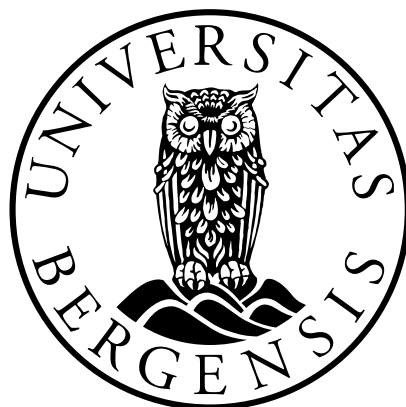


Må åndsverkloven § 69 endres hvis EUs direktiv 2019/790 vedtas gjennomført i EØS?

Om opphaveres vederlagskrav

Kandidatnummer: 117

Antall ord: 14927



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Presentasjon av tema og problemstilling.....	4
1.2 Aktualitet.....	6
1.3 Rettskilder og metodiske utfordringer.....	7
1.4 Videre fremstilling	9
1.5 Avgrensning	9
2 Rettslige utgangspunkter og bakgrunn.....	10
2.1 Rettslige utgangspunkter for behandlingen.....	10
2.2 Behovet for vederlagsregulering	11
3 Åndsverkloven § 69	14
3.1 Presentasjon av bestemmelsen	14
3.2 Bestemmelsens virkeområde.....	16
3.2.1 Erververs adgang til å motta rettigheter gratis	17
3.3 Momentet om «hvilke rettigheter som overdras»	19
3.3.1 Totaloverdragelser med rett til ukjent utnyttelse.....	20
3.4 Momentet om «hva som er vanlig på området».....	22
3.4.1 Unormale vederlagsmodeller	23
3.5 Momentet om «konkrete forhold, herunder partenes forhandlingsstyrke og formålet med den avtalte bruk»	24
3.5.1 Risikofylte vederlagsmodeller til svakerestilte opphavere.....	26
3.6 Momentet om «sannsynlig verdi»	27
4 Andre bestemmelser til vern av opphaveres interesser	30
4.1 Åvl. § 69 sett i sammenheng med Åvl. § 67	30
4.2 Åvl. § 69 sett i sammenheng med Avtl. § 36	31
5 DSM-direktivet art. 18	35
5.1 Presentasjon av artikkel 18.....	35
5.2 Skjønnsadgang ved gjennomføring.....	36
5.3 Innholdet av vederlagsprinsippet	36
5.3.1 Elementer i art. 18	39
5.3.2 Kontekstuell sammenheng mellom artiklene i kapittel 3	40
5.3.3 Elementer i art. 19	41

5.3.4	Elementer i art. 20	42
6	Konklusjon	44
7	Litteraturliste	47
7.1	Lover	47
7.2	Traktater og konvensjoner.....	47
7.3	Direktiver	47
7.4	Forarbeidsdokumenter.....	48
7.5	Forarbeidsdokumenter i EU	48
7.6	Rettspraksis	48
7.7	Rettspraksis fra EU-domstolen.....	49
7.8	Juridisk litteratur	49
7.8.1	Bøker	49
7.8.2	Artikler	50
7.9	Andre kilder.....	50
7.9.1	Nettsider	50
7.9.2	Tidsskrifter	51
7.9.3	Offentlig tilgjengelige avtaler	51

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Opphavsrettsbeskyttelse har flere grunner for seg. Blant annet er det rettferdig at et åndsverk er beskyttet, slik at det bare kan brukes på skaperens premisser.¹ I tillegg er det samfunnsøkonomisk fordelaktig at opphaveren sikres muligheten til å tjene penger på sitt arbeid, slik at han fortsetter å skape.² Under begge begrunnelser er likevel målsetningen den samme: Å legge forholdene til rette for økt kulturproduksjon, til samfunnets nytte og nytelse.³

Tema for denne avhandlingen er opphaveres krav på rimelig vederlag ved overdragelsen av sine rettigheter. Sett i sammenheng med opphavsrettens begrunnelse, er det å gi opphaver krav på vederlag et instrument for å sikre insentiv for fortsatt åndsverkproduksjon.

Opphaveres krav på rimelig vederlag ble innført i Norsk rett ved vedtakelse av ny åndsverklov. Spesielt for endringen av åndsverksloven (heretter «åvl.») var at den pågikk samtidig med fremforhandlingen av et nytt opphavsrettsdirektiv i EU. Da åvl. §69 om opphaveres krav på rimelig vederlag ble vedtatt den 15. juni 2018, var det henvist til det kommende EU-direktivet i forarbeidene.⁴ Direktiv 2019/790, med populærnavnet Digitalmarkedsdirektivet (heretter «DSM-direktivet» eller «Direktivet»), ble vedtatt den 17. april 2019.⁵ I Direktivet art. 18 var det formulert forpliktelse om å sikre opphavere «passende og forholdsmæssigt vederlag» ved overdragelse av rettigheter.⁶

Den rettslige problemstillingen for avhandlingen er hvorvidt reguleringen i åndsverkloven § 69 må endres dersom DSM-direktivet vedtas gjennomført i EØS. Det er sentralt for dette spørsmålet at EU-direktiver binder medlemsstatene etter tilsiktet formål.⁷ For å besvare avhandlingens problemstilling er det derfor nødvendig å kartlegge hva innføringen av kravet i åvl. § 69 innebærer for norske opphavere. Deretter må det vurderes hva «passende og forholdsmæssigt vederlag» i DSM-direktivet art. 18 har til formål å forplikte medlemsstatene

¹ Rognstad, Ole Andreas og Birger S. Lassen. Opphavsrett, 2.utgave, Oslo, 2019, s. 36 – 38.

² Ibid.

³ Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven) §1.

⁴ Prop. 104 L (2016-2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. s. 238

⁵ Direktiv 2019/790 om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked og om ændring af direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF

⁶ Dansk språkform vil brukes ved omtalelsen av relevant EU-rett

⁷ Traktat om den Europeiske Unions Virkeområde (TEUV) art. 288 tredje ledd, «med hensyn til det tilsiktede mål»

til. Sist må det avgjøres om forpliktelsen kan ansees møtt ved innføringen av åvl. § 69. Dersom det sistnevnte besvares negativt, aktualiseres spørsmålet om hvordan åvl. § 69 må endres dersom DSM-direktivet skal gjennomføres i EØS.

Før problemstillingene behandles, må det knyttes bemerkninger til at lovfesting av opphaveres vederlagskrav ikke er et nytt konsept. Blant annet er medlemmene av EU og EØS allerede forpliktet til å sikre rimelig vederlag for overdragelse av retten til å leie ut av film eller lydopptak.⁸ Åvl. §69 og DSM-direktivet art.18 representerer likevel noe nytt i at de tilskriver opphavere rett til rimelig vederlag ved overdragelse av alle sine rettigheter. Både åndsverksloven og Direktivet er derfor uttrykk for en mer allmenn målsetning om å styrke opphaveres rettsstilling overfor erverver av opphaverens rettigheter.⁹

Forarbeidene til åndsverksloven fremhever styrking av opphavere og økt beskyttelse som formålene bak lovfestingen av vederlagskravet i åvl. §69.¹⁰ I tillegg understrekes det som en målsetning å oppmuntre til investering i opphavsrettslig vernet innhold.¹¹ I EU har DSM-direktivet blitt begrunnet med henvisning til at opphavsrettigheter nå også omsettes på tvers av landegrenser, innad i unionen.¹² I dette kan det spores en hensikt om å legge til rette for et EU-regionalt kulturliv, under målsetningen om økonomiske vekst i det interne markedet.¹³ Selv om målsetningene for åvl. §69 og DSM-direktivet art. 18 gjelder forskjellige markeder, er det et poeng at de i utgangspunktet ikke konkurrerer mot hverandre. Begge reguleringen har siktemål om å insentivere opphavere på en måte som samtidig ikke forstyrrer markedet for omsetning av opphavsrettigheter.¹⁴ EU-systemets grunnforutsetninger om fri konkurranse og fri flyt av varere tilsier at velfungerende nasjonale markeder er i Unionens interesse.¹⁵ Forenklet kan det sies at økonomisk vekst i ett marked vil gi økt mellomstatlig handel, og økonomisk vekst i Unionen forøvrig.¹⁶ Ettersom både åvl. §69 og DSM-direktivet skal styrke opphaveres insentiv, er det snakk om to regelsett som i utgangspunktet er egnet til å oppnå samme formål.

⁸ Direktiv 2006/115/EF av 12. desember 2006, om utleie- og utlånsdirektivet, art.5

⁹ For åvl. se Prop. 104 L (2016-2017) s.334. For DSM-direktivet se fortalepunkt 72

¹⁰ Prop. 104 L (2016-2017) s. 238

¹¹ Ibid.

¹² KOM (2015) 626 final, På vej mod en tidssvarende, mere europæisk ramme for ophavsret, s. 2

¹³ Ibid. s. 9.

¹⁴ Prop. 104 L (2016-2017) s. 238 femte avsnitt, og DSM-direktivets fortalepunkt 2

¹⁵ TEUV art. 26 annet ledd

¹⁶ Sejersted, Fredrik, Arnesen, Rognstad, Kolstad, EØS-rett, 3. utgave, Oslo, 2011, s.60

1.2 Aktualitet

Da åndsverkloven ble vedtatt hadde EU forelagt sine medlemsstater et forslag til DSM-direktivet.¹⁷ I forslaget art. 15 fant man en forpliktelse om å sikre opphaveres krav på «passende vederlag». Det er flere antydninger om at åvl. § 69 ble vedtatt innført med tanke på fremtidige forpliktelser på EU-nivå. At Norge som EØS-stat anser seg forpliktet før EØS-komiteens avgjørelse er ikke kontroversielt. DSM-direktivet reviderer og viderefører deler av Direktiv 2001/29/EF InfoSoc, som allerede har blitt vedlagt til EØS-avtalen.¹⁸ Det er derfor sannsynlig at DSM-direktivet vedtas EØS-relevant, selv om den offisielle avgjørelsen enda ikke har blitt fattet.¹⁹

I åndsverklovens forarbeider slår Departementet fast at de vil avvende vurderingen av overenstemmelsen mellom åvl. § 69 og DSM-direktivet til resultatet i EU er klart, og direktivet vedtas gjennomført.²⁰ Det uttales også at «høringen av forslaget til gjennomføring av det kommende EU-direktivet... [vil]...gi anledning til evaluering av bestemmelsen om rimelig vederlag som nå foreslås».²¹ De refererte uttalelsene gir grunnlag for tvil om hvilken realitet åvl. § 69 er ment å ha før den eventuelle gjennomføring av DSM-direktivet.

Etter vedtakelsen av DSM-direktivet har Regjeringen uttalt at:

*«[p]rinsippet om passende og forholdsmessig vederlag i artikkel 18 tilsvarer i stor grad bestemmelsen om rimelig vederlag i åndsverkloven § 69 ... ved eventuell gjennomføring av direktivet må det foretas en nærmere vurdering om det er behov for endringer i overnevnte bestemmelser».*²²

Uttalelsen er ikke et standpunkt om Norges forpliktelse til direktivet.²³ Likevel antyder den om en hensikt hos lovgivende myndighet, egnet til å underbygge usikkerhetene åndsverklovens forarbeider legger til rette for. Også i juridisk teori tas det til ordet for at opphaveres krav på

¹⁷ KOM (2016) 593 final, om ophavsrett på det digitale indre marked, av 14. September 2016

¹⁸ Direktiv 2001/29/EF om harmonisering av visse aspekter av opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet (InfoSoc)

¹⁹ Se kapittel 1.5 om avgrensning

²⁰ Prop. 104 L (2016-2017) s. 238

²¹ Ibid.

²² På Regjeringens notatside for Digitalmarkedsdirektivet, under overskriften «Merknader», underoverskrift «Rettslige konsekvenser»: <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2016/des/dsm-direktivet/id2556742/> [sitert. 27. november 2019]

²³ Norges forpliktelse til Direktivet forutsetter folkerettslig binding. For nye EU-rettsakter er det praktisk at folkerettslig binding oppnås ved vedtak i EØS-komiteen etter Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) art. 98 eller art. 102.

rimelig vederlag etter åvl. §69 er midlertidig formulert. Ole-Andreas Rognstad omtaler deler av bestemmelsen som *foreløpig*, og går langt i å hevde at bestemmelsen må endres etter DSM-direktivets vedtakelse.²⁴

Kildematerialet som omtaler åvl. § 69 og DSM-direktivets art. 18 syntes samstemt å forutsette gjennomføring, og at åvl. §69 i så fall må endres. Når ingen kilder gjør en nærmere vurdering av hvorfor og hvilke endringer som må gjøres, er deres bidrag mer egnet til å skape tvil enn klarhet. Dette er uheldig, ettersom en av målsetningene for endringen av åndsverkloven var å gjøre den enklere og mer tilgjengelig for brukerne.²⁵ At det foreligger tvil gjør det derfor aktuelt å foreta en nærmere vurdering av hvorvidt åvl. § 69 egner seg som gjennomføring av DSM-direktivet art. 18, og hvis ikke hvordan bestemmelsen må endres ved en eventuell gjennomføring.

1.3 Rettskilder og metodiske utfordringer

Både åvl. § 69 og DSM-direktivet er relativt nye rettskilder. Kravet på rimelig vederlag i åvl. §69 er enda ikke prøvd i en domstol.²⁶ DSM-direktiver er på sin side ikke gjennomført i noen av EUs medlemsland.²⁷ I tillegg påventes det at Direktivet vedtas gjennomført i EØS før åvl. § 69 sin egnethet som gjennomføring vurderes. Dette medfører at avhandlingens hovedspørsmål mangler avklaring i autoritative rettskilder. Spørsmålet er heller ikke gitt oppmerksomhet i juridisk teori. Av disse grunner vil avhandlingen i stor grad nyttiggjøre seg av de aktuelle reglens hovedkilder, og rettskildene som er relevante for forståelsen av disse.²⁸

I behandlingen av åvl. § 69 vil ordlyd og forarbeider få sentral plass. Bidrag fra ordlyd og forarbeider vil bli sett i sammenheng med andre regler som gjelder på området. Som illustrert i kapittel 1.1 er åvl. §69 et instrument for å sørge for balanse mellom opphaver og erverver. Partene regulerer vanligvis sitt forhold i avtale. Derfor vil det være relevant å se bestemmelsen i sammenheng med alminnelige avtalerettslige- og formuerettslige regler. I tillegg vil reelle hensyn brukes i vurderingen av hvordan åvl. §69 skal forstås. Det siktes her til hensyn som gjør seg gjeldende på avtale- og formuerettens område.

²⁴ Rognstad (2019) s. 459

²⁵ Prop. 104 L (2016-2017) s. 9

²⁶ Se kapittel 1.5 om avgrensning

²⁷ Ibid.

²⁸ Med hovedkilder menes åndsverkloven og tilhørende forarbeider i Norsk rett. DSM-direktivet og tilhørende fortale og kommunikasjoner i EU-retten.

Behandlingen av DSM-direktivet må på sin side overholde at EU-retten er autonom, og at den skal fortolkes etter egne prinsipper.²⁹ Særlig viktig er målsetningen om rettsenhet, og fortolkning i lys av den aktuelle rettsakts formål og kontekst.³⁰ Dette medfører at behandlingen av DSM-direktivet vil ta utgangspunkt i artikkel 18 sin ordlyd, med henblikk på formålet slik det kan sluttes derfra og direktivets øvrige kontekst.³¹ Helt konkret utgjør Direktivet sin fortale, Direktivets øvrige artikler og offisielle kommunikasjoner frem mot vedtakelsen i EU relevant kontekst.³² At Direktivet er nytt medfører også at få medlemsstater har påstartet gjennomføring.³³ EU-rettskilder, særlig kommunikasjoner som er utarbeidet av et enkelt EU-organ, kan uttrykke politisk agenda fremfor jus.³⁴ Andre medlemsstaters gjennomføring kan gi veiledning om hva som er det omforente formålet bak rettsakten, og hva som er politiske uttalelser i prosessen frem mot vedtakelse.³⁵ For å motvirke at politiske uttalelser får innvirkning på fortolkningen av DSM-direktivet art. 18, vil avhandlingen ta utgangspunkt i Direktivets ordlyd og fortale. Kommunikasjoner vil ellers brukes som støttemoment, eller for å faktisk belyse EUs politiske agenda.

Hva gjelder åvl. § 69 og forholdet til DSM-direktivet, er det metodisk utfordrende at åndsverklovens forarbeider er skrevet før vedtakelsen av Direktivet. Av den grunn omtales ikke forholdet mellom åvl. § 69 og forpliktelsene i DSM-direktivets art. 18.³⁶ Siden Direktivet binder etter sitt formål, er det nødvendig å se åvl. § 69 sees i sammenheng med andre regler for å avklare om formålet er oppnådd. De mest aktuelle reglene er spesialitetsprinsippet i åvl. §67 og avtaleloven («avtl.») § 36.³⁷ Ettersom det ikke foreligger autoritative kilder som avklarer forholdet mellom åvl. § 69 og DSM-direktivet art. 18, vil hensynsbetraktninger få sentral plass i vurderingen.

²⁹ Sejersted (2011) s.44

³⁰ Målsetningen om rettsenhet omtales ofte som homogenitetsprinsippet. Prinsippet kommer bl.a. til uttrykk i EØS-avtalen art. 1 nr.1. For mer om homogenitetsprinsippet, se Sejersted mfl. (2011) s. 86 - 90

³¹ Se Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, EØS-rett, 3. utgave, Bergen 2018 s. 295 - 304

³² Ibid. s. 298 om kontekst, og s. 305 om bruk av fortale

³³ På Eurlex, opplyst om påstartet gjennomføringsprosesser i Tsjekkia og Frankerrike, tilgjengelig på <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=CELEX:32019L0790> [sitert 27. november 2019]

³⁴ Sejersted mfl. (2011) s. 233

³⁵ Miguel Poiars Maduro, Interpreting European Law – Judicial adjudication in a Context of Constitutional Pluralism, European University Institute, 2008, s. 2 -7

³⁶ Utover det som følger i kapittel 1.2

³⁷ Lov om avslutninger av avtaler om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer 31. mai nr. 4 (avtaleloven)

1.4 Videre fremstilling

Før åvl. § 69 og DSM-direktivet art.18 behandles, vil kapittel 2 gi kort bakgrunn om rettslige utgangspunkter og hvilket behov de to vederlagsreglene springer ut av. Målet med kapittel 2 er å gi grunnlag for å omtale reglene i relasjon til hverandre. Kapittel 3 tar for seg åvl. § 69, under målsetningen om å kartlegge hvilket vern bestemmelsen oppnår for norske opphavere. Det sentrale spørsmålet i kapitlet er hvilke begrensinger åvl. § 69 introduserer i avtalefrihet mellom opphaver og erverver av rettigheter. Kapitlet vil utgjøre hoveddelen av avhandlingen, og fokusere på hvorvidt åvl. § 69 gir vern mot forskjellige typer avtaledisposisjoner.³⁸ I kapittel 4 sees åvl. § 69 i sammenheng med andre bestemmelser. Sentralt for kapittel 4 er å avklare vernet av norske opphavere, slik at det kan vurderes opp mot forpliktelsene fremsatt i art. 18 av DSM-direktivet.³⁹ I kapittel 5 behandles DSM-direktivet art. 18, der sentral målsetning er å undersøke om «passende og forholdsmessig» forplikter medlemsstatene til bestemte kriterier ved gjennomføringen av regelen i nasjonal rett. I kapittel 6 vil avhandling formulere en konklusjon på hovedproblemstillingen.

1.5 Avgrensning

Avhandlingen avgrensner mot å behandle skillet mellom overdragelser til private og overdragelser til ervervsvirksomhet, i åvl. § 69 andre ledd. Bakgrunnen for denne avgrensningen er at DSM-direktivet ikke differensierer mellom forskjellige overdragelser. Når avhandlingen behandler overdragelser forutsettes det derfor at det er mellom opphaver og erverver, som ledd i næringsvirksomhet. Ytterligere begrunnelse for dette er at opphaverens behov om rimelig vederlag er størst ved slike overdragelser.⁴⁰ Det avgrenses også mot å gå inn på de formelle forutsetningene for at DSM-direktivet vedtas gjennomført i EØS. Begrunnelsen for dette gis med henvisning til kapittel 1.2. Den siste avgrensningen gjøres mot kilder publisert etter 27. november 2019.

³⁸ De konkrete disposisjonene vil behandles under egne overskrifter, se eksempelvis kapittel 3.2.1

³⁹ EØS-stater står fritt med hensyn til gjennomføringsmåte, jfr. EØS-avtalen art.7 bokstav b. For spørsmålet om åvl. § 69 kan tjene som gjennomføring av DSM-direktivets art. 18, er det derfor nødvendig å se bestemmelsen i sammenheng med generelle bestemmelser som begrenser avtalefriheten mellom opphaver og erverver av enerettigheter på lignende måter. Dette behandles nærmere i kapittel 2.1

⁴⁰ Uttrykkes bl.a. i Prop. 104 L (2016-2017) s. 241

2 Rettslige utgangspunkter og bakgrunn

2.1 Rettslige utgangspunkter for behandlingen

Et viktig utgangspunkt for behandlingen av åvl. §69 og DSM-direktivet art. 18 er at begge gjelder overdragelsessituasjonen, og slik sett introduserer begrensninger i avtalefriheten mellom profesjonelle parter i ervervsvirksomhet.⁴¹ Videre gjelder begge reguleringene overdragelse av enerettigheter.⁴² I EU gjelder det et harmonisert enerettighetsbegrep etter InfoSoc-direktivet art. 2 og art. 3. Direktivet er gjennomført i åvl. § 3. Når enerettigheter omtales i det videre er det altså som et omforent begrep etter gjennomføringen av InfoSoc-direktivet, i EU og Norge.⁴³

Det omforente enerettighetsbegrepet er økonomisk, i at det gir opphaveren enerett til å tilgjengeliggjøre åndsverket eller fremstille eksemplarer av åndsverk for salg.⁴⁴ Dette gir også muligheten til å nekte andres tilgjengeliggjøring og eksemplarfremstilling.⁴⁵ På den måten er opphaveres enerettigheter forutsetningen for at rettigheter i det hele tatt kan overdras mot vederlag. Ettersom det er en målsetning å stimulere til økt åndsverkproduksjon, er det en påfølgende målsetning at enerettsbegrepet omfatter alle måter å tilgjengeliggjøre eller fremstille et verk på – gamle som nye. Poenget er at opphaveren skal ha krav på de avkastninger et åndsverk gir, uavhengig av hvordan det fremstilles.⁴⁶ Avledet dette skal også opphavere kunne håndheve mot alle uberettigede fremstillinger av sine verk, uavhengig av fremstillingsmåte. Enerettighetsbegrepet har under senere tids utvikling gitt aktuelle rettighetshavere en vanskelig håndhevingposisjon. Dette er et rettslig utgangspunkt som danner viktig bakteppe for de vederlagsreguleringene avhandlingen tar for seg, og behandles i kapittel 2.2.

Et neste utgangspunkt er at DSM-direktivet art. 18 er tiltenkt rettlede for nasjonal gjennomføring. Dette følger i utgangspunktet av TEUV art. 288 tredje ledd, som slår fast direktivets binding etter sitt «tilsiktete formål». Det følger videre av EØS-avtalen art. 7 bokstav

⁴¹ Johan Giertsen, *Avtaler*, 3.utgave, Oslo, 2014 s. 6 – 12 om avtalefrihet og Den Europeiske Unions Charter om grunnleggende rettigheter art. 16 om friheten til å opprette og drive egen virksomhet.

⁴² Begrunnelsen for utgangspunktet leser seg fra åvl. § 69 i «overdrar rett til å råde over» jfr. åvl. § 67 og §3. For DSM-direktivet art. 18 leser det seg fra ordlyden i «utsteder licenser eller overdrager deres eksklusive rettigheter»

⁴³ Hugenholtz, Peter Bernt, Van Eechoud, Gompel, Helberger, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, University of Amsterdam, 2006, s. 40

⁴⁴ Rognstad (2019) s. 184

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Se kapittel 1.1. om opphavsrettens begrunnelser

b at EØS-stater står fritt til å bestemme «formen og midlene» for gjennomføring EU-direktiver. Av de overnevnte hjemler følger at det foreligger en betydelig skjønnsadgang ved gjennomføringen av direktiver. Det er dermed også slik at enkeltdeler av et direktiv kan være underlagt skjønnsadgang, mens andre uttrykker direktivets formål. For vurderingen av DSM-direktivet er det av den grunn sentralt å kartlegge hvilke deler av artikkelen som må gjennomføres og hvilke deler som underlegges statlig skjønnsfrihet. DSM-direktivets art.18 er tilsynelatende utformet som rettslige standarder, i at den oppstiller skjønsmessige vurderinger med løsning utenfor jussen.⁴⁷ Som et utgangspunkt er det et høyt ordlydmessig sammenfall mellom DSM-direktivet art 18 og åvl. §69. Sammenfallet, tatt skjønnsfrihet i betraktning, kan lede til en forhastet konklusjon om at åvl. § 69 tilfredsstiller forpliktelsene i DSM-direktivet art. 18.

I sak C-245/00(SENA) behandlet Den europeiske unions domstol (heretter «EU-domstolen») spørsmål om forholdet mellom rettslige standarder på EU- og nasjonalt nivå. Saken gjaldt forståelsen av rimelig vederlag i utlåns- og utleiedirektivet art.8. I sin avgjørelse fremhevet EU-domstolen at det konkrete innholdet i vederlagsregelen var underlagt statlig skjønnsfrihet, men at det tilkom domstolen å kartlegge visse elementer statlig gjennomføring likevel måtte overholde.⁴⁸ I konklusjonen ble det fremhevet at begrepet «rimelig vederlag»:

«... skal fortolkes ensartet i alle medlemsstaterne og gjennomføres af enhver medlemsstat, idet denne på sit eget område fastlægger de mest relevante kriterier for - inden for de grænser, som fællesskabsretten og navnlig nævnte direktiv sætter - at sikre, at dette fællesskabsbegreb overholdes.»

Det er ikke avklart om domsslutningen i C-245/00 også vil gjelde for forståelsen av DSM-direktivet art.18.⁴⁹ Om noe er saken i det minste et uttrykk for at rettslige standarder i EU-direktiver til tross for skjønnsfriheten kan forplikte medlemsstatene til bestemte elementer i gjennomføringen.⁵⁰

2.2 Behovet for vederlagsregulering

⁴⁷ Alf Petter Høgberg, Rettslige standarder redefinert, Festskrift til Aslak Syse 2016 s.285-299 s. 1, med videre henvisning til Ragnar Knoph, Rettslige standarder, 1948 s.2.

⁴⁸ Ibid. domspremiss 40

⁴⁹ Gulsvik, Alf Amund, Engebretsen og Svarstad, EuroRett nr.4, 2003

⁵⁰ Om DSM-direktivet art.18 anviser om bestemte elementer behandles i avhandlingens kapittel 5

Til tross for samlet front i EU, har fremveksten av digitale fremstillingsmetoder utfordret enerettighetsbegrepet.⁵¹ Dette har gitt gråsonespørsmål om hvorvidt uberettigede, digitalt fremstilte åndsverk tilgjengeliggjort på nett krenker opphaverens enerettigheter. Den rettslige usikkerheten har gjort det mer risikabelt å investere i opphavsrettigheter, noe som i sin tur har bekostet opphaveres mulighet til å forhandle seg til gode overdragelsesavtaler.⁵²

I en artikkel fra 2009 fremhever Ole-Andreas Rognstad at InfoSoc-direktivets moderne enerettsbegrepet ikke egner seg til å sikre opphaveres interesser.⁵³ Han fremhever videre at rettsanvendelsen stadig oftere stopper i diskusjon om teknologi – ikke om den faktiske opphavsrettskrenkelsen.⁵⁴ Illustrerende for situasjonen han beskriver er Høyesteretts avgjørelse i HR-2005-133-A (Napster-dommen). Et av sakens tvilstemaer var om lenking til opphavsrettskrenkende materiale var å anse som «tilgjengeliggjøring» etter dagjeldende åndsverklov § 2.⁵⁵ Til tross for den rettslige usikkerheten, var det klart at tiltaltes lenking medførte tap på rettighetshavers hånd. Rognstad foreslår i sin artikkel å «...basere enerettsposisjonene i opphavsretten på den grunnidé at rettighetshaverne skal ha enerett til en rimelig utnyttelse».⁵⁶ Forslaget er uttrykk for hvordan enerettsbegrepet har vært for lite fleksibelt til å sikre opphaveres interesser mot fremveksten av ny teknologi.

Nyere saksgang i EU-domstolen viser at Rognstad sitt uttrykk ikke er mindre aktuelle i dag. Den 10. september 2019 ble det i C-263/18 (Tom Kabinet) gitt en anbefaling fra EU-domstolen om hvorvidt rettighetshavere kan motsette seg tredjeparters videresalg av «brukte» e-bøker på nett. Rettslig var spørsmålet om nedlastning av en e-bok var spredning etter Infosoc-direktivet art. 4 eller tilgjengeliggjøring etter art.3. Hvis spredning etter art. 4, var ikke opphaverens samtykke nødvendig for videresalget. Rent faktisk var det klart at å tillate videresalg ville gå på bekostning av rettighetshaverens inntektsgrunnlag. Generaladvokat Szpunar anbefalte at videresalget burde bli regnet som tilgjengeliggjøring etter InfoSoc-direktivet art.3, under begrunnelsen om at det motsatte ville få store økonomiske konsekvenser for opphavere.⁵⁷ Det interessante med saken er riktignok at den veiledende uttalelsen går imot domstolens tidligere praksis. I C-128/11 (UsedSoft) kom domstolen til at nedlastning av programvare var å regne

⁵¹Rognstad, Ole-Andreas, Opphavsrettens innhold i en multimedieverden – om tradisjonelle opphavsrettsbegrepers møte med digital teknologi, Nordisk immateriell rettsskydd, nr.6, 2009, s. 531 – 547

⁵² KOM (2015) 626 final, punkt 5

⁵³ Rognstad (2009). s. 532 (første avsnitt)

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. 12. mai nr. 2 (åndsverkloven)

⁵⁶ Ibid. s. 541 (tredje avsnitt)

⁵⁷ C-263/18 (Tom Kabinett) premiss 91 flg.

som spredning etter InfoSoc-direktivet art.4, og at slike derfor kunne videregives uten opphaverens samtykke. Uten å behandle dommene nærmere, kan de ansees som symptomer av den tilstanden Rognstad omtaler i sin artikkel.⁵⁸ At EU-domstolen går tilbake på sitt tidligere standpunkt i C-263/18 kan ansees som uttrykk for en tendens om økt opphavsrettsvern i det moderne EU.

Når behovet for vederlagsregulering begrunnes i rettstilstanden slik den er beskrevet, er målsetningen om å styrke opphaveres rettsstilling også en målsetning om å gi enerettighetene økt beskyttelse.⁵⁹ En side av dette er å gi opphavere økt vern overfor erververe, når de overdrar sine rettigheter.⁶⁰ Dette danner viktig bakteppe når innholdet av åvl. § 69 og DSM-direktivet art. 18 skal vurderes. Når begge reglene kan begrunnes med henblikk til en mer allmenn rettstilstand, er det imidlertid et poeng at de skiller seg fra hverandre i tiltenkt omfang. Åndsverkloven har til hensikt å balansere interessene til norske opphavere og investorer.⁶¹ DSM-direktivet har til hensikt å gi rettledeende regulering til fordel for det indre markedet og Unionen som felleskap.⁶² Følgen av dette er at åndsverklovens regulering er mer praktisk, sammenlignet med DSM-direktivets som er mer prinsipiell. Når avhandlingens spørsmål behandles er det derfor sentralt å finne frem til den reelle balansen oppnådd etter innføringen av åvl. § 69, for så å vurdere om den er i overensstemmelse med den prinsipielle forpliktelsen i DSM-direktivet.

⁵⁸ Rognstad (2009)

⁵⁹ DSM-direktivets fortalepunkt 72. Behandles nærmere i avhandlingens kapittel 5.2.2

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Åvl. §1 og Prop. 104 L. (2016-2017) s. 237 – 238

⁶² DSM-direktivet fortalepunkt 1 - 3

3 Åndsverkloven § 69

Målsetningen for behandlingen av åvl. §69 er å avklare hvilke begrensninger den medfører for avtalefriheten mellom opphaver og erverver. Herunder er det sentralt å avklare *når* kravet aktualiseres, *hvem* kravet retter seg mot og *hvilke forpliktelser* kravet reiser.

3.1 Presentasjon av bestemmelsen

Det følger av åndsverkloven § 69 første ledd at:

«Når en opphaver utenfor forbrukerforhold helt eller delvis overdrar rett til å råde over et åndsverk, har opphaveren krav på rimelig vederlag fra erververen.»

Det slås fast i bestemmelsens første ledd at kravet på rimelig vederlag aktualiseres når opphaveren «overdrar rett til å råde over åndsverk» og dette skjer «utenfor forbrukerforhold». Det er allerede lagt til grunn at «rett til å råde» henviser til disponering av opphaveres enerettigheter etter åvl. §3 Om «forbrukerforhold» henviser forarbeidene til forbrukerbegrepet slik det er definert i forbrukerkjøpsloven §1 tredje ledd, som slår fast at forbrukere er «fysiske personer som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet». Sett under ett er det klart at kravet på rimelig vederlag aktualiseres når opphaveren overdrar sine enerettigheter i avtale med andre enn forbrukere, bl.a. når rettigheter overdras til noen som opptrer som ledd næringsvirksomhet.

Videre slås det fast at opphaveren har krav på rimelig vederlag «fra erververen». Ordlyden tilsier at kravet bare aktualiseres i avtaleforholdet mellom opphaver og erverver. Forarbeidene understreker at kravet ikke kan rettes mot senere omsetningsledd.⁶³

Ordlyden av «krav» på rimelig vederlag tilsier i utgangspunktet at opphaveren kan håndheve sin rettighet dersom rimelig vederlag ikke gis. Forarbeidene anviser bestemmelsen som hjemmel for lemping eller ugyldiggjøring dersom rimelig vederlag ikke er sikret i omfattede overdragelser.⁶⁴

⁶³ Prop. 104 L. (2016-2017) s. 334

⁶⁴ Ibid. s. 334

Det følger videre av bestemmelsens andre ledd at:

«Ved vurderingen av hva som utgjør et rimelig vederlag, skal det blant annet legges vekt på hvilke rettigheter som overdras, hva som er vanlig på området og de konkrete forhold som gjør seg gjeldende, herunder partenes forhandlingsstyrke og formålet med den avtalte bruk. Om overdragelsen gjelder bruk i ervervsvirksomhet, skal det også legges vekt på den sannsynlige verdi av overdragelsen. Vurderingen skal baseres på forholdene på avtaletidspunktet.»

I andre ledd gis det momenter til forståelsen av kravet om rimelig vederlag etter bestemmelsen.⁶⁵ Videre slås det fast at vederlagskravet skal baseres på «forholdene på avtaletidspunktet». Forpliktelsen er altså avgrenset til å gjelde når overdragelsen avtales, slik forholdene da lå til rette.

Bestemmelsens tredje og fjerde ledd slår fast at:

«Om overdragelsen gjelder rett til å gjøre et verk tilgjengelig for allmennheten ved utleie av film eller lydopptak, kan det i tillegg til momentene i andre led også legges vekt på utviklingen etter avtaletidspunktet.

Bestemmelsene i denne paragrafen kan ikke fravikes til skade for opphaveren.»

At kravet på rimelig vederlag er ufravikelig til skade for opphaveren, understreker regelens hensikt om å styrke opphaveres rettsstilling. Det tilsier også at kravet om å sikre rimelig vederlag er en forpliktelse pålagt erververen.

Sammenfatningsvis gir åvl. § 69 hjemmel for lemping eller ugyldiggjøring der erververen får overdratt rettigheter og der vederlaget ved overdragelsen er urimelig i lys av øvrige momenter. Som begrensning i avtalefriheten, forplikter bestemmelsen erververen om å sikre rimeligheten av opphaverens vederlag på tidspunktet for overdragelsen.⁶⁶

Før det konkrete innholdet av forpliktelsen vurderes, gjennomgår kapittel 3.2. om forpliktelsen gjelder for alle overdragelser.

⁶⁵ Disse behandles i kapittel 3.3 – 3.6

⁶⁶ Underbygges av ordlyden i «Når en opphaver ... overdrar».

3.2 Bestemmelsens virkeområde

I utgangspunktet gir åvl. § 69 opphaveren et ufravikelig krav på rimelig vederlag. Dette taler i seg selv for at alle overdragelser omfattes av bestemmelsen. I forarbeidene er det imidlertid tatt til orde for en begrensning, der det fremheves at åvl. § 69 «ikke hindrer [opphavere] ... å gi bort noe gratis».⁶⁷ Dette forutsettes også i åvl. §3, i ordlyden av «enerett til å råde» over åndsverket, som i utgangspunktet tilskriver opphavere total råderett. Det aktuelle kildematerialet legger altså opp til å vurdere gratisoverdragelser og overdragelser mot vederlag forskjellig, i at førstnevnte er utenfor og sistnevnte er innenfor bestemmelsens virkeområde.

Det er imidlertid ikke upraktisk at opphavere er uopplyst om det økonomiske potensialet av sine enerettigheter. Det er heller ikke gitt at alle gratisoverdragelser motiveres av opphaverens ønske om å gi bort sine rettigheter gratis. Det kan tenkes tilfeller der opphaveren gir bort sine rettigheter fordi han ønsker å oppnå publisitet. På grunn av sin svake forhandlingsposisjon betinger han seg ikke vederlag. Hadde han imidlertid hatt en sterkere posisjon hadde han kanskje visst hva rettighetene var verdt, og betinget seg motytelse. Sett i sammenheng med regelens hensikt om å styrke opphavere, og reglens ufravikelig, er det klart at det overfor svakerestilte burde være slik at erverver har plikt til å sikre rimelig vederlag også der han får tilbud om rettigheter gratis.

I forarbeidene understrekes det at «å beskytte den opprinnelige skapende og utøvende kunstner ... også [må reflekteres] i bestemmelsens virkeområde».⁶⁸ Om virkeområdet uttales det videre at det er

*«grunn til å anta at rettighetshaveren i de fleste tilfeller vil ønske å motta vederlag som motytelse til overdragelse, og hensikten med bestemmelsen er å bidra til at rettighetshaver ... får det rimelige vederlag vedkommende rettmessig har krav på».*⁶⁹

Forarbeidene, sett i sammenheng med bestemmelsen formål, taler for at alle overdragelser skal omfattes av bestemmelsen. Følgelig har erverver en plikt om å sikre rimelig vederlag etter åvl. § 69 også der han får tilbud om rettigheter gratis. Forståelsen understøttes av bestemmelsens ufravikelighet i fjerde ledd.

⁶⁷ Prop. 104 L. (2016-2017) s. 242

⁶⁸ Ibid. s. 240

⁶⁹ Ibid. s. 336.

Det videre spørsmålet er imidlertid om åvl. § 69 også regulerer situasjonen der en opphaver overdrar noe han vet er kommersielt interessant på avtaletidspunktet, men likevel avstår vederlag. Herunder er det spørsmål om opphaveren kan holdes til sin gratisoverdragelse med den følge at overdragelsen faller utenfor, eller om han kan få lempet overdragelsen etter åvl. § 69 dersom han angrer seg. Hvis åvl. § 69 også verner mot gratisoverdragelser opphavere i utgangspunktet ønsket å foreta, er dette en betydelig begrensning av avtalefriheten mellom opphavere og erververe. Det er i så fall relevant for vurderingen av om åvl. § 69 oppnår graden av beskyttelse forpliktet om i DSM-direktivet art. 18.

3.2.1 Erververs adgang til å motta rettigheter gratis

I utgangspunktet medfører løfteprinsippet, slik det kommer til uttrykk i avtl. § 7, at en ensidig bebyrdende overdragelse ansees rettslig forpliktende så vidt overdragelsen er fullbyrdet før giveren kan ta tilbake sitt løfte.⁷⁰ Når en erverver får rettigheter overdratt til seg, har han altså en forventning om at vilkårene for overdragelsen ikke skal endres. Til støtte for denne forventningen er at slike overdragelser ligger innenfor opphaveres råderett etter åvl. § 3. Det er ikke grunnlag for å gjøre opphaveres rett til overdragelse relativ til rettighetenes verdi. Samlet tilsier derfor opphaveres råderett og hensynet til erververs forutberegnelighet at erverver skal kun motta rettigheter som er kommersielt interessante på avtaletidspunktet gratis, utenfor virkeområdet av åvl. § 69.

Om å overdra rettigheter gratis uttales det i forarbeidene at:

«Et eksempel på en situasjon hvor dette både vil være praktisk og det normale, er innsending av bilder for bruk i kringkasting eller andre medier, av typen «seernes/lesernes bilder». Her må det anses forutsatt at innsendingen ikke vil utløse vederlagskrav... Bestemmelsens ufravikelighet er ikke ment å være til hinder for dette.» (forfatterens uthevinger⁷¹)

Uttalelsen kan tas til inntekt for at overdragelser som er av en slik art at de forutsetter vederlag etter åvl. § 69, ikke kan mottas gratis utenfor virkeområdet av åvl. § 69. Dette vil i så fall medføre at erverver til tross for opphaverens ønske om å avse rettighetene gratis, må gi et vederlag for rettighetene som fremstår rimelig etter vurderingen i åvl. § 69. Reglens

⁷⁰ Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, Alminnelig avtalerett, Oslo, 2009, s. 108 - 116

⁷¹ Prop. 104 L. (2016-2017) s. 335

ufravikelighet kan anføres til støtte for en slik forståelse. Det imidlertid ikke naturlig å påtvinge opphaveren vederlag der vedkommende ikke ønsker det. Av denne grunn er det også nærliggende å forstå at erverver har møtt sine forpliktelser etter åvl. §69 dersom opphaveren har blitt tilbudt vederlag, men avstått. Spørsmålet er imidlertid om hensynet til erververs forutberegnelighet kan begrunne at opphaver ikke kan kreve lemping etter åvl. §69, dersom han senere ønsker vederlag. I realiteten er det et spørsmål om hensynet til erververs forutberegnelighet skal gis forrang foran regelens ufravikelighet. Som et utgangspunkt bør det være klart det ikke er rettskildemessig grunnlag for en slik fravikelse av lovens ordlyd. Det må i så fall ha tungtveiende rettskildemessig grunner for seg, eksempelvis ved at hensynet til erverver gjør seg særlig sterkt gjeldende.

Det er til det overstående et poeng at hensynet til erververs forutberegnelighet blir mer verneverdig desto mer han innretter seg etter overdragelsens vilkår. Hensynet til erververs innrettelse kan på den måten tale for at åvl. § 69 ikke skal gi opphaveren krav på rimelig vederlag der opphaveren har takket nei til tilbud om vederlag. Hvorvidt innrettelsen gis forrang foran opphaverens ufravikelige krav, avhenger av hvordan regelen balanserer hensynet til erververs innrettelse og opphaverens interesser.

Dekningslovens regler om omstøtelse gir uttrykk for en lignende balansering av de overnevnte hensyn.⁷² Etter dekl. § 5-2 kan en ensidig bebyrdende overdragelse omstøtes etter en lengre frist enn andre disposisjoner. Regelen illustrerer det mer almene poenget om at de tar lengre tid før mottaker av en gave har fått en verneverdig innrettelse. Når han likevel har fått det, skal overdragelsen respekteres etter sine vilkår.⁷³ Til dette er det et motstridende poeng om at opphavsrettigheter si svært få tilfeller kan overdras på en måte som gir erververen total råderett over det mottatte, siden opphaveren uansett sikres sine ideelle rettigheter jfr. åvl. §§ 67 og 5. Opphaverens ideelle rettigheter fremgår i åvl. § 5, og sikrer opphaveren rett til å bli kreditert og at verket skal behandles på en måte som ikke bekoster dets anseelse.⁷⁴ Det følger av åvl. §5 tredje ledd at opphavere bare kan overdra sine ideelle rettigheter til «bruk av verket som er avgrenset etter art og omfang». Etter bestemmelsen har altså opphaver bare adgang til å gi bort det totale av sine rettigheter dersom det er til begrenset bruk. Dette setter også en ramme for erververs innrettelse. Bare begrensede rettighetsoverdragelser vil kunne gi erververen en

⁷² Lov 6. august 1984 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) (heretter «dekl.»)

⁷³ Dekl. 5-2 første ledd om fristdagen

⁷⁴ Åvl. §5 første og andre ledd

forventning om at han kan disponere over det mottatte uten begrensninger.⁷⁵ Rettighetsoverdragelser som ikke kan gjøres innenfor rammene av åvl. §5 tredje ledd vil heller bære preg av at det foreligger en viss forpliktelse mellom partene. For disse tilfellene kan det ikke godtgjøres at det foreligger en så verneverdig innrettelse på erververs hånd at den kan gis forrang foran ufravikeligheten av opphaveres krav på rimelig vederlag etter åvl. § 69.

Problemstillingen om hvordan regelens virkeområde skal ta høyde for erververs innrettelse ved gratisoverdragelser er ikke behandlet i forarbeider eller juridisk teori. Forarbeidenes uttalelse om at virkeområdet må reflektere målsetningen om å beskytte opphaver taler for at alle overdragelser skal omfattes.⁷⁶ I mangel av kilder for motsatt konklusjon, legges dette til grunn. Følgelig vil ikke en situasjonen der kommersielt interessante rettigheter overdras med opphaverens viten falle utenfor bestemmelsens virkeområdet. Gjennomgangen i det foregående avsnittet kan imidlertid tilsi at overdragelser innenfor rammene åvl. §5 tredje ledd faller utenfor, dersom de gis bort gratis.

3.3 Momentet om «hvilke rettigheter som overdras»

Momentene i åvl. §69 andre ledd angir innholdet av opphaveres vederlagskrav. Åndsverklovens forarbeider tar til orde for at momentene «skal vektlegges».⁷⁷ De utgjør med andre ord sentrale utgangspunkter for forståelsen av opphaveres vederlagskrav. Det første avhandlingen tar for seg er «hvilke rettigheter som overdras».

Ordlyden av «rettigheter» må sees i sammenheng med enerettighetsbegrepet i åvl. § 3. Som fremhevet i avhandlingens kapittel 2 omfatter retten til eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring en rekke forskjellige utnyttelser. Forutsetningsvis tilsier ordlyden av «hvilke rettigheter som overdras» at opphaverens vederlag skal være rimelig for alle nyttelsene som overdras til erververen. Forarbeidene fremhever at:

*«...ved ellers like overdragelser antas en overdragelse med omfattende bruksmuligheter å fordre høyere enn en som er mer begrenset».*⁷⁸

⁷⁵ Opphavsrettigheters personlige karakter skiller dem fra andre formuesgoder

⁷⁶ Prop. 104 L. (2016-2017) s. 240

⁷⁷ Ibid. s. 335

⁷⁸ Ibid. s. 239

Ordlyd og forarbeider tilsier således at omfanget av rettigheter skal avspeiles i vederlaget, presumptivt at overdragelser som gir rett til mange utnyttelser skal ha større vederlag enn de som gir færre.

I avhandlingens punkt 2.2 ble det antydnet om behovet for vidt formulerte enerettighetsbegreper, slik at opphaveren sikres rett uavhengig av fremstillingsform. Baktanken er at alle økonomisk relevante utnyttelser skal falle innenfor opphavere herredømme og gi han mulighet for vederlag. Siden enerettighetene er konstruert på en slik måte, er det ikke uvanlig å strukturere rettighetsovergangen sånn at erververen gis rett til utnyttelse som på avtaletidspunktet enda er ukjent.⁷⁹ Dette impliserer at rettigheter overdras før disses økonomiske potensiale er mulig å anta. Slike avtalevilkår presenterer opphavere for risiko. Erververen vil normalt stå fri til å til selv å vurdere hvilke av de overdratte rettighetene det er kommersielt forsvarlig å utnytte. Opphaveren risikerer på sin side å være avtalemessig forhindret å overdra de aktuelle utnyttelsesrettighetene til andre.⁸⁰ Tatt bestemmelsens målsetning om å styrke opphavere, er det naturlig å stille spørsmål om kravet til rimelig vederlag motvirker overdragelse av rettigheter til ukjent utnyttelse fordi de ikke kan antas kompensert for ved overdragelsen.

3.3.1 Totaloverdragelser med rett til ukjent utnyttelse

Bestemmelsens ordlyd i «rettighetene som overdras» tilsier at vederlagets rimelighet skal være vurdert med henblikk til de rettighetene erverver betinger seg i avtalen. Utnyttelsesrett som umulig kunne vurderes og tas høyde for på avtaletidspunktet vil forutsetningsvis ansees å falle utenfor det som er kompensert for.

Forarbeidene slår fast at «bestemmelsen tar særlig sikte på å motvirke totaloverdragelser som ved press skjer vederlagsfritt eller til et meget lavt vederlag».⁸¹ Det er ingen anvisninger i lovens forarbeider om at bestemmelsen er ment å hindre totaloverdragelser forøvrig. Uttalelsen kan imidlertid leses som et uttrykk for at kravet om rimelig vederlag til opphaver skjerpes ved totaloverdragelser. Forarbeidene utdyper videre at:

⁷⁹ Høringsnotat om Forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven), høringsfrist 8. august 2016, s.252, med videre henvisning til forskningsrapport Kunstens autonomi og kunstens økonomi

⁸⁰ Et eksempel på et slikt avtalevilkår finnes i den offentlig tilgjengelige rammeavtalen mellom NRK og Norsk Dramatikerforbud, under punkt 5, tilgjengelig på : <https://dramatiker.no/om-avtalene/> [sitert 27. november 2019]

⁸¹ Prop. 104 L. (2016-2017) s. 239

«[Det]antas [at] en eksklusiv overdragelse som kan overdras videre og som omfatter en rekke former for bruk, kjente som ukjente, i utgangspunktet å fordre et høyere vederlag enn en ikke-eksklusiv overdragelse ...».

Uttalelsene antyder om at totaloverdragelser må svare til den økonomiske realiteten for opphaveren for å være rimelig etter åvl. § 69. Overdragelse av eksklusive rettigheter setter opphaverne ute av stand til selv å benytte sine rettigheter for ytterligere inntektsinntjening, eksempelvis ved salg til andre. At opphaveren avstår denne rettigheten er en økonomisk realitet opphaveren skal få rimelig vederlag for. I den sammenheng er det prinsipielt problematisk å akseptere avtaleformer som overdrar rettigheter hvis økonomiske konsekvens er ukjent på avtaletidspunktet.

Det er imidlertid et poeng at muligheten til å overdra det totale omfanget av sine rettigheter også er en fordel for opphavere. Blant annet muliggjør det å imøtekomme erververs investeringsrisiko. Det vil eksempelvis være tryggere for en erverver å investere i filmatiseringen av en bok dersom han får andre kommersielt interessante rettigheter i tillegg til filmatiseringsrettighetene. Det kan for eksempel tenkes rettigheter til oppfølgere eller produktfremstilling. Baktanken med totaloverdragelser av rett til ukjente utnyttelser er at det gir erververen en forutberegnelighet, i forventning at de ved overdragelsen sikres enhver mulighet til å dra økonomisk nytte av sin investering. Det er i denne sammenheng problematisk om fremveksten av nye utnyttelsesformer i seg selv kan trekke gyldigheten av en totaloverdragelse i tvil. Å forstå momentet slik vil være ustemt med uttalelsen i forarbeidene om at åvl. § 69 ikke er ment å «forstyrre markedet på en uønsket måte».⁸² I tillegg vil en slik forståelse passe dårlig med bestemmelsens avgrensning mot etterfølgende forhold.⁸³ Følgelig er det ikke grunnlag for å hevde at åvl. §69 motvirker totaloverdragelser av rett til også ukjent utnyttelse.

Det virker imidlertid mer naturlig å forstå momentet som en forpliktelse om å avtale et vederlag som tar høyde for usikkerhetene knyttet til ukjente utnyttelser.⁸⁴ Eksempelvis vil inntektsbaserte vederlag, der opphaveren får prosentandel av det erververen tjener på rettighetene, kunne sikre at også ukjente utnyttelser er tatt høyde for på avtaletidspunktet. Forarbeidene omtaler på sin side vederlagskravet som «fleksibel størrelse», og at det er opp til

⁸² Prop. 104 L. (2016-2017) s. 242

⁸³ Åvl. § 69 tredje ledd

⁸⁴ Understøttes i Rognstad (2019) s.460: Momentet «tjener som en påminnelse om at man ved vederlagsberegningen passer på å kompensere for all type utnyttelse»

partene å dokumentere konkrete forhold som begrunner at vederlaget skiller seg fra normalen.⁸⁵ Sett i sammenheng med det overstående, åpner rimelighetsvurderingen for å hensynta hvorvidt avtalemotparten har forsøkt å ta høyde for ukjent utnyttelse i vederlaget. Der parten kan dokumentere en hensikt om å sikre opphaveren rimelig vederlag også for ukjent utnyttelse, er det også grunn til å anse kompensasjonen rimelig til tross for at den ukjente utnyttelsen ellers fremstår urimelig kompensert for. Dette er imidlertid ikke avklart i lovens forarbeider.

Kildematerialet taler for at momentet om «hvilke rettigheter som overdras» ikke motvirker totaloverdragelser med rett til ukjente utnyttelser. Ettersom totale overdragelse i seg selv tilsier høyere vederlag, er det imidlertid naturlig å forså momentet å oppstille en presumsjon for urimelighet der totaloverdragelsen ikke tar høyde for de økonomiske følgene for opphaver.⁸⁶ Presumsjonen indikerer at også ukjente overdragelser må være kompensert for dersom vederlaget skal anses å rimelig dekke utnyttelsen. Det forutsetter at opphaveren gis vederlag på en måte som tar høyde for den mulige økonomiske konsekvens av at det tilkommer nye utnyttelser innenfor den rettigheten som er overdratt. [noe om sannsynlig verdi]

3.4 Momentet om «hva som er vanlig på området»

Momentet om «hva som er vanlig på området» anviser om at opphaverens vederlag skal sees i sammenheng med andres hva andre får for lignende overdragelser. Ordlyden av «området» gir avgrensning i hva som er relevant sammenligningsgrunnlag. Forarbeidene slår fast at «bransjenormer og standardavtaler tillegges vekt når slike foreligger».⁸⁷ Det er altså klart at bransje utgjør konteksten for hva som er vanlig. Sett hen til avgrensningen mot etterfølgende forhold i åvl. §69 fjerde ledd, er det klart at sammenligningsbasisen er forholdene i bransjen slik de var på overdragelsestidspunktet.

Ordlyden av «hva som er vanlig» gir i utgangspunktet begrenset med veiledning om *hva* i gitte bransjenormer og standarder som skal veilede for rimelig vederlag. Ordlyden gir en vid yttergrense for sammenligning innenfor den aktuelle bransjen. Både det konkrete vederlagsnivået og de vanlige modellene for vederlagsberegning er innenfor ordlyden. Med vederlagsnivå menes her hvor mye, i kroner og øre, som vanligvis blir gitt for de overdratte

⁸⁵ Prop. 104 L. (2016-2017) s. 242

⁸⁶ Med presumsjon menes her en antakelse om at noe fremstår som mer sannsynlig enn noe annet så fremt det ikke blir motbevist. Definisjonen er hentet fra <https://jusleksikon.no/wiki/Presumsjon> [sisert 27. november 2019]

⁸⁷ Prop. 104 L. (2016-2017) s. 335

rettighetene. Med vederlagsmodell menes hvordan vederlag beregnes dersom kroner og øre ikke er avtalt på avtaletidspunktet. Når forarbeidene fremhever bransjenormer og standardavtaler som viktig veiledning, åpner dette for at både nivå og modell er relevant for vurderingen.⁸⁸

Det er imidlertid et poeng at bransjenormer og standarder er myntet på normaltillfellene. Det kan være mange ting som skiller åndsverk og rettigheter fra hverandre innad i bransje, som også burde kunne tas høyde for i overdragelsesavtalen. Det kan eksempelvis være vanskelig å anta den kommersielle suksessen av en fremstilling før den er satt til liv. I det tilfeller foreligger det større investeringsrisiko på avtaletidspunktet, som burde kunne tas høyde for. Å forstå momentet om «hva som er vanlig på området» å forpliktende erverver til bransjenormale vilkår, vil gjøre det vanskelig å minimere risiko ved overdragelsen. Å kunne imøtekomme erververs ønske om å minimere risiko, eksempelvis ved å ta seg inntektsbasert vederlag i et tilfelle der det er unormalt, stiller opphaveren i en bedre posisjon til å selge sine rettigheter. Det også i opphaveres interesser å kunne velge seg unormale vederlagsmodeller hvis de selv anser det økonomisk rasjonelt. Når det er sagt, er det grenser for hvor langt opphaveren er tjent med å kunne imøtekomme kontraktsmotparts interesser. Erverver av åndsverk er stort sett mer opplyst om det økonomiske potensialet i opphaverens enerettigheter enn opphaveren selv. Å tillate opphaveren vederlag som for erververen fremstår urimelige ved overdragelsen passer i utgangspunktet dårlig med reglens ufravikelighet. Motstriden gjør det naturlig å stille spørsmålet om åvl. § 69 forplikter erververen til å gi opphaveren vederlag etter en modell som sikrer et normalt vederlagsnivå, til tross for at opphaveren ønsker en unormal vederlagsmodell. I klartekst er dette et spørsmål om momentet om «hva som er vanlig på området» begrenser opphaveres adgang til å ta risiko om vederlag.

3.4.1 Unormale vederlagsmodeller

Forarbeidene slår fast at meningen med bestemmelsen er å gi «...vern mot vederlag som ikke er rimelige – både når disse avtales som engangs- og løpende vederlag ...».⁸⁹ Det er med andre ord ikke forutsatt i forarbeidene at enkelte vederlagsmodeller i seg selv er mer rimelige enn andre. Dette skiller seg eksempelvis fra reguleringen om rimelig vederlag for opphavsrettigheter i Tyskland, der det etter rettspraksis er slått fast at omsetningsbasert vederlag lettere anses

⁸⁸ Ibid. s. 335

⁸⁹ Prop. 104 L. (2016-2017) s. 239

rimelige.⁹⁰ Forarbeidsuttalelsen over taler for at momentet om «hva som er vanlig» ikke skal forstås som en begrensning av avtalepartenes frihet til å imøtekomme hverandres interesser ved å avtale unormale vederlagsmodeller. Det uttales i forarbeidene at selv om «... noe er vanlig på området ... [er det ikke] ... nødvendigvis ... rimelig i den konkrete sak ...».⁹¹ Uttalelsen åpner for at den partene forstås en adgang til å avtale vederlag utfra forhold som aktualiserer seg i den konkrete overdragelsen. Videre uttales det i forarbeidene at standardavtaler ikke bør «... legges til grunn dersom en av partene i avtalen som skal vurderes kan vise til særlige forhold som godtgjør at nivået ... skal være [annerledes] ...».⁹² Kildematerialet taler for å forstå momentet å anviser om en presumsjon for at bransjestandarder i utgangspunktet er rimelige. Partene har likevel en vid adgang til å avtale unormale vederlag så lang disse konkrete rimelighet kan begrunnes og dokumenteres. Såfremt opphaveren ønsker en seg en unormal vederlagsmodell, bør et slik ønske kunne imøtesees. Det er ikke hold for å forstå momentet om «hva som er vanlig på området» som en forpliktelse om å avstå fra bruke unormale vederlagsmodeller, da dette vil stille opphavere dårligere til å imøtekomme erververe der de selv anser det fordelaktig. Hensikten om å styrke opphavere taler imot en slik forståelse.⁹³

3.5 Momentet om «konkrete forhold, herunder partenes forhandlingsstyrke og formålet med den avtalte bruk»

Momentet om «konkrete forhold, herunder partenes forhandlingsstyrke og formålet med den avtalte bruk» tydeliggjør hvilke konkrete forhold som kan egne seg som begrunnelse for partenes eventuelt bransjeavvikende avtale og vederlaget for øvrig.

Ordlyden av «konkret forhold» setter en vid yttergrense for hva som kan være relevant. Det er imidlertid naturlig å forstå «konkret» som en avgrensning mot de forhold som ikke er tilgjengelig for begge parter, eksempelvis subjektive opplevelser. I kjernen av momentets ordlyd er forholdene som enten lå som forutsetning for overdragelsesavtalen, eller de forhold som har aktualisert seg som følge av overdragelsen. Det er også naturlig å se «konkret» som en avgrensning mot forhold som ikke angår vederlaget størrelse. Det er imidlertid ikke naturlig å forstå «konkret» så strengt at bare eksplisitt utalte forhold kan påberopes. For det første vil rettighetene som overdras kunne gi inntrykk av avtalens formål. For det andre er det upraktisk

⁹⁰ Rognstad (2019) s. 460

⁹¹ Prop. 104 L. (2016-2017) s. 239

⁹² Ibid. s. 334

⁹³ Ibid. s. 238

å påkrevne eksplisitt formålsangivelse, all den tid det er partenes felles forståelse på avtaletidspunktet som medfører avtalerettslig binding.⁹⁴ Dette gjelder også for det formålet partene entes om. Sett i sammenheng med avgrensningen mot etterfølgende forhold, er det klart at bare forhandlingsstyrken og formålet slik det konkret kunne antas på avtaletidspunktet har relevans. Avgrensning mot etterfølgende forhold tilsier også at hvorvidt erververen faktisk har brukt rettighetene slik han hadde til formål om, er irrelevant for kravet om rimelig vederlag.

Videre er partenes forhandlingsstyrke relevant dersom det har relevans for vederlagsspørsmålet og fremstår objektivt tilgjengelig for begge parter. Om innholdet av «forhandlingsstyrke» legger forarbeidene til grunn at svakere opphavere normal står dårligere til å sikre egne interesser i forhandling med sterkere erververe.⁹⁵ Det oppstilles med dette en presumsjon for at opphavere er svakerestilte ved overdragelsen av sine rettigheter. Det uttales videre at partenes forhandlingsstyrke utgjør kjernen i bestemmelsen. Forarbeidene fremhever i sammenheng med formålet om å motvirke urimelige totaloverdragelser, at faren for urimelig vederlag er størst ved ubalanserte partsforhold.⁹⁶ Uttalelsen uttrykker at opphaveres behov for vern er relativt til partsstyrke, og således at kravet i åvl. § 69 er særlig viktig der styrkeforholdet mellom partene er skjevfordelt i opphaverens disfavør.⁹⁷ Dette betyr imidlertid ikke at svakere opphavere skal ha større vederlag, eller at opphavere som er likebyrdige sine motparter skal ha mindre. Det fremstår heller som naturlig å anse at kravene etter åvl. § 69 må avbalanseres etter opphaverens behov for vern. Som begrensning i avtalefriheten, er det derfor mest samstemt med formålet å forstå momentet å begrense avtalefriheten relativt til partstyrke.

Som allerede fremhevet er det et poeng at avtalefriheten også kan benyttes til opphaveres fordel.⁹⁸ Blant annet gir avtalefrihet muligheten til å ta risiko angående vederlag, som kan være en fordel for opphaver – også de svakerestilte. Det er imidlertid et poeng at risiko potensielt kan slå hardere ut mot svakere opphavere. Forarbeidsuttalelsene i foregående avsnitt kan også tas til inntekt for at erververs plikt om å sikre rimelig vederlag er særlig viktig i overdragelser fra svake avtaleparter. Samlet aktualiserer dette spørsmålet om erverver kan gi svakerestilte opphavere vederlag etter risikofylte modeller hvis det foreligger mindre risikable alternativer, eksempelvis i form av en standardavtale for den aktuelle bransjen. I klartekst er det et spørsmål

⁹⁴ Giertsen (2014) s. 117

⁹⁵ Prop. 104 L. (2016-2017) s. 237 – 238

⁹⁶ Ibid. s. 239

⁹⁷ Dette underbygges også av åvl. §69 fjerde ledd, om ufravikelighet til ugunst for opphavere.

⁹⁸ Se kapittel 3.4

om åvl. §69 begrenser svakerestilte opphaveres adgang til å ta risiko ved valg av vederlagsmodell.

3.5.1 Risikofylte vederlagsmodeller til svakerestilte opphavere

Forarbeidene slår fast at «partene selv [er] nærmest» til å finne ut gjennom «frie forhandlinger» hva som er rimelig.⁹⁹ Kildematerialet gir ingen klare begrensninger i opphaveres mulighet til å ta risiko om vederlag – sterke eller svake. Ettersom det er en uttalt målsetning om at åvl. § 69 ikke skal forstyrre markedet på en unødigg måte, er forarbeidenes bidrag i utgangspunktet at svakerestilte også skal kunne ta risiko hva gjelder vederlag.¹⁰⁰

Dette er imidlertid ikke uproblematisk. For det første vil det kunne forekomme at opphavere er uopplyst om verdien av sine rettigheter. For det andre er svakere opphavere presumptivt dårligere stilt til å sikre sine interesser.¹⁰¹ I tillegg kan det være en betydelig fordel for erverver at opphaver tar risiko om vederlag. Det kan for eksempel tenkes en inntektsbasert vederlagsmodell som gir opphaveren høy andel av det eventuelle overskuddet opphaverens rettighetene tjener inn. Ved en slik modell får erververen fordel av å ikke måtte kompensere opphaveren før rettighetene begynner å tjene penger. Opphaveren står imidlertid i risiko for å ikke få vederlag i det heletatt. Adgangen til å gi en slik vederlagsmodell vil i realiteten være begrenset etter åvl. §69. Det er imidlertid problematisk om erververs plikt til å sikre rimelig vederlag ikke går lengre overfor opphavere som har større behov for vern. I tilfeller der det eksempelvis foreligger standardavtaler som for erververen fremstår som rimeligere, burde det foreligge en plikt til å veilede opphaveren til tross for vedkommende sitt ønske om å ta risiko.

Uttalelsen i forarbeidene om å motvirke urimelige disposisjoner som skjer «ved press», kan leses som et uttrykk for at urimelige disposisjoner opphaveren selv velger må aksepteres under bestemmelsen.¹⁰² I et tilfelle der opphaveren er klar over risikoen i valget om vederlagsmodell bør han også stå fritt til å velge. At opphaveren bevisst tok risiko er i så fall et konkret forhold som kan dokumenteres til begrunnelse for at vederlaget likevel er rimelig, dersom risikoen slår urimelig ut.¹⁰³ Forarbeidene uttaler videre at svakerestilte opphavere ikke «skal måtte akseptere lavere vederlag enn det som følger av standardavtaler på området fordi vedkommende er i en

⁹⁹ Prop. 104 L. (2016-2017) s. 238

¹⁰⁰ Ibid. s. 242

¹⁰¹ Ibid. s. 237 – 238

¹⁰² Ibid. s. 335

¹⁰³ Ibid. s. 242

svakere forhandlingsposisjon». ¹⁰⁴ Dersom det er tvilsomt om opphaveren var klar over mindre risikable alternativer, er det også vanskelig å godtgjøre at opphaveren valgte seg vilkåret som eventuelt endte opp med å gi urimelig vederlag. I det tilfeller er det lavere vederlaget en risikabel vederlagsmodell eventuelt slår ut i en direkte konsekvens av opphaverens svake forhandlingsposisjon. Etter forarbeidene er dette disposisjoner som gir opphaver adgang til å lempe etter åvl. §69. ¹⁰⁵ Det kan i medhold av det overstående forstås en større plikt til å veilede svakerestilte opphavere om mindre risikable vederlagsmodeller enn den de i utgangspunktet ønsker. På denne måten er det mulig å argumentere for at momentet om «konkrete forhold» og «partenes forhandlingsstyrke» gir svakerestilte opphavere vern mot følgene av risikable vederlagsmodeller, dersom det ikke kan godtgjøres at de valgte risikoen.

3.6 Momentet om «sannsynlig verdi»

Ordlyden av «sannsynlig» indikerer at verdibegrepet relaterer seg til forståelsen om verdipotensial fremfor hva overdragelsen reelt sett vil medføre av inntekter. ¹⁰⁶ Tatt avgrensningen mot etterfølgende forhold i betraktning, er det forståelsen av sannsynlig verdi på tidspunktet for overdragelsen som er relevant. ¹⁰⁷

Forarbeidene slår fast at det er «... partenes kunnskap og øvrige forhold slik de var kjent ved avtaleinngåelsen som vil danne utgangspunkt for vurderingen». ¹⁰⁸ Følgelig er det partenes forståelse av sannsynlig verdi, ikke hva andre antar om den potensielle verdien, som har relevans. Ettersom kravet henvendes erververen, er det primært erververens forståelse av sannsynlig verdi som er avgjørende for rimeligheten av vederlaget etter § 69.

Forarbeidene uttaler videre at erververens forståelse av sannsynlig verdi også omfatter «påregnelig bruk i senere ledd i verdikjeden» ¹⁰⁹ Sett i sammenheng momentet om «rettighetene som overdras» tilsier forarbeidsuttalelsen at erverver må gi et vederlag som baserer seg på den eventuelle inntjeningen de aktuelle rettighetene vil ha – også i bruk erververen selv står for, men eventuelt muliggjør ved et videresalg. Dette understøtter konklusjonen i det foregående, om at erververen må gi opphaveren vederlag etter en beregning som søker å ta høyde for at de

¹⁰⁴ Prop. 104 L. (2016-2017) s. 335

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Forståelsen understøttes av avgrensningen mot etterfølgende forhold i åvl. § 69 fjerde ledd.

¹⁰⁷ Åvl. § 69 fjerde ledd

¹⁰⁸ Prop. 104 L. (2016-2017) s. 240

¹⁰⁹ Ibid. s 239

overdratte rettighetene blir mer verdt.¹¹⁰ Sammenhengen mellom momentene tilsier imidlertid at erververens forpliktelse ikke strekker seg lenger enn til den verdiøkning som fremstår påregnelig på tidspunktet for overdragelsen. Forarbeidene berører ikke vilkårene for når noe er påregnelig. Det er naturlig å anse dette som forhold partene kan dokumentere som begrunnelse for vederlags rimelighet.¹¹¹ Videre, om den nærmere forståelsen av hva som er relevant for «sannsynlig verdi» uttaler forarbeidene at:

«... det antatte økonomiske inntekspotensialet bruken av det overdratte vil ha for erververen – herunder ved videreoverdragelse, dersom dette er en bruk som er aktuell på avtaletidspunktet – vil være et sentralt moment ved vurderingen av hva som utgjør et rimelig vederlag etter den nye bestemmelsen. I vurderingen kan også økonomisk risiko, investeringsbehov mv. inngå blant momentene. Det understrekes at det må være en balanse i vurderingen som foretas, og at den opprinnelige rettighetshaver skal ha rett til et vederlag som er «riktig» eller «passende», ikke et vederlag som er høyest mulig.»
(forfatterens uthevinger¹¹²)

Uttalelsen tilsier at mer finansielle vurderinger, eksempelvis økonomisk risiko og investeringsbehov, skal ha relevans i vurderingen av «sannsynlig verdi». I utgangspunktet er dette forhold som erverver av rettigheter står bedre til å vite noe om. I mange tilfeller vil dette kunne være informasjon opphaveren ikke engang har tilgang til. Å tillate bedømmelse av rimelig vederlag etter momenter som i utgangspunktet bare er tilgjengelig for erverver, kan begrunnes med henvisning til at bestemmelsen ikke skal forstyrre markedet.¹¹³ Forarbeidene anerkjenner også at erverver bærer risiko og at han derfor burde få sitte med fortjeneste. Dessuten fremheves det at å «oppmuntre til investeringer i opphavsrettslig vernet innhold» også er en målsetning, da det vil stimulere til fortsatt produksjon.¹¹⁴ Det er i denne hensikt forsvarlig at erververen bare holdes ansvarlig for å sikre rimelig vederlag basert på det han anslo å tjene på de overdratte rettighetene.

Å gi underliggende finansielle vurderinger relevans i vurderingen av vederlagets rimelighet passer imidlertid dårlig med hensikten om å styrke opphaveres rettsstilling. Momentet bidrar til å begrense opphaveres mulighet til å anta hvorvidt vederlaget de får er rimelig. Det tilkommer

¹¹⁰ Se kapittel 3.3

¹¹¹ Prop. 104 L. (2016-2017) s. 242

¹¹² Ibid. s. 335

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Ibid. s. 238

dette at opphavere sjeldent har midler eller ønske om å bringe sak mot sin avtalemotpart for en domstol.¹¹⁵ Momentet om «sannsynlig verdi» gir på den måten usikker kontekst for rimeligheten av et betalt vederlag, som i sin tur øker terskelen for saksanlegg der opphaveren opplever vederlaget som urimelig. På den måten kan momentet om «sannsynlig verdi» bidra til at opphavere tåler urimelig lavt vederlag, fordi de anser det for risikabelt å utfordre gyldigheten av overdragelsesavtalen i en domstol. Forståelsen gir uheldig utslag sett hen til hensikten om å styrke opphavere, og begrenser til en viss grad hvilken virkning åvl. § 69 har på avtalefriheten til fordel for opphavere.

I tillegg er det et poeng at momentet tilsynelatende ikke legger opp til en objektiv vurdering av «sannsynlig verdi». At «sannsynlig verdi» pålegger erverver plikt om å ta høyde for eventuell verdiøkning av rettighetene, endrer i utgangspunktet ikke på at rimelighet skal dokumenteres av partene med henvisning til momentene.¹¹⁶ Hva som er sannsynlig er i utgangspunktet et forhold som er mer tilgjengelig for erverver. Det vil kunne være svært vanskelig for en opphaver å motbevise en erververs forståelse av hvor kommersielt interessante de overdratte rettighetene fremstod på overdragelsestidspunktet. Følgelig åpnes det for at erververes uskjønnsomme bedømmelse av verdipotensial får relevans for opphaverens rimelige vederlag, uten at opphaveren står i noen som helst posisjon til å bevise at erververen burde vært klar over potensialet. Dette understøtter at momentet om «sannsynlig verdi» begrenser åvl. §69 sin innvirkning på avtalefriheten mellom erververe og opphavere.

¹¹⁵ Prop. 104 L. (2016-2017) s. 243 med videre henvisning til høringsrunden

¹¹⁶ Ibid. s. 242

4 Andre bestemmelser til vern av opphaveres interesser

Vederlagsreglen i åvl. § 69 representerer imidlertid ikke opphaveres eneste adgang til å sikre sine rettigheter overfor erververe. Før det vurderes om åvl. § 69 er i overensstemmelse med den prinsipielle reguleringen i DSM-direktivet art. 18, må det vurderes hvilken virkning bestemmelsen medfører i sammenhengen med øvrige regler til vern av opphaveres interesser. Siden DSM-direktivet binder etter sitt formål, er det avgjørende om norsk regulering som helhet gir overensstemmende vern.

4.1 Åvl. § 69 sett i sammenheng med Åvl. § 67

Åvl. § 67 uttrykker det nå lovfestede spesialitetsprinsippet, og slår fast i andre ledd at:

«Ved overdragelse av opphavsrett skal opphaveren ikke anses for å ha overdratt en mer omfattende rett en det avtale klar gir uttrykk for.»

Bestemmelsen uttrykker et restriktivt tolkningsprinsipp i favør av opphaveren, i tilfeller der rettighetsoverdragelsens rekkevidde er uklar.¹¹⁷ Spesialitetsprinsippet er en opphavsrettsspesifikk ukklarhetsregel, som tilsier at ukklarheter i en avtale skal tolkes til opphaverens fordel. I utgangspunktet gjelder åvl. § 67 annet ledd bare spørsmål knyttet til omfanget av en avtale.¹¹⁸ Prinsippet tilsier at dersom det råder ukklarhet om hvorvidt en rettighet er omfattet av en overdragelsesavtale, skal avtalen tolkes til fordel for opphavere. Reglene i åvl. § 67 annet ledd og åvl. § 69 regulerer følgelig to forskjellige situasjoner.

I høringsrunden til ny åndsverklov ble det foreslått å innføre spesialitetsprinsippet som både tolkningsprinsipp og bevisregel.¹¹⁹ Det ble fremhevet at bakgrunnen om å beskytte den originære opphaver mot omfattende overdragelser talte for en slik regulering, og at bevisbyrderegelen var tiltenkt å komme til anvendelse i tvil om hvilket faktum det er overvekt av sannsynlighet for.¹²⁰ Departementet vedtok at bevisregelen ikke skulle innføres, under henvisning til at det ville gi opphavere et for sterkt vern.¹²¹ Sett i sammenheng med åvl. § 69

¹¹⁷ Rognstad (2019) s. 451

¹¹⁸ Prop. 104 L. (2016-2017) s. 333

¹¹⁹ Ibid. 229.

¹²⁰ Høringsnotat om Forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven) s. 348

¹²¹ Prop. 104 L. (2016-2017) s. 229

medfører dette at spesialitetsprinsippet i § 67 annet ledd ikke kan brukes for å pålegge erverver en særlig bevisføringsplikt som følge av uklarheter knyttet til vederlagets rimelighet. Bevisføringsplikt må løses av alminnelige regler.¹²²

Det er imidlertid et poeng at åvl. § 69 oppstiller en presumsjon for at større overdragelser av rettigheter også skal ha større vederlag, etter momentet om «hvilke rettigheter som overdras».¹²³ Angivelig vil totaloverdragelser der all fremtidig utnyttelse betinges i utgangspunktet forutsette høyere vederlag for hver ny utnyttelse som tilkommer utnyttelsesretten.¹²⁴ Dette muliggjør for situasjonen der en totaloverdragelses ordlyd klart omfatter en utnyttelsesrett, samtidig som det kan fremstå uklart om opphaverens vederlag dekker utnyttelsen. Det er et poeng i denne sammenheng at åvl. §69 avgrenser mot etterfølgende utvikling, og i utgangspunktet tilsier at misforhold mellom vederlaget og faktiske inntekter bare er relevant hvis det var sannsynlig på overdragelsestidspunktet.¹²⁵ Etterfølgende utvikling vil imidlertid kunne reise tvil om et vederlag faktisk er tiltenkt å dekke utnyttelser som i utgangspunktet ligger innenfor ordlyden av overdragelsen men ikke som overdragelsesavtalens vederlag ikke er vurdert for. På den måten kan det argumenteres for at sammenhengen mellom åvl. § 69 og § 67 annet ledd gir opphavere et ytterligere vern mot totaloverdragelser, særlig der disse også gjelder ukjent utnyttelse. Forarbeidene diskuterer imidlertid ikke dette forholdet.

4.2 Åvl. § 69 sett i sammenheng med Avtl. § 36

I forslaget til ny åndsverklov ble det henvist til den høye terskelen for revisjon etter avtl. § 36 som en av begrunnelsene for innføringen av åvl. § 69. I juridisk teori fremheves det at den restriktive holdningen i rettspraksis danner bakteppet for reguleringen i åvl. § 69.¹²⁶ Det følger av avtl. § 41 at avtl. §36 gjelder preseptorisk for alle formuerettslige avtaler. Innføringen av åvl. § 69 gir altså en alternativ lempingsregel til den allmenne regelen i avtl. §36.

Avtl. § 36 slår fast at:

«En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende. Det samme

¹²² Ibid. s. 229 «De alminnelige reglene legger ... til rette for en intuitiv helhetsvurdering basert på de konkrete forhold i hver sak. Det innebærer at bevisbyrden kan avhenge av hvem som er nærmest til å sikre seg bevis»

¹²³ Se kapittel 3.3

¹²⁴ Se kapittel 3.3.1

¹²⁵ Åvl. § 69 fjerde ledd

¹²⁶ Rognstad (2019) s. 455

gjelder ensidig bindende disposisjoner.

Ved avgjørelsen tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.»

Bestemmelsen gir lempingsadgang på bakgrunn av resultatet en avtale vil oppnå.¹²⁷ I avtalelovens forarbeider omtales regelen som en generalklausul, med formål om å verne den svake avtalepart mot den andres misbruk av avtalefriheten.¹²⁸ Bestemmelsen legger opp til en avveieelse av hensynet til forutberegnelighet, mot hensynet til den part som hevder at avtalen skal tilsidesettes.¹²⁹ Siden avtalefrihet står sterkt i formueretten er det en høy terskel for lemping etter avtl. § 36, særlig i avtaler mellom næringsdrivende.¹³⁰

Siden avtl. §36 åpner for å vektlegge «senere inntrådte forhold», kan avtl. §36 gi opphavere lempingsadgang i tilfeller utenfor åvl. §69. Særlig aktuelt er tilfellene der opphaverens vederlag er rimelig i lys av forholdene på avtaletidspunktet etter åvl. §69, men fremstår urimelig i lys av erververens faktiske inntekter fra utnyttelsen av opphaverens rettigheter. Vurderingen av urimelighet etter avtl. §36 åpner for å vektlegge alle omstendigheter ved den aktuelle avtalen.¹³¹

Det finnes ingen eksempler fra rettspraksis der en rettighetsoverdragelse har blitt lempet utelukkende på bakgrunn av at misforhold mellom opphaveres vederlag og erververs inntekter.¹³² I saker der avtl. § 36 har blitt anvendt på rettighetsoverdragelser, fremstår det som at respektive domstoler særlig har vektlagt momentet om «forholdene ved avtalens inngåelse».¹³³ Sett i sammenheng med «god forretningsskikk», gir ordlyden «forholdene ved avtalens inngåelse» relevans til hvorvidt den aktuelle avtalen ble inngått i tråd med forventningene som stilles til avtaleinngåelse på det aktuelle området.¹³⁴ Siden åvl. § 69 gir nytt uttrykk om forventninger til partene ved inngåelsen av overdragelsesavtaler, er det naturlig å reise spørsmål om åvl. §69 endrer terskelen for lemping av overdragelsesavtaler etter avtl. § 36.

¹²⁷ Jfr. «virke» urimelig og jfr. «være i strid» å gjøre gjeldende

¹²⁸ Ot.prp. 5 (1982-83) Om lov om endringer i avtaleloven 31. mai 1918 nr. 4 m.m. (generelle formuerettslig lempingsregel) s. 3

¹²⁹ Giertsen (2014) s. 203

¹³⁰ Ibid. s. 231

¹³¹ Ibid. s. 203 - 204

¹³² Rognstad (2019) s. 455

¹³³ Siktes her TOSLO-2009-10444(Pushwagner saken) (under punkt 3.1 fjerde avsnitt), LB-2000-3184 (Motorpsycho-saken) (Under Lagmannsretten bemerket - fjortende avsnitt) og LB-2000-2379 (Pogo pops-saken) (under Lagmannsretten bemerket – ellefte avsnitt)

¹³⁴ Giertsen (2014) s. 233

I høringsrunden til ny åndsverklov ble det foreslått å innføre en henvisning til avtl. § 36.¹³⁵ Departementet frafalt forslaget, under henvisning til at lovfestingens uansett bare var tiltenkt informativ og heller ikke skulle endre terskelen for anvendelsen av avtl. § 36 på opphavsrettens område.¹³⁶ Vurderingen av om DSM-direktivet påkrever lovendring i lempingsadgangen etter avtl. § 36 og åvl. § 69 har blitt utsatt til etter vedtakelsen av Direktivet.¹³⁷ Det er altså klart at åvl. § 69 ikke har til hensikt å endre terskelen for lemping etter avtl. § 36. Forøvrig er åvl. § 69 *lex specialis* for opphaveres lempingsspørsmål, som i utgangspunktet tilsier at spørsmål om opphaveres vederlag løses etter åndsverklovens bestemmelse. Dette utelukker likevel ikke muligheten for at innføringen av åvl. § 69 senker terskelen for lemping etter avtl. § 36.

Åndsverkloven § 69 forplikter erverver av rettigheter til å gi opphaveren et vederlag basert på den sannsynlige verdien av overdragelsen.¹³⁸ Avtaler som ikke tar høyde for potensialet for verdiutvikling, presumeres å gi urimelige vederlag etter bestemmelsen.¹³⁹ Det kan tenkes tilfeller der en avtalt vederlagsmodell er rimelig på avtaletidspunktet i lys av erververs dokumenterte forståelse av sannsynlig verdi, men som i lys av etterfølgende verdiøkning gir et stadig mer urimelig resultat. Det urimelige resultatet kan ha fremstått mer eller mindre påregnelig på avtaletidspunktet. Avgrensningen mot etterfølgende forhold i åvl. § 69 andre ledd medfører at dette uansett ikke er relevant i lempingsspørsmålet etter bestemmelsen. Etter avtl. § 36 er det imidlertid relevant hva erververen gjorde for å avklare påregneligheten av det potensielt urimelige resultatet.¹⁴⁰ Der erverver ikke har tatt stilling til de aktuelle rettigheters potensialet for verdiutvikling, kan det argumenteres for at opphaveren bør ha en større adgang til lemping etter avtl. § 36 der åvl. § 69 ikke sikrer opphaverens interesser.

Juridisk teori har tatt til orde for at der kvaliteten på avtaleinngåelsen er dårlig, kan det være et tungt argument for lemping.¹⁴¹ I et forutberegnelighetsperspektiv, er det også mindre betenkelig å tillate lemping av en disproporsjonalt begunstigende avtale hvis den begunstige parten har hatt flaks i oppnåelsen av sin gevinst. Motsetningsvis er det mer betenkelig å tillate lemping der den begunstige parten har gjort alt han kan for å sitte med gevinsten. Forventningen om å få sitte med avkastning er særlig verneverdig der den som sitter med den har gjort alt han kan for å overholde de krav som stilles til betryggende avtaleinngåelse på området. Overført til

¹³⁵ Høringsnotat om Forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven) s. 350

¹³⁶ Prop. 104 L. (2016-2017) s. 246

¹³⁷ Ibid. s. 247

¹³⁸ Åvl. § 69 andre ledd – se kapittel 3.6

¹³⁹ Se kapittel 3.3 og 3.6

¹⁴⁰ Avtl. § 36 andre ledd om «forholdene ved avtalens inngåelse»

¹⁴¹ Giertsen (2014) s. 233

rettighetsoverdragelser, er det mulig å argumentere for at åvl. §69 senker terskelen for lemping etter avtl. §36 fordi bestemmelsen tydeliggjør forventningene til hva som er betryggende avtaleinngåelsen.

Argumentasjonen over passer med avtl. § 36 sitt formål, om å beskytte den svake kontraktspart mot den annen parts mulige misbruk av avtalefriheten.¹⁴² Det er imidlertid et poeng at avtl. §36 representerer en snever unntaksregel.¹⁴³ I tillegg forutsetter ordlyden av «virker» at lempingsspørsmålet etter avtl. § 36 vurderer hele avtalen, ikke utelukkende vederlaget. Opphavere drar stort sett flere fordeler av erververs utnyttelse enn bare vederlag. Et eksempel på fordel er publisitet, som øker mulighet for fremtidige inntekter. Opphaveres ideelle rettigheter i åvl. § 5 sikrer at det overdratte, uansett hvor disproporsjonalt kompensert for, ikke utnyttes på en måte som krenker opphaverens navn eller verkets egenart.¹⁴⁴ De ideelle rettighetene medfører at opphaveren kan ha en viss nyttegevinst, uavhengig av hvor urimelig avtalens kompensasjon fremstår.

Om åvl. §69 endrer terskelen for lemping etter avtl. § 36 vil avklares i den eventuelle gjennomføringen av DSM-direktivet.¹⁴⁵ Det overstående gir grunnlag for å hevde at innføringen av åvl. §69 gir økt lempingsadgang for overdragelsesavtaler også etter avtl. §36. Likevel vil lemping etter avtl. §36 fortsatt forbeholdes de særlig kvalifiserte tilfellene, tatt i betraktning at representerer er en snever unntaksregel.¹⁴⁶

¹⁴² Ot.prp. 5 (1982-83) s. 3

¹⁴³ Giertsen (2014) s. 203

¹⁴⁴ Åvl. §5 første og andre ledd

¹⁴⁵ Prop. 104 L. (2016-2017) s. 247

¹⁴⁶ Giertsen (2014) s. 203

5 DSM-direktivet art. 18

5.1 Presentasjon av artikkel 18

DSM-direktivets art. 18 første paragraf slår fast at:

«Medlemsstaterne sikrer, at ophavsmænd og udøvende kunstnere, når de udsteder licenser eller overdrager deres eksklusive rettigheder til udnyttelse af deres værker eller andre frembringelser, har ret til passende og forholdsmæssigt vederlag».

Første paragraf angir medlemsstatenes forpliktelse om å sikre opphavere «passende og forholdsmæssigt vederlag». Paragrafen angir virkeområdet og vurderingsgjenstand sammenfallende med det i åvl. § 69, slik det er redegjort for i avhandlingens punkt 2.¹⁴⁷ Til forskjell fra åvl. § 69 oppstiller ikke DSM-direktivet art. 18 begrensninger i hvem opphaverens vederlag kan rettes mot. I tillegg skiller ikke art. 18 mellom hva slags bruk rettighetene overdras for, når vederlagskravet skal vurderes. Dette gir artikkelen et prinsipielt preg.

Direktivets art. 18 andre paragraf slår fast at:

«Ved gennemførelsen af det i stk. 1 fastsatte princip i national ret kan medlemsstaterne frit anvende forskellige ordninger, og de skal tage hensyn til princippet om aftalefrihed og en rimelig balance mellem rettigheder og interesser».

Andre paragraf tilskriver medlemsstatene en skjønnsadgang ved gjennomføring av forpliktelsene i artikkelens første paragraf. At «passende og forholdsmæssigt vederlag» omtales som et prinsipp i andre paragraf, understreker regelens prinsipielle karakter.¹⁴⁸ Når Direktivet binder etter sitt formål, er det naturlig å forstå at den prinsipielle reguleringen angir målet som skal oppnås igjennom medlemsstatene regulering. I den sammenheng angir skjønnsadgangen i art. 18 andre paragraf yttergrensene for hvordan målet om «passende og forholdsmæssigt vederlag» kan oppnås. I utgangspunktet gir ordlyden av «frit anvende forskjellige ordninger» og «tage hensyn» en vid skjønnsadgang ved gjennomføring. Henvisningen til at medlemsstatene kan hensynta «aftalefrihed» og «rimelig balance mellem rettigheder og interesser» muliggjør å

¹⁴⁷ At vederlagsprinsippet etter DSM-direktivet art. 18 ikke gjelder overdragelse til forbrukere følger i foralepunkt 72, der det slås fast at behovet om beskyttelse «...opstår ikke, når aftalepartneren handler som en slutbruger...»

¹⁴⁸ I ordlyden «...det i stk. 1 fastsatte princip...»

differensiere gjennomføringen av hensyn til forhold som gjør seg gjeldende i nasjonal avtale- og opphavsrett.

5.2 Skjønnsadgang ved gjennomføring

For spørsmålet om åvl. § 69 kan tjene som gjennomføring av DSM-direktivet art. 18 er det sentralt om artikkelen forplikter medlemsstatene til en konkret definisjon, eller om Direktivet lar det være opp til medlemmene selv å definere hva som er «passende og forholdsmessigt» i sine respektive markeder.

Som gjennomgått i avhandlingens kapittel 2.1 forelegges det medlemsstatene betydelig skjønnsadgang ved gjennomføring av direktiver.¹⁴⁹ Det er imidlertid slik at noen direktiver gir så detaljert regulering at de påkrever ordrett transformasjon ved gjennomføring.¹⁵⁰ De vide rammene for skjønnsadgang i DSM-direktivets art 18 andre ledd tilsier at medlemstatene har en betydelig grad av skjønnsfrihet ved gjennomføringen. Som illustrert i avhandlingens pkt. 2.1 er det likevel slik at et direktiv som tilsynelatende legger opp til skjønnsfrihet ved gjennomføring samtidig kan an vise om konkrete elementer som må sikres.¹⁵¹

Den videre behandlingen av DSM-direktivet art. 18 vil derfor søke å avklare om «passende og forholdsmessigt vederlag» gir anvisning om bestemte elementer som må gjennomføres i nasjonal rett.¹⁵² For dette er formålet med reguleringen avgjørende. Formålet sluttes fra art.18 sin ordlyd, Direktivets fortale og øvrig kontekst som redegjort for i avhandlingens kapittel 1.3.

5.3 Innholdet av vederlagsprinsippet

Ordlyden av «og» i DSM-direktivet art. 18 første paragraf tilsier at det ikke er tilstrekkelig at medlemsstatene sikre «passende» vederlag så lenge det ikke også er «forholdsmessigt». Det er imidlertid et poeng at indikasjoner i ordlyd i seg selv ikke har særlig rettskildemessig vekt.¹⁵³ Det er likevel aktuelt å reise spørsmål om «passende» og «forholdsmessigt» henviser til to forskjellige sider av forpliktelsen etter DSM-direktivet art. 18.

¹⁴⁹ Jfr. TEUV art. 288 tredje ledd og jfr. EØS-avtalen art.7 bokstav b

¹⁵⁰ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 367

¹⁵¹ Se kapittel 2.1 om C-245/00 (SENA)

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 298

Ordlyden av «passende» henviser om at vederlaget skal være begrunnet sett i sammenheng med en kontekst. For vederlag ved opphavsrettsoverdragelse er det naturlig å forstå at vederlaget skal være begrunnet i kontekst av hva andre får for lignende overdragelser, i lignende markeder. Ordlyden av «forholdsmæssigt» henviser på sin side til en grad av gjensidighet. Ved opphavsrettsoverdragelse er det naturlig å forstå «forholdsmæssigt» som et krav om en viss gjensidighet mellom hva opphaveren får i vederlag og det erververen tjener fra overdragelsen. Ettersom «passende» og «forholdsmæssigt» henspiller på forskjellige kvaliteter ved vederlaget, forstås ordlyden som at begge deler må sikres i nasjonal gjennomføring. Følgelig påkrever art. 18 at medlemstatene gjennomfører lovgivning som både setter opphaverens vederlagskrav i sammenheng med den aktuelle konteksten det inngår i, og i sammenheng med erververens inntekter som følge av overdragelsen. Ordlyden gir imidlertid ikke veiledning om hvor stor grad av «forholdsmæssig[het]» som påkreves, eller hva som kan være sammenlignbar kontekst etter «passende». Ordlyden gir heller ikke grunnlag for avklaring om disse må forstås likt i medlemsstatenes gjennomføringer for overholdelse av art. 18.

I Direktivets fortalepunkt 1 fremgår det at direktivet skal sikre «[y]derligere harmonisering af medlemsstaternes regler om ophavsret». Videre om harmonisering uttales det i fortalepunkt 2 at direktivet skal bidra til «det indre markedes funktion ... [og gi et] ... højt niveau af beskyttelse for rettighedshavere». I fortale punkt 3 fremheves behovet om å møte teknologisk utvikling. Særlig fremheves det at:

«det er ... fortsat retsikkerhed for både rettighedshavere og brugere med hensyn til visse anvendelser af værker og andre frembringelser i det digitale miljø, herunder grenseoverskridende anvendelser [Det er] på nogle områder nødvedigt at tilpasse og supplere EU-rammene for ophavsret og samtidig opretholde et højt beskyttelsesniveau for ophavsret og beslægtede rettigheder.»

I Direktivets fortalepunkt 1-3 understrekes det at formålet primært dreier seg om beskyttelsesnivået for opphavere, under begrunnelsen at digitale frembringelser har gitt gråsonespørsmål om omfanget av deres rettigheter.¹⁵⁴ Når økt beskyttelse skal gis under målsetningen om å styrke «det indre markedes funktion» har dette en side til opphavsrettens begrunnelse, slik den kort omtales i avhandlingens kapittel 1.1. Følgelig må vederlagsprinsippet

¹⁵⁴ KOM (2016) 593 final s.1 pkt. 1

forstås å forplikte til gjennomføring som sikrer et minstekrav av økt beskyttelse, slik at insentivet for fortsatt åndsverkproduksjon opprettholdes i medlemsstatene.¹⁵⁵

Under formålet slik det fremgår over er det i utgangspunktet ikke en målsetning at vederlagsprinsippet sikrer likt vederlagsnivå i alle medlemstatenes gjennomføring. Adgangen til å ta hensyn til avtalefrihet i DSM-direktivets art. 18 andre ledd taler motsetningsvis for at vederlagsprinsippet skal kunne slå ut forskjellig. Det til dette et poeng at Direktivet er vedtatt med hjemmel i blant annet TEUV art. 114 som gir Unionen adgang til å introdusere markedsreguleringer. Når målsetning primært skal tjene til fordel for det indre markedet, er det unaturlig å forstå hensikten om harmonisering å gjelde lenger enn sin begrunnelse om å sikre opphavere adekvat vern og insentiv for fortsatt produksjon. Dette underbygger antakelsen om at vederlagsprinsippet i art.18 ikke forplikter om en uniform forståelse, men heller åpner for forskjellig gjennomføring i medlemsstatene.

Det er imidlertid et poeng at behovet om rettssikkerhet også begrunnes med henvisning til klarhet ved rettighetsoverdragelse. I fortalepunkt 2 slår det fast som en målsetning for Direktivet at det «letter processen for clearing af rettigheder». En uniform forpliktelse om «passende og forholdsmessigt» vederlag vil kunne gi klare regler for når en overdratt rettighet er rimelig kompensert for, og følgelig når den kan videreselges. Å sikre klarhet ved rettighetsoverdragelse er særlig viktig tatt den økte omsetningen av rettigheter imellom EU-land i betraktning.¹⁵⁶ Avledet dette kan det argumenteres for at styrkingen av vernet også skal gi mer eller mindre klare regler for når noe er kompensert tilstrekkelig etter vederlagsprinsippet. Imidlertid ikke dette ensbetydende med at medlemsstatenes regler må være like, så lenge de gir klarhet i hva som i nasjonal kontekst er «passende og forholdsmessigt». Under henvisning til at nasjonal avtale- og opphavsrett kan tas hensyn til, fremstår det heller naturlig at innholdet av prinsippet er underlagt medlemsstatenes skjønnsadgang og at det gjelder elementer som gir minstekrav for adekvat rettsikkerhet.¹⁵⁷

Videre om vederlagsprinsippet fremheves det i fortalepunkt 72 at:

«Ophavsmænd og udøvende kunstnere står ofte i en svagere forhandlingsposition, når de udsteder... deres rettigheder...[mot] ... vederlag ...[har] disse fysiske personer...

¹⁵⁵ KOM (2015) 626 final s. 9 - 11

¹⁵⁶ Se kapittel 1.1

¹⁵⁷ DSM-direktivet art. 18 andre paragraf

behov for den beskyttelse, der er fastsat i dette direktiv, for fuldt ud at kunne udnytte de rettigheder, der er harmoniseret i henhold til EU-retten....»

Punktet slår fast at økt beskyttelse under direktivets målsetning også gjelder opphaverens mulighet til å sikre seg riktig vederlag ved overdragelsen av rettigheter. Det er følgelig innenfor Direktivets formål å styrke opphavere overfor dem de overdrar rettigheter til. Fortalepunktet kan sees i sammenheng med uttalelser i KOM(2015) 626, der det fremheves under punkt 1 at økt beskyttelsesnivå er grunnlaget for global konkurransedyktighet av det europeiske markedet.¹⁵⁸ Det fremheves som en forutsetning for konkurransedyktighet at opphavere står i posisjon til å bli betalt, og at juridiske gråsoner bekoster denne posisjonen.¹⁵⁹ Artikkelenes ordlyd, fortalen og aktuelle kommunikasjoner indikerer om at formålet med vederlagsprinsippet er å gi økt beskyttelse av opphaveres enerettigheter, også overfor erververe av rettigheter. Det som må vurderes i det videre er om art. 18 anviser om konkrete elementer må sikres i medlemsstatenes gjennomføring for at denne målsetningen skal anses nådd. Deretter må det vurderes om det er grunnlag for å se art. 18 i sammenheng med DSM-direktivets øvrige artikler, og om elementer fra disse gir kontekstuelle bidrag til forståelsen av vederlagsprinsippet i art. 18.

5.3.1 Elementer i art. 18

Foruten det som allerede har blitt fremhevet om beskyttelse av opphavere, fremgår det mer spesifikt for forståelsen av vederlagsprinsippet i fortalepunkt 73 at:

«Vederlag til ophavsmænd ... bør være passende og stå i et rimeligt forhold til den faktiske eller potentielle økonomiske værdi af de rettigheder, som er omfattet af ... overførslen, under hensyntagen til ophavsmandens ... bidrag ...» (forfatterens uthevinger)

Punktet omtaler innholdet i vederlagsprinsippet, og åpner for at forskjellige verdiforståelser kan være i overensstemmelse med vederlagsprinsippet i Direktivet art. 18 første ledd. Fortalepunktet taler for at vederlagsprinsippet er fleksibelt. Sett i sammenheng med skjønnsadgangen og medlemsstaters adgang til å hensynte avtalefrihet og interessebalanse, underbygger punktet at medlemmene har vid skjønnsadgang i forståelsen av hva som er «passende og forholdsmessig» vederlag i nasjonal kontekst.

¹⁵⁸ KOM (2015) 626 final s.1 – 2

¹⁵⁹ Ibid. s. 9 - 11

Fortalepunkt 73 fortsetter:

Et engangsbeløb kan også udgøre et rimeligt vederlag, men det bør ikke være reglen. Medlemsstaterne bør have friheden til at fastlægge de konkrete tilfælde, hvor der kan anvendes engangsbeløb, under hensyntagen til de særlige forhold i hver enkelt sektor. Medlemsstaterne bør frit kunne gennemføre princippet om et passende og forholdsmæssigt vederlag gennem forskellige eksisterende eller nyligt indførte ordninger, som kan omfatte kollektive forhandlinger og andre ordninger, forudsat at sådanne ordninger er i overensstemmelse med gældende EU-ret.»

Punktets siste avsnitt understøtter at hensikten ikke er å regulere de nasjonale markedene i større grad enn det kan begrunnes utfra målsetning om økt vern til opphavere. Fortalepunktet tilsier således at medlemsstatene ikke er bundet til en konkret definisjon av «passende og forholdsmæssigt vederlag». Det åpnes heller for at medlemsstatene selv skal kunne definere hva som er «passende og forholdsmæssigt» vederlag i nasjonal kontekst, med henvisning til nasjonal avtale- og opphavsrett. Valgfriheten kan imidlertid ikke strekke seg lenger enn formålet tillater, slik det er redegjort for over. Dette følger også av TEUV art. 288 tredje ledd.

5.3.2 Kontekstuell sammenheng mellom artiklene i kapittel 3

DSM-direktivet art. 18 fremgår i kapittel 3, under overskriften «Rimeligt vederlag til opphavsmænd og udøvende kunstnere i aftaler om udnyttelse». Kapitlet omfatter artiklene 18 – 23, hvor hen det i art. 23 fremgår at art. 18 - 22 ikke gjelder for opphavsrettigheter i datamaskinprogramvare. Dette, og kapitlets overskrift, indikerer at artiklene i 18 - 22 henger sammen. Etter kapitlets overskrift fremstår alle artiklene som relevante for reguleringen av opphaveres vederlagskrav.¹⁶⁰ Kapitlet innholdet bl.a. forpliktelser om innsynsrett, avtalejusteringsmekanismer og alternativ tvisteløsning. Direktivets fortepunkt 72 - 78 omtaler artiklene i sammenheng med opphaveres adgang til å kreve vederlag, uten å skille mellom opphaveres krav etter art. 18 og direktivets mekaniser for å sikre slikt vederlag. Alle mekanismene er i utgangspunktet egnet til å virke under formålet om å gi opphaveren økt beskyttelse, slik det er redegjort for over. Med henvisning til skjønnsadgangen i art. 18 andre paragraf, er det imidlertid ikke klart om kapitlets artikler gir anvisning om elementer til

¹⁶⁰ Jfr. «vederlag»

forståelsen av vederlagsprinsippet. For at Direktivets øvrige artikler skal utgjøre slike elementer må det godgjøres, med henvisning til relevant kontekst, at de har til formål å gjøre så.

5.3.3 Elementer i art. 19

I DSM-direktivets art.19 forpliktes medlemsstatene å sikre gjennomsiktighet i utnyttelsen av opphaverens rettigheter, mellom opphaver og erverver. Kort oppsummert påkrever artikkelen at erververen forpliktes til en ikke sjeldnere enn årlig informasjonsplikt om alle inntekter fra den faktiske utnyttelsen av opphaveres rettigheter.¹⁶¹ Videre slås det fast at informasjonsplikten også gjelder utnyttelse videre i næringskjeden.¹⁶² Sist avgrenser artikkelen mot informasjonsplikt hvis kostnadene ved å skaffe informasjonen vil være disproporsjonalt i forhold til inntjening fra utnyttelsen. I tillegg gis medlemsstatene skjønnsfrihet om hvorvidt marginalt bidragende opphavere skal ha rett på informasjon.¹⁶³ Uansett fremheves det at opphaver skal ha krav dersom det godgjøres at informasjonen er nødvendig for å kreve vederlag.¹⁶⁴

Omtales i fortalepunkt 74 til 77. I fortalepunkt 74 fremheves det at:

«Ophavsmænd og udøvende kunstnere har brug for oplysninger til at vurdere den økonomiske værdi af de af deres rettigheder, der er harmoniseret i henhold til EU-retten. Dette er navnlig tilfældet, når fysiske personer udsteder en licens eller overdrager rettigheder med henblik på udnyttelse mod vederlag» (forfatterens uthevninger)

Punktet understreker at informasjon om utnyttelse utgjør viktig forutsetning for opphaverens mulighet til å avkreve riktig vederlag. Opphaverens inntektsgrunnlag er fremhevet som del av den overordnede målsetningen om å styrke vernet av opphavere, slik redegjort for over.¹⁶⁵ Det er følgelig naturlig se art. 19 som veiledende om minstekrav til forståelsen av vederlagsprinsippet i art. 18. Det samme fremgår i KOM(2016) 593, der det fremheves at

¹⁶¹ DSM-direktivet art.19 første paragraf

¹⁶² Ibid. andre paragraf

¹⁶³ Ibid. fjerde paragraf

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ Se avhandlingens kapittel 5.2 om fortalepunkt 72

målsetningen om økt beskyttelse forutsetter en felles tilnærming til gjennomsiktighet i avtaleforholdet mellom opphaver og erverver.¹⁶⁶

Sees art. 18 og art.19 i sammenheng, gir art. 19 veiledning om at vederlagsprinsippet må gi opphavere krav på vederlag som til en viss grad står i et rimelig forhold til de inntjeningene erverver gjør ved bruk av opphaverens rettigheter. Det er ikke i seg selv anvisning om at statlig gjennomføring må basere rimelighet på den faktiske bruk, ettersom det i utgangspunktet tillates å basere nasjonale vederlagsregler på potensiell verdi.¹⁶⁷ Det fremstår imidlertid klart at nasjonal gjennomføring må sette opphavere i stand til å anta sin rettighetsposisjon overfor erverver, og gi opphaver en viss innsikt i hvordan rettigheter utnyttes. Dette underbygges i fortalepunkt 75, der det fremgår at svakerestilte opphavere har:

«... behov for adgang til løbende at kunne vurdere den økonomiske værdi af deres rettigheder sammenlignet med det vederlag, som de får for licensen eller overdragelsen Så længe udnyttelsen er i gang, bør ophavsmænds og udøvende kunstners aftalepartnere give dem adgang til oplysninger om alle former for udnyttelse og om alle relevante indtægter på verdensplan med en regelmæssighed ...» (forfatterens uthevinger)

Det fremgår i fortalepunkt 77 at det ved gjennomføringen av innsynsreglene åpnes for å hensynta bransjeforskjeller og forskjeller mellom opphaveres bidrag.¹⁶⁸ Det åpnes imidlertid ikke for at skjønnsadgangen i art. 18 kan brukes til å unnta medlemsstatene fra forpliktelsen om å gi opphavere innsyn etter art.19. Det er med henvisning til det overstående naturlig å anse artikkel 19 å gir uttrykk for elementer til gjennomføringen av Direktivets art. 18. Følgelig må det forstås som en forutsetning for nasjonale gjennomføring av art. 18 at det styrker opphaveres mulighet til å anta sin rettighetsposisjon overfor erververen.

5.3.4 Elementer i art. 20

Videre i DSM-direktivet art. 20 forpliktes medlemsstatene til å sikre ordninger for å inndrive «yderligere, passende og rimelig vederlag» der det utbetalte ikke lenger er «passende og rimelig» der «det oprindeligt aftalte vederlag viser sig at være uforholdsmæssigt lavt sammenlignet med alle de efterfølgende relevante intægter som følge af utnyttelsen». At

¹⁶⁶ KOM (2016) 593 final, under pkt. 2

¹⁶⁷ Se over om fortalepunkt 73

¹⁶⁸ I ordlyd «... tage hensyn til de særlige karakteristika, der er knyttet til de forskellige indholdssektorer... »

artikkelen omtaler «passende og rimelig vederlag» indikerer i seg selv en naturlig sammenheng til forpliktelsen i DSM-direktivet art. 18. Fortalepunkt 78 fremheves det at noen overdragelsesaftaler:

«... har en lang varighet og giver ophavsmænd og udøvende kunstnere få muligheder for at genforhandle dem med deres aftalepartnere eller deres retssuccessorer, i tilfælde af at rettighedernes økonomiske værdi viser sig at være væsentligt højere end oprindeligt antaget...».

Punktet fremhever en situasjon der opphavere stilles dårlig til å skaffe seg inntekter fra sine overdratte rettigheter. Med henvisning til fortalepunkt 72, om at hensyn til opphaveres inntektsgrunnlag inngår i målsetningen om økt rettighetsbestkyttelse, er det naturlig å se DSM-direktivet art. 18 og art. 20 i sammenheng.

Som uttrykk for elementer i gjennomføringen av Direktivets art. 18, tilsier art. 20 at nasjonal gjennomføring til en viss grad må ta opp i seg den faktiske bruken av opphaverens rettigheter. Helt konkret må gjennomføringen ta høyde for de tilfeller der endrede omstendigheter tilsier at opphaveres vederlag er lavt sett i sammenheng med faktiske inntekter. Det er imidlertid ikke klart om elementet forutsetter lik angivelse av terskelen for avtalejustering i medlemsstatenes gjennomføring. Følgelig er det uklart om elementet er sikret så vidt nasjonale gjennomføring av vederlagsprinsippet lever opphavere mulighet til å få ytterligere vederlag der faktiske inntekter står i misforhold til det utbetalte.

Om omfanget av forpliktelsene etter DSM-direktivet art. 20 fortsetter fortalepunkt 78:

«Uden at det berører aftaleretten i medlemsstaterne, bør der derfor fastlægges en ordning til justering af vederlaget med henblik på tilfælde, hvor det oprindeligt aftalte vederlag ... klart er blevet uforholdsmæssigt lavt sammenlignet med den relevante indtægt»(forfatterens uthevinger).

Henvisningen til «aftaleretten i medlemsstaterne» i punktet tilsier i utgangspunktet at medlemsstatene ikke forpliktes til lik forståelse av terskelen for avtalejustering. Forståelsen underbygges med henvisning til skjønnsadgangen i art. 18 andre ledd, der hensynet til avtalefrihet fremheves som en gyldig begrunnelse for avvikende gjennomføring.

6 Konklusjon

Funn i avhandlingen viser hvordan åvl. §69 pålegger erverver av rettigheter forpliktelse om å sikre opphaveren rimelig vederlag ved alle overdragelser, med mulig unntak for de helt begrensede.¹⁶⁹ Videre forpliktes erververen til å gi opphaveren krav på vederlag som i en viss utstrekning tar høyde for at de overdratte rettighetene kan utvikle økt verdi etter overdragelse.¹⁷⁰ Erververens plikt er imidlertid begrenset til å ta høyde for sannsynlig verdiøkning, også i lys av investeringsbehov og risiko.¹⁷¹ I tillegg er erververens forpliktelse relativ til opphaverens forhandlingsstyrke.¹⁷² Til tross for dette står opphaver og erverver fritt til å inngå avtaler på ønskede vilkår.¹⁷³ Ved å dokumentere konkrete forhold kan det godgjøres at erververens forpliktelser ikke er brutt, selv om opphaverens vederlag fremstår urimelig lavt sett i forhold til hva som ville vært resultatet etter bransjenormale vilkår.¹⁷⁴ I tillegg gir funn i avhandlingen argumenterer for at opphavere har særlig vern mot totaloverdragelser omfattende ukjente utnyttelser jfr. åvl. § §67 andre ledd og 69.¹⁷⁵ Det kan også argumenteres for at åvl. §69 gir nytt uttrykk for betryggende avtaleinngåelse ved overdragelse av rettigheter, og slik sett senker terskelen for lemping etter avtl. §36 der opphaverens rettigheter har gitt erververen uforutsett høye inntekter.¹⁷⁶

Hva gjelder DSM-direktivets art. 18, viser funn at artikkelen ikke forplikter medlemsstatene til en uniform forståelse av vederlagsprinsippet.¹⁷⁷ Medlemsstatene forstås en skjønnsfrihet til selv å velge om opphaveres rimelige vederlag skal baseres på ervervenes potensielle eller reelle inntekter.¹⁷⁸ Det viktigste for gjennomføringen er at medlemsstatene gjennomfører en vederlagsregel som gir økt vern av opphaveres rettigheter, også overfor sine kontraktsmotparter.¹⁷⁹ Dette medfører at den nasjonale gjennomføringen av vederlagsprinsippet må overholde de minimumskrav til vern av opphavere som leser seg fra DSM-direktivets kapittel 3.

¹⁶⁹ Se kapittel 3.2.1

¹⁷⁰ Se kapittel 3.3.1

¹⁷¹ Se kapittel 3.6

¹⁷² Se kapittel 3.5

¹⁷³ Se kapittel 3.4.1

¹⁷⁴ Prop. 104 L. (2016-2017) s. 334

¹⁷⁵ Se kapittel 4.1

¹⁷⁶ Se kapittel 4.2

¹⁷⁷ Se kapittel 5.3

¹⁷⁸ DSM-direktivets fortalepunkt 73

¹⁷⁹ Se kapittel 5.3

I utgangspunktet fremstår åvl. §69 å legge til grunn en definisjon av rimelighet som gjennomfører DSM-direktivet art. 18 sitt formål, ettersom åvl. §69 gir et håndhevbart krav overfor erververe basert på sannsynlig verdi.¹⁸⁰ At vernet er relativt til forhandlingsstyrke og at opphavere presumeres svakerestilte, medfører at bestemmelsen tilskriver sterkere vern der behovet er størst. Sett hen til DSM-direktivets art.18 andre paragraf, kan slik balansering av målsetning om vern og hensynet til nasjonal avtalefrihet forsvares. At bestemmelsen gjelder i alle overdragelser foruten de hel begrensede, medfører at den gir universell beskyttelse til alle opphavere. Dette stemmer godt med direktivets generelle målsetning om økt beskyttelse av enerettighetene.

Videre om DSM-direktivet art. 18, viser funn at medlemsstatenes gjennomføring må gi opphavere mulighet til å anta sin rettighetsposisjon i kontrakt.¹⁸¹ Begrunnelsen for dette er forpliktelsen om innsynsordninger etter DSM-direktivet art.19. Etter kontekstuell tolkning forutsetter formålet om økt vern av enerettighetene gjennomføring som gir opphavere mulighet til å anta rimeligheten av sitt vederlag underveis i erververens utnyttelse. Kravet om rimelig vederlag etter åvl. §69 gir ingen slik mulighet. Motsetningsvis gir momentet om «sannsynlig verdi» relevans til økonomiske forhold som opphavere i utgangspunktet ikke har innsikt om. Momentets relevans gjør det vanskelig for opphaver å anta egen posisjon, på en måte som er uforenelig med DSM-direktivets formål.

Sist påkrever DSM-direktivet art. 18 at medlemsstatenes gjennomføring tar høyde for tilfeller der erververes reell inntektene er disproporsjonalt store sett i forhold til opphaverens vederlag.¹⁸² Dette er kontekstuell begrunnet i DSM-direktivets art. 20. I relasjon til vederlagsregelen i åvl. §69 fremstår det problematisk at bestemmelsen avgrenser mot etterfølgende forhold i fjerde ledd. Det er likevel et poeng at DSM-direktivet bare binder etter tilsiktet formål.¹⁸³ Funn i avhandlingen viser at avtl. §36 kan gi lemping der åvl. §69 ikke gir lempingsadgang. Det er enda usikkert hvor grensen for «uforholdsmæssigt» etter DSM-direktivets art. 20 skal gå, særlig sett hen til bidrag i relevante fortalepunkter.¹⁸⁴ Det er også usikkert om åvl. § 69 senker terskelen for lemping av overdragelsesavtaler etter avtl. §36. Det virker imidlertid unaturlig å forstå den kontekstuelle sammenhengen mellom DSM-direktivet art.18 og art.20 å forplikte medlemsstatene til en såkalt «bestselgerklausul», all den tid

¹⁸⁰ Åvl. §69 andre ledd

¹⁸¹ Se kapittel 5.3.3

¹⁸² Se kapittel 5.3.4

¹⁸³ TEUV art.288 tredje ledd

¹⁸⁴ DSM-direktivet fortalepunkt 78

direktivet åpner for å gjennomføre forståelser av vederlagsprinsippet med utgangspunkt i erververens potensielle verdi.¹⁸⁵ Da det enda er uavklart hvorvidt avtl. §36 kan tjene som tilstrekkelig hjemmel for avtalejusteringsordningen etter DSM-direktivets art. 20, kan det ikke legges til grunn at avgrensningen mot etterfølgende forhold i åvl. §69 strider med vederlagsprinsippet i DSM-direktivet art.18.

Konklusjonen er, med det overstående i betraktning, at åvl. §69 må endres for å tjene som gjennomføring av vederlagsprinsippet i DSM-direktivet art.18. Momentet om «sannsynlig verdi» fremstår å stride med Direktivets formål om å stryke vernet av opphaveres rettigheter. Avgrensningen mot etterfølgende forhold er bare problematisk om lempingsadgangen etter avtl. §36 er så snever at vernet mot disproporsjonale i art. 20 ikke tilfredsstilles. Etter forfatterens forståelse kan det argumenteres for at åvl. § 69 senker terskelen for lemping etter avtl. § 36. I et slikt perspektiv bidrar vederlagsregelen i åvl. §69 til styrking av opphaveres enerettigheter, også i situasjonen der det avtalte vederlaget er disproporsjonalt i forhold til erververs inntekter. Dette vil imidlertid avklares ved en eventuell gjennomføring av DSM-direktivet.

¹⁸⁵ DSM-direktivet fortalepunkt 73

7 Litteraturliste

7.1 Lover

1918	Lov om avslutninger av avtaler om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer 31. mai nr. 4 (avtaleloven)
1961	Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. 12. mai nr. 2 (åndsverkloven)
1984	Lov om fordringshavernes dekningsrett 8. juni nr. 59 (dekningsloven)
2002	Lov om forbrukerkjøp 21. juni nr. 34 (forbrukerkjøpsloven)
2003	Lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester 23. mai nr. 35 (ehandelsloven)
2018	Lov om opphavsrett til åndsverk mv. 15. juni nr. 40 (åndsverkloven)

7.2 Traktater og konvensjoner

TEU	Traktat om Den Europeiske Union 7. februar 1992
TEUV	Traktat om Den Europeiske Unions virkemåte 25. mars 1997
EØS	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde 2. mai 1992

7.3 Direktiver

Alle kilder sitter fra lovdata.no eller eur-lex.eu

Direktiv 2001/29/EF	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og
---------------------	--

beslægtede rettigheder i informationssamfundet (Infosoc-direktivet)

Direktiv 2006/115/EF Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (utleie- og utlånsdirektivet)

Direktiv (EU) 2019/790 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/790 af 17. april 2019 om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked og om ændring af direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF (DSM-direktivet)

7.4 Forarbejdsdokumenter

Ot.prp. nr.5 (1982 – 1983) Om lov om ændringer i avtaleloven 31. mai 1918 nr. 4 m.m. (generelle formuerettslig lempingsregel)

Prop.104 L (2016-2017) Lov om ophavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven)
Høringsnotat forslag til ny lov om ophavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven) med høringsfrist 8. august 2016

7.5 Forarbejdsdokumenter i EU

Kom (2015) 626 final Meddelelse fra kommissionen til Europa-parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionudvalget, På vej mod en tidssvarende, mere europæisk ramme for ophavsret, den 9. desember 2015

Kom (2016) 593 final Forslag til Europa-parlamentets og Rådets Direktiv om ophavsret på det digitale indre marked, den 14. september 2016

7.6 Rettspraksis

HR-2005-133-A Napster-saken

LB-2000-2379	Pogo pops-saken
LB-2000-3184	Motorpsycho-saken
TOSLO-2009-10444	Pushwagner-saken

7.7 Rettspraksis fra EU-domstolen

Sak C-245/00	Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) v Nederlandse Omroep Stichting (NOS)[ECLI:EU:C:2003:68]
Sak C-263/18	Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers v Tom Kabinet Internet BV, Tom Kabinet Holding BV, Tom Kabinet Uitgeverij BV, forslag til afgørelse fra Generaladvokat M. Szpunar [ECLI:EU:C:2019:697]
Sak C-128/11	UsedSoft GmbH v Oracle International Corp. [ECLI:EU:C:2012:407]

7.8 Juridisk litteratur

7.8.1 Bøker

Rognstad (2019)	Rognstad, Ole-Andreas med Birger Lassen, Opphavsrett, 2. Utgave, Oslo, 2019
Wagle (1997)	Wagle, Anders Mediaas og Magnus Ødegaard jr., Opphavsrett i en digital verden, Oslo, 1997
Fredriksen (2018)	Fredriksen, Halvard Haukland og Gjermund Mathisen, EØS-rett, 3. utgave, Bergen, 2018
Sejersted (2011)	Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad, EØS-RETT, 3. utgave, Oslo, 2011
Hov (2009)	Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, Alminnelig avtalerett, Oslo, 2009

Giertsen (2014) Johan Giertsen, Avtaler, 3.utgave, Oslo, 2014

7.8.2 Artikler

Høgberg (2016) Alf Petter Høgberg, Rettslige standarder redefinert, Festskrift til Aslak Syse 2016

Rognstad (2009) Rognstad, Ole-Andreas, Opphavsrettens innhold i en multimedieverden – om tradisjonelle opphavsrettsbegrepers møte med digital teknologi, Nordisk immateriellt rettsskydd, nr.6, 2009

Maduro (2009) Maduro, Miguel Poiares, Interpreting European Law – Judicial adjudication in a Context of Constitutional Pluralism, European University Institute, 2008,
<https://cadmus.eui.eu/handle/1814/7707>

Hugenholtz (2006) Hugenholtz, Peter Bernt, Van Eechoud, Gompel, Helberger, The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy, University of Amsterdam, 2006,
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2018238

7.9 Andre kilder

7.9.1 Nettsider

Regjeringen (2019) Uttalelse fra notatside for Digitalmarkedsdirektivet [tilgjengelig på: <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2016/des/dsm-direktivet/id2556742/>] [sitert. 27. november 2019]]

EurLex (2019) Påbegynt gjennomføring av DSM-direktivet [tilgjengelig på: På Eurlex, opplyst om påstartet gjennomføringsprosesser i Tsjekkia og Frankerrike, tilgjengelig på <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=CELEX:32019L0790>] [sitert 27. november 2019]]

7.9.2 Tidsskrifter

Gulsvik (2003) Gulsvik, Alf Amund, Engebretsen og Svarstad, EuroRett nr.4, 2003

7.9.3 Offentlig tilgjengelige avtaler

NRK og NDF Midlertidig rammeavtale 2017 – mellom NRK og Norske Dramatikeres Forbund [tilgjengelig på:
<https://dramatiker.no/om-avtalene/> [sitert 27. november 2019]]