

# Arbeidsgivers opphavsrett til programvare skapt av arbeidstakere

*Særregelen i åndsverkloven § 71*

Kandidatnummer: 93

Antall ord: 14 983



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. 12. 2019

# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING.....</b>	<b>4</b>
1.1	Om temaet og problemstillingen.....	4
1.1.1	Temaets aktualitet.....	5
1.1.2	Bestemmelsens historikk.....	5
1.2	Rettskildebildet og metode.....	6
1.2.1	Nordisk opphavsrett.....	7
1.2.2	Internasjonal og EU-rettslig opphavsrett.....	7
1.2.3	Juridisk metode.....	8
<b>2</b>	<b>RETTLIG PLASSERING AV TEMAET .....</b>	<b>10</b>
2.1	Opphavsrett og programvare.....	10
2.2	Arbeidsgivers immaterielle rettigheter.....	10
2.2.1	Knophs maksime – en ulovfestet regel om arbeidsgivers opphavsrett.....	11
2.2.2	Særregelen om arbeidsgivers opphavsrett til programvare i § 71 .....	11
2.2.3	Øvrige arbeidsgiverregler i immaterialretten .....	13
2.3	Utenfor virkeområdet til § 71.....	14
<b>3</b>	<b>VILKÅRET «DATAMASKINPROGRAM» .....</b>	<b>15</b>
3.1	En teknisk forklaring av programvare .....	15
3.2	Den juridiske forståelsen av «datamaskinprogram» .....	16
3.2.1	De tekniske komponentene som omfattes av vilkåret .....	18
3.3	Forholdet mellom forberedende design og kildekode.....	19
3.4	Arbeidsgivers opphavsrett til dokumentasjonen .....	20
3.4.1	Hva slags dokumentasjon avgrenses det mot? .....	21
3.4.2	Utvidende tolkning av vilkåret .....	21
3.5	Samlet om arbeidsgivers opphavsrett til «datamaskinprogram» .....	22
<b>4</b>	<b>ARBEIDSTAKERVILKÅRET .....</b>	<b>23</b>
4.1	Generell tolkning av vilkåret.....	23
4.1.1	EUs arbeidstakerbegrep .....	24
4.1.2	Tilgrensende arbeidstakerbegrep .....	25
4.1.3	Avgrenser vilkåret mot oppdragstakere?.....	26
4.2	Det nærmere innholdet i arbeidstakervilkåret i § 71 .....	27
4.2.1	En helhetsvurdering av det reelle forholdet mellom partene.....	28
4.2.2	Sentrale momenter for vurderingen .....	29
4.3	Særlige avgrensninger mot ansettelsesforhold.....	33

<b>5</b>	<b>VILKÅRET OM TILKNYTNING TIL ARBEIDSFORHOLDET .....</b>	<b>34</b>
5.1	Generelt om vilkåret.....	34
5.2	Programvareutviklingens tidsmessige tilknytning til arbeidsforholdet .....	35
5.2.1	Programmering utenfor arbeidsforholdets oppstart og opphør.....	35
5.2.2	Programmering utført på fritiden.....	36
5.3	Programvareutviklingens tilknytning til arbeidsoppgaver .....	38
5.3.1	Må arbeidsoppgaven eller instruksjonen være å skape programvare? .....	38
5.3.2	Må programvaren som skapes løse arbeidsrelevante oppgaver? .....	40
5.3.3	Samlet vurdering av vilkåret om tilknytning til arbeidsoppgaver .....	40
5.4	Momenter som kan påvirke tolkningen .....	41
5.5	Sammenfatning om tilknytningsvilkårets rekkevidde.....	45
<b>6</b>	<b>AVSLUTTENDE VURDERING AV § 71 I NORSK RETT.....</b>	<b>46</b>
6.1	Vurdering av rettsstilstanden i dag .....	46
6.2	Twisteløsning og håndhevelse av regelen.....	47

# 1 Innledning

## 1.1 Om temaet og problemstillingen

Oppgavens tema er arbeidsgivers opphavsrett til programvare skapt av ansatte. I Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven), reguleres programvare skapt i arbeidsforhold særskilt av § 71:

Opphavsrett til datamaskinprogram som er skapt av en arbeidstaker under utførelsen av oppgaver som omfattes av arbeidsforholdet, eller etter arbeidsgivers anvisninger, går over til arbeidsgiveren. Det samme gjelder adgang til endring av verket og videreoverdragelse av retten. Bestemmelsene i første og andre punktum gjelder ikke rettigheter etter § 5 eller der annet er avtalt.

Utvikling av nye verk verdsettes høyt av samfunnet, og et grunnleggende hensyn bak opphavsretten er å stimulere til utviklingen av nye åndsverk.<sup>1</sup> Det er avgjørende at det gis effektiv beskyttelse av åndsverkene, og dette er særlig aktuelt for programvare, som er forholdsmessig krevende å skape, og svært ettertraktet i markedet. For å oppnå formålet må det også gis beskyttelse til rettssubjektene som har nedlagt ressurser og innsats i å skape verket. Der åndsverk skapes i ansettelsesforhold, har både arbeidstakeren og arbeidsgiveren tilknytning til verket.

Bestemmelsen regulerer spenningsfeltet mellom partene som har bidratt til å skape verket på hver sin måte, og som bør belønnes med opphavsrett. På den ene siden bør arbeidsgivere sikres opphavsrett til det de ansatte skaper, slik at bedrifter satser på utvikling av åndsverk. Ansattes opphavsrett til arbeidsresultater må ikke forhindre arbeidsgiverens mulighet til inntjening og utnyttelse av satsingen. På den andre siden må også arbeidstakere få rettmessig kompensasjon for innsatsen, og bør ikke miste opphavsretten i slik utstrekning at kreativitet og skapervilje hemmes.<sup>2</sup>

Hovedproblemstillingen er en redegjørelse for bestemmelsens vilkårsside, og rekkevidden av bestemmelsens fordeling av opphavsrett til datamaskinprogram til arbeidsgiver.

---

<sup>1</sup> Formålet er lovfestet i § 1 a). Se Knoph (1936) s. 4, Rognstad (2019) s. 34 flg.

<sup>2</sup> Se Knoph (1936) s. 4 om at rettferdighetshensyn og god politikk underbygger retten til kompensasjon for innstasen.

### 1.1.1 Temaets aktualitet

Programvare blir stadig viktigere i vårt digitale samfunn, og arbeidsgivere er en stor aktør for utvikling av programvare. Samtidig er ikke arbeidssituasjonen like tradisjonell og tydelig avgrenset som tidligere.

Problemstillingen kan virke prinsipiell ettersom det er et snevert rettskildebilde til bestemmelsen. Likevel er det tydelig at tolkningen av vilkårene er omtvistet. Den svenske lagmannsretten Svea Hovrätt anså rettskildebildet som for snevert til å dømme i en rettstvist om forståelsen av arbeidstakervilkåret og datamaskinprogram-vilkåret, og etterspurte avklaring av tolkningen fra EU-domstolen.<sup>3</sup> Partene forlikte imidlertid saken, og foreleggelsessaken ble trukket.<sup>4</sup>

Et eksempel kan også illustreres gjennom en annen forlikt sak fra Sverige. En lege hadde utviklet programvare for å lette arbeidsoppgavene ved sykehuset. Programvareutvikling var ikke en del av hans oppgaver eller stillingsbeskrivelse som lege, og han hadde ikke fått beskjed fra arbeidsgiveren om å utvikle programvaren. På den andre siden var programmet utviklet for å løse arbeidsoppgavene hans, og idéen var hentet fra sykehuset.<sup>5</sup>

Konflikter om opphavsrett til programvare kan bli komplekse. Et eksempel er Nettby-saken, som både ble en stor mediasak, og gikk for flere instanser i rettssystemet. I ifølge partene stod tvisten om 609 millioner kroner.<sup>6</sup>

Det er tydelig at bestemmelsen er aktuell i praksis, og at opphavsretten til programvaren kan være mye verdt. Tolkningen av bestemmelsens anvendelsesområde er derfor av betydning.

### 1.1.2 Bestemmelsens historikk

Regelen ble innført i 1992 og oppstiller en særregel for datamaskinprogram. For andre åndsverk reguleres overgang til arbeidsgiver etter en ulovfestet regel, se 2.2.1.

Bakgrunnen for en lovfestet særregel er EUs «programvaredirektiv» 91/250/EF fra 1991 som ble inntatt i EØS-avtalen.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Foreleggelsessak for EU C-313/18, Svea Hovrätts avgjørelse PMT 22-17.

<sup>4</sup> OJ C112, 25.3.2019 p. 40.

<sup>5</sup> Tvisten gikk for Kristianstads tingsrätt T-1942-01, men partene forlikte og rettergangen ble avsluttet uten dom 23.1.2002. Saken er omtalt i artikkel fra Dagens Medicin, og i Wolk (2008) s. 79.

<sup>6</sup> En programvareutvikler ble ansatt i VG for å utvikle et lignende konsept som han hadde utviklet for Dagbladet. Spørsmålet var om kildekoden var kopiert, og krenket opphavsretten til Dagbladet. Se Sæbø (2011). TOSLO-2008-141954, LB-2009-107764 og LB-2010-125046 og Rt-2009-1480. Saken ble forlikt til 24 millioner, uten rettskraftig dom, se Dahlberg (2010) [nyhetsartikkel].

<sup>7</sup> Vedlegg XVII nr. 5. til EØS-avtalen.

Direktivets artikkel 2.3 oppstiller en regel om overgang av opphavsrett til arbeidsgiver. Ettersom norske oversettelser av rettsakter ikke er offisielle, refereres det til direktivet på dansk eller engelsk for at meningsinnholdet skal være korrekt gjengitt.<sup>8</sup>

Er et edb-program utviklet af en arbejdstager under udførelsen af dennes arbejde eller efter arbejdsgiverens anvisninger, er arbejdsgiveren eneberettiget til at udøve alle de økonomiske rettigheder, der er knyttet til det således udviklede edb-program, medmindre andet fastsættes ved aftale.

Where a computer program is created by an employee in the execution of his duties or following the instructions given by his employer, the employer exclusively shall be entitled to exercise all economic rights in the program so created, unless otherwise provided by contract.

Direktivet ble gjennomført gjennom endringer i åndsverkloven 1961. Artikkel 2.3. ble innført som § 39g, og ordlyden ble holdt tett opp mot direktivets bestemmelse.

Etter revisjonen fremgår regelen av § 71 i den nye åndsverkloven 2018, og det er gjort enkelte språklige endringer. Det ble imidlertid ikke gjort materielle endringer, og rettskilder til den gamle bestemmelsen er fremdeles anvendelige.<sup>9</sup>

Direktivet ble avløst av direktiv 2009/24/EF som samlet og videreførte rettsaktene til 91/250/EF. Dette medførte verken endringer av artikkel 2.3 eller de øvrige bestemmelsene, og rettskilder til det gamle direktivet er også anvendelige.<sup>10</sup> Heretter vil direktivet omtales som «programvaredirektivet».

## 1.2 Rettskildebildet og metode

Rettskildebildet til bestemmelsen er spesielt på flere måter. Det er et snevert omfang av norske rettskilder til § 71, og ettersom regelen stammer fra et direktiv, har EU-retten betydning for tolkningen. Videre er opphavsretten et rettsområde med et særlig fokus på nordisk og internasjonal harmonisering.

---

<sup>8</sup> Se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 296.

<sup>9</sup> Prop. 104 L (2016–2017), s. 258.

<sup>10</sup> Se fortalen avsnitt 1.

## 1.2.1 Nordisk opphavsrett

Den første åndsverkloven var Lov om åndsverker 6. juni 1930, som skulle samle opphavsretten til én lov. Ragnar Knoph var formann for komitéen som fremmet lovforarbeidene.<sup>11</sup>

Tekniske fremskritt og ønsket om å samordne nordisk opphavsrett gjorde at arbeidet med ny åndsverklov startet opp nærmest umiddelbart. De nordiske landene fikk hver sin lov på 1960-tallet, og lovene fikk svært lik utforming. Fremdeles er både utformingen av lovbestemmelser og de ulovfestede rettsreglene sammenfallende. Selv om Norge og andre nordiske land har revidert åndsverkloven fra 1960, er ikke dette endret.<sup>12</sup> Det blir stadig fremhevet at nordisk rettsenhet er et formål i opphavsretten, og det ble særskilt fremhevet da programvaredirektivet skulle implementeres:

Utvalget fremhever i sin utredning betydningen av at man innenfor Norden – som på dette området har karakter av å være ett marked – kan komme frem til ensartede regler. Nordisk harmonisering har vært et overordnet hensyn i arbeidet med proposisjonen.<sup>13</sup>

Rettskilder fra de nordiske landene har derfor relevans for tolkningen av § 71. I svensk rett fremgår bestemmelsen av § 40 a i Lag (1960:729) om opphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, i Danmark av § 59 i Lov om ophavsret lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 (Ophavsretsloven), og Finland av § 40 b i Lag 8 juli 1961 om opphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 404/196.

Da åndsverkloven skulle revideres, var hensikten å forenkle og videreføre hovedprinsippene. Følgelig vil rettspraksis og rettskilder til loven fra 1961 i mange tilfeller være anvendelige.<sup>14</sup>

Opphavsretten er likevel fortsatt preget av at viktige rettsregler følger av ulovfestet rett. Et eksempel er regelen om overgang av opphavsrett i arbeidsforhold («Knophs maksime»), som ikke ble kodifisert på grunn av uenigheter rundt utformingen.<sup>15</sup>

## 1.2.2 Internasjonal og EU-rettslig opphavsrett

Det ble tidlig klart at nasjonal regulering av opphavsrett ikke var tilstrekkelig, og rettsområdet er preget av internasjonale reguleringer. Norge tilsluttet Bernkonvensjonen i 1896, en konvensjon som kan trekkes frem som grunnleggende for effektiv regulering av opphavsrett på tvers av

---

<sup>11</sup> Innstilling 1925.

<sup>12</sup> Sverige og Finland har ikke foretatt en lovrevisjon siden 1961, men Danmark reviderte Ophavsretsloven i 1995 (senest endret i 2014).

<sup>13</sup> Ot.prp.nr.33 (1989–1990) side 4.

<sup>14</sup> Prop.104 L (2016–2017) s. 9, Innst.258 L (2017–2018) s. 1.

<sup>15</sup> Forslaget til kodifisering i Prop. 104 L (2016–2017) s. 250 flg. ble ikke vedtatt, se Innst.258 L (2017–2018) side 7 flg. Begrunnelsen var også bekymring for at reglene ikke ville få et tilstrekkelig presist innhold i lovs form.

landegrenser.<sup>16</sup> Etter konvensjonen skal programvare reguleres som litterære verk, noe som også gjentas i programvaredirektivet artikkel 1.1. Det avgrenses mot en nærmere redegjørelse for internasjonale konvensjoner.

Ettersom § 71 stammer fra programvaredirektivet, må EU-rettslige rettskilder som forelå da Norge implementerte direktivet anvendes. De har også forrang ved motstrid med norske rettskilder.<sup>17</sup>

Det trekkes i utgangspunktet opp et skille mot etterfølgende rettsutvikling, ettersom Norge ikke er medlem i EU og ikke har avstått suverenitet til EU-domstolen. Etterfølgende avgjørelser fra EU-domstolen vil likevel være av betydning for tolkningen av § 71. Norsk rett presumeres å være i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser, og dette prinsippet innebærer at tolkning i overensstemmelse med EU-retten er et tolkningsprinsipp ved tolkningen av nasjonale regler.<sup>18</sup>

Drøftelsen vil derfor omfatte en utstrakt anvendelse av de EU-rettslige rettskildene. Det vil ikke gjøres forskjell på kilder fra 2009/24/EF eller 91/250/EF, ettersom det gamle direktivet videreføres. Det vil heller ikke gjøres forskjell på EU-dommer fra før og etter Norge implementerte direktivet i 2011, ettersom det ikke er etterfølgende høyesterettspraksis (eller øvrige rettskilder) til § 71. EU-retten får særlig tung vekt der det ikke foreligger norske rettskilder om tolkningen av bestemmelsen.

EU-samarbeidet er også utstrakt på opphavsrettens område utover programvaredirektivet.<sup>19</sup>

### 1.2.3 Juridisk metode

Alminnelig norsk metodelære må benyttes ved tolkningen av § 71, men med enkelte modifikasjoner som følge av de spesielle omstendighetene ved bestemmelsen.

For å fastslå hvordan den norske regelen skal tolkes i overensstemmelse med direktivet, må EU-rettens egen metodelære må anvendes ved tolkningen av direktivbestemmelsene.<sup>20</sup> Metoden er

---

<sup>16</sup> Se NOU 2013: 2 side 60 om Bernkonvensjonen.

<sup>17</sup> Se EØS-loven § 2, jf. ODA-avtalen artikkel 3. Artikkel 3 oppstiller eksplisitt forbehold om anvendelsen av fremtidig rettsutvikling og rettspraksis.

<sup>18</sup> Se Sejersted m.fl. (2011) s. 108-113, Norge har «forpliktet seg til en målsetning om «dynamisk og ensartet» tolkning og praksis» gjennom EØS-avtalen. Se videre side 193-194, om at dersom rettspraksis i EØS og EFTA-domstolen utvikler seg på en annen måte enn i EU-domstolen, vil det i praksis innebære at EU-domstolens avgjørelse følges i EØS-landene også. På den måten vil EU-domstolens tolkning legge føringer for den norske forståelsen av bestemmelser som stammer fra direktiver. Det er ingen rettsavgjørelser fra EFTA-domstolen om programvaredirektivet.

<sup>19</sup> For eksempel 2001/29/EF om harmonisering av visse sider av opphavsrett, 96/9/EF om rettslig vern av databaser. Det finnes også direktiver til varemerkerett, design etc.

<sup>20</sup> EU-rettens egen metodelære er uavhengig av nasjonal metode, se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 295 flg.



ikke veldig forskjellig fra alminnelig norsk metode. Sentrale forskjeller er at forarbeider ikke anses som en rettskildefaktor, men kan brukes til å bekrefte tolkningsalternativer.<sup>21</sup>

Rettspraksis har normalt stor vekt, i tillegg til at direktivenes fortaler benyttes hyppig.<sup>22</sup> Der EU-rettens positive rettskilder ikke gir klare slutninger for tolkningen, er bruk av prinsipper, kontekstuell tolkning og formålet bak direktivet sentrale EU-rettslige tolkningsprinsipper.<sup>23</sup>

I tillegg har EU-direktivene betydning for vekten av norske rettskilder. For eksempel er forarbeidene ofte gjengivelser av den norske oppfatningen av direktivet under implementeringen. Ved motstrid er det direktivets rettskilder fra tidspunktet for implementering som har forrang, og forarbeidsuttalelser kan derfor måtte ses bort fra.

Det er grunn til å vektlegge internasjonale rettskilder i større grad enn etter alminnelig metodelære, både på grunn av opphavsrettens internasjonale karakter, og ettersom det er svært få norske rettskilder til § 71.

Andre EU-lands nasjonale rettskilder til regelen kan også belyse tolkningen. Reglene stammer fra samme direktiv, og en ensartet tolkning over landegrensener er et formål. Det er også nærliggende at EU-domstolen ser til medlemsstatenes tolkning og praksis ved en fremtidig tolkning av artikkel 2.3, ettersom det er begrenset tilfang av EU-rettslige kilder.

På grunn av språklige og praktiske utfordringer, og av hensyn til oppgavens omfang, har jeg begrenset meg til rettskildesøk i dansk og svensk rett. Det vises hovedsakelig til publisert underrettspraksis. I Danmark og Sverige publiseres ikke underrettspraksis i en database tilsvarende Lovdata/Rettsdata, men jeg har undersøkt aktuelle domstolers egne oversikter over publiserte dommer. Fremstillingen er ikke uttømmende for nordisk underrettspraksis av denne grunn, men omhandler publiserte avgjørelser, og rettstvister som har blitt kjent gjennom medieomtale eller er behandlet i litteraturen.

---

<sup>21</sup> Fredriksen og Mathisen (2018) s. 306. Se rettspraksis til programvaredirektivet, *Sas Institute* C-406/10 (41), hvor EU-domstolen tolket datamaskinprogram-vilkåret i tråd med direktivets forarbeidsuttalelser.

<sup>22</sup> Fredriksen og Mathisen (2018) s. 305. *UsedSoft* C-128/11 (13) viser til fortalen for tolkningen av programvaredirektivet.

<sup>23</sup> Fredriksen og Mathisen (2018) s. 298-299. Se eksempelvis *BSA* C-393/09, hvor EU-domstolen tolket programvaredirektivet ved å se til ordlyden, konteksten og det overordnede formålet med direktivet og internasjonal rett (29, 30).

## 2 Rettslig plassering av temaet

### 2.1 Opphavsrett og programvare

Immaterialretten er et rettsområde innen privatretten, som regulerer rettsforholdene til goder av ikke-materiell art. Immaterialretten består av flere rettsområder, som patentrett, designrett osv.<sup>24</sup> Rettigheter til litterære eller kunstneriske verk reguleres av åndsverkloven, jf. § 2.

Det var ikke opplagt hvilken beskyttelsesform som skulle velges for programvare, og fra 70-tallet var dette gjenstand for omfattende diskusjon. Det ble trukket en parallell mellom den skriftlige kildekode og litterære verk, og USA gikk foran med å velge opphavsretten i 1980. En rekke land etterfulgte dette, og Bernkonvensjonen oppstiller plikt om å verne programvare som litterært verk.<sup>25</sup>

Verkstypen datamaskinprogram er uttrykkelig inntatt i åndsverkloven, se § 2 (2) 1). Loven gir en rekke spesialbestemmelser for datamaskinprogram, og utenfor disse bestemmelsene reguleres datamaskinprogram som litteratur. Se kapittel 3 om hva som omfattes av vilkåret «datamaskinprogram».

Det vil ikke redegjøres for andre rettsområder enn opphavsretten, men det kan nevnes at spenningsfeltet mellom patentretten og opphavsretten er interessant, ettersom programvare har en teknisk karakter. Selv om opphavsretten i hovedsak ble valgt som beskyttelsesform, har særlig USA utvidet adgangen til å patentere programvare.

### 2.2 Arbeidsgivers immaterielle rettigheter

De første opphavsrettslige reglene kom med en dansk-norsk forordning 7. januar 1741.<sup>26</sup> Opphavsretten ble lagt til forleggere av trykt litteratur, uten at forfatteren selv fikk noen rett. En nærliggende begrunnelse er at den vesentlige investeringen ble ansett for å ligge i investeringen i trykkeriet, og ikke selve skrivingen.

Opphavsretten har utviklet seg i takt med behovet, og i dag er det behov for regler som tildeler opphavsrett til arbeidsgivere fremfor arbeidstakere. Det kan trekkes en parallell tilbake til at forleggeren ble ansett som den beskyttelsesverdige, og ikke forfatteren selv. Utviklingen viser hvordan lovgiver forsøker å stimulere til at det skapes åndsverk.

---

<sup>24</sup> Se Rognstad (2019) s. 60 flg. Tekniske oppfinnelser reguleres av Lov 15. desember 1967 nr. 9 om patenter (patentloven), jf. § 1.

<sup>25</sup> Andersen (2005) s. 277, se også Ot.prp. nr. 33 (1989–1990) side 6.

<sup>26</sup> Se Innst. O. nr. XI (1960-1961) side 1.

## 2.2.1 Knophs maksime – en ulovfestet regel om arbeidsgivers opphavsrett

Den ulovfestede regelen kommer til anvendelse for alle typer åndsverk som skapes i arbeidsforhold. Regelen kalles Knophs maksime som følge av hans redegjørelse for regelen fra 1936. Rettspraksis og teori har supplert og presisert regelens innhold og rekkevidde, men grunnsetningen vises fortsatt til i dag:

[...] Hvor langt denne retten går, kan det dog ofte være vanskelig å si. **Synspunktet må være at prinsipalen vinner den rett over åndsverket som er nødvendig og rimelig, hvis arbeidsavtalen skal nå sitt formål, men heller ikke mere.** En avis må derfor ha rett til å trykke opp sin journalists eller sin tegners arbeider så ofte den vil, men får ikke rett til å selge den til andre, eller til å gi dem ut i bokform [...] All den rett som ikke går over på arbeidsherren i kraft av arbeidsavtalen, beholder funksjonæren (min utheving).<sup>27</sup>

Regelen overfører i utgangspunktet ikke den totale opphavsretten til arbeidsgiveren. Omfanget av overdragelsen må vurderes etter en tolkning av arbeidsavtalen, hva som er forutsatt mellom partene, hva som er vanlig innenfor arbeidsfeltet og eventuelle uttrykkelige avtalereguleringer.<sup>28</sup> Selv om arbeidstakeren beholder deler av opphavsretten, kan han ikke utøve opphavsretten i konkurranse med arbeidsgiverens rett.<sup>29</sup>

Regelen har et lignende innhold og rekkevidde i Norden. Den har aldri blitt lovfestet, selv om det har blitt diskutert både nasjonalt og gjennom det nordiske lovsamarbeidet.<sup>30</sup>

En lovregel om arbeidsgivers opphavsrett ble først inntatt i norsk rett etter EUs programvaredirektiv.<sup>31</sup>

## 2.2.2 Særregelen om arbeidsgivers opphavsrett til programvare i § 71

Etter § 71 er vilkårene for at bestemmelsen skal komme til anvendelse, at et “datamaskinprogram” er “skapt av en arbeidstaker”. Videre må dette være skjedd “under utførelsen av oppgaver som omfattes av arbeidsforholdet, eller etter arbeidsgivers anvisninger”. Dette er bestemmelsens vilkårsside, og hovedproblemstillingen for denne fremstillingen.

---

<sup>27</sup> Knoph (1936) s. 84-85.

<sup>28</sup> Se Ot.prp. nr. 84 (1991–1992), side 21.

<sup>29</sup> Knoph (1936) s. 84-85.

<sup>30</sup> Se redegjørelsen i Stensaasen (1987) s. 108: «Det er enighet om hovedtrekkene i denne lære i de nordiske land, se Knoph 1936 s. 84. T. Lund 1960 s. 190 flg. Karnell i NIR 1969 s. 59-60. Bull 1984 s. 89-90. NOU 1958:6 om arbeidstakers opphavsrett s. 7-8.» I Norge ble regelen vurdert lovfestet i åndsverkloven 2018, se Prop. 104 L (2016-2018) s. 250 flg. fra punkt 6.8. Tidligere også i NOU 1985:6. Bl.a. foreslått i Danmark ved lovrevisjonen i 1995 i Folketingstidende 1994-95, tillæg A, s. 1331, og i Sverige SOU 2010:24.

<sup>31</sup> Danmark og Finland innførte en særregel for programvare før direktivet. Dette ble også vurdert i Norge og Sverige, men også dette uten resultat, se Ot.prp. 33 s. 12 og svenske 1988/89:85 s. 21 (3.1.9).

Det begrenses derfor til en kort redegjørelse for bestemmelsens virkningsside i de følgende avsnitt.

Rettsvirkningen av at opphavsretten «går over til arbeidsgiveren», er at arbeidsgiveren får de totale økonomiske rettighetene til datamaskinprogrammet (se § 3 eksemplarframstillingsretten og tilgjengeliggjøring for allmennheten). Dette presiseres i forarbeidene.<sup>32</sup> Dette utgjør et avvik fra utgangspunktet etter Knophs maksime.

Utgangspunktet etter åndsverkloven § 2 om at rettighetene oppstår hos arbeidstakeren opprettholdes. For at opphavsretten skal anses overdratt til arbeidsgiveren, må vilkårene i bestemmelsen være oppfylt. Dette får betydning for varigheten av arbeidsgiverens opphavsrett, ettersom vernetiden etter § 11 a og b er 70 år etter arbeidstakerens død.

I tillegg til råderetten etter § 3, får også arbeidsgiveren en endringsrett og rett til å overdra selve opphavsretten videre.

Dette skiller seg også fra opphavsrettens utgangspunkter. Det er uttrykkelig adgang til å overdra opphavsretten videre etter § 67. Imidlertid oppstiller § 68 krav om samtykke eller særskilt avtale med den opprinnelige opphaveren, dersom erververen av opphavsretten skal ha rett til videreoverdragelse av opphavsretten eller endring av verket.

Etter § 71 beholder ikke arbeidstakeren disse rettighetene, og arbeidsgiveren kan endre verket og videreselge opphavsretten uten hindring. Sammenlignet med Knophs maksime utgjør også dette et unntak. Etter maksimen må det vurderes særskilt om det er nødvendig for arbeidsforholdets formål at arbeidsgiveren får endringsrett og videreoverdragsrett.

De ideelle rettighetene reguleres ikke av direktivet (ideelle rettigheter reguleres av § 5, og oppstiller rett til navngivelse og vern mot krenkende endring og tilgjengeliggjøring). Norge har i motsetning til Sverige og Danmark utelatt overdragelse av de ideelle rettighetene.<sup>33</sup> Disse vil være i behold hos arbeidstakeren.<sup>34</sup> Det avgrenses mot en videre behandling av ideelle rettigheter.

Samlet sett er det tydelig at arbeidsgiveren får en utstrakt rett til å utnytte datamaskinprogram som skapes av ansatte. Arbeidsgiveren vil så godt som tre inn i rettighetene til den opprinnelige opphaveren.

---

<sup>32</sup> Prop.104 L (2016–2017) s. 337. Se eksplisitt i direktivet artikkel 2.3 «... er arbeidsgiveren eneberettiget til at udøve alle de økonomiske rettigheder».

<sup>33</sup> Se Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) s. 21: «Etter departementets oppfatning vil det i praksis normalt være lite rom for ideelle rettigheter i forhold til datamaskinprogrammer. Retten ... er uoverdragelig, men kan til en viss grad gis avkall på. Det vil i dag være slik i en rekke arbeidsforhold at arbeidstaker anses underforstått å ha gitt avkall på sin rett til navngivelse».

<sup>34</sup> Et eksempel på at ideelle rettigheter får konkret betydning for arbeidstaker der opphavsretten har gått over til arbeidsgiveren er Rt-2012-1062. De ideelle rettighetene var igjen hos arbeidstakeren som skapte stolen, og han fikk 10.000 kroner i erstatning ved søksmålet om kopiering av åndsverket.

Direktivet forklarer ikke bakgrunnen for at bestemmelsen oppstiller markante unntak fra opphavsrettens grunnprinsipper. I de norske forarbeidene uttrykker departementet at formålet antakelig er å gjøre det enklere å utnytte verket økonomisk ved å rydde vekk tvil om råderetten, særlig fordi programvare i stor grad oppstår i fellesskap mellom flere arbeidstakere. Det er hensiktsmessig at opphavsretten tilfaller arbeidsgiver for å unngå rettighetsavklaringen overfor hver medvirkende programvareutvikler.<sup>35</sup>

Fordi bestemmelsen er deklarasjonsregulering kan rettsvirkningene reguleres annerledes av partene gjennom avtale.

### **2.2.3 Øvrige arbeidsgiverregler i immaterialretten**

Det finnes andre arbeidsgiverregler i immaterialretten. I patentretten reguleres dette i en egen lov: Lov 17. april 1970 nr. 21 om retten til oppfinnelser som er gjort av arbeidstakere [arbeidstakeroppfinnelsesloven].

Det avgrenses mot en behandling av øvrige arbeidsgiverregler, men reglene vil vises til dersom de kan belyse problemstillingen.

---

<sup>35</sup> Ot.prp.nr.84 (1991–1992) s. 21.

## 2.3 Utenfor virkeområdet til § 71

Dersom ikke § 71 kommer til anvendelse, beholder den enkelte programvareutvikler opphavsrett til programmet etter utgangspunktet i § 2 (1). Flere programvareutviklere kan få opphavsretten i fellesskap jf. § 8, dersom hver utviklers individuelle bidrag oppfyller verkshøydekravet jf. § 2 (2).

Dersom programmet er utviklet på vegne av andre, er det et spørsmål om opphavsrett er overdratt fra den enkelte programvareutvikler til bestilleren. Spørsmålet beror på avtaletolkning, hvor det opphavsrettslige spesialitetsprinsippet legger føringer for tolkningen. Etter prinsippet er det en formodning imot at opphavsrett anses overdratt dersom det ikke kommer klart frem av avtalen.<sup>36</sup>

Videre oppstiller § 68 begrensninger for endrings- og videreoverdragelsesrett, med mindre dette er særskilt avtalt.

Dersom opphavsretten ikke kan anses overdratt, kan avtalen tolkes som at bestilleren kun får en rett til eksemplarer (tingsrettslig overdragelse av eksemplarer, se § 67 (3)). Dette kan også medføre utfordringer med videresalg av eksemplarene.<sup>37</sup>

Det avgrenses mot en videre redegjørelse for retten til programvare der § 71 ikke kommer til anvendelse. Det som er sentralt, er at det kan ha stor betydning for arbeidsgivere at § 71 kommer til anvendelse. Bestilleren avskjæres fra å utøve beføyelser som er eksklusive for opphaveren, og som bestilleren ikke har fått rett til etter avtalen, for eksempel endring av kildekoden eller videresalg av opphavsretten.<sup>38</sup> På den andre siden vil arbeidstakere som har egne planer om å utnytte programmet, være avhengig av opphavsretten ikke overdras etter bestemmelsen. Regelens anvendelsesområde har stor betydning for partenes adgang til å utnytte programvaren.

---

<sup>36</sup> Prinsippet er lovfestet i § 67 (2), men prinsippets nærmere innhold følger av rettspraksis og øvrige rettskilder.

<sup>37</sup> Eksemplarer av datamaskinprogram og konsumpsjonsregelen skaper særlige tolkningsutfordringer. Ved å videreselge eksemplarer av programvare, vil man i praksis gjøre en kopiering i strid med spredningsretten til opphaveren (§ 3), som ikke avhjelpes av konsumpsjonsregelen (§ 27) ettersom det gamle eksemplaret er igjen på selgers data. I *UsedSoft C-128/11* har EU-domstolen fastslått at konsumpsjonsregelen kan komme til anvendelse ved salg av brukt programvare, så lenge selgeren opphører bruken slik at det ikke benyttes flere kopier av programvaren. Dommens rekkevidde anses uavklart, se Rognstad (2019) s. 206-207.

<sup>38</sup> Se LOD-2003-74-17 hvor dette var spørsmålet i rettstvisten.

## 3 Vilkåret «datamaskinprogram»

### 3.1 En teknisk forklaring av programvare<sup>39</sup>

Datamaskiner er bygget opp slik at elektronikken kun er i stand til å slå funksjoner av og på, og instruksjonene er utformet som null-tall og ett-tall (slå av og slå på). Dette kalles binær kode eller objektkode.

For å forenkle programvareutvikling er det skapt forenklede programmeringsspråk. Ved enkle kommandoer kan programvareutvikleren gjøre større grep, uten å programmere hver enkelt funksjon i maskinen til av eller på. Koderekkene på programmeringsspråk kalles kildekode. Kildekodene oversettes gjennom en kompilator eller interpreter i maskinen til objektkode.

Programvaren som helhet kan deles inn i tre bestanddeler: selve kildekoden/objektkoden, dokumentasjonen og designen.

Før programmet lages kan det utarbeides kravsspesifikasjon, ofte av bestilleren av programmet sammen med teknisk kyndige, for beskrive hvordan programmet skal bli. Deretter utarbeides design som viser hvordan man tenker å gå frem for å skape programmet. Deretter skrives kildekodene.

Dokumentasjonen er skriftlig eller illustrert informasjon og beskrivelse av programmet på vanlig språk. Dokumentasjonen kan utgjøre en del av designen, det kan være notater i en egen fil til programmet, hjelpeforklaringer brukeren kan trykke på mens programmet kjører (heretter «hjelpetekst»), eller notiser som forklarer funksjonene inne i selve kildekoden (heretter «kommentarer»). Disse er laget slik at datamaskinen *ikke* tolker dem som kommandoer og kompilerer dem til objektkode.

I kapittel 3.2.1 vurderes hvilke deler av programvaren som omfattes av vilkåret «datamaskinprogram».

---

<sup>39</sup> Dette kapitlet er inspirert av Wagle og Ødegaard (1997), side 76, 536-549, [https://snl.no/kompilator - IT](https://snl.no/kompilator_-_IT); <https://no.wikipedia.org/wiki/Kildekode>; og Ot.prp. 33 (1989–1990) s. 4-6 punkt 2.2, og samtaler med en dataingeniørstudent og en sivilingeniør i data.

## 3.2 Den juridiske forståelsen av «datamaskinprogram»

Ordlyden «datamaskinprogram» forklares ikke nærmere i rettskildene til § 71, men det fremstår som at vilkåret har samme betydning i alle bestemmelsene i åndsverkloven.<sup>40</sup> Det er på generelt grunnlag fastslått at åndsverklovens begrep «datamaskinprogram» skal samsvare med direktivets begrep «computer program».<sup>41</sup>

Ordlyden defineres heller ikke nærmere i rettskildene til artikkel 2.3, men det fastslås at begrepet er det samme innad i programvaredirektivet. Det kan gjøres en kontekstuell tolkning.<sup>42</sup>

Etter direktivets artikkel 1.2 fastslås det at dataprogrammets uttrykk er beskyttet i enhver form. I forarbeidene fremgår det at det ikke er oppstilt noen legaldefinisjon, ettersom vilkåret skal tolkes dynamisk i takt med at teknologien utvikler seg. Det oppstilles heller ingen legaldefinisjon i de nordiske lovene om opphavsrett av samme grunn.

I teorien skriver Jon Bing at det «forutsettes å referere til noe som er kjent innenfor informatikken på samme måte som man antar at “skulptur” er kjent innenfor billedkunsten».<sup>43</sup> Dette må være en treffende beskrivelse av vilkårets dynamiske funksjon.

Da direktivet kom, ble datamaskinprogram ansett som «et sett instruksjoner – uansett hvordan disse er uttrykket med hensyn til form, språk, notasjon eller kode – som har til formål å bringe en datamaskin til å utføre en bestemt oppgave eller funksjon» (min oversettelse fra dansk).<sup>44</sup>

Programvare skapes fremdeles som på 90-tallet, slik at definisjonen fortsatt er treffende. Eksempelvis er dagens smarttelefoner små datamaskiner, og programvaren og appene utvikles gjennom forberedende spesifikasjon, design og deretter skriving av alminnelig kildekode, hvor objekt-koden kjører på telefonen når appen brukes. Det er verdt å merke at direktivet får anvendelse på nye eller andre måter å utvikle programmer enn dette, som etter en teknisk vurdering anses som et datamaskinprogram.

Videre oppstiller artikkel 1.2 siste punktum at tanker, ideer og prinsipper bak koden ikke beskyttes, men den individuelle måten programmet kommer til uttrykk på.<sup>45</sup> Direktivets forarbeider uttrykker videre at logikk, algoritmer, og programmeringsspråk ikke anses som

---

<sup>40</sup> Se § 4 (2), § 26 (2) § 27 (2) annet punktum, § 100 og §§ 41, 42, 101 (5). Ot.prp. nr. 33 (1989-1990) s. 5.

<sup>41</sup> Se Ot.prp. 84 punkt 3.2. s. 15 flg. hvor det ble vurdert hvilke endringer som måtte gjøres for å harmonisere reglene med direktivet.

<sup>42</sup> Se COM(88) 816 s. 5: «For the purposes of this proposal, the term 'computerprogram' is used».

<sup>43</sup> Bing (1995) s. 595.

<sup>44</sup> COM(88) 816, side 5 under «Introduction», punkt 1.1.

<sup>45</sup> Se COM(88) 816, under artikkel 1.3 på side 9.



datamaskinprogram.<sup>46</sup> Avgjørelsen *SAS Institute C-406/10* (40) viste til forarbeidsuttalelsen, og understreket at programvaredirektivet ikke legger monopol på programmets funksjonalitet. Forarbeidene uttrykker at dersom det oppstår likheter mellom programmer fordi det er uunngåelig at uttrykksformer og de gitte omstendigheter ikke gir mulighet for forskjellig utforming, vil det normalt *ikke* være krenkelse av opphavsrett, ettersom ideen og uttrykket av ideen er sammenfallende.<sup>47</sup>

Dette ble fastslått å være i tråd med de alminnelige prinsippene om hva som beskyttes av opphavsrett i Norge, og ble av den grunn ikke eksplisitt regulert i åndsverkloven.<sup>48</sup>

*BSA C-393/09* fastslo at brukergrensesnittet ikke faller under vilkåret.<sup>49</sup>

Artikkel 1.3 regulerer verkshøydekravet for datamaskinprogrammer. Formålet var å harmonisere verkshøydekravet for å unngå at datamaskinprogram beskyttet av opphavsrett i ett EU-land, ikke skulle få beskyttelse i et annet. Før direktivet stilte ikke Storbritannia høye krav til verkshøyde, mens i Tyskland kunne terskelen være svært høy. Nordiske land ble ansett for å stå i en mellomposisjon.<sup>50</sup>

Norske forarbeider har uttalt seg vagt og generelt om verkshøydekravene for datamaskinprogrammer før direktivet, og det finnes ingen norske dommer om dette.<sup>51</sup> En dansk høyesterettsdom fastslo at den konkrete karakteren og omfanget av programmeringsarbeidet i saken var tilstrekkelig til å oppfylle verkshøydekravet, se U 2010.706.

I direktivets forarbeider uttales det at standardiserte «rutiner» og «subrutiner» ikke nødvendigvis oppfyller kravet, men tilstrekkelig originalitet kan likevel foreligge i programvareutviklerens utvelgelses, såfremt det viser ferdigheter og åndsinnsetts.<sup>52</sup> Videre kan moduler, som igjen utformer programmer, individuelt kvalifisere for beskyttelse, i tillegg til at programmet er beskyttet som helhet.<sup>53</sup>

---

<sup>46</sup> Se COM(88) 816, side 9 til artikkel 1.3.

<sup>47</sup> Se COM(88) 816 side 8 punkt 3.12-3.13. Se også problemstillingen om programvaren var kopiert eller bare utviklet på nytt fra den ansattes «know-how» fra tidligere arbeidsplass i LB-2009-107764, femte avsnitt (*Nettby*).

<sup>48</sup> Ot.prp. 84 s. 16.

<sup>49</sup> *BSA* (42).

<sup>50</sup> Schønning (1992) s. 60, uttaler at formuleringen i direktivet, som ble hentet fra Bernkonvensjonen art. 2.5, legger seg på en terskel som er strengere enn Storbritannias praksis, men lempeligere enn Tysklands.

<sup>51</sup> Ot.prp. 33 s. 14: «[...] Det synes klart at det i praksis vil kunne oppstå vanskelige vurderinger. Men departementet antar likevel at det typiske vil være at et program av noen kompleksitet, og som har interesse for markedet, er så preget av den eller de som står bak programmet, at det ikke vil være tvilsomt at det tilfredsstiller kravene for verkshøyde».

<sup>52</sup> Se forarbeider COM(88) 816, side 6 punkt 2.7., jf. side 6 artikkel 1. 4 a).

<sup>53</sup> Forarbeider COM(88) 816, side 9 til artikkel 1. 3.

Verkshøydevurderingen for datamaskinprogrammer må vurderes i tråd med direktivet, og om nasjonale rettskilder for andre verkstyper har overføringsverdi for vurderingen av om verkshøydekravet for datamaskinprogrammer er oppfylt.

Samlet sett må vilkåret tolkes i lys av samfunnsutviklingen. Det det beror på en teknisk vurdering om det bestemte programmet, eller modulen, er et datamaskinprogram i direktivets forstand, og om det oppnår det EU-rettslige verkshøydekravet.

Det vil videre vurderes hvilke tekniske komponenter av programvaren som omfattes av vilkåret.

### **3.2.1 De tekniske komponentene som omfattes av vilkåret**

Norske rettskilder til § 71 forklarer ikke nærmere hvordan «datamaskinprogram» skal forstås, annet enn at vilkåret skal tolkes i tråd med direktivet.

At direktivets vilkår omfatter alle former for programmet, skal tolkes som at både kildekoden og objekt-koden er vernet. I tillegg omfattes programmer som er fastbygget i maskiner eller som uttakbart element.<sup>54</sup>

Artikkel 1.1 siste punktum fastslår videre at vilkåret omfatter forberedende designmateriale. Fortalen utdyper at designen må være av slik art at den senere kan bli et datamaskinprogram.<sup>55</sup> Design eksemplifiseres som bilder eller skriftlige redegjørelser i normalt språk for rekkefølgen av stegene for programmeringen.<sup>56</sup> Det ble ikke ansett nødvendig å regulere dette eksplisitt i åndsverkloven.<sup>57</sup>

Videre avgrensner direktivet mot dokumentasjonen, som er den siste bestanddelen av programvaren i sin helhet. Avgrensningen mot dokumentasjonen fremgår av forarbeidene, og stadfestes av EU-domstolen i *SAS Institute* (63-70). De norske forarbeidene fra før direktivet uttrykker at ordvalget «datamaskinprogram» var for å avgrense mot dokumentasjonen, ettersom dokumentasjonen allerede reguleres som teknisk litteratur.<sup>58</sup>

*SAS Institute* fastslår at det ikke er en krenkelse av programvaredirektivet dersom språk og format fra dokumentasjonen benyttes til å lage et nytt program. Bruk av dokumentasjonen kan imidlertid innebære brudd på opphavsretten til litterære verk etter direktiv 2001/29.<sup>59</sup>

---

<sup>54</sup> Fortalen avsnitt 7, COM(88) 816 side 9 under artikkel 1.1. avsnitt 4, samt BSA C-393/09 (34-35).

<sup>55</sup> Fortalen avsnitt 7.

<sup>56</sup> Forarbeidene COM(88) 816) side 9 artikkel 1.1 avsnitt 4.

<sup>57</sup> Ot.prp. 84 s. 15.

<sup>58</sup> Ot.prp. 33 (1989–1990) s. 5.

<sup>59</sup> *SAS Institute* C-406/10 særlig avsnitt 26, 39, 41.

Ettersom forståelsen av datamaskinprogram-vilkåret ikke avklares nærmere i § 71, er det nærliggende å legge den samme forståelsen til grunn som i resten av direktivet. Tolkningen av vilkåret kan imidlertid skape særlige spørsmål om hva som omfattes av overdragelsen til arbeidsgiver etter § 71.

### 3.3 Forholdet mellom forberedende design og kildekode

En problemstilling er hvem som får opphavsretten til datamaskinprogrammet der forskjellige parter er involvert i utviklingen av forberedende design og utførelsen av selve kodeskrivingen.

Svea Hovrätt har forelagt flere tolkningsspørsmål til EU-domstolen om en slik problemstilling i arbeidsforhold.<sup>60</sup>

Spørsmålet i rettstvisten var om Y kunne få opphavsrett til programvaren han ikke hadde programmert selv, når han hadde stått for utviklingen av det forberedende materialet.

Tingretten fastslo at designen ikke var av slik art at den senere kan bli et dataprogram. Programvareutviklerne måtte foreta egne valg utover instruksjonene som kom fra Y, og videre hadde programmererne også utviklet deler av programmet før Y utviklet designen. Ys design kunne derfor ikke anses som en uttrykksform for programmet.<sup>61</sup>

For det andre kom retten til at Y uansett var en arbeidstaker, slik at bedriften ville få opphavsretten til hans bidrag til programvareutviklingen.

Lagmannsretten ville imidlertid ikke dømme i saken, ettersom det fremsto som uklart om Ys bidrag kunne regnes som forberedende design etter direktivet.

Et spørsmål var også om Y alene kunne få opphavsrett til programvaren, dersom designmaterialet måtte lede til *det bestemte programmet*, slik at åndelig innsats ikke kunne være overlatt til de som skriver koden.<sup>62</sup>

I praksis kan forberedende design være laget «uttømmende» for programmets endelige uttrykk, slik at programmeringen ikke innebærer åndelig innsats. Forberedende design kan også være så generelt at den åndelige innsatsen helt eller delvis må nedlegges i kodingen.

For at opphavsretten kun skal tilfalle skaperen av designen, må det trolig være slik at det ikke er nedlagt selvstendig og åndelig innsats i selve kodingen av programvaren. Det virker utilsiktet at

---

<sup>60</sup> C-313/18 spørsmål 1.1., 1.2. og 1.3.

<sup>61</sup> Referat fra tingrettsdommen i PMT 22-17 (6-14) særlig 14.

<sup>62</sup> PMT 22-17 (20), C-313/18 spørsmål 1.2.

utvikleren av forberedende design skal få den totale opphavsretten til dataprogramvaren, dersom de som programmerer også bidrar til åndelig innsats i kodingen.

Dette kan derfor være et praktisk viktig spørsmål og bør bero på en konkret vurdering. Det vil ikke komme noen avklaring fra EU-domstolen i denne saken ettersom den ble trukket.<sup>63</sup> For overgang til arbeidsgiver etter § 71 vil problemstillingen ikke oppstå med mindre utvikleren av én av delene ikke anses som arbeidstaker.

### **3.4 Arbeidsgivers opphavsrett til dokumentasjonen**

Det fremkommer ikke av rettskildene til § 71 om dokumentasjonen overdras til arbeidsgiveren. Ettersom det fremstår som at «datamaskinprogram»-vilkåret skal tolkes likt som i de øvrige bestemmelsene, er nærliggende at det også avgrenses mot dokumentasjonen i § 71.

Ettersom dokumentasjonen ikke reguleres av § 71, må spørsmålet om overgang av opphavsrett til dokumentasjonen vurderes etter Knophs maksime.

Etter Knophs maksime overdras kun opphavsrett som er nødvendig for å nå formålet med arbeidsforholdet. Maksimen leses i sammenheng med spesialitetsprinsippet, og arbeidsgiver får ikke rett til å selge eller endre åndsverk med mindre det er nødvendig. Arbeidsgiver får derfor total opphavsrett, endringsrett og rett til videresalg av kildekoden etter § 71, men ikke nødvendigvis til dokumentasjonen.

Knophs maksime må trolig tolkes utvidende, slik at opphavsretten til brukerdokumentasjonen overdras i like stort omfang som resten av programvaren overdras etter § 71.<sup>64</sup> Prinsippet og formålet bak § 71 er å gi arbeidsgiveren den totale økonomiske utnyttelsen av kildekoden. For at dette skal oppnås, må tilsvarende totale rettigheter til dokumentasjonen gå over til arbeidsgiveren etter Knophs maksime. Det er ikke tilstrekkelig at arbeidsgiveren får bruksrett til dokumentasjonen. Dersom arbeidsgiveren skal kunne utnytte retten til overdragelse av kildekoden, forutsetter det at brukermanualen og øvrig dokumentasjon følger med på salget. Dersom arbeidsgiver skal endre eller feilrette kildekoden, forutsetter det at tilsvarende endringer gjøres i dokumentasjonen.

Samlet sett må rettsstilstanden anses som uavklart, men det fremstår som at datamaskinprogramvilkåret i § 71 må forstås på samme måte som i resten av direktivet. Etter en slik tolkning overdras ikke dokumentasjonen etter § 71, slik at arbeidsgivers rett til dokumentasjonen må vurderes etter Knophs maksime.

---

<sup>63</sup> Partene forlikte saken, og saken ble avsluttet uten dom i svensk lagmannsrett og tolkning i EU-domstolen. Innholdet i forliket er ikke offentlig kjent.

<sup>64</sup> Se Vigen (2001) s. 84.

### 3.4.1 Hva slags dokumentasjon avgrenses det mot?

Programvarens dokumentasjon kan være av svært forskjellig karakter.

Et tolkningsspørsmål er om avgrensningen mot dokumentasjonen etter § 71 også omfatter kommentarer og hjelpetekst som er integrert i kildekoden.

Direktivets rettskilder uttaler ikke noe uttrykkelig om hvilke typer dokumentasjon det avgrenses mot, men rettspraksis og forarbeider nevner brukermanualen, som er informasjon i separate filer fra kildekoden.<sup>65</sup> Rettskildene uttaler ikke noe om kommentarer og hjelpetekst (integrert dokumentasjon).

Det kan være nærliggende å anse denne delen av dokumentasjonen som en del av selve kildekoden. Rent teknisk er det imidlertid en form for dokumentasjon, ettersom det er forklaringer til funksjonene i kildekoden, ikke funksjoner som utføres i maskinen.

Videre blir «computer program» forklart som kildekode som kompiles.<sup>66</sup> Verken kommentarene eller hjelpeteksten er kode som kompiles og utfører funksjoner i datamaskinen. Dette tilsier at vilkåret ikke omfatter disse typene dokumentasjon.

I teorien uttaler Rognstad at integrerte brukermanualer antakelig ikke omfattes av datamaskinprogram-vilkåret, men viser til forskjellige oppfatninger hos Andersen og Wagle/Ødegaard.<sup>67</sup> Dette er imidlertid en uttalelse til datamaskinprogram-vilkåret generelt, og ikke vilkårets innhold i § 71.

Dersom arbeidsgiveren ikke får opphavsretten til dokumentasjonen, vil det være uhandterlig å plukke ut den integrerte dokumentasjonen fra kildekoden. Dette tilsier at § 71 bare avgrenser mot separat dokumentasjon, slik at det ikke oppstår en oppdeling av rettighetene til funksjonene i kildekoden og de integrerte, løpende forklaringene til funksjonene.

Spørsmålet må anses som uavklart, men det kan være nærliggende å tolke § 71 som at integrert dokumentasjon omfattes av datamaskinprogram-vilkåret, slik at arbeidsgivers opphavsrett til integrert dokumentasjon reguleres av lovregelen.

### 3.4.2 Utvidende tolkning av vilkåret

Det kan virke utilsiktet at det avgrenses mot dokumentasjonen etter artikkel 2.3, og det kan tenkes at vilkåret «computer program» i artikkel 2.3 kommer til å tolkes utvidende av EU.

---

<sup>65</sup> SAS Institute (63-70), COM(88) 816 side 5 punkt 1.1.1.

<sup>66</sup> Se forarbeidene COM(88) 816 side 5 under punkt 1 nr. 1.1.

<sup>67</sup> Rognstad (2019) s. 136.

Avgrensningen mot dokumentasjonen er tilsiktet i andre regler, eksempelvis om dekompilering i § 41 (direktivet artikkel 6 og 8). Dekompilering gjøres fra objektkode som er uforståelig for mennesker, til kildekode som kan leses og forstås. Det gir ikke mening å dekompile dokumentasjonen, som er tekst på alminnelig språk.

For regelen i § 71 er det imidlertid ingen hensyn som tilsier en tilsvarende avgrensning mot dokumentasjonen. For at arbeidsgiveren skal kunne utnytte kildekoden, vil det være en forutsetning at arbeidsgiveren også får den totale opphavsretten til alle former for dokumentasjon. Formålet bak regelen om at arbeidsgiveren skal ha en total opphavsrett til programmet underbygger en utvidende tolkning.

Medlemsstatenes nasjonale regler om arbeidsgivers rett til litterære verk er ikke harmonisert, og det kan skape misforhold mellom arbeidsgiveres adgang til å utnytte programvaren som helhet på tvers av medlemslandene dersom forskjellige regler anvendes for dokumentasjonen. Det vil heller ikke være noen grunn til at arbeidstakeren sitter igjen med forklaringer til en kildekode han ikke har opphavsretten til. Rettstekniske hensyn og formålet om harmonisering underbygger en utvidende tolkning.

Ettersom det kan være grunnlag for at vilkåret tolkes utvidende etter direktivet, kan det underbygge at § 71 kan tolkes som å omfatte dokumentasjonen.

Likevel må rettstilstanden anses som uavklart. De lege ferenda kan det være hensiktsmessig om arbeidsgivers rett til dokumentasjonen reguleres eksplisitt i § 71. I den finske lovregelen er verk i direkte tilknytning til programmet inntatt i regelen, slik at dokumentasjonen overdras til arbeidsgiver etter § 40 b. En tilsvarende lovendring kan være oppklarende for rettstilstanden i Norge.

### **3.5 Samlet om arbeidsgivers opphavsrett til**

#### **«datamaskinprogram»**

Verken utseendet, grensesnittet, funksjonaliteten eller idéen omfattes av vilkåret «datamaskinprogram». Så lenge ikke kildekoden er kopiert, kan derfor en arbeidstaker lage programvare basert på samme idé og funksjonalitet, uten å krenke arbeidsgiverens opphavsrett etter § 71.<sup>68</sup>

Det som overdras til arbeidsgiveren etter § 71 er programvarens kildekode/objektkode, og det som kvalifiserer til forberedende designmateriale. Det er uavklart om programvarens

---

<sup>68</sup> Det bør vurderes om lojalitetsplikten, vern av forretningshemmeligheter, andre rettsregler eller avtaler er brutt, og om arbeidsgivers øvrige immaterielle rettigheter til programvaren er krenket.

dokumentasjon omfattes av vilkåret, men det kan være gode grunner til å tolke den integrerte dokumentasjon som en del av kildekoden.

For at arbeidsgiver alene skal få den totale opphavsretten, er det viktig at alle som utviser skapende innsats i utarbeidelsen av forberedende design og deler av programvaren som oppfyller verkshøydekravet, er arbeidstakere. Dersom andre enn arbeidstakere benyttes i programvareutviklingen, må overdragelse av opphavsretten avtalereguleres.

Ettersom det er uavklart om dokumentasjonen omfattes av vilkåret og eventuelt i hvilket omfang, bør overgang av opphavsrett til dokumentasjonen som helhet avtalereguleres.

## 4 Arbeidstakervilkåret

### 4.1 Generell tolkning av vilkåret

Ordlyden av «arbeidstaker» i § 71 innebærer at bestemmelsen kommer til anvendelse i arbeidsforhold. Drøftelsen vil ta stilling til arbeidstakervilkåret, ettersom arbeidsgivervilkåret er oppfylt der programvareutvikleren er en arbeidstaker.

De norske rettskildene til § 71 forklarer ikke nærmere hvordan arbeidstakervilkåret skal forstås.

Artikkel 2.3 i programvaredirektivet bruker betegnelsen «employee» på engelsk og «arbejdstager» på dansk. Hvordan begrepet skal tolkes fremkommer ikke av direktivets bestemmelser, og heller ikke av fortalen eller forarbeidene. Det foreligger heller ingen dommer fra EU-domstolen. Det er innsendt én forespørsel om tolkning av arbeidstakerbegrepet, men saken ble trukket.<sup>69</sup>

Det er uklart om det skal legges til grunn et EU-rettslig arbeidstakerbegrep (direktivkonformt), eller om det er overlatt til nasjonal rett å fastlegge vilkåret. Ettersom direktivet ikke gir retningslinjer for tolkningen, kan det tilsi at vilkåret tolkes nasjonalt. På den andre siden fremgår det gjerne eksplisitt av EUs rettsakter dersom tolkningen er overlatt til medlemslandet.<sup>70</sup>

Videre var formålet bak artikkel 2.3 å harmonisere arbeidsgiverregler for programvare, noe som taler for at vilkåret tolkes direktivkonformt.<sup>71</sup> Det fremheves også i direktivets fortale at

---

<sup>69</sup> Foreleggelsessak C-313/18 fra Svea Hovrätt 9. mai 2018. Partene forlikte, og saken trukket fra EU-domstolen 25.3.2019.

<sup>70</sup> Eksempelvis direktiv 2002/14/EC artikkel 2 d jf. fortalen avsnitt 23, og (EU) 2019/1152 artikkel 1 nr.1 til 8.

<sup>71</sup> COM(88) 816 side 10, under artikkel 2 nummer 4 første avsnitt.

forskjellige regler er uheldig for det indre marked, og at formålet med direktivet var harmonisering.<sup>72</sup>

Hensynet bak markedsreglene taler for en enhetlig tolkning. Det vil være lite hensiktsmessig om en programvareutvikler anses som arbeidstaker ved norsk praktisering av regelen så arbeidsgiver får opphavsretten, mens en arbeidstaker under samme faktiske forhold i England beholder rettighetene. Det kan skape problematikk der bedrifter som utvikler programvare har virksomheter i flere medlemsstater, og ved oppkjøp av bedrifter fra andre EU-land. Dersom landets interne forståelse av arbeidstakervilkåret legges til grunn, kan opphavsrett overdras fra en programvareutvikler til bedriften i ett land, mens programvareutvikleren ikke anses som arbeidstaker i et annet land. Bedrifter skal kunne operere under samme forutsetninger i det indre marked.

Spørsmålet er uavklart, men det kan fremstå som mest nærliggende at vilkåret tolkes direktivkonformt.

#### **4.1.1 EUs arbeidstakerbegrep**

Arbeidstakerbegrepet finnes i forskjellige EU-rettslige regelverk. EU-retten anvender et funksjonelt arbeidstakerbegrep, så det finnes ikke et generelt arbeidstakerbegrep som kan anvendes for programvaredirektivet. EU-domstolen har fastslått at forståelsen beror på det konkrete rettsområdet.<sup>73</sup>

Noen direktiver oppstiller vilkår og momenter for vurderingen av hvem som anses som arbeidstakere, og uttrykkelige avgrensninger mot tilknytningsforhold som ikke anses som arbeidsforhold. I andre direktiver formuleres arbeidstakerbegrepet vidt. Det varierer også om arbeidstakerbegrepene er EU-rettslige eller overlatt til nasjonal rett. Det er dermed begrenset veiledning i det EU-rettslige arbeidstakerbegrepet for tolkningen av programvaredirektivet.

Likevel fremstår det som at EU-domstolens rettspraksis skal tas i betraktning, selv på andre rettsområder, og der tolkningen overlates til nasjonal rett. Etter eksempelvis det arbeidsrettslige direktivet (EU)2019/1152 (opplysningsdirektivet om tydelige og forutsigbare arbeidsvilkår), skal arbeidstakervilkåret tolkes etter nasjonal rett. Likevel understrekes det en plikt om å tolke i overensstemmelse med EU-rettens arbeidstakerbegrep for øvrig, og henvises til

---

<sup>72</sup> Fortalen avsnitt 4.

<sup>73</sup> C-85/96 avsnitt 31: "It must also be pointed out that there is no single definition of worker in Community law: it varies according to the area in which the definition is to be applied."



arbeidstakerbegrepet i TFEU artikkel 45 om fri bevegelse av arbeidstakere, og EU-domstolens tolkning av arbeidstakerbegrepet i diverse andre rettsakter.<sup>74</sup>

Tolkningen av arbeidstakerbegrepet bør derfor skje i tråd med EUs arbeidstakerbegreper på andre rettsområder, og særlig ved at de grunnleggende hensyn bak de ulike reglene tillegges betydning.

#### 4.1.2 Tilgrensende arbeidstakerbegrep

Ettersom det er lite veiledning i programvaredirektivet om hvordan arbeidstakervilkåret skal forstås, vil det være nyttig å se til tolkningen på andre rettsområder.

I arbeidsretten har arbeidstakerbegrepet en sentral plass. Arbeidsretten i EU oppstiller gjerne forskjellige retningslinjer for tolkningen etter det enkelte regelverk. Av hensyn til oppgavens omfang vil jeg begrense meg til å trekke inn noen eksempler fra EU-rettens arbeidstakerbegreper for å belyse vurderingen.

I direktivet om arbeidsmiljø 89/391/EU artikkel 3 (a) defineres arbeidstakere som «enhver person, som en arbeidsgiver har i sin tjeneste, herunder praktikanter og lærlinger, bortsett fra hushjelp». Det finnes en rekke individuelle direktiver underlagt dette direktivet, og rettskildeomfanget er omfattende. Det er også uavklart om dette arbeidstakerbegrepet skal tolkes direktivkonformt.<sup>75</sup> I de nordiske land anses likevel arbeidsretten som harmonisert og i samsvar med direktivet. Tolkningen av arbeidstakerbegrepet i den norske arbeidsmiljøloven kan derfor gi et utgangspunkt for tolkningen av åndsverkloven § 71, men utgjør ingen legaldefinisjon i forhold til sist nevnte bestemmelse.

I arbeidsmiljøloven defineres en arbeidstaker som «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste», jf. aml. § 1-8. Vurderingen beror ikke på faste vilkår, men en konkret helhetsvurdering av momenter fra forarbeider og rettspraksis.<sup>76</sup> Vurderingen er særlig myntet på grensen mot selvstendige oppdragstakere, men arbeidstakerbegrepet avgrenser også mot verv og selskapsdeltakelse.<sup>77</sup> Vurderingen gjøres etter intensjonene bak loven, som er å gi regelverket anvendelse for de som trenger vernet.<sup>78</sup>

Videre kan arbeidstakerbegreper i immaterialretten vise de særlige hensyn som gjør seg gjeldende på dette rettsområdet. Det finnes ikke en generell EU-rettslig regel om opphavsrett for arbeidsgivere, men arbeidsgiverregler oppstilles i diverse immaterielle rettsakter, uten at

<sup>74</sup> (EU) 2019/1152 artikkel 1.2., jf. fortalen avsnitt 8 jf. fotnote 5 viser bl.a. til C-66/85 (sak om TFEU artikkel 45), og C-428/09 (sak om direktiv 2003/88/EC om arbeidstid)

<sup>75</sup> Se Fougner m.fl. (2013) s. 64 under punkt 1.1.2. Det vises videre til Kristiansen, «På vej mod et felleseuropæisk arbejdstagerbegreb?», i Sui Generis. Festskrift til Stein Evju (2016) s. 389 flg.

<sup>76</sup> Ot.prp.nr.3 (1975-1976) s. 102 «Til § 3 – Arbeidstaker», Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 74.

<sup>77</sup> Se NOU 2004:5 s. 154, og eksempelvis Rt. 1995 s. 2018.

<sup>78</sup> Ot.prp.nr.3 (1975-1976) s. 102 «Til § 3 – Arbeidstaker», Rt. 2013 s. 354.

tolkningen av arbeidstakerbegrepet forklares nærmere.<sup>79</sup> Immaterialrettens arbeidstakerbegrep i nordisk lovgivning kan derfor belyse arbeidstakerbegrepet i programvaredirektivet.

Et tolkningsresultat kan imidlertid ikke overføres til andre rettsområder uten å vurdere overføringsverdien.<sup>80</sup> Selv om tilgrensende arbeidstakerbegreper kan bidra til å tolke arbeidstakerbegrepet i programvaredirektivet, må det gjøres en særskilt vurdering av relevansen.

### 4.1.3 Avgrenser vilkåret mot oppdragstakere?

Programvare utvikles ofte utenfor tradisjonelle arbeidsforhold, og det er vanlig at programvare utvikles for bedrifter på bestilling. Programvare kan utvikles ved hjelp av innleid personell, av frilansere eller bedriftseiere selv.<sup>81</sup> Det vil derfor være av betydning å se særskilt på denne problemstillingen.

Det mest praktiske er nok at programvare utvikles av personell som er engasjert som oppdragstakere. Her sikter jeg til en vid definisjon av oppdragstakere, blant annet konsulenter, frilansere, enkeltpersonforetak, samt aksjeselskap. Felles for disse er at oppdragstakeren leverer en tjeneste til oppdragsgiver.

Det fremgår ikke uttrykkelig om direktivets arbeidstakervilkår avgrenser mot oppdragstakere, men det er nærliggende å tolke ordlyden «employee» som en avgrensning mot andre tilknytningsforhold enn arbeidsforhold. Det finnes mange tilknytningsforhold hvor personer utfører oppgaver for andre, uten at det anses som en ansettelse.

I tidlige forarbeider til direktivet omtales overgang av opphavsrett for programvare skapt av frilansere.<sup>82</sup> Oppdragsforhold blir ikke tatt opp igjen, i senere forarbeider brukes bare begrepet «employee». Man skal utvise varsomhet med å tolke direktivers forarbeider, men omtalen av arbeidstaker og freelancer som adskilte begreper tilsier at EU-retten oppfatter arbeidstakerbegrepet som en avgrensning mot oppdragstakere. Europeisk og nordisk teori tolker også vilkåret sånn.<sup>83</sup> Det samme gjelder danske forarbeider.<sup>84</sup>

---

<sup>79</sup> Forordning (EU) nr. 6/2002 om design oppstiller en arbeidsgiverregel i artikkel 14.3 uten å definere arbeidstaker. Direktiv 87/54/EU om kretsmønster oppstiller at landene *kan* innføre en regel om overgang til arbeidsgiver, jf. art. 3.2 a). Landene kan også oppstille lignende regel for kontraktsforhold jf. 3.2. b). Tolkningen forklares ikke nærmere i rettskildene til rettsaktene. Det finnes ingen arbeidsgiverregel i mønsterdirektivet 98/71/EF.

<sup>80</sup> Arbeidstakerbegrepet i TFEU 45 om fri bevegelse skal f.eks. omfatte jobbsøkere (C-53/81 *Levin* (16 og 17)), noe som ikke nødvendigvis er en hensiktsmessig tolkning på andre rettsområder. Eksempelvis trenger ikke arbeidssøkere vern mot oppsigelse.

<sup>81</sup> Se TNOHO-2006-117601 om programvareutvikling ved selskapsdeltakelse.

<sup>82</sup> COM(88) 816 s. 9-10.

<sup>83</sup> Walter, Lewinski (2010) s. 118, punkt 5.2.27, Wagle og Ødegaard (1997) s. 237.

<sup>84</sup> Danske forarbeider uttaler at arbeidstaker/arbeidsgiverforhold avgrenser mot oppdragstakere, se Schönning (2016) s. 582.

Etter min forståelse avgrenser arbeidstakervilkåret mot oppdragstakere.

## 4.2 Det nærmere innholdet i arbeidstakervilkåret i § 71

Ordlyden av «arbeidstaker» i § 71 avklarer ikke hvem som faller under vilkåret. De norske forarbeidene vurderer ikke hvordan vilkåret skal tolkes, og dette er tilsvarende i de øvrige nordiske landene. Det finnes ingen høyesterettspraksis fra de nordiske landene, men det finnes enkelte underrettsdommer.<sup>85</sup>

Dansk teori omtaler direktivets arbeidstakerbegrep som «personer, der befinder sig i ansættelsesforhold med deraf normalt følgende instruktionsbeføjelse for arbejdsgiveren».<sup>86</sup> Europeisk teori uttaler ikke noe om hvilken vurdering som gjøres for å anse noen som arbeidstaker.<sup>87</sup>

Samlet sett er det uavklart hvordan arbeidstakervilkåret skal tolkes etter direktivet, noe som gjenspeiles i det fattige nordiske rettskildebildet. Svensk lagmannsrett anså seg uegnet til å tolke vilkåret uten forhåndsavgjørelse fra EU-domstolen.<sup>88</sup>

Det er nærliggende at arbeidstakervilkåret er oppfylt der det foreligger en ansettelseskontrakt, og bedriften og programvareutvikleren selv anser tilknytningen som et arbeidsforhold. Problemstillingen oppstår der det er uenigheter mellom programvareutvikleren og bedriften om karakteren av tilknytningsforholdet.

Inntil EU eventuelt avklarer forståelsen av vilkåret, er det nærliggende å foreta tolkningen i lys av tilgrensende arbeidstakerbegreper.

Etter norsk lovgivertradisjon har ikke arbeidstakerbegrepet samme innhold på tvers av lover og rettsområder. Arbeidstakerbegrepets innhold kan variere innad i arbeidsretten.<sup>89</sup> Videre kan arbeidstakerbegrepet få et annet innhold på eksempelvis erstatningsrettens område, som følge av underliggende erstatningsrettslige hensyn.<sup>90</sup> Dette tilsier at den norske tolkningen av begrepet er forenlig med forståelsen av EU-rettens arbeidstakerbegrep.

Begrepet «bedriften» vil, for å ha en nøytral terminologi, anvendes om avtalemotparten ved vurderingen av om arbeidstakervilkåret er oppfylt.

---

<sup>85</sup> TNOHO-2006-117601, LB-2001-3936 og LOD-2002-69-16 i Norge. Referat fra svensk tingrettsdom i PMT 22-17 (6-14).

<sup>86</sup> Se Andersen (2005) s. 351.

<sup>87</sup> Walter, Lewinski (2010) s. 118 punkt 5.2.27.

<sup>88</sup> Se PMT 22-17, foreleggessak C-313/18 spørsmål 2.1 og 2.2.

<sup>89</sup> Fougner m.fl. (2013) s. 57.

<sup>90</sup> Rt-2015-475 (Advokatpartner) viser at erstatningsrettslige hensyn begrunner en avvikende vurdering av arbeidstakerbegrepet i erstatningsretten i forhold til etter arbeidsmiljøloven.

## 4.2.1 En helhetsvurdering av det reelle forholdet mellom partene

Direktivet oppstiller ingen vilkår som må være oppfylt for å konstatere at det foreligger et arbeidsforhold. Dette tilsier at det må foretas en helhetsvurdering. Arbeidstakerbegrepet i TFEU artikkel 45 forstås også på denne måten.<sup>91</sup>

Også etter arbeidsmiljøloven gjøres det en helhetsvurdering av tilknytningsforholdet, hvor en rekke momenter får betydning for grensedragningen. Momentene er ikke generelt vektet mot hverandre, men Høyesterett har fastslått at momentet om ledelse og kontroll står sterkt og er et utgangspunkt for vurderingen.<sup>92</sup> Tolkningen av arbeidstakerbegrepet i Knophs maksime tar også utgangspunkt i arbeidsretten.<sup>93</sup> I forarbeidene til lovfestingen av maksimen fremheves det momenter som kan trekkes inn i vurderingen av om oppdragsforhold i realiteten anses som arbeidsforhold.<sup>94</sup>

Det er nærliggende å foreta en objektiv vurdering av tilknytningen mellom partene som i arbeidsretten.<sup>95</sup> Hensynet bak regelen tilsier at fraværet av arbeidskontrakt ikke bør være avgjørende. Det er arbeidsforholds typiske karakter som begrunner overdragelse av opphavsrett til arbeidsgiveren. Dette taler for at det ikke kan avgrenses mot konsulenter, frilansere, enkeltpersonforetak og engasjerte gjennom byråer uten å gjøre en nærmere vurdering av om tilknytningen reelt anses som et arbeidsforhold.

Det er flere høyesterettsdommer som vurderer om oppdragsforhold anses som ansettelse.<sup>96</sup> Dommene kan brukes som et utgangspunkt for grensedragningen, men momentene er ikke nødvendigvis treffende for grensedragningen i programvaredirektivet.

I TFEU art. 45 er et vidt arbeidstakerbegrep lagt til grunn for å gi rett til fri bevegelighet, og i arbeidsretten tolkes begrepet vidt for å gi beskyttelse og tildele rettigheter til den svake parten i et ubalansert maktforhold.<sup>97</sup>

Det er andre hensyn som må legges føringer for helhetsvurderingen etter § 71. Etter bestemmelsen er det fordelingen av opphavsretten mellom partene som må sette rammene for helhetsvurderingen. Det må også tas særlig hensyn til at de *totale* rettighetene overdras. Dette

---

<sup>91</sup> Se eksempelvis *Lawrie-Blum* (17).

<sup>92</sup> HR-2016-1366-A (27).

<sup>93</sup> Prop. 104 L (2016–2017) s. 256: «Hva som er å anse som et arbeidsforhold må bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle med utgangspunkt i arbeidsrettslige regler og prinsipper, jf. bl.a. definisjonen av arbeidstaker og arbeidsgiver i arbeidsmiljøloven § 1-8.»

<sup>94</sup> Prop. 104 L s. 258, NOU 1985:6 s. 6

<sup>95</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 74.

<sup>96</sup> Eksempelvis Rt. 2013 s. 342, å være fostermor skilte seg «markert fra ordinære arbeidsforhold», og hva som «naturlig kan karakteriseres som "arbeid i annens tjeneste"», se spesielt avsnitt 62.

<sup>97</sup> Rt. 2013 s. 354 (49).

tilsier at arbeidstakerbegrepet bør tolkes mer restriktivt etter § 71 enn i andre sammenhenger. Regelen om overdragelse av opphavsrett er en unntaksregel som bør anvendes der det er klart at vilkårene er oppfylt. Dette kan få betydning for tolkningen av hvert moment, og bør tas i betraktning når momentene skal veies mot hverandre i helhetsvurderingen. I tvilstilfeller bør det vurderes om arbeidsgiverens tilrettelegging for programvareutviklingen er så fremtredende at rettighetsovergang oppfyller regelens formål.

Det finnes nordisk underrettspraksis som foretar en helhetsvurdering av om konsulenten reelt er en arbeidstaker. To norske avgjørelser tolker arbeidstakervilkåret etter § 71. Begge sakene gjaldt krav om midlertidig forføyning.

I LOD-2002-69-16 fra Stavanger namsrett (heretter Strong-kjennelsen), kom retten til at konsulenten i realiteten var en arbeidstaker etter en vurdering av tilknytningsforholdet. Avgjørelsen ble stadfestet av lagmannsretten.

I den andre saken LB-2001-3936 fra Borgarting lagmannsrett (heretter Pride-kjennelsen), avfeiet retten anførselen om anvendelse av § 39g (§71) ettersom det forelå et «klart oppdragsforhold» mellom partene.

En svensk tingrettsdom fastslo at forholdet mellom en konsulent og kapitalforvaltningsforetaket IPM reelt var en ansettelse (heretter IPM-dommen).<sup>98</sup> Da saken kom opp for ankeinstansen (tilsvarende lagmannsretten) ville ikke domstolen tolke arbeidstakervilkåret uten rådgivning fra EU-domstolen. Domstolen stilte spørsmål om en konsulent under de foreliggende forholdene kunne anses som en arbeidstaker etter direktivet, og hvilke kriterier som oppstilles for vurderingen av arbeidstakerbegrepet.<sup>99</sup> Ettersom saken ble forlikt, vil det ikke komme rettskraftig dom eller avklaring fra EU-domstolen i denne saken. Tingrettsdommen kan benyttes for å illustrere vurderingen.

Rettsstilstanden er uavklart, utover at det må foretas en helhetsvurdering av om programvareutvikleren reelt er å anse som en arbeidstaker etter § 71.

## **4.2.2 Sentrale momenter for vurderingen**

### **Underordningsforhold, styring og idé**

---

<sup>98</sup> Se referat fra tingrettsdommen i PMT 22-17 (6-14).

<sup>99</sup> C-313/18, spørsmål 2.1 og 2.2.

Både artikkel 45 TFEU og det arbeidsrettslige arbeidstakerbegrep vektlegger om arbeidet utføres for en annen i et underordningsforhold.<sup>100</sup> I norsk arbeidsrett fremheves arbeidsgiverens ledelse og kontroll som av særlig betydning.<sup>101</sup>

Hensynet bak at arbeidsgivere får opphavsretten, er at arbeidsgiveren indirekte har skapt programvaren ved hjelp av sine ansatte. Dette bør være et sentralt moment for å anse programvareutvikleren som en arbeidstaker, og tilsier at vilkåret i de fleste tilfeller avgrenser mot programvareutvikling i oppdragsforhold og av bedriftseiere.<sup>102</sup> Mangel på styring og ledelse er en formodning imot at programvareutviklerens motpart har bidratt til utviklingen av programmet i slik grad at det kvalifiserer til opphavsrett.

Momentet om hvem sin idé som dannet grunnlaget for programmet fremheves i rettspraksis, og om programvareutviklingen er en rent «mekanisk» utførelse av bestillerens visjon.

I *Pride*-kjennelsen ble det anført at programmeringsjobben var en «mekanisk» oppdatering av *Prides* allerede eksisterende programvare, og etter samme idé som denne var basert på. *Lagmannsretten* anså det som et relevant moment, men det var ikke tilstrekkelig til å anse oppdragstakeren som en arbeidstaker.

I en finsk høyesterettsdom (fra før direktivet) ble det lagt avgjørende vekt på at bedriften hadde vedtatt å utvikle den typen programvare og avsatt midler til det. Arbeidstakerens anførsel om at han hadde funnet på programmet på fritiden ble avfeid. Momentet underbygger at ikke utvikleren selv står bak det beskyttelsesverdige bidraget til utviklingen av programvaren.<sup>103</sup>

Rettferdighetshensyn kan også trekkes inn i vurderingen. Dersom programmet røper bedriftshemmeligheter, vil det tale imot at opphavsretten skal bli igjen hos arbeidstakeren.

## Vederlag og risiko

TFEU artikkel 45 stiller ikke krav til at det mottas vederlag, så lenge arbeidet har økonomisk verdi.<sup>104</sup> Utbetaling av lønn er heller ikke nødvendig for å være omfattet av arbeidsmiljøloven.

---

<sup>100</sup> C-66/85 avsnitt 17, 20 og 22., samt C-337/97 (13) hvor det vises videre til *Lawrie-Blum* C-66/85, avsnitt 16 og 17. Se *Martínez Sala* C-85/96 (32).

<sup>101</sup> HR-2016-1366-A (65-66).

<sup>102</sup> TNOHO-2006-117601: «Det er på det rene at Rasch og Sognnes ikke har arbeidet som ansatte i Camedia og Å § 39g, kommer følgelig ikke til anvendelse. Retten kan heller ikke se at det er grunnlag for en analogisk anvendelse av bestemmelsen»

<sup>103</sup> HD 1996:4. Finland hadde en lignende lovbestemmelse før direktivet. Det er den eneste nordiske høyesterettsdommen om problemstillingen.

<sup>104</sup> C-66/85 avsnitt 17, 20 og 22., samt C-337/97 (13) hvor det vises videre til *Lawrie-Blum* 66/85, avsnitt 16 og 17; og *Martínez Sala* C-85/96 (32).

Hensynene bak § 71 kan imidlertid tilsi at lønn eller vederlag bør være et tungtveiende moment for å anse programvareutvikleren som en arbeidstaker. Dersom hun ikke har fått betaling, kan det virke urimelig om bedriften får den totale opphavsretten til programmet. Utbetaling av lønn eller vederlag begrunner at bedriften får opphavsretten som motytelse for det som utvikles i tilknytningsforholdet.

Det kan vurderes om annen kompensasjon likestilles med lønn, for eksempel verdien av praksis. Dette kan være tilfellet for ubetalte praktikantstillinger, der kandidaten utvikler sin kompetanse gjennom arbeidet med å utvikle programvare for bedriften.<sup>105</sup> Dette er imidlertid uklart, og manglende betaling kan vektes tungt imot å anse noen som arbeidstaker.

I denne forbindelsen bør det særlig vektlegges om lønnen mottas uavhengig av resultatet på oppgaven, og det er bedriftens risiko om sluttproduktet tilfører bedriften nytteverdi eller kan faktureres til arbeidsgivers klienter.

Videre kan det vektlegges om andre goder tilfaller programvareutvikleren. I IPM-dommen fikk programvareutvikleren ferie, bonus, visittkort og kredittkort, og han ble presentert som ansatt utad. At IPM hadde fakturert for oppdragsutførelsen til et selskap der Y var eier, var ikke avgjørende. Vederlaget ble likevel ansett som lønn og ikke godtgjøring for et bestemt resultat.

I Strong-kjennelsen fikk A lønn uavhengig av om produktet kunne faktureres kundene. Om det betales vederlag som i større grad kan karakteriseres som lønn, som timebetaling, fastlønn og betaling under sykdom, taler dette for at arbeidsgiveren har bidratt til programvareutviklingen. Slike investeringer anses som et indirekte bidrag som verdsettes fremfor arbeidstakerens direkte innsats i regler om arbeidsgivers opphavsrett.

Om det betales fastpris for det ønskede arbeidsresultatet, taler det imot en overgang av opphavsrett.<sup>106</sup>

Videre bør det vektlegges om bedriften legger til rette for programvareutviklingen gjennom å stille med kontorlokaler, pc, annet materiell og support-tjenester. Dette underbygger at bedriften har gitt et avgjørende bidrag til verket. Hvem som betaler om utstyret blir ødelagt i løpet av programvareutviklingen er også av betydning.

### **Stillingsprosent, tilknytningens fasthet og varighet**

Andre faktorer som trekkes opp er stillingsprosent og varighet. Rettspraksis til TFEU art. 45 stiller krav om «noen varighet», mens arbeidsmiljødirektivet uttrykkelig omfatter kortvarige

---

<sup>105</sup> At dette kan være i strid med arbeidsretten er et annet spørsmål som jeg avgrenser mot å behandle her.

<sup>106</sup> Det kan nevnes at det er et mulig *avtalerettslig* tolkningsmoment dersom vederlaget uansett er så høyt at det må anses som betaling for både programvareutviklingen samt opphavsretten.

arbeidsforhold som praktikanter og lærlinger.<sup>107</sup> Kravet om noen varighet kan ses i sammenheng med at et omfattende regelverk av rettigheter skal komme til anvendelse for arbeideren. Det begrunnes i effektivitetshensyn at det avgrenses mot helt kortvarige tilknytningsforhold.

Etter § 71 bør ikke tidsmomentet være sentralt. Også kortvarige arbeidsforhold kan kunne ut i et datamaskinprogram, så det er fornuftig å inkludere praktikanter og lærlinger. Dette uttrykkes også i teorien uten at jeg kan lese grunnlaget for slutningen.<sup>108</sup> Kortvarige tilknytningsforhold kan likevel reise spørsmål om arbeidstakeren har rukket å skape programmet i løpet av arbeidsforholdet, men det er en annen vurdering.<sup>109</sup>

I Strong-kjennelsen ble det vektlagt at programvareutvikleren ikke var innleid på prosjektbasis, men fikk velge oppgaver etter hvilke saker som kom inn til Strong fra kundene, og at han også utførte internt arbeid.

I en tingrettsdom fra Gøteborg om den ulovfestede arbeidsgiverregelen, ble det fastslått at en praktikant var en ansatt, ettersom han hadde utført oppgaver innen bedriftens normale virksomhet, og under den gjensidighet og lojalitetsplikt som kjennetegner et ansettelsesforhold.<sup>110</sup> Dette underbygger at det ikke gjøres en avgrensning mot kortvarige tilknytningsforhold.

Det kan likevel tale sterkere for at arbeidstakervilkåret er oppfylt der tilknytningen mellom partene er fast og langvarig. Dette ble fremhevet i forarbeider til den ulovfestede regelen, og IPM-dommen og Strong-kjennelsen. I disse sakene hadde programvareutvikleren arbeidet fast for bedriften mellom 2 til 7 år, og hadde blitt likestilt med de øvrige ansatte hos oppdragsgiveren i perioden.

### **Forholdet til arbeidsrettens arbeidstakerbegrep**

Ettersom arbeidstakerbegrepet i direktivet trolig må tolkes konformt, kan det ikke gjøres en direkte anvendelse av det norske arbeidsrettslige arbeidstakerbegrepet. Etter norsk rett er det heller ikke grunnlag for en direkte anvendelse av et arbeidstakerbegrep fra et annet rettsområde, og det er mye som taler for at arbeidstakerbegrepet etter § 71 er snevrere enn på andre rettsområder.

Dersom programvareutvikleren blir ansett som en arbeidstaker etter arbeidsretten, kan det imidlertid være et moment for at arbeidstakerbegrepet er oppfylt etter § 71. Et beskyttende regelverk kommer til anvendelse for programvareutvikleren, og for bedriften oppstår det plikt til

---

<sup>107</sup> C-66/85 (17).

<sup>108</sup> Se Bender (1998) s 190.

<sup>109</sup> Se Netby-saken LB-2009-107764, der det ble anført at koden var kopiert fra forrige arbeidsgiver fordi den ble utviklet så raskt.

<sup>110</sup> FT 6482-06 (upublisert), s. 18-19 under «partnernas avtalsförhållande».



å overholde reglene om feriepenger, sykepenger, pensjon, arbeidsgiveravgifter og annen ressursbruk. Den omfattende ressursbruken ved å ha ansatte, sammenlignet med kostnadene ved å benytte oppdragstakere, taler for at immaterielle rettigheter til det de ansatte skaper går over til bedriften. Dette taler for et visst samspill mellom arbeidstakerbegrepene.

### **4.3 Særlige avgrensninger mot ansettelsesforhold**

Programvaredirektivet oppstiller ikke uttrykkelige avgrensninger mot bestemte grupper ansatte, som for eksempel avgrensningen mot offentlig statsansatte i arbeidsmiljøloven § 1-2 (3).

I norske forarbeider ble det uttalt at hensynet til korrekt implementering tilsa at det ikke kunne gjøres særlige vurderinger av om visse ansettelsessituasjoner omfattes av regelen.<sup>111</sup> Det tilsier at § 71 ikke avgrenser mot bestemte grupper ansatte.

Europeisk teori støtter også opp om en vid forståelse av arbeidstakerbegrepet i bestemmelsen. Det uttrykkes at det er overlatt til nasjonal lovgivning å avgrense, eksempelvis mot offentlig statsansatte.<sup>112</sup> Wolk tolker også bestemmelsen som at ingen kategorier av ansatte unnlates.<sup>113</sup> Samlet sett må vilkåret i § 71 omfatte alle arbeidstakere.

---

<sup>111</sup> Ot.prp. 84 s. 21-22.

<sup>112</sup> Walter, Lewinski (2010) s. 118. punkt 5.2.27.

<sup>113</sup> Wolk (2008) s. 52.

# 5 Vilkåret om tilknytning til arbeidsforholdet

## 5.1 Generelt om vilkåret

Et vilkår er at programvareutviklingen har tilstrekkelig tilknytning til arbeidsforholdet. Dette fremgår av at rettighetene går over til arbeidsgiveren der en ansatt utvikler et program «under utførelsen av oppgaver som omfattes av arbeidsforholdet, eller etter arbeidsgivers anvisninger.»

Ordlyden «under utførelsen av oppgaver som omfattes av arbeidsforholdet» er ikke detaljert, men tolkes som en avgrensning mot programvareutvikling som ikke kan anses som et resultat av arbeidstakerens arbeidsoppgaver eller arbeidsgiverens instruksjoner. Det er imidlertid uklart om programvareutvikling i seg selv må være en arbeidsoppgave. Dersom programvareutvikling er arbeidstakerens arbeidsoppgave, er det et spørsmål om programmet som utvikles må løse problemstillinger som omfattes av arbeidsforholdet.

Videre omfattes også programvare som skapes «etter arbeidsgivers anvisninger». Sammenholdt med det første alternativet, tilsier en kontekstuell tolkning at instruksjonen i utgangspunktet ikke omfattes av arbeidstakerens normale arbeidsoppgaver.<sup>114</sup>

Det er også uklart hvilken rekkevidde dette alternativet har, og om det kommer til anvendelse dersom arbeidsgiveren instruerer om å utvikle programvare, eller om det også omfatter tilfeller der arbeidsgiver etterspør et resultat, og arbeidstakeren selv velger programvare for å løse utfordringen.

Videre er det et spørsmål om arbeidsgiveren kan instruere en ansatt med andre arbeidsoppgaver enn programvareutvikling til å utvikle programvare, dersom arbeidsgiveren for eksempel får kjennskap til arbeidstakerens programmeringsferdigheter tilfeldig.

Her vil arbeidsgiveres styringsrett sette skranker for arbeidsgivers instruksjon om å skape programvare.<sup>115</sup> Om en instruksjon er i tråd med styringsretten beror på en konkret tolkning av arbeidsforholdet, men på generell basis kan det sies at utvikling av åndsverk kan inngå i mange arbeidsforhold. Ettersom programvare er en stadig mer vanlig måte å løse problemer på, vil det i tråd med samfunnsutviklingen være stort rom for å anse programvareutvikling som en arbeidsrelevant oppgave som kan pålegges.

---

<sup>114</sup> Se også Walter og Lewinski (2010) s. 118 punkt 5.2.28, og Wolk (2008) s. 78.

<sup>115</sup> Prinsippet er behandlet i teori og rettspraksis, og legger føringer for arbeidsgiverens rett til å pålegge arbeidstakeren oppgaver, se Rt-2000-1602 «Nøkk-dommen», s. 1609: «Arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått. Ved tolkingen og utfyllingen av arbeidsavtalene må det blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen».

Videre er det et spørsmål om hvilken avgrensning som gjøres mot programmering som ikke kan anses som utført under arbeidsforholdet tidsmessig, med tanke på programvareutvikling som har funnet sted før eller etter arbeidsforholdet, eller på arbeidstakerens fritid eller i ferier.

I norsk rett gir verken forarbeidene til den nye eller gamle loven en klargjøring av hvordan tilknytningsvilkåret skal forstås. Det er ingen nordiske høyesterettsdommer om bestemmelsen.<sup>116</sup> Problemstillingen er sjelden behandlet i nordisk underrettspraksis, og det er sparsommelige drøftelser i teorien. Problemstillingen har vært oppe i én underrettsdom.<sup>117</sup> Jeg vil behandle den der det er hensiktsmessig. Andre dommer om § 71 fastslår kort at tilknytningsvilkåret er oppfylt.<sup>118</sup>

Fortalen til direktivet klargjør ikke hvordan bestemmelsen skal tolkes, og det foreligger ingen dommer fra EU-domstolen.

Samlet sett er ordlyden vid, og det er begrenset veiledning i rettskildene. Det fremstår klart at bestemmelsens kjerneområde er programvareutvikling utført i arbeidstiden av arbeidstakere som har stillingsbeskrivelsen programvareutvikler, og hvor programmet som skapes er direkte relatert til arbeidsoppgavene og arbeidsgivers hovedvirksomhet. Jeg vil fokusere på tilknytningsvilkårets yttergrense.

## **5.2 Programvareutviklingens tidsmessige tilknytning til arbeidsforholdet**

### **5.2.1 Programmering utenfor arbeidsforholdets oppstart og opphør**

Ordlyden «arbeidsforholdet» må tolkes som at bestemmelsen kun kommer til anvendelse for programmering utført under ansettelsen. Opphaveren vil ikke regnes om en «employee» eller «arbeidstaker» i tiden forut for arbeidsforholdets start og etter arbeidsforholdets opphør.<sup>119</sup> Dette underbygges av opphavsrettens utgangspunkt om at opphavsrett i utgangspunktet tilfaller skaperen etter § 2 (1), og at bestemmelsen er et unntak. Dette forutsettes også i forarbeider og underrettspraksis.<sup>120</sup> Regelens begrunnelse og formål underbygger også en slik tolkning.

---

<sup>116</sup> En finsk høyesterettsdom HD 1996:4 tar stilling til tilknytningsvilkåret. Saksforholdet er fra før direktivet.

<sup>117</sup> LOD-2002-69-16.

<sup>118</sup> Eksempelvis RG-2011-1117: «tiltalte hadde utarbeidet ISP X som følge av beslutninger fra overordnet hold i X kommune, og at han gjorde dette som ledd i sitt arbeidsforhold i kommunen».

<sup>119</sup> TFEU artikkel 45 anser arbeidssøkere som arbeidstakere C-53/81 *Levin*. Dette kan ikke få overføringsverdi til programvaredirektivets artikkel 2.3, ettersom eksistensen av arbeidsforholdet begrunner rettighetsovergangen.

<sup>120</sup> I Prop. 104 L s. 336 «Bestemmelsen er begrenset til verk som er skapt under arbeidsforholdet. Verk som er skapt før eller etter arbeidsforholdet, omfattes ikke.» Se LB-2009-107764: «A var ansatt ... fra 2000 til 31. mars 2006. I denne tiden programmerte og utviklet han nettsamfunnet Blink».

Det må være et vilkår at programmet har blitt til i løpet av arbeidsforholdets varighet.

## 5.2.2 Programmering utført på fritiden

En problemstilling er om bestemmelsen avgrenser mot programmering utført på fritiden.

Ordlyden «under utførelsen av oppgaver som omfattes av arbeidsforholdet, eller etter arbeidsgivers anvisninger» kan ikke leses som en uttrykkelig avgrensning mot utvikling utenfor arbeidstiden.

Norske rettskilder tar ikke opp problemstillingen, og kildene til direktivet gir heller ingen tolkningsmomenter for om det er et vilkår at programvareutviklingen er utført i arbeidstiden.

Danske forarbeider uttaler at § 59 anvendes på alle programmer som er utviklet i relasjon til medarbeiderens faste arbeidsoppgaver i forbindelse med programutvikling, uansett om programmet er utviklet innenfor eller utenfor normal arbeidstid.<sup>121</sup>

I norske forarbeider om Knophs maksime uttales det at: «Unntatt er også verk som skapes utenfor arbeidstiden, typisk verk skapt på fritiden *uten arbeidsgivers instruksjon*, som ikke er omfattet av arbeidstakers *lønnede arbeid* og som således ikke kan sies å være en del av arbeidsforholdet (min kursivering).»<sup>122</sup>

Europeisk teori fastslår at direktivet avgrenser mot programmering på fritiden.<sup>123</sup> Oppfatningen er den motsatte i nordisk litteratur, så lenge fritidsprogrammeringen anses som utføring av arbeidsoppgaver.<sup>124</sup>

Wagle og Ødegaard uttaler at «Utgangspunktet er at arbeidsgiveren får opphavsretten til alt som omfattes av arbeidsavtalen, uavhengig av om arbeidet utføres hjemme eller på jobb».<sup>125</sup>

Brinck-Jensen m.fl. skriver at det avgjørende er om partene har rimelig grunn til å tro at verk laget på fritiden faller utenfor. Det har de ikke alltid, ettersom fritid og arbeid flyter sammen for mange. Derfor vil ikke en arbeidstaker nødvendigvis beholde opphavsretten bare fordi verket ble skapt i helgen.<sup>126</sup>

Wolk uttaler at fritid og arbeidstid ikke er avgjørende, men at det må legges avgjørende vekt på om utviklingen faller under arbeidstakerens arbeidsoppgaver. Dersom arbeidstakeren skaper et

---

<sup>121</sup> Betænkning nr. 1480.

<sup>122</sup> I Prop. 104 L s. 336.

<sup>123</sup> Walter, Lewinski (2010) s. 118 (5.2.29)

<sup>124</sup> Se Schönning (2016) s. 582, Wolk (2008) s. 53-54, Andersen (2005) s. 352.

<sup>125</sup> Wagle og Ødegaard (1997) s. 238.

<sup>126</sup> Brinck-Jensen m.fl. (2013) s. 49.

verk på fritiden, med egen maskin og ressurser, så kan arbeidsgiveren som regel ikke kreve opphavsrett til verket.<sup>127</sup>

Underrettspraksis har ansett programvareutvikling i helgen som uten betydning for anvendelse av bestemmelsen, ettersom arbeidstakeren hadde fleksibel arbeidstid av sosiale årsaker.<sup>128</sup>

I den finske høyesterettsdommen (fra før direktivet) hadde A anført at han utviklet programvaren på fritiden med egen PC. Retten festet ikke lit til beviset for hjemmearbeidet, og anså uansett ikke fritidsarbeid som en avgjørende faktor ettersom direktørstillingen ikke hadde fast arbeidstid.<sup>129</sup>

I lys av samfunnsutviklingen er det uheldig å trekke en skarp grense mellom arbeidstid og fritid. Reelle hensyn taler for at arbeidstid og arbeidssted ikke er et vilkår for å anse programvareutviklingen som utførelse av arbeidsoppgaver.

Samlet sett må det gjøres en konkret vurdering av om programvareutviklingen er en utførelse av arbeidsoppgaver dersom utviklingen er utført på fritiden. Det er grunnlag for å tolke bestemmelsen som en avgrensning mot programvareutvikling utenfor arbeidstiden og arbeidsstedet, dersom arbeidstakeren ikke utnytter fleksitid, ikke kunne krevd overtidsbetaling for programvareutviklingen, og programvareutviklingen ikke inngår i arbeidsplikten. Hensynet bak regelen er at arbeidsgiver skal få opphavsretten til programvare han har lagt ressurser i, og resultater av fritidsarbeid på eget initiativ uten betaling skal ikke tilfalle arbeidsgiver. Det må trekkes en grense mot programvareutvikling som av den grunn ikke kan anses som «utførelsen av oppgaver som omfattes av arbeidsforholdet».

Motsatt trenger ikke programmering utført i arbeidstiden å bety at vilkåret om programvareutvikling «under utførelsen av oppgaver som omfattes av arbeidsforholdet, eller etter arbeidsgivers anvisninger» er oppfylt. Dette vil være tilfelle der en resepsjonist bruker ledige stunder i arbeidstiden til å lage et program som ikke kan anses som en utføring av arbeidsoppgaver, som trukket frem i Wagle og Ødegaard (1997) s. 238. Selv om arbeidstakeren blir betalt av arbeidsgiveren under programvareutviklingen, er det ikke tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret om utførelse av arbeidsoppgaver.

---

<sup>127</sup> Wolk (2008) s. 130.

<sup>128</sup> LOD-2002-69-16.

<sup>129</sup> HD 1996:4. Arbeidstakeren anførte påført dato og klokkeslett ved siden av filnavnene til programvaren som bevis for fritidsarbeid, men retten mente tiden enkelt kunne tilbakestilles.

## 5.3 Programvareutviklingens tilknytning til arbeidsoppgaver

### 5.3.1 Må arbeidsoppgaven eller instruksjonen være å skape programvare?

Ordlyden «under utførelsen av oppgaver som omfattes av arbeidsforholdet», tolkes som at programmet må være et resultat av en arbeidsrelevant oppgave. Den kan imidlertid ikke leses som noe krav om at programvareutvikling må være en arbeidsoppgave i seg selv.

De norske forarbeidene uttrykker at «Bestemmelsens vesentlige anvendelsesområde vil antas å være der datamaskinprogrammer skapes som en naturlig del av arbeidstakerens arbeidsoppgaver».<sup>130</sup> Dette må klart være bestemmelsens kjerneområde, men ordlyden kan ikke leses som noen avgrensning mot at programvare skapes under utførelse av andre arbeidsoppgaver enn programvareutvikling.

Etter ordlyden i direktivet, «in the execution of his duties», kan det heller ikke leses som noe krav at programvareutvikling er en arbeidsoppgave. Ordlyden åpner for at programvaren kan oppstå som et middel for å løse andre arbeidsoppgaver enn programvareutvikling.

Forarbeidene til direktivet støtter en vid tolkning, da det fremstår som at ordlyden ble valgt for å unngå en avgrensning mot tilfeller hvor den ansatte ikke er ansatt spesifikt for å utvikle programvare.<sup>131</sup> Rettskildevekten til direktivers forarbeider er liten, men underbygger at en vid ordlyd er resultatet av et bevisst valg.

Svenske forarbeider uttaler at «[...] inte vara aktuellt med någon arbetsgivarpresumtion för rättigheter till datorprogram som har tillkommit mera som en tillfällig biprodukt än som en naturlig följd av arbetsuppgiftens utförande».<sup>132</sup>

Dette må trolig være en for snever tolkning, ettersom den vide ordlyden ikke oppstiller en slik avgrensning. Wolk tolker ordlyden vidt, og anser forarbeidsuttalelsen som for snever.<sup>133</sup> Det må være tilstrekkelig at arbeidstakeren hadde en eller annen arbeidsoppgave å arbeide med som kunne føre til utviklingen av et opphavsrettslig beskyttet datamaskinprogram.<sup>134</sup> Dette taler for at programvareutviklingen kan oppstå som et mer tilfeldig biprodukt av utførelsen av andre arbeidsoppgaver enn programvareutvikling.

---

<sup>130</sup> Ot.prp. 84 s. 22.

<sup>131</sup> Et forslag til presisering var “it is part of the employee's job to create the program”, fra Det europeiske økonomiske og sosiale utvalg, JO C71989/329/4 punkt 3.4.2 artikkel 2 avsnitt 4. Likevel så parlamentet bort fra innspillet, se JO C/1990/231/83. Begrunnelsen fremkommer ikke, men det fremstår som at forslaget kunne skape en uønsket avgrensning.

<sup>132</sup> Prop. 1992/93:48 s. 119.

<sup>133</sup> Wolk (2008) s. 77.

<sup>134</sup> Wolk (2008) s. 76.

Schønning fremhever at vilkåret er oppfylt dersom programvareutvikling er en del av den ansattes arbeidsvilkår, «en ansættelsesretlig pligt til at utvikle programmer».<sup>135</sup> Dette synes å være en avgrensning til bestemmelsens kjerneområde, men kan etter min mening ikke leses som en avgrensning ordlyden oppstiller.

Om arbeidsoppgaven må være å skape programvare synes å være en problemstilling i saken for Kristianstads Tingsrätt. Programvareutvikling er ikke en naturlig arbeidsoppgave for en kirurg. Likevel hadde kirurgen påtatt seg ansvar for IT på sykehuset, og programmet legen skapte løste utfordringer på arbeidsplassen (sykehuset), som er en arbeidsrelevant oppgave for en lege.<sup>136</sup> Dette tilsier at vilkåret “under utførelsen av oppgaver som omfattes av arbeidsforholdet” er oppfylt.

Wolk tolker vilkåret som en avgrensning mot programvareutviklingen i denne saken, ettersom programvareutvikling ikke anses som kirurgens arbeidsoppgaver.<sup>137</sup> Jeg kan ikke lese en slik avgrensning ut fra ordlyden, ettersom legen brukte arbeidstid og ressurser på arbeidsplassen til å teste programvaren, ledelsen visste om programvareutviklingen, og programvaren løste arbeidsrelevante oppgaver. Det kan virke som at ledelsen hadde akseptert at legens arbeidsoppgaver utviklet seg fra typisk legearbeid, til å løse problemstillinger på arbeidsplassen gjennom programvare. En annen sak er om de øvrige forholdene i saken tilsier at ordlyden må tolkes restriktivt.

For alternativet om arbeidsgivers instruksjon, kan det heller ikke tolkes som at instruksjonen spesifikt må gå ut på å utvikle programvare. I teorien uttales det at instruksjonene ikke trenger å være presiserte, og at det må være tilstrekkelig at arbeidsgiver har gitt allmenne anvisninger for løsningen av et problem.<sup>138</sup> Dette tilsier at arbeidsgivers instruksjon kan være at en bestemt programvare skal utvikles, at et bestemt problem skal løses gjennom programvareutvikling, og at arbeidsgiver etterspør et resultat, men arbeidstakeren selv velger programvare som måten å løse utfordringen på.

Samlet sett er det ikke grunnlag for å tolke bestemmelsen som en avgrensning mot programvareutvikling som oppstår der programmering ikke anses som en arbeidsoppgave i seg selv. Vilkåret synes å være oppfylt der programvaren utvikles for å løse andre arbeidsoppgaver, eller blir til som et produkt av utførelsen av andre arbeidsoppgaver.

---

<sup>135</sup> Schønning (2016) s. 582.

<sup>136</sup> Kristianstads tingsrätt T-1942-01. Partene forlikte, og rettergangen ble avsluttet uten dom 23.1.2002. Saken er omtalt i artikkel fra Dagens Medicin og i Wolk (2008) s. 79.

<sup>137</sup> Wolk (2008) s. 79.

<sup>138</sup> Wolk (2008) s. 78.

### **5.3.2 Må programvaren som skapes løse arbeidsrelevante oppgaver?**

Problemstillingen oppstår der den ansattes arbeidsoppgaver eller arbeidsgivers instruksjon uttrykkelig innebærer utvikling av programvare. Spørsmålet er om et program som utvikles under disse forutsetningene må løse arbeidsrelevante problemstillinger, eller om det er tilstrekkelig at den ansatte har utviklet et hvilket som helst datamaskinprogram.

Et eksempel er om ansatte lager programvare for nettbanktjenester, men arbeidsgivers bedrift lager dokumenthåndteringssystemer. Et annet eksempel er der arbeidstakeren er satt til å vedlikeholde og utføre små forbedringer av eksisterende programvare, men ser rom for en omfattende utvidelse av programmets funksjoner. I begge tilfellene vil programvareutvikling være en arbeidsrelevant oppgave, men å utvikle selve programmet vil ikke være den ansattes arbeidsoppgave.

Ordlyden er åpen, og kan på den ene siden leses som at utvikling av enhver programvare vil være en utførelse av arbeidsoppgavene til en som er ansatt som programvareutvikler spesifikt for å utvikle programvare.

På den andre siden kan ordlyden tolkes som at programvare ikke anses skapt «under utførelsen av oppgaver som omfattes av arbeidsforholdet», dersom programvaren ikke har tilknytning til arbeidsgiverens virksomhet eller er relatert til typen programvare bedriften utvikler.

Det finnes ingen veiledning i rettskildene til den norske implementeringen av regelen, eller i direktivets rettskilder.

Samlet sett kan ordlyden tolkes såpass vidt at det i utgangspunktet ikke kan leses noen avgrensning mot slike tilfeller, ettersom programvareutvikling i seg selv anses som «utførelsen av oppgaver som omfattes av arbeidsforholdet». Det må likevel gjøres en konkret vurdering av om programmet som utvikles har tilstrekkelig tilknytning til bedriftens virksomhetsområde, etter hvilke konkrete typer programvare som omfattes av den ansattes arbeidsoppgaver og bedriftens virksomhetsområde.

### **5.3.3 Samlet vurdering av vilkåret om tilknytning til arbeidsoppgaver**

Ordlyden er svært vid, og direktivets forarbeider underbygger at det var meningen å unngå uhensiktsmessige avgrensninger. Ordlyden kan omfatte programvare utviklet der den ansattes arbeidsoppgaver er programmering, men programvaren ikke er relevant for bedriftens arbeidsområde. Videre avgrenser den ikke mot programvare som løser arbeidstakerens arbeidsoppgaver, selv om den ansattes arbeidsoppgaver er andre ting enn programvareutvikling. Rettstilstanden må imidlertid anses som uavklart, ettersom ordlyden er såpass upresis.



Ettersom rettsvirkningene er så omfattende, bør overdragelse av opphavsrett være i tråd med formål og hensyn bak regelen. For grensetilfeller i ytterkanten av ordlyden, kan det vurderes om øvrige forhold og momenter rundt programvareutviklingen kan trekkes inn i en helhetsvurdering av om det er tilstrekkelig grunnlag for at opphavsretten skal overdras.

Teorien underbygger også at det må gjøres en nærmere avgrensning. I teorien uttales det også at det er et sentralt «kriterium» at det finnes en mer eller mindre nær tilknytning mellom arbeidsoppgavene og programmets utvikling.<sup>139</sup>

## 5.4 Momenter som kan påvirke tolkningen

Av mangel på retningslinjer for å vurdere om programvareutviklingen har tilstrekkelig tilknytning til arbeidsoppgavene, kan vurderingen etter arbeidstakeroppfinnelsesloven benyttes som inspirasjon for tolkningen. Arbeidsgivers rett til å få oppfinnelsen overdratt til seg vurderes etter § 4 (1). Vurderingen beror på om oppfinnervirksomhet er arbeidstakerens «vesentligste arbeidsoppgaver», om oppfinnelsen oppsto under utførelsen av disse eller etter «nærmere angitt oppgave», og om oppfinnelsen faller «innenfor bedriftens virksomhetsområde».

### Tid og sted

Som redegjort for under 5.2.2, kan det ikke nødvendigvis være et vilkår at programvareutviklingen har skjedd i arbeidstiden og på arbeidsplassen. At programvareutviklingen har skjedd i arbeidstiden, betyr imidlertid at arbeidsgiveren har betalt for utviklingen. Dersom det er usikkert om utviklingen har skjedd under utførelsen av arbeidsoppgaver, kan det være et moment som underbygger at arbeidsgiveren har bidratt til programvareutviklingen. Se også teorien om at dette kan være en indikasjon på at programmeringen skjer som ledd i ansettelsesforholdet.<sup>140</sup>

Motsatt kan det være et moment imot at programvareutviklingen anses som en utføring av arbeidsoppgaver, dersom programvaren er utviklet på fritiden.

### Stilling og stillingsbeskrivelse

Ordlyden oppstiller ikke vilkår om at stillingsbeskrivelsen omfatter programvareutvikling, og direktivets forarbeider underbygger at det ikke er ment å avgrense mot det.

En stillingsbeskrivelse vil ofte være en formalitet, mens arbeidstakerens faktiske stilling kan utvikle seg til å omfatte andre oppgaver enn det opprinnelig var tenkt. Dette taler også imot å legge avgjørende vekt på stillingsbeskrivelsen.

---

<sup>139</sup> Wolk (2008) nederst s. 74 til øverst s. 75

<sup>140</sup> Udsen (2019) s. 182.

Andersen skriver at «Det er ikke avgjørende, om medarbeideren er særlig utdannet eller specifikt ansatt til netop at stå for programmering». <sup>141</sup>

Det kan likevel være et moment om arbeidstakeren er ansatt som programvareutvikler eller ikke. Wagle og Ødegaard uttaler også at «et sentralt spørsmål vil ofte være om arbeidstakeren er ansatt for å utvikle det aktuelle datamaskinprogrammet.» <sup>142</sup>

Begrunnelsen for regelen er at arbeidsgiveren har en beskyttelsesverdig interesse i å få opphavsretten, som følge av arbeidsgiveren bidrag til programvareutviklingen. Det har gjerne formodningen mot seg at arbeidsgiveren har bidratt til utviklingen av programvare uten å ha ansatt personell til programvareutvikling.

På den andre siden trenger ikke stillingsbeskrivelsen å ha betydning dersom arbeidsgiveren har gitt den ansatte lov til å holde på med programvareutviklingen. Det kan ses til kirurg-saken, hvor ledelsen visste at legen brukte arbeidstiden på programmet. Dette kan tale for at arbeidsgiveren har akseptert arbeidet og har en berettiget forventning om programmet som et arbeidsresultat.

Momentet bør ses i sammenheng med de øvrige forholdene i den konkrete saken, ettersom det kan være andre forhold som tilsier at arbeidsgiveren likevel har bidratt. For eksempel dersom arbeidsgivers idé, instruksjoner og lønnsutbetaling har muliggjort programvareutviklingen, kan det likevel tale for at programvaren er utviklet i tilknytning til arbeidsforholdet.

### **Maskineri, utstyr, materiell og lokaler**

Det kan ikke ut fra ordlyden tolkes som et vilkår at arbeidsgiverens utstyr er benyttet for at bestemmelsen kommer til anvendelse.

Programmering ved hjelp av arbeidsgivers utstyr kan likevel forsterke antakelsen om at det er arbeidsgiveren som står bak det beskyttelsesverdige bidraget til programvaren. Arbeidsgiveren betaler gjerne vesentlige summer for lisenser og drift av utstyr. Dersom arbeidsgiveren kan selge programvaren etterpå, får bedriften igjen for ressursbruken. Dette taler for å vektlegge dette som et moment.

I LOD-2002-69-16 ble det vektlagt at programmeringen var utført på arbeidsgivers server, selv om utviklingen var gjort på fritiden.

På den andre siden bør ikke arbeidsgiverens passive medvirkning få uforholdsmessig stor vekt i forhold til arbeidsgiverens individuelle innsats, særlig dersom utstyret betales for uavhengig av programvareutviklingen.

---

<sup>141</sup> Andersen (2005) s. 352.

<sup>142</sup> Wagle og Ødegaard (1997) s. 238.

Momentet har heller ikke selvstendig betydning. Det er ikke tilstrekkelig at arbeidstakeren har benyttet arbeidsgivers utstyr for programvareutviklingen. Det er klart at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse der utstyr er brukt, men utviklingen ikke kan anses som en utførelse av arbeidsoppgaver. Det underbygges i teorien at bruk av arbeidsgiverens maskin i arbeidstiden ikke gir arbeidsgiveren opphavsrett, dersom programmet ikke blir fremstilt som ledd i et ansettelsesforhold.<sup>143</sup>

Wolk argumenterer også med at arbeidsgiveren må ha stilt utstyr til disposisjon for at arbeidstakeren skal kunne utvikle programvare. Ved enklere programvare som det ikke krever særlig kunnskap å skape, trenger det ikke foreligge særlige hjelpemidler hos bedriften. Dette tilsier at bedriften ikke trenger å være særlig innrettet for at de ansatte skal skape programvare. For å anse større og mer komplisert programvare utviklet i tilstrekkelig tilknytning til arbeidsforholdet, kan det i større grad kreves at den ansattes primære arbeidsoppgave er å skape programvare, eller at arbeidsgiver gir en mer spesifisert instruksjon.<sup>144</sup>

Dette virker som et sentralt moment for vurderingen, ettersom bedriften ikke kan forvente programvare som et arbeidsresultat dersom nødvendig utstyr for å skape programvare ikke finnes på arbeidsplassen. Imidlertid trenger det gjerne ikke foreligge særlige hjelpemidler utover penn og papir for å utarbeide forberedende designmateriale til en programvare som senere kodes i et programmeringsverktøy. Ettersom forberedende designmateriale også kan omfattes av datamaskinprogram-vilkåret, taler dette for at det ikke nødvendigvis må finnes datasystemer og lignende på arbeidsplassen.

På den andre siden trenger ikke dette ha betydning der arbeidsgiver tillater arbeidstaker å utvikle programvare på eget initiativ og utstyr, og programvareutviklingen løser arbeidsoppgaver.

Formålet kan tale imot at bestemmelsen skal komme til anvendelse dersom arbeidstakeren ikke har brukt arbeidsgiverens utstyr. Det ble imidlertid ikke ansett som tilstrekkelig i den finske høyesterettsdommen at arbeidstakeren brukte privat data, ettersom bedriften hadde vedtatt å utvikle programvaren.

### **Idé fra arbeidsgiver eller arbeidsplassen**

En instruksjon og idé fra arbeidsgiver kan være så presis at vilkåret om at programvaren har blitt til etter arbeidsgivers instruksjon, er oppfylt.

Dersom arbeidstakeren har fått idéen fra arbeidsforholdet mer indirekte, kan det være et moment som taler for at arbeidsgiveren har gitt et bidrag til programvareutviklingen. Dette skjedde kirurg-

---

<sup>143</sup> Andersen (2005) s. 352.

<sup>144</sup> Wolk (2008) s. 76-77.

saken, hvor legen plukket opp problemstillinger fra arbeidsplassen og utviklet programvare i arbeidstiden for å løse dem.

I den finske høyesterettsdommen ble det også vektlagt at arbeidstakeren hadde utviklet et program som bedriften hadde konkrete planer om å skape.

Videre kan det også være et moment i denne vurderingen om programmet er utviklet med spesifikke løsninger for en bedrift, og gir konkurransefortrinn. Momentet ble anført i LB-2001-3936 som grunnlag for at avtalen skulle tolkes som overdragelse av opphavsrett. Retten understreket at det er et moment, ettersom bedriften i motsatt fall har gitt idéen til og finansiert en programvare som kan selges til en konkurrent.<sup>145</sup> Dette kan også være et moment for at programvaren er utviklet i tilknytning til arbeidsoppgaver etter § 71.

### **Arbeidsgivers virksomhetsområde**

Bestemmelsens kjerneområde er programvare som utvikles av ansatte i bedrifter som driver med programvareutvikling. Dersom bedriften driver med utvikling av den aktuelle typen programvare, og kan videreselge og drifte den, taler dette sterkt for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Dette kan også gjelde selv om programvareutviklingen er i utkanten av arbeidstakerens arbeidsoppgaver. Det beror på en konkret tolkning om programvareutviklingen anses som «under utførelsen av oppgaver som omfattes av arbeidsforholdet», men i tvilstilfeller vil det ofte kunne ligge i arbeidsoppgavene at ansatte programvareutviklere skal drive nyskapende virksomhet for arbeidsgiveren.

Dersom arbeidsgiverens virksomhet ikke omfatter programvareutvikling og programvaresalg, kan det tale imot at opphavsretten skal overdras kun for å komme arbeidsgiveren til gode.

Forarbeidene uttaler at: «Departementet antar at bestemmelsen vil gjøre det enklere for arbeidsgiver å utnytte verket økonomisk ved å rydde vekk tvil om råderetten. ... kanalisering av råderetten over programmet til arbeidsgiver vil være mer praktisk ved utnyttelsen».<sup>146</sup>

Uttalelsen tolkes som at effektiv utnyttelse av programvaren er et formål. Dersom arbeidsgiveren verken har personell til å vedlikeholde og drifte programmet, eller markedsposisjon til å selge programvaren videre, vil det være i strid med samfunnsøkonomiske hensyn at arbeidstakerens utnyttelse av programvaren hemmes fordi arbeidsgiveren sitter på opphavsretten. Hensynet om å sikre at åndsverk tilføres samfunnet vil også tale for en slik tolkning. Det kunne vært et rimelig utfall i lege-saken, hvor sykehuset sannsynligvis ikke kunne drifte programvaren, men ønsket

---

<sup>145</sup> Se andre avsnitt under «Lagmannsretten bemerker».

<sup>146</sup> Ot.prp.nr.84 s. 21 (forarbeidene til § 39g fra åndsverkloven 1961).

opphavsretten fordi det var gunstig å bruke programvaren på sykehuset. Dersom bedriften kunne ivaretas med bruksrett, bør ikke opphavsretten tilfalle arbeidsgiveren kun av den grunn.<sup>147</sup>

## 5.5 Sammenfatning om tilknytningsvilkårets rekkevidde

Det er et vilkår at programvaren er skapt innen arbeidsforholdets oppstart og opphør. Det kan ikke avgrenses mot programvareutvikling utenfor normal arbeidstid og arbeidssted, dersom utviklingen etter en konkret vurdering anses som utføring av arbeidsoppgaver.

Videre er det et vilkår at programvaren har oppstått som følge av arbeidstakerens utførelse av arbeidsoppgaver, eller etter arbeidsgivers instruksjon.

Etter en tolkning av ordlyden kan vilkåret favne vidt, og det oppstilles ikke retningslinjer for vurderingen. Det kan ikke oppstilles krav om at programvaren eksempelvis faller innenfor bedriftens virkeområde, men slike momenter kan bidra til å vurdere om programvareutviklingen samlet sett må anses som skapt i arbeidsforholdet. Faktorene kan variere, og det bør gjøres en konkret helhetsvurdering av det enkelte tilfellet. For eksempel kan en arbeidstaker ha arbeidet på egen PC hjemme, men også brukt ledige stunder på jobb, og utviklet en programvare som ligger i utkanten av bedriftens virksomhetsområde, men som arbeidsgiveren kunne fått bruk for.

Rettsstilstanden er uavklart, men det er grunn til å foreta en nærmere vurdering av om opphavsretten skal tilfalle arbeidsgiver utenfor ordlydens kjerneområde.

Hensyn og formål bak regelen kan begrunne en restriktiv tolkning der det er uklart om tilknytningsvilkåret er oppfylt. Det kan anses som uhensiktsmessig om arbeidsgiver får større rettigheter til arbeidstakeres åndsverk enn det som kan begrunnes av arbeidsforholdet, i lys av opphavsrettens formål om å belønne den som har lagt beskyttelsesverdig innsats i utviklingen av åndsverk.<sup>148</sup>

---

<sup>147</sup> Wolk skriver at selv om en slik løsning etter analogi med arbeidstakeroppfinnelseslovens løsning hadde vært hensiktsmessig, finnes det ikke rettskildemessig grunnlag for å gjøre en slik tolkning, s. 78, 4.1.3.

<sup>148</sup> Se Rognstad (2019) s. 35.

## 6 Avsluttende vurdering av § 71 i norsk rett

### 6.1 Vurdering av rettstilstanden i dag

Bestemmelsens virkningsside er at arbeidsgiveren får total opphavsrett til programvaren, og bestemmelsen gir en utstrakt rett til utnyttelse av programvare som skapes av ansatte. Regelen fremstår som praktisk i tilfellene som faller under bestemmelsens kjerneområde.

Imidlertid er det flere vilkår som har en uavklart rekkevidde, og som skaper tolkningsutfordringer utenfor bestemmelsens kjerneområde. Dette er særlig problematisk ettersom rettsvirkningene er så omfattende.

Bestemmelsen kan virke konfliktskapende, ettersom det er uklart om arbeidsgiver eller arbeidstaker har retten til programvaren på sin side. Ettersom det er vanskelig å forutberegne sin rettsstilling, er det sannsynlig at særlig arbeidstakere ikke tar sjansen på å ta rettstvisten til domstolene på grunn av den store risikoen. Dette bidrar ikke til å klargjøre rettstilstanden gjennom rettspraksis.

Partene henvises til private forhandlinger, og oppfordres til å avtaleregulere rettighetsovergang på forhånd. Bestemmelsen kan virke mot sin hensikt om å oppstille en presumsjonsregel som kommer til unnsetning der partene ikke har regulert rettighetsovergang i avtalen.

Ettersom bestemmelsen stammer fra et direktiv, må den norske bestemmelsen anvendes slik at direktivet blir korrekt implementert. Derfor er det problematisk at direktivet verken oppstiller retningslinjer for tolkningen, og heller ikke fastslår om vilkårene skal tolkes nasjonalt eller direktivkonformt. Ettersom de positive EU-rettskildene gir lite veiledning, må det søkes veiledning i en kontekstuell tolkning i tråd med formål og hensyn bak regelen. Det uklare rettskildebildet innebærer at det utvises tilbakeholdenhet i norske forarbeider med å presisere ordlyden til § 71, sammenlignet med veiledningen som normalt kan søkes i forarbeidene til uklar lovtekst.

En utilsiktet virkning av en uklar rettsregel kan være at ansatte legger beslag på egen kreativitet i ansettelsesforholdet, og vegrer seg for å forbli i ansettelsesforhold dersom de har en idé til en suksessfull programvare. Uklare rettsregler kan også legge et uforholdsmessig stort beslag på domstolenes ressurser. Der partene ender opp med å forlike saken under rettergangen, bidrar heller ikke domstolsprøvingen til å klarlegge rettsregelen.

## 6.2 Tvisteløsning og håndhevelse av regelen

Ettersom bestemmelsen er uklar, vil det være stor prosessrisiko ved å ta tvisten til retten. Videre er forhold mellom arbeidsgivere og arbeidstakere ofte sensitive og ubalanserte, og programvaren kan inneholde bedriftshemmeligheter som ikke ønskes behandlet i offentlig rettergang.<sup>149</sup> Det er uheldig at en uavklart bestemmelse med store rettsvirkninger ikke tilbys effektive konfliktløsningsmekanismer. Både i arbeidsretten og patentretten er det av slike grunner egne tvisteløsningsmekanismer.<sup>150</sup> Det kunne bidratt til at bestemmelsen hadde fungert bedre i norsk rett, enn at arbeidstakeren må inngå forhandlinger med en mer ressurssterk arbeidsgiver.

Samlet sett fremstår det uklart om bestemmelsen oppnår sitt formål om å klargjøre rettighetsforholdet og skape en harmonisert rettsstilstand i EU for en så viktig ressurs som programvare.

---

<sup>149</sup> Se rettstvisten i Nettby-saken hvor spørsmålet om bevis tilgang til kildekode for å vurdere kopieringsspørsmålet var en egen retts sak som gikk til Høyesterett, se HR-2009-2187-U.

<sup>150</sup> Arbeidsretten ble opprettet ved lov om arbeidstvister 6. august 1915 nr. 2, og meklingsnemnda for arbeidstakeroppfinnelser etter arbeidstakeroppfinnelserloven § 12 jf. forskrift for meklingsnemnda for arbeidstakeroppfinnelser.

# Kilderegister

## Norske lover

Patentloven	Lov 15. desember 1967 nr. 9 om patenter
Arbeidstakeroppfinnelsesloven	Lov 17. april 1970 nr. 21 om retten til oppfinnelser som er gjort av arbeidstakere [arbeidstakeroppfinnelsesloven]
EØS-loven	Lov 27. november 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.
Arbeidsmiljøloven	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Åndsverkloven 2018	Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv.

## *Opphevede lover*

<i>Åndsverkloven 1930</i>	<i>Lov om åndsverker av 6. juni 1930</i>
<i>Åndsverkloven 1961</i>	<i>Lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven)</i>



## Norske lovforarbeider

### Innstillinger

Innstilling 1925      Innstilling til Lov om vern for åndsverker 1925, Kirke- og undervisningsdepartementet, Oslo: Departementet 1925

(ikke publisert elektronisk)  
<https://www.nb.no/nbsok/nb/139399f8bdd6ec903f468e77b98dda26?lang=no>

Innst. O. nr. XI      Innst.O.nr. XI (1960-1961) Innstilling fra kirke- og undervisningskomiteen om lov om opphavsrett til åndsverk

Innst.258 L      Innst.258 L (2017–2018) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven)

### Proposisjoner

Ot.prp.nr.3      Ot.prp.nr.3 (1975-1976) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Ot.prp. 33      Ot.prp. nr. 33 (1989–1990) Om lov om endringer i åndsverkloven (opphavsrett og edb)

Ot.prp.nr. 15      Ot.prp.nr. 15 (1994-1995) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

Ot.prp. nr. 84      Ot.prp. nr. 84 (1991–1992) Om lov om endringer i lov 12 mai 1961 nr 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. og i enkelte andre lover som følge av EØS-avtalen

Ot.prp. 49      Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Prop. 104 L      Prop. 104 L (2016–2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven)

### Utredninger

NOU 1985:6      NOU 1985:6 Arbeidstakers opphavsrett, herunder om opphavsrett for

tjenestemenn i Norsk rikskringkasting.

NOU 2004:5

NOU 2004:5

## **Internasjonale lover og konvensjoner**

### **Konvensjoner**

Bernkonvensjonen                      Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk 9. september 1886 (endret i Paris 1971)

## **Rettsakter og traktater fra EU**

### **Traktater**

TFEU (Roma-traktaten)              Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU [Traktaten om Den europeiske unions virkemåte – TEUV – Roma-traktaten konsolidert 2016]

OJ C 202, 7.6.2016, p. 1-388

Inntatt i EØS-loven.

ODA-avtalen                              Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol.

Inntatt i EØS-loven.

### **Forordninger**

(EF) nr. 6/2002

(EU) nr. 6/2002 12. desember 2001 om EU-design

### **Direktiver**

2009/24/EF

Direktiv 2009/24/EF 23. april 2009 om rettslig beskyttelse av datamaskinprogrammer (kodifisert utgave)

OJ L 111, 5.5.2009, p. 16–22

87/54/EØF	Rådets direktiv 87/54/EØF 16. desember 1986 om rettslig vern av halvlederprodukters kretsmønstre  OJ L 24, 27.1.1987, p. 36–40
2002/14/EF	Direktiv 2002/14/EF 11. mars 2002 om fastsettelse av en generell ramme for informasjon til og konsultasjon med arbeidstakere i Det europeiske fellesskap  OJ L 80, 23.3.2002, p. 29–34
EU 2019/1152	Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2019/1152 av 20. juni 2019 om tydelige og forutsigbare arbeidsvilkår i Den europeiske union  OJ L 186, 11.7.2019, p. 105–121
2001/29/EF	Direktiv 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider av opphavsrett  OJ L 167, 22.6.2001, p. 10–19
2003/88/EF	2003/88/EF 4. november 2003 om visse aspekter ved organisering av arbeidstiden  OJ L 299, 18.11.2003
96/9/EF	96/9/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 96/9/EF av 11. mars 1996 om rettslig vern av databaser  OJ L 77, 27.3.1996, p. 20–28
98/71/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 98/71/EF av 13. oktober 1998 om rettslig vern av mønstre
<b><i>Opphevet</i></b>	
<i>Direktiv 91/250/EF</i>	<i>Direktiv 91/250/EF om rettslig beskyttelse av edb-programmer</i>  <i>OJ L 122, 17/05/1991 P. 0042 – 0046</i>

## Forarbeider

- COM(88) 816                      Proposal for a Council Directive on the legal protection of computer programs [COM(88) 816] final — SYN 183  
  
(Inngitt av kommisjonen 5. Januar 1989) ( 89 /C 91/05)  
  
JO C/1989/91/4
- Uttalelse Det europeiske      Opinion on the proposal for a Council Directive on the legal  
økonomiske og sosiale        protection of computer programs  
utvalg, JO C71989/329/4        (89/C 329/02)  
  
JO C71989/329/4
- Parlamentets                      Legislative Resolution (Cooperation procedure: first reading)  
godkjennelse og                embodying the opinion of the European Parliament on the proposal  
endringer, JO                      from the Commission to the Council for a directive on the legal  
C/1990/231/83                      protection of computer programs.  
  
JO C/1990/231/83  
  
OJ C 231, 17.9.1990, p. 83

## **Nordiske lover**

### **Sverige**

Upphovsrättslagen

Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

### **Danmark**

Ophavsretsloven

Lov om ophavsret lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 (Ophavsretsloven)

### **Finland**

Upphovsrättslagen

Lag 8. juli 1961 om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 404/196.

## **Nordiske lovforarbejder**

### **Sverige**

SOU 2010:24

SOU 2010:24 Avtalad upphovsrätt

Prop. 1992/93:48 s. 119

Regeringens proposition 1992/93:48 om ändringar i de immaterialrättsliga lagarna med anledning av EES-avtalet m.m.

Ds. 1992:13 s. 149

Ds departementsserien 1992:13 (Ämne: EES-avtalet, Immaterialrätt) [ikke tilgjengelig digitalt]

Prop. 1988/89:85

Regeringens proposition 1988/89:85 om upphovsrätt och datorer

### **Danmark**

Folketingstidende 1994-95, tillæg A, s. 1331

Bemærkningerne til lovforslaget

(Folketingstidende 1994-95, tillæg A, s. 1331)

Betænkning nr. 1480/2006

Betænkning om revision af ophavsretslovens  
kapitel 3 (Betænkning nr. 1480/2006)

# Norske rettsavgjørelser

## Høyesterett

HR-2016-1366-A

Rt. 2015 s. 475 A (Advokatpartner)

Rt. 2013 s. 342 A (Beredskapshjem)

Rt. 2013 s. 354 A (Avlasterdommen)

Rt. 2012 s. 1062 A (Tripp-Trapp)

Rt. 2009 s. 1480 U (Nettby-saken)

Rt. 2000 s. 1602 B (Nøkk)

## Lagmannsretten

LB-2010-125046 (Borgarting) (Nettby-saken)

LB-2009-107764 - LB-2009-126702 (Borgarting) (Nettby-saken)

LB-2001-3936 (Borgarting) (Pride-kjennelsen)

RG-2011-1117 (Frostating)

## Tingretten

TOSLO-2008-141954 (Nettby-saken)

TNOHO-2006-117601  
(Nordhordaland tingrett)

LOD-2002-69-16 (Stavanger namsrett) (Strong- kjennelsen)

## Utenlandske rettsavgjørelser

### EU-domstolen

Til programvaredirektivet:

*SAS Institute* Sak C-406/10, dom 2. mai 2012 [GC], *SAS Institute v. World Programming Ltd.*,

ECLI:EU:C:2012:259

*BSA* Sak C-393/09, dom 22. desember 2010 [3C], *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany v Ministerstvo kultury*

ECLI:EU:C:2010:816

*UsedSoft* Sak C-128/11, dom 3. juli 2012 [GC] *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.*

ECLI:EU:C:2012:407

*C-313/18* Foreleggelsessak fra Svea Hovrätt, sak C-313/18, 9. mai 2018, *Dacom Limited v IPM Informed Portfolio Management AB.*

OJ C 268, 30.7.2018, s. 25–26.

Sak avsluttet 11. januar 2019, OJ 112, 25.3.2019 s. 40.

Øvrige avgjørelser:

*C-428/09* Sak C-428/09, dom 14. oktober 2010 [2C] *Union syndicale Solidaires Isère v Premier ministre and Others.*

ECLI:EU:C:2010:612



<i>C-337/97</i>	Sak C-337/97, dom [5C] 8. juni 1999, <i>C.P.M. Meeusen v Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep</i> .  ECLI:EU:C:1999:284
<i>Lawrie-Blum</i>	Sak 66/85, dom 3. juli 1986, <i>Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg</i> .  ECLI:EU:C:1986:284
<i>Martínez Sala</i>	Sak C-85/96, dom 12. mai 1998, <i>María Martínez Sala v Freistaat Bayern</i> .  ECLI:EU:C:1998:217
<i>Levin</i>	Sak C-53/81, dom 23. mars 1982. <i>D.M. Levin v Staatssecretaris van Justitie</i> . (16 og 17)  ECLI:EU:C:1982:105

## **Sverige**

PMT 22-17 (Lagmannsrett)	Patent- och marknadsöverdomstolen 29. mars 2018.
Tingrettsdom fra Patent- og marknadsdomstolen (Tingrett)	Referat fra tingrettsdommen i ankeinstansens dom PMT 22-17, avsnitt 6-14. [Upublisert]
FT 6482-06	Dom avsagt i Gøteborgs Tingsrätt, 30. juli 2007 [upublisert].

## **Danmark**

U 2010.706 (Høyesterett)

## **Finland**

HD 1996:4	Referert til i NIR 1997 s. 487  Også tilgjengelig på Finlex <a href="https://www.finlex.fi/sv/oikeus/kko/kko/1996/19960043?search">https://www.finlex.fi/sv/oikeus/kko/kko/1996/19960043?search</a>
-----------	--

## Litteraturliste

### Bøker

- Andersen (2005) Andersen, Mads Bryde, *IT-retten*, Gads Forlag 2. utgave 2005
- Bender (1998) Bender, Hanne, *Edb-rettighe*der, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag København 1998
- Brinck-Jensen m.fl. (2013) Brinck-Jensen, Jeppe, Rosenmeier, Morten, Schovsbo, Jens, og Sommer, Tine, *Ansattes immaterielle rettigheter*, 1. utgave 1. opplag, København 2013
- Fougner m.fl. (2013) Fougner, Jan, Holo, Lars, Sundet, Tron Løkken og Thorkildsen, Tarjei, *Arbeidsmiljøloven kommentarutgave*, Universitetsforlaget 2. utgave 2013
- Fredriksen og Mathisen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund, *EØS-rett*, Fagbokforlaget 3. utgave, Bergen 2018
- Sejersted m.fl. (2011) Sejersted, Fredrik, Arnesen, Finn, Rognstad, Ole-Andreas, Foyn, Sten, Kolstad, Olav, *EØS-rett*, 2011  
(Jeg har brukt nettutgaven som finnes på <https://juridika.no/fagbok/e%C3%B8s-rett/3/dokument#tittelside>)
- Knoph (1986) Knoph, Ragnar, *Åndsretten*, første utgave, Oslo Nationaltrykkeriet, Oslo 1936  
(Brukt digital utgave på <https://www.nb.no/nbsok/nb/0f31b58da0047b164187b63f5ea14074?lang=no#0>)
- Rognstad (2019) Rognstad, Ole-Andreas, *Opphavsrett*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2019
- Schønning (2016) Schønning, Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 6. utgave, Karnov Group Denmark, København 2016

- Sejersted m.fl. (2011) Sejersted, Fredrik, Arnesen, Finn, Rognstad, Ole-Andreas, Foyn, Sten og Kolstad, Olav, *EØS-rett*, 3. utgave Universitetsforlaget 2011  
Benyttet nettbasert utgave: <https://juridika.no/fagbok/eos-rett/3/dokument#tittelside> (kopiert 28. november 2019)
- Stensaasen (1987) Stensaasen, Tarjei, *Rettslig vern av EDB-programmer og databaser*, TANO 1987
- Udsen (2019) Udsen, Henrik, *IT-ret*, Ex Tuto København 4. utgave 2019
- Vigen (2001) Vigen, Bernhard, *Arbeidstakeres opphavsrett*, første utgave, Universitetsforlaget 2001
- Wagle og Ødegaard (1997) Wagle, Anders Mediaas og Ødegaard jr., Magnus, *Opphavsrett i en digital verden*, første utgave, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 1997
- Walter, Lewinski (2010) Walter, Michael M., og Von Lewinski, Silke, *European Copyright Law: A Commentary*, Oxford University Press Inc. New York 2010
- Wolk (2008) Wolk, Sanna, *Arbeidstagers immaterialrätter*, andre utgave, 2008

## Juridiske artikler

- Bing (1995) Bing, John, *Opphavsretten og ny informasjonsteknologi: Noen spredte notater*, NIR nr. 4 1995, s 595-615.
- Schønning (1992) Peter Schønning, *EF-direktivet om retlig beskyttelse af edb-programmer*, NIR 1992 nr. 1 s. 60.
- Sæbø (2011) Sæbø, Jarle Roar, *Opphavsrett og programvare: Blink vs. Nettby*, september 2011, LoD-2011-107-11.

## Nyhetsartikler

Dahlberg (2010) [nyhetsartikkel] Dahlberg, Malin Olivia, *Forlik mellom Nettby og Blink*, NRK, Publisert 20. aug. 2010 kl. 17:02 [nyhetsartikkel]

<https://www.nrk.no/kultur/forlik-mellom-nettby-og-blink-1.7257500>

Mediedekning av «kirurg-saken» <https://www.dagensmedicin.se/artiklar/2002/01/28/regler-om-vem-som-ager-ratt-till-dataprogram-tolkas-olika/>

(sist besøkt 10.11.19)

Regjeringens  
gjennomføringsnotat til  
programvaredirektivet

<https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2009/juni/edb-direktivet/id2431892/>  
(sist besøkt 15.11.2019)

## Andre nettsider

[https://snl.no/kompilator\\_-\\_IT](https://snl.no/kompilator_-_IT)

<https://no.wikipedia.org/wiki/Kildekode>