



# NORGES HØYESTERETT

Den 28. november 2018 avsa Høyesterett dom i

**HR-2018-2268-A, (sak nr. 2018/233), sivil sak, anke over dom,**

RiksTV AS

(advokat Andreas Bernt – til prøve)

(Rettslig medhjelper:

advokat Rasmus Asbjørnsen)

mot

TONO SA

(advokat Camilla Vislie – til prøve)

## S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Webster**: Saken gjelder krav om erstatning for brudd på åndsverkloven. Spørsmålet er om RiksTV AS' distribusjon av tv-kanaler i bakkenettet utgjør tilgjengeliggjøring for allmennheten etter åndsverkloven 1961 § 2 og åndsverkloven 2018 § 3. I så fall krever fremføringen samtykke fra opphaverne.
- (2) RiksTV AS – RiksTV – er distributør av tv-kanaler i det digitale bakkenettet. Selskapet eies av NRK, TV2 og Telenor og driver kommersiell virksomhet ved å tilby kunder over hele Norge abonnement på ulike kanalpakker. RiksTV kjøper programinnhold/kanaler fra ulike kringkastere/produsenter av tv-kanaler.
- (3) TONO SA – TONO – er et samvirkeforetak som forvalter opphavsrettigheter til musikkverk på vegne av rettighetshavere. Forvaltningen omfatter rettighetene til TONO's andelshavere – ofte omtalt som medlemmer. Videre forvalter TONO rettigheter for medlemmer i tilsvarende organisasjoner i hele verden etter gjensidige representasjonsavtaler. TONO innhenter vederlag for offentlig fremføring av musikken og overfører midlene til rettighetshaverne.

- (4) Den som vil tilgjengeliggjøre opphavsrettslig beskyttet materiale for allmennheten, må ha samtykke fra opphaver eller en forvaltningsorganisasjon som TONO. Innhenting av slikt samtykke omtales gjerne som "klarering".
- (5) Tv-sendinger distribueres til norske seere på forskjellige måter, blant annet via signaler fra sendere på bakken – omtalt som bakkenettet. Frem til 2009 var bakkenettet i Norge analogt. For å oppnå et godt, riksdekkende, norskspråklig fjernsynstilbud, med mulighet for langt flere kanaler enn det analoge bakkenettet ga rom for, ønsket stortingsflertallet å få etablert et digitalt bakkenett. Utbyggingen skulle "skje på markedets premisser", jf. St. meld. nr. 44 (2002–2003) Om digitalt bakkenett for fjernsyn, punkt 1.5. Utbyggingen skulle finansieres ved at seerne betaler for å få tilgang til tv-kanaler.
- (6) Bakkenettet, som består av 430 sendere, eies av Norkring AS og driftes av Norges Televisjon AS. Bakkenettet har to leietakere; NRK og RiksTV.
- (7) RiksTV ble etablert i november 2005. Selskapet skulle tilby tv-kanaler på kommersiell basis og dermed bidra til å sikre Stortingets forutsetning om at seerne skulle dekke kostnadene ved utbyggingen av det digitale bakkenettet. RiksTVs hovedinntekter kommer fra kundene, som betaler for å få tilgang til programpakker. Det er opplyst at RiksTVs markedsandel utgjør 12-15 prosent. Selskapets betaling for leie av kapasitet i sendernettet og betaling til kringkasterne som produserer tv-kanalene, er blant selskapets største utgiftsposter.
- (8) Erstatningskravene i saken gjelder RiksTVs distribusjon av utenlandske tv-kanaler. Det er opplyst at kanalene som er omfattet av saken, hovedsakelig er produsert i Storbritannia. RiksTV hevder at bruken av opphavsrettslig beskyttet materiale er klarert med PRS – som er TONOs søsterorganisasjon i Storbritannia. TONO hevder på sin side at materialet ikke er klarert for tilgjengeliggjøring i Norge.
- (9) RiksTV saksøkte i 2010 rettighetsorganisasjonen Norwaco med krav om dom for at RiksTV ikke drev videresending i åndsverkloven § 34s forstand, og at RiksTV dermed ikke var pliktig til å klarere sin distribusjon i Norge med Norwaco. Den 8. juni 2012 gikk TONO til søksmål mot RiksTV i vår sak. Det ble fremsatt krav om erstatning for manglende klarering etter åndsverkloven 1961 § 2 for det tilfelle at retten i Norwacosaken skulle komme til at RiksTV ikke drev videresending. TONO ønsket at saken skulle forenes med saken mellom RiksTV og Norwaco, men dette ble avslått av tingretten. I november 2012 ble det også tatt ut stevning for Oslo tingrett i en sak mellom Get AS og Norwaco om en tilsvarende problemstilling som i saken mellom RiksTV og Norwaco. Saken mellom RiksTV og TONO ble stanset i påvente av avklaring av de øvrige tvistene.
- (10) I saken mellom RiksTV og Norwaco vant RiksTV frem. Norwaco anket, men trakk siden anken, slik at tingrettsdommen ble rettskraftig. Saken mellom Get AS og Norwaco endte med dom i Høyesterett, HR-2016-562-A, hvor Høyesterett kom til at Get AS ikke drev videresending etter åndsverkloven 1961 § 34.
- (11) Saken mellom RiksTV og TONO ble brakt i gang igjen i 2015. Den ble delt slik at domstolene først skal ta stilling til spørsmålet om vilkårene for erstatning er oppfylt.

(12) Den 14. juni 2016 avsa Oslo tingrett dom hvor TONO vant frem. Dommen har slik slutning:

- "1. RiksTV er erstatningsansvarlig for det tap TONO er påført som følge av distribusjon av følgende tv-kanaler i det digitale bakkenettet fra 8. juni 2009 og til domstidspunktet med tillegg av forsinkelsesrenter fra 8. juli 2012 og til betaling skjer: TV3, Viasat4, FEM, Discovery Channel, Animal Planet, Disney Channel og National Geographic Channel
2. RiksTV er erstatningsansvarlig for det tap TONO er påført som følge av distribusjon av følgende tv-kanal i det digitale bakkenettet fra 8. juni 2009 og til 23. januar 2012 med tillegg av forsinkelsesrenter fra 8. juli 2012 og til betaling skjer: The Voice.
3. RiksTV er erstatningsansvarlig for det tap TONO er påført som følge av distribusjon av følgende tv-kanal i det digitale bakkenettet fra 8. juni 2009 og til domstidspunktet med tillegg av forsinkelsesrenter fra 8. juli 2012 og til betaling skjer: BBC World News
4. RiksTV er erstatningsansvarlig for det tap TONO er påført som følge av distribusjon av følgende tv-kanal i det digitale bakkenettet fra 29. oktober 2009 og til domstidspunktet med tillegg av forsinkelsesrenter fra 8. juli 2012 og til betaling skjer: Eurosport
5. RiksTV er erstatningsansvarlig for det tap TONO er påført som følge av distribusjon av følgende tv-kanaler i det digitale bakkenettet fra 14. september 2010 og til domstidspunktet med tillegg av forsinkelsesrenter fra 8. juli 2012 og til betaling skjer: TLC, Disney Junior og Disney XD
6. RiksTV er erstatningsansvarlig for det tap TONO er påført som følge av distribusjon av følgende tv-kanal i det digitale bakkenettet fra 1. november 2010 og til domstidspunktet med tillegg av forsinkelsesrenter fra 8. juli 2012 og til betaling skjer: MAX
7. RiksTV er erstatningsansvarlig for det tap TONO er påført som følge av distribusjon av følgende tv-kanal i det digitale bakkenettet fra 21. mars 2011 og til domstidspunktet med tillegg av forsinkelsesrenter fra 8. juli 2012 og til betaling skjer: FOX
8. RiksTV er erstatningsansvarlig for det tap TONO er påført som følge av distribusjon av følgende tv-kanal i det digitale bakkenettet fra 29. september 2011 og til 30. september 2015 med tillegg av forsinkelsesrenter fra 8. juli 2012 og til betaling skjer: TNT
9. RiksTV er erstatningsansvarlig for det tap TONO er påført som følge av distribusjon av følgende tv-kanal i det digitale bakkenettet fra 23. januar 2012 og til domstidspunktet med tillegg av forsinkelsesrenter fra 8. juli 2012 og til betaling skjer: VOX
10. RiksTV er erstatningsansvarlig for det tap TONO er påført som følge av distribusjon av følgende tv-kanal i det digitale bakkenettet fra 1. november 2012 og til domstidspunktet med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. november 2012 og til betaling skjer: BBC Brit
11. RiksTV er erstatningsansvarlig for det tap TONO er påført som følge av distribusjon av følgende tv-kanal i det digitale bakkenettet fra 1. november 2012 og til 1. oktober 2015 med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. november 2012 og til betaling skjer: MTV

12. **RiksTV er erstatningsansvarlig for det tap TONO er påført som følge av distribusjon av følgende tv-kanal i det digitale bakkenettet fra 21. november 2013 og til domstidspunktet med tillegg av forsinkelsesrenter fra 21. november 2013 og til betaling skjer: TV6**
  13. **RiksTV er erstatningsansvarlig for det tap TONO er påført som følge av distribusjon av følgende tv-kanal i det digitale bakkenettet fra 5. desember 2013 og til domstidspunktet med tillegg av forsinkelsesrenter fra 5. desember 2013 og til betaling skjer: History Channel**
  14. **RiksTV er erstatningsansvarlig for det tap TONO er påført som følge av distribusjon av følgende tv-kanal i det digitale bakkenettet fra 3. september 2015 og til domstidspunktet med tillegg av forsinkelsesrenter fra 3. september 2015 og til betaling skjer: Eurosport Norge**
  15. **RiksTV er erstatningsansvarlig for det tap TONO er påført som følge av distribusjon av følgende tv-kanal i det digitale bakkenettet fra 1. oktober 2015 og til domstidspunktet med tillegg av forsinkelsesrenter fra 1. oktober 2015 og til betaling skjer: Comedy Central**
  16. **RiksTV skal i sakskostnader betale til TONO 4 100 612 – firemillionerthundretusensekshundreogtolv – kroner innen 14 dager fra dommens forkynnelse."**
- (13) RiksTV anket tingrettens bevisbedømmelse og rettsanvendelse til Borgarting lagmannsrett. For lagmannsretten ble saken utvidet til å gjelde ytterligere to kanaler. Lagmannsretten, som kom til samme resultat som tingretten og i det vesentlige sluttet seg til tingrettens begrunnelse, avsa dom 4. desember 2017 med slik slutning:
1. **Anken forkastes.**
  2. **Riks TV er også erstatningsansvarlig for det tap TONO SA er påført som følge av distribusjon av tv-kanalene Viasport + og Viasport 1 i det digitale bakkenettet fra 5. september 2017 og frem til domstidspunktet.**
  3. **RiksTV AS betaler innen to uker 2 003 882,50 – tomillionerogtretusenåttehundreogåttito 50/00 – kroner til TONO SA i sakskostnader for lagmannsretten."**
- (14) RiksTV har anket til Høyesterett over lagmannsrettens rettsanvendelse og ett punkt i lagmannsrettens bevisvurdering. Høyesteretts ankeutvalg besluttet 12. mars 2018 å fremme anken for så vidt gjelder spørsmålet om RiksTV foretar en tilgjengeliggjøring for allmennheten av musikkverk TONO forvalter, jf. åndsverkloven § 2. For øvrig ble anken ikke tillatt fremmet.
- (15) Partene har inngitt skriftlige fremstillinger som inngår i avgjørelsesgrunnlaget, jf. tvisteloven § 30-10 andre ledd jf. første ledd. For øvrig står saken i det vesentlige i samme stilling som for lagmannsretten.
- (16) Den ankende part – *RiksTV AS* – har i korte trekk anført:
- (17) RiksTV er ikke en kommersiell aktør på linje med Get AS, men ble etablert for å sikre dekning av kostnadene til å bygge ut det riksdekkende digitale bakkenettet. Etableringen av dette bakkenettet var et sentralt politisk virkemiddel for å ivareta mediemangfold. I de

sentrale dokumentene som la grunnlaget for etableringen av dagens ordning, er det ikke nevnt noe sted at distributørene, som RiksTV, skulle betale opphaverne for kringkasternes bruk av opphavsrettslig vernet materiale.

- (18) Teknisk sett er tv-signalene aldri innom RiksTV. RiksTVs eneste bidrag til tilgjengeliggjøringen er å gi kundene tilgang til dekryptering. Dette kan ikke likestilles med å gjøre verket tilgjengelig for, eller å overføre til, allmennheten. RiksTV er mer å sammenligne med en teknisk hjelper for kringkasternes tilgjengeliggjøring av verkene. TONO må derfor rette sitt krav mot kringkastingselskapene.
- (19) Kringkastingsloven § 1-1 første ledd bokstav a og f definerer hva som er kringkasting og hvem som er kringkasterne. Loven viser at det er kringkasterne som har ansvaret for innholdet i sine sendinger, ikke en teknisk distributør som RiksTV.
- (20) Både åndsverkloven av 1961 og den nye loven fra 2018 forutsetter at det er kringkasterne som overfører til allmennheten. Også opphavsrettsdirektivet – Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF – legger klareringsplikten til kringkasterne. Det vises til fortalen avsnitt 23, artikkel 3 nr. 1 og 2 bokstav d og artikkel 2 bokstav e.
- (21) Kringkasterne innhenter samtykke fra rettighetshaverne. RiksTV har ingen praktiske muligheter til å innhente et slikt forhåndssamtykke. Kringkasterne anser dessuten RiksTVs distribusjon som en del av sin kringkasting og har påtatt seg ansvaret for klarering med rettighetshaverne. Det er ikke behov for at TONO skal kunne kreve vederlag av RiksTV for kringkasternes sendinger i det norske bakkenettet.
- (22) Det er etablert et marked for fri flyt av kringkasting innen EU/EØS. Sentrale dommer fra EU-domstolen bekrefter at det er kringkasterne som foretar tilgjengeliggjøringen. Når signalene sendes som en ubrutt kjede av signaler fra kringkasteren, er det kringkasteren som er ansvarlig for å klarere. Bare der en distributør når et nytt publikum med sin utsendelse, vil distributøren få et selvstendig ansvar for å klarere. RiksTV sender ikke ut signaler til et nytt publikum, og klareringen skal da skje hos kringkasteren. TONOs søsterorganisasjon PRS i Storbritannia har uansett foretatt den nødvendige klareringen for utsendelse i det norske markedet slik at RiksTVs utsendelse ikke når et nytt publikum.
- (23) RiksTV har nedlagt slik påstand:
- "1. **RiksTV AS frifinnes.**  
2. **RiksTV AS tilkjennes omkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.**"
- (24) Ankemotparten – *TONO SA* – har i korte trekk anført:
- (25) Opphavere har krav på kompensasjon når deres beskyttede verk gjøres tilgjengelig for allmennheten. RiksTV driver kommersiell utnyttelse av andres verker og må betale vederlag til opphaverne for dette.
- (26) Høyesteretts enstemmige uttalelser i Get-dommen, HR-2016-562-A, om at Get AS har en selvstendig plikt til å klarere bruken av opphavsrettslig beskyttet materiale hvis kringkasterne ikke har klarert bruken, gjelder parallelt for RiksTV. Det er ingen relevante

forskjeller mellom Get AS og RiksTV. Get AS – og dermed RiksTV – tilgjengeliggjør for allmennheten i åndsverkloven 1961 § 2s forstand.

- (27) RiksTV er ikke en kringkaster, og TONO aksepterer at RiksTVs virksomhet kan ses som et ledd i kringkasterens primære kringkasting. Dette betyr imidlertid ikke at RiksTV ikke foretar tilgjengeliggjøring for allmennheten i åndsverklovens forstand.
- (28) At RiksTV må klarere bruken av verkene hvis ikke kringkasteren har gjort det, følger også av opphavsrettsdirektivet og EU-domstolens praksis. I et tilfelle som det foreliggende er det ikke krav om at RiksTV distribuerer til et "nytt publikum" for at det skal oppstå klareringsplikt.
- (29) RiksTV kan ikke ses som en ren selger av teknisk støtte til kringkasterne, slik selskapet anfører.
- (30) Det er ikke vanskelig for RiksTV å sørge for at rettighetene blir klarert. De kan enten sikre at kringkasterne gjør dette eller klarere bruken på egen hånd.
- (31) TONO SA har nedlagt slik påstand:
- "1. Anken forkastes.**  
**2. TONO SA tilkjennes saksomkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett."**
- (32) *Jeg er kommet til at anken må forkastes.*
- (33) Spørsmålet er om RiksTV har en selvstendig plikt til å klarere opphavsrettslig vernede verk som distribueres til RiksTVs abonnenter, eller om kravet om klarering må rettes mot kringkasterne.
- (34) Tv-kanalene som saken omfatter, er hovedsakelig produsert av kringkasterne i Storbritannia. Partene er enige om at sendingene inneholder åndsverk hvor bruken må klareres med opphaverne. Derimot er partene uenige om hvem som har klareringsplikten – kringkasteren eller distributøren RiksTV. De er videre uenige om i hvilken grad verkene faktisk er klarert for utsendelse i det norske bakkenettet av TONOs britiske søsterorganisasjon PRS. Saken er som nevnt delt, slik at dette spørsmålet – som tapsutmålingsmoment – først skal behandles hvis TONO når frem med kravet om at RiksTV har en selvstendig klareringsplikt.
- (35) Opphaveren til et åndsverk har enerett til å råde over verket, herunder enerett til å bestemme om verket skal gjøres tilgjengelig for allmennheten. Denne retten var inntil 1. juli i år regulert av åndsverkloven 1961 § 2. Da trådte åndsverkloven 2018 i kraft. 2018-loven viderefører en tilsvarende bestemmelse i § 3, men med en noe annen ordlyd. Partene er enige om at den nye ordlyden ikke endrer den rettslige problemstillingen i vår sak. Jeg slutter meg til det.
- (36) Ettersom det materielle innholdet i 1961-loven på dette punktet er videreført i den nye loven, forholder jeg meg i utgangspunktet til ordlyden i 2018-loven § 3.

(37) De relevante delene av bestemmelsen lyder:

**"Opphavsretten gir enerett til å råde over åndsverket ved å**

...

**b) gjøre verket tilgjengelig for allmennheten.**

**Verket gjøres tilgjengelig for allmennheten når**

...

**d) verket overføres til allmennheten, i tråd eller trådløst, herunder når verket kringkastes eller stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket."**

(38) Bestemmelsen gjennomfører opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 1 i norsk rett. På dansk lyder artikkel 3 nr. 1:

**"Medlemsstaterne tillægger ophavsmænd eneret til at tillade eller forbyde trådbunden eller trådløs overføring til almenheden af deres værker, herunder tilrådighedsstillelse af deres værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt."**

(39) Uttrykket å gjøre "tilgjengelig for allmennheten" i åndsverkloven 2018 § 3 er hentet fra 1961-loven § 2. Forarbeidene til 1961-loven er derfor av interesse for forståelsen av dagens ordlyd. I Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) ble det foreslått endringer i åndsverkloven 1961 blant annet for å gjennomføre opphavsrettsdirektivet i norsk rett. Her fremgår det på side 19 at man anså at åndsverkloven 1961 § 2 oppfylte kravene i opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 1. Tilstrekkelig vern av opphaverens rettigheter ved "overføring til almenheden" var alt etablert i norsk rett.

(40) Uttrykket å gjøre "tilgjengelig for allmennheten" er nærmere kommentert i Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) side 7 og 9. Det pekes på at utviklingen av de opphavsrettslige reglene alltid har vært knyttet til den tekniske utviklingen. Nye formidlingsmuligheter har medført nye muligheter for masseutnyttelse av åndsverk. Tilgjengeliggjøringsbegrepet har imidlertid vist seg å være fleksibelt nok til å dekke de nye formene for verksformidling:

**"På tross av den hurtige teknologiske utvikling, har det ikke vært behov for å introdusere nye begreper i åndsverkloven for å tilpasse loven til de nye utnyttelsesformer. Etter åndsverkloven § 2 har som nevnt opphavsmannen til et verk enerett til å fremstille eksemplarer av verket og å gjøre dette tilgjengelig for allmennheten. Tilgjengeliggjøring for allmennheten omfatter etter gjeldende norsk rett bl.a offentlig fremføring, kringkasting og tilgjengeliggjøring på forespørsel i nettverk. Tilgjengeliggjøringsbegrepet har vist seg å være fleksibelt og har kunnet ta opp i seg nye former for verksformidling."**

(41) Jeg oppfatter dette slik at tilgjengeliggjøringsbegrepet har vært forstått – og skal forstås – vidt og fleksibelt, og at det gir rom for å omfatte nye former for fremføringer av åndsverk til allmennheten. Den tekniske løsningen er ikke avgjørende, men om handlingen medfører at allmennheten får tilgang til beskyttet materiale.

(42) Tilsvarende følger det av fortalen til opphavsrettsdirektivet at opphaverens rett skal

forstås bredt, se avsnitt 23 som på dansk lyder:

**"Dette direktiv bør medføre en yderligere harmonisering af ophavsmands ret til overføring til almenheden. Denne ret skal opfattes bredt som omfattende enhver overføring til den del af almenheden, som ikke befinder sig på det sted, hvorfra overføringen finder sted. Denne ret omfatter enhver sådan form for trådbunden eller trådløs transmission eller retransmission af et værk til almenheden, herunder udsendelse i radio og fjernsyn. Denne ret bør dog ikke omfatte andre handlinger."**

- (43) Dette er fulgt opp av EU-domstolen, se blant annet sak 19. november 2015 C-325/14 *SBS* avsnitt 14 med videre henvisninger.
- (44) Oppsummert mener jeg disse rettskildene tilsier at uttrykket å "gjøre verket tilgjengelig" i utgangspunktet omfatter enhver formidling av åndsverk uavhengig av teknisk løsning.
- (45) At overføringen må skje til allmennheten, eller til "the public" som det heter i den engelske versjonen av opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 1, innebærer at det må skje en overføring til et ubestemt antall potensielle seere, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak 7. desember 2006 C-306/05 *SGAE* avsnitt 37 med videre henvisninger. Private eller lukkede overføringer er ikke omfattet, jf. *SBS*-saken avsnitt 21, også der med videre henvisninger. Ettersom det ikke er tvilsomt at RiksTVs abonnenter utgjør "allmennheten" i § 3s forstand, går jeg ikke nærmere inn på dette vilkåret.
- (46) Det faktumet og de rettskildene jeg har gjennomgått så langt, trekker klart i retning av at RiksTVs distribusjon av kanalpakker til abonnentene, er omfattet av åndsverkloven 2018 § 3 og den tidligere lovens § 2.
- (47) RiksTV har imidlertid fremholdt at åndsverkloven må leses i lys av kringkastingsloven og det øvrige rammeverket for kringkastingsvirksomhet. Det anføres at det er kringkasterne som tilgjengeliggjør verkene for allmennheten, jf. 2018-loven § 3 andre ledd bokstav d, og at det dermed er kringkasterne som er ansvarlige for den opphavsrettslige klareringen. Det er blant annet vist til bestemmelser i kringkastingsloven som viser at fremføring til allmennheten er sentralt i kringkastingsvirksomhet.
- (48) Etter mitt syn kan dette ikke føre frem. Åndsverkloven § 3 andre ledd bokstav d nevner kringkasting som et eksempel på overføring til allmennheten. Listen er ikke uttømmende, jf. ordet "herunder". Hvem som står for kringkastingen i et tilfelle som det foreliggende, gir bestemmelsen ikke veiledning om.
- (49) Enkeltbestemmelsene og systemet i kringkastingsloven og tilhørende regelverk – som RiksTV har vist til – er utformet for å adressere andre problemstillinger enn de opphavsrettslige. Det er dermed lite nærliggende at dette regelsettet skal kaste lys over forståelsen av åndsverkloven 2018 § 3.
- (50) Et av formålene med åndsverkloven er å sikre opphaverne vederlag for bruk av verkene, se som eksempel Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) side 7. For å oppnå dette formålet forutsettes det både i de norske forarbeidene og i fortalen til opphavsrettsdirektivet at opphaverens rettigheter skal forstås vidt. Dette taler mot en innskrenkende fortolkning av åndsverklovens ordlyd på grunnlag av kringkastingslovens bestemmelser og system.



- (51) Ifølge avtalene mellom RiksTV og kringkasterne som produserer tv-kanalene som RiksTV sender ut, skal kringkasterne klarere bruken av opphavsrettslig beskyttet materiale med rettighetshaverne. RiksTV anfører at disse avtalene medfører at opphaverne har tilstrekkelig beskyttelse for sine krav. Det anføres videre at avtalene medfører at rettighetshaverne bare kan forholde seg til kringkasterne.
- (52) Det er klart at avtalen mellom RiksTV og kringkasterne ikke kan begrense tredjemanns – opphavernes – rettigheter etter loven. RiksTV kan heller ikke fri seg fra forpliktelser etter loven ved å henvise til at andre har påtatt seg oppgaven. Avtalene innebærer at kringkasterne har en avtalerettslig forpliktelse overfor RiksTV til å klarere for RiksTVs distribusjon i Norge. Hvis kringkasterne oppfylder sin forpliktelse overfor RiksTV, vil rettighetshavernes interesser være ivaretatt. Men muligheten for at RiksTV kan bli møtt med krav fra rettighetshaverne gjør at RiksTV får oppfordring til å sikre at klarering faktisk blir gjort av kringkasterne. Det fremstår derfor som godt i tråd med formålet med åndsverkloven 2018 § 3 at den som tilgjengeliggjør, har en selvstendig plikt til å klarere selv om andre har påtatt seg oppgaven.
- (53) RiksTV anfører også at deres distribusjon av opphavsrettslig vernede verker er av rent teknisk art. Det påpekes at tv-signalene er ikke på noe tidspunkt innom RiksTV slik at det er naturlig å si at RiksTV tilgjengeliggjør det beskyttede materialet for allmennheten.
- (54) Teknisk bistand til andres tilgjengeliggjøring medfører ikke plikt til å klarere med opphavsmannen. Tilsvarende gjelder for den som stiller fysiske midler til rådighet for andres tilgjengeliggjøring. Denne forutsetningen har kommet til uttrykk i opphavsrettsdirektivets fortale avsnitt 27:

**"Den blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter, der muliggør eller bevirker overføring, udgør dog ikke i sig selv overføring i henhold til dette direktiv."**

- (55) Utgangspunktet er også fulgt opp av EU-domstolen, blant annet i de forente sakene 13. oktober 2011 C-431/09 og C-432/09 *Airfield* avsnitt 79 og 80 og SBS-saken avsnitt 31. I begge avgjørelsene fremheves forskjellen på "[the] mere provision of physical facilities", jf. *Airfield* avsnitt 79, og det å formidle innholdet i tv-sendinger.
- (56) I de norsk forarbeidene Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) side 140 pekes det på et tilsvarende skille: Det å stille utstyr til rådighet for allmennhetens interaktive bruk av verk kan ikke anses som tilgjengeliggjøring for allmennheten:

**"I fjerde ledd [i åndsverkloven 1961 § 2] eksemplifiseres hva som faller inn under begrepet offentlig fremføring. Offentlig fremføring omfatter bl.a kringkasting og trådløs/trådbundet overføring til allmennheten, herunder tilgjengeliggjøring på forespørsel. Endringen er ment å gi enkelte praktiske eksempler på hvilke tilgjengeliggjøringsmåter som vil falle inn under begrepet offentlig fremføring, og er ikke uttømmende. Departementet vil imidlertid presisere at tilrådighedsstillelse av utstyr for personlig, interaktiv bruk, som hovedregel ikke vil være å anse som en tilgjengeliggjøring for allmennheten av eventuelle åndsverk og annet vernet materiale som brukeren selv velger å konsultere. Det faktum at brukeren her ikke tilbys noe bestemt innhold, men selv må finne frem til dette, gjør at den som stiller utstyret til disposisjon ikke kan anses å gjøre det innhold som hentes frem tilgjengelig for allmennheten. Det er i denne situasjonen ikke nær nok sammenheng mellom tilrådighedsstillelsen av utstyr og allmennhetens tilgang til åndsverk og arbeider som brukerne velger å konsultere. ..." (uthevet her)**

- (57) Det avgjørende for at tilbyderer av det tekniske utstyret faller utenfor begrepet "tilgjengeliggjøring", er altså at brukeren ikke tilbys et bestemt innhold.
- (58) Sitatet gjelder interaktiv bruk av åndsverk, som via internett. Det er likevel interessant for vår sak ettersom det illustrerer skillet mellom å tilby innhold og stille til rådighet teknisk utstyr som gir tilgang til innholdet. Jeg finner det ikke tvilsomt at RiksTV tilbyr sine kunder "innhold" slik begrepet brukes i Ot.prp. nr. 46 (2004–2005). RiksTVs produkt er ikke "mere provision of physical facilities" slik EU-domstolen har formulert det.
- (59) Riktignok er signalstrømmen organisert slik at de programbærende signalene sendes fra kringkasterne ut i det norske bakkenettet uten at signalene kommer RiksTV i hende. Signalene som sendes ut i bakkenettet, er imidlertid kryptert. For at allmennheten skal få tilgang til tv-kanalene fra kringkasterne RiksTV har avtale med, må de abonnere på RiksTVs kanalpakker. RiksTV utstyret abonnentene med en tv-dekoder, som medfører at de kan se programinnholdet i signalene. Krypteringen er den tekniske måten tilgangssperren er organisert på. Det er ingen tvil om at RiksTV selger sine kunder kanalpakker og ikke bare en teknisk dekrypteringstjeneste. Unntaket for tekniske tjenester og utstyr som er omtalt i fortalen i opphavsrettsdirektivet avsnitt 23 og i Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) side 140, er derfor ikke aktuelt for RiksTVs tilgjengeliggjøring for allmennheten.
- (60) RiksTV anfører videre at det kan utledes av EU-domstolens avgjørelse i Airfield-sakene at det først foreligger klareringsplikt på RiksTVs hånd der deres overføring når et nytt publikum. Det hevdes at ettersom RiksTVs sendinger ikke når et annet publikum enn det kringkasteren tok sikte på å nå, foreligger det ikke klareringsplikt for RiksTV.
- (61) Anførselen gjør det nødvendig å gå noe nærmere inn i EU-domstolens praksis.
- (62) Airfield-sakene gjelder det såkalte SatCab-direktivet, rådsdirektiv 93/83/EEC. Dette direktivet regulerer blant annet problemstillinger knyttet til satellittutsendelser av tv-signaler og videresending av slike signaler i kabel. Direktivet bygger på et senderlandsprinsipp i den forstand at tilgjengeliggjøringen for allmennheten på visse vilkår anses gjort i det landet hvor signalene sendes opp til satellitten, se artikkel 1 nr. 2 bokstav b.
- (63) Airfield var et selskap som tilbød satellittsendte kanalpakker. Teknisk ble fremføringen til abonnentene ordnet på to forskjellige måter. Dels mottok Airfield programbærende signaler i lukkede forsendelser fra kringkastingsselskapene. Signalene ble deretter kryptert og sendt via satellitt til Airfields abonnenter. Dels ga Airfield instruksjoner til kringkastingsselskapene, som sto for krypteringen og satellittutsendelsen til abonnenter. I begge tilfellene leverte Airfield avkodingsmidler til abonnenter, slik at de fikk tilgang til programinnholdet i signalene. Abonnentene betalte Airfield, ikke kringkasterne, for tilgangen til kanalene. Tv-kanalene ble samtidig sendt ut til allmennheten på andre måter av kringkasterne selv.
- (64) Spørsmålet til EU-domstolen var om disse måtene å organisere satellittsendingene på, medførte at Airfield måtte klarere det opphavsrettslig beskyttede materialet i sendingene. EU-domstolen påpeker i avsnitt 79 at Airfields sendinger når et publikum som kommer i tillegg til det publikumet kringkasterne nådde ved sine utsendelser. I avsnitt 80

fremheves at Airfields abonnenter betaler for innholdet i sendingene og ikke for tekniske tjenester. Videre fremheves i avsnitt 81 at Airfield setter sammen tv-kanaler fra flere kringkastere og skaper dermed et nytt audiovisuelt produkt. For det nye publikummet Airfields sendinger nådde, konkluderte EU-domstolen med at Airfield hadde plikt til å klarere med rettighetshaverne, med mindre kringkasterne hadde sørget for klarering også for dette publikummet, se avsnitt 83.

- (65) Avgjørelsen viser at distributører av kanalpakker kan bli ansvarlig for å klarere opphavsrettslig beskyttet materiale, hvis kanalene sendes ut til et publikum utover det kringkastingsselskapet nådde med sin utsendelse. Man kunne kanskje hevde at avgjørelsen skulle forstås antitetisk, slik at distributøren ikke blir klareringspliktig hvis distributøren tilgjengeliggjør tv-kanalene for det publikummet kringkasteren har tatt sikte på å nå, slik tilfellet er i vår sak. Etterfølgende praksis fra EU-domstolen viser imidlertid at det ikke er grunnlag for en slik antitetisk slutning.
- (66) Jeg viser her til EU-domstolens dom i den såkalte SBS-saken. Avgjørelsen gjelder opphavsrettsdirektivet artikkel 3. Det belgiske kringkastingsselskapet SBS Belgium NV distribuerte ikke programmer selv, men sendte lukkede programbærende signaler til distributørene, som deretter sendte signalene til publikum. Opphavsrettsorganisasjonen SABAM anførte at kringkasterne sto for en overføring til allmennheten, jf. opphavsrettsdirektivet artikkel 3 nr. 1. SBS motsatte seg dette og mente at det var de belgiske distributørene som sto for overføringen til allmennheten. Dermed var det distributørene som måtte klarere med rettighetshaverne, og ikke SBS.
- (67) EU-domstolen påpekte at ettersom SBS sendte de programbærende signalene i lukket forsendelse til distributørene, innebar ikke kringkasternes oversendelse en overføring til allmennheten, se avsnittene 20–23. Kravet om overføring til "nytt publikum" kom ikke til anvendelse, da publikummet for de aktuelle sendingene besto av distributørenes abonnenter, jf. avsnitt 27 og 28. I avsnittene 30 og 31 pekes det på at distributørene hadde en selvstendig kommersiell rolle, og at abonnentene betalte til distributørene for å få tilgang til innholdet i tv-sendingene. Bare hvis distributørene kun var å anse som en teknisk medhjelper for kringkasterne, ville distributørenes utsendelse være overføring til allmennheten på kringkasterens vegne, jf. også avsnitt 33.
- (68) I vår sak går ikke de programbærende signalene i lukket forsendelse til RiksTV. RiksTVs fremstilling av programsignalenes vei fra kringkasteren frem til abonnenter kan overordnet oppsummeres slik: Kringkastingsselskapene sender signalene i fiber til Norges Televisjon AS som opererer bakkenettet. Der kodes signalstrømmen til det formatet abonnentene skal motta. Signalene sendes deretter i fiber til nettverkseieren Norkring AS som igjen sørger for distribusjon i bakkenettet.
- (69) De tekniske forskjellene mellom SBS-saken og vår sak kan ikke føre til et annet resultat for RiksTV enn for distributøren i SBS-saken. På samme måte som distributørene både i SBS-saken og i Airfield-sakene, har RiksTV en selvstendig kommersiell rolle; de setter sammen et nytt audiovisuelt produkt i sine kanalpakker. Abonnentene betaler til RiksTV for å få tilgang til innholdet i de programbærende signalene. På denne måten gjør RiksTVs abonnementsordning programinnholdet tilgjengelig for allmennheten. RiksTV har dermed et selvstendig ansvar for å klarere bruken av opphavsrettslig beskyttet materiale med opphaverne etter åndsverkloven 2018 § 3.

- (70) Også i HR-2016-562-A, i saken mellom opphavsrettsorganisasjonen Norwaco og Get AS, la Høyesterett til grunn at distributøren hadde selvstendig klareringsplikt. Partene var der enige om at Get AS' distribusjon av tv-kanaler innebar å gjøre åndsverkene i tv-sendingene tilgjengelig for allmennheten, jf. åndsverkloven 1961 § 2, jf. avsnitt 31. I avsnitt 54 trekker Høyesterett dette frem som et reelt hensyn som talte for den løsningen retten for øvrig var kommet til:

**"Det er seere i Norge som er målgruppen for kanalene. At kanalene produseres for det norske markedet gjør det nærliggende at kringkastingsforetaket – SBS – forestår klareringen av opphavsrettigheter på vegne av dem som står for distribusjonen som kringkasteren initierer. Imidlertid er det ingen tvil om at i den grad Get AS distribuerer tv-kanaler som inneholder beskyttede verk, fordrer det at Get AS sikrer at bruken er klarert. I avtalene mellom SBS og Get AS er det forutsatt at SBS skal klarere alle opphavsrettigheter for utsendelsen i kabel. Get AS har et selvstendig ansvar og vil bli ansvarlig overfor opphavsmennene hvis SBS ikke oppfyller denne forpliktelsen."**

- (71) Spørsmålet om distributørens klareringsplikt har vært omtvistet og prosedert i den foreliggende saken, uten at jeg kan se at dette gir grunnlag for en annen forståelse av åndsverkloven 1961 § 2 enn den som ble lagt til grunn i Get-dommen. RiksTV står ikke i en annen stilling enn andre kommersielle aktører.
- (72) Partene har også pekt på en del reelle hensyn og praktiske problemer som peker mot forskjellige løsninger. Jeg kan ikke se at reelle hensyn kan bli avgjørende når de øvrige rettskildene viser at RiksTVs distribusjon innebærer tilgjengeliggjøring for allmennheten i åndsverkloven 2018 § 3s forstand.
- (73) Min konklusjon blir dermed at anken må forkastes.
- (74) TONO har fått fullt medhold i ankesaken og tilkjennes sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2. Salærkravet for Høyesterett utgjør 1 812 500 kroner inkludert merverdiavgift. Beløpet synes høyt, særlig tatt i betraktning at de samme rettslige spørsmålene har vært prosedert i to instanser tidligere, og at de totale kostnadene er i underkant av 7,8 millioner kroner. Dette totalbeløpet synes svært høyt.
- (75) Det fremgår av sakskostnadsoppgaven at det for behandlingen i Høyesterett har medgått 431 timer til en gjennomsnittlig timepris på over 4 200 kroner inkludert merverdiavgift. Jeg er kommet til at nødvendige kostnader for Høyesterett settes til 1 200 000 kroner inkludert merverdiavgift. Jeg legger ikke avgjørende vekt på at også RiksTVs prosessfullmektig har lagt frem en høy sakskostnadsoppgave.
- (76) Jeg stemmer for denne

#### D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler RiksTV AS til TONO SA 1 200 000 – enmilliontohundretusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

- (77) Dommer **Normann:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (78) Dommer **Bergh:** Likeså.
- (79) Dommer **Bergsjø:** Likeså.
- (80) Dommer **Indreberg:** Likeså.
- (81) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler RiksTV AS til TONO SA 1 200 000 – enmilliontohundretusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: