



Medieklagenemnda

Klagenemndas avgjørelse av 26. februar 2020 i sak 2019/232

Saken gjelder: Avvisning av krav om utbetaling av utviklingstilskudd

Klager: The Oslo Company AS

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

Bakgrunn:

- (1) Produksjonen «*Oslo by Night*» er et prosjekt utviklet av The Oslo Company AS (heretter klager) i samarbeid med visningsplattformen HBO Nordic AB (heretter HBO).
- (2) Produksjonen er basert på grunnidé og konsept utviklet av Lars Saabye Christensen og Per Olav Sørensen. Nødvendige rettigheter er overført fra de opprinnelige opphavsmenn til klager.
- (3) Klager søkte 24. mars 2018 Norsk filminstitutt (heretter NFI) om utviklingstilskudd til prosjektet. Dette ble innvilget av NFI, og i henhold til tilskuddsbrev 4. mai 2018 (heretter tilskuddsbrevet) ble klager tildelt kroner 300 000 i tilskudd, som produksjonsforetak, etter forskrift om tilskudd til audiovisuell produksjon av 31. oktober 2016 (heretter forskriften) § 3-7, jf. § 3-5, jf. forskrift om tilskudd til produksjon og formidling av audiovisuelle verk av 7. oktober 2016.
- (4) Av tilskuddsbrevet punkt 3, jf. forskriften § 1-7, fremkom det at anmodning om utbetaling av første rate anses som samtykke til de vilkår og forutsetninger som er gitt for, og til bruken av, tilskuddet, jf. tilskuddsbrevet, forskriften og retningslinjene som er publisert på NFIs hjemmeside. Det fremgikk videre at «[b]rudd på bruken av tilskuddet og vesentlige endringer som ikke er godkjent av NFI vil medføre reaksjoner», og at tilskuddsmottakeren ikke ville ha adgang til å foreta vesentlige endringer uten skriftlig godkjenning av NFI.
- (5) Klager anmodet ved e-post 2. oktober 2018 om utbetaling av første rate av utviklingstilskuddet. Vedlagt var endelig utviklingsavtale mellom klager og HBO, datert 24. september 2018 (heretter utviklingsavtalen eller avtalen). Avtalen inneholdt standardformuleringer om at klager skulle utvikle prosjektet, bestemmelser om kostnadsfordeling, samt bestemmelser om rettigheter til materialet og den ferdige produksjonen. HBO vil gjennom avtalen ha førsterett til videreutvikling av materialet, samt førsterett til å få produsert produksjonen.
- (6) Vedtak om å ikke betale første rate av utviklingstilskudd ble truffet av NFI 11. oktober 2018. Begrunnelse for avslaget på anmodning om utbetaling var at vilkårene for utbetaling av utviklingstilskudd ikke lenger var oppfylt. Klager hadde søkt om utviklingstilskudd i egenskap av å være et uavhengig produksjonsforetak. Etter NFIs

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no

oppfatning innebar avtalen mellom klager og HBO at HBO nå var eier av samtlige rettigheter til prosjektet «*Oslo by Night*».

- (7) Klager påklaget vedtaket ble 11. oktober 2018. En mer utdypende klage ble innsendt 24. oktober 2018.
- (8) Klagen har blitt vurdert av NFI, som valgte å opprettholde vedtaket. Saken ble oversendt Medieklagenemnda ved brev 18. mars 2019.
- (9) Klager inngav merknader til NFIs innstilling ved brev 27. mars 2019 og 11. februar 2020. Klager har også kommet med ytterligere merknader i e-post 14. februar 2020. NFI har også kommet med etterfølgende merknader i brev 7. februar 2020 og e-poster 13., 14. og 17. februar 2020.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 17. februar 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (11) 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.
- (12) Vilåret om uavhengighet i forskriften § 3-2, samt vilkårene i § 3-3 bokstav a og b, er oppfylt. 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 underforskriften (notene til § 3-3), skilles vilåret fra bestemmelsen i bokstav b ved at det knyttes til situasjonen før ferdigstilling av produksjonen. Den praktiske betydningen av vilåret er at produksjonsforetaket må ha «*chain of title*» til ideen/konseptet/formatet, utviklingsmateriale og manus, 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. Det er fremlagt avtaler som viser at dette vilåret er oppfylt, og vilåret i forskriften § 3-3 bokstav a er dermed klart oppfylt.
- (13) Det faktum at prosjektet er utviklet i fellesskap med HBO er heller ikke i strid med forskriften. Verken forskriften eller øvrige rettskilder legger noen begrensninger eller føringer i denne sammenheng. Alle dramaprojekter som utvikles skjer i samarbeid mellom kringkaster eller annen plattform og produksjonsselskapet. Ingen kringkaster eller annen plattforms delfinansierer utviklingen av et dramaprojekt uten å sikre seg visse rettigheter til prosjektet. I praksis er det slik at ethvert dramaprojekt som utvikles lokalt har rettighetsmessige bindinger til den plattformen som finansierer utviklingen. Kringkasteren investerer i forprosjektet/utviklingsprosjektet mot en eierandel, samt en eksklusiv (første)rett til å få satt prosjektet i produksjon. Videre er det i praksis slik at denne eierandelen tilbakeføres til produksjonsselskapet dersom kringkasteren velger å ikke gå videre til produksjon, mot at produksjonsselskapet refunderer kringkasterens investering i forprosjektet. Det er nettopp dette som har skjedd i denne saken. Dersom NFI skulle mene at dette er i strid med forskriften eller andre relevante rettskilder, vil i så tilfelle de fleste av NFIs vedtak om støtte til dramaprojekter være uhjemlet. Den regulering som er nedfelt i avtalen ligger godt innenfor bransjepraksis i det norske markedet, og NFI har ikke tidligere reagert på dette.

- (14) Forskriften § 3-3 bokstav b fastsetter at søkeren må kunne inngå avtaler om salg, distribusjon og visning etter ferdigstilling. 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. Av høringsnotatet fremgår det at bakgrunnen for forslaget var å styrke en uavhengig audiovisuell produksjonsbransje, og at tilskuddsordningen ikke skal være rettet mot rene «linjeproduksjoner og entrepriseproduksjoner». Begrepet «entrepriseproduksjoner» er ikke definert eller nærmere beskrevet i verken forskriftene eller høringsnotatet. Uavhengig av hvordan dette begrepet skal forstås, er det uansett slik at «*Oslo by Night*» ikke kan klassifiseres som en «entrepriseproduksjon». Klager mottar nemlig andeler av nettoinntektene fra distribusjonen av den ferdige produksjonen, og HBO har kun en førsterett til å få produksjonen fremstilt. Rettighetene tilbakeføres dersom HBO ikke går videre.
- (15) NFIs tilskuddsbrev 4. mai 2018 er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 bokstav b. NFIs vedtak 11. oktober 2018 innebærer en forvaltningsrettslig omgjøring av tilskuddsbrevet. Forvaltningsloven § 35 gir ikke hjemmel til omgjøring av vedtaket. Heller ikke hjemmelen i forskriften § 6-1, som gir NFI adgang til å tilbakeholde tilskudd som reaksjonsadgang på visse vilkår, kan brukes i denne saken. NFI har følgelig ikke hjemmel til å omgjøre vedtaket etter forskriften § 3-3 bokstav b, jf. § 6-1 første ledd bokstav c. Etter det alminnelige forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet kreves det klar hjemmel for å kunne utøve offentlig myndighet, og forskriften § 3-3 bokstav b gir ikke slik klar hjemmel. En omgjøring vil uansett ikke være i tråd med forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsretten.
- (16) 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 sak 17/00773-42, som det antas har vært motiverende også i denne saken. 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). Et vedtak som på denne måten må anses å stride mot statsstøtteretten vil 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 statsstøttereglene som støtteordningene er hjemlet i.
- (17) Under enhver omstendighet har NFI ved sitt vedtak utøvd usaklig forskjellsbehandling. Det vises til at NFI har gitt støtte til dokumentarprosjektet «*Sisters on track*», og at dette innebærer at vedtaket alene av den grunn må kjennes ugyldig.

Norsk filminstituttets merknader:

- (18) Det bestrides ikke at vilkårene etter forskriften § 3-2 er oppfylt. De kumulative vilkårene i forskriften § 3-3 bokstav a og b er imidlertid ikke oppfylt. Vurderingene som ligger bak

denne konklusjonen er i tråd med forskriftens ordlyd, forarbeider og langvarig og ensartet praksis.

- (19) Hvorvidt en søker har de nødvendige rettigheter til det omsøkte prosjektet, vil bero på en konkret helhetsvurdering av den aktuelle rettighetssituasjonen med basis i foreliggende avtaler og annen relevant informasjon. I avtalen mellom klager og HBO 29. september 2018, fremkommer det klart at klager har overdratt alle rettighetene til prosjektet til HBO. Det vises spesielt til det som fremkommer av avtalens punkt 2.2. og punkt 4.1. Etter avtalen har ikke klager lenger de nødvendige rettighetene til å gjennomføre prosjektet. Tvert imot har klager etter avtalen overdratt alle rettigheter knyttet til prosjektet til HBO, og det er HBO som etter overdragelsen besitter de «nødvendige rettighetene til å gjennomføre prosjektet». Klager er således ikke berettiget til å motta utviklingsstilskudd. Ettersom vilkårene i forskriften § 3-3 er kumulative vil manglende oppfyllelse av forskriften § 3-3 bokstav a gi tilstrekkelig grunnlag for å avvise utbetaling i henhold til tilskuddsbrevet.
- (20) Klagers anførsel om at rettighetene tilbakeføres til klager dersom HBO ikke går videre med produksjonen, slik at klager er i samme situasjon som i et hvilket som helst annet dramaprojekt der andre enn produksjonsselskapet foretar rettighetsutnyttelsen, mot inntektsdeling med produksjonsselskapet, er ikke riktig gjengivelse av avtalen. Dette er uansett ikke av betydning for vurderingen. Overdragelsen av eierskapet til prosjektet i henhold til avtalen, har endelig funnet sted. Det fremstår som klart at HBO var eier på tidspunktet for dokumentasjon til første rate.
- (21) Til klagers anførsel om at «rettighetene tilbakeføres dersom de ikke går videre», vises det til avtalens punkt 6.5, hvor det fremgår at klager kan kjøpe tilbake eierskapet til prosjektet mot betaling av HBOs utviklingskostnader, dersom HBO enten har erklært å ikke ønske å videreføre produksjonen eller ikke gitt melding om ønske om å produsere prosjektet innen den frist som er fastsatt i avtalen. At klager under visse omstendigheter har en betinget rett til å kjøpe tilbake prosjektet er ikke relevant for den vurdering som skal foretas av rettighetene på utbetalingstidspunktet. Det skjer således ingen automatisk tilbakeføring av rettighetene til klager dersom HBO velger å ikke gå videre med prosjektet. Klager må aktivt be om å få tilbakeført rettighetene samt betale HBO for deres utviklingskostnader. Det avgjørende er uansett hvem som var eier på søknadstidspunktet og tidspunktet for anmodning om utbetaling.
- (22) Klager tolker vilkåret i forskriften § 3-3 a feil når det legges til grunn at det ikke er et krav etter denne bestemmelsen om at søkerforetaket må disponere over det omsøkte prosjektet som eier på søknadstidspunktet og på utbetalingstidspunktet. Det er ikke tvilsomt at forskriften skal forstås slik at en søker må ha de nødvendige rettighetene til å gjennomføre prosjektet vedkommende søker om tilskudd til, og at dette kravet gjelder i hele den perioden som er nødvendig for å gjennomføre prosjektet. På tidspunktet for utbetaling av første rate er ikke utviklingsprosjektet gjennomført. Det er klagers overdragelsen av rettighetene til HBO som er bakgrunnen for at utbetalingsanmodningen ble avslått. En slik overdragelse krever samtykke fra NFI, jf. tilskuddsbrevet punkt 7, samt at det overtakende selskapet må oppfylle forskriftens krav, herunder § 3-2 og § 3-3 bokstav a til d. Klager hadde allerede da avtalen med HBO ble inngått plikt til å informere NFI om overdragelsen av prosjektet, noe som ikke ble gjort. Først ved klagers utbetalingsanmodning ble NFI informert om denne, i form av at avtalen var vedlagt e-posten.

- (23) For øvrig legges det til grunn at heller ikke forskriften § 3-3 bokstav b er oppfylt. Klager har overdratt alle rettigheter til prosjektet til HBO, herunder enhver rett til kommersiell utnyttelse av utviklingsprosjektet. Det avgjørende etter denne bestemmelsen er at søker, i tillegg til å ha de nødvendige rettighetene til å gjennomføre utviklingsprosjektet, reelt sett har rettighetene til å inngå avtaler om kommersiell utnyttelse av utviklingsprosjektet etter ferdigstilling. Det er klart at klager før ferdigstilling har overdratt alle rettigheter til «*Oslo by Night*» til HBO, og klager derfor heller ikke oppfyller vilkårene i forskriften § 3-3 bokstav b.
- (24) Det foreligger hjemmel til å omgjøre vedtaket.
- (25) Å avvise utbetaling av tilskudd med bakgrunn i at en søker ikke oppfyller vilkårene på utbetalingstidspunktet er ikke i strid med EØS-avtalen. Det er ikke tvilsomt at uavhengige produksjonsforetak som er etablert i Norge eller i en annen EØS-stat og ellers tilfredsstillende forskriftens krav, er kvalifisert til å søke om og motta tilskudd etter forskriften. Dette uansett 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:

- (26) Saken gjelder klage på NFIs avslag på anmodning om utbetaling av utviklingstilskudd til prosjektet «*Oslo by Night*». Avslaget ble gitt 11. oktober 2018, og klagen ble innsendt samme dag. Klagen er rettidig, jf. forvaltningsloven § 29.
- (27) NFI la ved vedtaket om tildeling av utviklingstilskudd til grunn at klager var produksjonsforetak for prosjektet «*Oslo by Night*». Primær visningsplattform var HBO.
- (28) På tidspunktet for tildeling av tilskuddet mente NFI at klager oppfylte vilkårene i forskriften § 3-2 om å være et «uavhengig audiovisuelt foretak», og det er ikke uenighet mellom partene om at klager fortsatt oppfyller dette vilkåret. Også vilkårene i forskriften § 3-3 ble på tidspunktet for vedtak om tildeling ansett oppfylt.
- (29) Klager har gjort gjeldende at NFIs avslag på anmodningen om utbetaling av utviklingstilskuddet innebærer en omgjøring av vedtaket i forvaltningslovens forstand. Medieklagenemnda er ikke enig i dette. Spørsmålet i denne saken er, i likhet med sak 2018/485, om vilkårene som ble ansett oppfylt ved vedtaket om tildeling av tilskudd også er oppfylt på tidspunktet hvor det anmodes om utbetaling, og om NFI kan nekte å utbetale tilskuddet med den begrunnelse at vilkårene ikke lenger er oppfylt. Gyldigheten av et slikt vedtak skal etter klagenemndas syn ikke avgjøres med utgangspunkt i de forvaltningsrettslige reglene om omgjøring.
- (30) Medieklagenemnda går så over til å vurdere om utviklingsavtalen mellom klager og HBO endret rettighetsforholdet mellom dem på en slik måte at vilkårene i forskriften § 3-3 bokstav a og b ikke lenger er oppfylt for klagers vedkommende. Klagenemnda har nylig avgjort en sak hvor NFI avslo en anmodning om utbetaling av produksjonstilskudd (sak 2018/485). Siden vilkårene for å tildele utviklingstilskudd og produksjonstilskudd er de samme, vil nemnda bygge sin avgjørelse i foreliggende sak på den tolkning av de aktuelle forskriftsbestemmelsene som ble lagt til grunn for avgjørelsen i sak 2018/485.
- (31) For å få tildelt utviklingstilskudd framgår det av forskriften § 3-3 bokstav a at «søker må kunne dokumentere at produksjonsforetaket har de nødvendige rettighetene til å

gjennomføre prosjektet», og i bokstav b slås det fast at «søker må kunne inngå avtaler om salg, distribusjon og visning etter ferdigstillelse».

- (32) Medieklagenemnda vil først ta stilling til hva som ligger i vilkåret «de nødvendige rettighetene til å gjennomføre prosjektet» i forskriften § 3-3 bokstav a. At det i dette vilkåret i det minste ligger et krav om at produksjonsselskapet må dokumentere at opphaverne har fått overført de rettighetene som er nødvendige for å produsere utviklingsmaterialet, 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.
- (33) Uenigheten mellom partene ligger i spørsmålet om hvilke andre rettigheter produksjonsselskapet må ha for å oppfylle vilkåret «nødvendige rettigheter» i § 3-3 bokstav a. Ordlyden gir ingen veiledning, for eksempel i form av en eksemplifiserende, ikke-uttømmende oppregning av hvilke rettigheter det siktes til med dette vilkåret. NFIs høringsnotat gir heller ikke særlig veiledning for tolkningsspørsmålet, ut over presiseringen av at «tilskuddsordningene NFI forvalter ikke skal være rettet mot rene linjeproduksjoner og entrepriseproduksjoner».
- (34) I oversendelsesbrevet til Medieklagenemnda 18. mars 2019 gjør NFI nærmere rede for sin tolkning av vilkåret «nødvendige rettigheter». Etter å ha gjennomgått føringene i høringsnotatet, gjør NFI gjeldende at vilkåret må tolkes på denne måten:
- «Hvorvidt en søker har de nødvendige rettigheter til det omsøkte prosjektet vil bero på en konkret helhetsvurdering av den aktuelle rettighetssituasjonen med basis i foreliggende avtaler og annen relevant informasjon».
- (35) Rettsregler skal legge til rette for forutberegnelighet og likebehandling, og det sier seg selv at den tolkning av vilkåret som NFI her gjør gjeldende, ikke på noen som helst måte bidrar til å sikre en tilfredsstillende forutberegnelighet for tilskuddsmottakerne. Tvert imot er risikoen for vilkårlighet og forskjellsbehandling overhengende. NFIs tolkning av vilkåret setter knapt rammer for rettsanvendelsen, og den vanskeliggjør også klagebehandlingen. Medieklagenemnda har forståelse for at det kan være utfordrende å utforme de rettsreglene som skal styre tildelingen av offentlige tilskudd til aktørene i den audiovisuelle bransjen. Avtalene som regulerer rettighetsallokeringen mellom de ulike aktørene er meget varierte, og utviklingen i bransjen skjer svært raskt. Den skarpe uenigheten mellom klager og NFI i denne saken – både når det gjelder hvordan den aktuelle utviklingsavtalen er å forstå, og hva som er alminnelig praksis i bransjen knyttet til rettighetsallokeringen mellom de ulike aktørene – er i seg selv en god indikasjon på kompleksiteten. Det må derfor aksepteres at forskriftsbestemmelsene gir rom for et visst skjønn, men dette skjønnet må «rammes inn» på en helt annen måte enn det som kommer til uttrykk i NFIs tolkning av vilkåret «nødvendige rettigheter». Det tilligger Kulturdepartementet og NFI å foreta disse forskriftsendringene.
- (36) NFI har lagt til grunn at klager gjennom denne utviklingsavtalen har overført og frasagt seg alle rettigheter i utviklingsprosjektet til HBO, herunder enhver rett til kommersiell utnyttelse etter ferdigstillelse, og at det er HBO som er eier av prosjektet. Vilåårene i forskriften § 3-3 bokstav a og b er dermed etter NFIs oppfatning ikke lenger oppfylt.
- (37) Til støtte for det standpunkt at klager ikke lenger har de rettigheter som trengs for å gjennomføre prosjektet, har NFI vist til avtalen punkt 4.1, hvor det framgår at «[...] all

copyright in and to the Series and the Development Work, and all materials produced in relation to the Development Works [...] (the "Rights") shall upon signature of this Agreement be owned by HBO», samt videre til punkt 2.2, hvor det fremgår at:

«Producer confirms that it has been provisionally granted the sum of NOK 300,000 in the form of development support from the Norwegian Film Institute, which sum, Producer undertakes to apply towards the costs of the development hereunder if awarded by the NFI («NFI Funding»). In the event that the NFI Funding is not awarded then HBO shall contribute this sum of money, to be paid to producer on Approved Delivery (as approved below)».

- (38) Medieklagenemnda har vanskelig for å se at disse bestemmelsene i avtalen kan tolkes slik at klager ikke lenger har de nødvendige rettighetene til å gjennomføre prosjektet. Som allerede nevnt, er det enighet mellom partene om at klager har sikret seg rettighetene fra de opprinnelige opphaverne. Dette er forutsatt i utviklingsavtalens Recital bokstav a, og det følger dessuten av avtalens punkt 4.2, at klager skal inngå avtaler om rettighetsoverdragelser fra opprinnelige opphavere mv.
- (39) Etter Medieklagenemndas oppfatning er utviklingsavtalens rettighetsallokering ellers mellom klager og HBO nokså sammensatt. Som NFI helt korrekt påpeker, følger det av avtalens punkt 4.1 at de immaterielle rettighetene til utviklingsprosjektet skal eies av HBO. Samtidig følger det av avtalens punkt 1.1 og 3 at det er klager som skal forberede og levere utviklingsmaterialet. Avtalen gir med andre ord klager en kontraktsfestet rett til å gjennomføre utviklingsprosjektet.
- (40) Avtalen sikrer også klager rettigheter etter at utviklingsprosjektet er avsluttet. Det følger av punkt 6.2 at dersom HBO beslutter å produsere serien, så har klager en eksklusiv rett til å produsere;

«If HBO notifies Producer that it wishes to proceed to production of the Series, ... then the Producer shall be entitled to be engaged to produce the Series. Producer shall have the sole and exclusive opportunity to negotiate for a period of one hundred twenty (120) days (the "Negotiation Period") the terms of a long form agreement in relation to the production of the Series ("Production Agreement")».

- (41) Av avtalens punkt 6.4 følger det videre at rettighetene til utviklingsmaterialet og serien skal eies av klager og HBO i fellesskap dersom partene ikke kommer til enighet om en produksjonsavtale i løpet av forhandlingsperioden på 120 dager;

«If the parties are unable to reach agreement with respect to the Production Agreement within the Negotiation Period, ... the rights in the Development Work and Series shall be held jointly by the parties until such time as further terms are agreed».

- (42) I tillegg kommer at det i «Schedule 4: Production Agreement Key Terms», som inneholder avtalevilkår som det allerede er enighet mellom partene om at skal inntas i en eventuell framtidig produksjonsavtale, er inntatt i punkt 3 bokstav e et vilkår om at klager «will be responsible for the production and post-production of the Series». Og i bokstav g er det slått fast at klager har rett til å «propose the creative elements for the *Series*», men likevel med den begrensning at HBO skal godkjenne disse, eller eventuelt foreslå alternativer.

- (43) Klagenemnda har også 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 en 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. Slike konstruksjoner har ikke vært til hinder for tildeling av midler fra disse tilskuddsordningene. Utviklingsavtalen punkt 6.5 gir anvisning på en tilsvarende løsning.
- (44) Medieklagenemnda har etter dette kommet til at klager fortsatt har de nødvendige rettigheter til å gjennomføre prosjektet, og at vilkåret i § 3-3 bokstav a er oppfylt.
- (45) Når det så gjelder kravet i forskriften § 3-3 bokstav b om at «søker må kunne inngå avtaler om salg, distribusjon og visning etter ferdigstilling», synes NFI å mene at bestemmelsen må forstås slik at et produksjonsselskap ikke skal kunne forhåndsselge rettigheter, men må bruke egne ressurser til finansiering for så å eventuelt selge rettighetene etter ferdigstilling, altså at produsenten på det tidspunktet der produksjonen er ferdigstilt fortsatt må sitte med rettighetene til salg, visning og distribusjon av produksjonen.
- (46) I likhet med klager mener Medieklagenemnda at en slik tolkning av bestemmelsen fremstår som svært anstrengt, og ikke tar inn over seg realitetene i bransjen. Norske produksjonsselskap har som hovedregel ikke midler selv til å finansiere egne produksjoner, og en overføring av rettigheter til salg, distribusjon og visning før ferdigstilling må derfor være mulig uten at dette skal få betydning for retten til tilskudd fra NFI. Bestemmelsen i forskriften § 3-3 bokstav b kan etter klagenemndas vurdering altså ikke tolkes slik at rettighetene til å inngå avtaler om salg, distribusjon og visning må tilhøre produsenten også etter at produksjonen er ferdigstilt.
- (47) Medieklagenemnda vil også bemerke at bestemmelsen i § 3-3 bokstav b kanskje først og fremst er utformet med tanke på tildeling av produksjonstilskudd, og ikke uten videre passer like godt for tildeling av utviklingstilskudd. Avtaler om visning og distribusjon vil normalt være aktuelt for den ferdige audiovisuelle produksjonen, mens det ferdige utviklingsmaterialet i seg selv ikke egner seg for visning og distribusjon.
- (48) Når det derimot gjelder salg, er det klart at klager har inngått avtale om salg av rettighetene til utviklingsprosjektet mot at HBO bidrar til finansieringen av utviklingskostnadene. Dette følger av avtalens punkt 2.2 og 2.4. Medieklagenemnda må etter dette legge til grunn at dette vilkåret i § 3-3 bokstav b er oppfylt. At klager har inngått en slik avtale med HBO om salg av rettighetene til utviklingsprosjektet, er for øvrig egnet til å tydeliggjøre at prosjektet skiller seg fra de såkalte entreprisproduksjonene, som man har ment å holde utenfor tilskuddsordningen. Det er med andre ord ikke grunnlag for å mene at klager bare har blitt engasjert av HBO for å være den tekniske gjennomføreren av et ferdig utviklet prosjekt.
- (49) Samlet sett er det Medieklagenemndas vurdering at vilkårene i forskriften § 3-3 bokstav a og b fortsatt er oppfylt. NFIs avslag på anmodningen om utbetaling av utviklingstilskuddet har følgelig ikke hjemmel, og klagen tas derfor til følge.
- (50) Klagenemnda finner det ikke nødvendig å gå inn på klagers øvrige anførsler i saken.

På denne bakgrunn treffer Medieklagenemnda følgende

vedtak:

Norsk Filminstituttts vedtak av 11. oktober 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