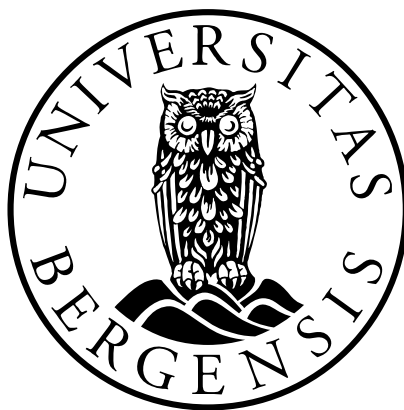


Programvarelisensavtalens stilling i lisensgivers konkurs

*Med utgangspunkt i lisenstakerens forhold til lisensgiverens
kreditorer*

Kandidatnummer: 175

Antall ord: 14 663



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Innleveringsfrist: 01.06.18

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	4
1.1	Tema	4
1.2	Metode og rettskilder	5
1.3	Avgrensninger, forutsetninger og fremstillingens oppbygning	6
2	Opphavsretten til datamaskinprogrammer	8
2.1	Innledning	8
2.2	Overdragelse av opphavsretten til datamaskinprogrammer	9
2.3	Overgang av opphavsrett til datamaskinprogram skapt i arbeidsforhold	12
3	Dekningsadgangen hos lisensgiver	14
3.1	Utgangspunktet	14
3.2	Videreoverdragelsesforbud	16
3.2.1	Samtykke til overdragelse	16
3.3	Inntekter fra lisensavtalen	20
4	Lisenstakerens forhold til lisensgivers kreditorer	22
4.1	Generelt	22
4.2	Rettsvern for lisenstaker	24
4.2.1	Utgangspunktet	24
4.3	Rettsvirkninger av rettsvern for lisenstaker	25
4.4	Er dagens regel om rettsvern for lisenstakeren ved avtaleinngåelsen god?	27
5	Konkursboets rett til å tre inn i lisensgiverens avtaler	30
5.1	Generelt	30
5.2	Boets inntreden	32
5.3	Unntak fra boets inntredelsesrett	34
5.4	Virkningen av at boet trer inn	37
5.5	Delvis inntreden	38
5.6	Virkningen av at boet ikke trer inn	39

5.7	Kontrakspraksis	40
5.7.1	Innledning.....	40
5.7.2	Heving av lisensavtalen.....	41
5.7.3	Kildekodedeponering – ”Escrow”-klausuler	42
6	Oppsummering	46
	Kildeliste.....	49

1 Innledning

1.1 Tema

Oppgavens tema er hvordan programvarelisensavtaler påvirkes av at lisensgiveren går konkurs. Programvare kan vernes av immaterialrettigheter, blant annet innen opphavsretten. Patentretten, designretten og markedsføringsretten kan også beskytte programvaren, og ofte beskyttes det i et samspill av flere immaterialrettigheter.¹ Denne fremstillingen begrenses til opphavsretten til programvare.

Datamaskinprogrammer kan vernes som åndsverk etter åndsverkloven (åvl.) § 1 andre ledd nr. 12. I dagligtale blir betegnelsene "datamaskinprogram" og "programvare" i noen utstrekning brukt om hverandre.² Den alminnelige oppfatningen av betegnelsen "programvare" er at det omfatter kildeprogram, objektprogram og programmets dokumentasjon.³ Mens "datamaskinprogrammer" i åndsverkloven omfatter kildeprogram og objektprogram. Etter forarbeidene vil dokumentasjonen ha vern innen tradisjonell verkskategori som teknisk litteratur. Lovgiver fant det uhensiktsmessig lovteknisk å bruke "programvare" i loven, og valgte derfor å benytte uttrykket "datamaskinprogram".⁴ Språklig sett kan derfor "programvare" omfatte mer enn "datamaskinprogram" etter åndsverkloven. I denne fremstillingen har jeg imidlertid valgt å benytte "programvare" med samme betydning som "datamaskinprogram" har i åndsverkloven. Grunnen til det er at det ikke vil skape noen forskjell for fremstillingen dersom programmets dokumentasjon også omfattes av ordlyden av "datamaskinprogram" i åvl. § 1. Det fremstår også vanlig i bransjen å omtale programvare i tilknytning til spesialbestemmelsene om "datamaskinprogram" i åndsverkloven.⁵

Utviklingen innen blant annet programvareindustrien, har medført at opphavsrettsrelatert virksomhet utgjør en stadig større andel av bruttonasjonalproduktet.⁶ Opphavsrettigheter kan derfor dreie seg om enorme verdier, og få stor betydning for et konkursbo.⁷ Der en konkursdebitor er rettighetshaver av opphavsrettigheter, kan den økonomiske betydningen av

¹ Føyen mfl. (2006) s. 68.

² Wagle/Ødegaard (1997) s. 73.

³ Wagle/Ødegaard (1997) s. 73.

⁴ Ot.prp. nr. 33 (1989-90) s. 5.

⁵ Føyen mfl. (2006) s. 80.

⁶ Knoph (2014) s. 363.

⁷ Koktvedgaard (2005) s. 20-24.

rettighetene bety at de blir attraktive som dekningsobjekt for kreditorene. Rettighetshaveren kan også ha interesse av frivillig pantsettelse av rettighetene.⁸ Pantsettelse av opphavsrettigheter faller imidlertid utenfor denne fremstillingens rammer. Jeg vil derimot se nærmere på dekningsadgangen i lisensgivers formuesmasse, og hvordan denne eventuelt begrenses som følge av opphavsrettighetenes karakter. Det skal også ses på lisenstakers forhold til lisensgiverens kreditorer og hvilken beskyttelse lisenstakeren har for sine rettigheter under konkursen. Videre vil det ses på boets mulighet til å tre inn i lisensavtalen.

De tilfeller hvor *lisenstaker* går konkurs er til en viss grad regulert i dekningsloven (dekn.l.) § 7-12 og redegjort for i forarbeidene.⁹ Situasjonen hvor *lisensgiver* går konkurs og hvordan lisenstakers rettigheter etter lisensavtalen påvirkes av konkursen er mindre klar. Den overordnede problemstillingen for oppgaven handler derfor om *programvarelisenstakers stilling i lisensgivers konkurs*.

Den rettslige reguleringen av den overordnede problemstillingen er usikker, noe som kan føre til inkonsekvente og usikre løsninger. På bakgrunn av en lite lovregulert problemstilling, samt mangel på rettspraksis, er det behov for og aktuelt med en redegjørelse og drøftelse av problemstillingen for bedre avklaring på området.

Fremstillingen er ikke ment å gi en uttømmende redegjørelse for de spørsmål som oppstår i forbindelse med lisenstakerens stilling i lisensgiverens konkurs. Formålet med fremstillingen er å belyse enkelte av de sentrale spørsmål som oppstår i forholdet mellom lisenstakeren og lisensgiverens kreditorer.

1.2 Metode og rettskilder

Metoden for fremstillingen er rettsdogmatisk, slik at formålet er å klarlegge gjeldende norsk rett. Temaet befinner seg i skjæringspunktet mellom opphavsretten og konkursretten. Generelt sett i de to rettsområdene finnes det rikelig med rettskilder å behandle. Derimot er det svært få av de sentrale rettskildene som direkte dekker den konkrete problemstillingen. Temaet er også gitt en svært liten og fragmentarisk plass i rettslitteraturen.¹⁰

⁸ Rognstad (2009) s. 369.

⁹ NOU 1972: 20 s. 325.

¹⁰ Wold (2006) s. 273.

Lovfestede regler i åndsverkloven og dekningsloven vil anvendes der de er relevante til problemstillingen. Det er videre verdt å presisere at det er lagt frem en proposisjon til ny åndsverklov i Prop. 104 L (2016-2017). Innstilling ble avgitt i mai 2018, jf. Innst. 258 L (2017-2018). Loven er nylig vedtatt i Lovvedtak 53 (2017-2018).¹¹ Loven er i samsvar med forslaget fra proposisjonen og innstillingen, med unntak av noen endringer. Ikrafttredelse av loven skjer visstnok allerede i juli 2018. Fremstillingen videre baserer seg på rettstilstanden knyttet til åndsverkloven av 1961 med mindre annet fremgår, ettersom den nye åndsverkloven ikke er trådt i kraft på nåværende tidspunkt.

Oppgaven er basert på et begrenset rettskildebilde og en analyse av forholdet mellom opphavsretten og konkursretten. Fremstillingen bygger dermed i stor grad på reelle hensyn. Med reelle hensyn menes vurderinger av "resultatets godhet", både i generell forstand og i det individuelle tilfellet.¹² Gjennomgående i fremstillingen vil det sammenlignes hvilket resultat hensynene i opphavsretten taler for, opp mot det resultat hensynene i konkursretten taler for.

Utgangspunktet for analysen er norsk rett. Det vil imidlertid ved enkelte spørsmål være interessant å se til rettskilder som lov, forarbeider og juridisk teori også fra andre nordiske land. Grunnen til det er blant annet fordi dekningsloven ble til gjennom nordisk lovsamarbeid med målsetting om nordisk rettsenhet.¹³ Det samme gjelder åndsverkloven.¹⁴ Bruken av andre nordiske lands rettskilder kan dermed underbygge den norske rettslige statusen på området.

1.3 Avgrensninger, forutsetninger og fremstillingens oppbygning

For å klargjøre hva fremstillingen skal behandle, kan den overordnede problemstillingen illustreres med følgende eksempel og forutsetninger. En programmerer (opphavsmann X) har opphavsrett til en programvare han har utviklet. Det forutsettes at de tre kumulative vilkårene for opphavsrettslig vern av programvaren er oppfylt.¹⁵ Opphavsmannen arbeider for programvareselskapet A. De økonomiske opphavsrettighetene til programvaren overdras til selskapet A på bakgrunn av arbeidsforholdet mellom X og A, jf. åndsverkloven § 39 g.

¹¹ <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=67749>.

¹² Eckhoff (2001) s. 371.

¹³ NOU 1972: 20 s. 2-3.

¹⁴ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 3, Rognstad (2009) s. 41-42.

¹⁵ Åvl. § 1, Rognstad (2009) s. 77.

Selskapet A har deretter gitt lisens til utnyttelse av programvaren til lisenstaker S. Kontraktsforholdet mellom A og S består av en programvarelisensavtale. Deretter går lisensgiver A konkurs, og kreditorfellesskapet B vil ta beslag i formuesmassen til A til dekning for sine usikrede krav mot A. Konflikten mellom S og B kalles en dobbeltsuksesjonskonflikt, der begge partene utleder sin rett fra konkursskyldneren A.¹⁶

Etter dette er det to hovedproblemstillinger som skal behandles. Den første hovedproblemstillingen gjelder beslagsadgangen i lisensgiverens ervervede opphavsrett i programvaren og hvordan denne eventuelt begrenses av opphavsrettighetenes særegne karakter. Dette behandles i punkt 3 nedenfor. Beslagsadgangen hos lisensgiver kan videre begrenses av rettighetene som er overdratt til lisenstakeren. En underproblemstilling i denne forbindelse blir å se på lisenstakers rettsvern for sine rettigheter til utnyttelse av programvaren. Dette vil behandles i punkt 4.

Den andre hovedproblemstillingen gjelder hva som skjer med lisenstakerens kontraktforbindelse til lisensgiveren etter konkursåpning, herunder konkursboets rett til å tre inn i programvarelisensavtalen i konkursdebitors sted. Dette behandles i punkt 5. Fremstillingen vil belyse hvilke rettslige konsekvenser som følger av at konkursboet trer inn i lisensavtalen, og på den annen side hvilke konsekvenser som følger dersom det ikke gjør det. Videre belyses lisenstakerens mulighet til å nekte inntreden ved å heve lisensavtalen. Avslutningsvis i punkt 5 vises det til noen eksempler på kontrakter fra bransjen for å belyse hvordan spørsmålet om lisensgivers eventuelle konkurs reguleres i praksis. Jeg vil da også gå inn på i hvilken grad kontraktsvilkårene står seg overfor dekningslovens regler.

Før hoveddelen av fremstillingen behandles er det hensiktsmessig å få et rettslig bakteppe og en oversikt over plasseringen av den overordnede problemstillingen i rettssystemet. Det vil derfor i punkt 2 redegjøres for opphavsretten til datamaskinprogrammer.

¹⁶ Lilleholt (2012) s. 31.

2 Opphavsretten til datamaskinprogrammer

2.1 Innledning

Datamaskinprogrammer vernes etter åndsverkloven § 1 andre ledd nr. 12.

Datamaskinprogrammer anses som undergruppe av litterære verk og er opphavsrettslig vernet så lenge de oppfyller kravet til verkshøyde.¹⁷ Åndsverkloven beskriver ikke hva som menes med "datamaskinprogrammer". Forarbeidene beskriver at "datamaskinprogram gjør det mulig å styre en datamaskin slik at den utfører bestemte oppgaver."¹⁸ Et datamaskinprogram kan også beskrives som et sett av instruksjoner som er formalisert og uttrykt på en slik måte at en datamaskin kan følge og eventuelt bearbeide dem.¹⁹ Det som har opphavsrettslig vern som datamaskinprogram er det kreative uttrykket i dataprogrammets instruksjoner. Det vil si programmets koder, uavhengig av om det er objektkoder eller kildekoder som gir instruksjonene.²⁰

Det skilles gjerne mellom to hovedgrupper av programvare; standardvaren og den spesialtilvirkede. Standardvaren er masseprodusert programvare, for eksempel operativsystemer, tekstbehandlingsprogrammer og regnskapsprogrammer mv. Disse programvarene produseres for et helt marked. Spesialtilvirket programvare vil ofte kunne ha tilsvarende funksjoner, men en hovedforskjell til standardvaren er at spesialtilvirket programvare er laget på oppdrag fra én bestemt kunde, med de tilpasninger denne kunden måtte ønske.²¹

Et sentralt hensyn bak opphavsrettighetene er at de skal belønne skaperens personlige innsats i verket.²² Funksjonen til opphavsrettighetene fra et samfunnsøkonomisk perspektiv er at de

¹⁷ Ot.prp. nr. 33 (1989-90) s. 7, pkt. 2.4, NOU 1986: 18 s. 28.

¹⁸ Ot.prp. nr. 33 (1989-90) s. 4, pkt. 2.2.

¹⁹ Torvund (1988) s. 557, Kielland (2014) s. 53-58.

²⁰ Rognstad (2009) s. 113, Kielland (2014) s. 59-61.

²¹ Føyen mfl. (2006) s. 42.

²² Rognstad (2009) s. 31.

skal stimulere og gi insentiver til innovasjon og skapelse.²³ Opphavsmannen får rettslig beskyttelse for det kreative uttrykket som er frembrakt ved skapende åndsinnset.

Opphavsrettighetene gir opphavsmannen krav på ulike enerettigheter til sitt verk. Enerettighetene har både en økonomisk side og en ideell side. De økonomiske sidene ved enerettighetene er særlig eksemplarfremstillingsretten og tilgjengeliggjøringsretten, jf. åndsverkloven § 2. De ideelle rettigheter knytter seg til opphavsmannens person og regulerer retten til blant annet navngivelse og respektretten, jf. åndsverkloven § 3.

Det følger av åndsverkloven § 1 at det er den som ”skaper” åndsverket som har opphavsretten til det. Skaperen er dermed den originære opphavsmannen.²⁴ Opphavsretten klassifiseres som en del av formueretten, og et gjennomgående trekk ved formuerettens rettigheter er at de også kan overdras til andre.²⁵ Når opphavsmannen ved avtale overdrar rett til utnyttelse av sin opphavsrett, kan man si at erververen er en rettighetshaver med avledet rett.²⁶

Det er viktig for opphavsmannen å kunne inngå kontrakter med andre knyttet til utnyttelsen av sitt verk mot vederlag, som for eksempel lisensavtaler som gir lisenstakeren en begrenset rett til utnyttelse av opphavsretten.²⁷ Den økonomiske verdien av opphavsrettighetene ligger i stor grad nettopp i det å kunne disponere over rettighetene ved avtale.²⁸

2.2 Overdragelse av opphavsretten til datamaskinprogrammer

Når opphavsrettigheter overdras videre, kan dette få betydning for dekningsadgangen for kreditorene og hvilket vern lisenstakeren har overfor kreditorfellesskapet. I utgangspunktet står opphavsmannen relativt fritt til å disponere over sine rettigheter. Åndsverkloven § 39 første ledd angir at opphavsmannen kan "helt eller delvis overdra sin rett til å råde over åndsverket". Begrunnelsen for en vid overdragelsesadgang for opphavsmannen er for det første å få betalt for å gi andre hele eller deler av sin opphavsrett. For det andre vil det være enklere for en opphavsmann å utnytte sine opphavsrettigheter med hjelp fra andre.²⁹

²³ Rognstad (2009) s. 32.

²⁴ Wold (2006) s. 275.

²⁵ Knoph (2014) s. 383.

²⁶ Wold (2006) s. 275.

²⁷ Rognstad (2009) s. 338.

²⁸ Føyen mfl. (2006) s. 394.

²⁹ Wagle/Ødegaard (1997) s. 225.

Overdragelsesretten følger imidlertid med begrensninger om "uoverdragelighet" da de ideelle rettighetene er knyttet opp til den originære opphavsmannens person, jf. åndsverkloven § 3 tredje ledd, jf. § 39 første ledd.³⁰ Ved overdragelse av opphavsrett er det derfor kun de økonomiske enerettighetene som kan være gjenstand for overdragelse, jf. § 39 første ledd. Bakgrunnen for denne begrensningen er hensynet til å beskytte opphavsmannen som ofte vil være den svake parten i kontraktsforhandlingene.

Blir imidlertid vernet av opphavsmannen så sterkt at adgangen til overdragelse blir minimal, vil verkets markedsverdi bli desto mindre. Lovgiver ønsker derfor å begrense overdragelsesadgangen ut fra verkets art og beskaffenhet. Det hevdes at verk med mer praktiske formål, som datamaskinprogrammer, bør ha mindre begrenset adgang til overdragelse. Ved slike overdragelser hevdes at avtalefriheten bør være betydelig, og tilsvare prinsippene for overdragelse av industrielle rettigheter som patenter og design.³¹

Bestemmelsen i åvl. § 39 annet ledd angir at det går et skille mellom overdragelse av eksemplarer og overdragelse/lisensiering av rettigheter.³² En programvarelisensavtale innebærer normalt lisensiering av rettigheter og en delvis overdragelse etter åvl. § 39.

Den språklige betydningen av uttrykket "lisens" er tillatelse. Lisensen gir lisenstakeren en tidsbegrenset eller varig rett til å benytte hele eller deler av åndsverket. Lisensavtalen gir dermed lisenstakeren en mer eller mindre begrenset utnyttelsesrett til opphavsretten. Opphavsmannen kan overdra eksklusive lisenser, enelisenser og "enkle" lisenser.³³ Har lisenstakeren en absolutt enerett til utnyttelse innenfor lisensavtalens rammer, er det en eksklusiv lisens. Hvis lisenstakeren har en bruksrett som ikke er til hinder for andres bruk, kan det betegnes som en simpel eller enkel lisens.³⁴ Fremstillingen videre vil knytte seg til enkle lisenser med mindre annet fremgår.

Lisenstakerens disposisjonsrett kan være varig eller tidsbegrenset. Dersom lisenstakeren betaler et løpende vederlag for retten til å benytte programmet, kan lisensavtalen betraktes som en slags leieavtale, hvor lisenstakeren får en tidsbegrenset disposisjonsrett for den

³⁰ Rognstad (2009) s. 340, Wagle/Ødegaard (1997) s. 227.

³¹ Wagle/Ødegaard (1997) s. 226.

³² Rognstad (2009) s. 340.

³³ Rognstad (2009) s. 340.

³⁴ Rognstad (2009) s. 339.

perioden man betaler for.³⁵ Betales det derimot et engangsbeløp for programmet, må man kunne gå ut fra at man har en varig disposisjonsrett.³⁶

Avtaler om lisensiering av opphavsrettigheter til programvare mellom en programvareleverandør på den ene siden og en kunde uten spesifikk kunnskap om informasjonsteknologi på den annen, utgjør trolig den største gruppen av programvarelisensavtaler.³⁷ Typisk ved slike avtaler er at det leveres systemer som hjelper kunden med å utføre sitt daglige virke på en mer effektiv måte, for eksempel omfattende systemer for offentlig forvaltning, søkesystemer og økonomi- og regnskapssystemer mv.³⁸

Mislighold fra lisensgiverens side som medfører at programvaren ikke lenger kan leveres som avtalt ytelse, kan få kritiske følger for lisenstakeren. Lisenstakeren kan for eksempel være en virksomhet som har gjort seg avhengig av leveransen, og en endring av dette kan koste mye i både tid og penger.

I kontraktsforhold skilles det gjerne mellom hovedforpliktelser og biforpliktelser.³⁹ I en programvarelisensavtale får kunden overdratt en eksklusiv eller ikke-eksklusiv begrenset rett til å utnytte programvaren.⁴⁰ Denne utnyttelsesretten anses gjerne som lisensavtalens hovedforpliktelse.⁴¹ Ofte vil også programvarelisensavtalen forplikte leverandøren til å foreta biforpliktelser, særlig når det gjelder spesialtilvirket programvare.⁴² Biforpliktelser i programvarelisensavtaler er typisk forpliktelser som omfatter løpende vedlikehold, service og support av programvaren. Lisensgiveren kan også forpliktes til å videreutvikle programvaren.⁴³ Biforpliktelsene kan være regulert i avtalen mellom lisensgiveren og lisenstakeren, eller den kan følge av lov eller ha grunnlag i andre rettskilder.⁴⁴ Særlig biforpliktelsene tilsier at lisensavtalene ofte krever et langvarig og løpende samarbeid mellom partene. Dermed bygger også lisensavtalene ofte på en sterk gjensidig tillit mellom partene.⁴⁵

³⁵ Torvund (1997) s. 142.

³⁶ Torvund (1997) s. 154.

³⁷ Føyen mfl. (2006) s. 44.

³⁸ Føyen mfl. (2006) s. 44.

³⁹ Hagstrøm (2011) s. 122.

⁴⁰ Føyen mfl. (2006) s. 390.

⁴¹ Wold (2006) s. 289.

⁴² Hagedal (1992) s. 52, Möller (1988) s. 658-659

⁴³ Hagedal (1992) s. 52.

⁴⁴ Hagstrøm (2011) s. 124.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 69.

2.3 Overgang av opphavsrett til datamaskinprogram skapt i arbeidsforhold

Den faktiske situasjonen i fremstillingen er slik at opphavsretten til datamaskinprogrammet i første omgang er overdratt fra den originære opphavsmannen til hans arbeidsgiver.

Arbeidsgiveren har dermed en ervervet rettighet i programvaren. Det skal i det følgende redegjøres for hvilke rettigheter til programvaren som er overdratt til opphavsmannens arbeidsgiver. Dette er sentralt for å forstå hvilke rettigheter arbeidsgiveren som lisensgiver har overdratt videre til lisenstaker og hvilke rettigheter som kan beslaglegges hos lisensgiveren.

Utgangspunktet i norsk rett er som kjent at opphavsretten oppstår hos den fysiske personen som skaper verket, jf. åvl. § 1 første ledd. Det forutsetter en rettighetsovergang for at åndsverket skal kunne utnyttes av arbeidsgiveren.⁴⁶ I arbeidsforhold er det sikker rett at opphavsrettighetene uten uttrykkelig avtale kan gå over til arbeidsgiveren. Det følger av det ulovfestede prinsippet kalt ”Knophs maksime”, at ”prinsipalen vinner den rett over åndsverket som er nødvendig og rimelig, hvis arbeidsavtalen skal nå sitt formål, men heller ikke mere.”⁴⁷

En lovfesting av den ulovfestede regelen er spesialregelen i åndsverkloven § 39 g om opphavsrett til datamaskinprogram skapt i arbeidsforhold. Det følger av bestemmelsen at opphavsrett til datamaskinprogram som er skapt av en arbeidstaker under utførelsen av oppgaver som omfattes av arbeidsforholdet eller etter arbeidsgiverens anvisninger, går over til arbeidsgiveren, med mindre annet er avtalt. Regelen må dermed fravikes ved avtale for at ikke opphavsrettighetene til programvaren overdras til arbeidsgiveren.

Bestemmelsen medfører etter gjeldende rett en presumsjon for total overgang til arbeidsgiver av de økonomiske rettighetene til datamaskinprogram skapt i arbeidsforhold. Det følger av forarbeidene at arbeidsgiveren i kraft av rettighetsovergangen gis enerett til å råde over datamaskinprogrammet som angitt i åvl. § 2.⁴⁸ Det vil si at arbeidsgiveren har rett til blant annet tilgjengeliggjøring, endring og bearbeiding, og eksemplarframstilling. Bestemmelsen i åvl. § 39 g innebærer dermed en presumsjon for at arbeidsgiver i kraft av arbeidsforholdet erverver relevante utnyttelsesrettigheter til verket.⁴⁹

⁴⁶ Rognstad (2009) s. 361.

⁴⁷ Knoph (1936) s. 84, NOU 1985: 6 s. 7, Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) s. 21, Rognstad (2009) s. 361.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) s. 21.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) s. 21.

De ideelle rettighetene etter § 3 omfattes ikke av overgangen til arbeidsgiveren, jf. § 39 g. Det presiseres i forarbeidene at rettighetshaverne til datamaskinprogrammer først og fremst har en økonomisk interesse i disse og at de ideelle rettighetene spiller en underordnet rolle.⁵⁰

For denne fremstillingen betyr regelen i åvl. § 39 g at arbeidsgiveren A har ervervet alle de økonomiske opphavsrettighetene til programvaren som programmereren X har utviklet. Erververen A er dermed opphavsmann i alle økonomiske sammenhenger i åndsverkloven, mens den originære opphavsmannen X beholder sine ideelle rettigheter.⁵¹

⁵⁰ NOU 1986: 18 s. 12.

⁵¹ Wagle/Ødegaard (1997) s. 229.

3 Dekningsadgangen hos lisensgiver

3.1 Utgangspunktet

Dekningsadgangen i lisensgiverens opphavsrettigheter i programvaren kan få følger for lisenstakerens videre bruk av programvaren. Det skal i punkt 3.2 redegjøres for konkursboets dekningsadgang i lisensgiverens opphavsrett, og hvordan denne adgangen kan være begrenset av videreoverdragelsesforbudet etter åndsverkloven § 39 b annet ledd. Videre skal det i punkt 3.3 redegjøres for muligheten til dekning i lisensgiverens inntekter fra lisensavtalen, ettersom boet kan være mer interessert å søke dekning direkte i verdier som er omgjort til penger.

Dekningsadgangen hos lisensgiver må ta utgangspunkt i den generelle hovedregelen og grunnprinsippet som følger av dekningsloven § 2-2. Etter dekningsloven § 2-1 første ledd er det klart at regelen gjelder ved konkurs. Det fremgår av § 2-2 at dersom ikke "annet er fastsatt ved lov eller annen gyldig bestemmelse", har fordringshaverne rett til dekning i "ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden," og som kan "selges, utleies eller på annen måte omgjøres i penger."

Ordlyden av "formuesgode" tilsier at det kan tas beslag i rettigheter eller gjenstander av økonomisk verdi. Opphavsrettigheter har klart økonomisk verdi, og utgangspunktet er dermed at opphavsrettigheter i programvare er "formuesgode(r)" som kan beslaglegges etter § 2-2.⁵² Det må også legges til grunn at opphavsrettigheter til programvare er formuesgoder som kan "selges, utleies eller på annen måte omgjøres i penger" ettersom de kan lisensieres ut og overdras til andre mot betaling, jf. dekl. § 2-2.

Avgjørende for beslagsadgangen er hva som rent faktisk tilhører skyldneren av formuesgoder "på beslagstiden", jf. dekl. § 2-2. Beslagstidspunktet ved konkurs er tidspunktet for konkursåpningen, jf. dekl. § 1-4 tredje ledd.

Når det gjelder opphavsrettigheter må det skilles mellom beslag i rettigheter og beslag i eksemplarer. Selv om kreditorene i visse tilfeller må respektere opphavsrettighetene i programvaren, betyr ikke dette at de også må respektere programvaren som eksemplar. Det avgjørende for om kreditorene kan ta beslag i programvaren som eksemplar, er nemlig

⁵² Wold (2006) s. 276, Rognstad (2009) s. 366.

hovedregelen i dekl. § 2-2, om eksemplaret tilhører skyldneren på beslagstidspunktet. Beslag i programvareeksemplaret vil som utgangspunkt ikke påvirke lisenstakerens rettigheter til utnyttelse av programvaren, da lisenstakeren som oftest må ha en egen kopi av eksemplaret for å faktisk kunne bruke det.⁵³ Beslag i lisensgiverens opphavsrettigheter til programvaren kan derimot få følger for lisenstakerens rettigheter til videre utnyttelse.

Ettersom programvareselskapet i dette tilfelle har ervervet opphavsrettigheter i programvaren, er utgangspunktet at rettighetene er formuesgoder som "tilhører skyldneren på beslagstiden", jf. dekl. § 2-2. Selv om utgangspunktet er at det kan tas beslag i opphavsrettighetene i programvaren er det imidlertid elementer ved opphavsrettighetenes særpreg som begrunner at dekningsadgangen i visse tilfeller er begrenset.

Dekningsadgangen hos lisensgiver kan blant annet begrenses av uttrykkelige bestemmelser. Det følger av dekningsloven § 2-2 at hovedregelen om dekningsadgangen gjelder dersom ikke "annet er fastsatt ved lov eller annen gyldig bestemmelse". For eksempel kan opphavsmannens eller hans arvingers rett til å råde over et åndsverk "ikke være gjenstand for utlegg eller annen tvangsforfølgning fra kreditorene", jf. åndsverkloven § 39 l.

For opphavsrettigheter ervervet ved avtale vil imidlertid ikke beslagsforbudet i § 39 l gjelde, og det samme vil også da gjelde for opphavsrett ervervet i arbeidsforhold.⁵⁴ For slike tilfeller kan imidlertid forbudet mot videreoverdragelse av rettigheter i åndsverkloven § 39 b annet ledd sette begrensninger i dekningsadgangen. Denne mulige begrensningen vil jeg gå nærmere inn på i det følgende.

⁵³ Wagle/Ødegaard (1997) s. 227.

⁵⁴ Rognstad (2009) s. 371 fotnote 1109, Wold (2006) s. 279-282, Aasebø mfl. (2015) s. 65, Bender (1998) s. 185.

3.2 Videreoverdragelsesforbud

3.2.1 Samtykke til overdragelse

Som et alminnelig utgangspunkt kan kreditor ved realisasjon ikke utøve større rett enn skyldneren hadde.⁵⁵ For opphavsrettigheter ervervet i arbeidsforhold kan åndsverkloven § 39 b annet ledd sette begrensninger for kreditor, da det etter bestemmelsen heter at opphavsretten ikke kan overdras videre uten "samtykke" med mindre den "går inn i en forretning eller forretningsavdeling" og overdras sammen med denne.

Unntaket om at opphavsretten "går inn i en forretning eller forretningsavdeling" tilsier at kravet til samtykke til videreoverdragelse ikke er absolutt, jf. åvl. § 39 b annet ledd. Konkursboet kan i en slik situasjon ta beslag i programvareselskapets opphavsrettigheter til programvaren uten samtykke, men boet blir da bundet til å realisere opphavsretten sammen med resten av virksomheten.⁵⁶ For denne fremstillingens tilfelle kommer imidlertid ikke unntaket på spissen. Grunnen til det er at den faktiske situasjonen for oppgaven er at programmereren har overdratt opphavsrettighetene til programvaren til arbeidsgiveren sin, og spørsmålet er hvorvidt kreditorene kan ta beslag i de ervervede opphavsrettighetene. Vurderingen etter § 39 b annet ledd begrenses dermed til å gjelde kravet til samtykke.

Regelen i § 39 b annet ledd betyr dermed i dette tilfelle at lisensgiveren er beskyttet mot beslag i sin ervervede opphavsrett til programvaren med mindre det foreligger et samtykke til videreoverdragelse.

Forbudet mot videreoverdragelse er begrunnet i opphavsmannens ideelle interesser og at opphavsrett som er ervervet ved avtale ofte er basert på gjensidig tillit mellom partene på grunn av den personlige karakteren av opphavsretten.⁵⁷

Det er antatt i teorien at bestemmelsen begrenser erververens kreditorer fra å ta beslag i den ervervede opphavsretten, siden kreditorbeslag er en form for rettighetsoverdragelse.⁵⁸ Det samme er lagt til grunn i de svenske forarbeidene.⁵⁹ Etter dansk rett er videreoverdragelse av opphavsrett kun aktuelt der det er "sædvanlig eller åbenbart forudsatt", jf. opphavsretsloven

⁵⁵ Stray (1989) s. 184, Torvund (1988) s. 562.

⁵⁶ Wold (2006) s. 281-282.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 69, Lassen (1983) s. 382, Torvund (1988) s. 561-562, Stray (1989) s. 184.

⁵⁸ Andenæs (2009) s. 109, Rognstad (2009) s. 371, Lassen (1983) s. 381-382, Stray (1989) s. 184.

⁵⁹ SOU 1956: 25 side 303.

§ 56 stk. 2. I norsk rett ble det vurdert om tilsvarende formulering skulle benyttes. Det ble imidlertid avvist da formuleringen kan være noe uklar. Det ble uttalt i forarbeidene at der det måtte anses som forutsatt at en rettighet kunne overdras videre, måtte det legges til grunn at det var inngått en stilltiende avtale om det.⁶⁰

Det følger ikke eksplisitt av ordlyden i § 39 b annet ledd *hvem* det er som må gi samtykke til videreoverdragelse. På den ene side har programvareselskapet som arbeidsgiver i fremstillingens tilfelle ervervet de totale økonomiske opphavsrettighetene i programvaren. Det kan tilsi at arbeidsgiveren står i samme stilling som den originære opphavsmannen selv og kan avgi samtykke til videreoverdragelse, selv om arbeidsgiveren ikke kan bli innehaver av hele den ideelle rett.⁶¹ På bakgrunn av at begrensningen i adgangen til videreoverdragelse er gitt for å ivareta opphavsmannens ideelle interesser, kan bestemmelsen imidlertid tolkes slik at det i dette tilfellet er den originære opphavsmannen som må gi samtykke.⁶² På bakgrunn av hensynet bak bestemmelsen synes det derfor mest naturlig at det er den originære opphavsmannen som må samtykke til videreoverdragelse. For spørsmålet om konkursbeslag hos programvareselskapet blir det dermed et spørsmål om selskapets avtale med programmereren som originær opphavsmann gir rett til videreoverdragelse.

Det stilles heller ikke noe uttrykkelig krav i bestemmelsen om at opphavsmannen må samtykke til den *konkrete* overdragelsen. Det er dermed tilstrekkelig med et generelt samtykke til videreoverdragelse.⁶³

Spørsmålet som videre må besvares er hva som utgjør et samtykke i dette tilfelle. I forarbeidene presiseres det at samtykke kan gis stilltiende eller må i visse situasjoner kunne være underforstått.⁶⁴ Et eksempel fra rettspraksis der samtykke ble ansett for å være underforstått er Gustav Esmann-dommen.⁶⁵ Der ble en forfatters avtale med bokhandleren om overdragelse av ”den uindskrænkede eiendomsret for al fremtid til opførelse af sine dramatiske arbeider” ansett for å gi bokhandleren rett til videreoverdragelse av

⁶⁰ Ot.prp. nr. 15 (1994) s. 158, Bender (1998) s. 151.

⁶¹ Lassen (1983) s. 377.

⁶² Wold (2006) s. 281.

⁶³ Wold (2006) s. 281.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 69.

⁶⁵ Rt. 1912 s. 1008.

oppførelsesretten. Også i dansk rett støttes adgangen til underforstått samtykke i Tarzandommen.⁶⁶

I juridisk teori hevdes det at det er rom for å innfortolke samtykke i tilfeller der de ideelle interesser ikke gjør seg gjeldende, og at rene økonomiske interesser ikke kan begrunne opphavsmannens særlige stilling overfor kreditorene.⁶⁷ Dersom opphavsmannens ideelle interesser i verket med hensyn til hvem som utnytter rettighetene er sterke, jo mer taler det for at det skal konkrete holdepunkter til for at det foreligger et samtykke til videreoverdragelse.⁶⁸ Er det imidlertid mangel på slike personlige tilknytningspunkter og ideelle interesser, kan det tale for at et stilltiende samtykke til overdragelse foreligger. Ved vurderingen av om opphavsmannens stilltiende samtykke foreligger, må det derfor foretas en konkret helhetsvurdering der de hensyn som begrunner videreoverdragelsesforbudet vektlegges. Også partenes forutsetninger ved ervervet av opphavsrettighetene har betydning.

Noe som kan diskuteres er om opphavsmannens ideelle interesser er særlig fremtredende når det er tale om opphavsrettigheter til datamaskinprogram. Datamaskinprogrammer har mer industrielle og tekniske preg enn de rene og klassiske åndsverk som for eksempel romaner og malerier. I forarbeidene presiseres det derfor at det generelt vil være lite rom for ideelle rettigheter i et datamaskinprogram.⁶⁹ Hensynet til opphavsmannens ideelle interesser og opphavsrettens personlige karakter er dermed mindre fremtredende. Dette kan tale for at et samtykke til videreoverdragelse av opphavsrettigheter til programvare som oftest må anses stilltiende forutsatt.

Generelt har avtaler om rettighetsoverdragelser i opphavsretten i dag en mer kommersiell funksjon enn tidligere. Det hevdes i juridisk teori at det skal generelt mindre til for å kunne innfortolke samtykke til videreoverdragelse i en kommersielt preget avtale, enn i en avtale som forutsetter et personlig tillitsforhold mellom partene.⁷⁰

Hvilket formål ervervet til programvareselskapet har for videre bruk, kan også ha innvirkning på hvorvidt avtalen mellom selskapet og den originære opphavsmannen forutsetter en rett til videreoverdragelse. For et programvareselskap som lisensierer ut opphavsrettigheter til programvare til eksterne kunder må man normalt kunne forutsette at selskapet generelt sett

⁶⁶ UfR 1971 s. 61 H.

⁶⁷ Rognstad (2009) s. 371.

⁶⁸ Rognstad (2009) s. 342.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 84 (1991-92) s. 21.

⁷⁰ Torvund (1988) s. 562.

har adgang til å overdra opphavsrettighetene videre for at virksomheten skal kunne nå sitt formål. Rettighetsoverdragelsens karakter av å være mindre personlig og mer kommersielt preget, taler for at opphavsmannens ideelle interesser er mindre fremtredende. Igjen står da den mer økonomiske interessen av å forhindre et kreditorbeslag i programvaren. Denne interessen kan imidlertid hevdes å ikke være sterk nok sett opp mot hensynet til likebehandling av kredittgiverne og konkursboets interesse av å få dekning for kravene sine.

I juridisk teori presiserer Torvund at ettersom ideelle rettigheter har liten eller ingen betydning i datamaskinprogram, skal det lite til for at et samtykke foreligger. Han nevner videre at det må kunne forutsettes at opphavsrettigheter til datamaskinprogram ervervet av bedriftens ansatte, også innebærer et samtykke til pantsettelse.⁷¹ Systembetragtninger tilsier at samme må kunne forutsettes for videreoverdragelse ved kreditorbeslag, selv om det i utgangspunktet er tilstrekkelig med et generelt samtykke.

På bakgrunn av vurderingene over kan det hevdes at hensynene som begrunner forbudet mot videreoverdragelse ikke gjør seg så sterkt gjeldende for ervervede opphavsrettigheter i programvare. Det vil si at det er en forholdsvis vid dekningsadgang i lisensgiverens opphavsrettigheter til programvaren. Særlig gjelder det for tilfeller av opphavsrett til standard programvare, som er masseprodusert for et marked og som må kunne forutsettes å bli overdratt til programmererens arbeidsgiver med hensikt om videreoverdragelse. Etter omstendighetene kan det tenkes at hensynene bak videreoverdragelsesforbudet gjør seg sterkere gjeldende dersom forutsetningen for ervervet er til internt bruk eller dersom programvaren utvikles for én spesiell kundes behov. Da kan den originære opphavsmannens ideelle interesser bli mer fremtredende. Likevel må det kunne konkluderes med at det i de aller fleste tilfeller er grunnlag for, og naturlig å innfortolke samtykke til videreoverdragelse av programvareselskapets ervervede opphavsrettigheter i programvaren, jf. åvl. § 39 b annet ledd.

I lys av disse vurderingene og i den grad den teknologiske utviklingen tilsier at det ikke lenger kan presumeres at de ideelle interessene ved rettighetsoverdragelser tilknyttet datamaskinprogrammer er særlig fremtredende, kan det vurderes om kravet til samtykke burde fjernes og at opphavsmannen uttrykkelig må avtalefeste dersom han ønsker å begrense adgangen til videreoverdragelse.⁷² Dersom samtykke må innfortolkes i det enkelte tilfellet,

⁷¹ Torvund (1988) s. 561-562.

⁷² Wold (2006) s. 280-281.

kan det føre til usikre resultater. Det kan derfor anbefales at det uttrykkelig avtalesfestes hvorvidt det er adgang til videreoverdragelse eller ikke. Det er her grunn til å presisere at bestemmelsen i åvl. § 39 b annet ledd er ment å være en deklatorisk presumsjonsregel til gunst for overdrageren og gjelder så langt ikke annet må anses avtalt.⁷³ Det samme gjelder i svensk, dansk og finsk opphavsrett.⁷⁴

På den annen side kan det hevdes at det i praksis vil være et visst behov for å akseptere stilltiende samtykke for å nå frem til rimelige og fleksible løsninger. Den raske teknologiske utviklingen kan medføre at lovgivningen ikke henger like godt med.⁷⁵ Da vil det være behov for å vurdere muligheten for stilltiende samtykke til videreoverdragelse på bakgrunn av en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Det nye lovvedtaket viderefører også gjeldende regel i åvl. 1961 § 39 b annet ledd om samtykke, ettersom regelen anses rimelig og tilstrekkelig fleksibel.⁷⁶

Det nye lovvedtaket av 22. mai 2018 presiserer imidlertid at videreoverdragelse av opphavsrettigheter til datamaskinprogrammer skapt i arbeidsforhold er tillatt, jf. Lovvedtak 53 (2017-2018) § 71 andre punktum. Det må dermed avtalesfestes dersom videreoverdragelse ikke skal tillates. Lovendringen utgjør et unntak fra nye § 68 annet ledd (åvl. 1961 § 39 b annet ledd) når det gjelder opphavsrettigheter til datamaskinprogram skapt i arbeidsforhold.⁷⁷ På bakgrunn av vurderingene over er dette en presisering av dagens rettsstilstand hvor det normalt må innfortolkes samtykke til videreoverdragelse av opphavsrettigheter til datamaskinprogrammer som er overdratt i arbeidsforhold. Lovendringen kan forenkle kreditorenes deknings situasjon i fremtiden da videreoverdragelse av datamaskinprogrammer som er overdratt i arbeidsforhold kan skje uten samtykke.

3.3 Inntekter fra lisensavtalen

Boet vil som regel ha en interesse av at det kommer verdier raskt inn til dekning for kreditorfellesskapet, uten at det forpliktes til omfattende ytelser i gjengjeld. I en deknings situasjon kan det derfor være enklere for kreditorene å ta beslag direkte i skyldnerens penger i stedet for opphavsrettighetene. Derfor er det interessant å se på adgangen til dekning

⁷³ Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 157, jf. Stray (1989) s. 178, Føyen mfl. (2006) s. 105, Lassen (1983) s. 377.

⁷⁴ § 28 i svensk og finsk opphavsrettslag og § 56 stk. 2 i danske opphavsretsloven.

⁷⁵ Rognstad (2009) s. 364.

⁷⁶ Lovvedtak 53 (2017-2018) § 68 annet ledd, jf. Prop. 104 L (2016-2017) s. 231.

⁷⁷ Prop. 104 L (2016-2017) pkt. 6.9.5, jf. Innst. 258 L (2017-2018) § 71 2.pkt.

i lisensgiverens inntekter fra lisensavtalen. Selv om kreditorene kan måtte respektere beslagsfrihet direkte i opphavsrettighetene, innebærer ikke dette at kreditorene også er avskåret fra å ta beslag i formuesgoder som er oppstått med bakgrunn i opphavsrettighetene. Der lisensavtalen har gitt inntekter til lisensgiveren, kan nemlig disse være gjenstand for kreditorbeslag etter dekl. § 2-2.

Ved lisensgiverens konkurs, kan inntekter av den art som er nevnt i dekl. § 2-7 og som tilfaller skyldneren under konkursen trekkes inn i bomassen etter § 2-11. Erverver skyldneren inntekter fra lisensavtalen mens konkursbehandlingen pågår, og som ikke faller inn under § 2-7, kan disse inntektene gå inn i bomassen etter § 2-13.

Etter dekl. § 2-7 annet ledd bokstav a) kan det tas utlegg i skyldnerens forfalte eller uforfalte krav på vederlag for "personlig arbeid, herunder tilsvarende arbeidsgodtgjørelse for utnyttning av skyldnerens åndsverk". Regelen innebærer at det kan tas utlegg i skyldnerens krav på lisensvederlag, både forfalt krav og uforfalt krav.

Ettersom det etter § 2-7 tillates dekning i krav på "uforfalt" vederlag, vil det omfatte også vederlagskrav som skyldneren får etter utleggstidspunktet.⁷⁸ Regelen i § 2-7 innebærer dermed en utvidelse av beslagsadgangen etter § 2-2, som i utgangspunktet er begrenset til beslag i formuesgoder som tilhører skyldneren "på beslagstiden".

Etter redegjørelsen over innebærer dette for fremstillingens tilfelle at kreditorene som utgangspunkt kan ta beslag i programvareselskapets både forfalte og uforfalte krav på lisensavgift fra lisenstakeren. Beslag i lisensavgiftene fra lisenstakeren påvirker imidlertid ikke lisenstakerens rettigheter til videre utnyttelse av programvaren.

Praktisk sett kan struktureringen av lisenstakerens betaling til lisensgiveren påvirke hvorvidt konkursboet ser seg tjent med å ta beslag i lisensgiverens inntekter. Ofte er lisensavtalenes betaling ordnet ved løpende betaling. Da kan konkursboet heller ha interesse av å tre inn i avtalen med lisenstakeren for å få den løpende betalingen inn til boet. Dersom betalingen derimot gjelder et stort forhåndsbeløp for lisensavtalen kan det bli mindre interessant for boet å tre inn i avtalen, ettersom de uansett har krav på beslag i forhåndsbeløpet.

⁷⁸ NOU 1972: 20 s. 258.

4 Lisenstakerens forhold til lisensgivers kreditorer

4.1 Generelt

Fremstillingens punkt 3 viser at dekningsadgangen for kreditorene i lisensgiverens opphavsrettigheter i programvaren bare i de sjeldne tilfeller begrenses av særlige bestemmelser. Utgangspunktet er da at det kan tas beslag i lisensgiverens opphavsrettigheter. Dekningsadgangen kolliderer imidlertid med lisenstakerens rettigheter i programvaren. Både lisenstakeren og konkursboet i fremstillingen utleder sine rettigheter i programvaren fra lisensgiveren, der lisenstakeren er den eldste erververen og konkursboet det yngste. Sentralt for lisenstakerens beskyttelse er om han har rettsvern for sine rettigheter som går foran konkursboets rettigheter til å ta beslag i opphavsretten hos lisensgiveren.

Et grunnleggende prinsipp i en dobbeltsuksjonskonflikt er prinsippet om først i tid, best i rett. Det vil si at den eldre stiftede rett som hovedregel går foran den yngre. Et unntak fra dette prinsippet er ekstinksjon, der den eldre rett i formuesgodet må vike for en yngre rett. Der det er et kreditorbeslag som går foran en eldre rett, kalles det for kreditorekstinksjon.⁷⁹

En lovfestet regel for kreditorekstinksjon følger av hovedregelen om beslagsadgangen i dekningsloven § 2-2. Dersom det *ikke* foreligger noen begrensninger i dekningsadgangen, kan det tas beslag i opphavsrettigheter som "tilhører skyldneren på beslagstidspunktet", jf. dekl. § 2-2. Ordlyden indikerer at det må avgrenses mot tredjepersons rettigheter. I forarbeidene presiseres det at de nærmere grenser for hva som tilhører skyldneren må trekkes etter reglene om legitimasjon, rettsvern, omstøtelse og bevisreglene.⁸⁰ Det skal i det følgende fokuseres på hvilket rettsvern lisenstakeren har til beskyttelse for sin disposisjonsrett til programvaren der lisensgiveren går konkurs. Det vil ikke gås inn på reglene om legitimasjon eller omstøtelse. For at kreditorene skal ta beslag i skyldnerens formuesmasse, må skyldneren altså være den

⁷⁹ Lilleholt (2012) s. 25.

⁸⁰ NOU 1972: 20 s. 255.

reelle eier av formuesgodet etter det underliggende rettsforhold.⁸¹ Kreditorerne får følgelig ikke bedre rett enn det skyldneren selv hadde.

At en disposisjon har rettsvern, betyr generelt at disposisjonen har beskyttelse mot etterfølgende kreditorbeslag.⁸² En rettsvernsakt er en handling som skal gi vern mot at den eldste stiftede retten må vike for et senere kreditorbeslag i samme formuesgode, og skal sikre notoritet rundt rettsstiftelsen.⁸³ Hvis en overdragelse fra skyldneren til en erverver skal respekteres av kreditorerne, kreves det nemlig at disposisjonen er notorisk. Det vil si at disposisjonen er etterprøvable eller konstaterbar. Hovedhensynet bak rettsvernsreglene er at en skal hindre kreditorsvik, dvs. at verdier blir unndratt fra dekning.⁸⁴ Reglene om rettsvern skal sikre en viss kontroll med at de eldre rettene faktisk er stiftet før kreditorbeslaget.⁸⁵ Rettsvern må være etablert *før* beslagstidspunktet, ettersom det ellers kan tas beslag i formuesmassen til skyldneren slik den er ved boåpningen, jf. dekl. § 2-2, jf. § 1-4.

Det finnes ulike rettsvernsakter for ulike disposisjoner. Rettsvern kan blant annet stiftes ved registrering, besittelse og notifikasjon. For eksempel angir tinglysningloven § 23, som gjelder fast eiendom, at en rett som er stiftet ved avtale må være registrert senest dagen før konkursåpningen for å stå seg overfor konkursen.

Det er vanlig oppfatning at i alle fall de lovfestede reglene om kreditorekstinksjon ikke gir særlig rom for skjønn. Begrunnelsen for dette er at kreditorbeslaget i størst mulig grad skal gå rettsteknisk enkelt for seg, og gjøre kreditorbeslaget enklere å gjennomføre.

Det skal i det følgende redegjøres for hvilken beskyttelse lisenstakeren har for sine rettigheter til å utnytte programvaren etter lisensgiverens konkurs. Det er også sentralt å se hen til hvordan kreditorerne beskyttes mot unndragelse av beslag i de opphavsrettslige verdiene. I punkt 4.2 redegjøres det dermed for utgangspunktet om lisenstakerens rettsvern. Deretter skal det i punkt 4.3 redegjøres for rettsvirkningene av lisenstakerens rettsvern og i hvor stort omfang det forplikter lisensgiverens kreditorer. Endelig diskuteres rettsvernsregelens begrunnelse og godhet i punkt 4.4.

⁸¹ Andenæs (2009) s. 157.

⁸² Andenæs (2009) s. 277.

⁸³ Lilleholt, (2012) s. 322 og 33.

⁸⁴ Lilleholt (2012) s. 33.

⁸⁵ Lilleholt (2012) s. 32.

4.2 Rettsvern for lisenstaker

4.2.1 Utgangspunktet

Lisenstakers rettigheter til utnyttelse av opphavsrettigheter i programvaren bygger på avtale med lisensgiveren. Avtaleervert som bygger på privatautonomien hos avtalepartene, er imidlertid den viktigste gruppen av ervert som kan måtte vike på grunn av manglende rettsvernsakt.⁸⁶ Bakgrunnen for dette er at det ofte blir vanskelig for kreditorene å etterprøve disposisjonen.

Det eksisterer ingen lovfestede rettsvernsregler for overdragelse av opphavsrettigheter. Med støtte i juridisk teori er utgangspunktet for overdragelse og lisensiering av immaterielle rettigheter at disse rettighetsoverdragelsene *ikke* behøver noen rettsvernsakt og at rettsvern mot overdragerens kreditorer oppnås ved avtaleinngåelsen.⁸⁷ Vanligvis legges det derfor til grunn at immaterialrettsavtaler ikke gir grunnlag for ekstinktive ervert på grunn av rettighetenes særpreg.⁸⁸ Det vil si at hovedregelen om først i tid, best i rett gjelder og at den eldre rett til immaterialrettigheten står seg ved senere konkurs hos overdrageren.

Kreditorene kan dermed ikke alltid søke dekning i immaterielle rettigheter. Her oppstår den spesielle situasjonen at rettighetshaveren har en videre rett til å disponere ved avtale enn kreditorene har til å søke dekning.⁸⁹ Hvis skyldneren har overdratt opphavsrettigheter til en tredjeperson kan kreditorene dermed ikke rette innsigelser mot overdragelsen med den bakgrunn at den mangler rettsvern.⁹⁰ Kreditorene må derfor respektere avtaler som er inngått mellom skyldneren og tredjeperson *forut* for beslagstidspunktet.⁹¹ Etter konkursåpningen vinner kreditorene som utgangspunkt frem, ettersom det ikke kan skje godtroervert av opphavsrettigheter.⁹²

Overført til fremstillingens tilfelle oppstår sikkerhet for lisenstakerens rettigheter i programvarelisensavtalen mot senere kreditorbeslag hos lisensgiveren i det lisensavtalen

⁸⁶ Lilleholt (2012) s. 131.

⁸⁷ Knoph (1936) s. 139, Lilleholt (2012) s. 277, Wold (2006) s. 287 og 296, Brækhus/Hærem (1964) s. 523, Hagedal (1992) s. 52-53.

⁸⁸ Ørstavik (2011) s. 150, NIR 1991 s. 413 på s. 415 om godtroekstinksjon, jf. Ot.prp. nr. 56 (1976-77) s. 35.

⁸⁹ Lilleholt (2012) s. 114.

⁹⁰ Wold (2006) s. 287.

⁹¹ Wold (2006) s. 287.

⁹² NIR 1991 s. 413 på s. 415 om godtroekstinksjon, jf. Ot.prp. nr. 56 (1976-77) s. 35, Torvund (1988) s. 562, Wold (2006) s. 287.

inngås. Så lenge lisensavtalen er inngått *før* konkursbeslaget, må kreditorene respektere at lisenstakeren har ervervet rettigheter til utnyttelse av opphavsrettigheter fra skyldneren.

4.3 Rettsvirkninger av rettsvern for lisenstaker

Viser det seg at lisensavtalen er inngått forut for konkursbeslaget viser redegjørelsen over at den har rettsvern. Da må konkursboet respektere lisensavtalen og kan ikke ta beslag i rettighetene som lisenstakeren har etter lisensavtalen med skyldneren. Konkursboet kan heller ikke si opp lisensavtalen etter inntreden når lisenstakeren har fått rettsvern, jf. dekningsloven § 7-6 tredje ledd. Det samme presiseres i forarbeidene.⁹³ Respekteres *ikke* de rettigheter lisenstakeren har rettsvern for kan han lide tap. Dersom konkursboet opptre erstatningsbetingende eller misligholder lisensavtalen under bobehandlingen dekkes slike krav som massefordring etter dekl. § 9-2 første ledd nr. 3.

En annen følge av at boet må respektere lisensavtalen er at boet må oppfylle de av avtalens forpliktelser som omfattes av rettsvernet. Det er dermed interessant å vurdere rettsvernets omfang for å se i hvilken grad det forplikter boet.

Det vil i den forbindelse måtte vurderes *hvilke* rettigheter i programvarelisensavtalen lisenstakeren har rettsvern for, også når konkursboet ikke trer inn i lisensavtalen. Det må her vurderes om det er lisenstakerens utnyttelsesrett som har rettsvern, eller om rettsvernet også omfatter eventuelle biforpliktelser etter lisensavtalen. Spørsmålet er ikke avklart i norsk lovgivning eller rettspraksis og er lite drøftet i norsk teori.

Knoph skrev at både ”den som har erhvervet selve opphavsretten og den som bare har kjøpt en lisens, er derfor beskyttet mot ophavsmannens kreditorer straks *avtalen* er sluttet” (min kursivering).⁹⁴ Dette standpunktet er senere gjengitt i norsk teori.⁹⁵ Juridisk teori tilsier at i hvert fall selve utnyttelsesretten har sterkt rettsvern, se punkt 4.2. Men ettersom programvarelisensavtalen etter juridisk teori har rettsvern ved *avtaleinngåelsen*, kan det være rimelig å gå ut fra at det er *hele* avtalen som har rettsvern. Altså at lisenstakeren har rettsvern for sin utnyttelsesrett og eventuelle biforpliktelser som vedlikehold, service, support mv. som inngår i avtalen.

⁹³ Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 186.

⁹⁴ Knoph (1936) s. 139.

⁹⁵ Bl. a Brækhus/Hærem (1964) s. 523 og Lilleholt (2012) s. 277.

Hensynet til lisenstakeren og formålet bak lisensavtalen trekker også i retning av at biforpliktelsene omfattes av rettsvernet. Ofte er lisenstakeren avhengig av visse biforpliktelser for at programvaren skal fungere optimalt. Oppfyllelse av biforpliktelsene kan dermed være en vesentlig og viktig del av utnyttelsesretten i lisensavtalen. Har ikke biforpliktelsene rettsvern, kan det bety det samme som at lisenstakeren mister sin rett til å få fullt utbytte av utnyttelsesretten, noe som fører til at formålet med lisensavtalen svikter.⁹⁶ Skal biforpliktelsene i lisensavtalen ha noe verdi for lisenstakeren, taler det dermed for at også disse har rettsvern.

Ofte er det også kun få personer som kan oppfylle biforpliktelsene i lisensavtalen. Det er derfor ikke så enkelt å sette bort oppfyllelse av ytelsene til noen andre. Dette taler også for at biforpliktelsene omfattes av rettsvernet. I samme retning trekker det faktum at det også er rettsteknisk enklere at biforpliktelser omfattes av rettsvernet.

Selv om overdragelse av opphavsrettigheter har rettsvern ved avtaleinngåelsen, tilsier imidlertid ikke dette at også biforpliktelsene kan nyte samme rettsvern. Det kan tenkes at det av hensyn til konkursboet burde legges til grunn at biforpliktelser ikke omfattes av rettsvernet. Omfattes biforpliktelsene av rettsvernet vil boet pålegges oppgaver det ofte er lite egnet til å oppfylle. Og ved salg av det konkursrammede programvareselskapet eller opphavsrettighetene til programvaren må boet ta høyde for at biforpliktelsene skal oppfylles, noe som kan forringe opphavsrettighetenes markedsverdi.

Dersom biforpliktelsene omfattes av rettsvernet kan det også medføre en fare for kreditorsvik eller forskjellsbehandling av de øvrige kreditorer i boet. Der lisenstakeren har rettsvern for biforpliktelsene blir lisenstakeren en kreditor for biforpliktelsene og har krav på erstatning dersom konkursboet ikke oppfyller, jf. dekl. § 9-2 første ledd nr. 3. Dette kan føre til at også andre kreditorer påberoper seg en lignende lisensavtale for å få dekning for biforpliktelser. Dette vil stride mot formålet om en rasjonell avvikling av boet⁹⁷ og hensynet til likebehandling av de øvrige kreditorer i boet.⁹⁸

Et eksempel som kan tale for at biforpliktelser ikke omfattes av rettsvernet følger av NOU 1972: 20 s. 319 som gjelder leie av næringslokaler. I eksempelet fra forarbeidene har debitor leid ut fabrikklokaler i sin eiendom for 10 år, og i leiekontrakten påtatt seg visse forpliktelser

⁹⁶ Möller (1988) s. 659.

⁹⁷ Brækhus (1975) s. 171.

⁹⁸ Andenæs (2009) s. 10-11.

som renhold, oppvarming, vedlikehold mv. Når debitor senere går konkurs, legges det til grunn at leietakeren har et beskyttet krav på leieretten ut leietiden, mens biforpliktelsene ikke omfattes av rettsvernet. Eksempelet skal illustrere hvordan dekl. § 7-6 tredje ledd skal forstås. Ettersom bestemmelsen omfatter rettigheter med rettsvern i lisensavtalen, kan det tale for at eksempelet fra forarbeidene gjelder generelt og at samme synspunkt burde legges til grunn i dette tilfelle med programvarelisensavtalen. Det vil i så fall si at lisenstakeren har rettsvern for utnyttelsesretten, mens biforpliktelsene omfattes ikke. Også norsk juridisk teori kan tale for det.⁹⁹ I samme retning trekker svensk teori.¹⁰⁰

Etter dette trekker rettskildene i ulik retning. Etter min mening må hensynene til kreditorfellesskapet sammenholdt med eksempelet i forarbeidene veie tyngst i retning av at det er kun selve utnyttelsesretten som omfattes av rettsvernet etter lisensavtalen. Det må legges til grunn at biforpliktelsene ikke kan få rettsvern i det lisensavtalen inngås, ettersom disse ytelsene ikke støttes av de samme opphavsrettslige hensyn som selve utnyttelsesretten. Det rimelige for en rasjonell bobehandling er dermed at utnyttelsesretten i lisensavtalen omfattes av rettsvernet, mens biforpliktelsene omfattes ikke.

4.4 Er dagens regel om rettsvern for lisenstakeren ved avtaleinngåelsen god?

Et grunnleggende problem med dagens regel om at avtale om overdragelse av opphavsrettigheter får rettsvern allerede ved avtaleinngåelsen, er at rettighetsovergangen mangler notoritet. Risikoen for kreditorsvik er dermed klart til stede ettersom skyldneren kan falle for fristelsen og påberope seg en inngått lisensavtale forut for beslaget. Dette kan svekke opphavsrettighetenes praktiske verdi som dekningsobjekt.¹⁰¹ Ved konkursbeslag kan imidlertid omstøtelsesreglene bøte noe på dette problemet, så lenge skyldneren hevder en avtaleinngåelse innenfor den aktuelle omstøtelsesfristen, jf. dekl. kap. 5. Det vil imidlertid ikke være noe problem for skyldneren å sette den angivelige avtalens dato til et tidspunkt forut for omstøtelsesfristen. I en slik situasjon må dermed lisensavtalens inngåelsestidspunkt kunne avgjøres av de alminnelige bevisreglene.¹⁰²

⁹⁹ Hagedal (1992) s. 53

¹⁰⁰ Möller (1988) s. 660.

¹⁰¹ Wold (2006) s. 287.

¹⁰² NOU 1972: 20 s. 255.

Det er også et problem med manglende publisitet. Publisitetshensynet skal sikre at omverdenen rundt ser at det er foretatt en rettighetsovergang. Det er sjeldent synlig for omverdenen at en avtale om programvarelisenser er inngått. Rådighet over opphavsretten til programvaren vil fortsatt ligge hos lisensgiveren selv om lisenstakeren får en rett til utnyttelse. Løsningen kan dermed kritiseres ettersom mulige kredittgivere ikke får muligheten til å undersøke hvorvidt det er tilknyttet lisensrettigheter i programvaren.

Det kan likevel i en viss grad konstateres at lisenstakeren har rett til utnyttelse av programvaren ettersom lisenstakeren ofte også vil ha en kopi av programvaren for å kunne utnytte den. Bevisreglene kan derfor hjelpe noe på å konstatere at lisenstakeren har rett til utnyttelse av programvaren.

Bakgrunnen for at avtale om overdragelse av opphavsrettigheter har rettsvern i det avtalen inngås, er å verne om det personlige elementet i opphavsrettighetene. Lisensavtaler bygger generelt ofte også på gjensidig tillit mellom partene. Disse forhold kan tale for at dagens regel som gir rettighetshaveren en videre avtaleadgang enn kreditorenes dekningsadgang generelt sett er god.

På en annen side kan det stille seg noe annerledes når det i dette tilfellet gjelder opphavsrett til programvare. Som nevnt tidligere har opphavsrettigheter til programvare et mer industrielt preg enn de klassiske åndsverkene. Svært sjelden lisensieres ut opphavsrettigheter til programvaren til kun én lisenstakers bruk. Dette svekker det personlige tillitsforholdet som kan gjøres gjeldende for andre typer lisensavtaler. Ved opphavsrett til programvare er følgelig det personlige og ideelle elementet ved rettighetene mindre fremtredende. Slike frembringelser bærer mer preg av å være begrunnet i industrielle hensyn og investeringshensyn, enn det personlige elementet.

Et annet poeng i denne sammenheng er at det i fremstillingens tilfelle gjelder en lisens som er overdratt fra opphavsmannens arbeidsgiver. Lisensgiver er dermed avskåret fra å overføre den originære opphavsmannens ideelle rettigheter, jf. åvl. § 3. Det personlige elementet ved opphavsrettighetene kan dermed hevdes å være mer eller mindre fraværende ved slike overdragelser. Det kan tale for at regelens begrunnelse ikke samsvarer særlig godt i dette konkrete tilfellet.

Det kan likevel hevdes at det er for strengt og for retts teknisk komplisert å kreve noen registrering eller mer formell rettsvernsakt ved overdragelsen til lisenstakeren. Det kreves

heller ikke registrering av overdragelser for de industrielle rettighetene i patenter og design til beskyttelse mot overdragerens kreditorer.¹⁰³ Rettsvernsreglene er ment å være retts teknisk enkle for å ivareta hensynet til en rasjonell og effektiv bobehandling. Det kan derfor ikke kreves noen registrering for opphavsrettigheter heller, til tross for at rettsvernsregelens begrunnelse ikke slår like sterkt til her.

At overdragelse av rettigheter til utnyttelse av programvare ikke trenger noen rettsvernsakt medfører dermed en sterkere beskyttelse for lisenstakerens utnyttelsesrettigheter i programvaren. Dette kan være bra blant annet fordi en lisenstaker som er mer eller mindre avhengig av programvaren kan ha en trygghet og tillit til at han får de rettigheter han skal ha etter lisensavtalen uansett om lisensgiveren senere går konkurs. Ofte er det også stor usikkerhet med tanke på den konkrete verdien av opphavsrettighetene. Det kan også oppstå tvil om det i det hele tatt eksisterer åndsverk i programvaren. Det vil dermed være både effektivt og lett vint for partene i lisensavtalen at inngåelsen av avtalen er tilstrekkelig for å sikre lisenstakerens rettigheter etter avtalen. Det er derfor tungtveiende gode grunner til at lisenstakeren har rettsvern for sine utnyttelsesrettigheter i det avtalen inngås og at lisensgiverens kreditorer må sette sin lit til alminnelige bevisregler for å avgjøre hva som er avtalt.

¹⁰³ Brækhus/Hærem (1964) s. 523.

5 Konkursboets rett til å tre inn i lisensgiverens avtaler

5.1 Generelt

Programvarelisensavtaler av typen som fremstillingen forutsetter er gjensidig bebyrdende ved at lisensgiveren gir rett til utnyttelse av programvaren mot at lisenstakeren betaler vederlag. Det oppstår særlige problemer når det gjelder lisensgiverens gjensidig bebyrdende avtaler og hva som skal skje videre med disse når lisensgiveren går konkurs. At lisensgiverens kreditorer i visse tilfeller må respektere forbudet mot videreoverdragelse, innebærer dermed ikke i seg selv at konkursboet også er avskåret fra å *tre inn* i lisensgiverens kontrakt.¹⁰⁴ Spørsmålet blir altså i det følgende hvordan partenes rettigheter og forpliktelser etter programvarelisensavtalen påvirkes av boets rett til å tre inn i lisensavtalen. Ettersom lisenstakeren i foreliggende tilfelle har rettsvern for utnyttelsesretten uavhengig av boets inntreden, begrenses spørsmålet om boets inntredelsesrett til å gjelde programvarelisensavtalens biforpliktelser.

Problemstillingen tilknyttet konkursboets inntredelsesrett må ta utgangspunkt i de generelle reglene i dekningsloven kapittel 7. Dekningsloven § 1-6 annet ledd gjør det klart at kapittelet gjelder ved konkurs. Det skal i punkt 5.2 redegjøres for utgangspunktet om konkursboets alminnelige adgang til å tre inn i lisensavtalen. Videre vil det i punkt 5.3 redegjøres for lisenstakerens rett til å nekte boets inntreden ved heving. Så redegjøres det for virkningene av boets inntreden i punkt 5.4. Muligheten for delvis inntreden drøftes i punkt 5.5. Deretter skal det i punkt 5.6 ses på virkningene av at boet ikke trer inn. Endelig er det i punkt 5.7 trukket frem noen kontrakter i bransjen for å se hvordan avtalereguleringene står seg overfor dekningsloven.

Det fremgår av dekningsloven § 7-1 at reglene i kap. 7 kommer til anvendelse når ikke ”annet følger av andre lovbestemmelser eller vedkommende rettsforholds egenart.”

Anvendelse av reglene i kap. 7 kan altså begrenses av ”vedkommende rettsforholds egenart”, jf. § 7-1. Ordlyden tilsier at særpreg ved den aktuelle kontraktstypen begrenser anvendelsen

¹⁰⁴ Lassen (1983) note 140.

av de generelle reglene om boets inntreden. Etter forarbeidene gjelder bestemmelsen et forbehold om at reglene i kapittelet ikke lar seg anvende ved sterkt avvikende kontraktstyper, eller at reglene for slike typers vedkommende fører til klart uheldige resultater.¹⁰⁵ Birger Stuevold Lassen hevder at det forhold at kontrakten gjelder opphavsrett, i seg selv ikke kan anses som avgjørende.¹⁰⁶ Det legges derfor til grunn at de alminnelige regler i dekl. kap. 7 gjelder for programvarelisensavtaler.

Ellers kan reglenes anvendelse begrenses av ”andre lovbestemmelser”, jf. dekl. § 7-1. Det vil si at særbestemmelser går foran de generelle reglene i kap. 7 når det gjelder visse kontraktstyper. I dette tilfelle med programvarelisensavtaler som utgangspunkt finnes ingen slike særbestemmelser som medfører at reglene i dekl. kap. 7 ikke kommer til anvendelse.

Reglene i kapittel 7 har en preseptorisk karakter. Det vil si at boets inntredelsesrett etter dekl. kap. 7 normalt ikke kan begrenses i avtalen mellom lisensgiveren og lisenstakeren.¹⁰⁷ Partene kan derfor ikke på forhånd avtale noe som kan forringe boets stilling ved konkurs.

Konkursboet er dermed ikke bundet av kontraktklausuler som gir boet en dårligere stilling enn de skal ha etter reglene i dekl. kapittel 7.¹⁰⁸ Ofte vil nemlig partene ved avtaleinngåelsen ønske å trekke inn klausuler som skal beskytte mot motpartens konkurs, da en ofte vil se dette som en større risiko enn ens egen konkurs. Da blir avtalens form ofte ensidig til ugunst for konkursboet. Konkursboet trenger imidlertid ikke å forholde seg til ugunstige vilkår avtalt mellom partene. Konkursboet kan forholde seg til lovens regler på dette punktet.¹⁰⁹

Det følger av dekningslovens forarbeider at formålet bak boets rett til å tre inn i skyldnerens avtaler er å ivareta hensynet til en rasjonell bobehandling.¹¹⁰ Det kan imidlertid hevdes at formålet er angitt noe snevert, da reglenes utforming gir boet mulighet til generelt å utnytte de verdier som kan ligge i skyldnerens kontraktsporfølje.¹¹¹ Boet vil naturligvis være mindre interessert i å tre inn i skyldnerens kontraktsforpliktelser hvis det er lite av verdier å hente på det. Poenget med inntreden vil dermed normalt være å oppnå en gevinst som kan komme kreditorfellesskapet til gode.¹¹²

¹⁰⁵ NOU 1972: 20 s. 310.

¹⁰⁶ Lassen (1983) note 140.

¹⁰⁷ Andenæs (2009) s. 211.

¹⁰⁸ NOU 1972: 20 s. 310.

¹⁰⁹ NOU 1972: 20 s. 311.

¹¹⁰ NOU 1972: 20 s. 311.

¹¹¹ Andenæs (2009) s. 209-210, Tjaum (1996) s. 362-364.

¹¹² Tjaum (1996) s. 363.

Reglene om boets rett til å tre inn i skyldnerens avtaler mot den annen parts vilje har en sammenheng med den annen parts stansings- og hevingsrett i dekl. §§ 7-2 og 7-7. Er den annen parts ytelse overgitt til skyldneren før boåpning, og den annen part ikke har tatt gyldig forbehold om tilbakeføring, inngår ytelsen uten videre i bomassen.¹¹³ Da har ikke boet noe behov for å tre inn i avtalen med den annen part. Er derimot ikke den annen parts ytelse overgitt til skyldneren før boåpningen, eller har han tatt gyldig forbehold, kan boet få behov for å tre inn i skyldnerens avtale for å skaffe seg verdiene fra den annen part. Dette betyr at det er en nær sammenheng mellom boets inntredelsesrett og den annen parts hevingsrett etter dekl. § 7-7. Får boet inntredelsesrett, utelukker dette samtidig den annen parts hevingsrett etter § 7-7.

5.2 Boets inntreden

Et konkursbo vil under visse omstendigheter kunne omgjøre opphavsrettigheter til penger ved å fortsette skyldnerens virksomhet. Som en alminnelig hovedregel har konkursboet rett til å tre inn i skyldnerens gjensidig tyngende avtaler, jf. dekl. § 7-3 første ledd. Utgangspunktet er dermed at boet kan tre inn i lisensavtalen.

Boets rett til å tre inn i avtalen innebærer at boet kan kreve avtalen gjennomført mot den annen parts vilje med boet som berettiget og ansvarlig for oppfyllelse av skyldnerens forpliktelser.¹¹⁴ Boet har ingen plikt til å tre inn i skyldnerens avtaler, og den annen part kan heller ikke kreve at boet trer inn. Boet har følgelig en valgrett til å tre inn i skyldnerens avtaler. Det er likevel ikke opplagt at boet alltid har den samme rett til å utnytte rettighetene som skyldneren hadde.¹¹⁵

For at det i realiteten skal være noe praktisk interesse for konkursboet å tre inn i lisensavtalen, må det være fordi det vil gagne kreditorfellesskapet økonomisk. Om konkursboet trer inn i avtalen vil derfor ofte avhenge av om det ser seg tjent med det og om boet vil ha mulighet eller vil være egnet til å oppfylle på avtalens vilkår. Velger imidlertid boet å tre inn i avtalen mellom lisensgiver og lisenstaker, må den som hovedregel tre inn i *hele* avtalen, og kan ikke gjøre et utvalg i de elementer av avtalen som boet finner lukrative.¹¹⁶

¹¹³ Andenæs (2009) s. 209.

¹¹⁴ Andenæs (2009) s. 212.

¹¹⁵ Stray (1989) s. 184.

¹¹⁶ NOU 1972: 20, s. 314, Andenæs (2009) s. 212-213.

Spørsmålet blir så om boet velger å tre inn i lisensavtalen. Svaret vil i stor grad bero på hva som er avtalt mellom lisensgiveren og lisenstakeren. Her kan det skilles mellom tilfeller der det gjenstår minimale forpliktelser for lisensgiveren overfor lisenstakeren ved konkursåpningen, og tilfeller der avtalen gjelder fremtidige rettigheter til programvaren.

Dersom det gjenstår ytelser på lisensgivers side som bærer mer preg å være formaliteter, som like godt kan tas hånd om av konkursboet i stedet for skyldneren, har det mindre å si for lisenstakeren om det er boet som oppfyller avtalen.¹¹⁷ Det vil her være så lite for boet å oppfylle at det er enklere for konkursboet å velge å tre inn i avtalen for å motta løpende lisensavgift mot at de fortsatt lar lisenstakeren ha rettigheter til utnyttelse av lisensavtalen.

Forutsetter derimot programvarelisensavtalen at lisensgiveren skal foreta løpende biforpliktelser, som for eksempel vedlikehold, drift og service av programvaren, kan situasjonen stille seg annerledes, og det vil kunne bli langt mindre interessant og praktisk for konkursboet å tre inn. I en slik situasjon kan lisenstakeren få rett til å heve programvarelisensavtalen, som det vil redegjøres for i punkt 5.3.

Dersom programvarelisensavtalen innebærer fremtidige rettigheter til programvaren, som for eksempel det tilfellet at lisensavtalen er inngått før programvaren er ferdig utviklet, er det klart at det vil gjenstå omfattende forpliktelser for lisensgiveren overfor lisenstakeren. Disse forpliktelsene kan bli utfordrende for konkursboet å oppfylle. Også for slike tilfeller er utgangspunktet at lisenstakeren ikke kan motsette seg at konkursboet trer inn for lisensgiveren, jf. dekl. § 7-3 første ledd. Her kan imidlertid unntaket om "den annen parts rett til å påberope insolvensen som opphørsgrunn etter avtalens art" sette begrensninger for konkursboets inntredelsesrett, jf. dekl. § 7-3 andre ledd første punktum.

¹¹⁷ Wold (2006) s. 289-290.

5.3 Unntak fra boets inntredelsesrett

Etter dekl. § 7-3 annet ledd første punktum har lisenstakeren rett til å påberope insolvensen som opphørsgrunn av lisensavtalen på bakgrunn av ”avtalens art”. Bestemmelsen kan ses som en spesialutforming av prinsippet i § 7-1 om at for visse kontraktstyper vil insolvens være en relevant bristende forutsetning på grunn av kontraktens art.¹¹⁸ Ordlyden i § 7-3 annet ledd første punktum tilsier at forhold ved kontrakten mellom skyldneren og den annen part taler for at den annen part kan gå fra avtalen i stedet for å stå i den med konkursboet. Det innebærer at den annen parts rett til å heve i slike tilfeller går foran boets inntredelsesrett.

Det sentrale med unntaket er at insolvensen for enkelte typer kontrakter må anses som en relevant bristende forutsetning. Forarbeidene nevner for eksempel der avtalen krever en personlig oppfyllelse fra skyldnerens side.¹¹⁹ Da må den annen part få rett til å motsette seg oppfyllelse fra skyldnerens konkursbo.

Det fremgår av forarbeidene til dekningsloven at ikke bare de deklarasjoniske eller preseptoriske rettsregler som gjelder for kontrakten, men også de individuelle regler, som f.eks. regler om partenes adgang til å overdra sine rettigheter etter kontrakten, vil bestemme hva ”avtalens art” taler for.¹²⁰ Det presiseres imidlertid at et lov- eller avtalebestemt forbud mot overdragelse behøver ikke å innebære at kontraktens art utelukker boet fra å tre inn.¹²¹

Etter juridisk teori er et alminnelig synspunkt at henvisningen til ”avtalens art” trolig må ses som en fullmakt til domstolene til å avskjære boets inntredelsesrett hvis *særlige grunner* taler for det (min kursivering).¹²² Det må foretas en konkret helhetsvurdering der konkursboets interesser av inntreden og utnyttelse av en kontraktsposisjon må avveies mot den annen parts interesser i oppfyllelse av avtalen med skyldneren og ønske om å unngå å få et konkursbo som avtalepart.

Spørsmålet som da reises er om avtalens art i programvarelisensavtalen tilsier at insolvens utgjør en relevant bristende forutsetning. Dette avhenger av hva som er avtalt mellom lisensgiveren og lisenstakeren og hvor langt partene er kommet i å oppfylle deres

¹¹⁸ NOU 1972: 20 s. 313.

¹¹⁹ NOU 1972: 20 s. 313.

¹²⁰ NOU 1972: 20 s. 313.

¹²¹ NOU 1972: 20 s. 313.

¹²² Andenæs (2009) s. 215.

forpliktelser. En retningslinje for vurderingen kan være å stille spørsmålet om skyldneren kunne ha satt sin ytelse av biforpliktelsene i avtalen bort til konkursboet for oppfyllelse.

Lisensgiveren i en programvarelisensavtale har en omfattende og kompleks oppgave dersom avtalen innebærer videreutvikling av programvare.¹²³ Slike biforpliktelser kan tyde på at avtalen krever et personlig bidrag av lisensgiverens ferdigheter. Skal boet påta seg slike forpliktelser kan dette føre til en krevende situasjon for boet, og boets evne til å gjennomføre avtalen vil bli høyst usikker.¹²⁴

Spesielt krevende blir det for boet å gjennomføre en programvarelisensavtale som innebærer biforpliktelser om videre vedlikehold, drift eller service.¹²⁵ Disse forpliktelser kan tale for at programvarelisensavtalen krever en personlig oppfyllelse fra lisensgiveren. Lisenstakeren kan være helt avhengig av programvaren for å drifte sin virksomhet. Lisenstakeren vil i kraft av sin avtalefrihet i slike tilfeller ha en berettiget interesse i å selv velge sin avtalepart. Dette er forhold som gir gode grunner for lisenstakers behov for opphør av lisensavtalen ved lisensgiverens konkurs.

Ofte vil kontrakter som overfører opphavsrett forutsette et personlig tillitsforhold. Det kan hevdes at det personlige tillitsforholdet ikke i like stor grad gjelder for programvarelisensavtaler som er mer kommersielt og industrielt pregede. Ved rett til utnyttelse av ferdig standard programvare som gjerne lisensieres ut til flere, blir det for eksempel vanskelig å omtale lisensavtalen som et særlig personlig tillitsforhold. Mens der lisensavtalen gjelder utvikling av spesialtilvirket programvare kan det personlige tillitsforholdet være mer fremtredende. Det personlige tillitsforholdet blir også mer fremtredende der oppfyllelse av biforpliktelsene avhenger av nøkkelpersonell i programvareselskapet.

I forarbeidene til dekningsloven nevnes lisensavtaler der det "rent kommersielle aspekt" blir mer fremtredende, og at behovet for å gi rettighetshaveren en prioritert stilling da blir tilsvarende mindre.¹²⁶ På bakgrunn av forarbeidenes presisering av rettighetshaverens mindre prioriterte stilling der det kommersielle aspektet er mer fremtredende, kan dette tale for at programvarelisensavtalen i de fleste tilfeller ikke krever en særlig personlig oppfyllelse fra

¹²³ Hagedal (1992) s. 52.

¹²⁴ Føyen mfl. (2006) s. 576.

¹²⁵ Føyen mfl. (2006) s. 576.

¹²⁶ NOU 1972: 20 s. 326.

lisensgiveren, i motsetning til det som ofte vil være tilfellet ved andre avtaler som overfører opphavsrett.

Kontrakter som overfører opphavsrettigheter er ofte langvarige.¹²⁷ Forarbeidene nevner utfordringer ved langsiktige kontrakter, og presiserer at "Med de regler om boets plikt til å stille sikkerhet og boets oppsigelsesadgang som er oppstillet i §§ 7-5 og 7-6, skulle det etter utkastet være mulig å gi boet en rasjonelt begrenset rett til å tre inn også i kontrakter av disse typer."¹²⁸ Boet har altså en mulighet til å tre inn i langvarige avtaler som programvarelisensavtaler ofte vil være. Det kan imidlertid diskuteres hvorvidt det vil være praktisk ved spesialtilvirket programvare, ettersom boet normalt vil ha mindre interesse av å tre inn i avtaler som forutsetter en omfattende tilvirkningsprosess, som situasjonen ofte vil være ved denne type programvare.¹²⁹

Dreier det seg om en ferdig utviklet programvare der lisensgiveren ikke er forpliktet til å foreta videre omfattende ytelser i programvarelisensavtalen, gjør dette konkursboets situasjon desto enklere. Konkursboet ønsker naturligvis å utnytte kontraktsposisjoner for å øke verdiene som går til dekning for kreditorfellesskapet. Dersom det kun står igjen formaliteter på lisensgivers side å oppfylle, som like godt kan tas hånd om av konkursboet i stedet for skyldneren, kan dette tilsi at det ikke gjenstår forpliktelser på lisensgiverens side som forutsetter en personlig oppfyllelse fra lisensgiveren.¹³⁰ Dette vil trolig heller ikke være et stort problem for lisenstakeren, som kan være mer tilbøyelig til å betale lisensavgift videre til et konkursbo så lenge han fortsatt får tilgang til utnyttelse av programvaren.

Hvorvidt insolvens vil være en relevant bristende forutsetning ved programvarelisensavtalen vil etter dette bero på hvor langt i oppfyllelse av lisensavtalen partene er kommet, og hva partene har avtalt hva gjelder type programvare. Hvor omfattende og kompliserte biforpliktelser det gjelder, samt boets egnethet til oppfyllelse vil være tungtveiende momenter. Drøftelsen over tyder imidlertid på at en programvarelisensavtale generelt sett bærer mindre preg av personlige elementer, og bare i de spesielle tilfeller med spesialtilvirket programvare vil det personlige preg være mer fremtredende. Konklusjonen blir dermed at programvarelisensavtalen sjelden vil gi lisenstakeren en rett til å heve med bakgrunn i at insolvensen er en relevant bristende forutsetning.

¹²⁷ Lassen (1983) note 140.

¹²⁸ NOU 1972: 20 s. 313.

¹²⁹ Andenæs (2009) s. 215.

¹³⁰ Wold (2006) s. 289-290.

5.4 Virkningen av at boet trer inn

Utgangspunktet om virkningen av at konkursboet trer inn i avtalen med lisenstakeren er at konkursboet blir berettiget og forpliktet etter avtalens vilkår, jf. dekl. § 7-4 første ledd første punktum. Lisensgiverens forpliktelser overfor lisenstakeren dekkes som massefordring, jf. § 7-4 første ledd annet punktum. Etter § 9-2 første ledd nr. 3 vil det si at disse forpliktelsene går foran all annen gjeld.

Boet blir altså berettiget til å tre inn i skyldnerens rett til den annen parts ytelse, og boet får samme plikt til å oppfylle avtalen som skyldneren hadde, jf. § 7-4 første ledd første punktum. Det følger av forarbeidene at den annen part kan kreve oppfyllelse av avtalen fra boets side uavhengig av om det er foretatt rettsvernsakt.¹³¹ Dersom programvarelisensavtalen omfatter biforpliktelser til vedlikehold og service mv., blir boet dermed bundet av det. I samme grad som boet må oppfylle sine forpliktelser, må lisenstakeren betale lisensavgift videre til boet for oppfyllelse av avtalen.

Det som kan gi størst problemer for lisenstakeren og boet er hvorvidt boet kan oppfylle avtalen på samme måte som skyldneren var forpliktet. Det kan diskuteres hvor praktisk gjennomførbart det i det hele tatt er at boet trer inn i programvarelisensavtalen. Som nevnt over vil det avhenge av hvor mye av verdier boet kan få ut av å tre inn i avtalen og hvorvidt det er egnet til å oppfylle skyldnerens forpliktelser. Der det gjenstår minimale forpliktelser på skyldnerens side vil det være enklere å tre inn og oppfylle og samtidig få den løpende betalingen som lisensavtalen gir. Kreves en mer omfattende forpliktelse fra boets side, kan det imidlertid bli mindre interessant å tre inn. Hvor store verdier det er snakk om, har også betydning for boets insentiver om å tre inn. Har lisenstakeren forhåndsbetalt en sum for sin disposisjonsrett, vil boet allerede ved beslag av lisensgiverens inntekter fra lisensavtalen ha fått det som er mest interessant for de, nemlig verdier til dekning for sine krav, se punkt 3.3. Krever lisensavtalen løpende betaling som i sum vil være lukrativt for boet, blir det derimot mer interessant å tre inn i avtalen og få verdiene derfra. Mens det åpenbart er mindre interessant med inntreden hvis løpende betaling fra lisensavtalen i sum gir lite av verdi for boet.

Det kan videre tenkes at boet etter inntreden finner en kjøper til "innmaten" i boet, eller det som er nødvendig for å fullføre lisensavtalen med lisenstakeren. Det kan hevdes at boet på

¹³¹ NOU 1972: 20 s. 314.

bakgrunn av reelle hensyn bør ha en slik adgang til å selge rettighetene etter lisensavtalen, særlig der avtalen forutsetter omfattende ytelser fra boets side.¹³² Det er imidlertid også her tvilsomt om lisenstakeren får en rett til å heve.¹³³ Det hevdes i juridisk teori at ved et slikt tilfelle vil det naturlige være at lisenstakeren må samtykke til overdragelse, og at samtykke ikke kan nektes uten saklig grunn.¹³⁴ Det samme kan sies å følge av den alminnelige regel om at ingen kan, uten kreditors samtykke, sette en annen i sitt sted når det gjelder forpliktelser.¹³⁵ En saklig grunn kan da være erververen av "innmatens" usikre evne til å gjennomføre avtalen med lisenstakeren. Det må likevel presiseres at det anses usikkert etter gjeldende rett hvorvidt en slik regel om rett til å nekte overdragelse ved konkurs ville stått seg.

Blir det for krevende for boet å oppfylle forpliktelsene etter programvarelisensavtalen, kan det bli aktuelt for boet med en adgang til delvis inntreden etter § 7-4 andre ledd, eller å benytte seg av den ekstraordinære oppsigelsesadgangen for boet etter § 7-6 som vil gjelde for biforpliktelsene selv om lisenstakeren har vern for selve utnyttelsesretten.

5.5 Delvis inntreden

Det fremgår av dekl. § 7-4 annet ledd første punktum at dersom avtalen ved konkursåpningen er delvis oppfylt, kan konkursboet kreve å tre inn i avtalen bare for den uoppfylte dels vedkommende.

Etter forarbeidene kan delvis inntreden bare tillates hvor de kontraktsbestemte ytelser kan deles opp uten skade. Videre følger at siden den ene parten vanligvis skal erlegge en pengeytelse, som alltid vil være delelig, blir det arten av den annen parts ytelse som blir avgjørende.¹³⁶ Det er dermed lisensgiverens ytelse som blir avgjørende for en eventuell adgang til delvis inntreden.

Etter § 7-4 annet ledd annet punktum gjelder imidlertid ikke retten til delvis inntreden dersom partenes ytelser etter avtalen er udelelig eller på grunn av sammenhengen mellom de enkelte

¹³² Føyen mfl. (2006) s. 576.

¹³³ NOU 1972: 20 s. 313.

¹³⁴ Føyen mfl. (2006) s. 576.

¹³⁵ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 69.

¹³⁶ NOU 1972: 20 s. 314.

deler må betraktes som en enhet. Etter forarbeidene får boet rett til delvis inntreden bare hvor avtalen gjelder flere enkeltytelser som innbyrdes er uavhengige.¹³⁷

Knytter det seg biforpliktelser som vedlikehold, service mv. til lisensavtalen, kan det være interessant med en delvis inntreden. Da ville det naturlige være at boet trer inn for delen av avtalen som gjelder utnyttelsesretten, mens det ikke trer inn for delen som gjelder biforpliktelsene. Dette kan gagne både konkursboet og lisenstakeren siden boet ofte er mindre egnet til å oppfylle biforpliktelsene.

Det kan tenkes at en delvis inntreden er aktuelt hvis programvarelisensavtalen omhandler videreutvikling av programmer som er uavhengige av hverandre. Det kan også tenkes en mulighet for delvis inntreden hvor biforpliktelsene enkelt kan tas hånd om av andre samarbeidspartnere med lisenstakeren. Likevel må ordlyden i § 7-4 annet ledd annet punktum sammenholdt med de nevnte forarbeidsuttalelsene tilsi at det er *ytelsene* det avhenger av, og ikke hvem som utfører de. Ettersom biforpliktelsene og utnyttelsesretten i programvarelisensavtaler ofte er såpass sterkt knyttet til hverandre, taler det for at ytelsene etter lisensavtalen er udelelige eller må betraktes som en enhet. Det innebærer at det som oftest må legges til grunn at muligheten for en delvis inntreden av konkursboet i programvarelisensavtalen er utelukket.

5.6 Virkningen av at boet ikke trer inn

Dersom konkursboet ikke trer inn i lisensavtalen, eller ikke oppfyller eller stiller sikkerhet etter § 7-5, får lisenstakeren en rett til å gå fra avtalen og heve den, jf. dekningsloven § 7-7.

Utgangspunktet etter hevingen blir at partenes gjensidige rett og plikt til å oppfylle avtalen oppheves.¹³⁸ Spørsmålet som da kan reises er hva som skjer med det økonomiske oppgjøret mellom konkursboet og lisenstakeren dersom lisenstakeren hever avtalen.

Etter deknl. § 7-8 kan lisenstakeren i tilfeller der en avtale faller bort eller heves som følge av at det åpnes konkurs, kreve tapet sitt ved at avtalen ikke blir riktig oppfylt dekket som dividendefordring i boet. Det innebærer at lisenstakeren kan kreve å få dekket sin positive kontraktsforpliktelse, det vil si det krav han hadde hatt dersom kontrakten hadde blitt

¹³⁷ NOU 1972: 20 s. 314.

¹³⁸ Hagstrøm (2011) s. 425.

gjennomført som først avtalt.¹³⁹ Etter forarbeidene kan også den negative kontraktsinteresse, altså de bortkastede kostnader den annen part har pådratt seg som følge av avtalen, meldes inn som dividendekrav i boet.¹⁴⁰

5.7 Kontraktspraksis

5.7.1 Innledning

Det rettslige grunnlaget for lisenstakerens disposisjonsrett til lisensgiverens programvare bygger som kjent på en kontrakt mellom partene. Det skal i det følgende vises til noen eksempler på kontrakter fra IT-bransjen for å belyse hvordan risikoen for konkurs hos programvareleverandøren reguleres i praksis for å best sikre kunden. Det skal også drøftes hvordan kontraktsvilkårene står seg overfor reglene i dekningsloven om boets inntreden.

Ved konkurs hos lisensgiveren kan det oppstå problemer med å levere den avtalte ytelse og dette kan føre til mislighold av avtalen fra lisensgiverens side. Ofte vil partene på forhånd ha avtalt hva som skjer dersom den ene parten misligholder sin del av avtalen. Ved IT-kontrakter er det vanlig i bransjen å inngå standardavtaler. Standardavtaler blir til gjennom forhandlinger mellom representanter for begge sidene i avtaleforholdet. Ofte inneholder slike avtaler gode og balanserte løsninger mellom kunden og leverandørens interesser i programvarelisensavtalen.¹⁴¹

På IT-rettens område er Statens standardavtaler og IKT-Norges standardavtaler¹⁴² viktige ved kontraktsinngåelsen mellom partene. I punkt 5.7.2 vil jeg se litt nærmere på noen av Statens standardavtaler. Det har også blitt vanlig å avtale "escrow-klausuler". Slike klausuler og hvordan de står seg overfor dekningsloven redegjøres for i punkt 5.7.3.

¹³⁹ Føyen mfl. (2006) s. 576.

¹⁴⁰ NOU 1972: 20 s. 321, Føyen mfl. (2006) s. 576.

¹⁴¹ Andenæs (2009) s. 211.

¹⁴² <https://www.ikt-norge.no/butikk/>.

5.7.2 Heving av lisensavtalen

Ved leverandørens konkurs vil det ofte i standardavtalene reguleres en rett for kunden til å heve kontrakten. I det følgende skal det redegjøres for heving som standardavtalt misligholdsbeføyelse, ettersom det er interessant å vurdere hvordan slike klausuler står seg overfor lisenstakerens hevingsrett etter dekl. § 7-3 annet ledd.

Det fremgår blant annet av flere av Statens standardavtaler at hvis det i forbindelse med leverandørens virksomhet åpnes konkurs, har kunden rett til å heve avtalen med øyeblikkelig virkning, jf. SSA-K punkt 7.3¹⁴³, SSA-T punkt 15.4¹⁴⁴, SSA-V punkt 13.3¹⁴⁵ og SSA-L punkt 11.5¹⁴⁶. Det følger imidlertid av de samme punktene at dette gjelder så fremt ikke annet følger av ufravikelig lov.

Det følger av forarbeidene til dekningsloven at dersom det er funnet sted en kontraktsmessig berettiget heving *før* konkursåpning, så må boet være bundet av det.¹⁴⁷ Spørsmålet blir imidlertid om hevningklausuler som nevnt i standardavtalene over står seg i henhold til dekningsloven overfor konkursboet dersom ikke lisensavtalen heves før konkursåpningen.

Utgangspunktet etter dekningsloven er som kjent at konkursboet har en alminnelig adgang til å tre inn i skyldnerens avtaler, jf. dekl. § 7-3. Den annen part kan imidlertid få rett til å heve avtalen som følge av konkurs, dersom "avtalens art" tilsier det, jf. § 7-3 annet ledd første punktum. Det følger videre av § 7-3 annet ledd annet punktum at avtalebestemmelse som gir den annen part en videre adgang til å heve på grunn av skyldnerens insolvens, er ikke bindende for boet. Denne bestemmelsen er preseptorisk.¹⁴⁸ Regelen i § 7-3 annet ledd annet punktum sier at det er uten betydning hva partene i det enkelte tilfelle har avtalt seg imellom.¹⁴⁹ At partene generelt har avtalt en rett for kunden til å heve avtalen ved leverandørens insolvens vil dermed ikke være ensbetydende med at insolvensen er opphørsgrunn etter "avtalens art" i dekningslovens forstand.¹⁵⁰

Skal insolvensen begrunne unntak fra inntredelsesretten må dette altså avhenge av avtalens art etter § 7-3 annet ledd første punktum. Gjør det ikke det, så vil ikke den avtalefestede

¹⁴³ <https://www.anskaffelser.no/verktoy/kjopsavtalen-ssa-k>.

¹⁴⁴ <https://www.anskaffelser.no/verktoy/utviklings-og-tilpasningsavtalen-ssa-t>.

¹⁴⁵ <https://www.anskaffelser.no/verktoy/vedlikeholdsavtalen-ssa-v>.

¹⁴⁶ <https://www.anskaffelser.no/verktoy/avtale-om-lopende-tjenestekjop-ssa-l>.

¹⁴⁷ NOU 1972: 20 s. 320.

¹⁴⁸ NOU 1972: 20 s. 310.

¹⁴⁹ Andenæs (2009) s. 218.

¹⁵⁰ Andenæs (2009) s. 217.

hevingsretten i seg selv endre på det.¹⁵¹ Det innebærer dermed at konkursboet kan forholde seg til loven på dette punktet, og at lisenstakeren ikke får noen videre rett til å heve etter avtalen.

Konklusjonen må i tråd med drøftelsen bli at den hevingsrett som standardavtalene gir lisenstaker, ikke er bindende for boet. Så hvorfor reguleres standardavtalene slik da, hvis hevingsretten uansett avhenger av loven? Det er rimelig å anta at en uttrykkelig avtaleregulering av retten til å heve ved konkurs kan være hensiktsmessig fordi det vil kunne være et tolkningsmoment ved vurderingen av om avtalens art er slik at boets rett til å tre inn, ikke gjelder.¹⁵²

5.7.3 Kildekodedeponering – "Escrow"-klausuler

I noen tilfeller ønsker ikke lisenstakeren å gå fra avtalen ved lisensgiverens konkurs. Det kan være at lisenstakeren har disposisjonsrett til en programvare som er kritisk for sin virksomhet. En løsning som da har vokst frem i bransjen for å sikre lisenstakerens rettigheter til fortsatt utnyttelse av programvaren er å opprette en kildekodeponeringsavtale eller avtale klausuler i programvarelisensavtalen om det. Ofte benyttes den engelske betegnelsen "escrow" om slike avtaler eller klausuler. Der konkursboet trer inn i programvarelisensavtalen, blir det forpliktet på "avtalens vilkår", jf. dekl. § 7-4 første ledd. Der det er avtalt escrow-klausuler i avtalen blir dermed boet også forpliktet til disse, da de er en del av lisensavtalens vilkår.¹⁵³ I det følgende redegjøres det for muligheten til å deponere kildekoden til programvaren som lisenstakeren benytter, og hvordan dette står seg overfor hevingsretten etter dekl. § 7-3 annet ledd.

Kildekoden er vesentlig for å kunne gjøre endringer og tilpasninger i programvaren, og ofte ligger derfor den vesentlige andelen av økonomiske verdier i selve kildekoden hos programvareselskapet.¹⁵⁴ En kildekodeponeringsavtale innebærer at lisensgiveren forplikter seg til å deponere en kopi av programvarens kildekode som oppbevares hos en uavhengig tredjepart.¹⁵⁵ I den grad lisenstakeren har rett til oppdateringer og nye versjoner av et dataprogram der kildekoden er deponert, bør lisensgiveren være forpliktet til å foreta nye

¹⁵¹ Tjaum (1996) s. 382, Føyen mfl. (2006) s. 575.

¹⁵² Føyen mfl. (2006) s. 575.

¹⁵³ Hagedal (1992) s. 55.

¹⁵⁴ Føyen mfl. (2006) s. 438.

¹⁵⁵ Føyen mfl. (2006) s. 439.

regelmessige deponeringer av kildekoden for å sørge for at lisenstakeren sikres en løpende oppdatert versjon av kildekoden.¹⁵⁶ Uten denne forpliktelsen fra lisensgiverens side ville deponeringsavtalen ellers være av begrenset verdi for lisenstakeren.

Etter deponeringsavtalen kan kunden få tilgang til kildekoden ved ulike utløsende faktorer.¹⁵⁷ Det kan for eksempel avtales at kunden kan få tilgang til kildekoden dersom leverandøren går konkurs eller der det foreligger antesipert mislighold av plikt til å yte programservice, eller ved andre vesentlige mangler ved leveringen av programvare.¹⁵⁸ En forutsetning for at lisenstakeren skal få tilgang til kildekoden blir at konkursboet trer inn i avtalen og blir forpliktet til å utlevere kildekoden, jf. deknl. § 7-4 første ledd.

En stor usikkerhet knyttet til en slik kildekodedeponeringsavtale er imidlertid om den vil stå seg i en konflikt med leverandørens konkursbo. Et vesentlig spørsmål i denne sammenheng er om utlevering av kildekoden ved leverandørens konkurs er en utvidet hevingsrett i strid med deknl. § 7-3 annet ledd annet punktum. Det kan også reises spørsmål om "avtalens art" i deponeringsavtalen tilsier at insolvensen kan påberopes som opphørsgrunn etter § 7-3 annet ledd første punktum. Disse spørsmålene er enda ikke avklart i norsk rett.¹⁵⁹ Det vil si at den som inngår en deponeringsavtale hvor leverandørens insolvens kan gi rett til å få utlevert kildekoden, ikke kan være sikker på om avtalen står seg om spørsmålet blir satt på spissen.¹⁶⁰ Spørsmålet om konkursboet må respektere deponeringsavtalen må bero på en interesseavveining i det konkrete tilfellet. Avveiningen står mellom kundens interesser av å ikke fortsette avtaleforholdet med boet som motpart, og boets interesser av å tre inn i avtalen.¹⁶¹ Videre må hensynet til lisenstakerens motiver for å få tilgang til programvarens kildekode avveies mot hensynet til konkursboets interesse i å stoppe frigivelse av kildekoden.

Det kan hevdes at kunden sikres bedre i en slik situasjon med muligheter for å få tilgang til kildekoden, enn hvis han ikke har tilgang. Den grunnleggende interessen for brukeren av programvaren er at den anskaffede programvaren til enhver tid fungerer i henhold til forutsetningene med anskaffelsen.¹⁶² Flere virksomheter vil som lisenstakere være helt avhengig av at informasjonsteknologien de benytter fungerer som den skal, for at

¹⁵⁶ Føyen mfl. (2006) s. 440.

¹⁵⁷ Torvund, (1997) s. 166.

¹⁵⁸ Torvund (1997) s. 166.

¹⁵⁹ Torvund (1997) s.167, Føyen mfl. (2006) s. 443.

¹⁶⁰ Torvund (1997) s.167.

¹⁶¹ Føyen mfl. (2006) s. 443.

¹⁶² Hagedal (1992) s. 68.

virksomheten skal overleve. Uten tilgang til kildekoden kan lisenstakeren settes i en usikker posisjon som både kan bli kostnadskreven, tidkrevende og tungvint. Kanskje fører manglende tilgang til at lisenstakeren da må se etter ny programvareleverandør eller endre rutinene i sin virksomhet.

Det kan også få store samfunnsmessige konsekvenser dersom lisenstakeren ikke får tilgang til kildekoden. Svært sjelden brukes programvaren kun av den ene lisenstakeren, særlig når det gjelder standard programvare. Det vil derfor være flere andre brukere av programvaren i samfunnet som kan lide av at kildekoden ikke frigis ved leverandørens konkurs.¹⁶³

På den andre siden er konkursboets formål å tilgodese kreditorfellesskapet, ved å realisere boets verdier og fordele de forholdsmessig mellom de enkelte kreditorene etter dekl. kap. 9.¹⁶⁴ Boet ønsker følgelig å få mest mulig til dekning for kreditorene. Dette kan bli vanskelig å gjennomføre dersom kildekoden i programvaren er deponert til fordel for lisenstakeren.

Hvilke motiver kunden har av å få utlevert kildekoden vil imidlertid også ha noe å si. I noen leveranseoppdrag er programvaren utviklet for internt bruk i bedriften som erverver det. Programmet kan være så viktig for bedriften og kostnaden med å finne noen andre leverandører kan være så stor at det er ønskelig å få muligheten til å videreutvikle programmet selv, eller få rett til at noen andre videreutvikler programmet for seg. Da vil kundens behov for kildekoden ofte være begrunnet i et ønske om å kunne sikre seg en mulighet for videreutvikling, for så å sikre seg den opprinnelige investering i programvaren. Da kan en løsning være å gi kunden en betinget kildekodelisens, som utelukkende gir rett til videreutvikling til internt bruk. Dette vil sikre videreføring av formålet med leveransen.

Da kan boet sikre sin mulighet til å spesialtilpasse og distribuere programvaren til et større marked, samtidig som kunden sikrer sin opprinnelige investering.¹⁶⁵ Dette er en løsning som ivaretar begge parter interesser og som ikke vil stå i motsetning til boets interesser.

Dette kan imidlertid bli annerledes ved programvarelisensavtaler som består av profesjonelle leverandører av programvare, og der kundens motivasjon er mangel på kapasitet. Da er gjerne programvaren som skal utvikles en standard programvare. Programvaren er da utviklet for et på forhånd definert, men ikke personifisert marked.¹⁶⁶ Utlevering av kildekode for

¹⁶³ Hagedal (1992) s. 69.

¹⁶⁴ Hagedal (1992) s. 70.

¹⁶⁵ Føyen (2006) s. 443.

¹⁶⁶ Føyen (2006) s. 444.

videreutvikling i en slik sammenheng vil kunne få helt andre implikasjoner enn i tilfellet med internt bruk.¹⁶⁷

Endelig kan det diskuteres hva det i praksis vil si for konkursboet å gi fra seg kildekoden. Selv om kunden har en rett til kopi av kildekoden, vil jo boet kunne ta beslag i kildekoden som ligger hos lisensgiveren. Dette kan tale for at lisenstakeren ofte har en mye større interesse i å få tilgang til den kritiske kildekoden for å drifte sin videre virksomhet, enn det konkursboet vil ha i å sette en stopper for frigivelse. Dette kan bety at en kildekodedeponeringsavtale som oftest vil stå seg overfor dekl. § 7-3 annet ledd.

¹⁶⁷ Føyen (2006) s. 444.

6 Oppsummering

I denne fremstillingens hoveddel er det først redegjort for dekningsadgangen for kreditorene i lisensgiverens formuesmasse. For beslag av opphavsrettigheter til programvare ervervet i arbeidsforhold, kan videreovertagelsesforbudet i åvl. § 39 b annet ledd sette begrensninger. Begrunnelsen for forbudet slår imidlertid ikke helt til for opphavsrettigheter til programvare. Det viser seg at det kun vil være i de helt spesielle tilfeller at dekningsadgangen begrenses, ettersom det på bakgrunn av programvarens karakter av å være industrielt og kommersielt rettet i de fleste tilfeller er naturlig å innfortolke et stilltiende samtykke til videreovertagelse. Det tilsier at det er en forholdsvis vid adgang til dekning i lisensgiverens opphavsrettigheter til programvaren.

Videre er det redegjort for lisenstakerens rettsvernede rettigheter til utnyttelse av programvaren. Lisenstakeren får rettsvern for sin utnyttelsesrett i det lisensavtalen inngås. Det behøves ingen særskilt rettsvernsakt, annet enn at avtalen er gyldig inngått. Det rettsvern som etableres legges til grunn å gjelde for selve utnyttelsesretten i programvarelisensavtalen, mens biforpliktelsene ikke har rettsvern. Dette gir en sterk beskyttelse for lisenstakerens utnyttelsesrett, men kan likevel hevdes å kunne føre til kreditorsvik da disposisjonen mangler notoritet. Der lisensavtalen er inngått *før* kreditorbeslaget, må kreditorene respektere utnyttelsesretten og kan ikke ta beslag i opphavsrettighetene i programvaren hos lisensgiveren. Den sterke beskyttelsen av lisenstakeren tilsier dermed at lisenstakerens rettigheter til utnyttelse ikke berøres så sterkt av selve beslagleggelsen av lisensgiverens formuesmasse.

Et eksempel på en utenlandsk lovfestet regel om lisenstakers rettigheter under konkurs følger av den amerikanske Bankruptcy Code Art 365 (n). Bestemmelsen gir lisenstakeren rett til å fortsette utøvelsen av disposisjonsretten selv om boet ikke trer inn i lisensavtalen. Etter bestemmelsen kan ikke et konkursbo frata lisenstakerens utnyttelsesrett i henhold til en lisensavtale inngått før konkursåpning. Bestemmelsen er et resultat av en lovendring etter Lubrizol-saken.¹⁶⁸ Lubrizol Enterprises Inc. hadde ervervet en lisens fra Richmond Metal Finisher som innebar rettigheter til en særlig prosess til metallegering. Når Richmond Metal Finisher senere gikk konkurs, ble Lubrizol fratatt sin lisens, noe som fikk store konsekvenser for videre virksomhet hos Lubrizol. Bestemmelsen kan illustrere at konsekvensene av konkurs

¹⁶⁸ Lubrizol Enterprises, Inc. v. Richmond Metal Finisher, Inc., 756 F. 2nd 1043 (4th Cir. 1985)

hos lisensgiver faktisk *kan* reguleres mer detaljert enn gjeldende norsk rett som må basere seg på regler som viser seg å ikke alltid samsvare like godt for opphavsrettigheter i konkurs. Regelen tyder på at det i hvert fall er mulig å regulere problemstillingen mer i tråd med lisenstakerens rettigheter enn vår løsning. Likevel må det presiseres at norsk rett og amerikansk rett er såpass ulike rettssystemer, noe som kan sette en stopper for den samme reguleringen hos oss.

Endelig viser redegjørelsen for konkursboets rett til å tre inn i lisensavtalen at selv om konkursboet i visse tilfeller må respektere begrensninger i dekningsadgangen, så hindrer ikke det boet fra å *tre inn* i lisensavtalen i lisensgiverens sted. Da er det i så fall inntreden i lisensgiverens biforpliktelser som kan skape problemer, da lisenstakeren uansett har rettsvern for utnyttelsesretten. Lisenstakeren kan i noen utstrekning på grunn av lisensavtalens art nekte boets inntreden og kreve heving, men redegjørelsen viser at det vil avhenge av hvilke og hvor omfattende forpliktelser lisensgiveren hadde overfor lisenstakeren, jf. dekl. § 7-3 annet ledd. I mange tilfeller vil imidlertid ikke lisenstakeren ha noen rett til å nekte inntreden, da programvarelisensavtalens art sjelden tilsier at insolvensen er gyldig opphørsgrunn. Det viser at heller ikke begrunnelsen for medkontrahentens rett til å nekte boets inntreden samsvarer så godt med opphavsrettigheter til programvare.

Det finnes også praktiske årsaker til at boet selv ikke ser seg tjent med å tre inn i lisensavtalen. Det kan være at det ikke er økonomisk gunstig å tre inn eller at boet ikke er egnet til å påta seg de forpliktelser skyldneren hadde overfor lisenstakeren. Særlig er boets evne til å gjennomføre lisensavtalen usikker der hvor lisensavtalen krever omfattende videreutvikling, løpende vedlikehold, support og service fra lisensgiveren. I bransjen reguleres ofte risikoen for lisensgiverens konkurs ved at lisenstakeren får en rett til umiddelbar heving av lisensavtalen. På bakgrunn av at reglene om skyldnerens kontraktforbindelser er preseptoriske, er det imidlertid klart at det er loven som til slutt avgjør hvorvidt lisenstakeren har en rett til å heve avtalen eller ikke, jf. dekl. § 7-3 annet ledd. Det er videre noe usikkert hvordan kildekodedeposering står seg overfor dekl. § 7-3 annet ledd. Spørsmålet er ikke avklart i norsk rett, og det må i så fall vurderes konkret for det enkelte tilfellet hvorvidt en adgang for lisenstakeren til kildekoden står i strid med loven. Særlig er lisenstakerens motiver for tilgang til kildekoden avgjørende.

Den overordnede problemstillingen i oppgaven har vist seg å reise kompliserte spørsmål. Regelverket i form av lover, forarbeider og rettspraksis gir et lite klart og opplagt svar.

Oppstår problemstillingen i praksis, vil partene måtte basere seg i stor grad på generelle regler i dekningsloven som ikke alltid samsvarer like godt med opphavsrettigheter til programvare. Fremstillingen viser også at reguleringen om videreoverdragelse etter åndsverkloven heller ikke samsvarer så godt med opphavsrett til programvare. Rettighetsoverdragelser av opphavsrett til programvare er mer kommersielt pregede og de personlige begrunnelsene bak de opphavsrettslige reglene blir mindre fremtredende. Det betyr at reelle hensyn får stor betydning og løsningen kan ofte bli usikker. Ved mangel av lovfestede eller ulovfestede regler på området er det derfor viktig for partene å være tidlig ute og sette avtalevilkår som reduserer risikoen for konkurs som kan påvirke lisenstakerens rettigheter til utnyttelse av programvaren. Det er mulig da mange av reglene i hvert fall åndsverkloven er deklarasjonelle.

Mange av reglene i dekningsloven er imidlertid preseptoriske. Det betyr at det ikke alltid vil lønne seg å regulere forholdet til kreditorene, da boet kan forholde seg til dekningsloven på enkelte punkter. På en annen side kan det anbefales å avtalefeste forholdet til lisensgiverens kreditorer da det vil kunne fungere som et tolkningsmoment for hva avtalens art taler for når det gjelder lisenstakerens hevingsrett etter deknl. § 7-3 annet ledd.

Kompliserte løsninger kan føre til en lavere interesse for kreditorene med opphavsrettigheter som dekningsobjekt. Det kan også virke noe hemmende for boet at lisenstakeren oppnår rettsvern ved avtaleinngåelsen og at boet i visse tilfeller er lite egnet å oppfylle programvarelisensavtaler. Dette kan i praksis medføre at konkursboene er mer tilbakeholdne med å ta beslag direkte i opphavsrettighetene eller å tre inn i avtalen, men heller velger å ta beslag i lisensgiverens inntekter som lettere kan gi noe av verdi til kreditorfellesskapet. Den teknologiske utviklingen kan hevdes å kreve en mer moderne og tilgjengelig lovregulering i fremtiden, som bedre tilpasses kreditorbeslag i opphavsrettigheter. Endringen i Lovvedtak 53 (2017-2018) § 71 andre punktum kan tyde på at utviklingen går i riktig retning.

Kildeliste

Norske lover og lovvedtak

Dekningsloven (deknl.)	Lov 8. juni 1984 nummer 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven)
Åndsverkloven (åvl.)	Lov 12. mai 1961 nummer 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven)
Tinglysingsloven (tingl.)	Lov 7. juni 1935 nummer 2 om tinglysing (tinglysingsloven)
Lovvedtak 53 (2017–2018)	Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven 2018) (Ikke trådt i kraft)

Andre nordiske lover

Ophavsretsloven	Bekendtgørelse af lov om ophavsret, LBK nr. 1144 af 23/10/2014 (Danmark)
Upphovsrättslag	Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk av 30.des 1960 (Sverige)
Upphovsrättslag	Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk av 8.juli 1961 (Finland)

Forarbeider

NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs

NOU 1985: 6 Arbeidstakers opphavsrett, herunder om opphavsrett for tjenestemenn i Norsk rikskringkasting.

NOU 1986: 18 Opphavsrett og edb. Delutredning III.

Ot.prp. nr.26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk.

Ot.prp. nr.56 (1976-77) Om lov om godtroerverv av løsøre

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

Ot.prp. nr.50 (1980-1981) Om A) Om lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m m

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

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

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

SOU 1956:25 Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk lagförslag (Svenske forarbeider)

Rettspraksis

Rt. 1912 s. 1008 (Gustav Esmann)

UfR 1971 s. 61 H (Tarzan)

NIR 1991 s. 413 (A/S Papir) i Nordiskt Immateriellt Rättsskydd 3/1991

Lubrizol Enterprises Inc. v. Richmond Metal Finisher, Inc. 756 F. 2nd 1043 (4th Cir. 1985) (Amerikansk)

Juridisk litteratur

Fotnote

Andenæs (2009)

Bender (1998)

Brækhus/Hærem (1964)

Brækhus (1975)

Litteraturregister

Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3.utgave, (Oslo 2009)

Bender, Hanne, *Edb-rettigheter*, (København 1998)

Brækhus, Sjur og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, (Oslo 1964)

Brækhus, Sjur, *Konkursrett: utvalgte emner*, 3. opplag 1975, (Oslo 1975)

- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5.utgave ved Jan E. Helgesen, (Oslo 2001)
- Føyen mfl. (2006) Føyen, Arve, Kristine M. Madsen, Christine Klüwer og Elisabeth Wille, *Kontrakter for utvikling av programvare*, (Oslo 2006)
- Hagedal (1992) Hagedal, Morten, *Deponering av kildekode, "Escrow"-klausuler*, CompLex nr. 7/92, (Oslo 1992)
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2.utgave, (Oslo 2011)
- Kielland (2014) Kielland, Torger, *Patentering av informasjonsteknologiske oppfinnelser*, (Bergen 2014)
- Knoph (1936) Knoph, Ragnar, *Åndsretten*, (Oslo 1936)
- Knoph (2014) Knoph, Ragnar, *Knophs oversikt over Norges rett*, 14. utgave ved Kåre Lilleholt, (Oslo 2014)
- Koktvedgaard (2005) Koktvedgaard, Mogens, *Lærebog i immaterialret*, 7.utgave ved Jens Schovsbo, (København 2005)
- Lassen (1983) Lassen, Birger Stuevold, "Sameie i opphavsrett og i opphavsrettslige «naboretter»", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1983 s. 324-428
- Lilleholt (2012) Lilleholt, Kåre, *Allmenn Formuerett*, (Oslo 2012)
- Möller (1988) Möller, Mikael, *Konkurs och kontrakt: Om konkursboets inträde i gäldenärens avtal*, (Uppsala 1988)
- Rognstad (2009) Rognstad, Ole-Andreas, *Opphavsrett*, (Oslo 2009)
- Stray (1989) Stray, Anne Lise Sijthoff, *Opphavsretten. "Lov om opphavsrett til åndsverk m.v." kommentert og supplert*, (Oslo 1989)
- Tjaum (1996) Tjaum, Arne, *Valuta- og renteswaper*, (Oslo 1996)
- Torvund (1988) Torvund, Olav, "Omsetning og kreditt i informasjonssamfunnet", *Lov, dom og bok: festskrift til Sjur Brækhus*, (Oslo 1988) s. 557-565
- Torvund (1997) Torvund, Olav, *Kontraktsregulering: IT-kontrakter*, (Oslo 1997)
- Wagle/Ødegaard (1997) Wagle, Anders Mediaas og Magnus Ødegaard jr., *Opphavsrett i en digital verden*, (Oslo 1997)

- Wold (2006) Wold, Erik, "Immaterialrettigheter som dekningsobjekt", *Lov og Rett 2006 s. 272-297*
- Ørstavik (2011) Ørstavik, Inger Berg, *Innovasjonsspiralen: Patentrettslige, kontraktsrettslige og konkurranserettslige spørsmål ved forbedring av patenterte oppfinnelser*, (Oslo 2011)
- Aasebø (2015) Aasebø, Kristoffer, Leif Petter Madsen og Siv Sandvik, *Dekningsloven med kommentarer*, (Oslo 2015)

Nettdokumenter

- <http://www.konkursradet.no/bobehandlingen-i-en-elektronisk-hverdag.5304899-300335.html> (sist sjekket 28.05.18)
- <https://www.ikt-norge.no/butikk/> (sist sjekket 28.05.18)
- <https://www.anskaffelser.no/verktøy/kjopsavtalen-ssa-k> (sist sjekket 28.05.18)
- <https://www.anskaffelser.no/verktøy/utviklings-og-tilpasningsavtalen-ssa-t> (sist sjekket 28.05.18)
- <https://www.anskaffelser.no/verktøy/vedlikeholdsavtalen-ssa-v> (sist sjekket 28.05.18)
- <https://www.anskaffelser.no/verktøy/avtale-om-lopande-tjenestekjop-ssa-l> (sist sjekket 28.05.18)
- <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/?p=67749> (sist sjekket 30.05.18)