



## OSLO TINGRETT

### DOM

---

**Avsagt:** 30.05.2013 i Oslo tingrett,

**Saksnr.:** 10-172932TVI-OTIR/04

**Dommer:** Tingrettsdommer                      Vigdis Berg

---

Rikstv AS

Advokat Rasmus Asbjørnsen

Rettslig medhjelper:  
adv. Helge Olav Bergan

Rettslig medhjelper:  
adv. Anders Mediaas Wagle

**mot**

Norwaco

Advokat Arne Ringnes  
Advokat Camilla Sophie Vislie,

## DOM

Saken gjelder distribusjon av fjernsynssendinger i det digitale bakkenettet og tvist om klarering og betaling knyttet til lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven) § 34.

RiksTV AS (RiksTV), er den nest største TV-distributøren i Norge, og eies med like deler av NRK, Telenor og TV2.

Norwaco er en organisasjon som klarerer rettigheter for videresending av kringkastings-sendinger med hjemmel i åndsverkloven. Norwaco har 34 organisasjoner som medlemmer. Disse omfatter igjen mer enn 37 000 individuelle rettighetshavere, dvs. opphavsmenn, utøvende kunstnere, fotografer og produsenter. Norwaco inngår avtaler med brukere om videresending, innkrever vederlag og fordeler dette blant rettighetshaverne, uavhengig av om disse er medlem i Norwaco eller ikke. Avtalen med brukerne etablerer en såkalt avtalelisens, som også binder rettighetshavere som ikke er medlem av Norwaco, jf. åndsverkloven § 36 første ledd.

Det har vært en markedsmessig og teknologisk utvikling på kringkastingsområdet siden reglene om videresending i 1985. I dag finnes langt flere kringkastere, som ofte hver har flere kanaler. Kringkasterne eier ikke selv slik infrastruktur som er nødvendig for å kunne kringkaste sine fjernsynssendinger til seere, og benytter i stedet det digitale bakkenettet til dette formålet. For å kunne gjøre dette, må kringkaster for ha inngått avtale med RiksTV (som er operatør og konsesjonshaver for det tekniske sendernet) og ha innholds-konsesjon for å drive kringkasting (etter reglene i kringkastingsloven).

Kringkasterne foretar ikke selv den tekniske utsendelsen i nettet. Hver enkelt kringkaster leverer sitt fjernsynssignal direkte til RiksTV, som forstår sendinger pakket sammen, kodet og distribuert i bakkenettet. At sendingene kodes gjør at seerne er avhengig av dekodings-utstyr og abonnement for å kunne oppleve fjernsynssendingene. RiksTV kan dermed ta betalt fra abonnentene for tilgang til de kanalene abonnenten ønsker å se. En del av abonnementsinntektene tilbakeføres direkte til hver enkelt kringkaster (hovedsakelig i form av et avtalt vederlag per abonnent per måned). Kringkasteren mottar i tillegg reklameinntekter direkte fra annonsører basert på seertall. Kringkasteren må betale for distribusjonen og tilknyttede tjenester, for eksempel kundeservice, fakturering etc. Dette gjennomføres ved at RiksTV beholder en andel av abonnementsinntektene og/ eller ved at kringkaster betaler et særskilt distribusjons- vederlag til RiksTV (plattformavgift).

Bakkenettet eies av Norkring, som også eide bakkenettet før digitalisering (da nettet var analogt). Norkring leier ut kapasitet i nettet til Norges TelevisjonAS, som disponerer over denne kapasiteten iht. særskilt konsesjon og tillatelse fra Kultur departementet og Samferdselsdepartementet.

Norges Televisjon AS fremleier kapasitet dels til NRK, dels til RiksTV. RiksTV forvalter kapasiteten i henhold til konsesjon. Norkring eies av Telenor. Både RiksTV og Norges Televisjon AS ble etablert i forbindelse med digitalisering av bakkenettet. Begge eies av NRK, TV2 og Telenor, med like deler hver.

En TV-sending inneholder ulike typer verk og prestasjoner som nyter vern etter reglene i åndsverkloven. Etter disse reglene kan slike vernede verk og prestasjoner ikke "gjøres tilgjengelig for allmennheten" uten samtykke fra rettighetshaverne. Dette fordi fjernsyns-utsendingen innebærer en "tilgjengeliggjøring for allmennheten" i åndsverklovens forstand av de vernede verk og prestasjoner som inngår i spillefilmen og derfor er omfattet av rettighetshavernes enerett.

Twisten mellom RiksTV og Norwaco gjelder hvorvidt RiksTVs distribusjon av fjernsyns-sendinger i det digitale bakkenettet er "videresending" av kringkasternes sendinger i åndsverkloven § 34 forstand eller en del av kringkasternes egen utnyttelse av sendingene (kringkasting). Norwaco mener at RiksTVs distribusjon er videresending, og at RiksTV derfor skal betale et særskilt klareringsvederlag til Norwaco for denne utnyttelsen etter åndsverkloven. RiksTV mener at distribusjonen er å anse som en del av kringkasterens egen utnyttelse, det vil si kringkasting av fjernsynssendinger.

Norwaco klaget tvisten med RiksTV vedrørende klarering inn for Nemnda til behandling av tvister vedrørende videresending av kringkastingsprogram (Kabeltvistnemnda). Organet er et særskilt tvisteløsningsorgan opprettet av Kulturdepartementet for saker om videresending med hjemmel i åndsverkloven § 35 og forskrift av 21. desember 2001 nr. 1563 til åndsverkloven § 4-5. Norwaco ba Kabeltvistnemnda fastsette vilkår for en avtale mellom RiksTV og Norwaco etter åndsverkloven § 34, samt å fastsette vederlag for RiksTVs videresending. RiksTV krevde saken avvist. Kabeltvistnemnda kan ikke med bindende virkning for partene fastsette om det foreligger "videresending" i åndsverkslovens forstand.

RiksTV tok derfor ut stevning for Oslo tingrett 29. oktober 2010 mot Norwaco med følgende påstand:

1, RiksTV AS har rett til å distribuere kanalene TV Norge, TV3, TV2 Zebra, TV2 Bliss, Vlasat4, FEM, Discovery, TV2 Nyhetskanalen, TLC Norge, Disney, Disney Playhouse, Disney XD, National Geographic, Animal Planet, Eurosport, MAX, BBC World News, TheVoice, TV2 Filmkanalen, TV2 Premier League 1-3, TV2 Sport 1-5, Canal+ First, Canal+ Hits Sport Weekend, Canal+ Fotball, i det digitale bakkenettet.

2. RiksTV AS tilkjennes sakskostnadene.

Norwaco innga tilsvaer og stevning i motsøksmål nedla i hovedsøksmålet påstand om

frifinnelse. I motsøksmålet nedla Norwaco påstand prinsipalt om at RiksTV dømmes til å betale erstatning til Norwaco fastsatt etter rettens skjønn med tillegg av alminnelig forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra forfall til betaling skjer. Subsidiært ble nedlagt påstand om at RiksTV dømmes til å utbetale til Norwaco sin nettofortjeneste ved videresending av kringkastingsprogrammer med tillegg av alminnelig forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra forfall til betaling skjer og at RiksTV forbyr fortsatt videresending av kringkastingsprogrammer. Det ble nedlagt påstand om saksomkostninger.

I tilsvar til motsøksmålet av 28. januar 2011 nedla RiksTV påstand med krav om frifinnelse og saksomkostninger. I prosesskriv av 11. mars 2011 endret imidlertid RiksTV påstanden til prinsipalt å kreve at motsøksmålet avvises. Det ble gjort gjeldende at Norwaco ikke hadde søksmålskompetanse. Det ble vist til at søksmål etter åndsverkloven § 38b bare kan reises av "organisasjon som nevnt i § 38a", og at Norwaco, etter en endring i åndsverkloven § 38a i 2005, ikke lenger var en slik organisasjon. Norwaco bestred avvinningsgrunnet og krevde at motsøksmålet ble fremmet.

Den 1. april 2011 søkte Norwaco Kulturdepartementet om ny godkjenning etter åndsverkloven § 38a.

Oslo tingrett avsa 16. juni 2011 kjennelse hvoretter motsøksmålet i sak 10-172932 avvises og Norwaco dømmes til å betale RiksTV saksomkostninger. Tingretten fant at Norwaco, etter endring av åndsverkloven § 38a ved lov 17. juni 2005 nr 97 manglet godkjenning fra Kulturdepartementet som organisasjon på vegne av rettighetshaverne etter åndsverkloven § 38a, jf. § 34. Tingretten la til grunn at Norwaco dermed ikke hadde søksmålskompetanse etter åndsverkloven § 38b.

Kulturdepartementet sendte 18. november 2011 sendte ut på høring utkast til forskrift om overgangsregler til lovendringene i åndsverkloven gjort ved lov 17. juni 2005 nr. 97. Hjemmel for å gi overgangsregler følger av endringsloven punkt III nr. 2 bokstav c. Forskriftsutkastet innebærer at Norwaco kan gis en midlertidig godkjenning etter åndsverkloven § 38a selv om kravet til representativitet ikke er oppfylt. Godkjenningen vil videre ha virkning fra 2005. Det fremgår av høringsnotatet at bakgrunnen for forslaget er at distributører har gjort gjeldende at Norwaco ikke har gyldig godkjenning etter åndsverkloven § 38b, og at situasjonen nå er at "hele systemet for klarering av rettigheter for videresending er satt ut av spill". Høringsfristen ble satt til 5. januar 2012.

Kabeltvistnemnda traff 28. juni 2011 vedtak i saken i tvist mellom Norwaco og RiksTV, forent med en parallell sak for nemnda hvor Norwaco innklaget flere kabelselskaper. Etter forskrift til åndsverkloven § 4-6 kan nemndsbehandling kreves av "organisasjon av norske rettighetshavere godkjent etter åndsverkloven § 38a". Kabeltvistnemnda fant at vilkårene i åndsverkloven § 38a ikke var oppfylt. Sakene ble dermed avvist. Nemnda la til grunn at

lovendringen i 2005 medførte at Norwaco måtte søke om ny godkjenning fra Kulturdepartementet. Nemnda la videre til grunn at Norwaco heller ikke oppfylte det såkalte representativitetsvilkåret, som ble endret ved lovendringen i 2005, på det aktuelle området for den perioden sakene gjaldt.

Norwaco anket over tingrettens kjennelse om avvisning av motsøksmålet. Ved Borgarting lagmannsretts kjennelse av 12. desember 2011 var slutningen at motsøksmålet fremmes. saken. Ved begrunnelsen for resultatet delte lagmannsretten seg i et flertall og et mindretall. Flertallet fant at Norwacos pretensjoner må legges til grunn og at Norwaco som følge av dette også har påvist et reelt behov for avklaring. Mindretallet fant at åndsverkloven § 38b må tolkes slik at organisasjoner som var godkjent i henhold til tidligere gjeldende regler må anses søksmålskompetent. RiksTV anket til Høyesterett, som i kjennelse av 14. mars 2012 forkastet anken.

Ovennevnte forskrift om overgangsregler til lovendringene i åndsverkloven ble godkjent ved kgl. res. av 30. mars 2012 og trådte i kraft straks. Norwaco innga 11. april 2012 ny søknad om godkjenning etter åndsverkloven § 38 a. I brev av 15. juni 2012 til Norwaco ga Kulturdepartementet Norwaco midlertidig godkjenning som organisasjon etter åndsverkloven § 38 a, jf. § 36 første ledd, i henhold til forskrift av 30. mars 2012 nr. 266 om overgangsregler til lov om endringer i åndsverkloven.

Norwaco og RiksTV inngikk avtale om at Norwaco frafaller kravene i motsøksmålet med samtykke fra RiksTV AS etter tvisteloven § 18-4, annet ledd bokstav (a), slik at kravene ikke oppgis og at motsøksmålet da skal heves. Oslo tingrett avsa 22. mars 2013 kjennelse hvorefter motsøksmålet ble hevet.

#### RiksTV AS' påstandsgrunnlag:

Etter åndsverkloven § 2 har kringkaster ansvaret for at kringkasting klareres som kringkasting. Åndsverkloven, Bernkonvensjonen og SatCab-direktivet forutsetter at en kringkaster alltid kan og skal klarere rettighetene for kringkasting.

Åndsverkloven § 34, videresending, er et spørsmål om tolkning av videresendingsbegrepet i åndsverkloven. Videresending er det kun tale om når det først har skjedd en kringkasting. Videresendingsbegrepet knytter seg til tilgjengeliggjøringshandlingen. Enten er sendingen kringkasting eller så er sendingen videresending. Den rettslige karakteristikken vil ha virkning for alle verk i sendingen, ikke bare musikk.

Både åndsverkloven og kringkastingsloven forutsetter at kringkasteren alltid vil foreta en egen utnyttelse gjennom kringkasting. Dette nødvendiggjør klarering av rettigheter og Konsesjon. Kringkastingsloven og åndsverkloven etablerer kringkaster som pliktsubjekt

Kringkastingslovens kringkastingsbegrep er utsendelse som allmennheten kan se og høre samtidig og loven gir definisjon av kringkasting, jf. kringkastingsloven § 1-1 a) og definisjon av kringkaster, jf. kringkastingsloven § 1-1 f). Det vises til Prop.9 L (2012-2013) side 35, definisjon av broadcasting, jf. WPPT (1996) art 2 (f), - Romakonvensjonen (1961) art 3 og definisjon av satellittkringkasting, jf. SatCab (1993) art 1 (2) litra a)

Kringkastere må ha konsesjon for å sende i det digitale bakkenettet, kringkasting, jf. kringkastingsloven § 2-1, jf § 2-2. Konsesjon til kringkasting må brukes av kringkaster selv. Det kreves ikke konsesjon for kringkaster å bli videresendt. All fjernsynsdistribusjon skjer ved hjelp av distributører. Distributørene gjør i det alt vesentlige det samme.

Kringkasting er en tilgjengeliggjøringshandling (fremføring for allmennheten) og skal klareres en gang. Det er ingen uenighet om at kringkaster må klarere sin egen kringkasting. Manglende klarering for kringkasting er kringkasterens ansvar

Retten bygger på at kringkasting kan skje både via bakkenett og satellitt og kan skje på flere ulike plattformer samtidig. Det vises til Ot.prp.nr.80 (1984-1985) side 12, Ot.prp.nr.15 (1994-95) side 75, åndsverkloven § 30 annet ledd og Proposal for SatCab Directive (1991). Av teori vises til Sønneland (2009) side 15 og Foged (2009) side 555. Vedrørende lovgivers forutsetning om kringkasting i bakkenett vises til Ot.prp.nr.80 1984-85) side 12, Ot.prp.nr.15 (1994-95) side 74, Ot.prp.nr.81 (2008-09) side 10, Ot.prp.nr.76 (2004-2005) side 28-29, NRK, TV 2 Hovedkanalen og TVNorge i det analoge bakkenettet. Vedrørende koblingen mellom kringkastingsbegrepet i kringkastingsloven og åndsverk- loven vises til åndsverkloven § 31 og Rognstad (2009) side 279.

Når det gjelder åndsverkloven § 34, oppstod videresending oppstod, de praktiske og rettslige konsekvenser av videresending og behovet for lovregulering, var poenget at videresenderen skulle gis mulighet til å klarere for videresending. Poenget var ikke kringkasterens behov. Vedrørende forholdet til folkerettslige forpliktelser og rekkevidden av Bernkonvensjonen, jf. art 11 bis (1) (ii) og 11 bis (2) første punktum, var forholdet at opphavsmannens rettigheter ble begrenset, jf. NOU 1984:25 side 38 og Ot.prp.m.15 (1994-95) side 69 og 70.

Når det gjelder formålet med reglene om videresending, vises til NOU 1984:25 side 10. Videresending av utenlandske sendinger aktualiserte spørsmålet om lovendring. Den sentrale begrunnelse for vedtakelsen av åndsverkloven § 34, jf NOU 1984:25 side 38 "Det lar seg uten videre konstatere at de som driver det enkelte kabelnett ikke vil være i stand til å innhente samtykke fra samtlige opphavsmenn og utøvende kunstnere hvis verk og prestasjoner utnyttes i kringkastingsprogram som spres i kabelnettet. ..."1  
Den som videresender er ansvarlig for å klarere hele sendingen

Ved vurderingen av grensen mellom kringkasting og videresending, er de sentrale elementer ved avgjørelsen av om det er kringkasting eller videresending at bakkenett-

distribusjon basert på lukket signalkontribusjon er kringkasting. Bakkenettdistribusjon av norske kanaler er kringkasting. Bakkenettdistribusjonen av utenlandske kanaler er kringkasting fordi det opphavsrettslig er å anse som kringkasting i kringkasternes hjemland. Bakkenettdistribusjon er kringkasting fordi dette følger av avtalen kringkaster har inngått med RiksTV. Bakkenettdistribusjonen er kringkasting fordi distribusjonen samlet sett har karakter av primærutsendelse.

Bakkenettdistribusjon basert på lukket signalkontribusjon er kringkasting. Vedrørende det rettslige utgangspunkt vises til Rognstad (2009) side 281, NOU 1984:25 side 10, Ot.prp.nr.80 (1984-85) side 26, Sønneland (2009) side 13, Guide to Bern (1978) side 66 Schønning (2008) side 347 og Hugenholtz (2009) side 12, jf sammenhengen i lovverket, åndsverkloven § 45a mv.

Hvis det aktuelle signalet som sendes ut ikke tidligere er tilgjengeliggjort for allmennheten, dreier det seg om kringkasting og ikke videresending. Det vises til Proposal for SatCab Directive (1991) side 16, NL: Court of Hague (2009), punkt 4.4, Schønning (2008) side 2 Hugenholtz (2009) side 12, brev fra Norwaco til RiksTV 17. november 2008.

Faktum er at det skjer en direkte kontribusjon av alle kanaler tvisten omhandler. Det vises til distribusjonsavtale mellom kringkasterne og RiksTV og vitneførsel. Ingen har tilgang til de signalene som går fra kringkaster til RiksTV. Det er ingen forutgående kringkasting og kringkasting skjer i bakkenettet. Bakkenettdistribusjonen er kringkasting.

Bakkenettdistribusjonen av norske kanaler er kringkasting fordi det kringkastingsrettslig er å anse som kringkasting. Det rettslige utgangspunkt er kringkastingsloven §§ 2-1 og 2-2. Det er fornuftig med felles terminologi. Utsendelse i bakkenettet på vegne av kringkaster innebærer kringkasting. Alle norske kanaler kringkastes i det digitale bakkenettet

Bakkenettdistribusjonen av utenlandske kanaler er kringkasting fordi det opphavsrettslig er å anse som kringkasting i kringkasternes hjemland. Rettslig utgangspunkt er kringkastingsforskriften § 1-1, Ot.prp.nr.15 (1994-95), SatCab (1993) art. 1 (2) b, jf. a, Proposal for SatCab Directive (1991) side 11 pkt 13, Rognstad (2009) side 430 og notat fra Baker & McKenzie. Når det gjelder faktum vises til at alle kanaler bortsett fra TV 2 og TVNorge er utenlandske. Alle kanaler har direkte signalkontribusjon. Sendestatsprinsippet innebærer at bakkenettdistribusjonen anses å finne sted av kringkaster i kringkasterens hjemland. Åndsverkloven kommer derfor ikke til anvendelse. Rettighetshaverne får betalt for bakkenettdistribusjonen via kringkaster i den aktuelle jurisdiksjon, og skal ikke ha betalt en gang til for den samme bakkenettdistribusjon.

Bakkenettdistribusjonen av norske kanaler er kringkasting fordi dette følger av avtalene kringkaster har inngått med RiksTV. Vedrørende relevansen av avtalene mellom RiksTV og kringkasterne vises til Kabletvistnemndas vedtak 29. april 2009 og brev fra Lassen

Ricard. Kringkasterne har inngått distribusjonsavtale med RiksTV, jf. fremlegg og forklaringer. Kringkaster anser bakkenettdistribusjonen som primærkringkasting, og har inngått avtale basert på det og påtatt seg klareringsansvar. Adgangskontroll fordi kringkaster ønsker å sikre og stabilisere inntekter. Kringkaster kan gjennomføre klareringsforpliktelsen. Kringkaster inngår alle nødvendige avtaler og klarerer alle rettigheter til primærsending i bakkenettet.

Bakkenettdistribusjonen er kringkasting fordi distribusjonen samlet sett har karakter av primærutsendelse. Vedrørende rettslig utgangspunkt vises Schönning. Det er en totalvurdering av en rekke momenter; faktum, kringkasters forhold, kringkasters behov, kringkasters initiativ, kringkaster mener at det er primærsending, kringkaster betaler for å bli kringkastet, plattformavgift er en del av den totale økonomien mellom partene, kringkaster pålegger RiksTV å kreve brukerbetaling, kringkaster kan, ønsker og har klarert rettighetene for distribusjonen, det er krav til innholdskonsesjon og må selv bruke konsesjonen og kringkaster initierer og kontrollerer utsendelsen, som er lukket signal.

Riks TV viderefører bakkenettet som kringkastingsnett i Norge, har plikt til å tilby kapasitet til kringkastere for kringkasting, foreligger objektive kriterier for utvelgelsen RiksTV mottar plattformavgift og plikter å distribuere kringkasternes sendinger. Det er ikke behov for klarering. Formålet bak åndsverkloven § 34 slår ikke til

Det faktum at RiksTV er et annet selskap enn kringkaster er irrelevant. All distribusjon skjer ved hjelp av eksterne distributører. TV2 Hovedkanalen i bakkenettet er kringkasting. Distributøren ViaSat på satellitt (alle kanaler gjør det samme som RiksTV). Distributøren Kanal Digital Norge på satellitt (alle kanaler)- gjør det samme som RiksTV. Det er ingen faktisk eller rettslig grunn til å behandle RiksTV annerledes.

Vedrørende anførselen om at rettighetshavernes avtale med kringkasteren avgjør hva som er kringkasting, vises til det store antall rettighetshavere, jf. Nagells forklaring. Kringkasterne selv mener at bakkenettdistribusjon er klarert som primærsending med alle disse. Ingen avtaler mellom kringkasterne og rettighetshaverne trekker opp grensen.

Det er ikke riktig at satellitt uansett er primærkringkasting. Historisk distribusjonsform er ikke avgjørende. Det er ikke riktig at RiksTV og kringkasterne forsøker å unndra seg betaling.

Hensynet til et rimelig resultat tilsier at bakkenettdistribusjon anses som kringkasting. Dette vil innebære en praktikabel modell og gi forutberegnelighet for bransjen. Rettighetshaverne vil uansett kunne ivareta sine interesser gjennom direkte avtale med kringkasterne.



Den andre hovedanførsel er - subsidiært - at Norwaco ikke oppfyller vilkårene i åndsverkloven § 38 a. Norwaco er verken godkjent eller representativ.

Godkjenningen fra 1996 er falt bort. Åndsverkloven § 34 innebærer at rettighetshaverne må oppfylle lovens krav for å kunne ivareta videresendingsrettighetene. Norwaco har ikke anført at åndsverkloven § 38a er konvensjonsstridig eller i strid med SatCab-direktivet. Det er ikke konvensjonsstridig av Norge ikke å sørge for en organisasjon som kan ivareta videresendingsrettighetene

Når det gjelder Norges internasjonale forpliktelser, åpner Bernkonvensjonen for avtale- og tvangslisensbestemmelse på videresendingsområdet, art. 11bis første ledd (i-iii) og art. 11 bis annet ledd første setning. SatCab art. 9 (1) etablerer en plikt til å ha en regel om klarering av videresending. Norges ansvar knytter seg til å ha regelen, ikke til å opprette eller på annen måte å ha selve organisasjonen. Norge valgte i 1985 å innføre avtalemisens på videresendingsområdet, jf. åndsverkloven § 34 første ledd. Norge har ikke plikt til å ha regler om godkjenning og representativitet, men det er heller ikke i strid med Bernkonvensjonen eller SatCab-direktivet å ha slike regler eller forholdet til EØS-avtalen, jf. Ot.prp. nr. 46 (2004- 2005) side 54-55. Kravet om godkjenning og representativitet i lovens § 38a er i samsvar med EØS-avtalen og ikke i strid med Bernkonvensjonen.

Åndsverkloven § 38 a inneholder to kumulative vilkår, godkjenning og representativitet. jf. Ot. prp. nr. 15 (1994-95) side 142 og Kabeltvistnemndas vedtak 28. juni 2011 side 10 første og tredje avsnitt og side 12. Norwaco oppfyller ikke kravet til representativitet i åndsverkloven § 38a. Forskrift med overgangsregler verken gjør eller kan gjøre unntak fra representativitetskravet. Forskriften gjelder kun godkjenning.

Departementet har ikke adgang til å bruke et EØS- stridig nasjonalitetskriterium som vilkår for godkjenning. Åndsverklovens krav til representativitet og "representere", vises til Kabeltvistnemndas vedtak 28. juni 2011 side 10 fjerde avsnitt, og "på området" samme sted side 10 femte avsnitt, "vesentlig del av" side 10 sjette avsnitt og side 11 første og andre avsnitt og "brukes i Norge" side 11 tredje avsnitt.

Norwaco oppfyller ikke kravet til representativitet, jf. Kabeltvistnemndas vedtak 28. juni 2011 side 13 tredje avsnitt, jf. søknaden 1. april 2011.

Forskriften er ugyldig. En ugyldig forskrift får ikke virkning etter sitt innhold og skal settes til side og ikke anvendes. Forskriften har ikke hjemmel i endringsloven. Hjemmelen for å lage overgangsregel hadde gått ut på dato. Forskriften er reelt sett ikke en overgangsregel. Den er i realiteten et enkeltvedtak. Overgangsforskriften er i strid med Grunnloven § 97 og forvaltningsloven § 39. Det følger av Grunnloven § 97 at lover, forskrifter og forvaltningsvedtak ikke kan gis tilbakevirkende kraft. Det vises til overgangsforskriften § 1 annen setning om at godkjenningen kan gis virkning fra tidspunktet for ikrafttredelse av endringslov 17. juni 2005 nr. 97 eller senere og frem til 31. desember 2013. I vedtak om

midlertidig godkjenning 15. juni 2012 heter det at godkjenningen gjelder med virkning fra 1. juli 2005 til 31. desember 2013. Tilbakevirkningen er rettsstridig. Det vises til Rt. 2006 side 293 premiss (60) og (61), Rt. 2010 side 143 premiss (153) og (154) og Rt 2006 side 293 premiss (72).

Overgangsforskriften og den midlertidige godkjenningen er ugyldig for perioden som omfattes av Kabeltvistnemndas vedtak av 28. juni 2011.

Påstand:

1. RiksTV AS har i det digitale bakkenettet overfor Norwaco rett til å distribuere de fjernsynskanaler som distribueres i dag, og de fjernsynskanaler som tidligere har blitt distribuert, jf. åndsverkloven § 34.
2. RiksTV AS tilkjennes sakskostnadene.

Norwacos påstandsgrunnlag:

Det avgjørende i saken er at RiksTV foretar en opphavsrettslig relevant handling. RiksTV fremfører/tilgjengeliggjør beskyttede verk og prestasjoner for sine abonnenter, jf. åndsverkloven § 2. RiksTV har en selvstendig plikt til å klarere denne handlingen. Alle rettigheter til RiksTVs handling er ikke klarert, Videre sendingsrettigheter er ikke klarert. Rettigheter for enhver distribusjon, uansett om det er kringkasting eller videre sending, er ikke klarert. RiksTVs distribusjon skjer følgelig uten nødvendig tillatelse og er en krenkelse av enerettighetene etter åndsverkloven.

RiksTV foretar en videre sending etter åndsverkloven § 34. RiksTV er en annen organisasjon enn kringkastingsselskapet og har en selvstendig plikt til å klarere. Rettighetshaverne har gitt samtykke til kringkasting over satellitt, men ikke distribusjon i DTT. RTVs distribusjon er ikke klarert og er derfor en sekundær utnyttelse i forhold til primær kringkastingen.

Videre sendingsrettens gjenstand er verket og ikke de tekniske signaler, om signalene tilføres direkte til distributøren er uten rettslig betydning for om det foreligger videre sending.

RiksTVs handlinger skjer i Norge, er regulert av norsk rett og skal klareres etter norsk rett. RiksTV videre sender uten nødvendig tillatelse og RiksTV har ikke rett til sin distribusjon.

RiksTV foretar en videre sending etter åndsverkloven § 34. Vilåårene for videre sending er at det skal foreligge en samtidig overføring til almenheten i form av kringkasting. "En annen organisasjon enn den opprinnelige" skal iverksette denne overføringen til almenheten av verkene som kringkastes. Det vises til Schønning, Rognstad, Ot. prop. nr. 80 (1984-85) og Bernkonvensjonen Art. 11 bis (2). Norsk lov skal tolkes og anvendes i overensstemmelse med Bernkonvensjonen, jfr. Opphavsrettsdirektivet art. 3, (1) og TV

Catchup dommen, pkt. 48. Det er ikke omtvistet at § 34 også gjelder for digital bakkenett-distribusjon. RiksTV er "en annen organisasjon enn den opprinnelige".

Vedrørende primærsendingen vises satellitt- og kabeldirektivet artikkel 2, jf. Dreier: "The exclusive nature of the satellite broadcasting right as a right of initial broadcasting circumscribed in Article 2 .. "

Satelittsending som skjer fra det land hvor utsendingen skjer er altså definert som en primærsending. Dette er reflektert i rettighetshavernes kontrakter, jf. TONO. Kringkastingsretten på satellitt klareres av organisasjonen i det land hvor utsendingen skjer. Kontraktsrettslig er dette derfor primærkringkastingen for komponistrettighetene. Distribusjon på annen måte og av andre er derfor kontraktsrettslig en ny utnyttelse, som det ikke er gitt samtykke til.

TVNorge var per 2006 kringkastet på satellitt; derfor er det den primærkringkasting som TONO har gitt samtykke til. TV2 Hovedkanalen ble kringkastet i det analoge nettet og på satellitt; derfor var det kringkastingslisensen som TONO ga TV2. Når det analoge nettet slukkes og erstattes av det digitale nettet følger det av den kontraktsrettslige realitet at TV2 Hovedkanalen nå kringkastes i det digitale nettet. PPL klarerer kringkasting over satellitt, ikke mer.

Utsending i det digitale bakkenettet kan etter omstendighetene primærsending. Det avgjørende er avtalen som inngås med rettighetshaveren: Videre sendingen er den sekundær utnyttelsen som skjer samtidig med kringkastings sendingen og som ikke er klarert med rettighetshaveren. Iiva som er primærsending er i bunn og grunn et avtalespørsmål, jf. Rognstad, Foged og Schönning. Alt kan selvfølgelig ikke være videre sending, jf. Nagells forklaring; det må foreligge en primærsending.

Den kringkastingsrettslige definisjon er ikke bestemmende for den opphavsrettslige definisjon. Begrepcne har forskjellig innhold og skal ivareta forskjellige hensyn (Ot.prp. nr.76 (2004- 2005). Vedrørende kringkastingsmyndighetenes oppfatning av hva som skjer i det digitale bakkenettet vises til Medietilsynets høringsuttalelse. Henvi sningen i åndsverk loven §§ 31, 32 til "andre som har konsesjon/bevilling til å drive kringkastingsvirksomhet" er ikke relevant.

Når det gjelder overføringsspørsmålet, hevder RiksTV at fordi RiksTV mottar signalene i et lukket punkt til punkt leveranse, foreligger det ikke videre sending. Dette bygger på den rettslige forståelse at det er signalene som videre sendes. Videre sendingsretten gjelder det opphavsrettslige beskyttede innhold. Beskyttelsen knytter seg til det opphavsretts - beskyttede innhold, ikke signalene. Saken dreier seg ikke om signalrettigheter, men om de verk som videre sendes. § 45 a ikke relevant. Denne signalretten er ikke omfattet av avtalelisensen. Det vises til Bernkonvensjonen og åndsverkloven, som omtaler "verk". Direkte tilførsel av signalene endrer ikke karakteren av videre sending, så lenge

Programmene samtidig kringkastes. Det er verket og de beskyttede prestasjoner etter §§ 42 og 45 som er enerettens gjenstand. Det vises til forarbeidene, den nordiske utredningen, NOU 1984 nr. 25: "Kabelsending basert på lukket punkt til punkt fremføring ("fixed satellite service") er videresending når programmene samtidig kringkastes, jf. danske forarbeider. Av juridisk litteratur vises til Foged.

Reelle hensyn tilsier at eneretten til videresending kan ikke være avhengig av den tekniske måte som distributøren mottar signalene. Opphavsretten er teknologinøytral. De opphavsrettslige eneretter er uavhengig av hvilken teknologi som benyttes. RiksTVs standpunkt vil innebære en tilfeldig fordel for distributør og kringkaster på bekostning av rettighets-haverne. De nederlandske dommer og Hugenholz-artikkelen omtaler en annen situasjon, og dommen RiksTV har vist til er en ikke rettskraftig tingrettsdom.

De offentligrettslige forhold og statens vilkår for etableringen av DTT-nettet er uten opphavsrettslig betydning. Det avgjørende er RiksTVs kommersielle virksomhet og opphavsrettslige handlinger.

Det foreligger en situasjon som avtalelisensen i § 34 typisk er ment for. Et bærende hensyn bak avtalelisensen er å gi distributøren mulighet for å klarere rettighetene, rettigheter han ikke kan ha oversikt over. Mange rettigheter er ikke klarert for RTVs distribusjon. Saken viser at kringkastingselskapet ikke kan klarere alle rettighetene med rettighets haverne; det er da § 34 hjelper distributørene. RiksTV kan inngå avtale med Norwaco og distribusjonen blir lovlig. Avtalelisensen gjelder for restrettighetene som ikke er klarert, jf. åndsverkloven § 36 første ledd i. f.

Musikkavtalen gjelder for musikkrettighetene og bygger på den forutsetning at alle andre rettigheter er klarert. Spørsmålet om avtalelisensen er en innskrenkning av opphavsretten er irrelevant for saken. Men i praksis er avtalelisensen den måten rettighetshaverne kan sikres betaling for utnyttelsen av deres rettigheter, jfr. Nagells forklaring.

Avtalene mellom RiksTV og kringkasterne har ingen betydning for rettighetshavernes rettigheter. Det er et internt forhold som ikke fritar RiksTV for ansvar overfor rettighets-haverne, og som ikke har noen rettslig betydning for klassifikasjonen av om sendingene er "primærsending" eller "videresending".

Vedrørende lovvalgsspørsmålet er RiksTVs anførsel at bakkenettdistribusjonen av utenlandske kanaler er kringkasting fordi det opphavsrettslig er å anse som kringkasting i kringkasternes hjemland, er ikke relevant. Det avgjørende er at rettigheter ikke er klarert. Det foreligger ikke avtalerettslig grunnlag for distribusjonen. Rettighetene skal uansett være klarert, jf. Airfield-dommen. Disse restrettighetene kan og skal klareres i Norge gjennom Norwaco.

Senderlandsprinsippet gjelder ikke. Overføringen fra kringkaster skjer ikke ved satellitt og RiksTVs sendinger skjer ikke ved satellitt. Det er norsk rett, og norsk internasjonal privatrett bestemmes ikke av engelsk lov. Om sendingene er "broadcast" etter engelsk rett, er ikke avgjørende etter norsk rett. Videre sending skal klareres etter norsk rett, jf. territorialprinsippet, jf. Coditeldommen. RiksTVs handlinger har sin nærmeste tilknytning til Norge: Det er norsk distributør og norsk distribusjonsnett.

Når det gjelder Norwaco som organisasjon og RiksTVs påstand, er forholdet at Norwaco er godkjent av departementet, jf. overgangsforskriften og vedtak om midlertidig godkjenning. Norwaco oppfyller overgangsforskriftens krav. Overgangsforskriften er gyldig

Forskriften er en overgangsregel, som har hjemmel i endringsloven. RiksTVs anførsler ble fremmet i høringsrunden, før forskriften ble vedtatt. Departementets oppfatning fremgår av forarbeidene. Overgangsforskriften har hjemmel i endringsloven punkt III 2 c.

Staten har plikt til å sørge for at det finnes en organisasjon som klarerer rettigheter på Videre sendingsområdet, satellittdirektivet art. 9 (1) og (2). Overgangsforskriften er gitt for å oppfylle art. 9 Norwaco oppfyller forskriftens krav.

Overgangsforskriften er gyldig. Forutsetningen for RiksTVs anførsler om ugyldighet er at forskriften er til skade for RiksTV Forutsetningene som RiksTVs anførsler bygger på er ikke riktige, og RTVs anførsler om ugyldighet hviler derfor på sviktende grunnlag

Kabeltvistnemndas avgjørelse har ingen rettskraftvirkning. Nemndas avgjørelse er et enkeltvedtak. I utgangspunktet det bare endelige realitetsavgjørelser har rettskraftvirkninger. Forvaltningsavgjørelser har ikke rettskraftvirkninger med mindre det er lov hjemmel. RiksTVs anførsel ble fremsatt i høringsrunden. For departementets standpunkt vises til forarbeidene.

Vedrørende anførselen om at RiksTV "har rett til å sende hvis Norwaco ikke er godkjent med virkning fra 2005, vises til åndsverkloven § 34 annet ledd. Eneretten følger av åndsverkloven § 2. Det vises til ordlyden i åndsverkloven § 34 og sammenhengen mellom § 34 og § 36. Formålet med bestemmelsen er ikke å begrense alle opphavsmenns enerett, men de utenforstående (ikke-organiserte) opphavsmenns enerett. Forutsetningene for å utløse avtalelisensen er at vilkårene i den aktuelle bestemmelsen er oppfylt. Hvis betingelsene for avtalelisens ikke er oppfylt, gjelder eneretten. Den er fastslått i åndsverkloven § 2 og loven kan ikke tolkes slik at eneretten bortfaller Eneretten er fastslått i internasjonale konvensjoner og direktiver som Norge er forpliktet til å følge. Hvis det foreligger en situasjon der det ikke finnes noen godkjent organisasjon som kan klarere rettighetene, er videre sending ikke lovlig (med mindre alle rettigheter er klarert på annen måte)

Konklusjon er at 1) RiksTV har ikke rett til å sende hvis vilkårene for avtalelisens ikke er oppfylt og 2) Overgangsforskriften er ikke til skade for RiksTV.

Når det gjelder RiksTVs anførsel om at departementet ikke kan bruke et EØS-stridig nasjonalitetskriterium som vilkår for godkjenning, vises til at overgangsforskriften er en overgangsregel og departementets syn, slik det kommer til uttrykk i forarbeidene. Det fremgår at departementet ikke deler RiksTVs syn.

Overgangsforskriften innebærer ingen tilbakevirkning "til skade" for RiksTV og er derfor ikke i strid med Grunnloven § 97. Det vises til departementets syn slik det frem kommer i forarbeidene. Forskriften innebærer ikke at det knyttes nye byrder til eldre handlinger, eller at det foretas inngrep i etablerte rettigheter. Selv om retten skulle mene at overgangs forskriften innebærer tilbakevirkning til skade for RiksTV, er den uansett ikke i grunnlovstridig. Standardteorien må legges til grunn, jf Rt. 2007 s. 1281 avsnitt 99. Det må foretas en helhetsvurdering av hvilke virkninger loven får. Etter en slik vurdering er loven verken urimelig eller urettferdig i dette tilfelle. En prosessregel/kompetanseregulering er tilbakevirkning til skade aldri grunnlovstridig, jf Rt. 2012 s.519 avsnitt 89.

Vedrørende RiksTVs anførsel om forvaltningsloven § 39 er det som fremgår av ordlyden at det en forskrift som ikke er kunngjort på det tidspunkt den er påberopt, bare kan anvendes mot noen som kjente den. Meningen må ha vært å begrense adgangen til å anvende en forskrift på handlinger og begivenheter som har funnet sted mellom vedtakelsen og kunngjøringen av forskriften.

Overgangsforskriften er ikke et enkeltvedtak. Det vises til forvaltningslovens definisjoner av enkeltvedtak og forskrift. RiksTVs anførsler ble fremmet i høringsrunden. Det vises til departementets syn. Vedtakets formulering er i utgangspunktet avgjørende. Alle generelle regler som er bestemmende for private rettigheter eller plikter er forskrifter.

Overgangsforskriften er ikke en overprøving av nemndas avgjørelse. Overgangsforskriften er ikke en overprøving av nemndas avgjørelse. Det foreligger ingen omgjøring til skade for RiksTV, jf. forvaltningsloven § 35 (1) a. Uansett er det adgang til omgjøring til skade på ulovfestet grunnlag, jf. forvaltningsloven § 35 siste ledd. Det vises ellers til departementets syn på tilbakevirkningsspørsmålet.

Vedrørende forholdet mellom overgangsforskriften og forskrift til åndsverkloven § 4-10, er overgangsforskriften *lex specialis* og *lex posterior* og presumsjonsprinsippet leder til samme resultat. Overgangsforskriften går foran den alminnelige forskriften § 4-10 ved eventuell motstrid, jf. EØS-loven § 2.

Når det gjelder konsekvensene av at forskriften anses ugyldig, vises til tolkningen av åndsverk loven § 38 a. Vedrørende presumsjonsprinsippet vises til Rt. 2000 s. 1811 Finanger I, nemndas avgjørelse KTN-2004-S/2004-6. Vedrørende konsekvensen av brudd

vises til Rt. 2005 s. 1365 Finanger II.

Subsidiært anføres at den tidligere godkjenningen bortfalt ikke ved lovendringen i 2005. Det vises til lagmannsrettens mindretall og Høyesteretts kjennelse. Videre vises til departementets syn slik det fremkommer i forarbeidene til endringsloven. Det fremgår bl.a. at departementet også etter 2005 i praksis har ansett Norwaco som godkjent etter den gamle godkjenningen fra 1996, jf. også Nagells forklaring.

Vedrørende subsumsjonen vises til lagmannsrettens mindretall og Høyesteretts kjennelse. Godkjenninger skulle falle bort ved lovens

Norwaco oppfylder representativitetskravet etter lovendringen i 2005. Det vises til departementets uttalelser i forarbeidene til endringsloven og høringsnotatet. Videre vises til Nagells forklaring og vitneførsel. Søknad om godkjenning er av 1. april 2011, jf. godkjenningen etter § 45 b.

Påstand:

1. Norwaco frifinnes.
2. Norwaco tilkjennes sakskostnader.

**Rettsens vurdering:**

Twisten gjelder rekkevidden av åndsverkloven § 34. Det er spørsmål om tolkning av videresendingsbegrepet i denne bestemmelsen. Åndsverkloven § 34 lyder:

"Verk som lovlig inngår i kringkastingssending, kan ved samtidig og uendret videresending gjøres tilgjengelig for allmennheten 2 når den som videresender oppfyller betingelsene for avtalelisens etter § 36 første ledd, eller videresender etter tillatelse gitt av nemnd 3 etter bestemmelsene i § 36 andre ledd.

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

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

Åndsverkloven § 34 er det rettslige grunnlaget for Norwacos klarering av videresending av kringkastingssendinger. For at det skal foreligge videresending må det foreligge en primærsending(kringkasting).

Åndsverklovens kapittel 1 inneholder bestemmelser om opphavsrettens innhold, herunder at opphavsmannen har en enerett til å gjøre sitt verk "tilgjengelig for almenheten", jf. åndsverkloven § 2.

At kringkasting av verk er omfattet av opphavsmannens enerett, er spesifisert i åndsverkloven § 2 fjerde ledd:

"Som offentlig fremføring regnes også kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten..."

Såvel åndsverkloven som internasjonalt regelverk, Bernkonvensjonen og satellitt-direktivet, forutsetter at kringkaster kan og skal klarere rettighetene for kringkasting.

Dersom RiksTVs distribusjon i det digitale bakkenettet anses er primærsending (kringkasting), er det således kringkasteren må klarere med rettighetshaverne.

Dersom RiksTVs distribusjon er å betrakte som "videresending" i opphavsrettslig forstand, må RiksTV klarere med Norwaco, jf. åndsverkloven § 34. Videresendingsbegrepet knytter seg til tilgjengeliggjøringshandlingen.

Begrepet videresending benyttes både i åndsverkloven § 34 flg og i kringkastingsloven kapittel 4. Som det fremgår av Ot.prp. nr. 76 (2004-2005) Om lov om endringer i kringkastingsloven, jf. også uttalelsene i NOU 1984:25 Om nabolandfjernsyn i kabel side 10, er hensynene bak reglene om videresending i åndsverkloven og kringkastingsloven ulike.

Retten bygger på at kringkasting kan finne sted både via bakkenett og satellitt, og skje på flere ulike plattformer samtidig. Det vises til de norske lovforarbeider. I Ot.prp. nr. 80(1984-1985) uttales side 12:

"Videre foreslår departementet, på bakgrunn av EFs satellittdirektiv, en bestemmelse om at også satellittkringkasting kan omfattes av avtalelisensbestemmelsen, og slik at vilkårene for avtalelisens blir felles for satellittkringkasting og ordinær jordbundet eterkringkasting. Det er bare kringkastingsprogram som kringkastingsforetak også sender samtidig og trådløst over jordbundet nett, som omfattes av bestemmelsen om satellittkringkasting, Denne begrensning er en følge av satellittdirektivet og bygger på en allment akseptert tolkning av opphavsrettslige konvensjoner."

Videre vises til Ot.prp. nr. 15(1994-1995) side 75:

"De kringkastings-sendinger som lisensbestemmelsen forutsettes å omfatte, er de sendinger som man tradisjonelt anser som kringkasting, dvs. etersendinger av program beregnet på direkte mottaking av allmennheten ved hjelp av radio- eller fjernsynsmottaker. Det gjelder både sendinger over bakkenettet og over direktesendende kringkastings-satellitt."



Vedrørende internasjonalt regelverk, vises til EUs Satellitt- og kabeldirektiv 93/83/EEC (satellittdirektivet/SatCab direktivet), artikkel 1 (2), a) og b), som lyder:

"(a) For the purpose of this Directive, "communication to the public by satellite" means the act of introducing, under the control and responsibility of the broadcasting organization, the programme-carrying signals intended for reception by the public into an uninterrupted chain of communication leading to the satellite and down towards the earth..  
(b) The act of communication to the public by satellite occurs solely in the Member State where, under the control and responsibility of the broadcasting organization, the programme-carrying signals are introduced into an uninterrupted chain of communication leading to the satellite and down towards the earth."

I Proposal for SatCab Directive (1991) heter det:

"21. The transmission by cable of a programme broadcast either terrestrially or via direct broadcasting satellite constitutes an independent act of broadcasting in accordance with Article 11 bis (1)(11) of the Berne Convention. This qualification is valid for both a simultaneous and unchanged transmission of a programme broadcast and a deferred transmission thereof. Where the programme signals from the primary broadcast are retransmitted via cable networks in a country other than the primary broadcasting country, the national retransmission right in each individual country is affected by that retransmission."

For teori vises til Sønneland Nabolandstv (2009) side 15 og Føged: Opphavsrettslige utfordringer ved DDT primær transmission og retransmission, side 55:

"Der er dermed nu, indtil det analoge terrestriske signal slukkes over hele landet den 31. oktober 2009, to primære transmissioner af nogle af kanalerne (DR 1, DR2 og TV2) i det terrestriske sendenet, men det er der ikke noget i vejen for, idet en radiofoni godt kan have flere primære transmissioner, på samme platform eller på forskellige platforme, dvs. parallelle primære transmissioner, såkaldte simulcasts."

For lovgivers forutsetning om kringkasting i bakkenettet, vises til lovforarbeidene, jf. ovenfor. Videre anses NRK og TV 2 Hovedkanalen, som begge distribueres i det digitale bakkenettet, som kringkasting. TVNorge distribuert i det analoge bakkenettet ble ansett som kringkasting.

Når det gjelder tilblivelsen av bestemmelsen i åndsverkloven § 34, bemerkes at den viderefører tidligere § 20 a), som kom inn i åndsverkloven ved lov 21. juni 1985. Formålet med bestemmelsen i åndsverkloven § 34 var at videresender skulle gis mulighet til å

klarere for videresending. Bestemmelsen må ses på bakgrunn av Bernkonvensjonen, jf. artikkel 11 bis (1) (ii) og 2.

Bernkonvensjonen artikkel 11 bis (1) (ii) og 2 lyder:

(I) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing:  
(i) the broadcasting of their works or the communication thereof to the public by any other means of wireless diffusion of signs, sounds or images;  
(ii) any communication to the public by wire or by rebroadcasting of the broadcast of the work when this communication is made by an organization other than the original one;  
(2) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to determine the conditions under which the rights mentioned in the preceding paragraph may be exercised, but these conditions shall apply only in the countries where they have been prescribed.

Bestemmelsen i åndsverkloven § 34 innebar at opphavsmannens rettigheter ble begrenset.

Det vises til NOU 1984:25 Nabolandsfjernsyn i kabel side 38:

"De bestemmelser som foreslås innført i åndsverklovgivningen..vil utgjøre en innskrenkning av opphavsmenns ... rettigheter."

Det vises videre til Ot.prp.nr.15 (1994-95) om lov om endringer i åndsverkloven side 69 og 70/71:

"Denne avtalelisensbestemmelsen, som har sikker konvensjonsrettslig hjemmel i Bernkonvensjonens artikkel 11 bis som tillater tvangslisenser for utnyttelse av verk gjennom trådløs kringkastingssending, gjelder også i forhold til utenlandske opphavsmenn. Senere tids utvikling i internasjonal rett, bl.a i EFs direktiver om satellittkringkasting og videresending i kabel (satellittdirektivet) og om utleierett og nærstående rettigheter (utleie-direktivet) (se kapittel II foran) og i Europarådets konvensjon om visse opphavsrettslige spørsmål knyttet til satellittkringkasting, anerkjenner denne avtalelisensordningen som en ordning som primært bygger på avtale, og som derfor ikke trenger særskilt konvensjonsrettslig hjemmel i bestemmelser som tillater tvangslisens."

Videre om § 34:

"Også for denne avtalelisens har internasjonal utvikling i Europa akseptert ordningen som å være i samsvar med og bygget på enerettsprinsippet. Uansett gjelder at også denne bestemmelsen har konvensjonsmessig dekning i Bernkonvensjonen artikkel 11 bis. Denne tillater at det fastsettes tvangslisenser for videresending, i kabel eller gjennom eteren, av verk som inngår i opprinnelig etersendt kringkastingssending."

Det var videresending av utenlandske sendinger som aktualiserte spørsmålet om lovendring. Det vises til NOU 1984:25 på side 38:

"Det lar seg uten videre konstatere at de som driver det enkelte kabelnett ikke vil være i stand til å innhente samtykke fra samtlige opphavsmenn og utøvende kunstnere hvis verk og prestasjoner utnyttes i kringkastingsprogram som spres i kabelnettet. [ ... ] Kringkastingsforetakene inngår som nevnt kollektive avtaler med organisasjoner som representerer rettighetshaverne, og disse avtaler blir i kraft av den såkalte avtalelisensregelen i åndsverklovens § 20 annet ledd og tilsvarende bestemmelser i de andre nordiske lands lover lagt til grunn også i forhold til rettighetshavere som ikke er medlemmer av vedkommende organisasjon. [ ... ] Senderforetakene har ikke innenfor avtalelisenssystemet anledning til å friforhandle sendingsrettigheter også for kabelnett i utlandet. Det krever i tilfelle en direkte avtale med vedkommende rettighetshaver eller en som har fullmakt fra ham. Dette ville innebære en vesentlig administrativ belastning for kringkastings-selskapene og kunne medføre uønskede begrensninger for deres programvirksomhet. Det er heller ikke tegn som tyder på at kringkastingsforetak i andre land rent generelt vil klarere rettigheter for kabelspredning i f.eks. de nordiske land. Kabeloperatører og andre eiere av kabelnett i Norge ville ikke være part i en avtale som nevnt, men måtte betale vederlag til det utenlandske kringkastings-selskapet, som må antas endog å overstige det vederlag som er avtalt mellom dette og rettighetshaverne. [ ... ] Skal de norske kabeloperatører og -netteiere oppnå sikkerhet for at de ved videresendingen ikke pådrar seg ansvar for krenkelser av enerettsbestemmelsene, er det nødvendig at det innføres bestemmelser i norsk lovgivning som enten har karakter av avtalelisensbestemmelser eller tvangslisensbestemmelser, jfr. den nordiske rapporten."

Vedrørende grensen primærsending/videresending vises til Rognstad: Opphavsrett (2009) side 281:

"Men forutsetningen må rimeligvis være at det er en primærsending å videresende. Distribusjon av selve primærsendingen kan ikke anses som videresending og falle inn under § 34. Et nærliggende eksempel er distribusjon av NRK og TV 2 i det digitale bakkenettet, som erstatter – og ikke kommer i tillegg til – de analoge etersendingene."

I NOU 1984:25 Om naboland fjernsyn i kabel side 10, jf. I Ot.prp.nr.80 (1984-85) uttales på side 26:

"De kringkastingsendinger som omfattes av avtalelisensen, blir etter dette NRKs og andre norske og utenlandske kringkastingsforetaks etersendinger egnet til direkte mottaking av allmennheten. Det er således disse signaler som skal videresendes samtidig og uendret..."

Vedrørende Bernkonvensjonen artikkel 11.bis 2, vises til Guide to Berne Convention (1978) side 66/67(understreket):

"11.bis 2. This paragraph divides the right into three.

11.bis 3. The primary right is to authorise the broadcasting of a work and the communication thereof to the public by any other means of wireless diffusion of signs, sounds or images. It applies to both sound and television broadcasts. What matters is the emission of signals; it is material whether or not they are in fact received.

11.bis 4. A secondary right is the subsequent use of this emission; the author has the exclusive right to authorise communication of the broadcast to the public...."

A secondary right is the subsequent use of this emission"

Videre vises til Schönning: Det ophavsretlige vidersændingsbegreb (2008) hvor det på side 349 heter:

"Der findes ud over broadcasting også distribution i form af lukkede teletransport eller såkaldt langdistancefremføring, dvs, at der sendes et signal (fx fra en tv-station via en teleoperatør til et kabelnett, og først i kabelnettet sker der en distribution til almenheden, dvs, at signalet ikke forud for dette har været overført til almenheden..."

Når det gjelder internasjonalt regelverk, vises til Hugenholtz: SatCab Revisited: The Past, Present and Future of the Satellite and Cable Directive (2009) side 12, som retten mener er relevant også her:

Such "initial transmissions" must be "intended for 'reception by the public" and can occur either over the air (broadcasting) or by wire. In the light of Art. 1 (2) (c), this includes initial transmissions in encrypted form, insofar as the means for decrypting the signal are provided to the public by the broadcasting organisation or with its consent. But as the the recent Chellomedia decision of the Supreme Court of the Netherlands illustrates, it excludes transmissions of encrypted signals that are merely intended for reception by the cable operators, and only subsequently communicated to the public by the cable operator. As a consequence, cable transmission of such signals will be deemed an act of primary communication to the public not subject to the Directive's rules on cable retransmission. For the same reason, if programme-carrying signals are injected directly into cable networks, as increasingly occurs (e.g. in the Netherlands), no cable retransmission occurs and the rules of Chapter II do not apply."

I Proposal for SatCab Directive (1991) side 16 uttales:

"The only condition is that the signals are fed into the network by a party other than the primary broadcasting organization."

Videre vises til Schönning(2008) som uttaler på side 2

"...distribution i form av lukkede tele transporter er en primær utsendelse .... ikke en viderespredning..."

Videre vises til Hugenholtz (2009), referert ovenfor.

Vedrørende spørsmålet om primærsending/videresending vises til to nedennnevnte EU-dommer:

EU-domstolens dom av 7. mars 2013 i sak C-607/119, CatchUp-dommen, spørsmål om begrepet "overføring til almenheten" i opphavsrettsdirektivet artikkel 3 første ledd, gjaldt tredje manns spredning over internettet av utsendelser fra kommersielle fjernsynsselskaper, "live streaming".

EU-domstolens dom av 13. oktober 2011 i sak C-431/09 og C-432/09, Airfielddommen, gjaldt utsendelse over satellitt i Belgia. I premiss 43 er problemstillingen, som er knyttet til satellittdirektivet, formulert slik(dansk oversettelse):

"Med sine spørsmål, der skal besvares under et, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om direktiv 93/83 skal fortolkes således, at en leverandør av satellittpakker er forpliktet til at indhente en tilladelse fra de berørte rettighetshavere til at ilgængeliggjøre værker for almenheten via sådanne direkte og indirekte utsendelser af tv-programmer som de i hovedsagerne omhandlede." Dommens konklusjon var at leverandøren av satellittpakkene ble forpliktet til å betale. Utsendelsen var ikke var initiert av kringkasterselskapet, eller ledd kringkasterselskapets egen utnyttelse av sendingene. Retten viser til særlig premiss 79.

Saksforholdet i de to dommene var annerledes og retten kan ikke se at de har avgjørende betydning i foreliggende sak.

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

Retten kan ikke se at en lovforståelse som foran vil være i strid med prinsippet om teknologinøytralitet, medføre at eneretten kan omgås ved tekniske tilpasninger eller at distributøren får en tilfeldig fordel på bekostning av rettighetshaverne. Både kringkasting og videresending innebærer som nevnt en tilgjengeliggjøring for allmennheten som krever klarering. Om distribusjonen i det digitale bakkenettet ikke anses som videresending, men kringkasting, må det like fullt klareres, men av kringkaster.

Etter bevisførselen er det på det rene at det skjer en direkte kontribusjon av alle kanaler tvisten omhandler som distribueres av RiksTV i det digitale bakkenettet. Ingen har tilgang til de signalene som går fra kringkaster til RiksTV.

Det vises til distribusjonsavtale mellom kringkasterne og RiksTV. Det fremgår at det skjer en direkte kontribusjon av alle kanalene, og at ingen har tilgang til de signalene som går fra kringkaster til RiksTV. Det foreligger distribusjonsavtale mellom BBC World Distribution Limited og RiksTV 7. mars 2013, distribusjonsavtale mellom SBS Broadcasting Networks Ltd og RiksTV (FEM), distribusjonsavtale mellom TV2 Gruppen AS og RiksTV (gjelder samtlige av TV2s kanaler), distribusjonsavtale mellom TVNorge AS og RiksTV, distribusjonsavtale mellom SBS Broadcasting Networks Ltd og RiksTV (MAX), distribusjonsavtale mellom Fox International Channels Norway AS og RiksTV, hvorefter skjer en direkte kontribusjon av alle kanaler tvisten omhandler som distribueres av RiksTV i det digitale bakkenettet.

At det skjer en direkte kontribusjon av alle kanaler tvisten omhandler som distribueres av RiksTV i det digitale bakkenettet og ingen har tilgang til de signalene som går direkte fra kringkaster til RiksTV, støttes av forklaringer fra administrerende direktør Birkeland i RiksTV og produktdirektør Franck-Sætervoll i RiksTV.

Rettens konklusjon er det er ingen forutgående primærsending(kringkasting), men at kringkasting må anses å skje i det digitale bakkenettet. Alle norske kanaler kringkastes i det digitale bakkenettet.

Når det gjelder distribusjonen av utenlandske kanaler, vises til satellittdirektivet. Artikkel 1 (2) definerer hva som skal anses som satellittkringkasting, og når slik kringkasting skal anses å ha skjedd fra et medlemsland. Satellittsending som skjer fra det land hvor utsendelsen skjer definert som primærsending. Gjeldende norsk rett er i samsvar med det som er innholdet i satellittdirektivet, jf. Ot. Prp. Nr. 15(1994-95) side 208.

Videre vises til Proposal for SatCab Directive (1991) punkt 13:

"Which copyright applies to the transmission of programmes via direct satellite has not yet been clarified. Since an author, by virtue of the principle of territoriality, is in fact entitled to a bundle of territorially limited copyrights In respect of all those countries where he enjoys protection, a user of protected works must be granted a right of use for each country in which he performs a relevant act of use for copyright purposes. With conventional terrestrial broadcasting, such a relevant act of use is generally acknowledged to be carried out in the country in which the broadcast originates; the - sometimes not inconsiderable - spillover of the broadcast signals into neighbouring countries has been neglected as irrelevant for copyright purposes."

Retten viser videre til Rognstad(2009) side 430:

For kringkastingssendinger gjelder det på tilsvarende måte et senderlandsprinsipp, som innebærer at retten i det land der sendingen skjer skal anvendes. Prinsippet er for satellittsendinger nedfelt i satellitt- og kabeldirektivet (dir. 93/83/EØF) artikkel 2(1); og i

forarbeidene til gjennomføringen av direktivet er det fastslått at regelen er i samsvar med gjeldende norsk rett."

Vedrørende klarering av rettigheter i Storbritannia, vises til fremlagt notat fra Baker & McKenzie av 6.08.2013

"You asked us to analyse the copyright clearance requirements in the UK arising from the supply by UK-based broadcasters ("Broadcasters") of programmes to digital terrestrial television ("DTT") subscribers in Norway. Our analysis is based on RiksTV's feed delivery model (the "Feed Delivery Model") illustrated in Schedule 1, under UK copyright law.

#### 1. Executive Summary

For the reasons which follow we advise that:

the relevant act of broadcasting occurs in the UK and is performed by the Broadcaster. Therefore it is the Broadcaster who needs to clear the necessary rights with the relevant rightsholders; not RiksTV; and

in any event, there is no barrier in UK copyright law to the Broadcaster clearing any and all rights which might be necessary in the DTT distribution chain and our understanding is that certain key rightsholders, including the PRS for Music, are able to and willing to do so."

Etter bevisførselen er rettens konklusjon at bakkenettsdistribusjonen av utenlandske kanaler er kringkasting fordi det opphavsrettslig er å anse som kringkaster i kringkasters hjemland. Senderlandsprinsippet gjelder. Det er kringkaster i den aktuelle jurisdiksjon som som kan og skal klarere rettighetene.

Således plikter kringkaster hjemhørende i England å klarere med rettighetshaverne, jf. ovennevnte notat fra Baker & McKenzie. For musikkrettighetene, som forvaltes kollektivt, har TONO inngått avtale med søsterorganisasjonen PRS i England, hvor PRS har bekreftet at musikkrettighetene for bakkedistribusjon er klarert med PRS av kringkaster.

Når det gjelder hvilken betydning de avtaler som er inngått har for klareringsspørsmålet, vises til Rognstad(2009), hvor det uttales på side 281:

"I bunn og grunn er spørsmålet om rettighetene til utsendelse er klarert bakover eller ikke - er de ikke det, må det klareres for videresending". Men det uttales i samme avsnitt at "forutsetningen må rimeligvis være at det er en primærsending å videresende."

I Schønning" under punkt 6 "Konklusjon", heter det følgende:

Den samlede konklusjon på spørsmålet om avgrænsning af det ophavsretlige videre-spredningsbegreb er, at det avgørende ikke så meget er konventionene og lovene, men snarere kontrakterne. Der er visse formelle kriterier, der' efter Bernerkonventionen art. 11 bis skal være opfyldt ("samtidig broadcasting") og ("andet foretagende"), men i bund og

grund kommer det an på de indgåede udsendelsesaftaler, om rettighederne til videre-spredning i kabelanlæg og DDT sendenet er blevet klareret eller ej."

Videre vises til brev fra Lassen Ricard, UBONs repræsentanter i Danmark, dateret 31.08.2007:

RiksTV har rejst spørgsmål ved, om RiksTVs distribution af SVT og DR er videre-sending eller primær sending (kringkasting). Vi har drøftet det med SVT og DR og vi er enige om følgende resultat:

Kriterierne for om der er tale om primær sending eller videresending, er fastsat i Bernerkonventionens artikel 11 bis(1). Heraf fremgår, at følgende betingelser skal være opfyldt, for at der er tale om videresending:

For det første skal der foreligge en primær sending. Denne betingelse er opfyldt vedrørende SVT og DR, da SVT og DR selv sender primært.

Den anden betingelse er, at distributionen foretages af en anden organisation end den, der foretager den primære sending, dvs. at RiksTV skal være en anden organisation end SVT og DR. Denne betingelse er også opfyldt.

Den tredje betingelse er, at den anden organisation ikke foretager sendingen på vegne af den, der foretager den primære sending, dvs. at RiksTV ikke foretager sendingen på vegne af SVT eller DR. Denne betingelse er også opfyldt, da der simpelthen ikke foreligger nogen aftale mellem RiksTV og SVT /DR, så der kan ikke være tale om, at RiksTV foretager sendingen på vegne af SVT/DR. Hvis der forelå en sådan aftale, måtte det være et spørgsmål om fortolkning af aftalens indhold, da der som nævnt ikke er nogen aftale, behøver vi slet ikke at komme ind på disse fortolkninger."

Saksøkte har anført at aftale mellem kringkasterne og RiksTV ikke er avgjørende for hvorvidt det er tale om kringkasting eller videresending, men at aftalen som inngås med rettighetshaverne er bestemmende. Retten kan ikke se at dette følger av loven. Det sted i det fremlagte rettsstoff som retten kan se at spørsmålsstillingen er berørt, motsetningsvis, er Foged. Det vises til punkt 7 "Konklusjon vedrørende klarering av rettigheter" hvor det uttales(understreket):

"I baggrund af ovenstående gennemgang er min konklusion følgende:

Uanset om der er tale om primær transmission eller retransmission er det afgørende for rettighedsklaringssituationen, om radiofonien i sine bagvedliggende kontrakter med rettighedshaverne har erhvervet rettigheder til distributionen. Omvendt har spørgsmålet om rettigheds erhvervelse ikke indflydelse på spørgsmålet om hvorvidt der er tale om primær transmission eller retransmission

Retten mener at distribusjonsavtalen som kringkasterselskaperne har inngått



med RiksTV er en relevant for vurderingen av om RiksTVs distribusjon er kringkasting eller videresending. Det vises til oppstillingen av avtalene ovenfor. Det fremgår av distribusjonsavtalene at kringkasterselskapet anser RiksTVs distribusjonen i det digitale bakkenettet som kringkasting. Ut fra denne forståelse har kringkasterne inngått avtale med RiksTV og påtatt seg klareringsansvar overfor rettighetshaverne. Forannevnte støttes av forklaring fra administrerende direktør Birkeland i RiksTV og produktdirektør Franck-Sætervoll i RiksTV. Retten bygger videre på at kringkaster også kan foreta rettighetsklareringen, og vil gjøre det.

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

Retten vurderer at det ved grensedragningen av hva som er kringkasting og hva som er videresending opphavsrettslig forstand ikke kan legges avgjørende vekt på at distribusjonen foretas av et annet selskap enn kringkastingsselskapet. Etter det retten har fått opplyst skjer i dag all distribusjon ved hjelp av eksterne distributører. Det vises til bemerkningene ovenfor, herunder brevet fra Lassen Ricard, referert ovenfor.

Retten konkluderer at det følger av bestemmelsens ordlyd, formål og tilblivelse, at åndsverkloven § 34 ikke kommer til anvendelse i foreliggende sak. For bakkenett-distribusjonen skal og kan kringkaster selv klarere rettighetene. Retten mener at de særlige behov som ligger til grunn for åndsverkloven § 34 ikke gjør seg gjeldende i denne saken.

RiksTV gis medhold i sin påstand.

Det er ikke nødvendig for retten å gå inn på RiksTVs subsidiære hovedanførsel om at Norwaco ikke oppfyller vilkårene i åndsverkloven § 38 a.

Søksmålet har ført frem. Saksøker tilkjennes sakskostnadene av motparten etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2, idet retten ikke finner at unntaksreglene kommer til anvendelse.

Advokat Asbjørnsen har fremlagt kostnadsoppgave på kr. 2 688 000, hvorav salær utgjør kr. 2 684 500 og utgifter kr 3 500. I tillegg kommer rettens gebyr.

Saksøkte har protestert mot salærkravet. Retten anser at salærkravet er høyt. Det er imidlertid snakk om en svært arbeidskrevende sak. Retten er under tvil kommet at kravet må tas til følge.

## DOMSSLUTNING

1. RiksTV AS har i det digitale bakkenettet overfor Norwaco rett til å distribuere de fjernsynskanaler som distribueres i dag, og de fjernsynskanaler som tidligere har blitt distribuert, jf. åndsverkloven § 34.
2. Norwaco betaler sakskostnader til RiksTV AS med 2 688 000 – tomillionersekshundreogåttiåttetusen kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen. I tillegg kommer rettens gebyr.

Retten hevet

