

# Sikring av en bærekraftig kulturøkonomi, nødvendiggjør innføring av DSM-direktivet

*Av førsteamanuensis Irina Eidsvold-Tøien\**

## 1. Innledning

I EØS-land som Norge har ikke nylig vedtatte EU-direktiv noen direkte virkning. Det foreslåtte Digital Singel Market-direktivet (heretter DSM),<sup>1</sup> må gjennom en rekke vedtak i EFTA-systemet (bl.a. i EØS-komiteen og Stortinget) før det eventuelt blir en forpliktelse i norsk rett. I motsetning til de øvrige nordiske EU-landenes representanters innslag til Det nordiske opphavsrettssymposiet, vil foreliggende ”norsk kommentar til DSM-direktivet” derfor snarere omhandle *nødvendigheten* av det nylig vedtatte DSM-direktivet, sett i lys av norsk rett, ny norsk forskning på musikkfeltet og slik artikkelforfatteren ser det.<sup>2</sup>

Norge fikk ny åndsverklov i 2018.<sup>3</sup> EUs arbeid med DSM-direktivet forelå som forslag på det tidspunktet departementet i Norge var i gang med å utarbeide ny åndsverklov. I prosessen med den nye loven ble det skjelet til enkelte overordnede prinsipper fra det pågående direktivarbeidet i EU, bl.a. bestemmelsen om rimelig vederlag.<sup>4</sup> En regel om rett til rimelig vederlag ble derfor innført i den nye loven, men med et litt annet innhold enn regelen som fremgår av DSM-direktivet (art. 18 flg.). Etter mitt syn, vil dette kreve lovendring dersom direktivet blir gjennomført i norsk rett.<sup>5</sup> I det følgende vil det kort redegjøres for hvilke endringer som synes nødvendige i den norske åndsverkloven når (dersom) direktivet blir gjennomført. Videre vil enkelte sentrale bestemmelser i DSM-direktivet bli vurdert på grunnlag av en utredning Handelshøyskolen BI i samarbeid med Menon Economics (heretter BI) har foretatt for Kulturdepartementet.

## 2 Om ”Value-gap” og rapporten om digitaliseringens konsekvenser for musikkfeltet

”Value-gap” beskriver misforholdet mellom inntjeningen som Internett-plattformene – særlig SoMe-plattformene – har fra UUC- innhold (User Uploaded

\* BI Handelshøyskolen i Oslo.

<sup>1</sup> Europa-parlamentets og rådets direktiv (EU) 2019/790 af 17. april 2019 om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked og om ændring af direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF.


<sup>2</sup> På det nordiske opphavsrettssymposiet i Visby, 4. 7. september 2019, hadde forfatteren som oppgave å gi en kommentar til DSM-direktivet fra et norsk perspektiv.

<sup>3</sup> Lov om opphavsrett av 15. juni 2018 nr. 40.

<sup>4</sup> Se Prop. 104 L, Lov om opphavsrett til åndsverk mv.(åndsverkloven), s. 15.

<sup>5</sup> Dette tas det også generelt høyde for i forarbeidene til den nye åndsverkloven, se Prop. 104 L (2016–2017), Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven), s. 238.

Content),<sup>6</sup> kontra de inntektene som rettighetshaverne (artister, opphavere og plateselskap) til det opphavsrettslig beskyttete materialet mottar for den samme bruken.

I 2019 leverte BI en rapport<sup>7</sup> til Kulturdepartementet som blant annet viste endringer i pengestrømmer på musikkfeltet etter digitaliseringen og hvilke konsekvenser dette har hatt for markedsposisjonene til de ulike leddene i næringskjeden på musikkfeltet. I rapporten ble det tatt utgangspunkt i en klassisk verdikjede ved musikkproduksjon. Poenget med å redegjøre for utredningen på Det nordiske opphavsrettssymposiet, var å underbygge nødvendigheten av DSM-direktivet, ved å gi konkrete innspill som kunne dokumentere Value-gap-problemstillingene og behovet for direktivet. Funnene viser at inntektene til skapende og utøvende kunstnere relativt sett går ned i digitaløkonomien, og at mangfoldet i musikktilbudet snevres inn.<sup>8</sup> Samtidig øker plattformene og strømmetjenestenes markedsandeler enormt. Dette viser behovet for å *skape nye* inntektskilder for det skapende og utøvende leddet, og å styrke de etablerte strømmene. Det er nødvendig for å realisere forutsetningen i opphavsretten om at rettigheter skaper insentiv for merskaping.<sup>9</sup> Hvis det ikke *betales tilstrekkelig* for utnyttelsen av innholdet, vil  **dlertid** ikke rettigheter i seg selv være et tilstrekkelig insitament.

Det er to måter å skape økte inntekter for de originære rettighetshaverne på; enten ved å *utvide arenaene for inntekter* eller å *endre splitten* i fordelingen.<sup>10</sup> DSM-direktivet inneholder nettopp bestemmelser som har til hensikt å skaffe rettighetshaverne *nye inntektsområder* (art. 17) og bestemmelser som i større grad skal sikre dem et *rimelig vederlag* for utnyttelsen av rettighetene (art. 18 flg.).

<sup>6</sup> For eksempel YouTube, Snapchat, Instagram, Facebook etc.

<sup>7</sup> <https://www.regjeringen.no/contentassets/94e99440dd604be1836c4543fdb92cb6/musikkutredning---hva-na---digitaliseringens-innvirkning-pa-norsk-musikkbransje---bi-2019.pdf>.

<sup>8</sup> Kulturdepartementet, *Hva nå- digitaliseringens innvirkning på norsk musikkbransje* (2019), (heretter *Hva nå...*), s. 135 flg. Se digital versjon av rapporten her: <https://www.regjeringen.no/contentassets/94e99440dd604be1836c4543fdb92cb6/musikkutredning---hva-na---digitaliseringens-innvirkning-pa-norsk-musikkbransje---bi-2019.pdf>.

<sup>9</sup> I den nye åndsverkloven § 1 fremgår dette av formålsbestemmelsen som lyder: «*Formålet med loven er å*

*a) gi rettigheter til de som skaper, fremfører eller investerer i åndsverk eller nærstående prestasjoner og arbeider, og slik også gi insentiv til kulturell produksjon*». Sammenhengen mellom inntekt og merskaping fremgår også av flere av uttalelsene i EUs Infosoc-direktiv 2001/29/EF (fortalens pkt. 10 og 11) og fortalen til DSM-direktivet (pkt. 2, 3 og 73).

<sup>10</sup> Commission, E. (2015). *Remuneration of authors and performers for the use of their works and the fixations of their performances Europe Economics, Digital Agenda for Europe*, IVIR Markt 2013/080/D: 249, s. 5.

## Klassisk verdikjede



*Fig. 1. Figuren viser en klassisk verdikjede. For at etterfølgende investering i produksjon- og distribusjonsledd skal kunne ha inntjening, må det skapende og det utøvende leddet motta tilstrekkelig til at frembringelsen av nye verk og fremføringer opprettholdes.*

Det skapende leddet er utgangspunktet for verdiskapingen i kulturokonomien, dernest følger utøverprestasjonen (musikere, dirigenter og vokalister), produsenten (plateselskap eller mastereier), distributøren (plattform) og sluttmarkedet (bruker/forbruker). Det var kartlegging av eventuelle endringer i pengestrømmer fra brukerne til de ulike leddene i verdikjeden, markedsandeler og posisjoneringen mellom aktørene etter digitaliseringen som var temaet for utredningen.

Rapporten viser at pengestrømmen til skaper- og utøverleddet reduseres i digitaløkonomien, og at disse aktørene får en mindre andel av omsetningen til fordel for strømmeplassformer som Spotify og YouTube. I det følgende skal det redegjøres for hovedfunnene i rapporten som dokumenterer hvilke følger digitaliseringen har hatt for musikkfeltet i Norge, og slik jeg ser det, legitimerer behovet for et DSM-direktiv med hensyn til plattformreguleringsbestemmelsene.<sup>11</sup> At rapporten omhandler musikkfeltet og norsk musikkbransje, mener jeg ikke begrenser relevansen av funnene til annet innhold og andre land, der digitalisering og internetteknologi er sentrale komponenter i markedet. Norge er et teknologisk foregangsland, og det er ikke noe som tilsier at utviklingstrekkene i utredningen ikke er relevant for andre land og andre bransjer. Handelshøyskolen BI og Menon Economics kartla digitaliseringens konsekvenser for filmområdet i 2018 og fant tilsvarende tendenser for pengestrømmen til skaperleddet for audiovisuelt innhold.<sup>12</sup> Noe av brukermønstrene for musikk er også hentet fra IFPIs *internasjonale* rapporter, som viser at brukermønstret ikke er spesifikt for Norge.

<sup>11</sup> Hovedfunnene i rapporten har Kulturdepartementet valgt å oversette til engelsk: <https://www.regjeringen.no/contentassets/94e99440dd604be1836c4543fdb92cb6/what-now---the-impact-of-digitization-on-the-norwegian-music-industry---english-summary---june-2019.pdf>

<sup>12</sup> Terje Gaustad, Marcus Gjems-Theie, Irina Eidsvold-Tøien m. flere, *Utredning av pengestrømmene for norske filmer og serier*, BI:CCI (2018). Se digital versjon: [https://www.bi.no/globalassets/forskning/centre-for-creative-industries/publications/rapport-utredning-pengestrømmer-i-verdikjeden-for-norske-filmer-og-serier-endelig\\_rev\\_2.pdf](https://www.bi.no/globalassets/forskning/centre-for-creative-industries/publications/rapport-utredning-pengestrømmer-i-verdikjeden-for-norske-filmer-og-serier-endelig_rev_2.pdf).

## Strømmetjenestene har enorm markedsandel – og den vokser

Kilde: IFPI

### På hvilke måter hører du oftest på musikk?

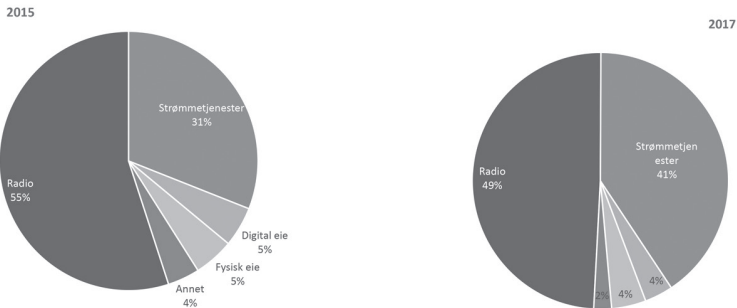
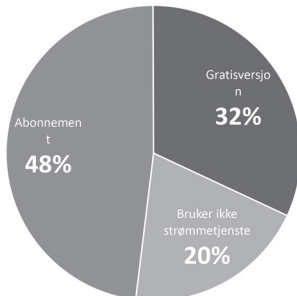


Fig. 2. Utredningen viser til undersøkelser fra IFPI som tilsier at strømmetjenestene har vokst med 10 prosentpoeng på to år og stadig vokser.

## Fire av fem bruker strømmetjenester

Kilde: YOUNGOV

### Hvilken strømeplattform benytter du?



Monday, June 1, 2020

### Hvilke av de følgende tjenestene har du brukt i løpet av det siste året?



2

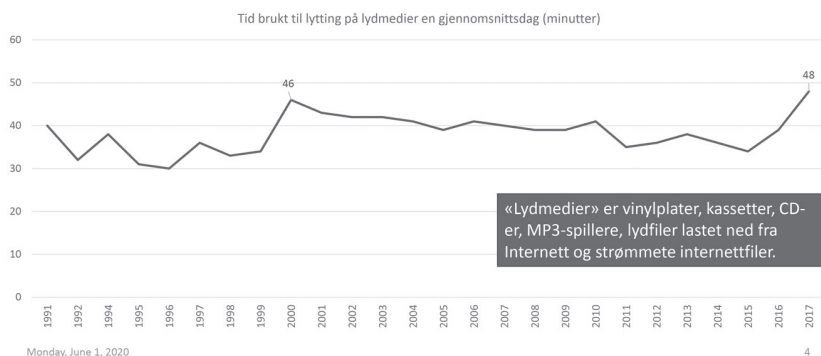
Fig. 3 (tilsvarende figur 4.4 på s. 54 i utredningen): Figuren viser at YouTube er den mest brukte plattformen for å lete etter ny musikk

Figurene viser at strømmetjenestene har hatt en enorm vekst de siste årene og det er YouTube og Spotify som er de mest populære mediene. Figuren viser også at radiomediet stadig taper terreng.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Våre målinger kom for tidlig til å ta inn konsekvensene av omleggingen til DAB (Digital Audio Broadcast), men det er forventet at den synkende tendensen for radiomediet vil bli betydelig forsterket av omleggingen.

## Vi har aldri hørt mer på innspilt musikk

Kilde: SSB

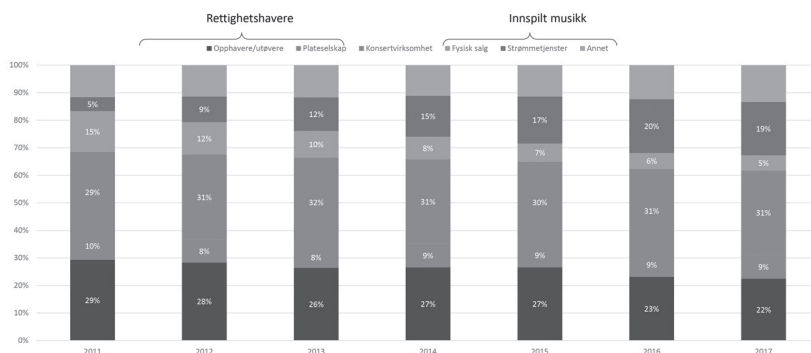


**Fig. 4** (tilsvarende figur 4.2 på s. 53 i utredningen): Figuren viser at nordmenn hører stadig mer på musikk.

Utredningen avdekker at rettighetshaverne, på tross av økningen i musikkbruk, har hatt redusert inntjening de siste årene. Veksten i markedet tilfaller i størst grad strømmetjenestene og de store plattformene. Strømmetjenestene har en markedsandel på 50 prosent og har hatt en økning på mer enn ti prosentpoeng på to år.

## Omsetning etter kategori mottaksform

Kilde: Menons regnskapsdatabase, SSB, NTO



**Figur 5** (tilsvarende figur 3.8 på s. 45 i utredningen): Figuren viser at rettighetshaverne, og særlig skapende og utøvende kunstnere, får en stadig mindre andel av musikkmarkedet. Strømmeselskapene vinner veksten i musikkbruken og markedsandeler.

Komponister og utøvende kunstnere har hatt en nedgang på 7 prosent poeng av total markedsandel fra 2011 til 2017. I samme periode har strømmetjenestene

hatt en økning på 15 %. YouGov- undersøkelser viser at YouTube er den desidert største arenaen for lytting og søk etter ny musikk. 62% oppgir dette som kanalen som benyttes. Plattformen betaler nesten ingenting til rettighetshaverne til musikk i dag. IFPI-statistikk fra 2018 viser at artister får 1 promille av sine inntekter fra plattformene. Våre undersøkelser viser at bare 5% av skapende og utøvende kunstneres totalinntekt kommer fra strømmetjenester og salg av digitale filer.

Selv om det er en svak økning i konsertmarkedet, kommer heller ikke økningen i dette markedet de skapende og utøvende til gode. Det er kun fordi det er nedgang i inntektene fra innspilt musikk, at konsertinntektene nå utgjør en forholdsvis større andel av totalinntektene til skapende og utøvende, ikke fordi konsertinntektene har blitt større.<sup>14</sup>

Det er den digitale teknologi og tilgangen til større båndbredde som har lagt grunnlaget for denne utviklingen. Produksjon og distribusjon av musikk og audiovisuelt innhold har skiftet fra fysisk til digitalt format og lagt til rette for markedsendringene.

### 3. Det rettslige bakteppet

Det rettslige bakteppet for at en slik utvikling kunne finne sted, følger bl.a. av at Europa og USA i 1998, på tidspunktet for etablering av Internett som infrastruktur, inngikk en såkalt Safe Harbor-avtale for å sikre fri flyt av data mellom kontinentene. Dersom retningslinjene i avtalen ble overholdt, skulle den gi ansvarsfrihet for selskaper som dataene ble overført mellom. Grovt sagt innebar vilkårene at overføringen skulle være av ren teknisk karakter og at tjenestene ikke skulle befatte seg med innholdet.

I 2000 ble direktivet om elektronisk handel vedtatt i EU, som bygget på mange av de samme prinsippene som Safe Harbor-reguleringen.<sup>15</sup> Formålet med direktivet var å sikre Internett som infrastruktur, og det ble innført ansvarsfrihet for europeiske selskaper som drev overførings- og lagringstjenester. I denne etableringsfasen for Internett ble det ansett viktigere å tilrettelegge for et høyt aktivitetsnivå på nettet fremfor å innføre sikringstiltak overfor rettighetshaverne som ville kunne bremse etableringen av nye tjenester.<sup>16</sup> Det skulle tilrettelegges for nye jobber, som skulle øke EUs konkurransevne, særlig overfor USA. Også hensynet til yringsfrihet ble brukt som argument mot å ansvarliggjøre internetaktørene.<sup>17</sup> E-handelsdirektivet skulle også sikre integrasjon i felleskapet ytter-

<sup>14</sup> Utredningens kap. 5, s. 76 flg.

<sup>15</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF av 8. juni 2000, om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (Directive on electronic commerce).

<sup>16</sup> Ot.prp. nr.31 (2002–2003) Om lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven, s. 6 jf. direktivets fortale (5).

<sup>17</sup> Direktivets fortale (9). Det fremgår også av forarbeidene til e-handelsloven da direktivet ble gjennomført noen år senere i norsk rett. Se Ot.prp. nr.4 (2003–2004) Om lov om endringer i lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven), s. 13 flg.

ligere ved å la fri konkurranse og ambisjonen om ett felles marked også omfatte det digitale markedet.<sup>18</sup>

Artikkel 12 til 14 i direktivet påla derfor medlemsstatene å holde lagrings- og overføringstjenesteytere ansvarsfrie for ulovlig informasjon som ble lastet opp på Internett av en tredjepart. De ble heller ikke ansett for å foreta selvstendige tilgjengeliggjøringer av innholdet. Ulovlig innhold ville kunne omfatte opphavsrettslig beskyttet materiale, som filmer og musikk som deles via Internett. Ansvarsfriheten omfatter både erstatningsrettslig og strafferettslig ansvar. Det ble heller ikke pålagt noen generell overvåkingsplikt.

Tilsvarende ansvarsfrihetsbestemmelser ble, som følge av våre EØS-rettslige forpliktelser, innført i norsk rett i e-handelsloven.<sup>19</sup> For å skape korrelasjon mellom opphavsretten og e-handelsloven ble det parallelt vedtatt unntak til eneretten i åndsverkloven.<sup>20</sup> Dersom det som ledd i en teknisk prosess for å muliggjøre bruk eller overføring av åndsverk, skjer tilfeldige eller midlertidige eksemplar-fremstillinger, skulle dette ikke anses å ligge innenfor opphavsretten.<sup>21</sup> Denne samordningen bidro også til å definere internettaktørenes handlingsrom. Aktiviteten, som i norsk rett beskrives i åndsverklovens § 4, skulle ligge utenfor det området som både åndsverkloven og e-handelsloven regulerer. Det innebærer at dersom internettaktøren foretar handlinger som beskrives i § 4, kommer verken åndsverkloven eller e-handelslovens bestemmelser til anvendelse. Og dersom det foretas overføringer innenfor eneretten, vil det være ansvarsfrihet dersom vilkårene i e-handelsloven er oppfylt.<sup>22</sup>

Value-gap-problematikken kunne oppstå fordi Internett og den digitale teknologien ikke blir brukt på samme måte i dag som ved etableringen i 2000. Selv om ambisjonen var å legge forholdene til rette for et digitalt marked, var Internett på etableringstidspunktet mer en transportkanal enn et marked. Reguleringsene skulle sikre Internett effektivitet og vekst fremfor noe. De kommersielle aktørene har imidlertid tilpasset seg handlingsrommet på en slik måte at verdigapet har oppstått. På tidspunktet for vedtaket av e-handelsdirektivet fantes Yahoo og Amazon, men ingen Facebook, Twitter eller YouTube.

Dette er altså den rettslige bakgrunnen for at Value-gap har kunnet oppstå. Med ryggdekning fra ovennevnte regulering har internettaktører som YouTube kunnet etablere tjenestene sine. De hevder kun å være verter ("hoster") for andres innhold, og ikke ansvarlige hvis de ikke befatter seg med materialet. Plattformene tjener penger ved å organisere og promotere innholdet, inklu-

<sup>18</sup> Direktivets fortale (2) og (3).

<sup>19</sup> Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester, av 23. mai 2003 nr. 35: § 16, ansvarsfrihet for visse overførings- og tilgangstjenester («mere conduit»), § 17, ansvarsfrihet for visse mellomlagringstjenester («caching»), § 18, ansvarsfrihet for visse lagringstjenester («hosting»).

<sup>20</sup> Forpliktelsen til en slik samordning bygget på føringer i Infosoc-direktivet art. 5.1.

<sup>21</sup> Åndsverklovens § 4, gammel lov § 11 a, definerer midlertidige eksemplarer under visse forhold til å ligge utenfor eneretten og reguleringen i åndsverkloven.

<sup>22</sup> Det ville være dårlig lovgivningsteknikk hvis man hadde sikret ansvarsfri overføring etter e-handelslovens regler, men samtidig oppstilte krav til samtykke etter åndsverkloven fordi handlingen var å karakterisere som en eksemplarfremstilling i opphavsrettslig forstand.

dert å indeksere, presentere og kategorisere materialet.<sup>23</sup> Abonnentsinntekter fra audio-strømming (både betalt og reklamefinansiert) som hadde 212 millioner brukere, genererte inntekter på US \$ 3904 millioner. UUC video-strømming hadde 900 millioner brukere på samme tidspunkt, noe som generte inntekter på US \$553 m.<sup>24</sup> Dette viser at der det er abonnementsløsninger og balanserte avtalevilkår (eksempelvis Spotify), har opphaverne inntekter som svarer til bruken. Basert på tall fra 2015 er det estimert at Spotify betalte rettighetshavere US \$ 20 per bruker, mens YouTube betalte mindre enn US \$ 1. Ifølge IFPI Global Music report 2017 er Value-gap den største utfordringen for bærekraftig vekst på musikkfeltet.<sup>25</sup>

#### 4. DSM-direktivet og norsk rett

##### 4.1 Opphavsrett – skal sikre rimelig vederlag og insentiv for merskaping

Viktigheten av betaling for bruk av opphavsrettslig beskyttet innhold for å sikre merskaping, fremgår av all opphavsrettsregulering internasjonalt og nasjonalt. Av fortalen til Infosoc-direktivet fremgår for eksempel at et passende vederlag er nødvendig for at opphavere og utøvende kunstnere skal kunne fortsette sitt kreative og kunstneriske arbeid, og for at produsentene skal kunne finansiere produksjonene sine.<sup>26</sup> Tilsvarende fremgår av nasjonal rett.<sup>27</sup>

Opphavsrettens økosystem er altså avhengig av betaling for tjenestene for at det skal produseres mer, og avhengig av at innholdet verdsettes på en rimelig måte både ut fra rettferdighetshensyn<sup>28</sup> og for at det ellers ikke blir tilstrekkelig til at merskaping kan opprettholdes.<sup>29</sup> Tjenester som ikke anerkjenner innholdets verdi, tiltrekker seg brukere på bekostning av tilbydere som har lisens. Dette drenerer systemet og motvirker kreativ utvikling. Betydningen av at vederlaget er av en viss størrelse (rimelig vederlag), også for å kunne tilrettelegge for investeringer i slikt innhold, fremgår også av fortalen til Infosoc-direktivet: ”De investeringer, der er nødvendige for at fremstille varer som f.eks. fonogrammer, film eller multimedieprodukter og tjenesteydelser som f.eks. bestillingstjenester, er meget betydelige. En passende retlig beskyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder er nødvendig for at sikre et sådant vederlag og muliggøre et tilfredsstillende afkast af investeringerne”.<sup>30</sup>

<sup>23</sup> DSM-direktivets fortale pkt. 62.

<sup>24</sup> IFPI Global Music report 2017.

<sup>25</sup> IFPI-global report s. 24 flg. Med hensyn til sammenlikningen mellom YouTube og Spotify-inntekter kan man hevde at det er litt vanskelig å sammenligne direkte siden den ene tjenesten er abonnementsbasert (Spotify) og den andre kun reklamefinansiert. Forskjellene er likevel interessante, men kanskje mer knyttet til forskjellige forretningsmodeller enn til forskjellige aktører.

<sup>26</sup> Infosoc-direktivets fortale pkt.10. Det fremgår av DSM-direktivet at den bygger på og er i samsvar med andre EU-direktiver og i fortalens pkt. 63 uttales at direktivet skal sikre et høyt beskyttelsesnivå for opphavsrett, som tangerer det Infosoc-direktivet angir som ett av sine hovedformål.

<sup>27</sup> Av f.eks. åndsverklovens § 1 fremgår at loven skal sikre insentiv for merskaping.

<sup>28</sup> Ole- Andreas Rognstad; *Opphavsrett*, Oslo: Universitetsforlaget (2019), s. 35.

<sup>29</sup> Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier og Clement Salung Petersen; *Immaterialret*, København: Jurist- og økonomiforbundets forlag (2018), s. 47.

<sup>30</sup> Infosoc-direktivets fortale pkt. 10.



Også i nasjonal rett fremgår viktigheten av opphavsrett og et rimelig vederlag for å sikre investeringer og merskaping av kreativt innhold – altså en bærekraftig kreativ næring og et sunt økosystem på kulturfeltet.<sup>31</sup>

Samfunnsøkonomisk argumentasjon tilsier også at vederlaget må være av en viss størrelse, slik at marginalkostnadene ved å skape en ny vare tangeres.<sup>32</sup>

## 4.2 Utvidelse av grunnlaget for enerett og retten til rimelig vederlag

### 4.2.1 Generelt

EUs mål om å sikre de originære rettighetshaverne i større grad kan, jf. tidligere, innfris på to måter; enten ved *utvidelse av grunnlaget* for eneretten (flere handlinger anses å ligge innenfor eneretten) eller ved at *fordelingen* mellom ulike rettighetshavere endres til fordel for utøvende og skapende.<sup>33</sup> DSM-direktivet innfører bestemmelser som kan påvirke begge disse faktorene. I det nye DSM-direktivet omhandler art. 17 plattformenes plikt til å innhente tillatelse fra rettighetshaverne for *anvendelse av innhold* som er opplastet av brukerne. I art. 18 fastslås plattformens plikt til å betale opphavere og utøvende kunstnere et *rimelig vederlag* for bruken.

I prosessen fra kommisjonens *forslag* til DSM-direktiv *til vedtaket* i parlamentet, ble bl.a. plattformenes aktivitet omdefinert som *tjeneste for deling av innhold* (vedtatt ordlyd), fremfor *leverandør av informasjonstjenester* (forslag fra kommisjonen).<sup>34</sup> Gjennom endringen kan man hevde at det i større legges vekt på *bruken av materialet*, fremfor den mer passive lagringstjenesten. Videre etableres det et skille mellom plattformenes aktivitet som tjenesteleverandør for brukerne, til plattformenes aktive rolle som tilrettelegger og formidler av innhold. Sondringen fremgår også av ordlyden i direktivet. I det vedtatte direktivet gjøres plattformene ansvarlig for formidlingen (art. 17) gjennom at aktiviteten defineres som en ”overføring til allmennheten”. I kommisjonens forslag brukte man ”giver offentlig adgang til store mengder af værker”, altså uten å ta stilling til hva slags handling som ble foretatt i opphavsrettslig forstand. I det vedtatte direktivet uttrykkes det klart at plattformen foretar *en selvstendig tilgjengeliggjøring*.<sup>35</sup>

Sett ut ifra et slikt perspektiv kan man hevde at e-handelsloven fortsatt gjelder vedrørende selve lagrings- og overføringsaktiviteten, mens DSM-direktivet vedrører plattformenes funksjon som *tilbyder av innhold*.

<sup>31</sup> Åvl. § 1 og Prop. 104 L (2016–2017), s. 9.

<sup>32</sup> Erling og Endre Stavang, *Rettsøkonomi*, 2. utgave, Oslo: Cappelen Damm (2018), s. 231.

<sup>33</sup> Commission, E. (2015). *Remuneration of authors and performers for the use of their works and the fixations of their performances Europe Economics, Digital Agenda for Europe*, IVIR Markt 2013/080/D: 249, s. 8.

<sup>34</sup> ”Udbydere af onlineindholdsdelingstjenester”, art. 17 i vedtatte direktiv. ”Use of protected content by information society services”, art. 13 i forslag til direktiv.

<sup>35</sup> Rettighetshaverne i Norge og i resten av Europa har gjennom sine kulturpolitiske kanaler hevdet at plattformene foretar selvstendige tilgjengeliggjøringer av innholdet og krevd endringer lenge. Se bl.a. IFPI Global Music Report 2017 s. 29.

For at direktivet skal bli gjeldende norsk rett, må bestemmelsen først ansees EØS-relevant av EØS-komiteen, dernest vedtas av Stortinget.<sup>36</sup> EU-landene har frist til neste sommer for gjennomføring av direktivet.<sup>37</sup> Ifølge representanter fra Kulturdepartementet i Norge vil det ta lengre tid før man får en gjennomføring i norsk rett.<sup>38</sup> Kulturdepartementet deltar imidlertid i det pågående nordiske lovarbeidet om gjennomføring av DSM-direktivet. I lys av den nordiske rettsenheten som lenge har foreligget på opphavsrettens område, er det naturlig å anta at de nordiske landene vil foreta en samordnet og ensartet regulering av forpliktelsene etter DSM-direktivet.<sup>39</sup>

#### 4.2.2 Retten til rimelig vederlag – DSM art. 18 sml. åvl. § 69

Bestemmelsen i DSM-direktivets art. 18 har som overskrift ”Princippet om passende og forholdsmessig aflønning” og lyder: ”Medlemsstatene sikrer, at ophavsmænd og udøvende kunstnere, når de udsteder licenser eller overdrager deres eksklusive rettigheder til udnyttelse af deres værker eller andre frembringelser, har ret til passende og forholdsmæssigt vederlag”.

Bestemmelsen må ses i sammenheng med avtalejusteringsbestemmelsen i DSM art. 20, der etterfølgende forhold med hensyn til inntekter skal ilegges vekt dersom rettighetshaveren krever det: ”Medlemsstatene sikrer, at ophavsmænd og udøvende kunstnere ... har ret til at kræve yderligere, passende og rimeligt vederlag fra den part, med hvem de har indgået en aftale ... eller fra de efterfølgende rettighedshavere eller licensmodtagere ... hvis det oprindeligt aftalte vederlag viser sig at være uforholdsmæssigt lavt sammenlignet med alle de efterfølgende relevante indtægter som følge af udnyttelsen af værkerne eller opførelserne”.

Artister og opphavere har altså ifølge DSM-direktivet, rett til en vederlagsjustering fra opprinnelig avtalepart eller rettsetterfølger, dersom utbetalt vederlag viser seg å være *uforholdsmessig lavt* i forhold til de inntektene verket/opptaket har hitført. Bestemmelsen gjelder ikke dersom det er et forvaltningsselskap som har inngått avtalen på vegne av rettighetshaveren.<sup>40</sup> Det er presumpsjonen om *uforholdsmessighet i forhandlingsmakt* og antakelsen av at rettighetshaveren er den svakere part og ofte heller ikke får tilgang til relevante inntektsopplysninger ved bruk av verket/prestasjonen, som ligger til grunn for bestemmelsen.<sup>41</sup>

<sup>36</sup> Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad m. flere, *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo: 2011 Universitetsforlaget, s. 187 flg.

<sup>37</sup> Datoen for gjennomføring er 7. juni 2011, jf. DSM art. 29.

<sup>38</sup> Espen Børseth, Nordisk Opphavsrettsymposium, Visby september 2019.

<sup>39</sup> Rognstad (2019), s. 45.

<sup>40</sup> DSM art. 18, 1. ledd.

<sup>41</sup> I fortalen til DSM-direktivet, i særdeleshet pkt. 72, 75 fremgår presumpsjonen om de originære rettighetshaverne som svakere part: «Eftersom ophavsmænd og udøvende kunstnere ofte er i en svagere forhandlingsposition, når de udsteder licenser eller overdrager deres rettigheder, har de behov for adgang til løbende at kunne vurdere den økonomiske værdi af deres rettigheder sammenlignet med det vederlag, som de får for licensen eller overdragelsen, men de oplever ofte en mangel på gennemsigtighed» (pkt. 75).

I norsk rett ble det innført en bestemmelse om *rett til rimelig vederlag* (åvl. § 69) ved vedtakelse av den nye åndsverkloven i 2018. Bestemmelsen lyder: ”Når en opphaver utenfor forbrukerforhold helt eller delvis overdrar rett til å råde over et åndsverk, har opphaveren krav på rimelig vederlag fra erververen”. *Utenfor forbrukerforhold* skal tolkes slik som i forbrukerkjøpsloven, altså at den ikke skal gjelde ved overdragelse til ”en fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet”.<sup>42</sup>

Hva beveggrunnen er for å innføre begrensning av vederlagsregelen til ”utenfor forbrukerforhold” fremgår ikke av forarbeidene. Særlig i lys av at åndsverkloven i stor grad gjelder bruk av prestasjoner utenfor det private, synes avgrensningen noe uforståelig.<sup>43</sup> I tillegg vil innføringen av en ny begrensning, som ikke korrelerer med enerettens avgrensning, kunne komplisere avtalesituasjonen og medføre økte transaksjonskostnader.

Momentene som skal ilegges vekt ved fastleggelsen av ”rimelig vederlag” i den norske regelen, er, jf. annet ledd, avhengig av ”hvilke rettigheter som overdras”, ”hva som er vanlig på området” og ”de konkrete forhold som gjør seg gjeldende, herunder partenes forhandlingsstyrke og formålet med den avtalte bruk”. Momentene er ikke uttømmende. Av forarbeidene fremgår at vederlaget skal være balansert: ”Det understrekes at det må være en balanse i vurderingen som foretas, og at den opprinnelige rettighetshaver skal ha rett til et vederlag som er ”riktig” eller ”passende”, ikke et vederlag som er høyest mulig”.<sup>44</sup>

Det er oppsiktsvekkende at rettighetshaveren gjennom denne forarbeiduttalelsen, nærmest blir advart mot å kreve *for høyt* vederlag, da det er høyst usikkert å vite hva et verk eller en innspilling vil komme til å medføre av inntekter, og derfor hva et *for høyt* vederlag er. I de norske forarbeidene og også i fortalen til DSM-direktivet er det presumpsjonen om at det skapende og utøvende leddet er den svakere part som angis som begrunnelse for nødvendigheten av en regel som skal sikre *rettighetshaveren* et ”rimelig vederlag”.<sup>45</sup> I klar kontrast til regelen i DSM-direktivet fremgår det av den norske regelen at det er *forholdene på avtaletidspunktet* som skal legges til grunn: ”Vurderingen skal baseres på forholdene på avtaletidspunktet”. Ifølge bestemmelsen er det ikke aktuelt å gi rettighetshaveren ytterligere vederlag dersom inntektene i etterkant viser seg å bli høyere enn antatt. Slik jeg ser det, fører uttalelsen i forarbeidene om at det ikke skal kreves *høyest mulig vederlag* og henvisningen i regelen til *forholdene på avtaletidspunktet*, sammenholdt til en regel som overhodet ikke når opp til formålet som regelen i DSM-direktivet har til hensikt å sikre. Partenes ulike forhandlingsstyrke er jo et forhold som kan medføre at rettighetshaveren ikke ”tør” be om et tilstrekkelig vederlag, noe som kunne ha avhjulpet usikkerheten ved fremtidige inntekter av

<sup>42</sup> Prop. 104 L (2016–2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven), s. 334.

<sup>43</sup> At åndsverkloven gjelder utenfor private forhold fremgår bl.a. av privatbruksunntaket i åvl. § 3 første ledd a) jf. § 26 og åvl. § 3 første ledd, b) jf. bruk av begrepet «gjøre verket tilgjengelig for allmennheten» (min kursivering).

<sup>44</sup> Prop. 104 L (2016–2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven), s. 336.

<sup>45</sup> DSM-direktivets fortale pkt. 72 og indirekte i en rekke andre av fortalens punkter. Tilsvarende fremgår av Prop. 104 L (2016–2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven), s. 334.

verket. Når det både advares mot å ta høyest mulig vederlag og vederlaget ikke kan etterjusteres, mener jeg man har vedtatt en regel som ikke sikrer rettighetshaveren i tilstrekkelig grad. Risikoen for et *for lavt* vederlag påhviler rettighetshaveren og kan bli påvirket i negativ retning ved uttalelsen i forarbeidene.

I åvl. § 69, tredje ledd er det ved utleie av film og lydopptak unntak mot forbeholdet om å la etterfølgende forhold komme i betraktning ved vurderingen av ”rimelig vederlag”. Det fremgår at for slik bruk kan også *inntektsutvikling etter avtaletidspunktet* ilegges vekt.<sup>46</sup> Av forarbeidene fremgår at man ved fastsettelsen av ”rimelig vederlag” i en slik sammenheng kan ta hensyn til *de faktiske inntektene* som utleien har medført.<sup>47</sup> Siden faktiske og etterfølgende inntekter kan vektlegges, kan det synes som om betydningen av at en avtale er inngått mellom mer jevnbyrdige parter, som for eksempel en forvaltningsorganisasjon som representant for rettighetshaveren, ikke skal utelukke at etterfølgende forhold ilegges vekt.

En slik forståelse medfører at unntaksregelen for utleie av film og musikk er mindre av en risikoavveiningsregel enn den som uttrykkes i DSM-direktivet. I DSM-direktivet kan det synes som om avgrensningen mot kravet om ”rimelig vederlag” når avtalen er inngått av profesjonelle, er begrunnet i at ev. utilstrekkelige vurderinger av inntjeningsutsikter og dårlige avtaler må være forvaltningsorganisasjoners egen risiko og derved rettighetshaverens. I justeringsregelen i DSM art. 20 kan det synes som om en forholdsmessig urimelig avtale *står seg* dersom det er en forvaltningsorganisasjon eller et kollektivselskap som har inngått avtalen. I norsk rett ville man riktignok ved en slik situasjon hatt avtalelovens § 36 som sikkerhetsventil, med rettspraksis viser at det skal svært mye til for at domstolene finner at grensen for urimelig avtaler er innfridd.<sup>48</sup>

Spørsmålet om å tillegge *etterfølgende forhold vekt* ved innføring av en regel om rimelig vederlag i norsk rett medførte opphetete diskusjoner mellom bruker- og rettighetshaver-grupperinger i lov- og høringsprosessen. Som det fremgår av ordlyden i den nåværende norske loven, var det utnytternes interesse av forutsigbarhet som vant frem. I lys av ordlyden i DSM-direktivet er det, slik jeg ser det, liten tvil om at departementet må redigere regelen for å få den på linje med justeringsregelen i DSM art. 20. Hvorvidt man velger å innføre den mer begrensede risikobetraktningsregelen som fremgår av direktivets art 20 – der ”bordet fanger” dersom uforholdsmessige avtaler er inngått av forvaltningsorganisasjoner e.l. – eller at det legges mer vekt på faktiske forskjeller mellom forventet og reell inntekt uansett hvem som har inngått avtalen, vil tiden vise. Det siste vil føre til en bedre samordning med regelen fra utleiedirektivet om film og lydopptak og også sikre rimelige avtaler – også på lang sikt.

<sup>46</sup> Unntaket gjennomfører en forpliktelse etter EUs utleie- og utlånsdirektiv (2006/115/EF) artikkel 5.

<sup>47</sup> Prop. 104 L (2016–2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven), s. 336.

<sup>48</sup> LB – 1997–3221 (Henning Kvitnes).

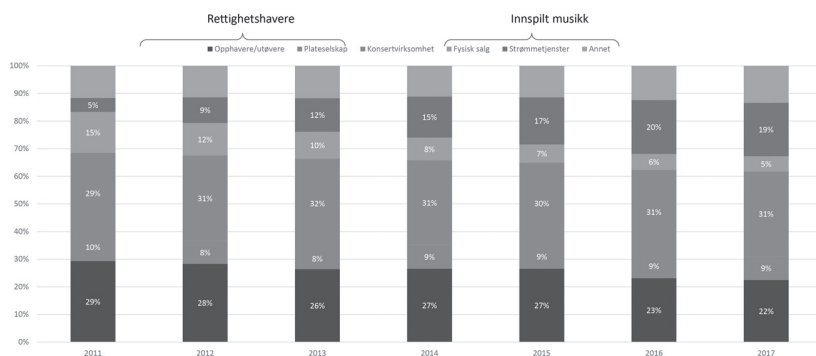
## 5. Hvordan kan forpliktelsen til rimelig vederlag best ivaretas i strømmeøkonomien?

I Norge er det i dag i stor grad plateselskapene som lisensierer egne og utøvende kunstners rettigheter til strømmetjenester som f.eks. Spotify, dersom artisten ikke velger å forvalte musikken selv.<sup>49</sup> Fordelingen av strømmeinntektene mellom plateselskap og utøver løses kontraktuelt. Det er liten transparens i disse avtalene, og fordelingsbrøken og royaltysatsene mellom plateselskap og utøver er jf. vår utredning, høyst forskjellige og avhengig av artistens forhandlingsstyrke.<sup>50</sup> Fordelingsinformasjonen fra utredningen viser også store forskjeller i det utøvende kunstnere og plateselskap mottar av strømmeinntekter. Opphaverne/komponistene (Tono-inntekter) kan også synes å få mer enn det utøvende kunstnere mottar for den samme bruken.<sup>51</sup>

Det er to figurer som viser hvordan avtaleform og avtalepart gir utslag i de utøvedes inntektsstrømmer.

### Omsetning etter kategori mottaksform

Kilde: Menons regnskapsdatabase, SSB, NTO



5

*Gjentakelse av figur 5 (figur 3.8 på s. 45 i utredningen): Av figuren fremgår at plateselskapene har hatt et forholdsmessig mindre tap av markedsandeler enn det utøvende og opphaver har hatt i strømmeøkonomien.*

I denne figuren, som viser fordelingen av totalomsetningen mellom aktørene på musikkfeltet, fremgår det at plateselskapene har redusert sine inntekter med ett prosentpoeng i perioden, mens de utøvende har hatt en nedgang på fem

<sup>49</sup> Vår utredning viser at det er menn som i størst grad velger å eie musikken sin selv.

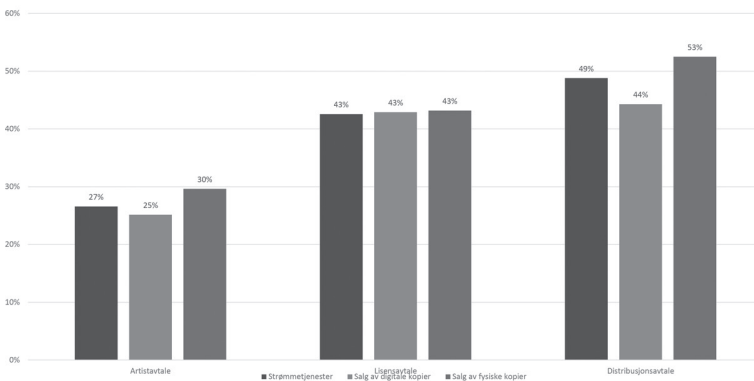
<sup>50</sup> Se musikkutredningen *Hva nå...*, s. 95.

<sup>51</sup> Se musikkutredningen *Hva nå...*, s. 109 figur 5.19 der digitale Tono-inntekter oppgis å utgjøre 16% av totalinntektene til de skapende, mens i skaper- og utøverundersøkelsen oppgis digitale inntekter til å utgjøre 5% av inntekten (s. 95, tabell 5.2). Dette er et så stort spenn at det ikke kan tas bokstavelig. Skaper- og utøverundersøkelsen omfatter jo også skapende. Imidlertid er differansen stor nok til å kunne hevde og anta, at digitalinntekter er bedre for skapende enn for utøvende.

prosentpoeng. Funnene tilsier at ved fordelingen mellom plateselskap og artist i strømmeøkonomien vinner plateselskapet tilbake noe av tapet de kunne ha blitt påført ved at strømmeselskapene har tatt markedsandeler. Om årsaken er *fordelingen av inntektene fra strømmetjenestene*<sup>52</sup> eller skyldes at *plateselskapene også representerer utenlandske aktører*, slik at inntektene deres også avspeiler inntekter fra disse, er usikkert. Våre funn viser at strømmetjenestene har en lav norskandel, så dette kan også være en del av forklaringen på at norske artister får en forholdsmessig mindre andel tilbake. Uansett årsak viser funnene at plateselskapene opprettholder nesten sin posisjon i den digitale økonomien ifølge våre data, ved at de får en forholdsmessig større andel av pengestrømmen fra strømmetjenestene.

## Artistenes royaltymbetaling fra plateselskap

Kilde: surveille utøvere opphavere



**Figur 6** (figur 4.14 i utredningen på s. 74). Figuren viser at de utøvende får en større andel av strømmeinntektsvederlaget når de inngår lisensavtaler eller distribusjonsavtaler (ved å være masteiere), enn gjennom artistavtaler (som inngås med plateselskapene).

Tilsvarende underbygges i denne figuren. Av oppstillingen fremgår hvordan royaltysatsen og inntektene varierer ut ifra *hva slags avtale* og *hva slags forhandlingspart* artisten har. Vi forutsetter at det er inntekter *som utøvende kunstner* som fremgår av alle tre oppstillingene.<sup>53</sup> Under denne forutsetningen får den utøvende større inntekt dersom hun lisensierer musikken (som masteiere) eller inngår en distribusjonsavtale. Dette tilsier at artistene forholdsmessig taper strømmeinntekter ved å ha plateselskapet som avtalepart for en slik inntektsstrøm, fremfor andre avtaleformer/avtaleparter.<sup>54</sup> Det synes heller ikke som om plateselskapene

<sup>52</sup> Artistenes royaltymandel.

<sup>53</sup> Når musikeren forvalter musikken selv, vil hun både ha en andel som musiker og en andel som produsent (plateselskap). Vår spørreundersøkelse ba om informasjon om utøverinntekten.

<sup>54</sup> Plateselskapene vil hevde at deres marginer også er små og at de benytter sitt overskudd til å satse på nye artister, markedsføring av musikken og utøverne osv. Dette er selvsagt riktig, men det er også riktig at de forholdsmessig sitter igjen med en større andel av markedsinntektene og at

makter å øke vederlaget fra strømmetjenestene, slik at en lavere royaltysats mellom plateselskap og utøver kompenseres av en større inntektsstrøm enn andre mellomledd/avtaleformer er i stand til å sikre.

Bruk av musikk ved offentlig fremføring skal, jf. en tvangslisensbestemmelse i åndsverkloven, betales til Gramo.<sup>55</sup> Gramo har som funksjon å forvalte rettigheter til produsenter og utøvende kunstnere når deres lydopptak blir kringkastet eller offentlig fremført i Norge. Organisasjonen er eid av rettighetsorganisasjonene til musikk. Av åndsverklovens § 21 (tidligere 45a), konstateres at ”på forespørsel-handlinger” ligger utenfor ”vederlagsretten”, og da i utgangspunktet utenfor Gramos mandat. Hva en strømmetjeneste er, og hva slags tilgjengeliggjøringshandling plattformen som YouTube foretar, kan problematiseres. Tradisjonelt har plateselskap forvaltet eksemplarframstillingsrettigheter mens offentlig fremføring av lydopptak i Norge er blitt forvaltet av Gramo (og Tono).<sup>56</sup> Det at plateselskapene i stor grad fortsatt forvalter vesentlige deler av på forespørsel-området, kan anses som en indirekte stillingtagen til at strømming – som er den viktigste tilgjengeligjøringsmåten av musikk i dag – i større grad er en *eksemplarframstillingshandling* enn en *offentlig fremføring*. Rent formalistisk er det ikke noen grunn til å kategorisere strømming på denne måten; strømming er en tilgjengeliggjøring. Det er slik jeg ser det, ikke åpenbart at det er plateselskapene som skal forvalte strømmehandlinger og strømmetjenestene, i særdeleshet når det skjer på en slik måte at en forholdsmessig mindre andel av inntektene tilflyter artistene. Når slik utnyttelse jf. § 21,<sup>57</sup> er trukket ut av Gramos forvaltning innebærer det at ”på forespørsel-handlingene” *tilligger artistene til egenforvaltning* og at de selv kan velge hvordan denne utnyttelsen skal forvaltes.<sup>58</sup> Det innebærer at dersom Gramos mandat kunne utvides til å omfatte strømmetjenester/på forespørsel-handlinger, kunne artistene velge å la Gramo eller andre profesjonelle aktører forvalte rettighetene og Gramo kunne inngå avtalene med de store internettaktørene og kanskje sikre en mer rettferdig tildeling av vederlag til utøverne.<sup>59</sup> Viktigheten

artistene får en forsvinnende liten andel av strømmeinntektene. Tabell 3.1 på s. 31 viser at plateselskapene omsetning har økt med ca. 40% siden 2011. Utøvende og skapende betydelig mindre.

<sup>55</sup> I Åndsverklovens § 21, første ledd uttrykkes at «*Lydopptak av utøvendes kunstneres 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*».

<sup>56</sup> Se mer om Gramo her: <https://www.gramo.no/>.


<sup>57</sup> Den utøvendes enerett, der det fremgår at en del av eneretten reguleres som en tvangslisens.

<sup>58</sup> En annen løsning kunne være å la nasjonale musikkforlag forvalte området i samarbeid med artistene/opphaverne. De norske musikkforlagene synes å ha fått en mer markant stilling i norsk musikkbransje, selv om våre funn ikke viser veksten.

<sup>59</sup> Musikkforlagene har posisjonert seg i det digitale musikkmarkedet, og våre kvalitative intervjuer kan tilsa at noen av de nye norske forlagene kan håndtere det internasjonale markedet for norske opphavere. I tillegg ser vi at Management-aktørene vokser i betydning på musikkmarkedet, se fig. 5.19 på s. 109 i utredningen. Ut ifra lovens krav om «rimelig vederlag» for skapende og utøvende kunstnere, bør det være et mål at – uansett hvordan man velger å organisere formidlingen av musikk – det skjer på en måte som skaper et rimelig vederlag for artister og utøvende kunstnere, og ikke bare nye konstallasjoner der artister og skapendes potensielle inntektsstrømmer reduseres på en uforholdsmessig måte.

av forvaltningsorganisasjoner i forhandlingssituasjonen, for å sikre skapende og utøvere et rimelig vederlag, fremgår også av EUs konsekvensutredning.<sup>60</sup>

Slik avgrensningen av tvangslisensen i åvl. § 21 nå ligger, er det jo kun et uttrykk for en kulturpolitisk avveining som må vise sin berettigelse ved at tilstrekkelige inntekter føres tilbake til de originære rettighetshaverne, hvis den skal opprettholdes. Ellers vil ikke målet i åndsverklovens § 1, om insentiver som kan sikre en bærekraftig forvaltning av kulturinnhold ivaretas i tilstrekkelig grad.

Hadde lovgiveren foretatt en slik endring til fordel for Gramo, ville man fått likedeling av strømmeinntektene mellom utøvere og ev. plateselskap slik man gjør ved andre inntekter for offentlig fremføring i Gramo-systemet, og DSM-direktivets transparenskrav kunne ere innfris.<sup>61</sup>

<sup>60</sup> Commission, E. (2015). *Remuneration of authors and performers for the use of their works and the fixations of their performances Europe Economics, Digital Agenda for Europe*, IVIR Markt 2013/080/D: 249, s. 8. Tre hovedpunkter fremholdes som vesentlig for å sikre de originære rettighetshaverne i større grad: lovregulering av kontraktssituasjonen, styrking av forhandlingsposisjon gjennom forvaltningsorganisasjonene og strukturen på rettighetene (vederlagsrett eller enerett).

<sup>61</sup> DSM art. 19.