



Medieklagenemnda

Klagenemndas avgjørelse av 20. desember 2019 i sak 2018/0485

Saken gjelder: Avslag på krav om utbetaling av produksjonstilskudd

Klager: Rubicon TV AS

Klagenemndas

medlemmer: Bjørnar Borvik, Gunn Enli, Leif Holst Jensen og Karin Fløistad

Bakgrunn:

- (1) Produksjonen "*Fremvandrerne*" (tidligere «*Beforeigners*») er et prosjekt utviklet av Rubicon TV AS (heretter klager) i samarbeid med visningsplattformen HBO Nordic AB (heretter HBO).
- (2) Produksjonen er basert på original idé utviklet og skrevet av Anne Bjørnstad og Eilif Skodvin, som er ansatt hos klager.
- (3) Klager og HBO inngikk 11. april 2017 utviklingsavtale for "*Fremvandrerne*". Denne avtalen inneholder standardformuleringer om at klager skal utvikle prosjektet, bestemmelser om kostnadsfordeling, samt bestemmelser om rettigheter til materialet og den ferdige produksjonen. Avtalen punkt 4.1 fastsatte at eierforholdet til utviklingsmaterialet og serien var 50/50 mellom partene. Grunnlaget for dette var at hver av partene på det tidspunktet gikk inn med kroner 300 000 i utviklingen.
- (4) Klager søkte 20. april 2017 Norsk Filminstitutt (heretter NFI) om utviklingstilskudd til prosjektet. I henhold til tilskuddsbrev av 13. juni 2017 ble klager tildelt kroner 250 000 i tilskudd. Dette tilskuddet er utbetalt til klager.
- (5) Utviklingsavtalen mellom klager og HBO ble senere supplert med tilleggsavtaler for å regulere vilkårene for den videre utvikling av prosjektet inn i prosjektets neste faser. I tilleggssavtale av 4. september 2017 fremgår det at eierbrøken ble endret til 58 prosent til HBO og 42 prosent til klager. Dette fordi HBO da hadde dekket tilleggskostnader ved prosjektet og klagers andel av kostnadene dermed på dette tidspunktet var lavere enn HBO sine.
- (6) Siste tilleggssavtale til utviklingsavtalen mellom klager og HBO, regulerte vilkårene for prosjektets pre-produksjonsfase, og er datert 20. februar 2018.
- (7) Produksjonsavtale ble så inngått mellom klager og HBO 27. juni 2018 (heretter produksjonsavtalen eller avtalen).
- (8) Klager hadde 8. februar 2018 søkt om produksjonstilskudd fra NFI. Dette ble innvilget av NFI, og i henhold til tilskuddsbrev av 20. april 2018 (heretter tilskuddsbrevet) ble klager tildelt produksjonstilskudd på kroner 9 500 000, som produksjonsforetak, for første sesong bestående av seks episoder á 45 minutter av "*Fremvandrerne*" etter

kunstnerisk vurdering, jf. forskrift om tilskudd til audiovisuell produksjon, FOR-2016-10-31-1264 (heretter forskriften) § 3-6, jf. § 3-5.

- (9) Av tilskuddsbrevet punkt 3, jf. forskriften § 1-7, fremkommer det at anmodning om utbetaling av første rate anses som samtykke til de vilkår og forutsetninger for tilskuddet og krav til bruken av tilskuddet som fremgår av tilskuddsbrevet, forskriften og retningslinjene som er publisert på NFIs hjemmeside.
- (10) Det fremgår videre av tilskuddsbrevet at «[b]rudd på bruken av tilskuddet og vesentlige endringer som ikke er godkjent av NFI vil medføre reaksjoner».
- (11) Videre blir det vist til at det ikke kan foretas vesentlige endringer uten at dette er skriftlig forelagt for og godkjent av NFI.
- (12) Klager anmodet 9. august 2018 om utbetaling av første rate av produksjonstilskuddet. I den forbindelse ble produksjonsavtalen vedlagt.
- (13) Vedtak om å ikke utbetale første rate av tildelt produksjonstilskudd ble truffet av NFI 4. september 2018.
- (14) Begrunnelse for avslaget på anmodning om utbetaling ble oppgitt å være at vilkårene for utbetaling av produksjonstilskudd ikke lenger var oppfylt. Dette fordi produksjonsavtalen mellom klager og HBO, etter NFIs oppfatning, innebar at HBO nå var eier av alle rettigheter til første sesong av det ferdige produserte verket. Klager hadde søkt om produksjonstilskudd i egenskap av å være et uavhengig produksjonsforetak.
- (15) Klage på vedtaket ble 22. september 2018 sendt til NFI.
- (16) Klager har etter at klagen ble videresendt til Medieklagenemnda, kommet med merknader i brev 28. november 2018, 29. august 2019, 4. september 2019, 11. oktober 2019 og 16. oktober 2019. NFI har også kommet med etterfølgende merknader i brev 30. august 2019, 13. september 2019, 15. oktober 2019 og 16. oktober 2019.
- (17) Nemndsmøter i saken ble avholdt 18. juni 2019, 17. oktober 2019, 19. november 2019 og 20. desember 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Vedtaket er ugyldig, siden det er i strid med lovgivning som kommer til anvendelse i saken, samt at det bygger på sviktende faktisk og rettslig grunnlag for øvrig. Vedtaket må derfor oppheves.
- (19) Klager oppfyller vilkåret om uavhengighet i forskriften § 3-2, og også vilkårene i § 3-3 bokstav a og b er oppfylt.
- (20) Det følger av forskriften § 3-3 bokstav a at søker må kunne dokumentere at produksjonsforetaket "har de nødvendige rettighetene til å gjennomføre prosjektet". Etter systematikken i bestemmelsen i § 3-3, samt høringsnotatet, skilles vilkåret fra bestemmelsen i bokstav b ved at det knyttes til situasjonen før ferdigstilling av produksjonen. Den praktiske betydningen av vilkåret er at produksjonsforetaket må ha

"chain of title" til ideen/konseptet/formatet, utviklingsmateriale og manusene, slik at produksjonsselskapet kan dokumentere at de nødvendige rettigheter til å sette prosjektet i produksjon er sikret. På den måten kan NFI innvilge tilskudd uten risiko for at prosjektet senere stanses på grunn av rettighetstvister.

- (21) Produksjonen «*Fremvandrerne*» er en original idé utviklet og skrevet av ansatte hos klager. Disse har inngått avtaler med klager som gir klar «chain of title» knyttet til prosjektet til klager, og vilkåret i forskriften § 3-3 bokstav a er dermed oppfylt. Det kan ikke stilles ytterligere vilkår enn slik «chain of title» ut fra øvrige rettskilder.
- (22) Det er ikke riktig som NFI anfører at serien i utviklingsstadiet ikke var eiet eller forvaltet av klager, og det er videre uklart hva NFI mener med uttalelsen i vedtaket om at klager er «minoritetsprodusent» ved eierskapsfordelingen i utviklingsfasen.
- (23) Forskriften § 3-3 bokstav b fastsetter at søkeren må kunne inngå avtaler om salg, distribusjon og visning etter ferdigstilling.
- (24) Begrepet «etter ferdigstilling» kan imidlertid ikke tolkes som at slike avtaler fortsatt må kunne inngås av produksjonsselskapet etter ferdigstilling av produksjonen. Slike avtaler inngås nemlig i praksis før ferdigstilling for å få finansiert opp produksjonene. Produksjonsselskapet har dermed ikke muligheter til å inngå slike avtaler etter ferdigstilling, og avtalene om dette inngås derfor i praksis av salgsagentene/distributørene etter ferdigstilling.
- (25) Bakgrunnen og hensynene bak bestemmelsen er forklart i høringsnotatet. Det fremgår der at forslaget innebærer en skjerping av kravene til at det er søker som skal ha rettighetene til verket før, under og etter produksjonen. Videre fremheves det at bakgrunnen for forslaget var å styrke en uavhengig audiovisuell produksjonsbransje, og at tilskuddsordningen ikke skal være rettet mot rene "linjeproduksjoner og entrepriseproduksjoner". Begrunnelsen var at verdiskapningen i slike prosjekter "går primært tilbake til fjernsynsselskapene eller selskap som ikke anses som uavhengige" – noe som ikke ble ansett å styrke den uavhengige bransjen.
- (26) Begrepet "entrepriseproduksjoner" i høringsnotatet er ikke definert eller nærmere beskrevet i hverken forskriftene eller høringsnotatet. Dersom meningen med uttalelsen var at man har å gjøre med "entrepriseproduksjoner" dersom produksjonsselskapet ikke oppfyller vilkåret om at man må kunne inngå "avtaler om salg, distribusjon og visning etter ferdigstilling", så vil de fleste dramaproduksjoner i så fall være "entrepriseproduksjoner". I så fall har NFI innvilget utviklingsstøtte og produksjonstilskudd til de fleste dramaproduksjoner uten at vilkårene var oppfylt. Dette kan ikke ha vært meningen med uttalelsen. Dersom dette likevel er meningen burde det i det minste vært gjort tydeligere i selve forskriften.
- (27) Selv om NFI skulle mene at begrepet "entrepriseproduksjon" skal forstås på nevnte måte, og at det er tilstrekkelig klart rettslig grunnlag i forskriften for å anvende dette som vilkår for innvilgelse av tilskudd etter forskriftene, er det uansett slik at "*Fremvandrerne*" ikke kan klassifiseres som en "entrepriseproduksjon" ettersom klager mottar andeler av nettoinntektene fra distribusjonen. Videre er klager salgsagent for formatet og mottar inntekter i form av salgsagent-vederlag og andeler av inntektene. Klager og HBO er videre sameiere av prosjektet.

- (28) Når det gjelder hensynet til styrking av den audiovisuelle produksjonsbransjen, så trekker dette ikke på noen som helst måte i klagers disfavør. Tvert imot er klager etter avtalen med HBO i en meget god posisjon til økonomisk inntjening både fra formatsalg og salg av den ferdige produksjonen. Tilskuddet fra NFI har gjort det mulig å produsere «*Fremvandrerne*» og således styrket klager som uavhengig produksjonsselskap, og klager vil motta inntekter som nevnt, noe som ikke er tilfellet ved entreprisproduksjoner. Det er videre slik at tilskuddet fra NFI vil være avgjørende for å realisere prosjektet.
- (29) NFIs tilskuddsbrev av 20. april 2018 er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 bokstav b. NFIs vedtak av 4. september 2018 innebærer en forvaltningsrettslig omgjøring av enkeltvedtaket i tilskuddsbrevet. Avgjørelser om at det skal gis økonomisk støtte er ansett som utøvelse av offentlig myndighet og innebærer vedtak i forvaltningslovens forstand. Et enkeltvedtak som fjerner en rett som er gitt ved et tidligere enkeltvedtak er en omgjøring av det første enkeltvedtaket.
- (30) Etter forvaltningsloven § 35 første ledd kan et vedtak omgjøres uten klage dersom ett av de tre alternative vilkårene er oppfylt. Etter bokstav a må omgjøringen ikke være til skade for noen som vedtaket retter seg mot eller direkte tilgodeser. Omgjøringen i denne saken er klart til skade for klager, som risikerer å ikke få gjennomført produksjonen, med de vesentlige skadelige effekter dette får for selskapet, skuespillere og stab som forventer at arbeidet på produksjonen kan gjennomføres som avtalt.
- (31) Et vedtak kan også omgjøres etter bokstav b dersom vedtaket ennå ikke er kommet frem til vedkommende eller offentliggjort. Det er på det rene at vedtaket er kommet frem til klager og dermed kan ikke vedtaket omgjøres med hjemmel i bokstav b.
- (32) Heller ikke bokstav c vil i denne saken gi hjemmel til omgjøring.
- (33) Forvaltningen har etter forvaltningsloven § 35 fjerde ledd adgang til å omgjøre et vedtak dersom det følger av annen lov, vedtaket selv eller av alminnelige forvaltningsrettslige regler. NFI synes å anføre i sitt vedtak at klager har brutt sin opplysningsplikt etter forskriften § 1-6, jf. § 6-1, under henvisning til at klager ikke informerte NFI om endringen av eierbrøken i utviklingsfasen. Dette bestrides av klager. Endringen av eierbrøken kan på ingen måte anses for å utgjøre "vesentlige endringer" som omfattes av opplysningsplikten etter § 1-6.
- (34) Klager kan heller ikke anses for å ha brutt opplysningsplikten ved å ikke informere NFI om innholdet i produksjonsavtalen før etter anmodningen om utbetaling av tilskuddets første rate. Det er vanlig praksis at slike avtaler først dokumenteres på dette tidspunktet. Under enhver omstendighet er denne avtalen helt i samsvar med vilkårene for støtteordningen. Klager har dermed ikke brutt bestemmelsen hverken i forskriften eller øvrige vilkår for tilskuddet.
- (35) NFI har etter dette ikke hjemmelsgrunnlag til å omgjøre vedtaket av 20. april 2018 hverken i forvaltningsloven, forskriften eller øvrige rettskilder.
- (36) Klager vil uansett anføre at dersom NFI faktisk har adgang til å foreta omgjøringen slik de påberoper seg, er en slik reaksjon ikke i tråd med forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsretten. NFI burde i denne saken hensyntatt prosjektets størrelse, sysselsettingen i det norske markedet og bidraget produksjonen kunne føre til for den norske underholdningsindustrien. NFI burde her tillegges en særlig plikt til å vurdere

forholdsmessighet når man sammenholder de problemstillinger saken ifølge NFI reiser, opp mot de meget alvorlige konsekvensene NFIs vedtak vil innebære, ikke bare for klager og arbeidstakerne i produksjonen, men for den norske produksjonsbransjen som sådan.

- (37) NFIs ordninger utgjør statsstøtte og er underlagt EØS-avtalens statsstøttebestemmelser. En grunnleggende regel i statsstøtteretten er at tilskuddsordninger som innebærer brudd på andre deler av EØS-retten ikke kan godkjennes. Grunnprinsippet om at det ikke er tillatt å favorisere den nasjonale filmbransjen, er blant annet kommet til uttrykk i gruppeunntaket artikkel 54 (10), hvor det eksplisitt fremkommer at støtten ikke kan forbeholdes nasjonale aktører. Disse vilkårene står i sterk kontrast til NFIs uttalelser i vedtaket om at "NFI ikke godkjenner utenlandsk eide produksjoner" og at dette "har vært tydelig kommunisert". Videre ble det i vedtaket vist til at "formålet for NFI [er] å beskytte nettopp produsentenes rettigheter slik at verdiene og eierskapet forblir i den norske bransjen". Dette kan vanskelig leses på en annen måte enn at man er søker å forskjellsbehandle søkere ut fra andre kriterier enn det som er oppstilt i artikkel 54, og på en måte som synes å være i direkte strid med artikkel § 54 (10).
- (38) Et vedtak som på denne måten må anses å stride mot statsstøtteretten vi også være i strid med norsk rett av høyere rang enn forskriften som vedtaket synes å være basert på. Medieklagenemnda vil måtte vurdere bestemmelsene i forskriften, forvaltningen av støtteordningen og NFIs vedtak på en slik måte at Norge ikke bryter EØS-avtalen, og da især statsstøttereguleringene som støtteordningene er hjemlet i.
- (39) Klager har i brev 11. og 16. oktober 2019 anført at NFI ved sitt vedtak har utøvd usaklig forskjellsbehandling og viser til at NFI har gitt støtte til dokumentarprosjektet «Sisters on track», og at dette innebærer at vedtaket alene av den grunn må kjennes ugyldig. Det vises for øvrig til klagen og etterfølgende brev i sin helhet.
- (40) NFIs vedtak av 4. september 2018 må i lys av det ovenstående, etter klagers oppfatning oppheves.

Norsk Filminstituttets merknader:

- (41) Klager har i klagen anført at vilkårene etter forskriften § 3-2 er oppfylt. Dette er ikke bestridt av NFI. Det sentrale i klagesaken er således hvorvidt de kumulative vilkårene etter forskriften § 3-3 bokstav a og b er oppfylt.
- (42) NFI har kommet til at nevnte vilkår ikke er oppfylt, og de vurderinger NFI har gjort i saken er, i tillegg til å være i tråd med forskriftens ordlyd og forarbeider, også i samsvar med ensartet og langvarig praksis.
- (43) For å kunne kvalifisere for produksjonstilskudd må en søker være produsent i åndsverkslovens forstand og må ikke ha overdratt sin rettsposisjon til en tredjepart før ferdigstilling av verket. Begrepet produsent har ingen legaldefinisjon, men benyttes i betydningen at man har det overordnede ansvaret for finansiering og tilrettelegging for produksjonen av verket. Avtalen mellom klager og HBO innebærer en overdragelse av samtlige produsentrettigheter, derunder retten til økonomisk utnyttelse av produksjonen. HBO har i saken blitt tildelt en så kontrollerende stilling i produksjonen, både finansielt og hva gjelder resultatet, at de har overtatt den reelle økonomiske risikoen i prosjektet. NFI har dermed ikke hjemmel til å yte slikt tilskudd.

- (44) Klager anfører at forskriften § 3-3 bokstav a utelukkende forholder seg til situasjonen før ferdigstilling av produksjonen. Dette bygger etter NFIs vurdering på en uriktig forståelse av forskriften.
- (45) NFI bestrider ikke at det har skjedd en rettighetsoverføring mellom opphavsmennene og klager. Avslaget på anmodningen om utbetaling er begrunnet med at klager har overdratt disse rettighetene videre til tredjepart.
- (46) Formålet med ordningen med tilskudd er å styrke en uavhengig audiovisuell produksjonsbransje, og tilskuddsordningen skal derfor ikke være rettet mot rene linje- eller entrepriseproduksjoner som ofte fører til at verdiskapningen går tilbake til fjernsynsselskapet eller andre visningsplattformer, som for eksempel strømmetjenestene, og således ikke styrker en uavhengig audiovisuell produksjonsbransje.
- (47) En overdragelse av rettigheter til et prosjekt til en tredjepart vil naturlig nok utelukke overdrageren fra å søke om og motta produksjonstilskudd. I så fall vil det være det overtakende foretak som eventuelt må søke om produksjonstilskudd for det aktuelle prosjektet. Det samme gjelder der et produksjonsforetak overdrar rettighetene til et prosjekt etter at produksjonstilskudd er tildelt, ettersom kravet om å ha nødvendige rettigheter gjelder i det minste inntil prosjektet er gjennomført.
- (48) NFI er enig i at linje- og entrepriseproduksjoner vil kunne føre til verdiskapning for det utførende produksjonsforetak, men i slike tilfeller vil det primære for produksjonsselskapet være å sikre en inntjening for utførelsen av produksjonen, ikke ved å ta risiko for det endelige produserte prosjektets resultat, enten prosjektet blir en finansiell suksess eller ikke. Det er således ikke verdiskapning i form av å tjene penger på utførelsen av produksjonen det vises til i høringsnotatet.
- (49) Det følger av ordlyden i forskriften § 3-3 bokstav a at «[s]øker må kunne dokumentere» å ha «de nødvendige rettighetene til å gjennomføre prosjektet».
- (50) En søker må altså ha de nødvendige rettighetene til å gjennomføre prosjektet vedkommende søker om tilskudd til, og dette kravet gjelder i hele den perioden som er nødvendig for å gjennomføre prosjektet.
- (51) I denne saken har NFI vurdert hvilke rettigheter klager har til det prosjekt som i utgangspunktet fikk innvilget produksjonstilskudd.
- (52) Klager søkte om produksjonstilskudd til prosjektet den 8. februar 2018 og fikk innvilget dette ved tilskuddsbrev datert 20. april 2018. Det omsøkte prosjektet er altså produksjon av første sesong av "*Fremvandrerne*", bestående av seks episoder á 45 minutter, og klager er i henhold til søknad og tilskuddsbrev oppgitt som det uavhengige audiovisuelle produksjonsforetak som er søker av tilskuddet.
- (53) Klager inngikk avtale med HBO den 27. juni 2018. Avtalen ble fremlagt for NFI i forbindelse med anmodning om utbetaling av første rate, og ble da gjennomgått av NFI. Av avtalen fremkommer det klart at klager har overdratt alle rettighetene til prosjektet til HBO, og det vises i den forbindelse blant annet til ordlyden: «[T]he ownership of all rights in the Program will be assigned to HBO Nordic».
- (54) «The Program» er definert som «the first season» av "*Fremvandrerne*". I avtalen kapittel 8 blir innholdet av rettighetsoverdragelsen ytterligere presisert og dette punktets innhold

underbygger NFI sin vurdering om at det ikke er klager, men HBO som innehar de nødvendige rettighetene for å gjennomføre prosjektet. Det er således etter NFIs oppfatning ikke tvilsomt at klager har overdratt alle rettighetene som klager hadde i prosjektet til HBO, som er den primære visningsplattformen, slik at det er HBO som har faktisk og rettslig disposisjonsrett over prosjektet, herunder rett til å beslutte når og om filmverket skal tilgjengeliggjøres for allmennheten, og rett til å beslutte eller gi tillatelse til å fremstille eksemplarer av verket. Således er det også klart at HBO har rettighetene til å inngå avtaler med tredjeparter om salg, distribusjon og visning.

- (55) Det er HBO som etter inngåelse av produksjonsavtalen er å anse som hovedprodusent på produksjonen, hvilket medfører at produksjonen ikke lenger er eiet eller forvaltet av en norsk uavhengig produsent, heller ikke utviklingen av serien. Verket er eiet av HBO i sin helhet, og klager har etter NFIs vurdering ikke beslutningsrett på verket i noen forstand.
- (56) Det er HBO som etter overdragelsen besitter de «nødvendige rettighetene til å gjennomføre prosjektet», ikke klager, og HBO er ikke selv å anse som et uavhengig audiovisuelt produksjonsforetak.
- (57) Det er etter dette klart at forskriften § 3-3 bokstav a ikke er oppfylt hva gjelder klager.
- (58) Heller ikke forskriften § 3-3 bokstav b er oppfylt hva gjelder klager. Det følger av denne bestemmelsens første punktum at «søker må kunne inngå avtaler om salg, distribusjon og visning etter ferdigstilling». Det er ikke tvilsomt at klager ikke har de nødvendige rettighetene til å inngå avtaler om salg, distribusjon og visning etter ferdigstilling all den tid klager har overdratt alle rettigheter til det omsøkte prosjektet.
- (59) Klager har anført at ettersom klager mottar andeler av nettoinntektene fra distribusjonen av den ferdige produksjonen og at klager er salgsagent for formatet og mottar inntekter i form av salgsagent-vederlag og andeler av inntektene, samt at selve utviklingsprosjektet ligger i sameie mellom klager og HBO, vil det ikke være snakk om en entrepriseproduksjon. NFI fastholder at dette ikke er relevant for vurderingen av hvorvidt forskriften § 3-3 bokstav b er oppfylt. Dette fordi det er visningsplattformen, HBO, som eier av prosjektet som tildeler klager disse avledede rettighetene.
- (60) Formålet bak forskriften § 3-3 bokstav b er at produsenten skal ha reelle rettigheter i produksjonen som majoritetsprodusent og at produsenten skal kunne fremforhandle avtaler i kraft av sitt eierskap. Dette "innebærer at selv om distribusjonsrettigheter selges før ferdigstilling er det likevel produsenten som kontrollerer rettighetene i den forstand at skulle distributør misligholde avtalen sin, tilbakeføres normalt rettighetene til produsent".
- (61) Ut fra avtalen mellom klager og HBO tilbakeføres ikke rettighetene til klager hvis HBO misligholder sin del av avtalen. Dette understøtter NFIs syn om at klager ikke er å anse som hovedprodusent på prosjektet, og vilkåret i forskriften § 3-3 bokstav b er derfor ikke oppfylt.
- (62) Klager oppfylder således ikke minst ett av de kumulative vilkårene etter forskriften § 3-3, da det er HBO som etter overdragelsen både besitter de «nødvendige rettighetene til å gjennomføre prosjektet» og «til å inngå avtaler om salg, distribusjon og visning etter ferdigstilling». Overdragelse av rettigheter på en slik måte som har skjedd i denne saken vil alltid utelukke produksjonstilskudd etter forskriften kapittel 3.

- (63) Klager har anført at prosjektet står i fare for å bli nedlagt dersom NFI ikke godkjenner avtalen som grunnlag for utbetaling av første rate. Å vektlegge prosjektets økonomi er etter NFIs vurdering et utenforliggende hensyn i vurderingen av om vilkårene i forskriften § 3-3 bokstav b er oppfylt. Det vises i den forbindelse til at klager har en opplysningsplikt overfor NFI som tilskuddsforvalter, jf. forskriften § 1-6 annet ledd. Klager hadde allerede da avtalen ble inngått med HBO i slutten av juni 2018, plikt til å informere NFI om overdragelsen av prosjektet til HBO. Dette fulgte av tildelingsbrevet punkt 7. NFI ble ikke informert om dette før utbetalingsanmodning ble sendt til NFI i august 2018, og heller ikke da ble overdragelsen meddelt på en tydelig måte til NFI, utover at klager la ved avtalen som vedlegg i e-posten som formidlet utbetalingsanmodningen. Klager hadde da også hatt tid til å være i dialog med NFI om NFI ville godkjenne en slik avtale. Dersom klager hadde innrettet seg i god tro på at avtalen ville bli godkjent som grunnlag for utbetaling av første rate er dette en risiko klager må bære.
- (64) Det er uansett flere prosjekter som kan stå i fare for å bli nedlagt fordi de ikke oppfyller kravene til utbetaling av første rate. NFI kan ikke hensynta at en produsent befinner seg i en kritisk situasjon når det vurderes hvorvidt de grunnleggende vilkårene for å gi tilskudd er oppfylt eller ikke.
- (65) NFI kan heller ikke se at beslutningen om å ikke godkjenne avtalen med HBO som grunnlag for utbetaling av første rate må ha kommet som en overraskelse og at konsekvensen av en slik underkjennelse er at produksjonen står i nærliggende fare for å bli nedlagt. NFI viser i den forbindelse til avtalen punkt 4.8 siste avsnitt, hvor det fremgår at HBO og klager i samarbeid vil finne en annen god løsning dersom produksjonstilskuddet fra NFI skulle utebli.
- (66) NFI viser for øvrig også til at forskriften § 6-1 er til hinder for at en tilskuddsmottaker kan overdra et prosjekt i det omfang som klager har gjort i denne saken.
- (67) Til klagers anførsel om at NFI ikke har kompetanse til ikke å utbetale midlene etter tilskuddsbrevet, herunder at NFI ikke har kompetanse til å omgjøre vedtaket om produksjonstilskudd, avvises dette av NFI. NFI har både en rett og plikt til å vurdere om vilkårene foreligger for utbetaling av tilskudd. NFI foretok en slik vurdering i forbindelse med anmodning om utbetaling av første rate, og fant at vilkåret for utbetaling ikke forelå på utbetalingstidspunktet. Dersom klager hadde oppfylt vilkårene etter forskriften i forbindelse med anmodning om utbetaling, ville produksjonstilskuddet blitt utbetalt i tråd med tildelingsbrevet.
- (68) Klager synes til sist å anføre at vedtaket er i strid med EØS-avtalen. Dette bestrides også av NFI. Å avvise utbetaling av tilskudd fordi en søker ikke oppfyller vilkårene på utbetalingstidspunktet, er ikke i strid med EØS-avtalen. Det understrekes at det ikke er tvilsomt at uavhengige audiovisuelle produksjonsforetak som er etablert i Norge eller i en annen EØS-stat og ellers tilfredsstiller forskriftens krav, er kvalifisert til å søke om og motta tilskudd etter forskriften. Dette er imidlertid ikke relevant i denne saken da klager er etablert innen EØS og den part som rettighetene er overdratt til er en visningsplattform og således ikke er kvalifisert til å søke om tilskudd etter forskriften kapittel 3.

Klagenemndas vurdering:

- (69) Saken gjelder klage på NFIs avslag på anmodning om utbetaling av første rate av produksjonstilskuddet til prosjektet "*Fremvandrerne*". Avslaget ble gitt 4. september

2018, og klagen ble innsendt 22. september 2018. Klagen er rettidig, jf. forvaltningsloven § 29.

- (70) NFI la ved tildeling av produksjonstilskuddet til grunn at klager var produksjonsforetak for prosjektet «*Fremvandrerne*» som skulle bestå av seks episoder à 45 minutter. Primær visningsplattform var HBO.
- (71) På tidspunktet for tildeling av tilskuddet mente altså NFI at klager oppfylte vilkårene i forskriften § 3-2, og det er ikke uenighet om at klager fortsatt oppfyller vilkåret i forskriften § 3-2 om å være et «uavhengig audiovisuelt foretak».
- (72) Også vilkårene i forskriften § 3-3 ble på tidspunktet for tildeling ansett oppfylt.
- (73) Det er innkommet omfattende skriftlige fremstillinger fra begge parter, men slik Medieklagenemnda vurderer det, dreier saken seg i realiteten om ett sentralt rettslig vurderingstema; om produksjonsavtalen endret rettighetsforholdet mellom klager og HBO på en slik måte at vilkårene i forskriften § 3-3 bokstav a og b ikke lenger er oppfylt.
- (74) For å få tildelt produksjonstilskudd fremgår det av forskriften § 3-3 bokstav a at:

«søker må kunne dokumentere at produksjonsforetaket har de nødvendige rettighetene til å gjennomføre prosjektet»
- (75) og bokstav b slår fast at:

«søker må kunne inngå avtaler om salg, distribusjon og visning etter ferdigstillelse».
- (76) Når det gjelder tolkningen av forskriften § 3-3 bokstav a, må det tas stilling til hva som ligger i vilkåret "de nødvendige rettighetene til å gjennomføre prosjektet". At det i dette vilkåret i det minste ligger et krav om at produksjonsselskapet må dokumentere at de har fått overført fra opphavsmennene de rettighetene som er nødvendige for å utvikle prosjektet og sette det i produksjon, er ikke omtvistet mellom partene. Formålet med dette kravet er å sikre at NFI ikke gir tilskudd til prosjekter som senere blir stoppet på grunn av uenighet om denne rettighetsovergangen.
- (77) Uenigheten mellom partene ligger i spørsmålet om hvilke andre rettigheter produksjonsselskapet må ha for å oppfylle vilkåret "nødvendige rettigheter" i forskriften § 3-3 bokstav a. NFIs høringsnotat gir ingen særlig veiledning for dette tolkningsspørsmålet, ut over presiseringen av at "tilskuddsordningene NFI forvalter ikke skal være rettet mot rene linjeproduksjoner og entrepriseproduksjoner."
- (78) NFI har lagt til grunn at klager ved avtalen har overført og frasagt seg alle rettigheter til prosjektet til HBO, selve råderetten over produksjonen og rettighetene til å gjennomføre prosjektet, både før og etter ferdigstillelsen av produksjonen.
- (79) NFI anfører at det er HBO som etter avtalen bestemmer når og om serien skal tilgjengeliggjøres for allmenheten, at det er HBO som beslutter eller gir tillatelse til å fremstille eksemplarer av serien, og at det er HBO som inngår avtaler med tredjeparter om salg, distribusjon og visning. NFI er dermed av den oppfatning at det er HBO som etter inngåelse av avtalen har den faktiske og rettslige disposisjonsretten over prosjektet og at vilkårene i forskriften § 3-3 bokstav a og b dermed ikke lenger er oppfylt for klagers vedkommende.

- (80) Til støtte for sin vurdering av at klager ikke lenger har de rettigheter som trengs for å gjennomføre prosjektet, ei heller rett til å inngå avtaler om salg, distribusjon og visning etter ferdigstilling, har NFI vist til en rekke bestemmelser i avtalen. Under henvisning til blant annet punkt 3, 8 og 16, anfører NFI at det er foretatt en generaloverdragelse av alle opphavsrettigheter og eventuelt andre rettigheter. NFI hevder også at selv om klager fortsatt kan inngå avtale med tredjeparter, så kan dette kun gjøres i tråd med retningslinjer fra HBO.
- (81) NFI fremhever at produksjonstilskudd skal gis til det foretaket som har det finansielle hovedansvaret og som hovedregel løper en økonomisk risiko, derunder svarer overfor investorer og skal dekke sin investering, samt har det overordnede ansvaret for resultatet. NFI mener at dette ikke lenger er tilfellet for klager etter inngåelsen av avtalen juni 2018.
- (82) Medieklagenemnda har en annen tolkning av produksjonsavtalen enn den NFI har lagt til grunn for sitt vedtak om å avslå utbetaling.
- (83) Det er etter Medieklagenemndas vurdering ikke tvilsomt at HBO etter avtalen har fått stor innflytelse på produksjonen ved at de skal være involvert i og holdes orientert om prosessene underveis. Dette må imidlertid sees i sammenheng med at HBO har investert betydelig i prosjektet og vært aktiv i utviklingen av serien fra starten av. Nemnda har festet seg ved klagers anførsler om at avtaleforholdet mellom klager og HBO i denne saken tilsvarer avtaleforhold mellom et produksjonsselskap og kringkaster/plattform hvor en dramaproduksjon ligger i sameie mellom slike parter. I slike avtaler er det vanlig at kringkasters investering i prosjektet gis mot en eierandel, samt eksklusiv rett til å få satt prosjektet i produksjon, og at denne eierandelen tilbakeføres til produksjonsselskapet dersom kringkasteren velger å ikke gå videre med produksjonen, mot at produksjonsselskapet da refunderer kringkasterens investering i forprosjektet – nettopp slik som avtaleforholdet mellom klager og HBO har utviklet seg i denne saken.
- (84) Videre mener Medieklagenemnda at det ikke er grunnlag for å tolke avtalen slik at klager har overført alle rettigheter til HBO. Riktignok følger det av avtalen punkt E under overskriften «Background», at «[T]he ownership of all rights in the Program will be assigned to HBO Nordic», men denne klausulen kan ikke leses isolert, den må tolkes i lys av avtalen som helhet.
- (85) Avtalen innebar for eksempel ingen endring av det overordnede ansvaret for finansiering og tilrettelegging for produksjonen av verket. Medieklagenemnda viser i den forbindelse eksempelvis til punkt 2.4 hvor det fremgår at:
- «The Producer shall bear all costs and liabilities incurred in connection with the production and Delivery of the Program and shall be solely responsible for Delivery on or before the Delivery Date in accordance with the terms of this Agreement».
- (86) Det fremgår videre av punkt 4.8 i avtalen at produksjonstilskuddet fra NFI vil bli mottatt av klager, og at dette beløpet skal betales inn på «the Production Bank Account».
- (87) Beløpet skal «be applied towards the Budget» og «[n]o other use shall be made of the Production Support other than the payment of production costs as set out in the Budget, Finance Plan and Cash Flow.»

(88) Denne bankkontoen er det klager som har ansvaret for å åpne, og det er klager som skal ha ansvaret for bankkontoen, jf. punkt 5 i avtalen. Medieklagenemnda kan derfor ikke se at NFI har grunnlag for å mene at avtalen medfører at det var HBO som skulle motta tilskuddet eller at tilskuddet skulle benyttes til annet enn produksjon av "*Fremvandrerne*", en produksjon som klager, som produksjonsselskap bak produksjonen skulle stå for.

(89) Medieklagenemnda viser også til punkt 6 i avtalen, hvor det er regulert hvordan avtalene under produksjonen skal gjennomføres. Det fremgår her at det er klager som skal:

«enter into relevant Production Contracts»,

(90) at disse kontraktene skal inngås i klagers navn, og at:

«[a]ll Production Contracts shall be prepared by or under the supervision of Producer who shall be responsible for the negotiation and conclusion of the Production Contracts».

(91) Medieklagenemnda viser for øvrig også til punkt 6.5 flg., hvor det fremgår hvilke typer kontrakter disse produksjonskontraktene omfatter. Etter nemndas vurdering viser dette at klager også etter avtaleinngåelsen vil ha rettslig disposisjonsrett over prosjektet.

(92) Medieklagenemnda nevner videre bestemmelsen i punkt 7.4 i avtalen hvor det fremgår at:

«[t]her Producer shall be responsible and will indemnify HBO Nordic against any third-party claim suffered or incurred by HBO Nordic as a result of any significant delay or material default by the Producer in delivery» ,

(93) Dette kan vanskelig tolkes på annen måte enn at klager etter avtaleinngåelsen med HBO fortsatt løper en økonomisk risiko og svarer overfor investorer, samt har det overordnede ansvaret for resultatet.

(94) Klager skal også etter avtalen garantere for at:

«the Program and all underlying rights, and all rights granted and assigned to HBO Nordic and all property to be delivered to HBO Nordic hereunder are free and clear of any mortgage, charge, lien and/or security interest», jf. avtalen punkt 9.1.1.

(95) Videre fremgår det av punkt 9.1.3 at klager:

“will on delivery of the Program hereunder be the sole, exclusive and unrestricted owner throughout the universe and for indefinite period of time of the entire copyright in the Program, except to the extent that the ownership shall already have vested in HBO Nordic pursuant to this Agreement”.

(96) I punkt 9.1.5 fastsettes det at klager:

“will pay all sums due to any person who is or may be entitled to any payment in respect of services or facilities rendered or goods supplied or rights granted in connection with the Program or the use of the Program by HBO Nordic.”

(97) Videre i punkt 9.2 heter det at:

«[t]he Producer will indemnify and keep HBO Nordic fully and effectively indemnified against all actions, direct costs, losses (not including consequential loss) claims and expenses of whatsoever kind of nature arising from any breach, claim non-performance or threatened breach, claim or non-performance of any of the warranties, representations, undertakings or obligations on the Producer's part contained in this Agreement».

- (98) Medieklagenemnda nøyer seg med å vise til ovennevnte bestemmelser, men nevner at avtalen inneholder flere bestemmelser, herunder bestemmelser i punkt 10, 11 og 13, som underbygger nemndas vurdering.
- (99) Til sist vil Medieklagenemnda påpeke at det er klager som hele tiden har hatt det kunstneriske ansvaret for produksjonen, herunder hatt idéen, og stått for manusutvikling mv. Klager har «pitchet» og finansiert opp produksjonen og klager har etter avtalen mellom klager og HBO fortsatt reelle rettigheter i produksjonen, herunder kontroll over remake-rettigheter. Klager kan fremforhandle avtaler i kraft av sitt eierskap og får også økonomisk inntjening fra utnyttelsen av produksjonen og formatet.
- (100) Samlet sett mener Medieklagenemnda at produksjonsavtalen ikke medfører en overføring av rettigheter til HBO i et slikt omfang at vilkåret "nødvendige rettigheter" i forskriften § 3-3 bokstav a ikke lenger er oppfylt.
- (101) Medieklagenemnda går så over til å gjøre rede for sitt syn på tolkningen av kravet i forskriften § 3-3 bokstav b om at «søker må kunne inngå avtaler om salg, distribusjon og visning etter ferdigstillelse».
- (102) Spørsmålet blir om denne bestemmelsen skal tolkes slik at den stiller krav om at produksjonsselskapet, også etter at produksjonen er ferdigstilt, fortsatt skal kunne inngå avtaler om salg, distribusjon og visning, eller om bestemmelsen bare stiller krav om at produksjonsselskapet i utviklings- og produksjonsfasen må kunne inngå avtaler om den kommersielle utnyttelsen av det ferdige produktet. NFI synes å legge førstnevnte tolkningsalternativ til grunn, altså at produksjonsselskapet også etter ferdigstillelse av produksjonen må sitte med rettighetene til kommersiell utnyttelse av prosjektet.
- (103) I likhet med klager mener Medieklagenemnda at en slik tolkning av bestemmelsen ikke fremstår som nærliggende. Norske produksjonsselskap har som hovedregel ikke egne midler til å finansiere produksjoner. Det er derfor helt vanlig at det avtales overføring av rettigheter til salg, distribusjon og visning før ferdigstillelse, og dette skjer for å sikre nødvendig fullfinansiering av produksjonen. Omfanget av rettighetsoverdragelsene vil klart nok variere med behovet for annen finansiering. I mangel på sikre holdepunkter i selve forskriftsteksten er nemnda av den oppfatning at bestemmelsen i forskriften § 3-3 bokstav b ikke kan tolkes slik at det er et vilkår for å få produksjonstilskudd at produsenten har rettigheter til å inngå avtaler om salg, distribusjon og visning etter at produksjonen er ferdigstilt.
- (104) Medieklagenemnda legger etter dette til grunn at forskriften § 3-3 bokstav b bare stiller krav om at produksjonsselskapet i utviklings- og produksjonsfasen må kunne inngå avtaler om den kommersielle utnyttelsen av det ferdige produktet. Dette er forøvrig en tolkning som samsvarer godt med uttalelsene i høringsnotatet om at tilskuddsordningene

NFI forvalter ikke skal være rettet mot rene linje- og entrepriseproduksjoner. Basert på det faktum det er redegjort for i avsnitt 83-98 ovenfor, er det etter nemndas syn ikke tvilsomt at produksjonen av "*Fremvandrerne*" skiller seg markert fra slike produksjoner. Det er ikke slik at klager bare har blitt engasjert av HBO for å være den tekniske gjennomføreren av et ferdig utviklet prosjekt. Og det er ikke tvilsomt at produksjonsselskapet i utviklings- og produksjonsfasen har inngått avtaler som en entrepriseprodusent ikke kunne ha inngått.

- (105) For Medieklagenemnda er det også av betydning at prosjektet "*Fremvandrerne*" er en produksjon som klart oppfyller formålet med tilskuddsordningen. Det framgår av § 1 i forskrift om tilskudd til produksjon og formidling av audiovisuelle verk (FOR-2016-10-07-1196) at formålet med tilskuddsordningen er å bidra til:

«a) et bredt og variert tilbud av audiovisuelle produksjoner av høy kulturell og kunstnerisk kvalitet,

b) at audiovisuelle verk når et stort publikum i Norge og utlandet,

c) god formidling av norsk og utenlandsk filmkunst og filmkultur, samt

d) en profesjonell, likestilt audiovisuell bransje med sunn økonomi.»

- (106) Det er opplyst at all handling i serien foregår i Norge hvor det meste av innspillingen vil foregå. Staben på produksjonen er i all hovedsak norsk og skuespillerne er også hovedsakelig norske. Prosjektet er oppgitt å sysselsette ca. 200 norske filmarbeidere og skuespillere. Språket i produksjonen er norsk, i tillegg til et fiktivt ur-nordisk språk som er spesielt utviklet for serien. Totalbudsjettet for produksjonen er oppgitt å være kroner 77 146 604 og mesteparten av budsjettet brukes i Norge.

- (107) Medieklagenemnda finner det videre klart at produksjonen oppfyller formålet med produksjonstilskudd etter denne forskriftens § 3, og det er som allerede nevnt ovenfor, heller ikke tvil om at klager oppfyller kravene i forskriften § 3-2.

- (108) Medieklagenemnda legger følgelig til grunn at vilkåret i forskriften § 3-3 bokstav b er oppfylt.

- (109) Medieklagenemnda bemerker for øvrig også at ettersom det er nemndas oppfatning at det ikke ved avtalen ble avtalt rettslig relevante endringer siden innvilgelsestidspunktet, forelå det heller ikke forhold som utløste opplysningsplikten etter forskriften § 1-6.

- (110) Medieklagenemnda har etter dette kommet til at NFI ikke har hjemmel for vedtaket om å nekte utbetaling av produksjonstilskuddet. Klagen fra Rubicon tas derfor til følge. Nemnda finner det ikke nødvendig å gå inn på klagers øvrige anførsler i saken.

Konklusjon:

På denne bakgrunn treffer Medieklagenemnda følgende

vedtak:

Norsk Filminstituts vedtak av 4. september 2018 oppheves. Saken sendes tilbake til Norsk Filminstitutt for ny behandling.

Vedtaket kan ikke påklages, jf. forvaltningsloven § 28 tredje ledd.

Klagers eventuelle krav om dekning av sakskostnader, jf. forvaltningsloven § 36, vurderes av NFI ved ny realitetsavgjørelse i saken.

Dokumentet er godkjent elektronisk