

Voldgiftsavgjørelse

avsagt i Oslo 14. februar 2024

Norwacos voldgiftsnemnd; nemndas medlemmer:

rådgiver,cand.jur. Lars Jakob Blanck, rådgiver,cand.jur. Helge Sønneland og tingrettsdommer Annika E. J. Lindström

Saksøker 1: Artistorganisasjonen GramArt
St. Olavs gate 28
0166 Oslo

Saksøker 2: Creo – Forbundet for Kunst og Kultur
Postboks 9007 Grønland
0133 Oslo

Saksøker 3: Norsk Tonekunstnersamfund (NTKS)
Tostrups gate 29
0264 Oslo

Saksøker 4: Produsentforeningen NORA
Lørenveien 16A
0585 Oslo

Prosessfullmektig: Advokat Anja Stensrud Elverum
Advokatfirmaet BAHN AS,
Postboks 1524 Vika, 0117 Oslo

Saksøkt 1: IFPI Norge
Postboks 1548 Vika
0117 Oslo

Saksøkt 2: FONØ
Storgata 5
0155 Oslo

Prosessfullmektig: Advokatfullmektig Morten Smedal Nadheim
CMS Kluge Advokatfirma AS,
Postboks 1548 Vika, 0117 Oslo

Tvisten gjelder klage på Norwacos fordelingsutvalgs vedtak av 21. desember 2022 «om fordeling av innkrevet vederlag for Fellesavtalen 2020, musikkutøvere og musikkprodusenter».

Fordelingsvedtaket omfatter en radiodel på 6 079 919 kroner og en TV-del på 5 065 940 kroner. Tvisten omhandler kun TV-delen. Videre er den begrenset til den delen av vederlaget som henføres til rettigheter i norske program i norske kanaler i norske nett.

1. Prosessuelt.

Artistorganisasjonen GramArt («GramArt»), Creo – Forbundet for Kunst og Kultur («Creo»), Norsk Tonekunstnersamfund («NTKS») og Produsentforeningen NORA («NORA») – (i fellesskap benevnt «saksøkerne») – innga 20. januar 2023 begjæring om at foreliggende tvist med IFPI Norge («IFPI») og FONO skal avgjøres ved voldgift, jf. voldgiftsloven § 23. Det ble så innlevert rettidig stevning den 1. mars 2023. IFPI og FONO (i fellesskap benevnt «saksøkte») tok til motmæle i tilsvaret av 3. mai 2023. Både saksøkerne og de saksøkte har etter dette innlevert flere prosesskriv med supplerende bemerkninger.

Partene har vært enige om at saken kan avgjøres etter skriftlig behandling, og voldgiftsnemnda finner det ubetenkelig.

2. Kort om Norwaco og grunnlaget for fordelingsvedtaket

2.1 Norwaco

Norwaco er en økonomisk forening uten selvstendig økonomisk formål. Foreningen forvalter rettigheter til åndsverk innen lyd og bilde (TV, film, musikk m.m.) for 65 000 individuelle norske rettighetshavere, fordelt på 37 medlemsorganisasjoner, og for et stort antall utenlandske rettighetshavere. Forvaltningsoppdragene er gitt henholdsvis gjennom avtaler, ved gitte fullmakter eller med hjemmel i lov.

Med grunnlag i de rettigheter som er overdratt til forvaltning, kan Norwaco inngå avtaler om utnyttelse av rettighetene, og innkreve og fordele vederlag for slik utnyttelse mellom rettighetshaverkategorier, samt til individuelle utenforstående rettighetshavere som fremsetter krav i medhold av åndsverksloven § 64 annet ledd eller en skadesløsklausul. Norwaco fordeler vederlagsinntektene til medlemsorganisasjonene, som igjen fordeler videre til individuelle rettighetshavere.

2.2 Fellesavtalen

Norwaco inngår hvert år avtaler om videresending av kringkastingskanaler i overføringsnett. Den såkalte «Fellesavtalen» er en standardavtale som er fremforhandlet mellom Norwaco, norske og utenlandske allmennkringkastere («UBON») og berørte distributører.

Avtalen omfatter alle rettigheter i de berørte kanalene. Kringkastingsselskapene gir samtykke til distribusjon for sine originære og ervervede rettigheter. Norwaco gir samtykke på vegne av sine egne medlemmer og de utenlandske rettighetshaverne som de representerer, for rettigheter etter åndsverkloven §§ 3, 16, 20 og 23. I tillegg oppkrever Norwaco vederlag etter åndsverkloven § 21 (tvangslisens) og § 57 (avtalelisens), i kraft av å være godkjent organisasjon for utøvelse av slik myndighet.

I avtalene som inngås med de enkelte distributørene, kan det gjøres tilpasninger i teksten og innholdet. I 2020 inngikk Norwaco og UBON seks slike tilleggsavtaler, og da med henholdsvis Telenor Norge AS, Canal Digital Norge AS, NextGenTel AS, RiksTV AS (to avtaler) og Get AS.

Det samlede vederlaget etter Fellesavtalen utgjorde i 2020 i underkant av 200 millioner kroner. Dette fordeles med 36,6 % til kringkastingsforetakene og 63,4 % til Norwaco.

Etter Fellesavtalen beregnes det et vederlag for hver kanal som videresendes, hvor vederlagets størrelse er avhengig av antall abonnenter. Vederlaget er ikke fordelt mellom rettighetshavere eller rettighetstyper. Slik fordeling er et internt anliggende i Norwaco.

2.3 Norwacos fordeling

Vederlaget etter Fellesavtalen inngår i Norwacos «Sektor I – TV-distribusjon», og fordeles mellom medlemsorganisasjonene som har tilknytning til denne sektoren, herunder sakens parter. Vederlagsfordelingen skjer på grunnlag av et fremforhandlet fordelingssystem som er beskrevet i «Ekspertgruppens rapport om fordeling av videresendingsvederlag» avgitt 6. april 2010, den såkalte «Blomsterboka».

Vederlaget følger hver enkelt kanal og fordeles mellom de forskjellige programtypene med utgangspunkt i sendeflaten. Det benyttes vektingsfaktorer (vernefaktorer) og tilleggsfaktorer for hver enkelt programtypene, som omregnes til poeng som utgjør grunnlaget for fordelingen av vederlaget for kanalen.

Vederlaget for hver programtype fordeles deretter mellom seks rettighetshavergrupper. Utøver- og produsentrettigheter, som faller inn under rettighetshavergruppene 5 og 6, gir prinsipielt rett til vederlag i den utstrekning prestasjonene og lydopptakene er vernet etter åndsverkloven med tilhørende forskrifter. Norwaco har imidlertid av praktiske grunner

foretatt en forenkling, ved at bare produsentens tilhørighet til EØS tas i betraktning. Fordelingspoeng for prestasjoner og lydopptak som ikke anses vernet, trekkes ut av fordelingsgrunnlaget.

Medlemsorganisasjonene fordeles i tre kategorier, avhengig av om de representerer opphavere, utøvere eller produsenter. Vederlaget fordeles først på grunnlag av originære rettigheter. For programtypene drama, musikk og underholdning er den overordnede fordelingen etter Fellesavtalen 2020 slik: (i) opphavere: 40 %, (ii) utøvere: 30 % og (iii) produsenter: 30 %, se her også punkt 5.6, 6.5 og 7.7 nedenfor.

Deretter fastsettes en såkalt ervervsandel, som er ment å gi uttrykk for produsentenes erverv av videresendingsrettigheter fra andre rettighetshavergrupper, jf. nærmere under punkt 5.5, 6.4 og 7.6. På grunnlag av den overordnede fordelingen mellom rettighetshavergruppene, fordeles vederlaget innenfor hver kategori mellom sektorens medlemmer, det vil si de berørte medlemsorganisasjonene.

3. Fordelingsutvalgets vedtak om vederlag innkrevet etter Fellesavtalen 2020

Norwacos administrasjon utarbeidet 18. oktober 2021 et forslag til fordeling av vederlaget etter Fellesavtalen for 2020 mellom sektorens medlemmer. Da fordelingen ble behandlet i sektoren, avtalte musikkutøverne og musikkprodusentene å forhandle om fordelingen mellom organisasjonene i disse gruppene. Behovet for forhandlinger skyldtes særlig uenighet om betydningen av ny åndsverklov. Det berørte vederlaget ble holdt tilbake i påvente av en avklaring. Resten av vederlaget ble fordelt.

Forhandlingene mellom musikkutøverne og musikkprodusentene førte ikke frem. Fordelingen mellom disse gruppene ble derfor tatt under behandling av fordelingsutvalget i samsvar med Norwacos vedtekter punkt 5.2.3.

Etter resultatløs mekling 14. desember 2022, fattet fordelingsutvalget 21. desember 2022 det påklagede vedtaket i saken. De omtvistede deler av fordelingsvedtaket hitsettes:

«Generelt for vedtaket

Følgende legges til grunn:

- Fremlagt Gramostatistikk 2020 anvendes som grunnlag for norskandel og landfordeling, og som grunnlag for splitt mellom produsentorganisasjonene. Andel til «Uavhengige» i statistikken fordeles forholdsmessig til de samme organisasjonene.
- Tidligere års anvendt splitt mellom utøverorganisasjonene videreføres:
 - o 45 % til Gramart
 - o 45 % til Creo
 - o 10 % til NTKS
- Vederlag tildelt Nora inngår i fremforhandlet rundsum for 2020.

[...]

TV

Vederlaget fordeles skjønnsmessig etter en oppdeling mellom vederlagsrett (åvl. §21) og enerett (åvl. §16 og §20).

For rettigheter i norske program fordeles andelene som følger:

- Åvl. §21 (lydopptak) – 60%
 - o Deles likt mellom utøvere og produsenter.
 - o Fordeles mellom produsentorganisasjonene som følger:
 - Ifpi 74,5 %
 - Fono 24,5 %
 - Nora 1,0 %
- Åvl. §16 (enerett utøvere) – 20 %
- Åvl. §20 (enerett produsenter) og §16 (ervert) – 20 %
 - o Fordeles mellom produsentorganisasjonene som følger:
 - Ifpi 84,5 %
 - Fono 14,5 %
 - Nora 1,0 %»

4. Tvistetemaene i saken

Som det fremgår av punkt 3 fordelte fordelingsutvalget 60 % av TV-vederlaget etter bestemmelsen i åndsverkloven § 21, mens 20 % ble fordelt til utøverne etter åndsverkloven § 16, og 20 % ble fordelt til produsentene etter åndsverkloven § 16 og § 20. Videre fordelte fordelingsutvalget musikkprodusentvederlaget mellom IFPI og FONONO med ulike andeler for henholdsvis vederlagsrett og enerett. NORA ble tildelt 1 % i begge vederlagskategoriene.

Saken for voldgiftsnemnda gjelder både uenighet mellom musikkutøvernes og musikkprodusentenes organisasjoner om fordelingen dem imellom samt fordelingen mellom produsentorganisasjonene.

4.1 Uenighet mellom musikkutøvernes og musikkprodusentenes organisasjoner

Det første stridstemaet mellom partene er i hvilken utstrekning vederlag for videresending av lydopptak i fjernsynssendinger omfattes av bestemmelsen i åndsverkloven § 21 (vederlagsrett), og i hvilken utstrekning det eventuelt omfattes av reglene om enerett i § 16 (utøverne) og § 20 (produsentene).

Partene er uenige om såkalte start forfra-tjenester («Start forfra») dekkes av tvangslisensen/vederlagsretten ifølge åndsverklovens § 21 første ledd første punktum, eller om den er unntatt ifølge annet punktum. Nevnte tvangslisens hjemler videresending av

programmer uten rettighetshavernes samtykke. Slik videresending omtales gjerne som samtidig og uendret videresending, lineær kringkasting, eller tradisjonell kringkasting.

Start forfra er en tjeneste som TV-distributørene tilbyr sine abonnenter (brukere) når de ser TV, i dette tilfellet kringkastingsprogrammer. Start forfra går ut på at mens en bruker ser på et TV-program, kan vedkommende (med fjernkontrollen) velge å starte programmet forfra, spole det frem og tilbake, eller sette det på pause. Når Start forfra er aktivert kan man fortsette å se på programmet også etter at det er avsluttet ifølge sendeplanen. Start forfra gir også muligheten til å «zappe» eller hoppe mellom program som vises, og starte fra begynnelsen, selv om man kommer inn etter at et av programmene er begynt.

Fellesavtalen 2020 punkt 3.4 ga distributørene rett til å tilby Start forfra for alle programmer, med unntak av sportsprogrammer og programmer som det var nedlagt individuelt forbud for. I punkt 2 er tjenesten definert slik:

«Start forfra

På-forespørsel-tjeneste som innebærer at Distributøren kan fremstille midlertidige eksemplarer av programkanaler avtalen omfatter. Distributøren kan Strømme programkanaler som den aktuelle Abonnenten allerede mottar i henhold til avtale med Distributøren slik at abonnenten kan sette et TV program på pause, spole tilbake eller fremover, eller se et TV program fra begynnelsen mens programmet pågår.»

Tilleggsavtaler som er inngått med Telenor AS, Canal Digital Norge AS og RiksTV AS har innholdsmessig sammenfallende definisjoner, men slik at det der er presisert at abonnentene bare kan aktivere funksjonen mens programmet pågår «og innen dets avslutning».

Rent teknisk muliggjøres Start forfra av at tjenesten frembringer et eksemplar av programmet, tv-sendingen eller filmen. Det er dette eksemplarer som muliggjør at sendingen begynner på nytt, og som det spoles i ved bruk av tjenesten.

Når den gjelder sletting av den midlertidige kopien som fremstilles for å tilby Start forfra, er dette i Fellesavtalen regulert slik i punkt 6 bokstav f:

«Distributøren skal slette eksemplarer som er fremstilt som et ledd i Start forfra tjenesten senest innen utløpet av en periode tilsvarende 2 timer etter at det er avsluttet. Distributøren skal kunne dokumentere at programmene er slettet etter anmodning fra Rettighetshaverne.»

I avtalene med Telenor AS, Canal Digital Norge AS og RiksTV AS er det bestemt at midlertidige kopier skal slettes «... så snart det er mulig etter at opptaket ikke lenger kan stilles til rådighet for Abonnent». Videre skal distributøren ha automatiserte rutiner for sletting av opptak som er fremstilt som ledd i tjenesten Start forfra, jf. hhv. punkt 9 og 8 i avtalene.

Tv-tilbydere NextGentel AS, Get AS og RiksTV AS har inngått tilleggsavtaler med Norwaco og UBON, som også gir rett til å tilby tilgang til programmer som er avsluttet eller tilbys utenfor sendeplanen. Slik tilgang kalles gjerne «catch up» eller «på-forespørsel-tjeneste». Undertiden er tilgangen begrenset bakover i tid, for eksempel til siste uke – benevnt «ukesarkiv» eller liknende. Det er uomtvistet at disse tjenestene omfattes av unntaket i åndsverkloven § 21 første ledd andre punktum, og dermed ikke omfattes av tvangslisensen.

Partene er enige om at åndsverkloven § 21 første ledd første punktum ikke hjemler eksemplarframstilling. Som nevnt fremstiller imidlertid TV-distributørens system et midlertidig eksemplar av programmet, tv-sendingen eller filmen når en bruker benytter Start forfra. Et spørsmål i saken – stridstema nummer to – er om slike midlertidige eksemplarer likevel omfattes av tvangslisensen i åndsverkloven § 21, fordi de er uten vern etter lovens § 4, som foreskriver at «... tilfeldig eller forbigående framstilling av midlertidige eksemplarer» på visse vilkår ikke er vernet etter åndsverkloven § 3. Hvis den midlertidige eksemplarframstillingen ikke omfattes av unntaksbestemmelsen i § 4, kreves rettighetshavers samtykke.

Stridstema nummer tre gjelder overføringen av ervervsandeler til produsentene. Dette er ikke lovregulert, men har vært praktisert lenge i Norwaco internt. Produsentene hevder at de har ervervet andeler av utøvernes rettigheter i forbindelse med livefremføringer mv. derav betegnelsen «ervervsandeler». Spørsmålet er om og i tilfelle hvor stor ervervsandel som skal trekkes fra utøvernes andel og godskrives produsentene.

4.2 Uenighet om fordelingen mellom musikkprodusentenes organisasjoner

Det er uenighet mellom NORA på den ene siden, og IFPI og FONO på den andre om hvor stor andel NORA skal ha av fellesvederlaget som skal tilfalle musikkprodusentene.

5. Saksøkerne har i det vesentlige gjort gjeldende:

5.1 Saksøkernes tolkning av fordelingsvedtaket

Fordelingsutvalget fordelte 60 % av TV-vederlaget etter bestemmelsen i åndsverkloven § 21, 20 % ble fordelt til utøverne etter åndsverkloven § 16 og 20 % ble fordelt til produsentene etter åndsverkloven § 16 og § 20. Fordelingen er ikke forklart eller begrunnet. I lys av de forutgående forhandlingene og det som kom frem i meklingsmøtet antar saksøkerne at de 20 % som er fordelt til utøverne, er ment å reflektere livefremføringer (ikke lydopptak). De 20 % som er tildelt produsentene, antas å bygge på (i) at TV-sendinger med mulighet for tidsforsinkelse (Start forfra) er unntatt fra åndsverkloven § 21, og (ii) at utøvernes rettigheter i slike sendinger i sin helhet er ervervet av produsentene.

5.2 Voldgiftsnemndas kompetanse og avgjørelse

Under saksforberedelsen har de saksøkte invitert voldgiftsnemnda til å foreta en skjønsmessig fordeling av det omtvistede beløpet, uten å ta konkret stilling til de rettsspørsmål som er reist i stevningen. Saksøkerne mener en slik tilnærming ikke vil være riktig.

Gjenstand for voldgift er tvister i «rettsforhold», jf. voldgiftsloven § 9. I dette tilfellet skal voldgiftsnemnda avgjøre de krav saksøkerne har fremmet for fordelingsutvalget etter punkt 5.2.3 i Norwacos vedtekter, hvilket er et rettskrav som bygger på saksøkernes rettigheter etter åndsverkloven §§, 16, 20 og 21.

Vederlaget etter Fellesavtalen er betaling for utnyttelse av de nevnte rettighetene. Fordelingen må følgelig ta utgangspunkt i de rettighetene hver enkelt medlemsorganisasjon representerer innenfor Fellesavtalens område. Det innebærer at voldgiftsnemnda må ta stilling til de omtvistede rettsspørsmålene i saken for å kunne avgjøre fordelingsspørsmålene.

Blomsterboka bygger også på at fordelingen må skje på grunnlag av de rettighetene som vederlaget etter Fellesavtalen utgjør betaling for. De saksøkte har antydnet at fordelingsutvalget har valgt en annen tilnærming, men dette er ikke riktig.

5.3 Spørsmålet om TV-sendinger med mulighet for tidsforsinkelse (Start forfra) omfattes av unntaket i åndsverkloven § 21

Musikkutøvernes organisasjoner bestrider at det er hjemmel for å fordele 20 % til produsentene som enerett etter åndsverkloven § 16 og § 20, slik fordelingsutvalget antas å ha gjort. Dette fordi det ikke er riktig at Start forfra er unntatt fra tvangslisensen/vederlagsretten i åndsverkloven § 21 første ledd første punktum.

Etter ovennevnte bestemmelse er hovedregelen at overføring av lydopptak av utøvende kunstners prestasjoner til allmenheten er gjenstand for tvangslisens og utløser vederlagsplikt for distributøren. Bestemmelsens første ledd andre punktum gjør unntak for overføringer hvor «den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til opptaket».

Det avgjørende etter bestemmelsene er – som det fremgår av ordlyden – om det er abonnenten som velger tid og sted for tilgangen til opptaket. Hvis distributøren bestemmer enten tid eller sted, er overføringen omfattet av § 21. Av forarbeidene til åndsverksloven, Prop. 104 L (2016-2016) side 92, fremgår at Start forfra-sendinger er omfattet av vederlagsbestemmelsen selv om abonnentene «gis mulighet til å forsinke avspillingen noe». Saksøkerne kommer tilbake til disse forarbeidene nedenfor.

Den grensedragningen som forarbeidene gir anvisning på, anføres å være i tråd med EU/EØS-retten. Det vises til at formuleringen i åndsverkloven §§ 16, 20 og 21 («på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til opptaket») ligger tett på formuleringen i opphavsrettsdirektivet (2001/29/EF) artikkel 3 nr. 2 («på en sådan måte, at almenheten får adgang til de pågældende værker på et individuelt valgt sted og tidspunkt»). Det er ingen holdepunkter for at departementet har misforstått hvilke krav EØS-retten stiller. Saksøkte har påberopt generaladvokatens uttalelse i EU-domstolens avgjørelse i Ocilion-Saken (C-426/21) til støtte for at Start forfra ikke kan anses som «lineære sendinger». Denne dommen har imidlertid ingen – eller i høyden svært begrenset – betydning for den vurdering voldgiftsnemnda skal foreta. I den grad dommen eventuelt kan tillegges vekt, støtter den saksøkernes syn om at det avgjørende etter åndsverkloven § 21 er hvorvidt tilgjengeliggjøringen av sendingen er bundet av sendeplanen eller ikke.

Musikkutøvernes organisasjoner gjør gjeldende at TV sendinger der tv-tilbyderen tilbyr sine kunder tjenesten Start forfra ikke innebærer at brukeren selv kan velge tid og sted for tilgang til opptaket, slik at det skal betales vederlag etter hovedregelen i første punktum. Til støtte for dette vises til definisjonen i Fellesavtalen, og flere av tilleggsavtalene, hvor det fremgår at abonnentenes mulighet til å aktivere tidsforsinkelsen er begrenset av sendeplanen, jf. formuleringen «mens programmet pågår». Det betyr at det fortsatt er tale om lineær TV-distribusjon.

Saksøkte har vist til at Start forfra -tjenesten er betegnet «på forespørsel-tjeneste» i Fellesavtalen. Det er imidlertid ingen holdepunkter for at partene ved å bruke denne betegnelsen har ment å ta stilling til anvendelsesområdet for åndsverkloven § 21 første ledd annet punktum. For øvrig vises til at Norwaco i brev av 24. juni 2022 til IFPI har opplyst at foreningen ikke har foretatt noen egen analyse av om Start forfra er underlagt enerett etter åndsverkloven § 20, men har forholdt seg til «KUDs retningslinjer om at det er avgjørende hvem som tar initiativ til utsendelsen». Under enhver omstendighet har avtalepartene ikke kompetanse til å disponere over rettighetene til de parter (utøvere og produsenter) som har rettigheter etter § 21. Fellesavtalens formulering er derfor irrelevant for det spørsmålet som voldgiftsnemnda skal ta stilling til.

5.4 Spørsmålet om den midlertidige eksemplarforestillingen omfattes av åndsverklovens § 4

Partene er enige om at åndsverkloven § 21 første ledd første punktum ikke hjemler eksemplarfremstilling. Dette er det i utgangspunktet utøvere og produsenter som har enerett til etter åndsverkloven § 16 og § 20.

Saksøker anfører at de midlertidige eksemplarene som fremstilles i Start forfra likevel omfattes av tvangslisensen i åndsverkloven § 21, fordi de er uten vern etter lovens § 4, som foreskriver at «*tilfeldig eller forbigående fremstilling av midlertidige eksemplarer [som] utgjør*

en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess og har som eneste formål å muliggjøre ... lovlig bruk av et verk ... med mindre den har selvstendig økonomisk betydning» ikke er vernet etter åndsverkloven § 3, jf. henvisningene til § 4 i åndsverkloven § 16 og § 20.

Unntaket for midlertidig eksemplarframstilling innebærer at distributørene, dersom de ovennevnte fire kumulative vilkårene i § 4 er oppfylt, fritt kan fremstille midlertidige eksemplarer i forbindelse med tilgjengeliggjøring som er lovlig etter § 21

Saksøkerne gjør gjeldende at alle vilkårene er oppfylt for de midlertidige eksemplarene som fremstilles i forbindelse med Start forfra. De er således uten vern, og kan fritt fremstilles uten rettighetshavernes samtykke.

Saksøkerne viser til at de midlertidige eksemplarene som fremstilles i denne forbindelse må anses å være tilfeldige og forbigående. Videre anføres at eksemplarframstillingen utgjør en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess.

Eksemplarframstillingen fremholdes videre å ha som eneste formål å muliggjøre tilgjengeliggjøring av lydopptak etter åndsverkloven § 21, hvilket er en lovlig bruk. De saksøkte hevder at «lovlig bruk» i åndsverkloven § 4 første ledd bokstav a ikke omfatter all bruk som er lovlig etter § 21, men bare «tradisjonell bruk». En slik tolkning er i strid med bestemmelsens ordlyd og savner rettskildemessig grunnlag.

Endelig anføres at de midlertidige eksemplarene som fremstilles i forbindelse med Start forfra ikke har noen selvstendig økonomisk betydning utover det som kreves for å muliggjøre overføringen av lydopptakene til abonnenter og kunder. De økonomiske fordelene som oppnås ved bruk av de midlertidige eksemplarene, realiseres først ved den lovlige bruken av eksemplarene (tilgjengeliggjøringen), og er ikke forskjellig fra og kan ikke atskilles fra de økonomiske fordelene som oppnås ved denne bruken.

Verdien av overføringen er med andre ord den samme når den skjer med en kortvarig forsinkelse, som når den skjer i sanntid. Saksøkerne viser her til departementets vurdering på side 92 i Prop. 104 L (2016-2016) om at «en ikke bør klassifisere en parallell nettutsending som noe annet enn den tradisjonelle kringkastingen, fordi det finnes en mulighet for å forsinke avspillingen av nettutsendingen noe». Selv om departementet ikke omtaler § 4 uttrykkelig, kan det ikke herske tvil om at departementet har ment at den midlertidige eksemplarframstillingen som skjer i forbindelse med Start forfra, ikke har selvstendig økonomisk betydning, og at slike overføringer skal klareres fullt ut etter § 21, og ikke være avhengig av ytterligere klarering etter § 16 og § 20.

Saksøkte har anført at eksemplarene tjenesten Start forfra frembringer innebærer at det muliggjøres en annen bruk enn tradisjonell lineær tv-sending, og at dette medfører at eksemplarframstillingen har selvstendig økonomisk verdi. Til dette bemerkes at den vanlige

forståelsen av «lineær sending» omfatter Start forfra-sendinger. Det avgjørende begrepskjennetegnet for lineære sendinger er at sendingene følger en sendeplan, ikke at sendingene er direkte. Under enhver omstendighet er det ikke avgjørende etter åndsverkloven § 4 at sendingen er lineær. Det relevante spørsmålet er ikke om det midlertidige eksemplaret har selvstendig verdi sammenliknet med «tradisjonell» TV sending, men om det har en selvstendig verdi ut over Start forfra – tjenesten. Dette er åpenbart ikke tilfelle, så lenge det midlertidige eksemplaret ikke gjøres tilgjengelig for noe annet formål enn å muliggjøre Start forfra – funksjonaliteten, og deretter slettes.

Av samme grunn er det irrelevant at Start forfra markedsføres av distributørene som en attraktiv tjeneste. Spørsmålet er ikke om tjenesten har en verdi for distributørene og seerne, men om det midlertidige eksemplaret har en verdi ut over den som inngår i Start-forfra tjenesten. Dette er som nevnt ikke tilfelle.

For Fellesavtalen 2020 innebærer dette at vederlag for videresending av lydopptak i nett, herunder ved bruk av Start forfra-funksjonen, skal behandles som vederlag etter åndsverkloven § 21. Det eneste som skal behandles som enerett etter § 16 og § 20 er vederlag som kan henføres til ukesarkiv.

Norwaco og UBON har inngått enkelte tilleggsavtaler som omhandler ukesarkiv, dvs. overføring via distributørens egen Set-top-boks. Statistikk fra Medienorge viser at den samlede andelen «tidsforskjøvet» seertid på NRKs kanaler i 2020 var ca. 8 %. Tidsforskjøvet seing omfatter overføring «innen syv dager etter sendetidspunkt, inkludert pausing av direktesendinger i mer enn to minutter». Det betyr at kategorien omfatter det meste som kan likestilles med ukesarkiv, samt en betydelig andel av Start forfra.

Det er grunn til å anta at det alt vesentlige av distribusjonen utenfor sendeplanen skjer via NRKs egen app, og ikke via Set-top-bokser fra distributørene som tilbyr ukesarkiv. Sannsynligvis utgjorde bruken av ukesarkiv med hjemmel i Fellesavtalen bare noen promille av samlet seertid. Saksøkerne gjør mot denne bakgrunn gjeldende at den delen av vederlaget som kan henføres til ukesarkiv, er så ubetydelig at den ikke bør tas i betraktning ved fordelingen.

5.5 Vedrørende overføring av ervervsandeler

Det fremgår av fordelingsutvalgets vedtak at det er lagt til grunn erverv av utøverrettigheter på enerettsområdet (åndsverkloven § 16), men ikke på vederlagsområdet (§ 21). Saksøkerne gjør gjeldende at det ikke skal overføres noen ervervsandel fra musikkutøverne til musikkprodusentene –hverken etter § 16 eller § 21.

Saksøkerne krever prinsipielt at vederlaget for lydopptak i sin helhet fordeles etter åndsverkloven § 21, og ber voldgiftsnemnda avsi dom i samsvar med dette. Subsidiært krever

saksøkerne at fordelingen av vederlaget for lydopptak fastsettes etter voldgiftsnemndas skjønn, idet det gjøres gjeldende at i det minste en vesentlig del av vederlaget fordeles etter åndsverkloven § 21.

5.5.1 Ervervsandelene fastsatt i Blomsterboka kan ikke lenger legges til grunn

Ervervsandelene er i stor grad skjønnsmessig fastsatt og historisk betinget. Dette fremgår av Blomsterboka avsnitt 4.6, hvor det forklares at ervervsandelene opprinnelig ble fastsatt for å kompensere for at produsentene etter tidligere lovgivning ikke hadde originære rettigheter. Ettersom produsentene som følge av en lovendring i 2005 hadde fått slike rettigheter, mente utvalget at det var riktig å redusere de ervervsandelene som tidligere ble brukt. Det pekte imidlertid på at: «Problemene med å kartlegge omfanget av rettighetsoverdragelser innebærer at det vanskelig lar seg gjøre å fastsette en ervervsandel som gir uttrykk for eksakte rettighetsforhold». Som en «kompromissløsning» besluttet utvalget at de tidligere ervervsandelene skulle halveres.

Utvalget var oppmerksom på at det innenfor området for den tidligere vederlagsregelen i åndsverkloven av 1961 § 45b, ikke skjedde noe produsenterverv. Fordi utvalget landet på den nevnte kompromissløsningen, fikk imidlertid dette ingen konkret betydning for de ervervsandelene som ble fastsatt på TV-området. På radioområdet ble derimot likedeling gjennomført, det vil si at det der ikke ble fastsatt noen ervervsandeler.

Etter at Blomsterboka ble vedtatt er området for produsentenes vederlagsrett blitt vesentlig utvidet ved vedtakelsen av åndsverkloven av 2018. Den medfører at ervervsandelen ifølge «Blomsterboka» ikke lenger kan legges til grunn.

Etter den tidligere åndsverkloven § 45b gjaldt vederlagsregelen ikke for «lydfilm». Begrepet «lydfilm» ble forstått vidt, slik at det (med unntak for såkalt «arenamusikk») omfattet all film hvor lydopptak inngår, herunder for eksempel musikkvideoer. Det innebar at en vesentlig del av lydopptakene på TV-området falt utenfor vederlagsregelen i åndsverkloven § 45b.

Unntaket for lydfilm ble ikke videreført i den nye åndsverklovens § 21. De eneste begrensningene i den gjeldende vederlagsregelen som har betydning på Fellesavtalens område, er bestemmelsen i femte ledd og det nevnte unntaket for «overføring på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til opptaket».

Mot denne bakgrunn kan utvalgets fastsettelse av ervervsandeler i Blomsterboka ikke anses bindende eller retningsgivende for spørsmålet om det ved fordelingen av vederlag etter Fellesavtalen for 2020 skal legges til grunn at det finner sted erverv av musikkutøveres rettigheter etter gjeldende åndsverklov.

5.5.2 *Det foreligger ikke grunnlag å fastsette noen ervervsandel for musikkutøvernes rettigheter etter gjeldende åndsverklov*

Musikkutøvere har to typer rettigheter som godtgjøres innenfor Fellesavtalens område. For det første har de enerett etter åndsverkloven § 16 til videresending av livefremføringer. Det foreligger imidlertid ingen dokumentasjon eller andre holdepunkter for at videresendingsrettigheter for livefremføringer er overdratt til produsentene.

For det andre har musikkutøverne vederlagsrett etter åndsverkloven § 21 ved videresending av lydopptak, men denne bestemmelsen åpner ikke for overdragelser.

Det eneste tilfellet hvor overdragelser kunne tenkes å ha hatt betydning, er distribusjon av program med lydopptak gjennom ukedokument-tjenesten. Som påpekt ovenfor er imidlertid den delen av vederlaget som kan henføres til ukedokument så ubetydelig at den ikke bør tas i betraktning ved fordelingen.

Etter saksøkernes syn er det ikke nødvendig for voldgiftsnemnda å ta stilling til hvor stor del av vederlaget som skal anses knyttet til distribusjon av programmer med levende fremføringer. Det er tilstrekkelig å konstatere at rettighetene til levende fremføringer ikke er overdratt til musikkprodusentene, og dermed ikke gir grunnlag for fastsettelse av en ervervsandel.

5.6 Rammene for fordelingen

Fordelingsutvalgets vedtak er uklart med hensyn til fordelingen av vederlaget etter åndsverkloven § 21 mellom rettighetshavergruppene. I vedtaket heter det at vederlaget deles «likt mellom utøvere og produsenter». Hvis denne uttalelsen tas på ordet, blir den riktig. Hvis derimot «utøvere og produsenter» forstås som musikkutøvere og musikkprodusenter, blir det feil.

Ved originærfordelingen skal vederlaget for blant annet musikkprogram fordeles mellom opphavere, utøvende kunstnere og produsenter i forholdet 40/30/30. Utøvergruppen (gruppe 5) og produsentgruppen (gruppe 6) får med andre ord like store deler ved originærfordelingen. Fordelingen mellom utøvere og produsenter skjer på gruppenivå, og ikke for undergrupper, slik som musikkutøvere og musikkprodusenter. En ny originærfordeling mellom undergruppene musikkutøvere og musikkprodusenter inngår ikke i systemet, og et slikt nytt fordelingstrinn kan ikke innføres uten å forrykke den fordelingen mellom gruppe 5 og gruppe 6 som allerede er gjennomført på overordnet nivå.

Ettersom fordelingsutvalgets vedtak etterlater uklarhet om den overordnede fordelingen, mener saksøkerne det er behov for en avgjørelse hvor voldgiftsnemnda fastslår at fordelingen

skal skje innenfor den overordnede fastsatte rammen (40/30/30) for opphaver-, utøver- og produsentandeler.

Musikkutøvervederlaget er fordelt med 45 % til GramArt, 45 % til Creo og 10 % til NTKS. Saksøkerne har ingen innvendinger mot denne fordelingen.

5.7 Fordelingen mellom produsentorganisasjonene

I Blomsterboka er musikkprodusentvederlaget delt mellom IFPI og FONO. Senere er produsentorganisasjonen NORA blitt opprettet. Det må følgelig foretas en ny fordeling innad i musikkprodusentgruppen som gjenspeiler de rettighetene hver av de tre organisasjonene representerer.

Fordelingsutvalget har fordelt musikkprodusentvederlaget mellom IFPI og FONO med ulike andeler for henholdsvis vederlag og enerett. NORA er tildelt 1 % i begge vederlagskategoriene. Fordelingsutvalget har ikke begrunnet fastsettelsen av NORAs andel, ut over en generell uttalelse om at «Fremlagt Gramostatistikk 2020 anvendes som grunnlag for splitt mellom produsentorganisasjonene».

NORA bestrider at Gramostatistikken for 2020 gir grunnlag for å tildele produsentorganisasjonen så lite som 1 % og krever at fordelingen mellom organisasjonene av vederlaget for lydopptak, og eventuelt enerett, fastsettes etter voldgiftsnemndas skjønn.

Det er uomtvistet at fordelingen skal foretas på grunnlag av Gramostatistikk. Partene er videre enige om at vederlagsretten etter åndsverkloven § 21 for videresending av lydopptak omfatter prestasjoner og lydopptak gjort av borgere og selskaper som er hjemmehørende i EØS, jf. åndsverkloven § 114 første ledd og forskrift til åndsverkloven § 47. De er videre enige om at 2020 var et overgangsår hvor vederlagsretten ved videresending også gjaldt for utøvere og produsenter fra Storbritannia.

NORA mener fordelingen må baseres på tallene for norske innspillinger. Dette er en naturlig konsekvens av at vederlaget fullt ut eller i det vesentlige må henføres til regelen om tvangslisens i åndsverkloven § 21, hvor vernet er geografisk begrenset etter lovens § 114 første ledd og forskriftens § 47. Statistikken for totalt registrerte innspillinger vil derfor ikke gi et riktig bilde ettersom denne er sterkt påvirket av lydopptak av amerikanske utøvere og produsenter, som ikke har rett til vederlag etter til åndsverkloven § 21. Videre er det lang tradisjon i Norwaco for å basere fordelingen på en forenklet modell, hvor det legges til grunn at det kun er norske rettighetshavere i norske produksjoner og kun utenlandske rettighetshavere i utenlandske produksjoner. En eventuell endring i denne modellen faller utenfor fordelingsutvalgets mandat og må behandles på høyere nivå i Norwaco.

Dersom fordelingen mellom produsentorganisasjonene skjer på grunnlag av Gramo-statistikk for norske innspillinger, innebærer dette at NORAs andel skal utmåles til 2,7 %, eventuelt 2,2 % dersom voldgiftsnemnda kommer til at andelen til de uavhengige produsentene skal kanaliseres gjennom Gramo. Den andelen som fordelingsutvalget tilkjente NORA (1 %), har ikke grunnlag i noen Gramo-statistikk og synes dermed grepet ut av luften.

5.8 Sakskostnader

Etter punkt 6.3.1 i Nowacos vedtekter kan voldgiftsnemnda tilkjenne sakskostnader når det «finnes særlig grunn til det». Saksøkerne krever at de saksøkte pålegges å dekke saksøkernes kostnader ved saken. Det er vist til at en slik løsning vil være i tråd med hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd, for det tilfellet angrepet på fordelingsutvalgets vedtak – som de saksøkte forsvarer – fører frem. Selv om tvistelovens regler om sakskostnader ikke gjelder i voldgiftssaker, følger det av lovforarbeidene at voldgiftsnemnda bør «se hen til de prinsipper for avgjørelse av saksomkostningskrav som gjelder i saker for de alminnelige domstoler.»

5.9 Påstand

Saksøkerne Artistorganisasjonen GramArt, Creo – Forbundet for Kunst og Kultur, Norsk Tonekunstnersamfund og Produsentforeningen NORA har nedlagt slik påstand:

1. Vederlag etter Fellesavtalen 2020 som gjelder videresending av lydopptak i nett, herunder Start forfra-sendinger, behandles som vederlag etter åndsverkloven § 21.
2. Det fastsettes ikke ervervsandeler for musikkutøvernes rettigheter.
3. Fordelingen mellom musikkprodusenter og musikkutøvere skal skje innenfor den overordnet fastsatte rammen (40/30/30) for opphaver-, utøver- og produsentandeler.
4. Fordelingen mellom musikkprodusentorganisasjonene fastsettes etter voldgiftsnemndas skjønn på grunnlag av fremlagt Gramo-statistikk.
5. FPI Norge og FONO dekker Artistorganisasjonen GramArt, Creo – Forbundet for Kunst og Kultur, Norsk Tonekunstnersamfund og Produsentforeningen NORAs sakskostnader og voldgiftsnemndas omkostninger.

6. De saksøkte har i det vesentlige gjort gjeldende:

6.1 Voldgiftsnemndas kompetanse og avgjørelse

Saksøkerne ser ut til å ønske at voldgiftsnemnda skal ta stilling til etablerte fordelingsprinsipper samt lovtolkningsspørsmål, og komme med prinsipputtalelser om disse som igjen skal brukes som retningslinjer ved fordelingssspørsmål også for fordeling av vederlag for etterfølgende år.

De saksøkte vil påpeke at nemndas mandat er begrenset til å gjelde fordelingsspørsmålet vedrørende året 2020. Videre vises til at spørsmålene i saken også har betydning for rettighetshavere som ikke er representert i tvisten, så som opphavspersoner og film – og TV produsenter som er medlemmer i organisasjonen AGICOA, men uten at disse har fått anledning til å redegjøre for sine synspunkter.

Det er på denne bakgrunn de saksøktes syn at varige endringer i etablerte fordelingsprinsipper, og av den forståelse av rettighetsposisjonene som Fellesavtalen gir uttrykk for, bør vedtas gjennom Norwacos demokratiske prosesser. Saksøkte mener derfor at voldgiftsnemnda bør foreta en skjønnsmessig fordeling av de omtvistede beløp, uten å ta konkret stilling til de rettsspørsmål saksøkerne reiser i stevningen. Det vises til at det er nettopp dette fordelingsutvalget gjorde, i det omtvistede vedtaket.

6.2 Spørsmålet om TV-sendinger med mulighet for tidsforsinkelse (Start forfra) omfattes av unntaket i åndsverksloven § 21

Saksøkte gjør gjeldende at tjenesten Start forfra er en på-forespørsel-tjeneste, som ifølge åndsverkloven § 21 første ledd annet punktum er unntatt fra tvangslisensbestemmelsen i første punktum, og derfor må klareres etter åndsverkloven § 20. Det vises til at dette er i samsvar med en naturlig språklig forståelse av ordlyden i annet punktum om at unntaket gjelder «overføring» som skjer på en slik måte at den enkelte «selv kan velge tid og sted» for tilgang til opptaket. Denne formuleringen tilsier at det kun er tradisjonelle lineære TV-sendinger, der TV-seeren ikke har mulighet til å påvirke avspillingen av sendingen i det hele tatt, som er omfattet av vederlagsretten.

Denne forståelsen har støtte i forarbeidene, der det legges til grunn at overføring av lydopptak i nettverk vil omfattes av åndsverkloven § 21 hvis det er tale om «tradisjonell kringkasting og overføring som kan sammenliknes med dette», jf. Prop. 104L (2016-2017) side 92. Med uttrykket «tradisjonell kringkasting» menes TV-sendinger der sluttbrukeren ikke kan påvirke tidspunktet for sendingen i noen grad.

Det er ikke riktig, som saksøkerne anfører, at forarbeidene til åndsverkloven § 21 tar sikte på å plassere Start forfra -tjenesten innenfor anvendelsesområdet til § 21. Lovgiver har nemlig

ikke tatt stilling til hvorledes Start forfra skal vurderes. Det vises til at tjenesten ikke nevnes noe sted i forarbeidene og at departementet i proposisjon 104L (2016-2017) kun kom med uttalelsen om at det holdt «fast ved sitt syn om at en ikke bør klassifisere en parallell nettutsending som noe annet enn den tradisjonelle kringkastingen, fordi det finnes en mulighet for å forsinke avspillingen av nettutsendingen noe».

Saksøkernes resonnement synes å være at siden Start forfra - tjenesten åpner for en tidsforsinkelse, så omfattes tjenesten av uttalelsene i forarbeidene. En slik forståelse blir klart nok for enkel. Det som etter forarbeidene omfattes av § 21, er tjenester som åpner for «en begrenset adgang» til å forsinke avspillingen noe.

Departementets uttalelse må for øvrig forstås i lys av forhistorien til åndsverkloven § 21: Foreningen IFPI gjorde i sitt høringsinnspill gjeldende at «grensen [...] bør settes ved hvem som tar initiativet til overføringene. Med initiativ må forstås hvem som starter transmisjonen av data til mottakers apparat. Hvis en mottaker kommer inn i en samtidig og uendret utsending til alle i sanntid – da er dette et eksempel på lineær overføring og dermed vederlagsrett. Hvis derimot det er mottakers handling som starter eller stopper en dataoverføring hos den som tilrådighetsstiller verkene, altså en eller annen form for individuell interaktivitet, så bør dette være under rettighetshavers enerett».

Som svar på dette skrev departementet blant annet at det syntes som om IFPI ville legge en snevrere forståelse til grunn enn hva det var bred enighet om i høringen, og da slik «at enhver individuell interaktivitet bør medføre at overføringen er omfattet av eneretten».

Departementet var uenig i dette og kom i den forbindelse med ovennevnte uttalelse. Det var således ikke Start forfra -tjenesten som foranlediget departementets uttalelse om at en mulighet til å forsinke avspillingen noe, ikke innebar at avspillingen falt utenfor åndsverkloven § 21.

En tjeneste som åpner for den fleksibilitet Start forfra muliggjør, faller klart nok utenfor det forarbeidene her tar sikte på å regulere, da tjenesten åpner for en langt større interaktivitet og et større mulighetsrom enn kun å forsinke avspillingen «noe». Tjenesten Start forfra ligger med det klart utenfor det departementet mente å la omfattes av åndsverkloven § 21, og må anses som en på-forespørsel-tjeneste. Det vises herunder til at tjenesten Start forfra åpner for at en TV-seer kan komme inn helt på slutten av en film, eller en lengre direktesending og se hele filmen på nytt, samt spole frem og tilbake i filmen etter eget forgodtbefinnende. Med dette åpner tjenesten Start forfra også for at TV-seerne kan hoppe over reklamen. Tjenesten åpner også for en mulighet til å studere en films detaljer og til å fokusere på filmens høydepunkter ved å se disse igjen og igjen, på en helt annen måte enn ved tradisjonell lineær tv-sending. Tilsvarende kan man se lengre sportssendinger i opptak så lenge man skrur på TV-apparatet før programmet er ferdig.

Det er i alle tilfeller ingen grunn til å tro at departementet hadde satt seg godt inn i Start forfra-tjenesten, herunder dennes funksjonalitet og økonomiske verdi som tilleggprodukt til tradisjonell lineær tv-sending. Norwacos voldgiftsnemnd har med det et langt bedre grunnlag til å vurdere om Start forfra-tjenesten, med alle dens funksjoner, er å anse som tradisjonell lineær kringkasting som omfattes av åndsverkloven § 21, eller ikke.

Til støtte for at sendinger med tjenesten Start forfra ikke omfattes av tvangslisensbestemmelsen i åndsverkloven § 21 vises videre til Fellesavtalen, hvor tjenesten Start forfra innledningsvis defineres som en «På-forespørsel-tjeneste». Start forfra er også karakterisert som en «på-forespørsel-tjeneste i Fellesavtalens punkt 6 bokstav e hvor det fremgår at distributøren ikke kan innspille eller lydfeste program som videresendes, med unntak av blant annet den tidsbegrensede på-forespørsel-tjeneste Start forfra. Også de inngått tilleggssavtaler definerer Start forfra som en «på-forespørsel-tjeneste».

For det tilfelle at voldgiftsnemnda skulle komme til at klassifiseringen av tjenesten Start forfra er tvilsom, gjøres det gjeldende at partene som er omfattet av Fellesavtalen, og dennes tilleggssavtaler, har avtalt at bruk av tjenesten, og eksemplarframstillingen som finner sted, skal anses og klareres som en på-forespørsel-tjeneste. Når så er avtalt må vederlaget som henføres fra tjenesten fordeles på tilsvarende vis.

De saksøkte bemerker videre at alle tilbydere som tilbyr tjenesten Start forfra må klarere bruken med rettighetshaver etter åndsverkloven § 20, uavhengig av antall sluttbrukere som bruker tjenesten, jf. C-279/13 More avsnitt 24 og 25 og C-263/18 Tom Kabinet avsnitt 63 med videre henvisninger.

Ettersom åndsverkloven § 21 gjennomfører artikkel 3 i opphavsrettsdirektivet, må fastleggelsen av rekkevidden til bestemmelsen dypst sett bero på en tolkning av nevnte direktivbestemmelse. Saksøkte anfører at Generaladvokatens uttalelser i EU-domstolens avgjørelse i Ocilion-saken (C-426/21) må tas til inntekt for at Start forfra-tjenesten ikke kan anse som «lineære sendinger». En tolkning der Start forfra-tjenesten omfattes av åndsverkloven § 21, anføres å være i strid med Norges folkerettslige forpliktelser etter opphavsrettsdirektivet, og vil innebære at åndsverksloven vil gi innehavere et svakere vern enn det som følger av rettsaktene fra EU.

Hvis saksøker skulle vinne frem med sin anførsel om at bruken av eksemplaret tjenesten Start forfra frembringer omfattes av åndsverkloven § 21, må eksemplarframstillingen fortsatt klareres i samsvar med åndsverkloven § 20.

6.3 Spørsmålet om den midlertidige eksemplarforestillingen omfattes av åndsverkloven § 4

Det er uomtvistet at tjenesten Start forfra innebærer en eksemplarforestilling. Den klare hovedregelen etter åndsverkloven § 3 er at innehaveren må samtykke til slik eksemplarforestilling. Dette gjelder med mindre unntaksbestemmelsen § 4 hjemler frembringelsen. Det er nettopp slik samtykke som er gitt i Fellesavtalen.

Åndsverkloven § 4 oppstiller fire kumulative vilkår som må være oppfylt for at unntaksbestemmelsen skal komme til anvendelse, slik at eksemplarforestillingen ikke omfattes av eneretten. Bestemmelsen gjennomfører artikkel 5 i opphavsrettsdirektivet (2001/29/EF). Det følger av ordlyden i artikkel 5 siste ledd («in certain special cases»/«i visse spesielle tilfælde») og EU-domstolens praksis at unntaket bare kan komme til anvendelse i helt spesielle tilfeller og at den må underlegges en streng fortolkning.

Det er saksøktets syn at flere av de kumulative vilkårene ikke er oppfylt og at eksemplarene som fremstilles ved bruk av Start forfra således ikke er unntatt fra vern.

For det første er det klart at eksemplarforestillingen som muliggjør Start forfra-tjenesten, ikke har som «eneste formål» å muliggjøre «lovlig bruk av et verk» eller en «overføring i nettverk av et mellomledd på vegne av tredjeparter». Lovlig bruk av verket etter åndsverkloven § 21 er tradisjonelle lineære TV-sendinger. Den aktuelle eksemplarforestilling muliggjør en annen bruk enn slik lineær fremføring, og er med det ikke en nødvendig forutsetning for å muliggjøre slik kringkasting som omfattes av åndsverkloven § 21. Rekkevidden av unntaksbestemmelsen i § 4 kan ikke alene utvides med den begrunnelse at man anser eksemplarforestillingen som nødvendig for å tilby en tilleggstjeneste, som tilbys ved siden av tradisjonell og lovlig bruk.

Heller ikke vilkåret om at eksemplarforestillingen skal være «tilfeldig eller forbigående» er oppfylt. Det vises til at eksemplarforestillingen ikke er nødvendig for å gjennomføre den tekniske prosessen som leder frem til ordinær kringkasting og at frembringelsen samtidig har et selvstendig formål utover å legge til rette for kringkasting, nemlig å legge til rette for at sluttbrukeren skal kunne pause sendingen, spole frem og tilbake, og kunne begynne på nytt. Dette kan ikke karakteriseres som «tilfeldig». Ettersom det kopierte eksemplaret er tilgjengelig i lang tid, ofte flere timer etter at programmet er avsluttet, og det åpnes opp for å kunne spole tilbake, vil eksemplarforestillingen heller ikke kunne anses forbigående.

Det anføres videre at Start forfra-tjenesten klart har en «selvstendig økonomisk betydning», slik dette vilkåret skal forstås. Både ordlyden og uttalelser i forarbeidene (prop. 104 L (2016-2017) side 43 trekker i retning av at dersom eksemplaret som frembringes innebærer at en tjeneste som allerede finnes endres eller forbedres som følge av eksemplarforestillingen, og med det får en økt verdi som følge av endringen, har eksemplaret

en selvstendig økonomisk verdi. Tilsvarende er lagt til grunn i praksis fra EU-domstolen, jf. sak C-302/10 avsnitt 52 og 53, og har støtte norsk juridisk litteratur.

Det kan ikke være tvilsomt at den eksemplarframstillingen som tjenesten Start forfra innebærer muliggjør en annen bruk enn tradisjonell lineær tv-sending. Muligheten til å begynne å se et program, en sending eller en film helt på nytt, samt til å spole i sendingen og å kunne hoppe over reklame, representerer en helt annen utnyttelse av TV-programmer, enn ordinære lineære TV-sendinger gjør. Dette har medført en forbedring fra tidligere bruk. Det representerer en selvstendig økonomisk verdi, som TV-distributørene kan ta bedre betalt for.

I vurderingen av om eksemplarframstillingen som muliggjør Start forfra-tjenesten har en selvstendig økonomisk verdi eller ikke, er det også relevant å vektlegge at flere av distributørene markedsfører Start forfra som et gode for sluttbruker.

Saksøkernes anførsel om at en følge av at Start forfra er omfattet av tvangslisensen i åndsverkloven § 21, er at den midlertidige eksemplarframstillingen tjenesten innebærer, også omfattes av unntaksbestemmelsen i åndsverkloven § 4 første ledd bestrides. Det kan ikke være slik at man i nasjonal rett skal kunne uthule innehaverens enerett til å nedlegge forbud mot eksemplarframstilling, gjennom en svært vid fortolkning av en bestemmelse som gjelder tilgjengeliggjøring.

Det anføres på denne bakgrunn at de midlertidige eksemplarene i Start forfra er vernet. Siden tvangslisensen i åndsverkloven § 21 ikke gir rett til eksemplarframstilling, betyr det at vederlag til musikkprodusentene for Start forfra må klareres etter åndsverkloven § 20.

6.4 Vedrørende overføring av ervervsandeler

De saksøkte gjør gjeldende at artistene som den klare hovedregel overdrar sine rettigheter etter åndsverkloven § 16 til produsentene gjennom artistavtalene.

At det er vanlig at produsentene erverver artistenes rettigheter etter åndsverkloven § 16 er lagt til grunn på side 42 mv. i Blomsterboka. Saksøkerne synes å legge til grunn at Blomsterbokas vurderinger av produsentenes erverv av disse § 16-rettighetene, og prinsippet om ervervsandeler, ikke lenger skal legges til grunn fordi uttrykket «lydfilm» ikke er å finne i åndsverkloven § 21. Dette bestrides av de saksøkte, som mener at Blomsterbokas vurderinger av produsentenes ervervsandeler av § 16-rettigheter fortsatt skal anvendes, uavhengig av denne endringen i loven. De saksøkte bemerker i den forbindelse at det ikke finnes holdepunkter for at produsentenes ervervsandeler skal ha blitt noe mindre siden retningslinjene i Blomsterboka ble utarbeidet.

De saksøkte mener det ikke er fremlagt relevante argumenter for å justere ervervsandelen for produsenter i produsentenes disfavør. Det anføres at det tvert imot har skjedd en utvikling i

den retning at produsentene erverver utøverrettigheter i større grad enn det ekspertgruppen synes å ha lagt til grunn i Blomsterboka.

For øvrig mener de saksøkte at andelen av vederlaget som under tidligere fordelingspraksis har vært øremerket artistene for såkalte livefremføringer bør reduseres. Tidligere var det nok slik at artistene både sang og spilte helt selv under livefremføringer, uten bruk av lydopptak ved fremføringen. Det må anses som en kjensgjerning at det i nyere tid, og i de aller fleste livefremføringer, brukes lydopptak i større eller mindre grad. Lydopptakene som brukes i livefremføringer, kan være opptak av det enkelte musikkinstrument, eller av de forskjellige lagene i det enkelte instrument, såkalte «stems». Det blir også ofte brukt lydopptak av vokalen, såkalt «singback». I mange tilfeller vil hele live-fremføringen også kunne bruke opptak av instrumenter så vel som vokal, såkalt «playback». Til støtte for at det har skjedd en slik utvikling vises til foretatte analyser av musikkprogram vist på NRK 1 og på NRK 2 gjennom program lisensiert fra selskapet BMAT.

Alle disse forskjellige lydopptakene som benyttes i såkalte livefremføringer har produsentene rettigheter til. Sett i lys av at utviklingen innenfor såkalt livefremføring har gått i retning av at det brukes lydopptak i kombinasjon med artistenes fremføringer, må produsentene nå tilkjennes en større del av vederlaget som relaterer seg til videresending av livefremføringer, enn det som er lagt til grunn i fordelingspraksis.

6.5 Rammene for fordelingen

De saksøkte er enige med saksøkerne i at det ikke fremgår klart av fordelingsutvalgets vedtak hvordan det omtvistede beløpet er blitt fordelt, i detalj. Det bemerkes dog at utvalget har opplyst at fordelingen har skjedd skjønnsmessig og at de saksøkte ikke kan se at saksøkerne har godtgjort at fordelingsutvalget har gått bort fra Norwacos overordnede fordelingsystem.

Saksøkernes anførsler synes å forutsette at vederlaget skal forflyttes fra produsentpotten til utøvepotten. Det er de saksøktes syn at vedtaket kan opprettholdes.

6.6 Fordelingen mellom produsentorganisasjonene

IFPI og TONO gjør gjeldende at det ikke er grunn til å tilkjenne NORA en økt andel av musikkprodusentvederlaget, og etter deres syn hefter det ikke feil ved fordelingsutvalgets skjønnsmessige vurdering.

NORA gjør gjeldende at fordelingen mellom produsentorganisasjonene må baseres på tallene for norske innspillinger, under henvisning til at vederlaget fullt ut eller i det vesentlige må henføres til åndsverkloven § 21.

De saksøkte er uenig i dette og viser til at en vesentlig del av vederlaget må henføres til åndsverkloven § 20, all den tid en del av vederlaget må anses å relatere seg til tjenesten Start forfra, jf. punkt 6.2 ovenfor. Videre vises til at Norwaco har inngått en rekke tilleggsavtaler til Fellesavtalen, som gir TV-distributørene rett til å tilby ukesarkiv og catch-up tjenester. Vederlaget for disse tilleggsavtalene, som klart må utgjøre en vesentlig del av det betalte vederlaget, kan ikke på noen måte anses som vederlag etter åndsverkloven § 21, men er å anse som vederlag for enerettsklarering etter åndsverkloven § 20. I alle tilfeller er det klart at vederlag som henføres til åndsverkloven § 21 ikke bare gjelder norske innspillinger, men også borgere og selskaper som er hjemmehørende i EØS. I dette ligger det at fordelingen må basere seg på innspillinger med rettighetshavere som holder til i hele EU, samt i Norge, Island og Liechtenstein. For 2020 gjelder det samme for utøvere og produsenter fra Storbritannia.

I forbindelse med tvisten har IFPI utarbeidet et analysenotat, der det vurderes hvor stor del av musikken som er brukt i NRKs programmer som er norske innspillinger. Som grunnlag for notatet har IFPI innhentet tall fra analyseprogrammet Bmat som har monitorert hele sendeflaten på alle norske Tv-kanaler og avdekket bruk av lydopptak som IFPIs medlemmer har enerett til. Det har da fremkommet at bare 11,01 % av musikken NRK har brukt og som gjelder IFPIs medlemmer, er norsk. Videre har det fremkommet at en rekke norske tv-produksjoner bruker en stor andel musikk med rettighetshavere fra andre land enn Norge. For eksempel har de svært populære Tv-produksjonene Førstegangstjenesten og Maskorama brukt en stor andel utenlandsk musikk, med innspillinger gjort i andre EØS-land.

IFPI har også innhentet opplysninger om hvilke sendinger på NRK som bruker lydopptak som IFPIs medlemmer har enerett til. Undersøkelsen viser at lydopptak som IFPI-medlemmer har enerett til brukes 44 260 ganger, fordelt på 993 forskjellige programtitler på NRK 1 og NRK 2 i 2020.

Det er således ikke tvilsomt at en vesentlig andel av musikken som ble spilt på TV-kanaler som omfattes av Fellesavtalen, herunder også i de norske produksjonene, henfører seg til musikk utenlandske aktører har vederlagsrett til etter åndsverkloven § 21.

Det anføres at det på denne bakgrunn ikke er noen juridiske holdepunkter for å basere fordelingen mellom produsentorganisasjonene alene på tallene for norske innspillinger. Det anføres videre at det ikke kan legges til grunn at Gramos statistikk faktisk og fullt ut er i overensstemmelse med virkeligheten. Det vises i den forbindelse til at Gramo har opplyst at 20 % av lydopptak i en TV-rapport NRK har sendt Gramo vedrørende 2020 er ubehandlet, noe som innebærer at den ikke er omfattet av Gramo-statistikken som NORA fremla under behandlingen i fordelingsutvalget.

6.7 Sakskostnader

De saksøkte ser ingen grunn til å fravike utgangspunktet i Norwacos vedtekter om at partene bærer sine egne sakskostnader forbundet med saken.

6.8 Påstand

De saksøkte IFPI Norge og FONNO har nedlagt slik påstand:

1. Fordelingen gjort i Fordelingsvedtaket opprettholdes.
2. IFPI Norge og FONNO frifinnes for kravet om å måtte dekke saksøktes sakskostnader.

Subsidiært:

3. Norwacos Voldgiftsnemnd fordeler vederlaget etter eget skjønn
4. IFPI Norge og FONNO frifinnes for kravet om å måtte dekke saksøktes sakskostnader.

7. **Voldgiftsnemndas bemerkninger**

7.1 Voldgiftsnemnda er kommet til følgende:

- (1) Start forfra omfattes av tvangslisensen/vederlagsretten i åndsverklovens § 21 første ledd første punktum.
- (2) Åndsverklovens § 4 kommer ikke til anvendelse på det midlertidige eksemplaret som fremstilles ved bruk av Start forfra. Det er vernet etter lovens § 2 og § 3.
- (3) Voldgiftsnemnda har ikke grunnlag for å endre størrelsen på musikkprodusentene ervervsandel fastsatt i Blomsterboka.
- (4) Fordelingsutvalgets vedtak stadfestes slik det lyder når det gjelder fordeling til musikkutøvere, og da uten nærmere fastsettelse av hvilke overordnede rammer for opphaver-, utøver- og produsentandeler som skal legges til grunn.
- (5) Fordelingen mellom musikkprodusentorganisasjonene endres slik at NORAs andel øker til 1,8 % i både vederlagskategorien og i enerettskategorien, og slik at andelen til de uavhengige ikke fordeles mellom organisasjonene, men kanaliseres gjennom Gramo.
- (6) Hver av partene dekker egne sakskostnader forbundet med saken.

7.2. Innledende bemerkninger om voldgiftsnemndas kompetanse og avgjørelse samt om fordelingsvedtaket

Partene er uenige om hvorvidt voldgiftsnemnda skal/bør ta konkret stilling til de omtvistede rettsspørsmålene i saken eller om den bør nøye seg med å foreta en skjønnsmessig fordeling av de omtvistede beløp. Voldgiftsnemnda vil derfor innledningsvis si noe om sin prøvingskompetanse.

Nemnda skal i henhold til voldgiftsloven § 9 avgjøre «tvister i rettsforhold». Når det gjelder prøvingskompetansen tar voldgiftsnemnda utgangspunkt i vedtektenes punkt 5.2.4 som omhandler prøvingens gjenstand, sammenholdt med punkt 6.2.1 som angir prøvingsretten. Videre har nemnda tatt for seg «Regler for innbringelse og behandling av voldgiftssaker» vedtatt av Norwacos årsmøte 29. mai 2013 («Norwacos voldgiftsregler»).

Det følger av vedtektenes punkt 5.2.4 (sammenholdt med 5.2.5) at det nemnda skal prøve er fordelingsutvalgets «fordelingsvedtak», dvs. det påklagede vedtak. Videre fremgår det av punkt 2 i Norwacos voldgiftsregler at «(v)oldgiftsnemnda skal avvise å behandle et krav dersom kravet gjelder spørsmål som ikke har vært uttrykkelig fremmet for fordelingsutvalget i den forutgående fordelingsmegling».

Det ovennevnte innebærer at voldgiftsnemnda ikke kan fastsette hvilke generelle prinsipper som skal gjelde ved fordeling av vederlag i Norwaco. Derimot kan voldgiftsnemnda ved overprøvingen av et konkret fordelingsvedtak ta stilling til det eller de prinsipper som *er* anvendt i fordelingen.

Når det gjelder prøvingsretten angir vedtektenes punkt 6.2.1 første avsnitt første punkt at «Voldgiftsnemnda avgjør uoverensstemmelser i fordelingsspørsmål som vedrører Norwacos medlemsorganisasjoner eller deres medlemmer». Voldgiftsnemnda tolker dette dit hen at den skal ta stilling til hvorvidt fordelingsvedtaket bygger på riktige juridiske betraktninger og om det skjønn som er utvist er rimelig.

En utfordring for voldgiftsnemnda når det gjelder prøvingen av fordelingsvedtaket er at fordelingsutvalget ikke har redegjort for sine vurderinger av rettighetenes omfang, eller for hvordan de forskjellige presentsatsene er utledet av rettighetsomfanget. Som det fremgår av partenes påstandsgrunnlag er disse således kun basert på antakelser om hva fordelingsutvalget har ment.

Voldgiftsnemnda har vært usikker på hvordan den skal forholde seg til et slikt ubegrunnet vedtak, og har vurdert avvisning i samsvar med Norwacos voldgiftsregler punkt 2. Nemnda har imidlertid konkludert med at den også for et slikt summarisk vedtak har kompetanse til å ta stilling til de påstandsgrunnlag partene har påberopt, dvs. de rettsregler og prinsipper som de anfører at har vært førende for fordelingsutvalgets fastsettelse, og på denne bakgrunn avgjøre

de krav som er reist, jf. voldgiftsloven § 32. Etter nemndas syn må det imidlertid være noe støtte i historikken for at fordelingsutvalget har foretatt de vurderinger som anføres av partene, jf. også Norwacos voldgiftsregler punkt 2. Som nemnda vil komme tilbake til nedenfor er ikke dette tilfelle for alle de påberopte forhold knyttet til fordelingsutvalgets vedtak.

I motsetning til det påklagede vedtaket kan ikke voldgiftsnemnda unnlate å begrunne sin avgjørelse, jf. voldgiftsloven § 36 annet ledd.

7.3 Kort om problemstillingene knyttet til fordeling av 20 % til produsentene etter åndsverkloven § 20 (enerett produsenter) og § 16 (ervert)

Saksøkerne har blant annet krevet dom for at «Vederlag etter Fellesavtalen 2020 som gjelder videresending av lydopptak i nett, herunder Start forfra-sendinger, behandles som vederlag etter åndsverkloven § 21», jf. påstanden punkt 1.

Som det fremgår ovenfor, er bakgrunnen for påstandspunktet en antakelse hos saksøkerne om at de 20 % som fordelingsutvalget tildelte produsentene bygget på en rettsoppfatning om at tv-sendinger med mulighet for tidsforsinkelse - Start forfra – omfattes av unntaket i åndsverksloven § 21 andre punktum med den konsekvens at de ikke omfattes av tvangslisensen/vederlagsretten etter bestemmelsens første punktum. Videre antas at utøvernes rettigheter i slike sendinger i sin helhet er ervervet av produsentene.

Når det gjelder det førstnevnte mener saksøkerne at fordelingsutvalget har lagt til grunn en uriktig rettsoppfatning av åndsverkloven § 21 og § 4. Videre anfører saksøkerne at det ikke er grunnlag for produsenterverv. De saksøkte er uenige i dette og har nedlagt påstand om at fordelingen i vedtaket skal opprettholdes.

Saksøkernes antakelse om hvilken rettsoppfatning og hvilke prinsipper fordelingsutvalget har lagt til grunn er begrunnet med at begge de ovennevnte problemstillingene var tema under de forutgående forhandlingene mellom parten samt under meklingsmøtet den 14. desember 2022. Saksøkte synes å være enig i det, og nemnda legger derfor dette til grunn.

7.4 Spørsmålet om TV-sendinger med mulighet for tidsforsinkelse (Start forfra) omfattes av unntaket i åndsverksloven § 21

Åndsverkloven § 21 omhandler «vederlag for offentlig fremføring og overføring til allmennheten av lydopptak». Bestemmelsen innebærer at lydopptak av utøvende kunstners prestasjoner kan brukes offentlig mot at det betales vederlag til produsenten av opptaket og de utøvende kunstnerne som deltar i det.

Fra bestemmelsens første og andre ledd hitsettes:

«Lyddopptak av utøvende kunstners prestasjoner kan mot vederlag gjøres tilgjengelig for allmennheten ved offentlig fremføring og overføring til allmennheten. Dette gjelder ikke for overføring på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til opptaket.

Både produsenten av opptaket og de utøvende kunstnere hvis fremføring gjengis, har krav på vederlag. ...»

Partene er uenige om tjenesten Start forfra dekkes av tvangslisensen/vederlagsretten ifølge åndsverklovens § 21 første ledd første punktum, eller om den er unntatt etter annet punktum. Dersom saksøkerne gis medhold i at Start forfra dekkes av tvangslisensen skal vederlaget distributørene ha betalt for denne tjenesten inngå i det vederlag som skal deles likt ifølge åndsverkloven § 21 annet ledd, jf. § 31 i forskrift til åndsverkloven og Norwacos praksis. Hvis ikke omfattes vederlaget av enerett i åndsverkloven § 16 (utøverne) og § 20 (produsentene).

Som beskrevet ovenfor under punkt 4.1 innebærer funksjonene i Start forfra at mens en bruker ser på et TV program, kan vedkommende velge å starte programmet forfra, spole det frem og tilbake, eller sette det på pause. Når Start forfra er aktivert kan man fortsette å se på programmet også etter at det er avsluttet ifølge sendeplanen. For at dette kan gjøres, fremstilles et midlertidig eksemplar av det aktuelle programmet. Det kan veksles/zappes mellom ulike programmer som sendes samtidig. Start forfra kan da benyttes på det program brukeren til enhver tid ser på.

Voldgiftsnemndas konklusjon er som nevnt at Start forfra omfattes av § 21 første ledd første punktum. Begrunnelsen er den følgende:

Avgjørende for hvorvidt Start forfra er omfattet av vederlagsretten eller ikke er om overføringen ved bruk av denne tjenesten (til sluttbrukerne) «skjer på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til opptaket.» Valg av «sted» er ikke omtvistet. Det omtvistede er om bruk av Start forfra innebærer at det er brukeren selv som velger tid for tilgangen.

Formuleringen «selv kan velge tid» løser ikke spørsmålet direkte. Det kan bety både at man velger å se et program som ikke sendes lineært, men som er tilgjengelig utenfor sendeplanen i for eksempel et ukesarkiv, noe som klart omfattes av unntaket. Men det kan også sies at man velger tid når funksjoner i Start forfra benyttes i en lineær sending.

Det fremgår av side 321 i Prop. 104 L (2016-2017) at departementet la til grunn «at avgjørende for grensen mellom enerett og vederlagsrett vil være hvem som tar initiativ til overføringen: Overføringer som er initiert av avsender vil være omfattet av vederlagsretten, mens overføringer som er initiert av mottaker vil høre inn under eneretten. Dette skillet

fremgår ikke direkte av ordlyden, men etter departementets syn følger det implisitt av at eneretten omfatter overføringer som «den enkelte selv kan velge» tid og sted for tilgang til.»

Voldgiftsnemnda mener denne uttalelsen klart trekker i retning av at Start forfra omfattes av vederlagsretten i § 21 første ledd første punktum. Det vises til at Start forfra er parallelle nettutsendinger som gir mulighet for tidsforsinkelse, men at selve tilgangen er bestemt av sendeplanen og således «initiert av avsender».

En slik forståelse finner også støtte i øvrige deler av forarbeidene.

Eksempelvis vises til departementets følgende uttalelser på side 92 i ovennevnte proposisjon, som var en kommentar til en høringsuttalelse fra IFPI:

«Når det gjelder overføring av lydopptak i nettverk, vil dette som nevnt i høringsnotatet kunne skje som tradisjonell kringkasting og overføringer som er å sammenligne med dette, og som tjenester hvor tid og sted for tilgang til opptaket bestemmes av mottakeren av tjenesten. Mens tjenester i den første kategorien vil være omfattet av vederlagsretten, vil tjenester i den andre kategorien høre under eneretten. Når utgangspunkt tas i hvem som tar initiativ til overføringen, vil overføringer som initieres av avsender være omfattet av vederlagsretten, mens overføringer som initieres av mottaker vil være omfattet av eneretten

Departementet oppfatter at det er bred enighet i høringen om dette utgangspunktet, samtidig kan det synes som om IFPI Norge vil legge en snevrere forståelse til grunn, slik at enhver individuell interaktivitet bør medføre at overføringen er omfattet av eneretten. Så lenge det er tale om en overføring som er initiert av avsender, legger departementet til grunn at det med høringsuttalelsen ikke menes at det skal være avgjørende om mottaker faktisk benytter seg av muligheten for interaktivitet, da dette ikke vil være et egnet avgrensningskriterium.» [nemndas understrekning]

Og videre:

«Departementet holder her fast ved sitt syn om at en ikke bør klassifisere en parallelle nettutsending som noe annet enn den tradisjonelle kringkastingen, fordi det finnes en mulighet for å forsinke avspillingen av nettutsendingen noe. Slik departementet ser det, bør det heller ikke være avgjørende for klassifiseringen hvorvidt mottaker faktisk benytter seg av adgangen, i den forstand at avspilling som av mottaker forsinkes skal reguleres og klareres på annen måte enn om mottaker velger ikke å forsinke avspillingen. Formålsbetraktninger tilsier at slike parallelle nettutsendinger klareres på samme måte som den tradisjonelle kringkastingen, også om det gis mulighet til å forsinke avspillingen noe. Annerledes vil det stille seg med bredere anlagte tjenester, f.eks. hvor distributører av audiovisuelt innhold tilbyr sine å kunder å se siste ukes sendeprogram når de selv måtte ønske det. Her må tilgang anses å gis på mottakers forespørsel, og slike tjenester skal klareres under eneretten.» [nemndas understrekninger]

Voldgiftsnemnda tolker dette slik at overføringer som er «initiert» av avsender er ment å anses som tradisjonell (lineær) kringkasting «også om det gis mulighet til å forsinke avspillingen noe.» Med «avsender» menes åpenbart vedkommende kringkasting og/eller distributør. «Initiert av avsender» må bety overføring innenfor en fastlagt sendeplan.

At avspillingen kan forsinkes noe passer ikke helt til Start forfra, fordi denne tjenesten – avhengig av programmets lengde – kan medføre at avspillingen forsinkes mer enn det som det er naturlig å karakterisere som «noe». Voldgiftsnemnda anser imidlertid at ovennevnte uttalelser om «noe» tidsforsinkelse må leses i sammenheng med andre uttalelser i forarbeidene, hvor det avgjørende for hvorvidt overføringene omfattes av vederlagsretten altså synes å være hvem som har tatt initiativ til selve overføringen og ikke hvor lenge mottaker kan forsinke sendingen. Det vises for eksempel her til følgende uttalelse på side 87 i de ovennevnte forarbeider:

«Ved tradisjonell kringkasting er dette kringkaster – mottaker har her ingen mulighet til å påvirke hvorvidt det foretas en overføring eller ikke. Tilsvarende stiller det seg for også andre overføringer som helt og holdent skjer på kringkasters eller annen innholdsleverandørs initiativ, men hvor mottaker gis en begrenset mulighet til å forsinke avspillingen – heller ikke her har mottaker mulighet til å påvirke hvorvidt det foretas en overføring eller ikke. Departementet antar at det forhold at mottaker gis en begrenset adgang til å forsinke avspillingen noe ikke bør medføre at et annet regime for rettighetsklarering må benyttes (enn om muligheten for å forsinke ikke var til stede). [...] Formålsbetraktninger tilsier at slike parallelle nettutsendinger klareres på samme måte som den tradisjonelle kringkastingen, også om det gis mulighet til å forsinke avspillingen noe.

Voldgiftsnemndas helhetsvurdering er at uttalelsene i forarbeidene om de relevante vurderingskriterier klart taler for at Start forfra omfattes av tvangslisensen, og dermed vederlagsretten.

Åndsverklovens § 21 første ledd første punktum gjennomfører opphavsrettsdirektivets (2001/29/EF) artikkel 3 nr. 2 i norsk rett. Den danske versjonen av direktivet lyder «... på en sådan måte, at almenheten får adgang til de pågældende værker på et individuelt valgt sted og tidspunkt». Det er ikke kommet frem opplysninger som gir grunn til å tro at departementet har lagt et innholdskrav i åndsverkloven § 21, som strider mot EU/EØS-retten. Tvert imot har departementet støttet sine uttalelser om forståelsen av vederlagsretten i § 21 på at EU-domstolens tolkning av artikkel 3 nr. 2 i direktivet har vektlagt hvem som initierer handlingen, jf. C-279/13 (C More).

Under saksforberedelsen har partene vist til uttalelser i nyere avgjørelser fra EU-domstolen. Ingen av dommene omhandler direkte det spørsmål vår sak gjelder, og etter voldgiftsnemndas syn har de begrenset betydning for den konkrete vurdering.

Begge parter har påberopt seg definisjoner og bestemmelser i Fellesavtalen, og tilleggssavtalene, til støtte for egen oppfatning om hvorvidt Start forfra omfattes av vederlagsretten. Utøverne påberoper seg at definisjonene skal tas til inntekt for at Start forfra omfattes av vederlagsretten, mens produsentene argumenterer for at de ikke gjør det.

Voldgiftsnemnda vil bemerke at distribusjonsavtalene er inngått med Norwaco som organisasjon, ikke direkte med medlemsorganisasjonene, og at partene i vår tvist således ikke er parter i disse. Distribusjonsavtalene har et annet formål enn fordeling av vederlag internt i Norwaco, og de valgte formuleringer i disse, som er omtalt ovenfor under punkt 4.1, kan etter voldgiftsnemndas syn ikke tas til inntekt for at partene i disse avtalene har ment å ta stilling til anvendelsesområdet for vederlagsbestemmelsen i åndsverkloven § 21.

Selv om Start forfra gir brukeren muligheten til å sette sendingen på pause m.m. i en viss utstrekning, og dermed kan sies selv å kunne velge tid og sted for tilgangen, skjer utsendingen det er tale om fra en til mange og uten at mottaker kan påvirke hvorvidt det foretas en overføring. Ettersom den ikke skjer på mottakers forespørsel eller bestilling, anses tjenesten ikke å innebære at brukeren selv «kan velge tid og sted for tilgang til opptaket».

Voldgiftsnemnda har på denne bakgrunn konkludert med at tjenesten Start forfra omfattes av åndsverkloven § 21 første ledd første punktum.

7.5 Spørsmålet om den midlertidige eksemplarforestillingen omfattes av åndsverkloven § 4

Distributørens rett etter åndsverkloven § 21 første ledd første punktum, mot vederlag, å gjøre lydopptak tilgjengelige for allmennheten, gir ikke rett til eksemplarfremstilling. Dette er det i utgangspunktet utøvere og produsenter som har enerett til etter åndsverkloven § 16 og § 20. Begge disse paragrafene henviser imidlertid til åndsverkloven § 4, som gjør unntak fra eneretten etter lovens § 3 for opphaverens eksemplarfremstillingsrett på nærmere angitte vilkår, som er kumulative: Kopieringen må skje (i) tilfeldig eller forbigående, (ii) utgjøre en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess som har som eneste formål å muliggjøre, (iii) enten (a) en lovlig verksbruk, eller (b) en overføring i nettverk av et mellomledd på vegne av tredjeparter, og den må (iv) ikke ha en selvstendig økonomisk betydning.

Som nevnt fremstiller TV-distributørens system et midlertidig eksemplar av programmet, tv-sendingen eller filmen når en bruker benytter Start forfra. Spørsmålet voldgiftsnemnda må ta stilling til er om slike midlertidige eksemplarer likevel omfattes av tvangslisensen i åndsverkloven § 21, fordi de er uten vern etter lovens § 4. Unntaket for midlertidig eksemplarfremstilling innebærer at distributørene, dersom vilkårene i § 4 er oppfylt, fritt kan fremstille midlertidige eksemplarer i forbindelse med tilgjengeliggjøring som er lovlig etter åndsverkloven § 21.

Åndsverkloven § 4 gjennomfører, nesten ordrett, bestemmelsen i opphavsrettsdirektivets artikkel 5 første ledd. (2001/29/EF). I fortalen til opphavsrettdirektivet punkt 33 er det uttalt følgende om bestemmelsen:

Med hensyn til eneretten til reproduksjon bør der gælde en undtagelse for så vidt angår visse midlertidige reproduksjonshandlinger, som er flygtige eller tilfældige og udgør en integrerende og væsentlig del af en teknisk proces, som udelukkende foretages med henblik på at muliggøre enten en mellemmands effektive transmission i et net mellem tredjemænd eller en lovlig anvendelse af et værk eller af andre frembringelser. De pågældende reproduksjonshandlinger bør ikke have nogen selvstændig økonomisk værdi. For så vidt handlingerne opfylder disse betingelser, bør denne undtagelse også dække browsing samt handlinger, der muliggør lagring i cache-hukommelsen, herunder sådanne, som bidrager til, at transmissionssystemerne fungerer effektivt, forudsat at mellemmanden ikke ændrer informationen og ikke foretager indgreb i den lovlige anvendelse af teknologi, som er almindelig anerkendt og anvendt af industrien, med det formål at skaffe sig data om anvendelsen af informationen. En brug bør anses for lovlig, når den er godkendt af rettighedshaveren, eller når den ikke er undergivet lovmæssige restriktioner.

Basert på ordlyden i artikkel 5 siste ledd legger nemnden til grunn at unntaket, og begrensningen i innehaverens enerettsposisjon som artikkelens første ledd åpner for, bare kan komme til anvendelse i enkelte spesielle tilfeller, jf. ordlyden «in certain special cases»/«i visse spesielle tilfælde». Videre følger det av EU domstolens praksis at den skal underlegges en streng fortolkning jf. for eksempel uttalelser i avsnitt 23 i C-360/13 Meltwater.

Nemnda har kommet frem til at ikke alle de kumulative vilkårene i åndsverkloven § 4 er oppfylt, og at de midlertidige eksemplarene som fremstilles ved bruk av Start forfra således ikke er unntatt fra opphaverens eksemplarframstillingsrett. Nemnda vil i det følgende redegjøre for de foretatte vurderinger:

Nemnda finner at vilkåret om at eksemplarframstillingen må utgjøre en integrert og vesentlig del av en teknisk prosess er oppfylt. Det vises til at de midlertidige eksemplarene som produseres i forbindelse med Start forfra fullt ut fremstilles under en teknisk prosess, og at Start forfra ikke ville vært mulig uten denne midlertidige eksemplarframstillingen. Til støtte for denne konklusjonen vises til uttalelser i Ot.prp.nr.46 (2004–2005) s. 16 om forståelsen av vilkåret samt til EU-domstolens avgjørelse C-302/10 (Infopaq II) vedrørende det tilsvarende vilkåret i direktivet.

Når det gjelder vilkåret om at eksemplarframstillingen må være «tilfeldig eller forbigående» uttalte departementet blant annet følgende på side 16-17 i ovennevnte proposisjon:

«Forbigående» innebærer krav med hensyn til lagringens potensielle varighet, som – avhengig av hvilken lagring det er snakk om og hvor i prosessen den skjer – i større eller mindre grad skal være tidsbegrenset. Lagringen må således fremstå som flyktig, ubestendig eller forgjengelig. «Tilfeldig» viser til at lagringen skal bære preg av å

være vilkårlig, samtidig som den i en viss grad også skal være uberegnelig, uforutsett eller utilsiktet.

I relasjon til dette fremstår det for departementet som klart at situasjonen som beskrives i høringen, hvor verk kopieres over på mastere eller i databaser for forenklet avvikling av kringkasting, ikke vil omfattes av unntaket her. Denne form for eksemplarframstilling tilfredsstillende, etter departementets oppfatning, verken kravet til at eksemplaret skal være forbigående eller tilfeldig, og må – om den ikke omfattes av bestemmelsen i åndsverkloven § 31 – klareres særskilt.»

Ordlyden «tilfeldig» vil etter en normal språklig forståelse lede tanken til hendelser som skjer uten at de er villet, eller uten noe fast mønster, og forarbeidernes uttalelser er i tråd med dette. Med hensyn til den tilsvarende direktivbestemmelsen har EU domstolen uttalt at en eksemplarframstilling vil være tilfeldig dersom «den hverken har en selvstendig eksistens eller et selvstendig formål i forhold til den tekniske prosess, som den udgør en del af», jf. avsnitt 43 i C-360/13 Meltwater. Basert på det ovennevnte finner nemnda at «tilfeldig»-vilkåret ikke er oppfylt i herværende sak. Det vises til at Start forfra må anses å ha et selvstendig formål utover å legge til rette for kringkasting, nemlig å muliggjøre at sluttbrukeren kan pause sendingen, spole frem og tilbake, og kunne begynne på nytt. Lagringen er klart forutsett og tilsiktet.

Voldgiftsnemnda anser imidlertid at det alternative vilkåret om at eksemplarframstillingen må være «forbigående», er oppfylt. Dette fordi framstillingen av de midlertidige eksemplarene ikke kan anses å gå ut over det som er nødvendig for at den tekniske prosessen skal kunne utføres korrekt og at eksemplarene er ubestandige ettersom de slettes automatisk etter forholdsvis kort tid, hvilket er krav EU domstolen har oppstilt for det tilsvarende begrepet «flyktig» i opphavsrettsdirektivets artikkel 5 første ledd. Det vises til uttalelser i forarbeidene samt til EU-domstolens uttalelser i C-5/08 (Infopaq I) avsnitt 64.

Kravet om at den midlertidige eksemplarframstillingen må ha som eneste formål å muliggjøre enten en lovlig bruk av verket eller en overføring i nettverk av et mellomledd på vegne av tredjeparter, skal sikre at nettverksoverføringer, samt alminnelig databehandling av åndsverk blant personer som har lovlig tilgang til det, kan skje, jf. fortalen til opphavsrettsdirektivet punkt 33 gjengitt ovenfor. Om dette vilkåret uttalte departementet blant annet følgende på side 17 i Ot.prp. nr. 46 (2004-2005):

«Kravet til «lovlig bruk» innebærer at enten rettighetshaver må gi samtykke til eller at det i loven ikke eksisterer noe forbud mot den aktuelle bruk, jf. fortalen (33). Kravet om at det ikke skal eksistere et lovforbud kan tenkes tilfredsstillende enten ved at forholdet ikke omfattes av de opphavsrettslige eneretter eller at det dekkes av en avgrensingsbestemmelse i åndsverkloven 2. kapittel. Bruken vil etter dette være lovlig om det foreligger samtykke, lovhjemmel eller om forholdet ikke omfattes av loven.»

Saksøkerne anfører at vilkåret er oppfylt og har vist til at tilgjengeliggjøring av lydopptak etter åndsverkloven § 21 er lovlig bruk, og at den midlertidige eksemplarframstillingen i forbindelse med Start forfra har som eneste formål å muliggjøre denne bruken. Dette er de saksøkte uenige i. De anfører at «lovlig bruk av et verk» etter åndsverkloven § 21 kun er ordinær kringkasting via lineær-TV, og at eksemplarframstilling som følge av tjenesten Start forfra ikke er nødvendig for å sende slike tradisjonelle tv-sendinger, men en tilleggstjeneste.

Basert på ordlyden i åndsverkloven § 4, samt ovennevnte uttalelser i forarbeidene og fortalen til opphavsdirektivet, kan ikke nemnda se at det er grunnlag for å tolke vilkåret så snevert som anføres av de saksøkte. Ettersom det er lov å tilgjengeliggjøre lydopptak etter åndsverkloven § 21, og det midlertidige eksemplarframstillingen som skjer ved bruk av Start forfra ikke kan anses å ha annet formål enn å muliggjøre denne bruken, anser derfor nemnda vilkåret for oppfylt.

Det siste vilkåret i åndsverkloven § 4 er at den midlertidige eksemplarframstillingen ikke «har selvstendig økonomisk betydning». Ifølge Ole-Andreas Rognstad, Opphavsrett, 2. utgave, side 191 må dette vilkåret ses i sammenheng med bestemmelsens hovedformål, som er å sikre nye teknologiers utvikling og funksjon. Han bemerker at § 4 «slik sett skal ... bidra til at den aktuelle bruken av verket fungerer etter sin hensikt, men den midlertidige eksemplarframstillingen skal ikke ha noen økonomisk verdi ut over det.»

Det er ikke presisert i lovteksten hvem formålet skal ha økonomisk betydning for. Om innholdet i vilkåret uttalte departementet blant annet følgende på side 17 i ovennevnte forarbeider:

«Med dette menes at handlingen eller eksemplaret ikke kan ha økonomisk betydning utover det som kreves for å muliggjøre overføring i nettverk eller lovlig bruk av verket. Kravet innebærer at eksemplaret verken kan ha slik økonomisk verdi for rettighetshaver, mellomledd, sluttbruker eller andre.»

Departementet la således til grunn at enhver form for økonomisk betydning utover det som kreves for å muliggjøre overføring i nettverk eller lovlig bruk av verket, for enhver som kan tenkes å utnytte verket på en eller annen måte, er omfattet.

Sakene C-403/08 og C-429/08 (Premier League) vedrørende opphavsrettsdirektivets artikkel 5 omhandlet kortvarige eksemplarframstillinger i satellittdekodere som bidrar til funksjonen av TV-sendinger. EU-domstolen bemerket her at den midlertidige eksemplarframstillingen nødvendigvis hadde en økonomisk verdi, fordi verkene selv hadde det, jf. avsnitt 174. For å omfattes av åndsverkloven § 4 kan imidlertid ikke verdien være selvstendig i den forstand at den går «ud over den økonomiske fordel, der følger af den blotte modtagelse af en udsendelse, der indeholder beskyttede værker, dvs. ud over den fordel, der følger af den blotte opfangelse og visualisering af udsendelsen», jf. avsnitt 175. EU domstolen mente de midlertidige eksemplarene som ble fremstilt i TV-seernes satellittdekodere var «en uadskillelig og ikke-

selvstendig del af processen til modtagelse af de udsendelser, der indeholder de omhandlede værker». Eksemplarframstillingen ble utført «uden at de personer, som herved har adgang til de beskyttede værker, kan øve indflydelse på dem eller er bevidste herom.» Dermed hadde den heller ingen selvstendig økonomisk betydning, jf. avsnitt 176 til 178.

EU domstolens sak C-302/10 (Infopaq II) gjaldt en foreleggelse fra Danmark vedrørende en søketjeneste for avisartikler og det ble her uttalt at de økonomiske fordelene med eksemplarframstillingen må anses forskjellig og atskillelig fra hovedhandlingen hvis opphaveren kan oppnå en fortjeneste ved utnyttelsen av de midlertidige eksemplarene. Det samme gjelder dersom den midlertidige eksemplarframstillingen leder til en endring av gjenstanden for bruken, ettersom eksemplarframstillingen da ikke lenger har til formål å tilrettelegge for den aktuelle bruk, men å muliggjøre en annen bruk, jf. avsnitt 52 og 53.

Nemnda har funnet spørsmålet vanskelig, men har konkludert med at Start forfra-tjenesten må anses å ha en «selvstendig økonomisk betydning». I vurderingen er vektlagt at tjenesten innebærer at personene som får tilgang til verkene, får muligheten til å øve innflytelse på dem, så som spole tilbake i et program og se en sending eller en film helt på nytt. Dette i motsetning til situasjonen i de ovennevnte Premier League-sakene. Voldgiftsnemnda er enig med de saksøkte i at dette representerer en økonomisk betydning utover hovedhandlingen, som TV-distributørene kan ta bedre betalt for.

Ettersom ikke samtlige av de kumulative vilkårene i åndsverkloven § 4 er oppfylt, er ikke de midlertidige eksemplarene i Start forfra unntatt fra opphavernes enerett etter § 3. Siden tvangslisensen i § 21 ikke gir rett til eksemplarframstilling, betyr det at vederlag for Start forfra, i likhet med på-forespørsel-tjenesten ukesarkiv, for 2020 må klareres etter åndsverkloven § 20 og § 16.

En konsekvens av det ovenstående er at saksøkerne ikke får medhold i sitt påstandspunkt nr 1 om at «Vederlag etter Fellesavtalen 2020 som gjelder videresending av lydopptak i nett, herunder Start forfra-sendinger, behandles som vederlag etter åndsverkloven § 21».

7.6 Vedrørende overføring av ervervsandeler

Saksøkerne har tolket fordelingsvedtaket dit hen at musikkutøvernes utøverrettigheter på enerettsområdet (åndsverkloven §16) delvis er ervervet av produsentene, og anført at det ikke er grunnlag for dette, jf. påstandspunkt nr. 2. Som nevnt er vedtaket ikke begrunnet, men nemnden forutsetter i det videre at saksøkernes forutsetning er korrekt, jf. at nemnda bare kan ta stilling til de prinsipper som *er* anvendt i fordelingen.

Ved fordelingen av vederlag for originære rettigheter har det historisk blitt foretatt justering for erverv, og da «på den måten at utøver - og opphavsmannsandelene har blitt redusert til fordel for produsentenes andel ut fra den forestilling at rettighetene i nærmere bestemt

utstrekning er overdratt til produsentene. Slik har produsentene blitt tilgodesett i fordelingen gjennom såkalte ervervsandeler», jf. beskrivelsen gitt på side 41 under avsnitt 4.6 i Blomsterboka.

Saksøkerne har anført at forholdene har endret seg etter at Blomsterboka ble skrevet. Dette fordi produsentenes vederlagsrett ble vesentlig utvidet ved vedtakelsen av åndsverkloven av 2018, og at ervervandelene lagt til grunn i Blomsterboka derfor ikke kan opprettholdes. De saksøkte bestrider at det er grunnlag for å foreta endringer i ervervsandelen og anfører at de endrede forhold tvert imot taler for en utvidelse av ervervsandelene.

Voldgiftsnemnda mener Blomsterbokas vurderinger knyttet til produsentenes ervervsandeler av § 16 - rettigheter må legges til grunn for fordelingen for 2020, selv om vederlagsunntaket for «lydfilm» ikke er opprettholdt i den nye åndsverksloven. Basert på beskrivelsen i Blomsterboka om den historiske bakgrunnen for innføringen av ervervsandeler legger nemnda til grunn at disse dels er basert på dokumentert avtalepraksis og dels på forhandlinger. Videre legges til grunn at de ervervandelene som ble lagt til grunn i Blomsterboka, hvor det skjedde en halvering i forhold til en tidligere 2008- fordeling, ikke ble foretatt basert på en eksakt vurdering av rettighetsforhold, men som en del av en kompromissløsning etter at produsentene, i motsetning til tidligere, hadde fått originære rettigheter til videresending. Siden fastsettelsen således ikke kan anses å ha vært basert på juridiske betraktninger, finner voldgiftsnemnden at spørsmålet om hvorvidt systemet for fordeling bør endres, herunder de prinsipper som er beskrevet i Blåboka bør fravikes, ikke faller innenfor nemndas kompetanse, men må avgjøres av Norwacos demokratiske organer.

Saksøkerne får etter dette ikke medhold i sin påstand om det ikke skal fastsettes ervervsandeler for musikkutøvernes rettigheter.

7.7 Rammene for fordelingen

Saksøkerne har påpekt at fordelingsutvalgets vedtak er uklart med hensyn til fordelingen av vederlaget etter åndsverkloven § 21 mellom rettighetshavergruppene. I vedtaket heter det at vederlaget deles «likt mellom utøvere og produsenter». Saksøkerne hevder at uttalelsen er riktig om den tas på ordet, men at den blir feil dersom «utøvere og produsenter» forstås som musikkutøvere og musikkprodusenter.

Med bakgrunn i uklarheten om den overordnede fordelingen i vedtaket mener saksøkerne det er behov for en dom hvor voldgiftsnemnda fastslår at fordelingen skal skje innenfor rammen (40/30/30) for opphaver-, utøver- og produsentandeler.

De saksøkte er enige med saksøkerne i at det ikke fremgår klart av fordelingsutvalgets vedtak hvordan det omtvistede beløpet er blitt fordelt, i detalj. Men ettersom utvalget har opplyst at

fordelingen har skjedd skjønnsmessig og de saksøkte ikke kan se at saksøkerne har godtgjort at fordelingsutvalget har gått bort fra Norwacos overordnede fordelingsystem, anføres at vedtaket kan opprettholdes.

Voldgiftsnemnda finner at vedtaket kan opprettholdes slik det lyder, og viser til de saksøktes argumentasjon, som tiltredes. Når det er sagt er nemnda av den oppfatning at fordelingsutvalget med fordel kunne ha begrunnet vedtaket, slik at partene hadde fått klarhet i hvilke vurderinger som ligger til grunn for de foretatte fordelinger.

7.8 Fordelingen mellom produsentorganisasjonene

Som det fremgår ovenfor under punkt 3 ble det i fordelingsvedtaket opplyst at fordelingsutvalget benyttet Gramostatistikk 2020 «som grunnlag for norskandel og landfordeling, og som grunnlag for splitt mellom produsentorganisasjonene» samt at andel til «uavhengige» i statistikken ble fordelt forholdsmessig til de samme organisasjonene. Videre ble det opplyst at «vederlag tildelt NORA inngår i fremforhandlet rundsum for 2020».

Fordelingsutvalget fordelte så musikkprodusentvederlaget mellom IFPI Norge og FONO med henholdsvis 74,5 og 24,5 % i vederlagskategorien og 84,5 og 14,5 % i enerettskategorien. NORA ble tildelt 1 % i begge vederlagskategoriene. Det fremgår ikke av vedtaket hvordan fordelingsutvalget kom frem til denne fordelingen, utover at den er fastsatt «skjønnsmessig».

NORA anfører at Gramostatistikken for 2020 ikke gir grunnlag for å tildele produsentorganisasjonen så lite som 1 % av musikkprodusentvederlaget og krever at voldgiftsnemnda skal foreta en ny fordeling som gjenspeiler de rettighetene hver av de tre organisasjonene representerer. IFPI og TONO bestrider at det er grunn til å tilkjenne NORA en økt andel av musikkprodusentvederlaget, og etter deres syn hefter det ikke feil ved fordelingsutvalgets skjønsmessige vurdering.

Det fremstår som uklart for voldgiftsnemnda på hvilken måte fordelingsutvalget har benyttet «Gramostatistikk 2020» som «grunnlag for splitt mellom produsentorganisasjonene». Nemnda viser i den forbindelse til at den aktuelle statistikk dette året, inntatt under punkt 69 i stevningen, viser at NORA hadde 1,4 % andel av totalt registrert innspillinger og 2,2 % andel av norske innspillinger. Det gis ingen redegjørelse i vedtaket for hva som ligger til grunn for fordelingen på 1 % til NORA, inkludert uavhengige produsenter.

Siden fordelingsvedtaket ikke er begrunnet vites ikke om fordelingsutvalgets skjønnsutøvelse i forbindelse med fordelingen av musikkprodusentvederlaget har bygget på juridiske betraktninger eller andre generelle prinsipper, som ligger under voldgiftsnemndas prøvingskompetanse, jf. punkt 7.2 ovenfor. Det er heller ikke fremkommet opplysninger om noen rettsforståelse eller annet partene skal ha påberopt seg under forhandlingene og meklingen, som kan kaste noe lys over hva som har vært grunnlaget for utvalgets vurdering. Det som gjenstår å kunne prøve er dermed kun rimeligheten av det utviste skjønn.

Ettersom det fremgår av vedtaket at fordelingen mellom produsentorganisasjonene skulle baseres seg på Gramostatistikk, men det ikke er holdepunkter i vedtaket for at fordelingsutvalget ved sin fastsettelse av vederlagsandel til NORA faktisk har støttet seg på noen av alternativene, anser nemnda det utviste skjønn som tilfeldig og urimelig. Voldgiftsnemnda vil derfor foreta en ny skjønnsmessig fastsettelse, med utgangspunkt i Gramostatistikken.

Voldgiftsnemnda er uenig med NORA i at vederlaget skal fastsettes basert på tallene for norske innspillinger og viser i den forbindelse til konklusjonen ovenfor under punkt 7.5 om at Start forfra-sendinger ikke skal behandles som vederlag etter åndsverkloven § 21, men som vederlag for enerettsklarering etter åndsverkloven § 20. Under enhver omstendighet er det klart at vederlag som henføres til åndsverkloven § 21 ikke bare gjelder norske innspillinger, men også borgere og selskaper som er hjemmehørende i EØS. Nemnda er imidlertid enig med saksøker i at statistikken for totalt registrerte innspillinger ikke vil være et riktig utgangspunkt fordi denne er også omfatter, presumtivt mange, lydopptak av amerikanske utøvere og produsenter.

Basert på det ovenstående har nemnda kommet til at NORA skjønnsmessig bør tildeles 1,8 % av musikkprodusentvederlaget i begge kategorier.

Voldgiftsnemnda er enig med NORA i at fordelingen av andelen til uavhengige bør kanaliseres gjennom Gramo, som har best grunnlag og systemer for å foreta utbetalinger.

7.9 Sakskostnader

Saksøkerne har krevet at saksøkte pålegge å dekke deres kostnader ved saken, mens de saksøkte har argumentert for at det ikke er grunnlag for å fravike utgangspunktet om at partene bærer sine egne sakskostnader.

Voldgiftsnemnda viser til vedtektenes punkt 6.3.1 hvor hovedregelen er at hver av partene bærer sine egne omkostninger forbundet med en voldgiftssak, og at «Når det finnes særlig grunn til det, kan voldgiftsnemnda pålegge den ene part å refundere den annen part dennes omkostninger til juridisk og annen bistand i forbindelse med tvisten.»

Voldgiftsnemnda har funnet at det ikke foreligger slike «særlige grunner» til å tilkjenne saksøkerne saksomkostninger i denne saken. Det vises til at deres anførsler knyttet til fordelingsutvalgets vedtak bare i begrenset grad har ført frem.

Voldgiftsnemnda finner på denne bakgrunn at hver av partene skal bære sine egne saksomkostninger i forbindelse med voldgiftssaken. Dens omkostninger blir å bære likt mellom partene.

Avgjørelsen er enstemmig.

SLUTNING:

1. Fordelingsutvalgets vedtak om fordeling av vederlag til musikkutøvere etter Fellesavtalen 2020 stadfestes.
2. Fordelingsutvalgets vedtak om fordeling av vederlag til musikkprodusentorganisasjonene endres slik at NORAs andel øker til 1,8 % i både vederlagskategorien og i enerettskategorien, og slik at andelen til de uavhengige ikke fordeles mellom organisasjonene, men kanaliseres gjennom Gramo.
3. Hver av partene bærer egne sakskostnader. Voldgiftsnemndas honorar i henhold til særskilt oppgave bæres med en halvpart av hver av partene, dog slik at partene i forhold til voldgiftsnemnda hefter solidarisk.

[godkjent, men ikke signert grunnet sykefravær]

Lars Jakob Blanck


Helge Sønneland


Annika E. J. Lindström

Salærfastssettelse

Voldgiftsnemnda bestående av rådgiver/cand.jur Lars Jakob Blanck, rådgiver/cand.jur Helge Sønneland og tingrettsdommer Annika E. J. Lindström har 14. februar 2024 avsagt avgjørelse i tvist omhandlende Norwacos fordelingsnemnds vedtak av 21. desember 2022 «om fordeling av innkrevet vederlag for Fellesavtalen 2020, musikkutøvere og musikkprodusenter». Det følger av punkt 3 i slutningen at partene plikter å betale voldgiftnemndas salær, som blir å betale med en halvpart på hver. Dette salæret er fastsatt som følger:

- Lars Jakob Blanck, 120 000 kroner. I tillegg kommer arbeidsgiveravgift.
- Helge Sønneland, Skovveien 16,0257 Oslo, bankkonto nr. 9001.10.42332, 84 000 kroner. I tillegg kommer arbeidsgiveravgift.
- Annika E. J. Lindström, Slyngveien 11 A, 0376 Oslo, bankkonto nr. 9710.26.10966 kroner 150 000. I tillegg kommer arbeidsgiveravgift.

[Godkjent, men ikke signert grunnet sykefravær]

Lars Jakob Blanck


Helge Sønneland


Annika E. J. Lindström

