold, men man slipper at ordet «kringkasting» trekkes inn som et potensielt forstyrrende element.

4.1.3 Videreending – sekundærdistribusjon

Der klarering av primærsendinger jevnt over ikke skaper de store problemene, er det betydelig større spenning knyttet til klareringen av videreendinger. Ved å si at det er vanskelige problemstillinger knyttet til klarering ved videreending, foretar man egentlig en tildekking av realitetene. For når det først er stadfestet at det dreier seg om videreending, gir åndsverkloven (og internasjonale lovregler for øvrig) tydelige regler om hvordan klareringen skal skje og det skaper sjelden problemer. Det er i stedet veien hit som kan være utfordrende. Det er grensdragningen mellom primær- og sekundærdistribusjon som skaper problemer, og som har ført til tidvis stor uenighet mellom de ulike aktørene.

Problemene oppstår helst i situasjoner hvor rettigheter har blitt klarert på ett sted i verdikjeden, for eksempel ved at en kringkaster har inngått avtale med rettighetshavere om kringkasting. Selve tilgjengeliggjøringshandlingen, kringkastingen, skjer så ved en annen aktør i verdikjeden, gjerne en distributør. Distributøren har ikke selv noen direkte forbindelse med rettighetshaverne, men avleder sin rett fra en parallell avtale med kringkasteren. Dersom denne distribusjonen regnes som primærsending, kreves det ingen ny klarering av rettighetene, da den anses å gå inn under det som er klarert med rettighetshaverne. Dersom distribusjonen regnes som videreending, fordi den utgjør en ny tilgjengeliggjøring av de aktuelle verk, må den derimot klareres på nytt, denne gang som videreending etter åndsverkloven § 34.

Ved videreending skjer det en ny tilgjengeliggjøring av fjernsynsinnhold. Videreending kan også kalles «sekundærdistribusjon», jf. forholdet til den primære distribusjonen av innholdet.

At distribusjonen er sekundær, betyr ikke, som ordet kan tilsi, at den forekommer noe senere i tid enn den primære distribusjonen. Snarere tvert imot, det er et vilkår for videresending (sekundærdistribusjon) at den er «samtidig og uendret»⁵⁶. For TV-seerne vil det ikke fortone seg noe annerledes ut fra om man ser på en primærsending eller en sekundærsending. Det er det samme programmet som blir presentert; begrepene knytter seg i stedet til om det ut fra en rettslig vurdering skjer en ny tilgjengeliggjøring for allmennheten. Det er dette (rettslige) skillet som har vært kimen til stor uenighet mellom aktørene fjernsynsmarkedet, og som har resultert i rettsstvister om tolkningen.

Man ser her at begrepene primærsending og videresending i realiteten er hjelpebegreper. Begge knytter seg til kringkasting. Forskjellen mellom dem, ligger i at der primærsendingen er førstegangsutnyttelsen ved kringkasting, beskriver videresending de øvrige utnyttelsene av verkene, også disse ved kringkasting. Det avgjørende for skillet mellom de to, kjernes spørsmålet, er om tilgjengeligjøringen av det opphavsrettsbeskyttede materialet er primær eller sekundær.

4.2 Den norske lovreguleringen: Åndsverkloven § 34

Når man diskuterer skillet mellom primærsending og videresending, er det naturlig å først se hen til hva loven sier om begrepene. Som nevnt er ikke primærsendingsbegrepet benyttet i loven. Det er derimot videresendingsbegrepet, så et naturlig utgangspunkt for vurderingen er avtalelisensbestemmelsen i åndsverkloven § 34, som gjelder nettopp klarering av videresendinger.

Bestemmelsen i åndsverkloven § 34 knytter seg til klarering av rettigheter, nærmere bestemt klarering av videresending gjennom en avtalelisensordning. Det oppstilles visse vilkår for at en avtalelisens skal få virkning. Det er et krav at det må dreie seg om en «samtidig og uendret» videresending. Kravet om at videresendingen skal være samtidig og uendret, innebærer at det ikke på noen måte gjøres noen endringer i sendingen. Eksempler på endringer kan være teksting, dubbing eller ved at sendingen utsettes i tid (opptak)⁵⁷. Dersom

⁵⁶ Åndsverkloven § 34 første ledd.

⁵⁷ Rognstad, op.cit., s. 282

det skjer endringer i sendingen, må rettighetene klareres på vanlig måte⁵⁸, det vil si direkte med rettighetshaverne.

I tillegg til at videresendingen må være samtidig og uendret, er det et krav at den som videresender (om det er et kringkastingsselskap eller distributør er ikke av betydning) oppfyller betingelsene for avtalelisens i åndsverkloven § 36. Denne bestemmelsen stiller krav om at den som videresender har inngått avtale om med en representativ organisasjon om utnyttelse av rettighetene ved videresending.

4.3 Det opphavsrettslige videresendingsbegrepet

Så langt kan vilkårene for videresending leses ut av loven, hvor de springer ut av et samspill mellom relativt få bestemmelser. Åndsverkloven § 34 gir klart uttrykk for at det kan utløses en avtalelisens for videresending. Det bestemmes derimot ikke sier noe om, er hva som ligger i selve begrepet «videresending». For hva er videresending? Hva er det som skiller videresendingene fra primærsendingene? Dette kan ikke leses ut av åndsverkloven, ei heller gis det svar i noen annen norsk lovtekst. Forarbeidene gir heller ikke svar på spørsmålet. Forståelsen av og innholdet av begrepet derfor søkes gjennom en tolkning av andre aktuelle rettskilder.

Våre opphavsrettslige regler bygger i stor grad på Bernkonvensjonen⁵⁹, og det er naturlig å søke svar her. Konvensjonens artikkel 11 bis slår grunnleggende fast at opphavsmannen har enerett til å tillate både den primære (i) og den sekundære (ii) tilgjengeliggjøringen for allmennheten – «shall enjoy the exclusive right». Artikkel 11 bis lyder i sin originaltekst [mine endringer]:

- (1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing:*
(i) the broadcasting of their works or the communication thereof to the public
by any other means of wireless diffusion of signs, sounds or images;

⁵⁸ Schönning (2008) s. 392

⁵⁹ The Berne Convention of 9 September 1886 for the Protection of Literary and Artistic Works (Paristeksten, 24. juli 1971).

(ii) any communication to the public by wire or by rebroadcasting of the broadcast of the work, when this communication is made by an organization other than the original one;

(iii)[...]

(2) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to determine the conditions under which the rights mentioned in the preceding paragraph may be exercised, but these conditions shall apply only in the countries where they have been prescribed. They shall not in any circumstances be prejudicial to the moral rights of the author, nor to his right to obtain equitable remuneration which, in the absence of agreement, shall be fixed by competent authority.

(3)[...]

Bernkonvensjonens artikkel 11 bis (1) ii gir to kriterier som skal være avgjørende for om det foreligger videresending. Det første kriteriet er at det må foreligge en primærsending i form av kringkasting – en «broadcast of the work». Bernkonvensjonen skiller ikke mellom de ulike tilgjengeliggjøringsplattformene. Samme vilkår må gjelde for samtlige plattformer. Heller ikke Bernkonvensjonen sier noe mer inngående om hva som skal anses for å utgjøre en primærsending. Det andre kriteriet innebærer at den sekundære distribusjonen må være foretatt av en annen organisasjon enn den som stod for den opprinnelige kringkastingen – «made by an organization other than the original one». Vilkårene er kumulative, og må begge være oppfylt for at det skal foreligge videresending.

De norske lovforarbeidene viser at åndsverkloven har bygget på bestemmelsene i Bernkonvensjonen artikkel 11 bis⁶⁰.

4.3.1 Vilkår 1: Det må foreligge en primærsending

Vilkåret om at det må foreligge en primærsending av verket, innebærer at verket må være tilgjengeliggjort for allmennheten – det må finne sted en førstegangs utnyttelse. Fjernsynsmarkedet er i dag i stor utstrekning preget av samtidighet. Fremskritt innen forbrukerteknologien har gjort at det ikke lenger er noen forsinkelser knyttet til signaloverføringer. Resultatet er at både primærsendinger og videresendinger i dag gjøres tilgjengelig for allmennheten på samme tid. Dette gjør at det kan være vanskelig å skjelne

⁶⁰ Ot.prp.nr.15 (1994-95) s. 70

mellom hva som er primærsending og hva som er videresending. For sluttbrukeren, TV-seeren, vil innholdet oppleves på samme måte, uavhengig om det dreier seg om en primærsending eller en videresending. Dette er rettslige definisjoner som skal beskytte opphavsmennes enerett.

Hvordan kan man skille tilgjengeliggjøringshandlingene fra hverandre? Hvordan kan man forklare og begrunne at noe er primærsending, mens noe annet (men på mange måter helt likt) må anses som videresending, til tross for at de rent faktisk presenteres for sluttbrukeren til samme tid? I mangel av noen legaldefinisjon eller veiledende rettspraksis, vil reelle hensyn bli tungtveiende når grensen skal trekkes. Det rettslige utgangspunktet for å kunne trekke grensen mellom primærsending og videresending, blir hva kringkasteren har avtalt med rettighetshaverne. Spørsmålet handler om når det kan sies å foreligge en ny utnyttelse av verkene, en utnyttelse som ikke er klarert. Det er først og fremst dette skillet striden har stått om i nyere norsk underrettspraksis.

Før man går inn på drøftelsen av hvor grensen mellom primærsending/videresending skal trekkes, er det viktig å gjøre det klart at ikke enhver form videreformidling automatisk er omfattet av begrepet «samtidig og uendret videresending» i åndsverkloven § 34. Når en videreformidling er et ledd i distribusjonen av selve primærsendingen, har dette ikke karakter av videresending i § 34s forstand. Dette er for eksempel tilfellet hvor det er klarert med rettighetshaverne at primærsending skal skje via satellitt, men hvor kringkastingsselskapet ikke selv råder over den infrastruktur som kreves for å få dette til. Videreformidlingen av signaler til en distributør, og denne distributørens videreformidling ut gjennom infrastrukturen, skal ikke anses som videresending. Det blir ikke automatisk videresending ved at det sendes via en tredjemann. Dette standpunkt følger allerede av BK art. 11bis, ved at det på dette punkt ikke er foretatt noen primærsending. Den internasjonale opphavsrettsorganisasjonen WIPO har selv slått dette fast⁶¹:

«Concerning Article 8: It is understood that the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Treaty or the Berne Convention.»

⁶¹ «Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty» art. 8, 1996

Standpunktet har også utbredt støtte i juridisk teori, for eksempel hos Rognstad⁶², Schønning⁶³ og Hugenholtz⁶⁴.

4.3.1.1 Rettighetsavtalene

Når man skal avgjøre hva som er primærsendinger, er det naturlig å ta utgangspunkt i avtalene mellom rettighetshaverne og kringkastingsselskapene. Det er her verdikjeden begynner. Helt grunnleggende: hvis et kringkastingsselskap i det hele tatt skal kunne tilgjengeliggjøre verk ved kringkasting, krever dette samtykke fra rettighetshaverne, jf. åvl. § 2. Samtykke til tilgjengeliggjøring får kringkasterne gjennom inngåelse av avtaler med rettighetshaverne. Det er disse avtalene som kan gi svaret på hva som har blitt avtalt og klarert, og hvilke rettigheter kringkasterne gjennom dette har ervervet fra rettighetshaverne.

Det finnes ingen lovbestemmelser, verken i nasjonal eller internasjonal rett, som særskilt regulerer selve avtaleinngåelsen, hvordan avtalene om rettighetsklarering skal inngås, eller hvor stort omfang de skal eller kan ha. Det råder således full avtalefrihet ved klarering av rettigheter. Avtalefriheten gjør at rettighetshaverne står fritt til å inngå avtaler av ulikt omfang, basert på hva som anses mest hensiktsmessig i det konkrete tilfelle. Et alminnelig utgangspunkt er at det er den som står for utnyttelsen som også skal klarere rettighetene. Det er utnyttelsen av verkene som er underlagt den opphavsrettslige eneretten. Det er naturlig at den som foretar den aktive handling, også må foreta klareringen. Avtalefriheten gjør at partene kan bli enige om at en klarering skal gjelde også for en tredjeparts utnyttelse. Følgelig vil en kringkaster utvilsomt kunne klarere rettigheter på vegne av en tredjepart.

Hva så hvis det er tvilsomt hvor langt det er klarert? Hva hvis en avtale med rettighetshaver etterlater tvil om det er samtykket til en distribusjonsmåte eller ikke? Avtaler om rettighetsklarering er egentlig avtaler om overdragelse av opphavsrett. I tilfeller hvor tvilsspørsmål måtte oppstå, er bestemmelsen i § 39a i åndsverkloven relevant. Bestemmelsen er et utslag av det man i opphavsretten kaller «spesialitetsprinsippet»:

⁶² Rognstad, op.cit., s. 281

⁶³ Schønning, op.cit., s. 350

⁶⁴ Hugenholtz (2009) s. 12

«§ 39a: Har opphavsmannen overdratt rett til å bruke verket på en bestemt måte eller ved bestemte midler, har erververen ikke rett til å gjøre det på andre måter eller ved andre midler.»

Det grunnleggende i denne bestemmelsen er at uklarheter i inngåtte avtaler skal tolkes restriktivt i favør av opphavsmannen. Erververen får gjennom bestemmelsen bevisbyrden for at noe er avtalt mellom partene. Skal en avtale kunne sies å omfatte en fullstendig overdragelse av rettigheter, må dette være eksplisitt avtalt eller gå tydelig fram av de konkrete forhold. Spesialitetsprinsippet forsterker argumentet om at utgangspunktet for hva som skal anses som primærsending, må tas i den avtalen som er inngått mellom rettighetshaver og kringkaster. Peter Schönning gir prinsippet anvendelse også på området for tilgjengeliggjøring av fjernsynsinnhold, hvor kringkasteren gis bevisbyrden for at en utnyttelse er klarert i avtalen med rettighetshaverne. Ved tvil om en distribusjonsmåte eller et distribusjonsmiddel er omfattet av en inngått avtale, skal dette være kringkasterens ansvar. Resultat blir da at rettighetshaveren har sine rettigheter i behold⁶⁵.

I opphavsretten, som ellers i kontraktsretten, tillates det ikke å disponere over mer enn hva man er berettiget til. For tilgjengeliggjøring i fjernsynsmarkedet betyr dette naturlig nok at kringkastingsselskapene i sine videre avtaler med distributører ikke kan overføre større rettigheter enn det de selv råder over, det vil si enn de har ervervet fra rettighetshaver. Rettighetene til verkene er gjerne klarert til et visst punkt. Når dette punkt er nådd, har ikke kringkastingsselskapene lenger rettigheter de kan overføre videre. Hvor dette punktet til enhver tid befinner seg, vil fullt ut avhenge av de individuelle avtaler som inngås med rettighetshaverne. Avtalefriheten innebærer at kringkastingsselskapene kan erverve alt fra svært begrensede rettigheter, til fullstendige rettigheter. Det hele vil til syvende og sist være et spørsmål om penger, om hvor mye rettighetshaverne krever for sine rettigheter og om hvor mye kringkastingsselskapene er villige til å betale for dem.

I forlengelsen av dette kan man snakke om ulike «forretningsmodeller» ved klareringen av rettigheter. Utgangspunktet for alle avtaler som inngås, er altså at man står ovenfor

⁶⁵ Schönning, op.cit, s. 353

rettighetshavere, eller representanter for disse, som ønsker å tjene penger på utnyttelsen av sine verk. Dette oppnås først og fremst gjennom å inngå avtaler med kringkastingsselskaper om tilgjengeliggjøring av innhold. Kringkasterne får gjennom slike avtaler tillatelse til å tilgjengeliggjøre opphavsrettsbeskyttet innhold mot at de betaler et vederlag til rettighetshaverne. Omfanget av kringkasternes videre utnyttelse av verkene er det som ligger til grunn for det vederlag rettighetshaverne vil kreve ved avtaleinngåelsen.

En avtale mellom rettighetshavere og en kringkaster vil normalt omhandle, og klarere, rettighetene til kringkasterens *egen* tilgjengeliggjøring. Forretningsmodellen innebærer at kringkasteren erverver rettigheter til å selv gjøre innholdet tilgjengelig for sitt ordinære publikum, og vederlaget kringkasteren betaler til rettighetshaverne, bestemmes ut fra dette. Omfanget av tilgjengeliggjøringen er med dette kjent på forhånd, hvilket gjør det forholdsvis enkelt å avtalefeste et rimelig vederlag. Motsetningsvis betyr dette følgelig at man ikke klarerer noe annet enn kringkasterens utnyttelse. Kringkasteren kan ikke forføye over disse rettighetene til fordel for utenforstående distributører.

Bildet kan kompliseres noe ved at kringkastingsselskapet sjelden selv råder over nødvendig infrastruktur, og er avhengig av tredjemenn for å gjennomføre selve tilgjengeliggjøringen. At en tredje aktør trekkes inn, kan fremstå som at det skjer en ny utnyttelse av verkene, i strid med avtalen med rettighetshaverne. Det er viktig å skille mellom kommersielle og ikke-kommersielle aktører. I en relasjon hvor kringkasteren benytter seg av en tredjemann, men hvor denne tredjemann ikke selv vil ha noen økonomiske interesser ut over å stille infrastruktur til kringkasterens rådighet mot vederlag, vil ikke denne tredjemann oppfattes som en selvstendig aktør. Det vil følgelig ikke skje noen utnyttelse av rettighetshavernes verk i strid med den inngåtte avtale. I stedet vil denne tredjemannen anses som en tilrettelegger for kringkastingsselskapet, som utelukkende bistår med fysiske fasiliteter⁶⁶.

Et eksempel på en slik relasjon mellom en kringkaster og en tredjemann, er NRKs avtale med Norges Televisjon AS (NTV). NTV er plattformoperatør i det norske bakkenettet. NRK inngår avtaler med rettighetshavere om rettigheter til tilgjengeliggjøring. Samtidig inngås det avtale NTV om gjennomføringen av tilgjengeliggjøringen i bakkenettet. Man kan se det som

⁶⁶ «Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty» art. 8, 1996

at NRK, via NTV, kjøper seg kapasitet i bakkenettet. NTV er her en ren plattformoperatør av bakkenettet, uten kommersielle interesser i forhold til sluttbrukerne. NTVs kommersielle interesse er utelukkende knyttet til kringkasteren og dennes ønske om å anvende bakkenettet til sin tilgjengeliggjøring.

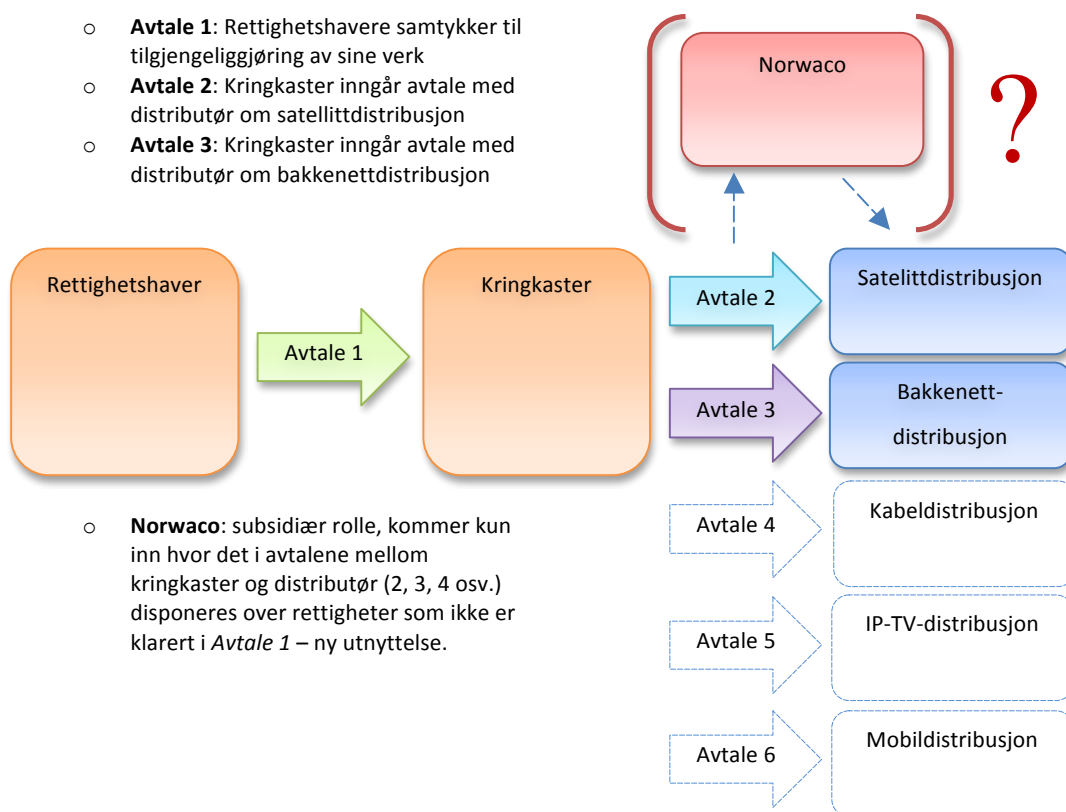
På den annen side har man også tilfeller hvor kringkasterne selv ønsker å tjene penger på ervervet av rettighetene fra rettighetshaverne. Her får man behov for en noe annen forretningsmodell. Kringkasterne erverver i første omgang et sett av rettigheter fra rettighetshaverne, på samme måte som under den forrige forretningsmodellen. Disse rettighetene brukes til å lage programinnhold på kringkasterens kanaler. Forskjellen fremkommer ved at i stedet for at kringkasteren selv gjør sine kanaler, og dermed også verkene, tilgjengelig, inngår kringkasteren avtaler med tredjemenn – distributører – om distribusjon av sine kanaler. Distributørene betaler vederlag til kringkasteren for retten til å distribuere dennes kanaler ut til sluttbrukerne. Det er nokså enkelt å se at dette indirekte vil være avtaler om distribusjon av rettighetshavernes verk, ved at kringkasternes kanaler er satt sammen av de ulike verk.

Kjernepunktet for striden mellom rettighetshaverne på den ene siden og distributørene på den andre, er hvorvidt sistnevntes distribusjon av fjernsynskanaler skal regnes som en del av kringkasterens primærsending. Distributørene ønsker at deres distribusjon skal stilles på lik linje med den tilgjengeliggjøringshandling som foretas av plattformoperatøren, jf. eksemplet under førstnevnte forretningsmodell. Dette vil medføre at den anses for å være omfattet av den avtale som er inngått mellom rettighetshaver og kringkaster.

Det som utgjør en stor forskjell her, mellom de rene plattformoperatører og distributørene, er arten av deres kommersielle virksomhet. Mens plattformoperatørene har sine kommersielle interesser utelukkende knyttet til kringkasteren, vil distributørene ha sterke kommersielle interesser knyttet til sluttbrukerne, og de kommersielle interessene vil være uløselig knyttet til tilgjengeliggjøring av rettighetshavernes verk. Distributørene råder over egen infrastruktur, bygget ut med det mål for øye å nå flest mulig. De setter så sammen kanalpakker som tilbys til publikum mot betaling, gjerne i form av abonnementsordninger. Signalene som sendes ut gjennom infrastrukturen er kryptert og kan kun mottas med utstyr levert av distributøren. Forskjellen fra den forrige forretningsmodellen, er at det er distributøren, ikke kringkasteren,

som står i kontakt med sluttbrukeren og som står for tilgjengeliggjøringen. Når det så ikke er kringkasteren selv som står for tilgjengeliggjøringen av verket, som er det avtalen med rettighetshaverne forutsetter, blir distributørens tilgjengeliggjøring en ny utnyttelse – en utnyttelse som rettighetshaverne ikke har fått vederlag for gjennom avtalen med kringkasteren. Utnyttelsen er altså ikke klarert. En naturlig følge av dette er at rettighetshaverne vil kreve vederlag for distributørens utnyttelse. Også fra rettighetshaverne er det ønskelig med økt tilgjengeliggjøring, men det er en forutsetning for dette at de samtidig mottar vederlag for den økte utnyttelsen. Det er her systemet med avtalelisens ved videresending er ment å komme inn som en regulerende faktor, ved at rettighetshaverne sikres vederlag for bruken, mens distributørene gis en enklere måte å klarere sin utnyttelse på.

Jeg har laget en figur som grovt forenklet kan fremstille avtalekjeden i fjernsynsmarkedet:



Figur 2 Avtalekjeder i fjernsynsmarkedet ⁶⁷

⁶⁷ Laget av oppgavens forfatter

De omtalte forretningsmodellene kan illustreres ved eksempler. Man kan tenke seg at et kringkastingsselskap ønsker å klarere fjernsynsinnhold med rettighetshaverne. Kringkasteren eier ikke selv den infrastruktur som er nødvendig for tilgjengeliggjøring for allmennheten, og må inngå avtaler med tredjemenn for å gjennomføre dette. Kringkasteren inngår så avtale med rettighetshavere om tillatelse for å gjøre verk tilgjengelig, illustrert ved *avtale 1* i Figur 2. Det er innholdet i disse avtalene som virker bestemmende for hvordan kringkastingsselskapet kan opptre i forhold til sine distributører i neste omgang.

Dersom det i avtalene med rettighetshaverne er enighet om at kringkasteren kan tilgjengeliggjøre via satellitt, gir dette naturlig nok ikke tillatelse til å benytte seg av det digitale bakkenettet for distribusjonen. Avtalen tillater helt enkelt ikke dette, den omfatter kun distribusjon via satellitt. For at en distribusjon i bakkenettet skulle vært lovlig, måtte avtalen med rettighetshaverne inkludert et samtykke til dette. Avtalen med distributøren vil her være av betydning. Dersom det inngås avtale med en ikke-kommersiell aktør, hvor denne kun bistår med tilrettelegging av fysiske fasiliteter for tilgjengeliggjøring på satellitt, vil dette regnes som kringkasterens primærsending. Illustrert ved *avtale 2* i Figur 2.

Eksemplet kan videre utvides med at kringkasteren samtidig inngår en avtale med en (annen) aktør om tilgjengeliggjøring i det digitale bakkenettet, illustrert ved *avtale 3* i Figur 2. Distribusjonen vil her skje samtidig med at verket gjøres tilgjengelig på satellitt. Avtalen innebærer at kringkasteren gir tillatelse til at egne kanaler distribueres i det digitale bakkenettet, mot betaling. Indirekte blir dette en avtale hvor kringkasteren gir tillatelse til distribusjon av rettighetshavernes verk i bakkenettet. Motparten, distributøren, vil etter denne avtalen distribuere kringkasterens kanaler til sine kunder, mot vederlag i form av abonnementsinntekter. En slik tilgjengeliggjøring har ikke blitt klarert med rettighetshaverne. Denne distribusjonen går ut over hva som kan anses som kringkasterens egen tilgjengeliggjøring, som er tilgjengeliggjøring over satellitt. Da distribusjonen i bakkenettet etter dette ikke er klarert, må den i stedet klareres som videresending gjennom Norwaco, jf. åndsverkloven § 34.

Avtalefriheten gjør at kringkasteren kan klarere all senere tilgjengeliggjøring med rettighetshaverne, det vil si at kringkasteren kan erverve alle rettigheter, også til videresending. Bakkenettdistribusjonen i eksempelet over vil da fortsatt være å anse som

videresending, men rettighetene til dette vil være klarert med rettighetshaver. Det vil da ikke være noe behov for ytterligere klarering gjennom bruk av avtalelisensen i åvl. § 34. Åndsverkloven § 34 må leses som at den kun rammer ikke-klarert videresending. Dersom det er klarert for videresending tidligere, vil videresendingshandlingen gå fri av regelen i § 34. Systemet med avtalelisens for videresending gjør seg bare gjeldende hvor det skjer en ikke-klarert utnyttelse av rettigheter.

4.3.1.2 Parallelle primærsendinger?

Et annet spørsmål som det kan være på sin plass å stille, er om det kan forekomme mer enn én primærsending. Kan det være at det skjer parallelle primærsendinger, eller kan det bare finnes én primærsending, hvorpå resten nødvendigvis blir videresendinger? Hva om kringkaster i eksemplet i punkt 6.1.1.2 i sin avtale med rettighetshaverne hadde ervervet rettigheter til å tilgjengeliggjøre både via satellitt og gjennom bakkenettet. Ville distribusjonen i bakkenettet da fortsatt måttet være å anse som videresending?

Den danske jurist Terese Foged tar opp denne problemstillingen i en artikkel fra 2009⁶⁸. Artikkelen omhandler det danske fjernsynsmarkedet, men har stor relevans også for situasjonen i Norge, hvor fjernsynslandskapet langt på vei er et speilbilde av det danske. I sin redegjørelse av situasjonen i Danmark legger hun til grunn at det ikke er noe i veien for at en kringkaster har flere parallelle primærsendinger, såkalte «simulcasts»⁶⁹. Dette gjelder uavhengig om det skjer på samme plattform eller på forskjellige plattformer. Foged gir eksempler på hvordan dette har skjedd i Danmark. I Norge kan det eksemplifiseres ved at NRK blir distribuert parallelt på satellitt og i bakkenettet, og hvor begge anses som primærsending.

Ved å gjøre innholdet i avtalen mellom kringkaster og rettighetshaverne avgjørende, er det en naturlig slutning at man skal kunne klarere flere primærsendinger. I figur 2 over er det således ikke noe i veien for at både *avtale 2* og *avtale 3* klarer distribusjonsformene som primærsending. Alt vil avhenge av samtykke fra rettighetshaver. Dersom det gjennom avtalene er gitt tillatelse til tilgjengeliggjøringen, vil det ikke kreves noen ny klarering når

⁶⁸ Foged (2009) «DTT Primary Transmission and Retransmission – Copyright Challenges»

⁶⁹ Foged, op.cit., s. 8

verkene så distribueres. Det kan stilles spørsmål ved om hvorvidt det faktisk skjer parallelle «primærsendinger», eller om det ene er primærsending, mens de andre distribusjonsformene er (klarert) videresending. Uavhengig av hvilken karakteristikk man benytter, vil det ikke kreves det noen ny klarering. Rettighetshaverne har allerede har gitt sitt samtykke til den tilgjengeliggjøringen som skjer, og de har fått vederlag for dette. Skillet går i realiteten mellom primærsending og klarert videresending på den ene siden, og ikke-klarert videresending på den andre.

Om rettighetshaverne så er av den oppfatning at innholdet ikke er klarert for en distribusjonsplattform, må de kunne ta dette med den som står for utnyttelsen av verkene, nemlig distributøren. Dette kommer jeg tilbake til under punkt 5.6.

4.3.2 Vilkår 2: «An organization other than the original one»

Det andre vilkåret i Bernkonvensjonen art. 11 bis for at det skal foreligge videresending, er at det er en annen organisasjon enn det opprinnelige kringkastingsforetaket som utfører tilgjengeliggjøringshandlingen (distribusjonen).

De to vilkårene, primærsending og utnyttelse ved ny organisasjon, henger tett sammen. Realiteten i dagens fjernsynsmarked er at kringkastingselskapene klarerer innholdet, men det forekommer bare sjelden at de står for selve distribusjonen. Dette blir i økende grad overlatt til egne distribusjonsselskaper. Distribusjonsselskapene (distributørene) er kommersielle selskaper som disponerer nødvendig infrastruktur for tilgjengeliggjøring av fjernsynsinnholdet. Kringkastingselskapene inngår avtaler med distributørene om utførelsen av selve tilgjengeliggjøringen for allmennheten. Distributørene har ingen direkte relasjon med rettighetshaverne, kun indirekte gjennom de rettighetene som overføres til dem fra kringkastingselskapene. Man kan se det som at den primære utnyttelsen skjer ved en annen organisasjon enn den opprinnelige, om enn på en litt annen måte.

Når Bernkonvensjonen stiller som vilkår at videresendingen («the communication») må skje ved en annen organisasjon enn den opprinnelige, er dette et vilkår som er åpent for ulike tolkninger. Hva som mer konkret ligger i uttrykket «organization other than the original one», blir ikke nærmere avklart i konvensjonen. I «Guide to the Berne Convention», utgitt av WIPO (Verdens opphavsrettsorganisasjon), legges det til grunn at det er avgjørende om en annen

organisasjon tar del i distribusjonen eller ikke⁷⁰, en uttalelse som ikke bringer nytt innhold til vilkåret.

Når har man å gjøre med en «annen» organisasjon? For å ta stilling til om det er en «annen» organisasjon som står for utnyttelsen av verkene, er det flere ting man må vurdere. Det ene er selvfølgelig om det i det hele tatt kan anses for å være en annen organisasjon, separat fra den som stod for den opprinnelige tilgjengeliggjøringen. Dette kan være vanskelig å avgjøre i et marked hvor man i økende grad ser at aktørene integrerer seg vertikalt. I flere tilfeller ser man organisasjoner som er skilt fra hverandre, men hvor den ene «originale» organisasjonen gjerne er inne på eiersiden i den andre, og så videre. Man kan også ha tilfeller hvor den nye organisasjonen utfører distribusjonen *på vegne av* en kringkaster.

Det kan være uklart hvilken organisasjon denne nye må skille seg fra. Hvilken organisasjon man sikter til med formuleringen «the original one» i Bernkonvensjonen artikkel 11bis (1) ii, er ikke nødvendigvis helt enkelt å forstå. Det må imidlertid være klart at man her sikter til kringkasteren som «the original one». Ved all primærsending er det kringkasteren som er den sentrale aktør, det vil si som er den som står bak utsendelsen av innholdet. Det er kringkasteren som har ervervet rettighetene til utsendelsen og som også må anses for å stå for tilgjengeliggjøringen. Som nevnt er det også uten rettslig betydning om selve primærsendingen foretas av en tredjemann, da denne vil måtte anses som en forlengelse av kringkasteren i slike tilfeller. Når man skal avgjøre om noe er videresending, må aktøren som står for denne utnyttelsen kunne skilles fra kringkasteren.

Videre er det et spørsmål om hva som skal til for at en organisasjon anses for å utgjøre en annen enn den opprinnelige – «other than the original one». I en sak i Kabeltvistnemnda, KTN-2008-1, om hvorvidt en rekke kabelselskapers tilgjengeliggjøring utgjorde videresending, la nemnda vekt på at kabelselskaper har selvstendige avtaleforhold til sine kunder og at de selv priser de kanalpakkene kundene mottar⁷¹. Kabeltvistnemnda la i sin avgjørelse vekt på at kabelselskapene på denne bakgrunn ikke kunne ses som rene distributører uten opphavsrettslig ansvar, eller bare som rene tekniske tilretteleggere for

⁷⁰ WIPO: «Guide to the Berne Convention» s. 68

⁷¹ KTN-2008-1

formidling av signaler, men i stedet måtte ses som selvstendige aktører i forhold til kringkastingsselskapet. Det samme må gjelde også for distributører på andre plattformer enn kabel, all den tid de opererer på samme måte – som selvstendige aktører med en egen krets av kunder.

4.4 Noen aktuelle grensetilfeller

Trekkingen av grensen mellom primærsending og videresending kan altså skape problemer. Det kan være nyttig skissere noen ulike situasjoner som kan oppstå, og forklare hvordan det stiller seg i forhold til de ulike begrepene i de enkelte situasjonene. Peter Schönning gir i sin artikkel «Det ophavsrettlige viderespredningsbegreb» eksempler på noen situasjoner som kan oppstå⁷²:

- 1) En *første* situasjon er hvor kringkasterens innhold distribueres utelukkende i det digitale bakkenettet, som kringkasteren selv eier. Her kan man lett slå fast at det ikke foreligger videresending, da distribusjonen ikke skjer ved «et annet foretak», jf. Bernkonvensjonen art. 11bis (1) ii.
- 2) En *annen* situasjon er hvor kringkasterens innhold distribueres utelukkende i det digitale bakkenettet, men hvor dette er eid av noen andre. Denne situasjonen er lik den som er skissert i kapittel 4.3.1.1, med direkte kontribusjon og tilgjengeliggjøring via en tredjemann. Her foreligger det ikke videresending fordi det ikke samtidig skjer en annen form for tilgjengeliggjøring, jf. kriteriet i Bernkonvensjonen art. 11 bis. Distribusjonen i bakkenettet er primærsending.
- 3) En *tredje* situasjon er hvor kringkasterens innhold distribueres i bakkenettet, men også samtidig via kabel og over satellitt, og hvor bakkenettet er eid av et annet selskap. Umiddelbart kan det her virke som om det foreligger videresending, ettersom begge kriterier i Bernkonvensjonen er oppfylt. Det som imidlertid gjør at situasjonen ikke er innlysende, er at det er usikkert hva som skal anses som primærsendingen i denne situasjonen. Er det bakkenettutsendelsen, utsendelsen i kabel eller utsendelsen over satellitt? Det er på det rene at en av disse distribusjonsformene skal karakteriseres som

⁷² Schönning (2008) s. 352-353

førstegangsutsendelse, men hvilken er det? Schönning sier her at dette som utgangspunkt vil følge av den «kontraktsmessige realitet»⁷³. Her kan man altså ikke umiddelbart fastslå hva som er primærsending, slik man kunne i de to første situasjonene som ble skissert. I stedet må man se til kontraktene i den konkrete situasjonen.

- 4) En *fjerde* situasjon er hvor kringkasterens innhold distribueres i bakkenettet, som den selv ikke eier, hvor så signalet som utsendes i bakkenettet oppfanges av en distributør, som etter avtale med kringkasteren utnytter dette på annen måte. Et eksempel her kan være hvor en svensk bakkenettdistribusjon oppfanges av en distributør i det norske markedet, og hvor man inngår en avtale med den svenske kringkasteren om ny utnyttelse i Norge. En utnyttelse som dette vil utvilsomt være videresending, da begge kriterier i Bernkonvensjonen 11bis er oppfylt. Distributøren foretar klart en ny offentlig fremføring. Rettighetene til videresending må her klareres, såfremt dette ikke er gjort av den opprinnelige kringkasteren.

Etter min mening gir ikke Schönning's artikkel noen klart svar på hvor skillet mellom hva som er primærsending og hva som er videresending skal gå. Schönning's artikkel kan imidlertid leses som en bekreftelse på at utgangspunktet for rettssituasjonen er hva kringkasteren og rettighetshaverne har avtalt seg imellom.

I følge denne beskrivelsen, gjøres skillet mellom primærsending og videresending til en viss grad overflødig. Det er klareringen i avtalen som til enhver tid bestemmer om det kreves ytterligere klarering av videresendingsrettigheter, ikke om tilgjengeliggjøringen har karakter av å være det ene eller det andre.

⁷³ *ibid*, s. 352

5 Nyere norsk rettspraksis

5.1 Innledning

Opphavsretten er i stadig endring. Endringene et resultat av den digitale utviklingen og konvergens i mediemarkedet, hvor grensene mellom ulike medier enten er endret eller har blitt visket helt ut. Digitaliseringen av fjernsynsmarkedet har resultert i flere måter å distribuere fjernsynsinnhold på, samt at det er flere aktører som opererer i markedet. Konkurransen er blitt tøffere og forretningsmodellene er endret, og klareringsordninger som tidligere ble ansett fullt ut dekkende, settes også på prøve.

De store endringene gjør at det kan oppstå tvil om tolkninger og uenighet om hva som må legges til grunn de lege lata. Det opphavsrettslige videresendingsbegrepet kan være et eksempel på dette. Videresendingsbegrepet er ennå uten klart fastslått innhold, og det er atskillig dissens i juridisk teori og praksis om hva som skal gjelde her. Dette kan ha sammenheng med at problemstillingene er av relativt ny dato, og at det ennå kun finnes et fåtall aktuelle rettskilder.

Det begrensede landskapet av kilder forsterkes av en manglende rettspraksis på området. Til dags dato foreligger det ingen norsk høyesterettspraksis knyttet til det opphavsrettslige videresendingsbegrep. Heller ikke i lagmannsretten har det vært behandlet saker som omhandler disse spørsmålene. Derimot har det i den senere tid vært to saker oppe for Oslo tingrett. Disse sakene omhandler nettopp det opphavsrettslige videresendingsbegrep, nærmere bestemt hvorvidt distribusjonen av fjernsynsinnhold i henholdsvis det norske digitale bakkenettet og kabelnettet skulle anses som primærsending eller videresending. Det vil naturligvis være av stor interesse å komme inn på tingrettens vurdering av det opphavsrettslige videresendingsbegrepet og hva som ble lagt til grunn for tingrettens avgjørelser i de to sakene. Dette vil vurderes opp mot det jeg anser som de lege ferenda på det aktuelle område av opphavsretten.

Det gjøres oppmerksom på at de to tingrettsdommene har blitt anket til lagmannsretten. Behandlingen i lagmannsretten vil trolig finne sted i løpet av innværende år, 2014. At dommene har blitt anket, får den følge at de ikke er rettskraftige. De er likevel viktige kilder til å belyse de spørsmålene denne oppgaven retter seg mot.

Innledningsvis gis en kort introduksjon av de faktiske omstendigheter som lå til grunn for de to sakene.

RiksTV AS mot Norwaco (heretter RiksTV-saken)

Saken mellom RiksTV og Norwaco stod for Oslo tingrett våren 2013. Stridstema i saken gjaldt distribusjon av fjernsynssendinger i det digitale bakkenettet. Partene var uenige om hvorvidt RiksTVs distribusjon av fjernsynssendinger var «videresending» av kringkasternes sendinger i åndsverkloven § 34s forstand, eller om distribusjonen skulle anses som en del av kringkasternes egen utnyttelse av sendingene⁷⁴. Norwaco mente at RiksTVs distribusjon var videresending, hvilket innbar en plikt for RiksTV til å klarere denne med Norwaco, jf. åvl. § 34 om avtalelisens. RiksTV mente på sin side at distribusjonen var å anse som en del av kringkasterens egen utnyttelse, noe de karakteriserte som kringkasting. Tingretten avsa 30.05.2013 dom i saken, i favør av RiksTV AS.

Get AS mot Norwaco (heretter Get-saken)

Kort tid etter avsigelsen av dommen i RiksTV-saken, stod det en ny og lignende sak for Oslo tingrett. Striden stod denne gang mellom kabelselskapet Get AS og Norwaco. Saken gjaldt spørsmål om distribusjon av fjernsynskanaler i Gets kabel-tv-nettverk er videresending som skal klareres og betales vederlag for til Norwaco. Dom i saken ble avsagt 31.12.2013 i favør av Get AS.

I begge de aktuelle dommene tok tingretten utgangspunkt i at tvistene gjaldt rekkevidden av åndsverkloven § 34, hvor en tolkning av videresendingsbegrepet er det sentrale. Retten slo i begge sakene relativt kort fast at opphavsmannens enerett danner grunnlaget for at distribusjon av fjernsynssendinger krever klarering. Det retten etter dette skulle ta standpunkt til, var på hvilken måte distributørens distribusjon i bakkenett og kabelnett skal klareres. Det er ved denne vurderingen retten kommer inn på problemstillingene rundt det opphavsrettslige videresendingsbegrep, herunder skillet mellom primærsending og videresending.

⁷⁴ Oslo tingretts dom av 30. mai 2013, s. 3

I begge de to sakene er domsresultatet basert på at de fjernsynssignaler som ble overført fra kringkasteren til distributører, for deretter å bli gjort tilgjengelig for allmennheten av distributøren, ikke tidligere hadde vært tilgjengelige for allmennheten. I tillegg ble det fremhevet som et sentralt moment at det forelå enighet mellom kringkasterne og distributørene om at distributørens tilgjengeliggjøringshandlinger skulle være å anse som kringkasterens primærsending. Retten la ikke vekt på at distribusjonen i de aktuelle sakene ble foretatt av et annet selskap enn kringkastingsselskapet, og anså det heller ikke avgjørende at det beviselig, ved distributørens utnyttelse, forelå rettigheter som ikke var klarert.

De to aktuelle sakene kretser i stor grad rundt det samme temaet, det opphavsrettslige videresendingsbegrepet, og betydningen og omfanget av dette. Det er flere likhetstrekk ved Oslo tingretts behandling av de to sakene, hvor mange av de samme argumentene og vurderingene går igjen i de to dommene. Jeg finner det hensiktsmessig å foreta en samlet behandling av de to sakene, hvor jeg belyser de områder av tingrettens behandling som er av størst betydning for de underliggende spørsmål. Der det måtte være forskjeller i tingrettens resonnering og vurderinger, kommenteres dette underveis i den løpende drøftelsen.

5.2 Tingrettens begrepsbruk

I en situasjon hvor rettskildene er klare på grunnprinsippene, men hvor disse ikke leder helt frem til noen klar konklusjon, ville det vært ønskelig om tingretten gjennom sin behandling av de to sakene, kunne ha ryddet opp i noen sentrale begreper. Det har etter min mening ikke skjedd, da tingretten den opererer med det jeg vil karakterisere som en uklar begrepsbruk. Gjennomgående, både i RiksTV- og Get-saken, knytter tingretten begrepet primærsending til begrepet «kringkasting». Følgende utsagn fra tingretten i RiksTV-saken kan være illustrerende⁷⁵:

«Etter bevisførselen bygger retten på at med «kringkastingssending» i åndsverkloven § 34, menes selve utsendelsen, de kringkastede, programbærende fjernsynssignaler. Retten viser til loven, bakgrunnen for bestemmelsen, forarbeidene, internasjonalt regelverk og teori. Videre at dersom det aktuelle signalet som sendes ut ikke tidligere er

⁷⁵ Oslo tingretts dom av 30. mai 2013, s. 21

tilgjengeliggjort for allmennheten, dreier det seg om **kringkasting og ikke videresending.**»

De to første setningene sier ikke mer enn det åpenbare, hva kringkasting er. Den samme definisjonen kan leses ut av kringkastingsloven § 1-1. Det er imidlertid den siste setningen i dette utsagnet vi skal merke oss, hvor tingretten gir uttrykk for en motsetning mellom kringkasting og videresending. Etter mitt syn snakker tingretten egentlig om primærsending her, at dersom innhold ikke tidligere er gjort tilgjengelig, dreier det seg om primærsending. Tingretten bruker imidlertid begrepet kringkasting. Gjennom å gjøre dette, foretar tingretten en kobling av begrepene primærsending og kringkasting, hvilket medfører at kringkasting og videresending gjøres til innbyrdes motsatser. Det er en tvilsom tolkning, ettersom både primærsending og videresending av fjernsynssendinger ut fra definisjonen av «kringkasting» i kringkastingsloven § 1-1 første ledd litra a er å anse som kringkasting. Tingrettens drøftelse forstyrres av at man velger å gjøre dette skillet, fordi kringkasting og primærsending i realiteten beskriver to forskjellige ting. På den ene siden blir det uklart hva tingretten egentlig mener når den taler om kringkasting. På den annen side løper man hele veien risikoen for at tingretten ikke har satt seg grundig nok inn materien knyttet til problemstillingene i saken og at drøftelsen dermed bygger på en feilaktig forståelse av rettskildesituasjonen.

Et eksempel kan bidra til å belyse skepsisen. Tingretten sier på side 16 i RiksTV-saken at den «bygger på at kringkasting kan finne sted både via bakkenett og satellitt, og skje på flere ulike plattformer samtidig»⁷⁶. Umiddelbart fremstår dette som en selvsagt slutning. Kringkasting, slik begrepet er definert i kringkastingsloven, kan utvilsomt skje på ulike måter, og på ulike plattformer, samtidig. Det er på det rene at man kan sitte i det samme rommet og se den samme fjernsynssendingen på to TV-apparater samtidig, hvor den ene viser kringkasting ved satellittsending, mens den andre viser kringkasting i bakkenettet. Mer problematisk blir det om man legger tingrettens begrepsbruk til grunn, med den medfølgende likestillingen av primærsending og kringkasting. Det er ikke selvsagt at begge de to sendingene man ser er primærsending. Selvfølgelig kan én fjernsynssending ha sin primære distribusjon over satellitt, mens en annen har sin primærsending i bakkenettet. Langt mer tvilsomt er det om det kan foreligge samtidige primærsendinger på ulike plattformer. For at dette skal kunne skje,

⁷⁶ Oslo tingretts dom av 30. mai 2013, s. 16

kreves det at man har klarert for det. Legger man tingrettens forståelse til grunn, at all kringkasting er primærsending, ville hele den saken tingretten her behandler, vært overflødig. Et enkelt eksempel som dette viser at tingrettens begrepsbruk ikke er heldig, da den blander sammen uttrykk som har selvstendig og forskjellig meningsinnhold.

5.3 Vektlegging av «fjernsynssignaler»

Legger man så den uklare begrepsbruken litt til side og forsøker å se forbi denne, blir det klart at det også for tingretten er grensen mellom primærsending og videresending som er det sentrale i de to sakene. Det refereres til en rekke rettskilder, nasjonale og internasjonale, i et forsøk på å finne frem til en grensedragnings mellom dem. Med henvisning til Rognstad⁷⁷, slås det i begge dommene fast at for at noe skal være å anse som videresending, må det først foreligge en primærsending, samt at distribusjonen av primærsendingene ikke skal anses som videresending^{78/79}. Så langt er det ingen innvendinger til rettens resonnering.

Dette endrer seg når retten så går over til å drøfte «signalene». Riktignok er det signaler som ligger til grunn for de videresendinger som skjer på de ulike plattformene, men det er først og fremst signalenes innhold – verkene – som er beskyttet. Som en digresjon kan det her nevnes at også kringkasternes fjernsynssignaler er gjenstand for opphavsrettslig beskyttelse, jf. åvl. § 45a, men beskyttelsen av signalene har ikke umiddelbar relevans når det kommer til det opphavsrettslige videresendingsbegrepet. Vernet av signalene oppstår hos kringkastingsforetaket, beskytter de programmer som produseres der, og gjelder uavhengig av sendingenes innhold⁸⁰. Signalene har slik opphavsrettslig vern, men når det gjelder spørsmål om videresending, er det vernet av innholdet og ikke signalene som er det sentrale.

Når distributørens distribusjon til allmennheten eventuelt anses som videresending, er ikke det fordi det forut for dette har skjedd en overføring av signaler fra kringkasteren til distributøren. Overføringen av signaler, i RiksTV-saken kalt «direkte kontribusjon» fordi den er lukket og ikke mulig for noen å få tilgang til, har ikke karakter av å være kringkasting.

⁷⁷ Rognstad, op.cit., s. 281

⁷⁸ Oslo tingretts dom av 30. mai 2013, s. 19

⁷⁹ Oslo tingretts dom av 31. desember 2014, s. 11

⁸⁰ Rettsdata (v/ Thomas Rieber-Mohn) note 95 til åvl. § 45a

Signaloverføringen er verken ment eller egnet til å ses eller høres direkte og samtidig av allmennheten, jf. kringkl. § 1-1 første ledd litra a. Følgelig skal overføringen heller ikke anses som primærsending, da en primærsending først foreligger når det skjer en overføring til allmennheten, jf. også Schönning⁸¹. Dersom distributørens distribusjon skal anses som videresending, må dette begrunnes på annen måte, nemlig ved at de aktuelle verkene samtidig har blitt tilgjengeliggjort på annen måte, for eksempel over satellitt eller i kabelnett.

I sin videre drøftelse av RiksTVs distribusjon, uttaler tingretten:

«[...] dersom det aktuelle signalet som sendes ut ikke tidligere er tilgjengeliggjort for allmennheten, dreier det seg om kringkasting, og ikke videresending»⁸².

Også i Get-saken kommer tingretten med en helt likelydende uttalelse⁸³. Retten gjør etter min mening feil når den legger vekt på at signalene som distributøren mottar fra kringkasteren ikke har vært gjort tilgjengelig for allmennheten. Dette er ikke avgjørende. Det som er avgjørende er hvorvidt signalenes innhold – de opphavsrettslig beskyttede verkene – er gjenstand for en ny utnyttelse, en ny tilgjengeliggjøring. Jeg finner støtte for dette synet hos Foged⁸⁴ (min understreking):

«It is, however, not a requirement that the signal that is being retransmitted (by cable/wire or wirelessly) technically is the same signal that is used for the primary transmission. But the signal content must be the same [...]»

Foged viser også til de forklarende noter som ble gitt i forbindelse med arbeidet med den danske opphavsrettsloven i 1996, hvor følgende passus står (Fogeds oversettelse)⁸⁵:

«Otherwise it is not important in which way the signal that is used for the retransmission is received. In most cases the signal is received wirelessly, but retransmission of radio

⁸¹ Schönning, op.cit., s. 349

⁸² Oslo tingretts dom av 30. mai 2013, s. 21

⁸³ Oslo tingretts dom av 31. desember 2014, s. 13

⁸⁴ Foged, op.cit., s. 11

⁸⁵ ibid, s. 12

and television broadcasts that takes place via a closed long-distance installation, e.g. long-distance cable or radio link, will also be covered by the extended collective licence, provided that the broadcast in question is simultaneously broadcast wirelessly to the public in this country or elsewhere.»

Retten synes å være av den oppfatning at fordi signaloverføringen fra kringkasteren til distributøren, i dette tilfellet RiksTV og Get, ikke skal anses som primærsending, vil distributørens tilgjengeliggjøring automatisk være å anse som primærsending. En slik oppfatning må møtes med et kritisk blikk, for rettslig sett er det irrelevant hvordan distributøren mottar signalene fra kringkaster. Verken Bernkonvensjonen eller SatCab-direktivet⁸⁶ gir uttrykk for noe krav om at signalet som benyttes til videresending må stamme fra primærsendingen.

At det er utnyttelsen av verkene som er det sentrale, kommer til uttrykk gjennom ordlyden i flere sentrale rettskilder. Åndsverkloven § 34 første ledd taler om «*Verk* som lovlig inngår i kringkastingssending», mens Bernkonvensjonen art. 11bis (1) ii taler om «... overføring til allmennheten [...] av *radiosendte verk*». Det som vil avgjøre hvorvidt distributørens tilgjengeliggjøring er primærsending eller videresending – det opphavsrettslig relevante spørsmålet – er om det skjer en ny utnyttelse av verkene som inngår i kringkastingssendingen. Uten disse verkene vil det ikke foreligge noen kringkastingssending i det hele tatt, og problemstillingen vil ikke lenger ha noen aktualitet.

En måte å forstå tingrettens argumentasjon på, kan være at signalet som overføres fra kringkasteren til distributøren er uløselig knyttet til innholdet. På denne måten vil signalet aldri kunne skilles fra dette innholdet, og en tilgjengeliggjøring av signalet vil alltid innebære en tilgjengeliggjøring av verkene. Jeg ser likevel to problemer ved en denne argumentasjonen. For det første har man tilfeller hvor det samme signalet overføres samtidig til ulike distributører. Når signalet mottas av distributøren, vil det ikke på det tidspunkt være tilgjengeliggjort for allmennheten. Tilgjengeliggjøringen av signalet skjer når dette distribueres ut i nettet. Det vil da være det samme innholdet som gjøres tilgjengelig. Hva som utgjør primærsendingen kan her ikke avgjøres på grunnlag av de signaler som er overført til

⁸⁶ Rdir 93/83/EØF: «Satellitt- og kabeldirektivet»

distributøren. Dette vil medføre at all samtidig tilgjengeliggjøring må anses som primærsending, uavhengig av hvorvidt utnyttelsen er klarert med rettighetshaver eller ikke. Retten konkluderer med at det ikke er noen forutgående primærsending. Dette er slik jeg ser det ikke avgjørende. Det som er avgjørende, er om det finnes en samtidig primærsending, jf. vilkåret om «samtidig og uendret videresending» i åndsverkloven § 34. Hva som utgjør primærsendingen, må avgjøres ut fra hva som er avtalt med rettighetshaverne i det konkrete tilfelle, jf. over i punkt 4.3.1.1.

Et annet problem som kan oppstå ved å vektlegge en tilgjengeliggjøring av signalene, er hvis en kringkaster sender ulike signaler til sine distributører. Signalene vil her være ulike, men innholdet i disse er det samme. Om det da skal være avgjørende hvorvidt signalet er tilgjengeliggjort eller ikke, vil ingen av disse tre distributørenes (samtidige) tilgjengeliggjøringer kunne anses som videresending. Det til tross for at det her helt klart foreligger tre separate utnyttelser av de samme verkene, og hvor kanskje bare én av disse er klarert med rettighetshaverne. Legges tingrettens løsning til grunn, vil det kunne bli enkelt å omgå systemet med videresending av verk.

5.4 Bernkonvensjonen artikkel 11bis

Et av vilkårene for at det skal kunne anses å skje en ny utnyttelse av verkene, er at utnyttelsen skjer ved en annen organisasjon enn den opprinnelige kringkaster. Dette vilkåret fremgår av Bernkonvensjonen art. 11bis. Tingretten vurderer i begge saker åndsverkloven § 34 og dens forankring i Bernkonvensjonens art. 11bis. Når det gjelder vilkåret om at utnyttelsen skjer ved en annen organisasjon enn den opprinnelige kringkaster, kommer imidlertid tingretten med noen oppsiktsvekkende formuleringer. I RiksTV-saken uttaler tingretten avslutningsvis⁸⁷[min tilføyelse]:

«Rettens vurdering er at det ved grensedragningen av hva som er kringkasting og hva som er videresending [i] opphavsrettslig forstand ikke kan legges avgjørende vekt på at distribusjonen foretas av et annet selskap enn kringkastingsselskapet. Etter det retten har fått opplyst skjer i dag all distribusjon ved hjelp av eksterne distributører.»

⁸⁷ Oslo tingretts dom av 30. mai 2013, s. 25

I Get-saken går tingretten enda lenger i å fjerne seg fra kriteriene i Bernkonvensjonen [mine endringer]⁸⁸.

«Retten legger til grunn at det ved avgjørelsen av hva som er kringkasting og hva som er videresending ikke kan legges avgjørende vekt på at distribusjonen skjer via et annet selskap enn opprinnelig kringkaster. Retten viser til at i dag så skjer omtrent all distribusjon av fjernsynssendinger [...] ved uavhengige distributører. Dette gjelder både ved kringkasting og ved videresending. Retten anser derfor dette kriteriet i Bernkonvensjonen som mindre egnet til å avgjøre om en utsendelse er videresending. Dette da det i realiteten ville innebære at nesten all distribusjon av fjernsynssendinger ble ansett som videresending og at det da ikke lenger foregikk noen kringkasting. [...] Det er således andre kriterier som må benyttes for å avgjøre om en sending er å anse som primærutsending/kringkasting eller sekundær utnyttelse.»

Retten velger altså i begge sakene å bevege seg bort fra vilkårene i Bernkonvensjonen, og velger i stedet å vektlegge reelle hensyn. Formuleringene her kan tyde på at tingretten ikke full ut har forstått de faktiske omstendigheter i fjernsynsmarkedet. Nesten all distribusjon skjer ved uavhengige distributører. Det er likevel stor forskjell på når en distributør må anses for å være en del av kringkasterens egen distribusjon og når distributøren opptrer helt uavhengig av kringkasteren, med egne økonomiske interesser for øye. Tingretten henviste i Get-saken selv til Peter Schönning⁸⁹, hvor den danske advokaten siteres på følgende [mine endringer]:

«[...] hvis en viderespredning kan anses for at være ledd i distributionen af selve radio/tv-udsendelsen, er der ikke tale om en ny offentlig fremførelse, selv om viderespredningen foranstalles af et annet selskab end broadcasteren selv.»

Når en distribusjon inkluderes som en del av kringkasterens primære utsendelse, anses ikke denne distribusjonen som foretatt ved en annen organisasjon enn den opprinnelige kringkasteren, selv om den rent faktisk er det. Distribusjonen har her karakter av å være tilrettelegging av fysiske fasiliteter, og utgjør juridisk sett ikke noen opphavsrettslig relevant

⁸⁸ Oslo tingretts dom av 31. desember 2014, s. 12

⁸⁹ ibid

handling ut over kringkasterens utnyttelse. Dette stiller seg annerledes i situasjoner hvor distributøren som ledd i en kommersiell virksomhet, i stedet distribuerer til egne abonnenter. Her har mottakerne sitt kundeforhold knyttet til distributøren, noe som gjør at det ikke lenger kan sies å dreie seg om tilrettelegging av fasiliteter. I stedet er dette en opphavsrettslig relevant handling, hvor distributøren foretar en ny utnyttelse av åndsverk, som må klareres med rettighetshaverne.

Til Schønnings uttalelse kan man føye til at det samme vil gjelde der hvor kringkasteren har klarert for distributørens videresending. Heller ikke da vil distribusjonen kunne anses som en ny utnyttelse, ny i betydningen at den ikke er klarert med rettighetshaverne. Motsetningsvis må man her kunne si at dersom en viderespredning ikke kan anses for å være ledd i kringkasterens distribusjon av fjernsynssendingen, eller ikke er omfattet av kringkasterens klarering med rettighetshaver, er det tale om en ny utnyttelse, en ny offentlig fremføring.

5.5 Betydningen av distribusjonsavtaler

Tidligere⁹⁰ har det blitt vist til at svaret på om noe er primærsending eller videresending må søkes i de avtaler kringkasteren har inngått med rettighetshaverne. At avtalen med rettighetshaverne måtte være bestemmende, ble også anført av Norwaco i begge de to sakene. Tingretten var imidlertid ikke enig i dette, men viste i stedet til at distribusjonsavtalene mellom kringkasterne og distributørene må gis relevans for vurderingen. I RiksTV-saken kom retten med følgende uttalelse [mine endringer] (min understreking):

«Saksøkte har anført at avtale mellom kringkasterne og RiksTV ikke er avgjørende for hvorvidt det er tale om kringkasting eller videresending, men at avtalen som inngås med rettighetshaverne er bestemmende. Retten kan ikke se at dette følger av loven. [...] Retten mener at distribusjonsavtalen som kringkasterselskapene har inngått med RiksTV er en relevant for vurderingen av om RiksTVs distribusjon er kringkasting eller videresending. [...] Det fremgår av distribusjonsavtalene at kringkasterselskapet anser RiksTVs distribusjonen i det digitale bakkenettet som kringkasting.»⁹¹

⁹⁰ Jf. pkt. 4.3.1.1

⁹¹ Oslo tingretts dom av 30. mai 2013, s. 24-25

I Get-saken tok tingretten et lignende standpunkt [min endring] (min understreking):

«Retten anser det videre relevant å se hen til den avtale som Get og TVNorge har inngått og som regulerer den praktiske gjennomføringen og organiseringen av utsendelsen. Dette for å vurdere om det foreligger kringkasting eller videresending.

[...]

Det følger av avtalen at både TVNorge og Get anser Gets utsendelse som ledd i kringkasters egen utnyttelse og at TVNorge har påtatt seg klareringsansvar overfor rettighetshaverne.»⁹²

Etter tingrettens syn i de to sakene er det avgjørende at det mellom kringkasteren og distributøren er enighet om at distribusjonen skal anses som primærsending. Kringkasteren har ut fra denne forståelsen påtatt seg klareringsansvar overfor rettighetshaverne. Jeg er av den oppfatning at dersom dette syn legges til grunn, vil dette bidra sterkt til å undergrave hele avtalelisensordningen, som vil stå i fare for å bli illusorisk. Ordningen med rettighetsklarering gjennom avtalelisens er nettopp ment å skulle fange opp tilfeller som dette, hvor det skjer en ikke-klarert utnyttelse av opphavsrettigheter. Når tingretten så vektlegger at det på avtalegrunnlag, ved ikke-klarert utnyttelse av åndsverk, er kringkasterens ansvar å klarere rettighetene bakover, tar dette vekk hele grunnlaget for avtalelisensordningen. Tingrettens løsning vil ikke bare hindre anvendelsen av avtalelisensordningen, men den vil også kunne åpne for at distributører kan foreta kommersiell utnyttelse av åndsverk, uten selv å måtte stå ansvarlige for denne utnyttelsen overfor rettighetshaverne. Ved å vektlegge avtaler mellom kringkasterer og distributører, og gi disse virkning også for en tredjepart (rettighetshaverne), åpnes det for at partene kan avtale seg vekk fra et lovbestemt system for hvordan rettighetsutnyttelse skal klareres. Dette strider mot så vel avtalerettslige som opphavsrettslige grunnsetninger.

Det må ikke være tvil om det avtalerettslige utgangspunktet her, nemlig at partene, kringkasterne og distributørene, står fritt til å avtale hvem som i forholdet mellom dem skal bære ansvaret for å klarere rettighetene. Dette er ofte en del av avtalestrukturen i

⁹² Oslo tingretts dom av 31. desember 2014, s. 16

fjernsynsmarkedet, hvor kringkasteren påtar seg å klarere rettighetene med rettighetshaverne. Tanken er gjerne at kringkasteren så kan kreve et større vederlag fra distributøren for å gi tillatelse til å distribuere dennes kanaler i sine nett. Slike avtaler er utvilsomt både vanlige og lovlige. Mer problematisk er det når tingretten gir avtalene bindende virkning også for en utenforstående tredjepart. I realiteten er det dette som gjøres når tingretten gir avtalen relevans for vurderingen av om distribusjonen er primærsending eller videresending. Om noe er primærsending eller videresending er et spørsmål med kontaktflate til rettighetshaverne, og kan ikke avgjøres ut fra en avtale mellom to andre parter. Hva disse måtte mene om fjernsynssendingens karakter, er således irrelevant. Det er forholdet til rettighetshaverne og hvilken klarering som er foretatt overfor disse som er avgjørende.

Om innholdet i avtalene mellom kringkaster og rettighetshaverne (om klarering), fremholder tingretten (i Get-saken) at dette er «et lite egnet kriterium for et lovtolkningsspørsmål»⁹³. Dette fordi rettsregelen i åndsverkloven § 34 krever forutberegnelighet. At det å legge innholdet i disse avtalene ikke vil kunne skape forutberegnelighet, er i beste fall en sannhet med store modifikasjoner. Etter min mening er det nettopp denne løsningen som vil skape den beste forutberegneligheten. Er det i disse avtalene ikke klarert for distribusjon på en bestemt måte, må dette klareres med Norwaco som videresending, såfremt vilkårene her er oppfylt. Ved tvil om innholdet i disse avtalene, må spesialitetsprinsippet legges til grunn, det vil si at kringkaster har bevisbyrden for at noe er avtalt. Ved å vektlegge innholdet i avtalene med rettighetshaverne, skapes det forutberegnelighet gjennom at kringkasteren får et incentiv til å inngå tydelige avtaler, avtaler hvor det klart fremgår hva som er klarert eller ikke. Ved å legge en slik tolkning til grunn, oppnås forutberegnelighet for alle parter. Rettighetshaveren og kringkasteren får forutberegnelighet gjennom å vite at det er avtalen dem imellom som gjelder. Distributøren gis forutberegnelighet gjennom at dersom noe ikke er tydelig klarert mellom kringkaster og rettighetshaverne, så må hans distribusjon klareres på nytt, men da som videresending gjennom avtalelisensordningen.

Velger man i stedet tingrettens løsning, og lar innholdet i avtalene mellom kringkaster og distributør være avgjørende, skaper dette mindre forutberegnelighet og forutsigbarhet i markedet. I første rekke gjelder dette for rettighetshaverne, som må inngå avtaler med

⁹³ *ibid.*, s. 22-23

kringkasterne uten å vite hvordan disse til syvende og sist ønsker å utnytte rettighetene. Dette vil kunne vanskeliggjøre deres posisjon når det kommer til krav om vederlag og omfang av samtykke. Det vil også gi fritt spillerom for kringkastere og distributører til å inngå avtaler nær sagt om hva som helst, fordi man kan gå tilbake og klarere med rettighetshaverne i etterkant. En etterskuddsvis klarering må kunne karakteriseres som selve motstykket til forutberegnelighet, og det er overraskende at tingretten gjennom sin argumentasjon ser ut til å ønske denne løsningen velkommen. Denne løsningen vil også stille distributørene helt fritt i forholdet til rettighetshaverne, til tross for at disse utvilsomt (og uomtvistet) står for en utnyttelse av deres verk med egne kommersielle interesser for øye. Alene av denne grunn viser tingrettens løsning svakheter, ved at den langt på vei gjør distributøren ansvarsfri i forholdet til rettighetshaver.

5.6 Ikke-klarerte rettigheter

Dersom distribusjonsselskapet tilgjengeliggjør innhold etter avtale med en kringkaster, blir spørsmålet hvem som har ansvaret for at alle rettigheter er klarert. Hva blir status hvis man befinner seg i en situasjon hvor det finnes rettigheter og innhold som ikke har blitt klarert med rettighetshaverne? Hvem skal rettighetshaverne forholde seg til dersom de mener at innhold ikke er klarert? Dette var tilfelle i RiksTV-saken, hvor tingretten uttalte (min understreking)⁹⁴:

«Bevisførselen har likevel avdekket at det er rettigheter som ikke er klarert med rettighetshaverne. Mangler ved rettighetsklarering er kringkasters ansvar. Manglene må repareres mellom kringkaster og rettighetshaver. Norwaco klarerer kun rettigheter til videresending. Retten kan ikke se at mangler ved kringkasters rettighetsklarering kan lede til at distribusjonen i bakkenettet anses som videresending.»

Også i saken mellom Get og Norwaco kom tingretten til at det var rettigheter som ikke var klarert av Get⁹⁵ (min understreking):

«Etter bevisførselen legger retten til grunn at det er rettigheter som ikke er klarert av kringkaster. Slik retten ser det er det avgjørende uansett om de grunnbetingelser som følger av Bernkonvensjonen er oppfylt, og ikke om rettighetene er klarert bakover.»

⁹⁴ Oslo tingretts dom av 30. mai 2013, s. 25

⁹⁵ Oslo tingretts dom av 31. desember 2014, s. 18

For det første må det sies at tingrettens argumentasjon, spesielt ved uttalelsen i Get-saken, er uklar. Fra først å tone helt ned Bernkonvensjonens betydning for om man har med videresending å gjøre eller ikke (jf. pkt. 7.1.5), gjør tingretten et sprang til at det er nettopp disse grunnbetingelsene som skal være avgjørende. I det hele tatt er det lite sammenheng å spore i tingrettens argumentasjon, den fremstår således som lite helhetlig.

Om man så står overfor en situasjon med rettigheter som ikke har blitt klarert, kan dette tenkes å få flere følger. For det første vil man ha en situasjon hvor det foreligger vanhjemmel mellom kringkaster og distributør. Kringkaster har ved avtale påtatt seg å klarere rettigheter, men dette har ikke blitt gjort. Det foreligger altså et klart avtalebrudd mellom partene, men opphavsrettslig relevant er dette likevel ikke.

Mer interessant er det å se på hva som blir følgen for rettighetshaverne. Tingrettens slutninger fortjener et kritisk blikk. For det første erklærer tingretten i RiksTV-saken at disse manglene er kringkasters ansvar, og at de må repareres mellom kringkaster og rettighetshaver. Samtidig slår tingretten fast at mangler ved kringkasters klarering ikke kan lede til at distributørens utnyttelse skal anses som videresending. Det er på det rene og uomtvistet av partene i de to sakene, at kringkaster *kan* klare rettighetene. Spørsmålet som må stilles er imidlertid hva som skal skje når dette ikke blir gjort.

Dersom kringkasteren samtidig distribueres på annen måte, enten gjennom avtale med en annen distributør eller gjennom avtale med infrastrukturaktør om kjøp/leie av kapasitet for tilgjengeliggjøring, vil det foreligge en primærsending. Primærsendingen er klarert av kringkaster. Distributøren, hvis utnyttelse ikke er omfattet av kringkasterens klarering, vil i dette eksempelet stå for en ikke-klarert utnyttelse av verkene – en videresending. Det er distributøren som foretar den opphavsrettslig relevante handlingen. Det er denne handlingen som må klareres, og det må være det klare utgangspunkt at dette er distributørens eget ansvar. Dette må også kunne sies å følge av ordlyden i åndsverkloven § 34, som taler om «den som videresender». Det er distributøren som videresender. Avtalelisensordningen bidrar med et enkelt system for klarering av rettigheter, et system som etter min mening bør benyttes uten å unødige komplisere partsforholdene.

Dersom kringkasteren ikke samtidig distribueres på annen måte, vil saken stille seg annerledes. Det vil ikke foreligge noen primærsending, og distributørens utnyttelse vil være den primære. Problemet er likevel, på samme måte som ved videresending, at utnyttelsen ikke er klarert. I og med at det, i mangel av en primærsending, ikke er tale om videresending, vil utnyttelsen ikke rammes av avtalelisensbestemmelsen i åndsverkloven § 34. Det vil i stedet dreie seg om en primær utnyttelse, som krever samtykke fra rettighetshaverne, jf. eneretten i åndsverkloven § 2. Det er den som står for utnyttelsen som har ansvaret for å innhente slik samtykke, her distributøren.

5.7 Oppsummering

Om man så avslutningsvis holder de to tingrettsdommene opp mot hverandre, ser man at det gjennomgående er de samme momenter som ligger til grunn for rettens slutning i begge saker. Med tanke på at sakene ikke ligger langt fra hverandre i tid, er dette ikke veldig overraskende. Faktum i de to sakene har flere likheter, hvilket gjør at anførslene og argumentene i sakene ikke skiller seg fra hverandre i så veldig stor grad.

Overordnet kan man likevel spore en anelse større tvil knyttet til problemstillingen i den ferskeste av de to sakene, nemlig Get-saken. I saken mellom RiksTV og Norwaco, som er den saken som stod først for Oslo tingrett, synes retten å være lite i tvil om slutningen. Uten å lese for mye mellom linjene, synes det som om retten her i større grad ser sin slutning som en naturlig og lite tvilsom følge av rettskildene.

Da er situasjonen en litt annen i Get-saken, hvor retten eksplisitt uttrykker sin tvil ved flere anledninger. Blant annet gjelder dette tapende part Norwacos anførsel om at TVNorges primærsending skjer over satellitt⁹⁶. Retten uttrykker også tvil om hvordan den skal vektlegge manglende klarering ved vurderingen av om det foreligger videresending⁹⁷. I begge tilfeller ser retten forbi denne tvilen når det kommer til slutningen, men gjennom anerkjennelsen av at det er flere tvilsomme spørsmål, viser retten en større grad av tilbøyelighet til å akseptere at det finnes legitime argumenter også til fordel for Norwacos syn. Begge saker har blitt anket av Norwaco og ankebehandlingen skal etter planen gå for lagmannsretten senere i år.

⁹⁶ Oslo tingretts dom av 31. desember 2014, s. 18

⁹⁷ *ibid.*, s. 17

Jeg er kritisk både til måten tingretten har anvendt sentrale begreper på og de argumenter tingretten har brukt for å underbygge sin konklusjon. Ut over dette kan jeg ikke uttale meg om selve konklusjonene i dommene, da jeg ikke har hatt innsyn i sakenes øvrige dokumenter og bevisførsel, herunder de inngåtte avtaler om rettighetsklarering.

6 Avslutning

6.1 Konklusjon

Drøftelsen i denne oppgaven er basert på min tolkning av begreper og rettskilder. Å påpeke svakheter i andres argumentasjon vil alltid innebære risiko, fordi man sjelden klarer å se egne argumenter med samme kritiske blikk. Jeg er langt på vei enig med tingretten i hvilke rettskilder som skal være sentrale, men jeg er uenig med tingretten angående måten disse rettskildene tolkes og vektlegges på. De to aktuelle tingrettsdommene kunne vært med på å avklare rettstilstanden, men har i stedet gjort rettsbildet mer uoversiktlig. Først og fremst gjelder dette den begrepsbruken tingretten har benyttet seg av, som etter min mening er med på å komplisere de viktige spørsmålene om klarering av rettigheter ytterligere. Begrepsapparatet som er benyttet i denne oppgaven er tydeligere og mindre egnet til å skape misforståelser, og er derfor også bedre til å belyse de sentrale spørsmålene.

Hvordan et verk kan utnyttes, må avgjøres på bakgrunn av de avtaler som er inngått med rettighetshaverne. I fjernsynsmarkedet er det vanlig at kringkastere påtar seg ansvar for å klarere distributørens utnyttelse av verk. Hvis distributørens utnyttelse ikke har blitt klarert i avtalen mellom kringkaster og rettighetshavere, vil den representere en (ikke-klarert) videresending. Slik videresending faller inn under avtalelisensen i åndsverklovens § 34 og må klareres. Avtalen mellom en kringkaster og en distributør om klareringsansvar, kan etter alminnelige avtalerettslige prinsipper ikke gis relevans for spørsmålet om hvem som skal klarere rettighetene når det foreligger en ikke-klarert videresending, da dette vil innebære å gi avtalen bindende virkning for en tredjepart. Selve utnyttelsen av verkene er en sak mellom rettighetshaverne og den som står for den kommersielle utnyttelsen (distributøren). Det er derfor distributøren selv som skal klarere denne.

Når det gjelder selve tilgjengeliggjøringen, er det utnyttelsen av verkene som er det sentrale for vurderingen. Oslo tingrett har i sine to avgjørelser vektlagt fjernsynssignalene, og hvorvidt disse har vært gjort tilgjengelige for allmennheten forut for distributørens utnyttelse eller ikke. Dette er irrelevant for den rettslige vurderingen. Det avgjørende er i stedet om det foreligger en ny (ikke-klarert) utnyttelse av de opphavsrettslig beskyttede verkene. Svaret må søkes i de faktiske omstendigheter og i de avtaler som er inngått med rettighetshaverne.

Lovgivningen gir ingen grenser for avtaleinngåelsen om klarering. Partene står fritt til å inngå avtaler av ulikt omfang. Det er ingenting i veien for at en kringkaster *kan* klarere på vegne av en tredjepart, så lenge dette går klart frem av avtalen med rettighetshaverne. Dersom det er usikkert hvor langt det blitt klarert, vil spesialitetsprinsippet i åndsverkloven § 39 komme til anvendelse. Prinsippet presiserer at uklare avtaler skal tolkes restriktivt i favør av rettighetshaverne. Uklarheter i avtaler vil gå ut over den som skal klarere, ved at innholdet anses som ikke klarert. Innholdet kan dermed ikke utnyttes uten at det foreligger en ny klarering.

Avslutningsvis skal det fremheves at ved å vektlegge avtalene med rettighetshaverne, oppnås god forutberegnelighet. For det første ved at det oppfordres til å inngå tydelige avtaler om klarering og for det andre ved at man relativt enkelt kan slå fast om noe er klarert eller ikke. Står man overfor ikke-klarert videresending, kan dette enkelt klareres på nytt gjennom avtalelisensbestemmelsen i åndsverkloven § 34.

6.2 Veien videre 1: Omkamp i domstolene

Som tidligere nevnt har begge de to sakene som har stått sentralt i denne oppgavens drøftelse, blitt anket og skal opp til ny behandling i lagmannsretten om ikke lenge. Under tingrettens behandling har det vært stor avstand mellom partene, og det er en rimelig antagelse at dette vil vedvare når lagmannsretten skal vurdere ankesakene. Sakene bærer i seg potensielt store økonomiske interesser, hvilket kan tale for at de, uavhengig av utfall i ankesakene, vil bli tatt enda videre fra behandlingen i lagmannsretten og bli gjenstand for behandling i Høyesterett. Ved siden av de økonomiske interessene, dreier det seg om uavklarte rettsspørsmål, hvor en avklaring vil ha betydning utover de konkrete sakene. Prosessrettslig synes sakene å være egnet for behandling av Høyesterett, som gjennom en slik behandling rettskraftig kan fastslå de lege lata. Inntil da skal det bli spennende å følge sakenes ankebehandling, spesielt hvordan de øvrige rettsinstanser velger å forholde seg til sentrale begreper og rettskilder.

6.3 Veien videre 2: utfordringer i et nytt teknologisk landskap

Med de stadige endringene man er vitne til i fjernsynsmarkedet, er det mye som taler for at vilkåret om at en videresending skal være samtidig og uendret, vil bli utfordret på nye og flere fronter i tiden som kommer. Spesielt gjelder dette bestillingstjenestene, som i de senere år har

blitt en svært viktig måte å formidle fjernsynsinnhold på. I stadig økende grad legges det opp til at sluttbrukeren skal kunne få tilgang til fjernsynsinnholdet når han vil (og hvor han vil).

Den økte tilretteleggingen for «on-demand»-tilgang utfordrer vilkårene om samtidig og uendret videresending, ved at det både kan stilles spørsmål om en slik tilgjengeliggjøring er samtidig, og videre om den er uendret. Vilåret om samtidighet utfordres ved at tidspunktet for når sluttbrukeren får tilgang til innholdet, bestemmes av sluttbrukeren selv. Er det da det tidspunktet hvor kringkasteren/distributøren muliggjør en tilgang til verkene som skal være avgjørende (når sluttbrukeren tidligst kan få tilgang til verket), eller er det det tidspunkt hvor sluttbrukeren rent faktisk foretar sin utnyttelse?

Vilåret om at videresendingen skal være uendret, utfordres ved at sluttbrukeren gis muligheten til å velge ut de individuelle programmer han ønsker å se. Sluttbrukeren presenteres ikke lenger for en hel og sammenhengende programflate, men kan selv velge ut det han ønsker å få tilgang til. Innebærer dette en endret eller uendret form for videresending? Er det i det hele tatt videresending, eller skjer det en ny og uavhengig utnyttelse? Svaret er ikke gitt, men det som er sikkert er at det må skje en klarering av rettigheter. Usikkerheten vil knytte seg til hvordan dette skal gjøres.

Det er samtidig en sterk fremvekt av tjenester som gir brukeren tilgang til innhold på forskjellige måter. Eksempler på dette kan være ulike verktøy eller applikasjoner på mobil, nettbrett og smart-tv-er, hvor brukeren gis tilgang til ulike portaler med opphavsrettslig beskyttet innhold. Er det videresending når disse applikasjonene gir brukeren tilgang til innholdet? Hva hvis applikasjonen er gratis og slik sett kun tilrettelegger for brukerens utnyttelse, uten å ha noe kommersielt kundeforhold til brukeren? Dette er eksempler på spørsmål og utfordringer som akkurat nå er i startfasen, men som raskt vil kunne utfordre opphavsretten og dens institusjoner. Dagens lovgivningen gir ikke klare svar på spørsmålene, og lovgiver må følge med på utviklingen for å unngå at det oppstår et uønsket rettslig etterslep.

7 Litteraturliste

7.1 Norske lover

- 1961 Lov 12 mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. (Åndsverkloven)
1992 Lov 12 april 1992 nr. 127 om kringkasting og audiovisuelle bestillingstjenester (Kringkastingsloven)

7.2 Utenlandske lover

- Ophavsretsloven: Danmark, LBK nr. 202 af 27/2/2010 Lov om ophavsret
Upphovsrättslagen: Sverige, Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

7.3 Rettsavgjørelser

Høyesterettsavgjørelser:

- Rt. 1962 s. 964 (sitert fra Lovdata.no)
Rt. 2007 s. 1329 (sitert fra Lovdata.no)

Tingrettsavgjørelser:

- Oslo tingretts dom av 30. mai 2013. **12-190456TVI-OTIR/05**
Oslo tingretts dom av 31. desember 2013. **12-190456TVI-OTIR/05**

7.4 Nemndsavgjørelser

- Kabeltvistnemnda 2008 sak nr. 1
Kabeltvistnemnda 2010 sak nr. 3

7.5 Forarbeider

Norsk offentlig utredning (NOU 1984:25): Nabolandfjernsyn i kabel. Videre sending av utenlandske radio- og fjernsynsprogram i kabel m.v. i Norge

- Ot.prp. nr. 26 (1959-1960): Om lov om opphavsrett til åndsverk.
Ot.prp. nr. 80 (1984-1985): Om nabolands fjernsyn i kabel.

- Ot.prp. nr. 15 (1994-1995): Om lov om endringer i åndsverkloven med mer
- Ot.prp. nr. 81 (2003-2004): Om lov om endringer i lov 13. juni 1997 nr. 53 om tilsyn med erverv i dagspresse og kringkasting
- Ot.prp. nr. 46 (2004-2005): Om lov om endringer i åndsverkloven mm

7.6 Internasjonale rettskilder

- Bernkonvensjonen *Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verker, 1886, sist endret Paris i 1971.*
http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698
- Satellitt- og kabeldirektivet Rådskonklusjon 93/83/EØF av 27. september 1993 om samordning av visse bestemmelser om opphavsrett og nærstående rettigheter som får anvendelse på satellittkringkasting og videresending via kabel. <http://europol.no/rettsakt/satellitt-og-kabeldirektivet-om-opphavsrett-og-naerstaende-rettigheter/id-3550>
- TRIPS-avtalen Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. Marrakesh 1994.
http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm
- WCT WIPO Copyright Treaty. Geneve 1996.
http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295166
- WCT Agreed Statements Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty». 1996. http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295456
- WIPO Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris act, 1971)». Geneve 1978.
[ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipopublications/wipo_public_615\(e\).pdf](ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipopublications/wipo_public_615(e).pdf)

7.7 Litteratur

Bøker:

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utgave (ved Jan Helgesen), Oslo 2001

Knoph, Ragnar. *Oversikt over Norges rett*. 13. utgave, Oslo 2009

Knoph, Ragnar. *Åndsretten*. 1. utgave, Oslo 1936

Rognstad, Ole Andreas (i samarbeid med Birger Stuevold Lassen). *Opphavsrett*. Oslo, 2009

Schønning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*. 4. utgave, København 2008

Artikler

Foged, Terese. *DTT Primary Transmission and Retransmission - Copyright Challenges*. 2009. http://www.ubod.dk/fileadmin/user_upload/ubo/articles/TF_article.pdf, innhentet 13.01.2014

Hugenholtz, P. Bernt. *SatCab Revisited: The past, present and future of the satellite and cable directive*. 2012. <http://ssrn.com/abstract=2129782>, innhentet 13.01.2014

Kind, Hans Jarle/Schjelderup, Guttorm/Sørgard, Lars. *Eksklusivitet i TV-markedet*. Notat skrevet på oppdrag fra Konkurransetilsynet. Bergen, 2008.

<http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/428936/EKSKLUSIVITET%20I%20TV-MARKEDET.PDF>

Konkurransetilsynet. Rapport: *Konkurransen i Norge*. Bergen, 2009.

<http://www.konkurransetilsynet.no/no/Publikasjoner/Skriftserien/Konkurransen-i-Norge/>

Medietilsynet. *Utredning om muligheten for individuelt abonnentvalg i kringkastings- og kabelnett*. Fredrikstad, 2008.

http://www.medietilsynet.no/Documents/Aktuelt/Nyhetsarkiv/Utredning_abonmentvalg.pdf

Post- og teletilsynet. *Analyse av grossistmarkedet for overføringstjenester for kringkasting, for levering av kringkastingsinnhold til sluttbruker*. 2006.

http://www.npt.no/marked/markedsregulering-smp/historiske-markeder/tidligere-marked-18/_attachment/2770?_ts=139f797f5e0

Pöyry. *Faktisk analyse – vertikal integrasjon i mediemarkedet. Utarbeidet for en ekspertgruppe oppnevnt av Kulturdepartementet.* Oslo, 2011.

http://www.regjeringen.no/upload/KUD/Styrer_raad_utvalg/Medieavdelingen/R-2011-054-CBA-Vertikal_integrasjon_i_mediemarkedet.pdf

Rognstad, Ole-Andreas. *Avtalelisenser.* 2004. Publisert i Nordiskt immateriellt rättsskydd, nr. 2 år 2004, s. 151 - (NIR-2004-151). (Hentet fra Lovdata.)

<http://lovdata.no/pro/#document/JUS/rognstad-oa-2004-02?searchResultContext=1043>

Schønning, Peter. *Det ophavsrettlige viderespredningsbegreb.* (2008) U.2008B.347. Mottatt i personlig meddelelse fra forfatter på e-post 22. februar 2014.

Også: <https://jura.karnovgroup.dk/document/7000386241/1?versid=37-1-1998>

Sønneland, Helge. *Nabolands-tv. En innføring i landskapet.* 2009.

http://www.nordicom.gu.se/sites/default/files/kapitel-pdf/280_sonneland.pdf

Sønneland, Helge. *TV, mangfold og valgfrihet: Rapport fra en arbeidsgruppe nedsatt av Kulturministeren til å vurdere behovet for ulike tiltak som kan tilrettelegge for og sikre økt valgfrihet og mangfold for TV-seerne.* Oslo, 2011.

http://www.regjeringen.no/upload/KUD/Medier/Rapporter/Arbeidsgruppen_Sonneland_2011_TVmangfold_og_valgfrihet.pdf

7.8 Nettsider

Lovdata. Diverse lovtekster, forarbeider, dommer, artikler. (Innlogget.) <http://www.lovdata.no>

Norges Televisjon (NTV) (2014).

- http://www.ntv.no/om_ntv [sitert 10.03.2014]
- <http://www.ntv.no/Kanaltilbud>. [sitert 10.03.2014]

Norkring (2014). <http://www.norkring.no/tjenester/kringkasting/> [sitert 11.03.2014]

Norwaco (2014). www.norwaco.no

- <http://www.norwaco.no/For-rettighetshavere/Avtalelisens> [sitert 10.02.2014]

- www.norwaco.no/Om-Norwaco/Medlemsorganisasjoner [sitert 10.03.2014]

Rettsdata norsk lovkommentar v/ Thomas Rieber-Mohn, note 95 til åvl. § 45a.

<https://vpn2.uio.no/+CSCO+1h756767633A2F2F6E6F622E6572676766716E676E2E6162++/browse.aspx?sDest=gL19610512z2D2z2EzA745A#gL19610512z2D2z2EzA745>

RiksTV. *Om RiksTV* (2014). <https://www.rikstv.no/om-rikstv/> [sitert 15.03.2014]

TONO (2014). <http://www.tono.no/Om+Tono> [sitert 17.03.2014]

UBO: Union of Broadcasting Organisations. <http://www.ubod.dk/norway/> [sitert 26.03.2014]

7.9 Personlig meddelelse

Nagell, Cathrine. E-post. 3. januar 2014.

Nagell, Cathrine. E-post. 10. februar 2014.