

Professor dr. juris

Ole-Andreas Rognstad

Institutt for privatrett/Senter for europarett

Universitetet i Oslo

Utredning om konsekvensene av EU-domstolens dom i sak C-265/19 (RAAP)

1	Bakgrunn og mandat	2
2	RAAP-dommen – rettslige implikasjoner	3
2.1	Kort om saksforhold og domskonklusjoner.....	3
2.2	Nærmere om dommens rekkevidde	4
2.3	Ytterligere problematiske sider ved dommen.....	7
2.3.1	Generelle betraktninger	7
2.3.2	Forholdet til Romakonvensjonen	7
2.3.3	Forholdet mellom materiell og formell gjensidighet i WPPT	9
2.3.4	Forholdet til grunnleggende rettigheter	10
2.3.5	Argumentet om at rettighetene ikke er klart og presist angitt	11
2.3.6	Oppsummerende betraktninger	12
2.4	RAAP-dommens virkning i nasjonal rett.....	13
3	RAAP-dommens betydning for norsk rett	14
3.1	RAAP-dommens betydning for tolkningen av utleiedirektivet art. 8(2) i en <i>EØS-kontekst</i> ..	14
3.2	Betydningen av at Norge ikke har tiltrådt WPPT.....	19
3.3	Betydningen av at Norge eventuelt tiltrer WPPT.....	20
3.4	Betydningen av en eventuell fremtidig endring av direktivet.....	20
3.5	Forholdet mellom norsk rett og Norges forpliktelser etter <i>EØS</i> -avtalen	21
3.5.1	Dagens norske regler og lovforslaget av 6. desember 2019	21
3.5.2	Forholdet til tolkningen av utleiedirektivet art. 8(2) i pkt. 3.1 ovenfor	22
3.5.3	Forholdet til resultatet i RAAP-dommen	25
4	Sammenfatning	26

1 Bakgrunn og mandat

Kulturdepartementet har i epost av 23. april 2021 gitt meg i oppdrag å utrede konsekvensene av EU-domstolens dom i sak C-265/19 (RAAP) vedrørende tolkningen av EUs utleiedirektiv (dir. 2006/115) artikkel 8(2).

Bakgrunnen for oppdraget er at RAAP-dommen ble avsagt etter at Kulturdepartementet hadde inngitt forslag om endring i åndsverkloven § 114 og forskriften til åndsverkloven i høringsnotat av 6. desember 2019. Forslaget må ses på bakgrunn av en diskusjon som har pågått i lengre tid om amerikanske produsenter og utøveres krav på vederlag for offentlig fremføring og overføring av lydopptak etter åndsverkloven (åvl.) § 21. Forslaget har en klar side til lov om avgift på offentlig framføring av utøvende kunstneres prestasjoner, som bestemmer at det skal betales fondsavgift for offentlig fremføring og overføring av opptak som ikke er vernet etter åndsverkloven (§ 3). Det overordnede spørsmålet, som avspeiles i mandatet som gjengis straks nedenfor, er hvilken betydning RAAP-dommen må antas å ha for det lovforslaget som er fremsatt, og for den saks skyld også dagens regler og praksis.

Mandatet er formulert slik:

«Kulturdepartementet ønsker ... å få utredet

1. hvordan dommen i seg selv nærmere skal forstås i en opphavsrettslig sammenheng, herunder at det gis en gjennomgang og vurdering av dommens hovedkonklusjoner
2. hvorvidt dommen bør få samme betydning for EFTA/EØS-landene som for medlemslandene.»

I henhold til mandatet diskuterer jeg RAAP-dommen og dens rettslige implikasjoner i en EU-kontekst i pkt. 2 nedenfor, før jeg tar opp RAAP-dommens betydning for norsk rett i pkt. 3.

Jeg gjør oppmerksom på at jeg på tidspunktet jeg fikk oppdraget allerede hadde skrevet to artikler om RAAP-dommen, herunder dens betydning for tolkningen av utleiedirektivet artikkel 8(2) i norsk rett.¹ I tillegg har jeg holdt fire foredrag/innlegg om dommen i

¹ Ole-Andreas Rognstad, "The RAAP Decision of the CJEU – What Happened to Reciprocity?", i Morten Rosenmeier m.fl., *Festskrift til Jørgen Blomqvist*, København 2021, 525–548; Ole-Andreas Rognstad, Performing artists' rights to remuneration – on the junction of external treaty competence, national treatment, material reciprocity and fundamental rights: RAAP, 58(5) *Common Market Law Review* (2021), 1523–1546.

tidsrommet 8. oktober 2020 - 17. juni 2021.² Synspunkter som kommer til uttrykk i denne utredningen er med andre ord redegjort for tidligere, men enkelte spørsmål har verken vært diskutert i artiklene eller i foredragene. Jeg presiserer også at det jeg gir uttrykk for er mine egne synspunkter, og at jeg gjør intet forsøk på å forutsi hva eventuelle domstoler vil komme til dersom det senere skulle oppstå en rettstvist om spørsmål som behandles i utredningen.

2 RAAP-dommen – rettslige implikasjoner

2.1 Kort om saksforhold og domskonklusjoner

EU-domstolens dom i sak C-265/19 (RAAP), som er avsagt i storkammer, er en prejudisiell avgjørelse av en foreleggelse fra den irske High Court. Saken i Irland oppsto som følge av en konflikt mellom de kollektive organisasjonene Recording Artists Actors Performers Ltd (RAAP) og Phonogram Producers Ireland Ltd (PPI). Partene hadde inngått en avtale om innkreving og fordeling av vederlag for offentlig fremføring og overføring av lydopptak, men det oppsto uenighet om hvilke utøvergrupper som var berettiget til vederlag. Uenigheten har sammenheng med at de såkalte tilknytningskriteriene i den irske loven om opphavsrett og nærstående rettigheter (2000) var ulike for utøvere og fonogramprodusenter. Kort fortalt innebar reglene at bare utøvere med forbindelse til EØS, enten ved statsborgerskap, bosted eller innspillingssted, hadde rett til vederlag. Følgen av dette var at det etter irsk rett fantes opptak som bare utløste vederlag til fordel for (amerikanske) produsenter, noe RAAP mente var i strid med utleie- og utlånsdirektivet. PPI mente på sin side at det ville være i strid med det internasjonale prinsippet om materiell gjensidighet dersom amerikanske utøvere skulle ha krav på vederlag, og fastholdt at vederlaget måtte fastsettes i henhold til de irske reglene.

Mot denne bakgrunn reiste RAAP søksmål for High Court i Irland, med påstand om at de irske reglene var i strid med utleie- og utlånsdirektivet artikkel 8(2). Før avgjørelse av saken besluttet High Court å forelegge fire spørsmål for EU-domstolen: For det første om direktivets begreper måtte tolkes på bakgrunn av de internasjonale konvensjonene på området – Romakonvensjonen og WPPT, og særlig kravet om nasjonal behandling i WPPT art. 4. For det andre om medlemsstatene står fritt til å oppstille kriterier for å fastslå hvilke utøvere som må anses som «relevante utøvere» i henhold til utleiedirektivet art. 8(2). I den forbindelse ble det stilt spørsmål om en medlemsstat kan begrense vederlagsretten til tilfeller der enten (i)

² Senter for europarettets faglunsj, 8. oktober 2020; Det årlige opphavsrettskurset, 6. mai 2021; Medlemsmøte Opphavsrettsforeningen, 31. mai 2021; Senter for europarettets faglunsj, 17. juni 2021.

fremføringen finner sted i et EØS-land eller (ii) utøverne er bosatt i et EØS-land. For det tredje ble det stilt spørsmål ved medlemsstatenes frihet til å respondere på en reservasjon som en kontraktspart har gjort etter art. 15(3) i WPPT. Og for det fjerde om retten til rimelig vederlag kan begrenses til å gjelde produsentene av et lydopptak, slik at utøvere som har deltatt på lydopptaket ikke får krav på slikt vederlag.

EU-domstolens svar på spørsmålene var som følger: De to første spørsmålene ble besvart med at utleiedirektivet art. 8(2), i lys av WPPT artikkel 4(1) og 15(1), skal tolkes slik at bestemmelsen er til hinder for at medlemsstatene i sin nasjonale lovgivning begrenser uttrykket «relevante utøvere» til bare å omfatte statsborgere i EØS, utøvere som er bosatt i eller har opphold i EØS og utøvere som har medvirket på lydopptak innspilt i EØS. Svaret på det tredje spørsmålet var at reservasjonsretten i WPPT artikkel 15(3) «på nåværende utviklingstrinn i EU-retten» ikke medfører begrensninger i vederlagsretten etter utleiedirektivet art. 8(2). Samtidig ble det presisert at EU-lovgiveren kan innføre slike begrensninger, forutsatt at de er forenelige med kravene i EU Charteret om grunnleggende rettigheter artikkel 52(1) (krav om klar og presis angivelse). Artikkel 8(2) er derfor til hinder for at en medlemsstat begrenser retten til rimelig vederlag for utøvere og produsenter som er statsborgere i et tredjeland som har benyttet reservasjonsretten i art. 15(3). Svaret på det fjerde spørsmålet var at direktivet art. 8(2) er til hinder for at vederlagsretten begrenses slik at bare produsenten av et lydopptak får vederlag uten at det deles med utøveren.

Den irske High Court avsa dom i hovedsaken 4. februar 2021, og la til grunn at den irske loven måtte tolkes i samsvar med EU-domstolens dom. Hva dette innebærer er mulig å diskutere, og jeg kommer tilbake til det i neste avsnitt.

2.2 Nærmere om dommens rekkevidde

Selv om EU-domstolens svar på de spørsmålene den irske domstolen stilte synes klare nok, er ikke dommens rekkevidde helt klar. Det skyldes, slik jeg ser det, at EU-domstolen i realiteten følger to spor i sin argumentasjon for at vederlagsretten i art. 8(2) må tilkjennes utøvere (og produsenter) fra land utenfor EØS. Det ene sporet, som i omfang er klart dominerende, er det jeg vil kalle konvensjonssporet. Mot slutten av dommen slår imidlertid domstolen inn på et annet spor, det man kan kalle lovgivningssporet – at det i mangel av uttrykkelig begrensning av vederlagsretten er opp til EU-lovgiveren å begrense rekkevidden av den.³ De to ulike sporene innebærer at dommens rekkevidde kan fremstå som uklar.

³ RAAP-dommen, avsnitt 88.

På den ene siden kan EU-domstolens presisering av at utleie- og utlånsdirektivet må tolkes i lys av WPPT, indikere at forpliktelsene etter konvensjonen bestemmer rekkevidden av direktivets art. 8(2). Samtidig fremgår det klart at tredjelands forbehold etter artikkel 15(3) er uten betydning for tolkningen av utleiedirektivet art. 8(2).⁴ Det betyr at begrensningen i plikten til nasjonal behandling etter WPPT art. 4(2), som bestemmer at denne plikten ikke gjelder i den utstrekning en annen avtalestat har benyttet seg av reservasjonsretten etter art. 15(3), er irrelevant for tolkningen av direktivets art. 8(2). Det kunne i sin tur likevel bety at vederlagsretten etter sistnevnte bestemmelse gjelder overfor 'statsborgere' i alle tredjestater som har tiltrådt WPPT, jf. art. 4(1), men ikke overfor andre.⁵ Andre setning i domsslutningen pkt. 2 kan trekke i den retningen. Den sier at utleiedirektivet art. 8(2) er til hinder for at medlemsstatene begrenser vederlagsretten for utøvende kunstnere og fonogramprodusenter som er statsborgere i *nevnte* tredjeland. Sammenholdt med setningen foran er det klart at uttrykket 'nevnte' her betyr statsborgere i land tilsluttet WPPT.

Argumentet i dommens avsnitt 88 om at *fordi* art. 8(2) er en harmonisert regel, er det opp til EU-lovgiveren, og ikke nasjonale lovgivere, å bestemme om rettighetene skal begrenses for 'statsborgere' fra tredjestater, tilsier på den annen side at rekkevidden ikke er begrenset. Det understrekes av den følgende setningen der EU-domstolen fastslår at verken art. 8(2) eller noen annen EU-rettslig bestemmelse inneholder en begrensning av denne art. Den naturlige slutningen fra dette er at vederlagsretten tilfaller alle utøvere og produsenter som medvirker på lydopptaket inntil EU-lovgiveren bestemmer noe annet. Uttalelsen i avsnitt 88 må ses i sammenheng med Generaladvokatens uttalelse i avsnitt 141 flg. I sin argumentasjon for hvorfor EU har eksklusiv kompetanse til å gi bestemmelser om vederlagsrett, og herunder til å inngå traktater med tredjeland, fastslår Generaladvokat Tanchev uttrykkelig at utleiedirektivet omfatter *alle* statsborgere fra tredjeland. Generaladvokaten slutter seg her til anførselene fra Kommisjonen om at opphavsrettigheter omfatter alle rettighetshavere med mindre vernekreten er uttrykkelig avgrenset. Generaladvokaten bemerker at dette er måten EU oppfyller sine internasjonale forpliktelser på, og at tredjelandsborgeres rettigheter må begrenses ved «lovgivningsteknikk».⁶ Det gis så noen få eksempler på slike begrensninger i

⁴ RAAP-dommen, avsnitt 87 og 91.

⁵ I så fall i henhold til tilknytningskriteriene i Romakonvensjonen art. 4 og 5, jf. WPPT art. 3(2). Se RAAP-dommens avsnitt 63-66, som imidlertid er litt tvetydig på dette punkt, jf. Jf. Jørgen Blomqvist/Morten Rosenmeier, "International Protection of Performers in the EU. Points of attachment and national treatment vs. material reciprocity after the RAAP decision by the CJEU", 269 *Revue Internationale du droit d'auteur* (2021), under utgivelse.

⁶ Generaladvokaten i RAAP, avsnitt 143-146.

EU-reglene om opphavsrett og nærstående rettigheter. Dommens avsnitt 88-90 synes å avspeile Generaladvokatens argumentasjon. Dette gjelder både implikasjonen om at direktivet art. 8(2) gir vederlagsrett til alle utøvere og produsenter og understrekingen av EUs eksklusive kompetanse til å begrense rettighetenes rekkevidde ved lovvedtak og til å inngå traktater med tredjeland om nye gjensidige forpliktelser.

For å forstå hvorfor EU-domstolen på den ene siden går inngående inn på EUs internasjonale forpliktelser for på den annen side la art. 8(2) få anvendelse på alle utøvere og produsenter som medvirker på lydopptak, må man se på argumentenes funksjon. Poenget med å trekke inn de internasjonale konvensjonene (WPPT), er tydelig å vise hvilke begrensninger de – som integrert del av EU-retten og dermed som sentralt ledd i tolkningen av utleiedirektivet – legger på medlemsstatenes frihet til å bestemme vederlagsrettens anvendelse på tredjelandsborgere. Argumentet om at rekkevidden av bestemmelsen ikke er avgrenset tjener til å fastslå EUs eksklusive kompetanse, og gi EU-myndighetene full kontroll over den videre utviklingen. Det er symptomatisk at EU-domstolen her fullt ut følger Kommisjonens argumentasjon i saken. Når de to elementene kobles sammen, betyr det samtidig at EU-myndighetene kan *bestemme* at vederlagsretten kan begrenses for utøvere og produsenter fra tredjeland innenfor rammen av EUs internasjonale forpliktelser.

En klar svakhet med dommen er likevel at den ikke tydelig *sier* at premissene her går lenger enn å sikre nasjonal behandling for utøvere og produsenter fra stater som er tilsluttet WPPT. Rekkevidden på dette punktet avspeiles heller ikke i domspremissene som bare svarer på de spørsmålene den irske domstolen har stilt. Dommen fra den irske High Court som avgjør den underliggende tvisten lider av den samme svakheten og uklarheten.⁷ EU-domstolens argumentasjon tilsier likevel som nevnt at utleiedirektivet art. 8(2) «på nåværende utviklingstrinn» tolkes slik at det omfatter alle utøvere og produsenter uansett nasjonalitet. Hvis samme resonnement overføres til andre opphavsrettigheter og nærstående rettigheter, betyr det at plikten til nasjonal behandling overfor konvensjonsstatene som følger av konvensjonene (og som for norsk del er utførlig regulert i forskriften til åvl. kap. 6) praktisk talt er uten betydning. Etersom EU-direktivene om opphavsrett og nærstående rettigheter stort sett lar være å regulere rettighetenes geografiske rekkevidde – med følgeretten og databaseretten *sui generis* som enkeltstående unntak – innebærer EU-domstolens argumentasjon i RAAP at de gjelder alle verk og prestasjoner inntil domstolen har sagt noe

⁷ The High Court of Ireland, dom 4. februar 2021 [IEHC] 22, avsnitt 26, med påstanden om at EU-domstolens dom “could not be clearer”. Det ligger i det som er sagt at jeg er sterkt uenig i den påstanden.

annet. Det er temmelig oppsiktsvekkende for å uttrykke det forsiktig. Argumentasjonen skaper også en rekke videre problemer på opphavsrettsområdet som det ligger utenfor mandatet å gå inn på.⁸ Øvrige svakheter og problematiske sider ved dommen skal drøftes i neste avsnitt.

For øvrig avklarer dommen at *både* utøvere og produsenter skal ha rett til vederlag etter art. 8(2). Derimot gis det uttrykk for at medlemsstatene har frihet til å bestemme hvordan vederlaget nærmere skal *fordeles* dersom utøverne og produsentene ikke blir enige. Dommen er imidlertid ikke tydelig på hva det nærmere innebærer annet enn at den delen av vederlaget som betales til den utøvende kunstnere skal være rimelig og avspeile utøverens bidrag til lydopptaket.⁹ Det siste indikerer også at vederlaget skal ytes individuelt. Jeg kommer tilbake til dette i avsnitt 3.5.3 uten at jeg går nærmere inn på fordelingsspørsmål i denne utredningen.

2.3 Ytterligere problematiske sider ved dommen

2.3.1 Generelle betraktninger

RAAP-dommen har etter min mening en rekke svakheter og problematiske sider ut over de som er påpekt ovenfor i pkt. 2.2 om uklarheter i dommens rekkevidde og implikasjoner for opphavsrettsområdet for øvrig.¹⁰ Svakheterne rokker ikke i seg selv ved konklusjonene som EU-domstolen trekker, idet det må antas at domstolen vil opprettholde dem selv om de er gjenstand for kritikk. De kan likevel kaste lys over spørsmålet om medlemsstatenes ansvar for manglende eller uriktig gjennomføring. Det ligger utenfor mandatet å gå nærmere inn på det spørsmålet, men det er viktig at dommen settes i perspektiv, ettersom den griper sterkt inn i den internasjonale reguleringen av vederlagsretten, som medlemsstatene utvilsomt til nå har forholdt seg til.¹¹ Foreløpig holder vi oss til EU-perspektivet. Dommens implikasjoner for norsk rett, herunder særlige EØS-rettslige aspekter ved dommen, blir diskutert nedenfor i avsnitt 3.

2.3.2 Forholdet til Romakonvensjonen

Én problematisk side ved dommen er dens særs lettvinde omgang med Romakonvensjonen. Konvensjonen nevnes særskilt et par steder i dommen, men det er klart WPPT som står i forgrunnen. Årsaken til det er åpenbart at EU selv er part i WPPT, som dermed inngår som «en integrerende del af Unionens retsorden».¹² Generaladvokaten sier uttrykkelig i sin

⁸ Jf. Blomqvist/Rosenmeier, ovenfor i fotnote 5.

⁹ RAAP-dommen, avsnitt 56.

¹⁰ Jf. mine artikler, nevnt i fotnote 1.

¹¹ Jf. Jan Rosen, «The Rome Convention, WPPT and a right to remuneration, i Morten Rosenmeier m.fl. (red.), Festskrift til Jørgen Blomqvist s. 549-567 på s. 562.

¹² RAAP-dommen, avsnitt 62.

uttalelse at det bare er WPPT som er relevant i saken idet Romakonvensjonen ikke er del av Unionens rettsorden. Det kan den heller ikke være fordi EU som organisasjon ikke kan tilslutte seg denne konvensjonen. Generaladvokaten legger imidlertid feilaktig til grunn at spørsmålet om hva som er et vernet fonogram etter RK artikkel 5 og tilknytningskriteriene for bestemmelsen av plikten til nasjonal behandling, ikke er bindende for EU.¹³ Dette er galt fordi WPPT art. 3(2) uttrykkelig bestemmer at uttrykket ‘statsborgere (‘nationals’) i andre avtaleparter’ i konvensjonen skal forstås som de utøvere eller produsenter som ville oppfylt tilknytningskriteriene i Romakonvensjonen hvis alle avtalepartene hadde vært tilsluttet den konvensjonen. Dette poenget får EU-domstolen med seg, men forståelsen av hva det innebærer synes å være mangelfull.¹⁴ Dette får ikke avgjørende betydning så fremt dommen forstås slik at utleiedirektivet art. 8(2) omfatter alle utøvere og produsenter uansett nasjonalitet. Hvis dommens rekkevidde skulle bestemmes av plikten til nasjonal behandling etter WPPT art. 4(1), slår imidlertid tilknytningskriteriene i RK inn fullt ut. I så fall måtte EU-domstolens uttalelser nyanseres betraktelig.

EU-domstolens dom bærer preg av at vernet for utøverne i den irske opphavsretsloven var basert på utøvernes statsborgerskap og bosted, og ikke på tilknytningskriteriene i RK. Så lenge de sistnevnte skal legges til grunn, betyr nasjonal behandling av utøvere at utøvere skal ha vern dersom enten (a) fremføringen finner sted i et WPPT-land eller (b) fremføringen er fiksert i et lydopptak som har vern etter RK art. 5. Og lydopptak har vern etter RK art. 5 hvis (a) produsenten er statsborger i et WPPT-land, (b) første fiksering ble foretatt i et WPPT-land eller (c) lydopptaket ble først gang publisert i et WPPT-land. Dette bringer betydelige nyanser til EU-domstolens bruk av uttrykket ‘statsborgerskap’ (‘nationals’). Riktignok viser domstolen som sagt til tilknytningskriteriene i RK art. 3(2), men EU-domstolens omtale gir inntrykk av at det avgjørende er om utøveren er ‘statsborger’ i et WPPT-land. Nyansene er viktig for å fastslå innholdet i plikten til nasjonal behandling etter WPPT art. 4(1), og EU-domstolens omtale av kriteriene kan reise tvil om de er helt riktig forstått.¹⁵

Et annet problem med EU-domstolens håndtering av Romakonvensjonen, er uttalelsene om forbehold (reservasjoner) som er gjort i henhold til denne konvensjonen. EU-domstolen fastslår at slike forbehold bare kan begrense en medlemsstats plikter etter denne konvensjonen, men ikke skape plikter for denne staten som i sin tur begrenses av tolkningen

¹³ Generaladvokaten i RAAP, avsnitt 118.

¹⁴ Jf. Blomqvist/Rosenmeier, ovenfor i fotnote 5.

¹⁵ Jf. Blomqvist/Rosenmeier, ovenfor i fotnote 5.

av utleiedirektivet artikkel 8(2).¹⁶ Det er en nokså lettvinnt omgang med medlemsstatenes praktisering av en internasjonal konvensjon som har eksistert i 60 år. Det sier seg selv at stater som har inngått denne konvensjonen lenge før de ble forpliktet av utleiedirektivet, har praktisert konvensjonens bestemmelser uten forventning om at direktivet – som ikke sier noe om den geografiske rekkevidden av vederlagsretten – griper inn i slike rettsforhold.¹⁷ At forbeholdene ikke skaper noen plikt for medlemsstatene, fremstår som lite relevant i den sammenhengen. Det fremgår av WPPT art. 3(3) at denne konvensjonen tar høyde for forbehold tatt i medhold av RK art. 5(3) og art. 17, noe EU-domstolen ikke tar hensyn til i sin dom.

2.3.3 Forholdet mellom materiell og formell gjensidighet i WPPT

WPPT bygger på et hovedprinsipp om nasjonal behandling (formell gjensidighet) – at man skal gi samme rettigheter til ‘borgere’ av andre stater som man gir til sine egne borgere, jf. WPPT art. 4(1). Hva nasjonal behandling betyr i denne sammenhengen er berørt ovenfor i 2.3.2, ettersom WPPT art. 3(2) henviser til tilknytningskriteriene i RK ved definisjonen av hva som menes med ‘statsborgere fra andre avtaleparter’. Prinsippet om nasjonal behandling er imidlertid begrenset av en betingelse om at prinsippet bare gjelder for rettighetene som er regulert i konvensjonen, jf. WPPT art. 4(1). Betingelsen reflekterer prinsippet om materiell gjensidighet, ettersom den gjør at plikten til nasjonal behandling bare gjelder for rettigheter som andre kontraktsparter også må gi til egne borgere. For vederlagsretten for utøvere og produsenter som er nedfelt i WPPT art. 15(1), reflekteres prinsippet om materiell gjensidighet i art. 4(2). Ettersom det etter WPPT art. 15(3) er mulig å ta forbehold mot anvendelsen av vederlagsretten, bestemmer art. 4(2) som sagt at prinsippet om nasjonal behandling ikke gjelder i den utstrekning en annen avtalepart har benyttet seg av forbehold. Med andre ord gjelder *plikten* til nasjonal behandling bare overfor avtaleparter som selv gir utøvere og produsenter vederlagsrett. Prinsippet om nasjonal behandling begrenses altså også her av prinsippet om materiell gjensidighet.

EU-domstolen håndtering av de to prinsippene i RAAP-saken er høyst underlig. Ved besvarelsen av de to første spørsmålene fra den irske domstolen – kort fortalt om medlemsstatene kan begrense vederlagsretten til utøvere med tilknytning til EØS-land –

¹⁶ RAAP-dommen, avsnitt 72.

¹⁷ Jf. Rosén, ovenfor i fotnote 11, s. 562. Jf. også Valerie Laure Benabou, «L'arrêt RAAP ou quand compétence externe de l'Union et fondamentalisation des droits de propriété intellectuelle provoquent un tsunami», Dalloz IP/IT 2021 s. 30 flg.

bygger EU-domstolen utelukkende på regelen om nasjonal behandling (WPPT art. 4(1)) i kombinasjon med vederlagsregelen i WPPT art. 15(1). Det er vanskelig å forstå, ikke minst fordi kjernesporålet i saken var om amerikanske utøvere hadde krav på vederlag etter irsk rett og USA har tatt forbehold mot vederlagsrett etter WPPT art. 15(3), for alle andre former for overføring til allmennheten enn webcasting. I den situasjonen følger det av WPPT art. 4(2) at det ikke er noen plikt til nasjonal behandling av amerikanske utøvere, bortsett fra for webcasting. Forunderlig nok avviser EU-domstolen relevansen av art. 4(2) i denne relasjonen med henvisning til at *EU og deres medlemsland* ikke har tatt forbehold mot vederlagsretten. Det har imidlertid ingen relevans for spørsmålet om plikt til nasjonal behandling overfor tredjestater.¹⁸ Løsningen er på dette punktet annerledes i WPPT enn i Romakonvensjonen.¹⁹

Riktignok kommer EU-domstolen inn på betydningen av WPPT art. 4(2) i det tredje spørsmålet – om tredjestaters forbehold påvirker tolkningen av utleiedirektivet art. 8(2). Men EU-domstolens argumentasjon får en slagside når det konstateres at utleiedirektivet art. 8(2) i lys avplikten til nasjonal behandling etter WPPT art. 4(1) er til hinder for at medlemsstatene bare gir vederlagsrett til utøvere med EØS-tilknytning. Det reelle bildet er at det bare gjelder i den utstrekning tredjestatene ikke har tatt forbehold etter WPPT art. 15(3), noe bl.a. USA har gjort.

2.3.4 Forholdet til grunnleggende rettigheter

Ved det tredje spørsmålet – om betydningen av at det er tatt forbehold etter art. 15(3) – trekker EU-domstolen inn WPPT art. 4(2) og prinsippet om materiell gjensidighet. EU-domstolen fremhever i den forbindelse at EU og deres medlemstater verken har plikt til nasjonal behandling overfor statsborgere som har tatt forbehold etter WPPT art. 15(3) eller til å gi vederlagsrett til statsborgere som ikke har tilsluttet seg WPPT. Samtidig understrekes det at behovet for å sikre rettferdige betingelser for europeiske utøvere og produsenter kan tale for at vederlagsretten begrenses for utøvere og produsenter fra land som har tatt forbehold etter WPPT art. 15(3). Når EU-domstolen likevel ikke begrenser vederlagsretten etter utleiedirektivet på den måten, er det fordi denne retten anses som en immaterialrett som er beskyttet etter EU Charteret om grunnleggende rettigheter art. 17(2). Og fordi retten må anses

¹⁸ Jf. Rognstad i Festskrift til Blomqvist, ovenfor i fotnote 1, s. 532-533.

¹⁹ Etter Romakonvensjonen art. 16(1a)iv) kan en avtalepart gi melding om at den vil begrense vederlagsretten for fonogrammer som er laget av produsenter fra andre avtalestater til fonogrammer som først er spilt inn i den aktuelle avtalestat. Dette er måten prinsippet om materiell gjensidighet kan praktiseres under RK. Etter WPPT art. 4(2), derimot, gjelder ikke plikten til nasjonal behandling overfor stater som selv har tatt forbehold. Det betyr i praksis at prinsippet om materiell gjensidighet gjelder umiddelbart i slike situasjoner under denne konvensjonen.

som en grunnleggende rettighet, slår kravet i Charteret art. 52(1) om at rettighetene må avgrenses klart og presist inn. Det kravet mener EU-domstolen ikke er oppfylt når en tredjestat tar forbehold mot vederlagsretten etter regelen i WPPT art. 15(3). Av den grunn får et slikt forbehold ikke betydning for tolkningen av utleiedirektivet art. 8(2).

Jeg mener selve grunnpremisset for dette resonnementet er galt.²⁰ Det foretas tilsynelatende en avveining mellom hensynet til rettferdige markedsbetingelser og beskyttelse av vederlagsretten som en grunnleggende rettighet, hvor det siste veier tyngst. Poenget er imidlertid at tredjestatsborgere fra stater som har reservert seg mot vederlagsretten ikke *har* en immaterialrett som er beskyttet under EU Charteret art. 17(2). Som nevnt gir WPPT ingen slik beskyttelse på grunn av begrensningen i prinsippet om nasjonal behandling i art. 4(2). EU-domstolen har i sin tidligere praksis fastslått at beskyttelsen etter Charteret art. 17 bare gjelder etablerte og ikke rene kommersielle interesser eller muligheter.²¹ Med andre ord er ikke synspunkter om at noen *fortjener* en rettsbeskyttelse tilstrekkelig for å få vern etter art. 17.²² I dette tilfellet er selve *spørsmålet om* amerikanske utøvere og produsenter har en vederlagsrett etter utleiedirektivet art. 8(2). Dette spørsmålet kan ikke besvares med henvisning til en bestemmelse som forutsetter at de *har* det. Av samme grunn er det i dette tilfellet ikke spørsmål om å fastlegge *rekkevidden* av en eksisterende rettighet, men å bestemme *om* det overhodet finnes en slik rettighet. Henvisningen til kravet i Charteret art. 52(1) som bestemmer at enhver begrensning av en rett noen *har* i henhold til Charteret må defineres klart og presist, er derfor malplassert i sammenhengen. Igjen er EU-domstolens argumenter svakt fundert, også i egen tidligere praksis.

2.3.5 Argumentet om at rettighetene ikke er klart og presist angitt

I dommens avsnitt 87 slår EU-domstolen fast at eksistensen av et forbehold som er tatt under WPPT art. 15(3) ikke oppfyller kravet om at begrensningen i rettighetene skal være klart og presist angitt. Begrunnelsen er at et slikt forbehold ikke setter borgere fra tredjeland i stand til å fastslå hvordan deres rettigheter er begrenset. Som sagt er grunnpremisset for et slikt krav tvilsomt. Om man likevel skulle stille krav om at begrensninger med hensyn til hvem som har vederlagsrett etter utleiedirektivet art. 8(2) må komme klart til uttrykk for at de skal kunne

²⁰ Jf. artiklene mine nevnt i fotnote 1 ovenfor.

²¹ Jf. sak C-283/11, *Sky Österreich GmbH v. Österreichischer Rundfunk*, ECLI:EU:C:2013:28, avsnitt 34.

²² Jf. Jonathan Griffiths, «Universalism, pluralism or isolationism? The relationship between authors' rights and creators' human rights», i Tatiana Eleni Synodiniou (Ed.), *Pluralism or Universalism in International Copyright Law* (Wolters Kluwer, 2019), s. 619–639, s. 622.

innfortolkes, mener jeg domstolen igjen bygger på gale premisser. Det henger sammen med at EU-domstolen ikke kobler sammen prinsippene om formell og materiell gjensidighet. Som det fremgår av dommens avsnitt 62 er WPPT en integrert del av EU-retten med forrang fremfor direktivene. Det fremgår utvilsomt klart av WPPT art. 4(2) at avtalepartenes plikt til nasjonal behandling ikke gjelder overfor andre avtaleparter i den utstrekning sistnevnte har tatt forbehold mot vederlagsretten etter art. 15(3). Samtidig fremgår det av sistnevnte bestemmelse at forbeholdet tas ved en melding som deponeres hos generaldirektøren i WIPO.²³ Slike meldinger gjøres offentlig tilgjengelig på WIPOs nettsider, og alt tredjelandborgere trenger å gjøre er å sjekke om «deres» land har tatt slikt forbehold. Så fremt man tolker utleiedirektivet art. 8(2) og WPPT art. 4(2) i sammenheng, slik at rettighetene etter førstnevnte bestemmelse ikke går ut over EUs plikter etter WPPT, skulle rettighetsforholdene fremgå klart nok. Heller ikke på dette punkt er EU-domstolens resonnement overbevisende, men tilsynelatende styrt av ønsket om å oppnå et visst resultat.

2.3.6 Oppsummerende betraktninger

Etter undertegnedes oppfatning har EU-domstolens begrunnelse i RAAP-dommen en rekke svakheter som reduserer dommens overbevisningskraft. Domstolens ønske om enhetlige regler er i seg selv forståelig, og heller ikke helt uventet. Det samme gjelder på sett og vis standpunktet om at EU har eksklusiv regulerings- og traktatkompetanse på området. Men selv det standpunktet kunne vært håndtert med en mer nennsom hånd, og resultatet EU-domstolen kommer til er både oppsiktsvekkende og problematisk. Resultatet er at løsningene i internasjonale konvensjoner, som mange medlemsstater utvilsomt har støttet seg på, blir helt overkjørt, etter min oppfatning på et nokså tynt, og uholdbart, grunnlag. Dommens løsning må utvilsomt komme overraskende på mange av medlemsstatene,²⁴ noe reaksjonene hittil også tyder på. Det er likevel lite som taler for at EU-domstolen vil endre standpunktet som er avgitt i storkammer om de skulle få et tilsvarende spørsmål opp på nytt. De forholdene jeg har påpekt ovenfor bør imidlertid kunne ha betydning for spørsmålet om medlemsstatenes eventuelle ansvar for feilaktig gjennomføring av direktivet. Jeg går ikke nærmere inn på det spørsmålet her.

²³ Se Jan Rosén i Festskrift til Blomqvist, ovenfor i fotnoe11, s. 553-554, om at slik melding ikke er nødvendig. Begrunnelsen synes imidlertid lite overbevisende.

²⁴ Jf. Rosén, op. cit. S. 560.

2.4 RAAP-dommens virkning i nasjonal rett

Etter EU-retten er direktiver bindende for medlemsstatene, men ikke umiddelbart anvendelige, idet de forutsetter gjennomføring, jf. Traktaten om den Europeiske Unions virkeområde (TEUV) art. 289(3). Samtidig følger det av langvarig praksis fra EU-domstolen at såkalte *vertikale* direktiver som regulerer forholdet mellom det offentlige og borgeren, kan ha direkte virkning og gjennomslag i nasjonal rett ved manglende eller feilaktig gjennomføring.²⁵ Det samme gjelder ikke *horisontale* direktiver som regulerer rettsforholdet mellom private parter, slik utleiedirektivet gjør.²⁶ For horisontale direktivforpliktelser gjelder i stedet prinsippet om direktivkonform tolkning, som innebærer at medlemsstatene må strekke seg så langt som mulig innenfor rammen av anerkjente tolkningsprinsipper for å tolke nasjonal rett i samsvar med EU-retten.²⁷ EU-domstolen har imidlertid i flere saker uttalt at prinsippet om direktivkonform tolkning ikke rekker så langt at nasjonal rett må tolkes *contra legem* – altså i strid med loven.²⁸ Hva dette innebærer er omstridt og ikke nærmere avklart i EU-domstolens praksis. Det må imidlertid antas at det i hvert fall betyr at plikten ikke rekker så langt som å tolke i strid med klar ordlyd.²⁹

Hvis det siste legges til grunn betyr det at RAAP-dommens virkning i nasjonal rett beror på situasjonen. I stater som praktiserer monisme, som f.eks. Irland, vil det ligge til rette for 'direkte virkning' av RAAP-dommen. Det understrekes av High Courts dom av 2. februar 2021, der retten tolket de irske opphavsretsreglene i samsvar med det som ble oppfattet som resultatet av EU-domstolens dom.³⁰ I stater med dualisme, som våre nordiske naboland, blir det vanskeligere å tolke nasjonale regler i samsvar med RAAP-dommen, ettersom rettighetene gjerne er uttrykkelig avgrenset. Det må her tas i betraktning at utleiedirektivet art. 8(2) ikke bare gir rettigheter, men også pålegger brukerne plikter, noe som taler for at det må en lovendring til for å kunne tolke nasjonale regler i samsvar med EU-domstolens tolkning av bestemmelsen i RAAP-dommen.

Det som her er sagt gjelder for EU-landene. Jeg kommer nærmere tilbake til virkningen av RAAP-dommen i norsk rett i avsnitt 3 nedenfor.

²⁵ Se f.eks. Paul Craig and Gráinne de Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 7th ed. (Oxford, 2020) s. 243-246.

²⁶ Se Craig/de Burca, *op. cit.* s. 246 flg.

²⁷ Jf. Craig/de Burca s. 252-257.

²⁸ Jf. f.eks. sak C-441/14 *Ajos* avsnitt 32, med videre henvisninger.

²⁹ Jf. Generaladvokat Bot i *Ajos*-saken, *op. cit.*, avsnitt 72.

³⁰ Se fotnote 7 ovenfor.

3 RAAP-dommens betydning for norsk rett

3.1 RAAP-dommens betydning for tolkningen av utleiedirektivet art. 8(2) i en EØS-kontekst

Normalt vil EU-domstolens dommer på opphavsrettsområdet uten videre legges til grunn også under EØS-avtalen, slik at direktivene som er gjort til en del av EØS-avtalen tolkes i samsvar med EU-domstolens praksis. Det følger av homogenitetshensynet, som er reflektert i EØS-avtalens art. 1 og dens fortale pkt. 4 og 15. Selv om skjæringstidspunktet for den formelle plikten til å tolke EØS-regler i samsvar med EU-domstolens praksis under EU-reglene ble satt til avtalens inngåelse (2. mai 1992), har det aldri vært tvilsomt at homogenitetshensynet også tilsier tolkning i samsvar med domstolens praksis etter skjæringstidspunktet. Det følger både av EFTA-domstolens praksis og EU-domstolens tolkning av EØS-avtalen, samt norsk høyesterettspraksis. En nærliggende slutning vil derfor være at utleiedirektivet art. 8(2) skal tolkes i samsvar med EU-domstolens resultat i RAAP-saken. Det betyr i så fall at direktivet også i en EØS-kontekst innebærer at alle utøvere og produsenter skal ha krav på vederlag, uten hensyn til deres nasjonalitet.

En umiddelbar innvending kan være at EU-domstolen, som vist ovenfor, legger sterk vekt på WPPT ved sin tolkning av utleiedirektivet art. 8(2), og at to av tre EFTA-land – Island og Norge – ikke har tiltrådt WPPT. Jeg kommer nærmere tilbake til betydningen av at Norge ikke har tiltrådt WPPT nedenfor i pkt. 3.2, men *i seg selv* er det neppe et avgjørende argument mot at utleiedirektivet art. 8(2) tolkes homogent i EØS. Det er her grunn til å påpeke at EFTA-domstolen, og for den saks skyld også EU-domstolen, har lagt en *resultatorientert* forståelse av homogenitetshensynet til grunn for sin tolkning av EØS-avtalen.³¹ Det betyr at homogenitet tilstrebes i resultatet selv om den underliggende rettslige konteksten kan være ulik. Det mest talende eksemplet på den resultatorienterte tilnærmingen til homogenitetshensynet, er EFTA-domstolens rådgivende uttalelser i sakene om tolkning av reglene fri bevegelighet av personer i det såkalte unionsborgerdirektivet.³² I de sakene har EFTA-domstolen bygget på praksis fra EU-domstolen om fri bevegelighet av personer som ikke bedriver økonomisk aktivitet. EU-domstolens praksis er grunnlagt i reglene om unionsborgerskap som ikke er en del av EØS-avtalen. Likevel har EFTA-domstolen ment at prinsippet om fri bevegelighet av ikke økonomisk aktive personer også gjelder i EØS.

³¹ Jf. Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2018 s. 52–55.

³² Jf. særlig sak E-28/15 Jabbi og sak E-4/19 Campbell.

Tilsvarende er det ikke noe i veien for at direktivforpliktelser på opphavsrettsområdet som er begrunnet i EUs forpliktelser etter WPPT tolkes homogent i en EØS-kontekst, selv om WPPT er en integrert del av EU-retten og ikke EØS-avtalen. For eksempel trakk EU-domstolen frem WPPTs 'søsterkonvensjon' WCT i henholdsvis sak C-128/11 (UsedSoft) og C-263/18 (Tom Kabinet) ved tolkningen av dataprogramdirektivet og opphavsrettsdirektivet.³³ Likevel er det liten tvil om at de to dommene får avgjørende betydning for hvordan spørsmålet om digital konsumpsjon løses i EØS-retten også. Det forhold at konvensjonen brukes som ledd i argumentasjonen, er ikke til hinder for en resultatorientert anvendelse av homogenitetshensynet.

Her er det likevel grunn til å være forsiktig. Det er uttrykkelig sagt i EØS-avtalens fortale pkt. 16 at avtalen «ikke begrenser avtalepartenes selvstendige beslutningsmyndighet *eller deres kompetanse til å inngå traktater*, med forbehold for bestemmelsene i denne avtale og de begrensninger som følger av folkeretten» (uth. her). Dette må ses i sammenheng med at EØS-avtalen ikke innebærer en koordinert politikk overfor tredjeland, slik EU-samarbeidet gjør. Dette har relevans i forhold til RAAP-dommen, som sterkt betoner EUs eksklusive kompetanse til å inngå gjensidighetsavtaler med tredjestater på området.³⁴ På samme måte som EFTA-statene ikke kan legge bånd på EUs eksklusive kompetanse i så henseende, skal EU heller ikke båndlegge EFTA-statenes autonomi i forhold til tredjestater. Det gjelder med det selvsagte forbeholdet at avtalen bestemmer noe annet. Et relevant spørsmål i sammenhengen er om en slik begrensning kan innfortolkes i en EØS-bestemmelse som ikke sier noe uttrykkelig om det, men som følger av EU-domstolens praksis ved tolkningen av tilsvarende EU-regler.

Før jeg går nærmere inn på dette spørsmålet, er det her grunn til å skille mellom løsninger som følger av *materielle* bestemmelser i avtaler og konvensjoner som EU har inngått og direkte regulering av tredjestatsborgeres rettigheter og plikter. Som sagt kan ikke materielle standarder for rettighetsbeskyttelsen som er fastsatt i EUs avtaler med tredjeland og som påvirker tolkningen av EU-regler, være noe argument mot homogen tolkning av tilsvarende EØS-regler. Det stiller seg etter min mening annerledes med bestemmelser som direkte regulerer tredjestatsborgeres rettigheter og plikter, slik det er tale om i RAAP-saken.³⁵ Slike reguleringer er viktige handels- og utenrikspolitiske instrumenter i forholdet til tredjestatene.

³³ Se UsedSoft avsnitt 52 og Tom Kabinet avsnitt 39.

³⁴ RAAP-dommen, avsnitt 89–90.

³⁵ På opphavsrettsområdet er det *her* forpliktelsene overfor tredjestatene ligger, nemlig i anvendelsen av de materielle prinsippene overfor 'tredjestatborgerne'.

Det gjelder ikke minst på opphavsrettsområdet som er tett regulert av konvensjonsbestemte gjensidighetsforpliktelser av ulik art. Dersom utleiedirektivet art. 8(2) skal tolkes i samsvar med resultatet i RAAP-dommen også i en EØS-kontekst, betyr det *i praksis* at EFTA-statene forpliktet til å avstå fra å inngå, og utøve, eksisterende gjensidighetsavtaler med tredjestater om vederlagsretten. Riktignok vil en slik løsning ikke innebære en *formell* overføring av traktatkompetanse til EU. EFTA-statene beholder sin formelle kompetanse til å inngå slike avtaler med tredjestater. Men hvis slike avtaler kommer *i konflikt* med EØS-reglene, vil det faktiske resultatet av en slik situasjon være at EFTA-statene er prisgitt hva *EU* til enhver tid bestemmer, herunder inngår avtaler, om tredjestatsborgeres rettssituasjon. Faktisk sett må det sies å innebære en begrensning i EFTA-statenes kompetanse til å inngå traktater med tredjeland.

Det er støtte i EFTA-domstolens praksis for at denne type begrensninger ikke kan aksepteres ved en homogen tolkning av direktiver som legger føringer på *EU-statenes* tredjelandsforbindelser. I sak E-2/97 (Maglite) fremhevet EFTA-domstolen en rekke forskjeller mellom EU-samarbeidet og EØS-avtalen som en av to hovedbegrunnelser for at EUs varemerkedirektiv (tidligere dir. 104/89/EØF art. 7) ikke kunne tolkes slik i en *EØS-kontekst* at det hindret EFTA-statene fra å ha regler om såkalt global konsumpsjon av varemerkeretten. Regler om global konsumpsjon innebærer at varemerkeinnhaveren ikke kan hindre parallellimport fra noen stater. Spørsmålet i saken var om varemerkedirektivet måtte tolkes slik at statene var forpliktet til å innføre EU/EØS-regional konsumpsjon og slik sett gi varemerkeinnhaveren rett til å hindre parallellimport fra land utenfor EØS (tredjeland). I saken hadde bl.a. EU-kommisjonen anført at en slik tolkning av direktivet var nødvendig for å unngå forstyrrelser i det indre markedet som følge av ulike konsumpsjonsregler i forskjellige land. EFTA-domstolen avviste det argumentet ved å påpeke en rekke forskjeller mellom tredjelandsreguleringen i EU og EØS. Blant annet ble det fremhevet at EØS, i motsetning til EU, ikke er en tollunion og ikke innebærer en felles handelspolitikk overfor tredjeland. I forlengelsen av det siste fremhevet EFTA-domstolen at EFTA-statene ikke har overført sin respektive traktatkompetanse til noen form for overnasjonale organer. Å kreve at varemerkedirektivet *i en EØS-sammenheng* skulle tolkes slik at det påla EFTA-statene å ha regler om EØS-regional konsumpsjon, ville legge begrensninger på EFTA-statene i deres tredjelandsforbindelser. Et slikt resultat ville ikke være forenelig med EØS-avtalens formål.³⁶ EFTA-domstolens resonnementer og uttrykksformer i denne saken – bl.a. ved å snakke om

³⁶ Maglite, avsnitt 27.

tolkning av varemerkedirektivet i en *EØS-kontekst*³⁷ – indikerer klart at EFTA-domstolen så for seg et avvik fra homogenitetsprinsippet hvis EU-domstolen skulle tolke den samme direktivbestemmelsen annerledes.

En annen sak er at EFTA-domstolens konkrete vurderinger i saken ikke nødvendigvis var helt overbevisende. Det kunne bl.a. hevdes at spørsmålet i saken verken gjaldt tollunionen eller den felles handelspolitikken overfor tredjeland, og at det var klare holdepunkter i avtalen for at reglene skulle tolkes homogent, som EFTA-domstolen ikke viste til i sin uttalelse.³⁸ Når EFTA-domstolen ni år senere, i sak E-9/07 (L’Oreal), fravek resultatet i Maglite, etter at EU-domstolen hadde tolket direktivet motsatt i en EU-kontekst, henger det sammen med disse forholdene.³⁹ I den forbindelse er det ikke minst sentralt å trekke inn *EU-domstolens* håndtering av forholdet til eventuelle avvikende avtaler med tredjeland. I sak C-355/96 (Silhouette), som ble avsagt et halvt år etter Maglite, slo EU-domstolen første gang fast at varemerkedirektivet måtte tolkes slik at medlemsstatene pliktet å innføre EØS-regional konsumpsjon. Begrunnelsen var nettopp at en annen løsning ville skape problemer for det indre markedet. Samtidig sa EU-domstolen at EUs kompetente myndigheter alltid ved inngåelsen av internasjonale avtaler på området vil kunne utvide konsumpsjonen til varer som var markedsført i tredjeland, slik de hadde gjort med EØS-avtalen.⁴⁰ Med andre ord begrenset ikke direktivet *EUs* kompetanse til å inngå traktater med tredjeland.

Ved tolkningen av direktivet i en *EØS-kontekst* kunne man på tilsvarende måte hevde at en regel om EØS-regional konsumpsjon heller ikke kunne begrense *EFTA-statenes* kompetanse til å inngå traktater med tredjeland som tillot parallellimport til EFTA-statene.⁴¹ En annen løsning ville i alle fall vært lite forenelig med EØS-avtalens forutsetning om at avtalen ikke skal begrense *avtalepartenes* kompetanse til å inngå avtaler med tredjeland. En slik forståelse ville også imøtekomme EFTA-domstolens forutsetning om at varemerkedirektivet ikke skulle begrense EFTA-statene i deres tredjelandsforbindelser, og på den måten harmonere Maglite og Silhouette.

³⁷ Maglite, avsnitt 27 og 29.

³⁸ Jf. Ole-Andreas Rognstad, *Spredning av verkseksemplar*, Oslo 1999 s. 614–620.

³⁹ Jf. Ole-Andreas Rognstad, «Intellectual Property», i: Carl Baudenbacher (red.), *The Handbook of EEA Law*, Heidelberg/New York 2015 s. 703–720, på s. 709–713; Ole-Andreas Rognstad, «Article 65(2) [Intellectual Property Rights]», i: Finn Arnesen m.fl., *A Commentary to the EEA Agreement*, Baden Baden 2018 s. 641–659, på s. 645–646.

⁴⁰ Silhouette, avsnitt 30.

⁴¹ Jf. Rognstad, ovenfor i fotnote 38, s. 619–620.

EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i L'Oreal-saken kan hevdes å bekrefte denne forutsetningen. Som sagt kom EFTA-domstolen her til at homogenitetshensynet tilsa at varemerkedirektivets konsumpsjonsregel innebar en plikt til EØS-regional konsumpsjon av varemerkeretten. Ved diskusjonen om forskjellene i formål og virkeområde mellom EU-retten og EØS-retten utgjorde «tvingende grunner» for avvikende tolkninger, presiserte EFTA-domstolen at avtalestaten (Norge) ikke hadde inngått noen avtale med tredjestater. Sakens spørsmål var ifølge domstolen utelukkende om varemerkedirektivet la føringer på EFTA-statenes frihet til *ensidig* å fastlegge global konsumpsjon av varemerkeretten. EFTA-domstolens standpunkt var med andre ord at saken ikke gjaldt et tilfelle der EØS-statene ble begrenset i sine tredjelandsforbindelser. Det står i motsetning til hvordan domstolen vurderte den faktiske situasjonen i Maglite-saken. Samtidig står det prinsipielle standpunktet om at direktivet ikke *skal* begrense EFTA-statenes tredjelandsforbindelser seg fortsatt etter L'Oreal-saken – det er bare den faktiske situasjonen som vurderes annerledes i så henseende.

Som sagt er det åpenbart at en tolkning av utleiedirektivet art. 8(2) som legger *resultatet* i RAAP-dommen til grunn, vil begrense EFTA-statene i sine tredjelandsforbindelser. Selv om EØS-avtalen langt fra er uberørt av tredjelandsforpliktelser,⁴² må det gå en grense for hvor langt homogenitetsprinsippet kan strekkes for å tolke regler i sekundærlovgivningen slik at de begrenser EFTA-statenes tredjelandskompetanse uten uttrykkelige holdepunkter for dette. Dette bekreftes av EFTA-domstolens forutsetninger i *Maglite* og *L'Oreal*, og etter min mening vil en *lik* tolkning av utleiedirektivet art. 8(2) i EU og EØS etter RAAP, overskride denne grensen. Derimot ligger det til rette for en *parallel* tolkning av bestemmelsen, der EUs eksklusive traktatkompetanse tilsvares av EFTA-statenes selvstendige kompetanse til å inngå – og la være å inngå – gjensidighetsavtaler med tredjestater. På tilsvarende måte som at utleiedirektivet art. 8(2) gjelder alle utøvere og produsenter inntil EU-lovgiveren har begrenset rekkevidden i samsvar med EUs internasjonale forpliktelser, vil en slik parallelltolkning innebære at vederlagsretten i EFTA-statenes interne lovgivning skal gjelde alle utøvere og produsenter med mindre *EFTA-statene* selv har begrenset rekkevidden innenfor rammen av *sine* internasjonale forpliktelser. En slik tolkning balanserer homogenitetsprinsippet og partenes eksterne traktatkompetanse på en måte som gjør at ikke

⁴² Se for eksempler på finansområdet, Astrid W. Rikheim, «EFTA-statenes tilknytning til EUs tredjelandsregime på finansmarkedsområdet – fra egne tilpasninger mot tett integrasjon», *Privus Online* 216 (2021), som også argumenterer for at det «mellom de klare utgangspunktene om tilslutning til det indre markedet og egen tredjelandskompetanse for EFTA-statene, er et "rom" for å avgjøre om EU-bestemmelser som har inngående virkning på tredjelandsforhold også faller inn under EØS-avtalens virkeområde» (s. 77).

bare EUs, men også EFTA-statenes eksterne traktatkompetanse blir uberørt av direktivet. Dette kan sies å ivareta EØS-avtalens formål på best mulig, og tilstrekkelig, måte.

I overensstemmelse med det som ble presisert innledningsvis, er denne forståelsen uttrykk for min tolkning av utleiedirektivet art. 8(2) i en EØS-kontekst, på grunnlag av det rettskildematerialet som foreligger. Det er intet forsøk på en forutsigelse av hva f.eks. EFTA-domstolen vil komme til hvis spørsmålet blir forelagt den. Men tolkningen bygger som sagt på EFTA-domstolens uttalelser i Maglite- og L'Oreal-sakene.

For å sikre forutsigbarhet for denne løsningen og unngå senere konflikter, er det mulig å ta den opp i EØS-komiteen for å få en uttrykkelig tilpasning til utleiedirektivet der. Det er ingenting i veien for at det gjøres en slik tilpasning nå, og foranledningen må være RAAP-dommen. Tilpasningen risikerer å møte motstand hos EU-kommisjonens representanter i komiteen som kan ha en annen oppfatning, og i så fall er man like langt. Etter min mening gjelder løsningen som er skissert ovenfor uten en slik tilpasning.

3.2 Betydningen av at Norge ikke har tiltrådt WPPT

Hvis tolkningen av utleiedirektivet art. 8(2) jeg har tatt til orde for i pkt. 3.1 legges til grunn, vil Norges manglende tilslutning til WPPT innebære at vederlagsretten ikke må gis til utøvere eller produsenter 'fra' WPPT-land som ikke også har tilsluttet seg Romakonvensjonen.

Nærmere bestemt betyr det at Norge ikke er bundet av tilknytningskriteriene i WPPT art. 3(2) – bare av kriteriene i RK art. 4 og 5. Det innebærer samtidig at Norge ikke er forpliktet til å gi vederlag til amerikanske utøvere med mindre de deltar på et opptak av en produsent som er hjemmehørende i et Romakonvensjonsland.⁴³

Hvis direktivet art. 8(2) skulle tolkes slik at RAAP-dommens resultat gjelder også i en EØS-kontekst, ville Norges manglende tilslutning til WPPT være uten betydning. I så fall måtte man gi vederlagsrett til alle utøvere og produsenter inntil EU bestemmer noe annet. Med andre ord ville Norges forpliktelser, og til syvende og sist rettstilstanden i Norge, bero på om EU bestemmer seg for å begrense vederlagsretten i samsvar med *Unionens* forpliktelser etter WPPT. Som det har fremgått ovenfor, mener jeg en slik rettstilstand ikke er i samsvar med EØS-avtalens formål og særtrekk.

⁴³ Det skyldes at Norge har inngitt melding i henhold til RK art. 16(a)(iii) at vederlag bare gis for opptak av produsent som er hjemmehørende i et Romakonvensjonsland, jf. nærmere Ole-Andreas Rognstad og Astri M. Lund, «Uttalelse om amerikanske utøvere og produsenters rett til vederlag etter åndsverkloven § 45 b», tilgjengelig bl.a. <http://static.gramo.no/files/docs/Utreddning-Gramo-Rognstad-og-Lund-2018.pdf> (lesedato 24. august 2021), s. 3–4.

3.3 Betydningen av at Norge eventuelt tiltrer WPPT

Igjen må det skilles mellom konklusjonene. Min tolkning av utleiedirektivet art. 8(2) i en EØS-kontekst innebærer at Norge ved en eventuell tiltredelse til WPPT blir forpliktet til å gi vederlagsrett til utøvere og produsenter 'fra' WPPT-land som ikke har reservert seg mot vederlagsretten, jf. WPPT art. 4. Det innebærer samtidig at den norske lovgiveren for all annen offentlig fremføring og overføring av lydopptak enn webcasting, kan velge å la være å gi vederlagsrett til amerikanske utøvere som ikke deltar på opptak av produsenter hjemmehørende i et Romakonvensjonsland og amerikanske produsenter i overensstemmelse med WPPT art. 4(2). EU-domstolens innvendinger mot at WPPT art. 15(3) ikke avgrensner rettighetene på en klar og presis måte er irrelevant så lenge den norske lovgiveren foretar en slik avgrensning. Norge vil her stå i en annen stilling enn våre naboland, ettersom vi som EFTA-stat ikke er omfattet av EUs eksklusive regulerings- og traktatkompetanse. Samtidig vil Norge bli forpliktet til nasjonal behandling overfor WPPT-land som ikke har tatt forbehold etter konvensjonens art. 15(3).

Hvis RAAP-dommens resultat derimot skulle legges til grunn, ville heller ikke Norges tilslutning til WPPT ha noen betydning. Vi ville fortsatt måtte gi vederlag til alle utøvere og produsenter inntil EU-lovgiveren bestemmer noe annet og eventuelt selv velger å implementere begrensningene som følger av WPPT.

3.4 Betydningen av en eventuell fremtidig endring av direktivet

Min tolkning av utleiedirektivet art. 8(2) i en EØS-kontekst innebærer at en eventuell fremtidig endring av direktivet ikke vil ha betydning for Norges forpliktelser etter avtalen. Endringen kan på det grunnlaget avvises av EØS-komiteen som ikke EØS-relevant og slik sett holdes utenfor avtalen. En slik holdning er konsistent med at EUs *forordning* om gjennomføring av Marrakechtraktaten om tilgang til verk for syns- og lesehemmede (for (EU) 2017/1563) er holdt utenfor EØS-avtalen på grunn av manglende EØS-relevans fordi forordningen regulerer forholdet mellom EU og tredjeland.⁴⁴ Tilpasningen som er skissert avslutningsvis i pkt. 3.1 kan eventuelt gjøres i forbindelse med behandlingen av en slik mulig endring.

⁴⁴ Se Regjeringens posisjonsnotat av 6. april 2021 om «Marrakech-direktivet» (dir. (EU) 2017/1564), som i motsetning til forordningen er inntatt i EØS-avtalen, jf. EØS-komiteens beslutning 165/2020 av 23. oktober 2020, og ansett som EØS-relevant, <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2017/juni/marrakechtraktat-direktivet/id2556741> (lesedato 25. august 2021). Jf. også Prop. 115 LS (2020-2021) s. 6.

Om RAAP-dommens resultat skulle legges til grunn, vil en fremtidig endring gjelde for EØS på samme måte som i EU. Det ville i så fall illustrere at det utelukkende er EU som bestemmer om vederlagsretten begrenses i overensstemmelse med *EU*s forpliktelser etter WPPT. Etter min mening er det en klar indikasjon i seg selv på at denne løsningen ikke kan være riktig.

3.5 Forholdet mellom norsk rett og Norges forpliktelser etter EØS-avtalen

3.5.1 Dagens norske regler og lovforslaget av 6. desember 2019

Åndsverkloven § 21 bestemmer at lydopptak av utøvende kunstnere kan gjøres tilgjengelig for allmennheten mot vederlag (første ledd), og at både produsenten og de utøvende kunstnerne hvis fremføring gjengis, har krav på vederlag (annet ledd første pkt.). Hvilke lydopptak som vernes fremgår av § 114 første ledd i kombinasjon med forskriften til åvl. (FOR-2021-2628) §§ 47 og 58. Et omdiskutert spørsmål har vært om § 114 første ledd bokstav a, i kombinasjon med forskriften § 57, innebærer at opptak som inneholder prestasjoner av utøvere fra Norge og andre EØS-land har vern etter § 21, med den konsekvens at alle utøvere og produsenter som deltar på opptaket har krav på vederlag etter sistnevnte bestemmelse.⁴⁵ Bestemmelsene har i alle tilfeller vært praktisert slik av Gramo, og jeg har annet sted – under sterk tvil – gitt min tilslutning til den tolkningen.⁴⁶ Konsekvensen av denne forståelsen av vederlagsreglene er at amerikanske utøvere og produsenter har fått utbetalt vederlag for opptak som ikke er omfattet av Romakonvensjonens regler om nasjonal behandling, selv om USA ikke er tilsluttet Romakonvensjonen. Denne praksisen ble tatt opp i Stortinget i forbindelse med revisjonen av åndsverkloven i 2018, og departementets lovforslag av 6. desember 2019 er et svar på dette.

Lovforslaget innebærer en klargjøring av at vederlagsretten utelukkende knyttes til tilknytningskriteriene i Romakonvensjonen. Konkret foreslås det for det første at åvl. § 114 endres slik at utøverens nasjonalitet ikke lenger er et tilknytningskriterium. Det gjøres ved at hovedregelen i § 114 første ledd om at de nærstående rettighetene til fordel for arbeid frembrakt av norsk statsborger eller person bosatt i Norge og selskap som har norsk styre eller sete, ikke lenger skal ha henvisning til § 21. I stedet foreslås det tatt inn som et nytt fjerde pkt. i § 114 annet ledd en bestemmelse om at § 21 gjelder for lydopptak der produsenten er person eller selskap nevnt i første ledd. For det andre foreslås et nytt femte pkt. som presiserer at

⁴⁵ Se nærmere Rognstad/Lund ovenfor i fotnote 43, avsnitt 4 og 5.

⁴⁶ Jf. Rognstad/Lund, ovenfor i fotnote 43, avsnitt 4 og 5. Uttalelsen gjelder åndsverkloven av 1961, men i påvente av behandlingen av lovforslaget av 6. desember 2019, er det ikke skjedd relevante endringer i de aktuelle bestemmelsene.

vederlagsretten tilkommer både produsenten av opptaket og utøvende kunstnere hvis fremføring gjengis, uavhengig av nasjonalitet. Bestemmelsen i forskriften § 47 om at bestemmelsene i åndsverkloven gjelder tilsvarende for borgere eller selskap fra EØS, vil ved endringen gjelde de nye kriteriene. Og i forskriften § 58, som bestemmer at § 21 gjelder alle lydopptak tilvirket av noen som er hjemmehørende i et land tilsluttet Romakonvensjonen (forutsatt materiell gjensidighet), foreslås et tillegg som klargjør at vederlagsretten skal tilkomme både utøvere og produsenter.

Den foreslåtte endringen har som tilsiktet konsekvens at antall vernede opptak som utløser vederlagsplikt etter § 21, reduseres i forhold til det som har vært praksis i Norge.

Sidevirkningen av det er at grunnlaget for fondsavgiften øker etter fondsavgiftsloven § 3 ettersom fondsavgift betales for opptak som ikke er vernet etter åndsverkloven.

På bakgrunn av redegjørelsen her skal det tas stilling til hvordan dagens norske regler og lovforslaget av 6. desember 2019 forholder seg til forpliktelsene etter EØS-avtalen. I pkt. 3.5.2 diskuteres det i lys av min tolkning av utleiedirektivet art. 8(2) i en EØS-kontekst som jeg har redegjort for ovenfor i pkt. 3.1. I pkt. 3.5.3 ser jeg på det tilsvarende i lys av *resultatet* i RAAP-dommen.

3.5.2 Forholdet til tolkningen av utleiedirektivet art. 8(2) i pkt. 3.1 ovenfor

Hvis vi tar utgangspunkt i tolkningen av utleiedirektivet art. 8(2) i en EØS-kontekst slik jeg har gitt uttrykk for i 3.1 ovenfor, bør dagens regler ikke skape nevneverdige problemer gitt at EFTA-statene anses for å ha autonomi med hensyn bestemmelsens rekkevidde overfor tredjeland. En mulig tolkning kunne imidlertid være at EFTA-statene enten må utnytte det rommet som deres internasjonale forpliktelser tillater, eller å gi vern til alle utøvere og produsenter i tråd med RAAP-dommen. Den tolkningen av dagens § 114 bokstav a som innebærer at bestemmelsen verner opptak med utøvere som er norske statsborgere, med utvidelse til utøvere fra andre EØS-land etter forskriften § 47, er ikke basert på Romakonvensjonens tilknytningskriterier. Hvis vi legger til grunn at tolkningen av utleiedirektivet art. 8(2) i en EØS-kontekst skal ivareta avtalepartenes frihet til å inngå gjensidighetsavtaler med tredjeland, kan det på den ene side hevdes at tilknytningskriteriene etter § 114, etc., med en slik tolkning, går ut over dette. På den annen side må det antas at EU vil stå fritt til å fastsette rekkevidden av utleiedirektivet art. 8(2) innenfor rammen av sine internasjonale forpliktelser, og speilbildet av dette vil være at EFTA-statene også gjør det. Med en slik innfallsvinkel får det antas at dagens norske regler vil være i samsvar med

utleiedirektivet art. 8(2), tolket i en EØS-kontekst, uansett hvordan tilknytningskriteriene i § 114 forstås.

Tilsvarende vil også lovforslaget, som klargjør at tilknytningskriteriene utelukkende bygger på Romakonvensjonens, i utgangspunktet være forenelig med en slik tolkning. Hvis vi legger til grunn at dagens praksis er i samsvar med loven slik den er i dag, vil imidlertid lovendringen aktualisere det aspektet som EU-domstolen var inne på i RAAP-saken, og som er kommentert ovenfor – forholdet til eiendomsbeskyttelsen som en grunnleggende rettighet. Under denne forutsetningen vil rettighetshavere som tidligere var vederlagsberettiget etter § 114 første ledd, bokstav a) og forskriften § 47 miste en rettighet de tidligere hadde. Her vil det, i motsetning til det som var tilfellet i RAAP-saken, foreligge en etablert rettsposisjon som under EU-retten er beskyttet av EU Charteret art. 17(2), jf. art. 17(1). De bestemmelsene er ikke en del av EØS-avtalen, men tilsvarende prinsipper følger av EMK protokoll 1 artikkel 1, i tillegg til at de grunnleggende rettighetene innfortolkes også i en EØS-kontekst.⁴⁷ På tilsvarende måte som EU-domstolen i RAAP-dommen signaliserte at EU-lovgiveren kan begrense rekkevidden av utleiedirektivet art. 8(2) i samsvar med sine internasjonale forpliktelser, er det tvilsomt om en tilsvarende begrensning i norsk rett vil aktualisere eiendomsbeskyttelsen. Det følger av praksis under EMK at statene vil ha en vid skjønnsmargin til å fastsette rekkevidden av rettighetsbeskyttelsen så lenge den er saklig begrunnet og forholdsmessig. En endring av vederlagsrettens geografiske rekkevidde i samsvar med gjensidighetsprinsipper nedfelt i internasjonale konvensjoner på opphavsrettsområdet, må antas å være det.⁴⁸ Jeg mener derfor det ikke kan være noe til hinder for at vederlagsretten begrenses i overensstemmelse med lovforslaget av 6. desember 2019 så fremt utleiedirektivet art. 8(2) i en EØS-kontekst tolkes slik jeg har tatt til orde for ovenfor i avsnitt 3.1.

Et kompliserende element er imidlertid fondsavgiften. IFPI Norge har hevdet at denne avgiften er i strid med EØS-avtalen fordi den kanaliserer vederlag som skulle tilfalle utøvere og produsenter til et fond som bare tilkommer utøvende kunstnere som er bosatt i Norge, eller hovedsakelig har sitt virke her (jf. fondsavgiftsloven § 1 annet ledd). Den type kulturpolitiske fond som FFUK representerer må etter IFPI Norges oppfatning finansieres over det norske

⁴⁷ Jf. bl.a. EFTA-domstolens avgjørelser i forente saker E-13/13 og E-20/13 (Fred Olsen) og E-5/16 Holship. Se nærmere Pall Hreinsson, «General Principles», i Carl Baudenbacher (red.), *The Handbook of EEA Law*, Heidelberg/New York 2015, s. 349-388, på s. 374-376.

⁴⁸ Se til sammenlikning praksisen som er nevnt i Ole-Andreas Rognstad, «Property Aspects of Intellectual Property», Cambridge 2018 s. 171-177.

statsbudsjettet, idet finansieringen ikke kan «tas av» vederlaget etter åvl. § 21. Berettigelsen av dette synspunktet er imidlertid betinget av at fondet gjør inngrep i utøvernes og produsentenes rett etter denne bestemmelsen. Det er ikke meningen med FFUK, verken etter dagens regler eller lovforslaget av 6. desember 2019, fordi fondsavgiften bygger på at det betales avgift for opptak som ikke utløser vederlagsplikt etter § 21. Hvis utleiedirektivet i en EØS-kontekst tolkes slik at EFTA-statene har frihet til å avgrense vederlagsretten i samsvar med gjensidighetsforpliktelser nedfelt i internasjonale konvensjoner, vil ikke fondet «frata» utøvere og produsenter fra land som står utenfor slike forpliktelser noen rettigheter.

Det er i en slik situasjon neppe heller i strid med EØS-avtalen å ha kulturpolitiske ordninger som ivaretar interessene til hjemlig kulturliv. EU-domstolens uttalelse i 521/11 (Amazon) om at kollektive vederlagsordninger ikke rettslig eller faktisk kan utelukke rettighetshavere som ikke er statsborgere i den aktuelle medlemsstaten,⁴⁹ har etter min oppfatning ingen overføringsverdi til dette tilfellet. Uttalelsen gjelder kollektive ordninger som skal kompensere rettighetshavere for manglende enerett til privatkopiering, og i en slik situasjon er det naturlig at rettighetshavere som får sitt verk kopiert også får tilgang til ordningen. Hvis det imidlertid forutsettes at vederlagsretten etter § 21 *kan* avgrenses overfor rettighetshavere fra land som står utenfor Norges gjensidighetsforpliktelser etter Romakonvensjonen (les: USA), vil kulturpolitiske ordninger på siden av dette ikke ha noe med kompensasjon for manglende rettigheter å gjøre.

Et mulig synspunkt kan imidlertid være at lovforslaget vil innebære en forskjellsbehandling av utøvere med tilknytning til Norge og utøvere uten slik tilknytning, og slik sett være i strid med EØS-avtalen art. 4. Synspunktet er i så fall basert på at utøvere fra EØS-land som deltar på opptak som er gjort av produsenter fra land som står utenfor Romakonvensjonen (typisk amerikanske produsenter), ikke vil ha rett til vederlag etter åvl. § 21 etter lovendringen. Utøvere som er bosatt i Norge vil imidlertid ha muligheter til å søke støtte fra fondet for utøvende kunstnere, noe som faktisk sett vil gi norske statsborgere en fordel fremfor statsborgere fra andre EØS-land, fordi nordmenn gjerne vil være bosatt i Norge. Jeg er imidlertid usikker på holdbarheten av et slikt synspunkt. Så fremt det forutsettes at en slik avgrensning av vederlagsretten er i samsvar med utleiedirektivet art. 8(2), tolket i en EØS-kontekst, vil fondsavgiftsordningen fortsatt være en kulturpolitisk ordning som i prinsippet er uavhengig av vederlagsretten. Og det kan hevdes å være saklige – og objektive –

⁴⁹ Dommens avsnitt 53.

kulturpolitiske grunner for at slike ordninger skal forbeholdes kulturpolitiske prosjekter med tilknytning til Norge, noe som innebærer at det ikke vil foreligge forskjellsbehandling i strid med EØS-avtalen art. 4. Hvorvidt slike ordninger finansieres over statsbudsjettet eller betales av brukerne av lydopptak, kan slik sett ikke være avgjørende for om de går klar av forpliktelsene etter EØS-avtalen. Forutsetningen er imidlertid at avgrensningen av vederlagsretten er i samsvar med utleiedirektivet art. 8(2).

3.5.3 Forholdet til resultatet i RAAP-dommen

Situasjonen beskrevet ovenfor blir annerledes hvis man utelukkende vurderer dagens norske regler og lovforslaget av 6. desember 2019 opp mot resultatet i RAAP-dommen. Som nevnt ovenfor i 2.2 mener jeg dommen må forstås slik at medlemsstatene i dagens situasjon er forpliktet etter utleiedirektivet art. 8(2) til å gi vederlagsrett til alle utøvere og produsenter. Hvis en slik løsning skulle gjelde også under EØS-avtalen, måtte man i norsk rett endre dagens regler i en helt annen retning enn det som følger av lovforslaget, som er basert på at vi ikke har gjensidighetsforpliktelser overfor land som står utenfor Romakonvensjonen (les: USA). Samtidig fikk man vurdere situasjonen på EU-hold og utsiktene til at det ble en lovendring der. Fondsavgiftsordningen slik den er i dag ville også stå i fare i en slik situasjon, idet det med EU-domstolens tolkning ikke ville finnes opptak som faller utenfor vederlagsretten etter § 21. Derimot legger jeg til grunn at den kan reaktiveres i overensstemmelse med det som er sagt ovenfor, i den utstrekning rekkevidden av vederlagsretten etter utleiedirektivet art. 8(2) ville begrenses ved en fremtidig direktivendring.

Det har vært hevdet at EU-domstolens tolkning av utleiedirektivet art. 8(2) i RAAP-saken bare gjelder selve vederlagsretten, og at den ikke legger føringer på *fordelingen* av vederlaget. Det vises til avsnitt 56 i dommen, der det forutsettes at utleiedirektivet art. 8(2) gir hver enkelt medlemsstat muligheter til å fastsette betingelsen for vederlagsfordelingen. Dette kobles i sin tur til den før nevnte Amazon-dommen, som fastslo at kopieringsvederlaget etter opphavsrettsdirektivet, i hvert fall delvis, kunne fordeles kollektivt.⁵⁰ Resonnementet er at det tilsvarende gjelder for vederlaget etter utleiedirektivet art. 8(2).⁵¹ Hvis resonnementet er riktig, kunne man tenkt seg en ordning der den kollektive fondsavgiftsordningen, i hvert fall delvis, omgjøres til en kompensasjonsordning under § 21, i stedet for å være en kulturpolitisk ordning på siden av denne bestemmelsen. Jeg er imidlertid i tvil om en slik løsning er i samsvar med EU-domstolens intensjoner i RAAP. For det første gjelder uttalelsen i Amazon-

⁵⁰ Sak C-521/11, avsnitt 52 og 53.

⁵¹ Se Benabou, ovenfor i fotnote 17.

dommen privatkopieringsvederlaget og ikke vederlaget for offentlig fremføring og overføring til allmennheten av lydopptak, og den rettslige konteksten her er annerledes. For det andre følger det av de videre uttalelsene i avsnitt 56 i RAAP-dommen at domstolen i første rekke taler om friheten til å bestemme hvordan vederlaget skal fordeles mellom *utøvere og produsenter*. I alle tilfelle måtte en kollektivisering av vederlaget innebære at fondsordningen åpnes for alle utøvere og produsenter. Jeg er derfor i tvil om et slikt spor bør forfølges dersom løsningen i RAAP-dommen legges til grunn. I alle tilfeller følger det av drøftelsen ovenfor i 3.1 at jeg mener RAAP-dommens løsning ikke bør gjelde i en EØS-kontekst.

4 Sammenfatning

Hovedpunktene i de synspunkter som det er redegjort for ovenfor kan sammenfattes som følger:

- Slik jeg leser EU-domstolens dom i sak C-265/19 (RAAP), skal utleiedirektivet art. 8(2) tolkes slik at vederlagsretten gjelder til fordel for alle utøvere og produsenter, uansett nasjonalitet, inntil EU-lovgiveren uttrykkelig bestemmer noe annet.
- EU-domstolens resonneringer kan overføres til alle rettigheter nedfelt i de forskjellige opphavsrettsdirektivene der den geografiske rekkevidden ikke er uttrykkelig avgrenset. Det har i så fall store, og dramatiske, konsekvenser for hele opphavsrettsområdet og forholdet til medlemsstatenes internasjonale forpliktelser.
- Etter min mening har EU-domstolens dom en rekke svakheter som bør kunne ha betydning for medlemsstatenes eventuelle ansvar for feilaktig gjennomføring. Utredningen går imidlertid ikke nærmere inn på dette spørsmålet.
- Spørsmålet om dommen har «direkte virkning» i medlemsstatenes rett, beror på medlemsstatenes internrett, men følger ikke av EU-retten direkte.
- Etter min mening kan utleiedirektivet art. 8(2) ikke tolkes i samsvar med RAAP-dommens resultat i en *EØS-kontekst* da en slik tolkning rent faktisk vil gripe inn i EFTA-statenes eksterne traktatkompetanse, i strid med forutsetningene bak avtalen (jf. fortalen pkt. 16). Jeg tar i stedet til ordet for en *parallelletolkning* der EFTA-statene stilles i samme situasjon som EU når det gjelder spørsmålet om vederlagsrettens

geografiske rekkevidde. En slik parallelltolkning innebærer at vederlagsretten i EFTA-statenes interne lovgivning skal gjelde alle utøvere og produsenter med mindre *EFTA-statene* selv har begrenset rekkevidden innenfor rammen av *sine* internasjonale forpliktelser.

- En slik tolkning innebærer
 - (i) at Norge, på grunn av sin manglende tilslutning til WPPT, ikke må gi vederlagsrett til alle utøvere eller produsenter 'fra' WPPT-land som ikke også har tilsluttet seg Romakonvensjonen.
 - (ii) at dersom Norge tiltrer WPPT, kan den norske lovgiveren for all annen offentlig fremføring og overføring av lydopptak enn webcasting, velge å la være å gi vederlagsrett til amerikanske utøvere som ikke deltar på opptak av produsenter hjemmehørende i et Romakonvensjonsland og amerikanske produsenter i overensstemmelse med WPPT art. 4(2).
 - (iii) at fremtidige endringer av den geografiske rekkevidden i utleiedirektivet art. 8(2) ikke vil ha EØS-relevans og dermed heller ikke bli inntatt i EØS-avtalen.
- Basert på nevnte tolkning vil endringen i åndsverkloven som er foreslått ved Kulturdepartementets lovforslag av 6. desember 2019 kunne gjennomføres uten å komme i konflikt med EØS-avtalen. Jeg mener at heller ikke andre forhold er til hinder for dette.
- Jeg understreker at ovennevnte er basert på min egen vurdering av rettstilstanden, ut fra det rådende rettskildebildet, og er ikke uttrykk for en forutsigelse av hva EFTA-domstolen vil komme til dersom den får forelagt spørsmålet.
- Hvis resultatet i RAAP-dommen derimot legges til grunn ved tolkningen av utleiedirektivet art. 8(2) også i en EØS-kontekst, blir situasjonen en helt annen enn beskrevet ovenfor. Min mening er som nevnt at RAAP-dommens resultat ikke kan gjelde i en EØS-kontekst.

Oslo, 10. desember 2021

Ole-Andreas Rognstad