

Avtalelisenser¹

Av professor dr. juris Ole-Andreas Rognstad²

I dette ”hovedinnlegget” vil jeg ta for meg noen rettslige og faktiske problemer knyttet til avtalelisensordningen. Jeg vil i den forbindelse presisere at jeg til tross for min problemorienterte innfallsvinkel mener avtalelisenssystemet i all hovedsak er en god ordning. Når jeg nå vil stille enkelte spørsmål knyttet til systemet, er det ikke uttrykk for en generell og grunnleggende skepsis til ordningen. Men særlig på bakgrunn av at vi i Norden nå synes å stå overfor en ekspansjonsfase for avtalelisensene, synes jeg det er grunn til å stoppe litt opp og stille spørsmål ved rettmessigheten og hensiktsmessigheten av å ha avtalelisenser i alle sammenhenger der det melder seg et behov for avgrensning av rettighetene.

Inntaket i det følgende vil være norsk rett, idet det fort blir nokså uoversiktlig hvis jeg må ta inn samtlige ordninger i de nordiske land ned i de enkelte detaljer. Jeg vil heller påpeke forskjeller i den grad jeg finner det nødvendig. Men de prinsipielle problemer som tas opp har allmenn interesse for samtlige land.

1. Hva er avtalelisens? Historiske utviklingslinjer. Nye avtalelisenser

For en forsamling som det nordiske opphavsrettsymposium utgjør, er det kanskje strengt tatt ikke nødvendig å forklare hva en avtalelisens er. Men det hører vel likevel til for god ordens skyld å angi hva som er diskusjonstemaet her. Som jeg kommer noe tilbake til, er uttrykket ”avtalelisens”, i hvert fall som et motstykke til uttrykket ”tvangslisens”, ikke helt entydig, idet man både kan tenke seg og har flere forskjellige typer avtalelisensordninger.

I sitt grunntrekk er avtalelisensen en (særnordisk) ordning, som innebærer at når det foreligger en avtale mellom en representativ opphavsrettsorganisasjon og en bruker/brukerorganisasjon om utnyttelse av åndsverk, utløses en rett for de brukere som omfattes av avtalen til også å utnytte verk av rettighetshavere som ikke er medlemmer av organisasjon.³ Man må her skille mellom den avtale som utløser avtalelisensen og selve avtalelisensen. *Avtalen* mellom rettighetshaverorganisasjonen og bruker innebærer samtykke fra rettighetshaveren til verksutnyttelsen i og med den fullmakt opphavsmannen har gitt organisasjonen til å forvalte rettighetene på hans vegne. *Avtalelisensen* derimot er den lovbestemte ordning

¹ Artikkeln er basert på forfatterens innlegg ved det XI Nordiske Opphavsrettsymposium i Helsingfors 1–4 juni 2003.

² Universitetet i Oslo.

³ Selve uttrykket ”avtalelisens”, og i en viss utstrekning også den rettslige konstruksjon, stammer fra den fremtredende svenske rettsvitenskapsmannen Svante *Bergström*, se nærmere Gunnar *Karnell*: Avtalslicenskonstruktionen, principiella och praktiska frågor, NIR 1981 s. 255 flg.

som innebærer at de brukere som omfattes av avtalen også kan utnytte verk fra rettighetshavere som *ikke* omfattes av avtalen.⁴

Avtalelisensmodellen er som antydnet en nordisk oppfinnelse, og kom første gang inn i de nordiske opphavsrettslover i 1960-61 for så vidt gjaldt kringkastingsforetaks rett til kringkasting av utgitte åndsverk (daværende åvl. § 20 annet ledd, nåværende § 30). Bakgrunnen var de store praktiske problemer forbundet med klarering av rettigheter til programinnhold i kringkasting forut for sendingene. Forut for lovrevisjonen hadde kringkasterne i stor grad latet som om opphavsrettslovgiving ikke fantes, og kun betalt de opphavsmenn som meldte seg med krav. I forbindelse med lovrevisjonen ønsket kringkastingsforetakene å avkriminalisere sin virksomhet, og foreslo en regulær tvangslisensordning som skulle innebære at de fikk lov til å sende det de ville, men mot å betale en "tariff". Dette vakte stor motstand blant opphavsmennene, idet det ble hevdet at løsningen ødela deres forhandlingsposisjon. På den bakgrunn fant de nordiske kringkastingsjuristene opp konstruksjonen avtalelisens, som ble foreslått av de respektive lands departementer og vedtatt ved lovrevisjonen. Ordningen gjorde mulig en effektiv rettighetsklarering uten at det var nødvendig med forhåndssamtykke, og uten å gjøre inngrep i rettighetshavernes forhandlingsposisjon.

"Kringkastingsmodellen", som i norsk rett i dag finnes i åvl. § 30, forutsetter betaling av individuelt vederlag til opphavsmannen, hittil ved fastsettelse av vederlaget av en nemnd. Videre innebærer denne modellen at den utenforstående opphavsmann kan nedlegge forbud mot utnyttelse. Disse grunntrekk er beholdt inntil i dag, men det foreslås visse endringer i det nye utkastet til revisjon av åndsverkloven.

Senere har avtalelisensmodellen også kommet inn i andre sammenhenger. For det første finnes en avtalelisens for *fotokopiering* til undervisningsbruk og bruk i offentlige og private organisasjoner og virksomheter (åvl. §§ 13 og 14). I norsk rett fikk man en avtalelisens for fotokopiering til undervisningsbruk ved en midlertidig lov av 1979, som imidlertid kun gjaldt norske verk. Ordningen ble utvidet i 1985 til også å gjelde utenlandske verk. Først i 1995 ble ordningen tatt inn i åndsverkloven. Samtidig ble det gitt bestemmelser om avtalelisens også for fotokopiering til bruk i privat og offentlig virksomhet.

For det andre har man avtalelisens for *videresending* av verk som inngår i kringkastingssending, jf. åvl. § 34. Denne avtalelisensen kom inn i loven i 1985 (tidligere § 20 a).

For det tredje finnes en avtalelisens for eksemplarframstilling til bruk for funksjonshemmede (åvl. § 17 fjerde ledd, jf. forskrift av 21/12-01 § 1-10).

Felles for de her nevnte avtalelisenser – på norsk: "§ 36-lisenser" – er følgende: I motsetning til avtalelisensen for (primær)kringkastingssending er det for

⁴ Som påpekt av Karnell, op. cit. s. 255-257, anvendte Svante Bergström opprinnelig uttrykket avtalelisens om selve den kollektive avtale om bruk (av Karnell kalt "flertallsavtal", op. cit. s. 257), mens det vi i dag kaller avtalelisens ble betegnet "utsträckt generellt tillstånd". Uttrykket slik det i dag brukes – som betegnelse for den regel som innebærer at verk også av utenforstående rettighetshavere kan benyttes – ble først lansert i den nordiske utredning om avtalelisenser i 1973, NU 21/73.

det første i utgangspunktet intet *krav* om individuelt vederlag. Det som avtalen eller organisasjonen bestemmer om innkreving og fordeling av vederlaget gjelder også overfor den utenforstående rettighetshaver. Denne kan likevel kreve individuelt vederlag i den grad han sannsynliggjør at hans verk er brukt. For det andre er det en forutsetning om at brukeren kan utnytte verk av samme art som dem avtalen gjelder på de vilkår avtalen fastsetter om innkreving og fordeling av vederlag (åvl. § 36, jf. § 37). Og for det tredje har den utenforstående opphavsmann etter norsk (og dansk) rett ikke rett til å nedlegge forbud mot bruk av hans verk. Det siste er annerledes i svensk rett hva angår fotokopiering til undervisningsbruk, jf. url. § 13 siste ledd.

I tillegg gjelder for avtalelisensen for videresending av kringkastingssendinger gjelder en såkalt "subsidiær nemndslisens". Dette innebærer at tillatelse til slik bruk, og vilkårene for dette, fastsettes av en nemnd i fall opphavsrettsorganisasjonen og brukerne ikke blir enige (se åvl. § 35 annet ledd, jf. § 34 første ledd).

I forbindelse med den kommende gjennomføring av opphavsrettsdirektivet (Infosoc-direktivet): I norsk rett er det foreslått en rekke nye avtalelisenser, samt enkelte endringer i de eksisterende, nærmere bestemt seks i tallet – alle såkalte "§ 36-lisenser".

(1) *Bruk av verk i bibliotek* (forslagets § 16 a), Mens det i dag gjelder regler om fri bruk (eksemplarframstilling) for bibliotek, arkiv og museer til konserverings- og sikringsformål mv., som videreføres i forslaget til lovendringer, er det i tillegg foreslått en avtalelisens for bruk av verk i bibliotek generelt. Hensikten er å åpne for at bibliotekene kan ta i bruk ny teknologi for eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring av åndsverk. Med andre ord er det tale om en helt ny avgrensning av opphavsretten.

(2) *Samleverk* (§ 18). I dag gjelder en tvangslisens for avgrenset bruk av samleverk til gudstjeneste og undervisning. Tvangslisensen er ikke begrenset til ervervsmessig (kommersiell) bruk. Som en følge av Infosoc-direktivet må en slik rett begrenses til ikke ervervsmessig bruk. I den forbindelse foreslås det at den gjeldende tvangslisens *omgjøres* til en avtalelisens som skal gjelde for eksemplarframstilling av samleverk i sin alminnelighet. Det samme var foreslått i Finland, mens man i Danmark beholder tvangslisensen for eksemplarframstilling av samleverk for bruk i undervisning.

I norsk rett foreslås det videre tre avtalelisenser for gjengivelse av kunstverk/fotografier (se pkt. (3)–(5)). Forholdet er noe annerledes i Danmark, Finland og Sverige, men jeg går ikke inn på detaljer her.

(3) *Ervervsmessig gjengivelse av kunstverk og fotografisk verk/bilde*. Etter åvl. § 23 første ledd er det adgang til gjengivelse av offentliggjort kunstverk og fotografisk verk/bilde i tilslutning til teksten i kritisk eller vitenskapelig fremstilling av ikke allmennopplysende karakter. Direktivet krever at denne frie bruk ikke må være kommersiell. På den bakgrunn foreslås en avtalelisens som dekker ervervsmessig (kommersiell) bruk.

(4) *Gjengivelse av offentliggjort fotografisk verk/bilde i kritisk/vitenskapelig fremstilling av allmennopplysende karakter*. I dag finnes det en tvangslisens også for gjengivelse av fotografi i fremstilling av allmennopplysende karakter som ikke er kri-

tisk eller vitenskapelig til bruk for opplæring. I høringsutkastet til revisjoner av åndsverkloven foreslås én avtalelisens for bruk av fotografier i fremstilling av allmennopplysende karakter.

(5) *Gjengivelse av offentliggjort fotografisk verk/bilde til bruk i opplæring.* Videre foreslås én avtalelisens for fotografisk verk/bilde til bruk i opplæring. Departementet legger til grunn at direktivet kun tillater tvangslisens hvis den ikke gjelder ervervsmessig bruk. På den bakgrunn foreslås det at tvangslisensen i stedet gjøres om til avtalelisens.

(6) *Bruk av verk i kringkasternes samlinger.* For øvrig foreslås det en helt ny avtalelisens for kringkastingsforetak til gjenbruk av verk de har i sine samlinger (tilsvarende som i Danmark). Det er her tale om utnyttelse av de såkalte "døde arkiver". Slike verk er vanskelig å rettighetsklarere på grunn av tidsforløpet. Avtalelisensen er ment å skulle avhjelpe dette. Det er foreslått at avtalelisensen kun skal gjelde opptak som ble kringkastet før 1. januar 1997 av grunner jeg ikke behøver gå inn på her.

I tillegg til de seks nevnte nye avtalelisenser foreslås endringer i begge avtalelisensene for fotokopiering. Det er tale om utvidelse av bruksområdet til også å omfatte digital eksemplarframstilling. I tillegg legges det opp til at avtalelisensen for primærutnyttelse av verk i kringkasting (åvl. § 30) i større grad tilpasses de øvrige avtalelisensordninger. Fortsatt er det meningen at retten til individuelt vederlag samt adgang til å nedlegge forbud mot utnyttelse skal beholdes, men det foreslås å oppheve ordningen med fastsettelse av vederlaget i nemnd. Videre foreslås det også å oppheve ordningen med subsidiær nemndslisens.

2. Den rettslige klassifisering av avtalelisensen

Det råder etter min oppfatning en del terminologisk uklarhet rundt uttrykkene avtalelisens og tvangslisens. Uttrykket avtalelisens er mer positivt ladet og hen spiller på frivillighet i motsetning til tvang. Like fullt er det glidende overganger mellom det man betegner som avtalelisenser og "rene" tvangslisenser, avhengig av hvilke betingelser/vilkår som knyttes til den enkelte ordning.

Uansett terminologi må man ha klart for seg at en avtalelisens i realiteten er en tvangslisens, i den forstand at den gir rett til bruk av åndsverk (mot en eller annen form for betaling) uten rettighetshaverens samtykke. I det norske høringsutkastet har man endret overskriften i kap. 2 fra "avgrensning av opphavsretten" til "avgrensning av opphavsrett og forvaltning av rettigheter ved avtalelisens". Endringen må sees som uttrykk for det stadig mer utstrakte syn at avtalelisens er rettighetsforvaltning og ikke rettighetsavgrensning (jf. for så vidt opphavsrettsdirektivets fortale pkt. 18. se nedenfor i 3). En slik ordbruk tilslører imidlertid det faktum at avtalelisensen reelt sett *innebærer* avgrensning av eneretten, i den betydning at bruk tillates uten at det er nødvendig å innhente rettighetshaverens samtykke.

Rettighetsavgrensningen er riktignok *begrenset* til en nærmere avgrenset rettighetshavergruppe, dvs. de som ikke er medlemmer av den forvaltningsorganisasjon hvis avtale med brukerne *utløser* avtalelisensen. Samtidig er den klart nok i mange tilfeller en hensiktsmessig klareringsform overfor denne rettighetsha-

vergruppe. I hvilken utstrekning ordningen varetar gruppens interesser beror imidlertid på ordningens karakter. Felles for alle avtalelisenser er eksistensen av en forutgående avtale mellom en representativ rettighetshaverorganisasjon og en brukergruppe. Men for øvrig kan de nærmere vilkår variere avhengig av hvilken type avtalelisens som velges. Som nevnt knytter den vanligste varianten i norsk rett i dag (§ 36-lisensen) vilkårene for utnyttelse til den kollektive avtale som utløser avtalelisensen, og innebærer at rettighetshaverne verken har et ubetinget krav på individuelt vederlag eller rett til å forby bruken av verkene.

Det følger av dette at man ikke ut fra begrepene avtalelisens og ”ren tvangslisens” uten videre kan slutte at den førstnevnte type ordning er mindre inngripende overfor rettighetshaverne enn den andre. Hvor inngripende den enkelte ordning er, avhenger av de nærmere vilkår for bruk. Etter min oppfatning er det ikke innlysende at tradisjonelle tvangslisenser som forutsetter individuell vederlagsbetaling er mindre gunstige for de rettighetshavere som står utenfor den relevante rettighetshaverorganisasjon enn en avtalelisens som gir organisasjonene full kompetanse til å bestemme fordelingen, og som kun åpner for individuell betaling i den grad rettighetshaverne sannsynliggjør at hans verk er brukt (jf. åvl. § 37 annet ledd første pkt.). En annen sak er at slike typer avtalelisenser i mange tilfeller er en smidig ordning sett fra et klareringssynspunkt.

Slik jeg ser det er vesensforskjellen *til gunst for rettighetshaverne* mellom avtalelisenser og tradisjonelle tvangslisenser, at avtalelisensen er begrenset til rettighetshavere som ikke er omfattet av en kollektiv avtaleordning, og at vilkårene knytter an til det som andre rettighetshavere har akseptert gjennom den kollektive avtale. Avtalelisensen er derfor intet *fait accompli* overfor samtlige rettighetshavere, men er basert på en ordning som en representativ rettighetshaverorganisasjon har etablert og som medlemmer av denne organisasjonen dermed *fri-villig* har sluttet seg til. Heri ligger også den elastisitet som følger av at avtalelisensen knyttes opp mot rettighetshaverorganisasjonens avtaler.

Men ordningen kan like fullt ha sine svakheter som man bør overveie ved valg av løsning for rettighetsavgrensning. Jeg kommer tilbake til det.

3. Forholdet til internasjonale konvensjoner

I forlengelsen av det som her er sagt kan det være grunn til å se på forholdet mellom avtalelisensene og de internasjonale forpliktelser på opphavsrettsområdet. Etter hvert kan det synes som om det på norsk og øvrig nordisk lovgiverhold har utviklet seg et slags mantra om at avtalelisensene er uproblematiske i forhold til konvensjonene.⁵ Det er imidlertid grunn til å minne om de begrensninger konvensjonsforpliktelsene representerer for friheten til å etablere ordninger om avgrensninger av opphavsmannens enerett. Her skal det kun gis en kort oversikt over reguleringen og de problemer den kan skape.

⁵ Ser man det i et historisk perspektiv, ble imidlertid forholdet til konvensjonene opprinnelig betraktet som et vesentlig hinder for utviklingen av avtalelisenskonstruksjonen. Blant annet var årsaken til at avtalelisensen for fotokopiering opprinnelig kun gjaldt ”norske” verk, at man anså at ordningen med kollektive vederlag ikke var i samsvar med BK art. 9(2).

Ett fortsatt uløst problem er at Bernkonvensjonens (BK) art. 14 og 14 bis om opphavsmannens enerett til fremføring av filmverk ikke inneholder regler som tillater rettighetsavgrensning i form av tvangslisenser eller avtalelisenser.

Det gjør derimot Bernkonvensjonens art. 11 bis, som foreskriver enerett til overføring av litterære og kunstneriske verk til allmennheten både gjennom trådløs primærutsending, videresending gjennom tråd eller trådløst og videreoverføring gjennom høyttalere eller tilsvarende innretninger. Samtidig er forbeholdt unionslandene å bestemme vilkårene for utøvelse av rettigheter, men ikke gjøre inngrep i ideelle rettigheter eller i opphavsmannens rett til å motta et rimelig vederlag, som i mangel av minnelig overenskomst fastsettes av kompetent myndighet. Denne bestemmelsen tillater med andre ord tvangslisenser og avtalelisenser, men den forutsetter at opphavsmennene får et "rimelig vederlag" for bruken.

For adgang til eksemplarfremstilling ved avtalelisenser ligger en begrensning i "tretrinnstesten" i BK art. 9(2). Den innebærer at begrensninger i eneretten bare kan foretas i visse spesielle tilfeller, samtidig som den tillatte eksemplarfremstillingen ikke må skade normal utnyttelse av verket og ikke på urimelig måte tilsidesette opphavsmannens legitime interesser.

En tilsvarende "tretrinnstest" følger av TRIPS art. 13, men den gjelder også andre rettigheter enn eksemplarfremstillingsretten.

Videre er avtalelisenser uttrykkelig regulert i EU-direktivet om satellittkringkasting og videresending via kabel (R.dir. 93/83/EØF). I henhold til direktivets art. 2 har opphavsmannen enerett til satellittkringkasting. Men i art. 3(2) åpnes det for at en kollektiv avtale mellom rettighetshaverorganisasjon og kringkastingsforetak utvides til å omfatte rettighetshavere som ikke er representert av organisasjonene. Forutsetningen er at sendingen finner sted samtidig med jordbunden sending og at rettighetshaveren har *mulighet til å utelukke anvendelse av den kollektive avtale på sine verk og til å utøve rettighetene individuelt eller kollektivt*. Med andre ord forutsettes det her at avtalelisensen innebærer en individuell forbudsrett for de utenforstående rettighetshavere. I art. 8 og 9 reguleres adgangen til videresending i kabel. Her er det i art. 9 fastsatt at slike rettigheter bare kan utøves av en rettighetshaverorganisasjon. I henhold til art. 9(2) innebærer dette at en rettighetsorganisasjon skal anses for å ha fått i oppdrag også å forvalte rettigheter til rettighetshavere som ikke er medlem av organisasjonen. Bestemmelsen hjemler med andre ord en avtalelisensordning, men går for så vidt lenger enn det, ettersom den ikke tillater annen rettighetsforvaltning enn gjennom organisasjonene. Og her stilles det – naturlig nok – ingen betingelse om at den utenforstående skal ha rett til å nedlegge individuelt forbud.

Dette leder over til spørsmålet om hvordan avtalelisenser forholder seg for andre typer rettigheter under EU-direktivet om opphavsrett i informasjonssamfunnet (R.dir. 2001/29/EF; Infosoc-direktivet, eller opphavsrettsdirektivet som man foretrekker å kalle det i Norge). Her finnes det kun en uttalelse i fortalens pkt. 18, som sier at direktivet ikke berører ordninger i medlemsstater *om forvaltning av rettigheter*, så som avtalelisenser ("extended collective licenses"). Ellers er

det klare føringer i direktivet mht rettighetsavgrensningen (art. 5), i tillegg til at også direktivet inneholder en ”tretrinnssteg” i art. 5(5).

Etter min oppfatning kan den internasjonale regulering som her er skissert neppe sies å gi en blankofullmakt til å ha den type avtalelisens man ønsker på de områder man finner for godt. Den mest eksplisitte regulering, nemlig satellitt- og kabeldirektivets, indikerer at spørsmålet ikke nødvendigvis skal behandles likt uavhengig av hvilke typer rettigheter det er tale om. Og uttalelsen i fortalen til Infosoc-direktivet er såpass knapp og upresis at det er tvilsomt hva som nærmere kan ligge i den. Det er ikke tvil om at uttalelsen tilsikter ordninger der kollektive forvaltningsavtaler utvides til å gjelde andre rettighetshavere (”extended collective licenses”). Men det sies ikke noe om hvilke vilkår som må være oppfylt for at en ordning skal kunne anses som en ”extended collective license”. Det er langt fra gitt at den internrettslige klassifisering av avtalelisensene i de nordiske land skal være bestemmende for hva som ligger i dette uttrykket.

I det hele tatt er det både i forhold til direktivet og i forhold til reglene i BK og TRIPS grunn til å stille spørsmål om det uten nærmere hjemmel er tillatt med ordninger som ikke sikrer utenforstående rettighetshavere individuelt vederlag, eller som iallfall vanskeliggjør en slik ordning (jf. åvl. § 37 annet ledd første pkt.). Det tilsvarende spørsmål kan stilles for avtalelisenser som ikke gir rett for den utenforstående rett til å nedlegge forbud mot bruk (jf. åvl. § 36).

Og dessuten er det i alle tilfeller et spørsmål om de internasjonale forpliktelser legger føringer på kravet til representativitet. I henhold til åvl. § 38 a må en avtale inngås av organisasjon som representerer en vesentlig del av norske opphavsmenn. I det norske høringsutkastet er kriteriet foreslått endret til organisasjon som representerer en vesentlig del av opphavsmennene til de verk som brukes i Norge. Årsaken er det EU-/EØS-rettslige forbud mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling. Det kan for så vidt stilles spørsmål ved om man unngår forbudet med den løsning som er foreslått. Men utover dette kan det også stilles spørsmål ved om kravet til representativitet tilgodeser rettighetshaverne i tilstrekkelig grad, idet kravet kun gjelder opprinnelige opphavsmenn og ikke arvinger.

Det finnes neppe noe klart svar på de spørsmål som her er stilt. Men det skal ikke utelukkes at ordningene kan bli utfordret for EF-domstolen, særlig når det gjelder forholdet til Infosoc-direktivet. Det er heller ikke utenkelig at andre stater kan reise sak for tvisteløsningsorganene under WTO med påstand om at de norske/nordiske avtalelisensene ikke tilfredsstillt kravene under tretrinnsstegen i TRIPS art. 13.

4. Omlegging fra tvanglisenser/fri bruk til avtalelisenser. Problemer

Som nevnt innledningsvis foreligger det særlig i det norske høringsutkastet flere forslag om omlegging fra tvanglisenser og regler om fri bruk til avtalelisenser. Omleggingen er i stor grad begrunnet ut fra hensynet til forpliktelsene etter Infosoc-direktivet. Direktivet åpner ikke for ”unntak” til den bruk det er tale om, eventuelt det åpner kun for ikke ervervsmessig bruk. Men ettersom direktivets fortale sier at direktivet ikke berører avtalelisensene, har man lagt til grunn at

man kan gjøre om eksisterende tvanglisenser og bestemmelser om fri bruk til avtalelisenser.

I tillegg til at det kan stilles spørsmål ved rettmessigheten av å gjøre det på denne måten (jf. ovenfor i 3), kan det også stilles spørsmål om hensiktsmessigheten av avtalelisensregler på de områdene som hittil har vært underlagt fri bruk eller tvanglisenser, f.eks. gjengivelse av fotografiske verk og bilder i kritiske og vitenskapelige fremstillinger eller til bruk i undervisning og samleverk til bruk i undervisning eller gudstjeneste. Det kan stilles spørsmål ved hvor store incentiver det ligger hos rettighetshaverne ved deres organisasjoner til å inngå avtaler om dette. Videre kan det også stilles spørsmål ved hensiktsmessigheten av å etablere et såpass tungrodd og ressurskrevende system som avtalelisensene for så ad hoc-preget og beskjeden verksutnyttelse som det iallfall delvis er tale om her.

Til dette kommer at partsrelasjonene heller ikke er sammenliknbare i forhold til de ordninger man har i dag. Når det gjelder kringkasting og fotokopiering foreligger det et relativt jevnbyrdig styrkeforhold med til dels store organisasjoner også på brukersiden (med unntak for de enkelte virksomheter som inngår avtaler om fotokopiering i henhold til åvl. § 14). Overfor den enkelte person som skal benytte fotografiske verk/bilder i kritiske/vitenskapelige fremstillinger kan det fort bli tale om et rent diktat fra rettighetshaverorganisasjonene i form av standardavtaler på "take it or leave it-basis". Et spørsmål som kan stilles er med andre ord om man ikke i første rekke bør reservere avtalelisensordningen for de store masseutnyttelser.

Et ytterligere problem er at man etablerer avtalelisenser på områder der den frie bruk eller tvanglisensen til dels er begrunnet i at man ikke så lett vil få rettighetshavers samtykke. En avtalelisens kan åpne for at rettighetshaverne gjennom organisasjonene kan sensurere den ønskede bruk, f.eks. av et fotografi.

5. Klareringssystemet – problemer

Et annet problem med avtalelisensene er klareringssystemet. Rettighetshaverorganisasjonene har i liten grad utviklet systemer for registrering av de verk som blir benyttet. Dette medfører at man vanskelig får kanalisert pengene dit de egentlig skal, og vanskeliggjør individuell vederlagsbetaling under avtalelisensene ut over kringkastings situasjonene, der det er relativt enkelt å påvise bruken. Den enkelte rettighetshaver må selv godtgjøre at verket er brukt, hvilket i praksis er svært vanskelig.

Det ligger med andre ord en utfordring hos rettighetshaverorganisasjonene til å etablere registreringsordninger som i større grad kan resultere i en individuell vederlagsbetaling (f.eks. kombinert med en nedre beløpsgrense for når bruk utløser individuell betaling). Ialffall så lenge også avtalelisensordningene vil omfatte kommersiell bruk, kan det hevdes at det ikke er gode grunner til å fordele midlene kollektivt.

6. Forholdet avtalelisens – individuelle avtaler

Et neste problem er forholdet mellom avtalelisensen og individuelle avtaler om rettighetsklarering. Problemet oppstår når det åpnes for avtalelisenser på områ-

der der det skjer en betydelig grad av individuell klarering. Dette har naturlig nok ikke vært noe stort problem f.eks. i forhold fotokopiering. Men når det nå åpnes for avtalelisenser for biblioteksbruk, kommer problemet på spissen. En god del av det materialet som brukes i biblioteker er underlagt lisensvilkår som gir adgang til eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring mot betaling. Det kan ikke være meningen at bibliotekene skal betale ”dobbel opp”. Forholdet bør klargjøres i forbindelse avtalelisensbestemmelsene. Tilsvarende problemstillinger gjelder i forholdet mellom avtalelisenser for digital utnyttelse og verk som er lagt ut på nettet av opphavsmannen selv. Skal slikt materiale være underlagt avtalelisens?

Et problem i samme gate gjelder situasjoner der opphavsmannen ikke sitter på rettigheter eller har kompetanse til å tillate bruken alene. Dersom f.eks. avtalelisensen også skal gjelde i situasjoner der de utenforstående rettighetshavere har inngått eksklusive avtaler om bruk av verket, vil avtalelisensen ”overkjøre” avtalte ordninger. Det bør kunne hevdes at de som sitter på eksklusive rettigheter til slike verk iallfall bør ha en adgang til å nedlegge forbud mot bruk i strid med rettighetene.

Forholdet mellom avtalelisensen og de individuelle avtaler bør klargjøres i forbindelse med avtalelisensbestemmelsene. Jeg mener loven uttrykkelig bør regulere dette forhold hvis meningen er at de individuelle avtaler skal gå foran. Så lenge det ikke står at avtalelisensen skal vike, trekker lovens ordlyd strengt tatt i retning av at den får gjennomslag. I slike situasjoner er jeg lite begeistret for at man nøyer seg med uttalelser i lovmotivene om at avtalelisensen skal vike for individuelle avtaler; ”lovgiving i motivene” bør forbeholdes tilfeller der man har støtte i lovteksten.

7. Alternativ: Direkteklarering

Det siste spørsmålet som her skal tas opp er hvilke alternativer som finnes til avtalelisensen. Hvis det dreier seg om områder der man ikke kan ha tvangslisenser eller regler om fri bruk, er ett tenkelig alternativ en eller annen form for *direkteklarering* av rettigheter hos den enkelte rettighetshaver. Men også i andre situasjoner kan det diskuteres om man ikke heller bør velge direkteklarering. Særlig gjelder det ved digital utnyttelse, der teknologien i form av DRM-systemer kan hevdes å åpne for større muligheter for individuell klarering. Avtalelisensene for fotokopiering til bruk i undervisning og i virksomheter foreslås som nevnt utvidet til digital eksemplarframstilling. Men det kan stilles spørsmål ved om forholdene på dette området, iallfall på sikt, ligger bedre til rette for direkteklarering enn avtalelisens, et spørsmål som kan reises for nærmere diskusjon.

På den annen side er en fordel med avtalelisensen at den motvirker konsentrasjon på produsentsiden. Direkteklarering kan fort komme til å innebære at rettighetene samles hos produsentene, som har kapasitet og økonomi til å klare rettighetene direkte. Det må foretas en avveining her, og hvor hensynet til å støtte opp under forvaltningsorganisasjonenes virksomhet kan være et argument for å foretrekke avtalelisensen som klareringssystem.