

Det Kongelige Norske Kulturdepartement
Postboks 8030 Dep
N-0030 Oslo

14.11.2016

EU-kommisjonens forslag til modernisering av opphavsretten

Høringssvar fra TONO

Det vises til Kulturdepartementets høringsbrev av 11. oktober 2016. Vi takker for anledningen til å avgi uttalelse om EU-kommisjonens «opphavsrettspakke». Vi legger til grunn at høringsinnspillene vil bli brukt ved utformingen av kulturdepartementets innspill i EFTA-sammenheng og nordiske drøftelser med tanke på fremleggelse av synspunkter i EUs ministerråd.

TONO vil i hovedsak kommentere forslaget til EU-direktiv om opphavsrett i det digitale indre marked ([COM\(2016\) 593](#)) og EU-rådsforordningen om nettoverføringer og videresending av radio- og tv-programmer ([COM\(2016\) 594](#)). TONO vil kun i begrenset grad berøre forslagene til gjennomføring av Marrakech-traktaten.

TONO noterer seg EUs uttalte ønske om å skape en mer rettferdig og kulturelt bærekraftig fremtid for skapere og kunstnere i det indre digitale marked i Europa. TONO støtter derfor forslagene i denne opphavsrettspakken, hvor verdien av opphavsrettslig beskyttet innhold er i fokus, i tillegg til regulering av den lovlige tilgang til, og bruk av, opphavsrettslig beskyttet innhold i onlinetjenester.

TONO vil som utgangspunkt uttrykke en viss optimisme når det gjelder helhetsinntrykket av opphavsrettspakken, og vi vil gi vår støtte til de deler av reguleringen som bidrar til å styrke rettighetshavernes stilling i det viktige digitale markedet.

Det må likevel understrekes at Norge allerede har etablerte ordninger og avtalestrukturer som har vist seg å fungere godt i vårt marked, og som det er viktig for rettighetshaverne å bevare. Derfor er det nødvendig å begrense unntakene i lovgivningen samt sørge for at det ikke åpnes for regulering som skaper ubalanse mellom de relevante parter i dette viktige markedet for skapere og kunstnere.

TONO ønsker spesielt å kommentere de deler av "opphavsrettspakken" hvor reguleringen enten kan virke negativt inn eller slå uheldig ut for våre rettighetshavere på det digitale området.

1. Vedr. betraktninger 38-39 og artikkel 13 i direktivet om opphavsrett ([COM\(2016\) 593](#))

1.1 «Safe Harbour»

Her etterlyser TONO en større klarhet i reguleringen hva gjelder brukernes status og ansvar for beskyttet innhold som lastes opp av brukere på ulike digitale plattformer på nettet. Det er helt avgjørende for opphavere og skapende kunstnere at det også blir etablert et opphavsrettslig ansvar for utbyderne av disse tjenester på nettet. De seneste årene har tilgangen til musikk og beskyttet

innhold på nettet økt drastisk uten at dette har resultert i en tilsvarende økning i vederlag eller betaling til skaperne av dette innhold. Dette er primært fordi de ulike plattformtjenester som tilbyr digitalt innhold på nettet ikke anser seg som juridisk eller økonomisk ansvarlige for det digitale innholdet som legges ut på deres tjenester, som følge av en feil tolkning av e-handelsdirektivets regler om ansvarsfrihet for visse tjenestetilbydere på nettet.

E-handelsdirektivets regler om "safe harbour" ble utformet på slutten av 90-tallet og var aldri ment å skulle gjelde for kommersielle digitale tjenester som etter hvert la til rette for at brukerne kunne laste opp store mengder av beskyttet innhold til deres digitale plattformer. Hensikten den gang for snart 20 år siden var å sørge for at de tjenestetilbydere som hadde ansvar for rene aksess- og infrastrukturelle tjenester, som for eksempel e-post og hjemmesider, ikke skulle bli holdt ansvarlige for innholdet i folks e-poster og liknende. Ikke helt ulikt postvesenets ansvarsfrihet for innholdet i pakker og brev som folk sender ut. Men lovgiverne hadde ikke den gang oversikt over utviklingen av slike bruker-opplastningstjenester som YouTube, og hvilke konsekvenser dette nå har fått for rettighetshaverne.

1.2. «Transfer of Value»

Bruk av store mengder beskyttet materiale på «safe harbour»-plattformer som YouTube og Facebook skjer nemlig i dag uten at rettighetshaverne får mulighet til å forhandle frem et rimelig vederlag. Når utbydere av slike tjenester blir møtt med krav om vederlag, påberoper de seg fremdeles e-handelsdirektivets regler om ansvarsfrihet. Disse tjenestene har store inntekter på grunnlag av den verdien som det beskyttede innholdet utgjør, men uten at rettighetshaverne får betalt for denne bruken. TONO har bidratt til å sette begrepet «Transfer of Value» på dagsorden gjennom det siste året, og sammen med våre søsterselskaper i Europa har vi kjempet for at EU skal adressere denne problemstillingen, slik at tolkningen av ansvarsfrihetsreglene blir gjort korrekt i forhold til dagens kontekst.

EU-kommisjonen har med betraktningene 38 og 39 i direktivforslaget tatt et viktig skritt i retning av å etablere et innholdsansvar for digitale tjenester som tjener store penger på rettighetshavernes innhold. TONO mener imidlertid at disse betraktningene må formuleres enda klarere, slik at det ikke er noen tvil om at slike tjenester har et selvstendig innholdsansvar. Forslaget til direktivbetraktning er, etter TONOs syn, ikke tilstrekkelig tydelig formulert til å forhindre at disse tjenester fremover kan påberope seg et «safe harbour», og dermed slippe unna en rettmessig betaling for bruken av innholdet. Dette kan enten gjøres direkte i artikkel 13 eller formuleres klarere i direktivbetraktningene.

Videre fremgår det ikke av direktivbetraktning 38 at dette også omhandler eksemplarframstillingshandlinger ('reproduction rights') selv om det er åpenbart at plattformtjenestene også omfatter denne type opphavsrettslig relevant bruk, gjennom formuleringer som "*service providers that **store** and provide access to protected works and subject matter uploaded by their users*" i nettopp betraktning 38.

Det fremgår, etter TONOs syn, heller ikke tydelig nok av direktivets artikkel 13, at disse tilbydere av onlinetjenester *ikke* oppnår ansvarsfrihet etter e-handelsdirektivets regler om «safe harbour», hvis tjenesten har en aktiv rolle i formidlingen av innhold fra sin digitale plattform. Dette er som nevnt ikke formulert klart nok i betraktningstekstene og fremgår heller ikke av artikkel 13 direkte. TONO vil derfor be departementet arbeide for en tydeligere ansvarliggjøring av plattformtjenestenes rolle i

denne kontekst, som kan imøtekomme behovet for en klarere innholdsansvar her. TONO stiller seg mer enn gjerne til rådighet for å drøfte konkrete forslag til endringer av tekst, dersom dette blir aktuelt ved implementeringen av direktivet i norsk lov.

2. Vedr. forordningen om visse typer nettoverføringer og videresending av radio/tv

Dette forslaget har som overordnet formål å gjennomføre en utvidelse av eksisterende bestemmelser på Sat/Kab-området til også å gjelde onlinetjenester, i forbindelse med overføring og videresending av radio-/tv-programmer fra andre EU-land i lukket nettverk. Forslaget går ut på at de opphavsrettslige handlinger som finner sted i slike lukkede digitale nettverk skal reguleres på samme måte som i Satellitt- og Kabeldirektivet, nemlig etter senderlandsprinsippet (CoO). TONO vil peke på flere betenkeligheter ved innføringen av en slik forordning. For øvrig mener vi at Norge, som "utenfor-land", må argumentere mot bruken av forordning som rettsakt på dette området.

2.1. Anvendelse av senderlandsprinsippet (CoO) for kringkasternes tilleggstjenester online.

EU-kommisjonen ønsker med forslaget til forordning å utvide nedslagsfeltet for reglene om lisensiering av kringkastingsforetakenes grenseoverskridende overføringer ved hjelp av satellitt eller kabel, slik at dette også omfatter onlinetjenester i forbindelse med utsendelse av radio-/tv-program fra EU i lukkede nett.

TONO mener at en innføring av prinsippet om 'Country of Origin' (CoO) ved lisensieringen av onlinetjenester fra andre EU-land, ville være til skade for rettighetshaverne .

For det første knytter det seg betydelige juridiske utfordringer til innføringen av en slik «legal fiction» på dette felt, hvor den opphavsrettslige relevante handlingen plutselig skal skje i avsenderlandet, i stedet for der hvor den faktiske bruken finner sted, og hvor brukeren befinner seg. Dette ligner mye på den «legal fiction» som EU-kommisjonen nylig introduserte som et pragmatisk grep i deres siste forordningsforslag om portabilitet, men som i dette tilfelle vil utgjøre en juridisk fiksjon stikk i strid med intensjonen bak Bernkonvensjonen. TONO vil derfor advare mot det løp som EU-kommisjonen legger opp til her hvor de beveger seg vekk fra det som er opphavsrettslig korrekt, nemlig at rettighetene skal lisensieres i det land der hvor bruken konkret finner sted.

Dette er ikke bare teoretiske juridiske betraktninger over virkninger av senderlandsprinsippet. Konsekvensen av å gå bort fra prinsippet om at verdien av rettighetsutnyttelse skal gjøres der hvor bruken finner sted, vil kunne få potensielt store økonomiske konsekvenser for TONOs rettighetshavere. Det er viktig for norske skapere av musikk at de kan forvente et vederlag for bruken av deres verk i Norge som står i forhold til det norske markedsnivå for betaling av musikkinnholdet. Dette kan bare skje dersom vederlagsfastsettelsen for bruken i Norge skjer etter norske tariffnivåer, som er der hvor utnyttelsen av verket faktisk finner sted.

For det andre vil TONO gjøre oppmerksom på den digitale utviklingen på kringkastingsområdet som medfører at særlig de kommersielle kringkasterne i stadig større grad satser på digitale spillere, som i løpet av den nærmeste tid kommer til å erstatte videresending og distribusjon av radio-/tv-kanaler i dagens nettverk. Et konstruert juridisk prinsipp om at lisensiering av rettigheter skal skje i avsenderlandet vil ha stor økonomisk betydning for våre rettighetshavere i form av massive tap på vederlagsfronten.

Innføring av senderlandsprinsippet for nett-tv-tjenester vil videre medføre en konkurransevridning mellom kringkastingselskaper, da kostnadene for rettighetsbetaling brått vil avhenge av hvor de har

lagt sitt hovedkontor. Det er her stor sannsynlighet for at et kommersielt kringkastingsforetak vil velge å etablere seg i land hvor de enten kan kjøpe de norske rettighetene til en lavere pris, eller at den opphavsrettslige beskyttelsen vil være lavere enn hjemme i Norge.

2.2. Forordningsforslagets artikkel 2.2

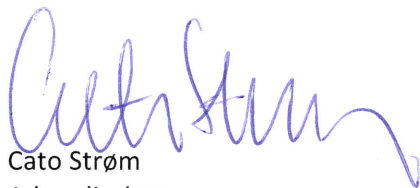
Det er viktig for TONO at bestemmelsen i artikkel 2.2 ikke kommer til å omfatte tjenester som utelukkende er laget for å treffe publikum i et annet EU-land enn der hvor utbyderen eller kringkastingsforetaket har sitt hjemsted. Disse tjenestene er som oftest ikke tilgjengelige for publikum i deres såkalte 'hjemland'. For slike utsendelser eller tjenester som helt klart har som mål å treffe et annet publikum enn i avsenderlandet, vil det være avgjørende at rettighetene skal klareres i mottakerlandet som de er rettet mot.

Forslagets artikkel 2.2 innebærer en videreføring av Sat/Kab-direktivets prinsipper om CoO, men er dessverre ikke formulert tydelig nok til å unngå at kringkastingsforetak kan misbruke senderlandsprinsippet i visse situasjoner, for å slippe å betale et rettmessig markedsmessig vederlag i det land som sendingene åpenbart er myntet på. Hvis dette forholdet ikke rettes opp, vil vi se en videre utvikling av tilfeller der kringkastingsforetak utvider sin praksis med å unngå å klarere sendingene i de land som disse helt klart er rettet mot.

TONO ønsker derfor å innstille på at man fra norsk side legger vekt på å begrense forordningsforslagets anvendelsesområde så mye som mulig, for eksempel til evt. å bare omfatte ikke-kommersielle kringkastere, eller at departementet i det minste sørger for at det ikke skjer en utvidelse av de (for rettighetshaverne) uakseptable rammene for kringkasters virksomhet, der kringkaster sender fra ett land til spesifikt mottak i et annet land, hvor målet hos kringkaster åpenbart er å slippe klarering og betaling av sendingene i mottakerlandet.

TONO stiller seg også her til rådighet for en videre drøftelse av konkrete forslag til endringer av forordningsteksten dersom departementet ønsker dette.

Med vennlig hilsen



Cato Strøm
Adm. direktør