

## **Ny åndsverklov §5-3**

*Retten til "et rimelig vederlag" ved overdragelse av rettigheter på musikkområdet*

—

**Kandidatnummer: 27**

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap januar 2017*

# INNHALDSFORTEGNELSE

<b>1 INNLEDNING</b>	<b>4</b>
1.1 Presentasjon av tema.....	4
1.2 Avgrensning av oppgaven.....	5
1.3 Begrepsavklaringer.....	6
1.4 Rettskilder og metode.....	6
1.5 Den videre fremstilling.....	7
<b>2 OPPHAVER SIN RÅDIGHETSRETT</b>	<b>8</b>
2.1 Opphavsrett.....	9
2.1.1 Økonomiske rettigheter.....	9
2.2 Eksemplarframstillingsretten.....	10
2.3 Tilgjengeliggjøring for allmenheten.....	12
2.3.1 Spredningsretten.....	12
2.3.2 Visningsretten.....	13
<b>3.FREMFØRINGSRETTE</b>	<b>13</b>
3.1 Nærmere om tilgjengeliggjøring for allmenheten av musikkverk.....	14
3.2 Fremføringsbegrepet.....	15
3.2.1 Fremføringsrettens innhold og rekkevidde.....	16
3.2.2 Grensen mellom ”offentlig fremføring” og ”privat bruk”.....	16
3.2.3 Fremføring ved hjelp av tekniske hjelpemidler.....	17
3.2.4 Utplassering av avspillingsutstyr gjort tilgjengelig for allmenheten.....	19
3.4. Ingen konsumpsjon av fremføringsrett.....	20
3.5 Kringkastingssendinger .....	20
3.6 Utøvende kunstners enerett på lydopptak.....	21
3.6.1 Vederlagsrett ved fremføring av lydopptak.....	23
<b>4 FORSLAG TIL NY ÅNDSVERKLOV §5-3</b>	<b>25</b>
4.1 Innledning.....	25

4.2 Vilkår knyttet til ny åvl. §5-3.....	26
4.2.1 Opphaver.....	26
4.2.2 Erververen.....	26
4.2.3 Overdragelse.....	27
4.2.3.1 Bruk i ervervsvirksomhet.....	30
<b>5 RETTEN TIL ET "RIMELIG VEDERLAG"</b> .....	<b>32</b>
5.1 Innledende bemerkelser.....	32
5.2 Nærmere om retten til "et rimelig vederlag".....	32
5.2.1 Tidspunktet for vurderingen av "et rimelig vederlag".....	34
5.2.2 Etterfølgende forhold.....	35
5.3 Overdragelsens omfang.....	36
5.3.1 Spesialitetsprinsippet.....	38
5.4 Overdragelsens økonomiske verdi for erververen.....	40
5.5 De konkrete forhold som gjør seg gjeldende.....	42
5.6 I lys av hva som er vanlig og rimelig på området.....	44
5.6.1 Markedsverdien.....	45
5.7 Retten til et "rimelig vederlag" er ufravikelig.....	46
5.8 Avgrensning mot ansettelsesforhold.....	47
5.9 Tvisteløsning.....	47
<b>6. RETTEN TIL ET "RIMELIG VEDERLAG" I ET MUSIKKMARKED-EGNE</b>	
<b>VURDERINGER.....</b>	<b>48</b>
<b>LITTERATURLISTE.....</b>	<b>52</b>
<b>KILDER.....</b>	<b>52</b>

## 1. Innledning

### 1.1 Presentasjon av temaet

I forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk, skal overdragelse av opphavsrettigheter gi opphavsmannen rett til et ”rimelig vederlag” etter ny åvl. §5-3.<sup>1</sup> Overdragelse av rettigheter er grunnleggende for opphavers mulighet til å dra nytte av sine verk. Det er gjennom slik overdragelse at opphaver kan kreve vederlag og dermed realisere verkets økonomiske verdi. Bestemmelsen foreslås i lys av departementets ønske om å ivareta og styrke de originære og utøvende kunstneres stilling. Sammenholdt med flere av forslagetts øvrige bestemmelser skal det legges til rette for stimulering av ny skapende virksomhet og en effektiv beskyttelse av opphavsretten.<sup>2</sup> Reguleringen skal også ivareta avtalefriheten, erververs interesser og stimulere markedet for omsetning av opphavsrett og nærstående rettigheter.

Det er videre antatt at de originære opphavere og utøvende kunstnere utgjør den svake kontraktspart ved overdragelser av opphavsrettigheter til sine verk.<sup>3</sup> Det er derfor overdragelser fra disse parter til en erverver, som skal reguleres etter det nye forslaget til åvl. §5-3.<sup>4</sup> Overdragelse av rettigheter til musikk vil kunne omfatte både opphavsrettigheter og nærstående rettigheter. Det er lovgivningen på opphavsrettens område, som nærmere regulerer hvilke rettigheter opphaver besitter, og dermed danner grunnlaget for innholdet i den opphavsrett som er overdratt. Komponister og tekstforfattere har rettigheter til et musikkverk gjennom ved dens skapelse. Disse omtales gjerne som de skapende rettighetshaverne.<sup>5</sup> Artister og musikere har rettigheter til verket gjennom sin fremføring, ved å tilføre verket vokal og ulike instrumentale prestasjoner. Disse omtales gjerne som de utøvende kunstnere.<sup>6</sup> Det endelige verket blir til gjennom et samarbeid mellom de skapende og utøvende musikerne i tillegg til produsenten som ofte foretar opptak av musikken.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Se høringsnotat forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk mv s. 261, forslag om ny åvl. §5-3.

<sup>2</sup> Høringsnotatet s. 236.

<sup>3</sup> Høringsnotatet s.253.

<sup>4</sup> Høringsnotatet s. 240.

<sup>5</sup> I tillegg kan musikkforlag ha rettigheter i et verk, men de har i så fall fått disse overdratt til seg fra komponisten eller tekstforfatteren, da opphavsrett ikke oppstår hos juridisk personer bare fysiske (mennesker).

<sup>6</sup> Intervju med førsteamanuensis Irina Eidsvold Tøien.

<sup>7</sup> Produsentrettighetene vil ikke bli nærmere om talt jf. foregående punkt, da de ikke har originære rettigheter. Se pkt. 1.2.

Hvorvidt et vederlag er ”rimelig” kan ikke vurderes isolert sett på bakgrunn av vederlagets størrelse. Det er forholdet mellom de opphavsrettigheter som overdras og det vederlaget som utgjør motytelsen som vil ligge i kjernen av vurderingen. Ettersom opphavsrettigheter utgjør mange ulikartede rettigheter, gjerne med en uvisst kommersiell verdi, kan det være utfordrende å vurdere hva som er et ”rimelig vederlag” i det enkelte tilfellet. Etter forslaget om ny åvl. §5-3 vil likevel noen generelle momenter knyttet til overdragelsen skape en ramme for vurderingens utgangspunkt- som overdragelsens omfang og hvilken økonomisk verdi den har for erververen.<sup>8</sup>

## 1.2 Avgrensning av oppgaven

Hovedfokuset i oppgaven har vært å fremstille regelen etter åvl. §5-3, ikke å gi en dyptgående fremstilling av vederlagsordningene i musikkbransjen. Når det likevel er valgt å bruke opphavsrettigheter til musikkverk og musikerprestasjoner som utgangspunkt for fremstillingen, har det i første omgang sammenheng med å begrense oppgavens omfang, men også for å konkretisere redegjørelsen. Musikkbransjens posisjon, som den ledende til å ta i bruk ny teknologi, gjør også at musikkkområdet anses som et egnet felt å fremstille regelen i lys av. Utviklingen av utnyttelsesformene for musikkverk kan anses å være forutskuende også for fremtidig utnytting av andre type åndsverk.

Flere av bestemmelsene som tangerer åvl. §5-3 er som nevnt ikke ment å gi en realitetsendring av rettsstilstanden. Selv om det ved enkelte tilfeller kan problematiser rundt virkningen av de foreslåtte endringene, vil ikke oppgaven ta stilling til slike problemstillinger, da oppgavens omfang ikke gir meg rom for det.

Tysk og Nederlandsk rett har innført en tilsvarende bestemmelse til åvl. §5-3. Det kan tenkes at rettspraksis knyttet til bestemmelsen kunne være ansporende for innholdet i regelen etter åvl. §5-3 i norsk rett. Fordi tiden ikke strekker til for å fordype meg i det som fremgår av tysk og nederlandsk rett er det derimot ikke anvendt i min oppgave.

---

<sup>8</sup> Høringsnotat s.261 .

Det må avslutningsvis presiseres at også produsentrettigheter naturlig faller inn under rettigheter knyttet til musikkverk. Når oppgaven omhandler fremstilling av regelen om retten til et rimelig vederlag, har jeg likevel valgt ikke å beskrive produsentrettighetene for å begrense fremstillingens omfang og fordi regelen jeg skal belyse ikke vedrører produsenters rettigheter.

### 1.3 Begrepsavklaringer

Med ”artist” menes en utøvende kunstner, som fremfører et verk han ikke nødvendigvis er opphaver til. Utøvende kunstner menes det samme som musiker/artist. Der det er naturlig å omtale opphaver og utøvende kunstner under ett, vil de omtales under fellesbetegnelsen ”rettighetshavere.”

Når vederlaget omtales som ”royalties” vises det til et prosentvis vederlag som begrenses etter omsetningen av det overdratte verket.

”Plateselskap” forstås i denne oppgave som en samlebetegnelse for ”majorselskap” og ”independent labels”. Et ”majorselskap” brukes som begrep for de de fire største plateselskapene på det norske marked. Med ”independent labels” forstås de øvrige selskapene med mindre markedsandeler enn ”majorselskapene”.

Med ”streaming” menes strømming av musikkverk på brukerens initiativ.

### 1.4 Rettskilder og metode

Oppgaven vil i utgangspunktet behandles etter alminnelig juridisk metode, med grunnlag i de alminnelige rettskildene så langt de strekker til. Ettersom at jeg skal ta for meg et forslag til en bestemmelse i en lov som for tiden er under behandling, vil tilhørende høringsnotat fra departementet bli en sentral kilde for redegjørelse av innholdet i bestemmelsen. Det samme gjelder for de øvrige forslagene til bestemmelser som er tangerende for fremstillingen av ny åvl. §5-3. Et høringsnotat vil etter min vurdering, ha status som en form for forarbeid, men med mindre vekt en uttalelser i en proposisjon. Ved mangel på andre mer tungtveiende rettskilder som kan definere regelen etter ny åvl. §5-3, vil høringsnotatet likevel være den sentrale kilde for innholdet i lovforslaget. Som det fremgår av departementets høringsnotat er

det flere bestemmelser som ikke er ment å gi noen realitetsendring og jeg har i de tilfeller anvendt rettskilder som knytter seg til de gjeldende bestemmelsene.

Retten til et rimelig vederlag ved overdragelse av opphavsrett er å anse som et generelt prinsipp etter gjeldende rett. I gjeldende åndsverklov er prinsippet lovfestet i §39m og forarbeidene til bestemmelsen vil derfor kunne tjenes som et utgangspunkt for innholdet i ”et rimelig vederlag” også etter ny åvl. §5-3.<sup>9</sup> Som det påpekes i høringsnotatet ligger prinsippet også til grunn for Vederlagsnemdas behandling av tvister om vederlagets størrelse.<sup>10</sup> Når §5-3 er ment å lovfeste dette generelle prinsippet vil vederlagsnemdas praksis benyttes som veiledning for det nærmere innholdet i retten til et ”rimelig vederlag”.

Jeg har videre anvendt noe annen internasjonal praksis som kilde i min oppgave.

Åndsverkloven av 1961 bygger på et samarbeid med nordiske land, med en uttalt målsetting om nordisk rettsenhet.<sup>11</sup> Noe som innebærer at rettspraksis fra de øvrige nordiske landene kan tjene som veiledning for tolkningen av den norske loven. Utvikling av norsk opphavsrett blir dessuten stadig mer influert av EU-direktiver gjennom Norges forpliktelse til EØS. På den bakgrunn har EU-domstolens praksis blitt anvendt som kilde for stadfesting av det nærmere innholdet i reglene som bygger på EUs direktiver.

## 1.5 Den videre fremstilling

I det følgende vil det redegjøres for de opphavsrettigheter som tilfaller opphaver<sup>12</sup> gjennom åndsverkloven, og som kan overføres og som derfor er et av hovedmomentene ved fastleggelse av et vederlagskrav. Fordi retten til rimelig vederlag også omfatter utøvende kunstners prestasjoner, vil også disse rettigheter behandles i den følgende fremstillingen.

Av forarbeidene fremgår at den nye bestemmelsen er en del av forslaget til ny lov som skal styrke opphaverens stilling.<sup>13</sup> Den nye loven er fra lovgivers hold den konteksten den nye §5-3 er ment å virke i. I fremstillingen som følger, vil derfor også øvrige bestemmelser som berører min behandling av ny åvl. §5-3 bli behandlet i noen grad. Likevel vil jeg i oppgaven i all hovedsak behandle retten til et ”rimelig vederlag” etter den nye åvl. §5-3.

---

<sup>9</sup> Høringsnotatet s. 254.

<sup>10</sup> Høringsnotatet s.251.

<sup>11</sup> Ole Andreas Rognstad (i samarbeid med Birger Stuevold Lassen), Opphavsrett, Oslo 2009 s.42.

<sup>12</sup> Høringsnotatet s. 16.

<sup>13</sup> Høringsnotatet s. 14 .

## 2. Opphaver sin rådighetsrett

Den nye åvl. §2-1 oppstiller vilkårene for hva som skal til for å få opphavsrett. Det er hun eller han som har ”skapt” et åndsverk som har opphavsrett til verket etter nye åvl. § 2-1, første ledd. Begrepet ”opphavsmann” er nå gjennomgående blitt erstattet til ”opphaveren” for at begrepet skal være kjønnsnøytralt i den nye åndsverkloven.<sup>14</sup> Ordlyden ”skapt” er en videreføring av ordlyden i åndsverkloven av 12. mai 1961 nr.2 (åvl.) §1 første ledd. Begrepet ble opprinnelig valgt for å presisere at det må være snakk om ”en individuell skapende åndsinnsetning...ikke produkter av rent rutinearbeid”.<sup>15</sup> Forarbeidene tilsier altså at det må være snakk om *en nyskapsel*. I den nye åvl. §2 er kravet til ”individuell skapende åndsvirksomhet” tilført i bestemmelsens ordlyd. Endringen er således kun en lovfesting av gjeldende rett. Det nærmere innholdet i vilkåret om at det har skjedd en skapelse anses derfor som videreført. At det stilles vilkår om at noe må være ”skapt” innebærer også etter dette at det må være frembragt en ”ytre realitet”, noe som kan løses fra opphavsmannens personlighet, og som har en slik blivende karakter at den kan reproduseres eller meddeles til andre.<sup>16</sup>

Hva som menes med ”åndsverk” er definert i nye åvl. §2-1 første ledd annet punktum, som ”litterære eller kunstneriske verk av enhver art som er uttrykk for original og individuell åndsvirksomhet”.

Etter den nye bestemmelsen stilles det krav om at åndsverket gir uttrykk for original og individuell åndsvirksomhet. Dette er en videreføring av kravet til ”åndsverkets karakter” gjennom et originalitet/ verkshøydekrav.<sup>17</sup> Departementet presiseres at tilføyelsen er en lovfesting av gjeldende rett.<sup>18</sup> Lovforarbeider, rettspraksis og juridisk teoris behandling av kravet til ”åndsverkets karakter” for gjeldende åvl. §1 får dermed fortsatt anvendelse.

---

<sup>14</sup> Høringsnotatet s. 16.

<sup>15</sup> Innst. O.XI (1960-61) s.14.

<sup>16</sup> Ragnar Knoph, Åndsretten, Oslo 1936 s.63.

<sup>17</sup> Høringsnotatet s. 27.

<sup>18</sup> Høringsnotatet s. 27.



## 2.1 Opphavsrett

Opphaver får gjennom loven, både ideelle og økonomiske rettigheter. To sentrale ideelle rettigheter er respektretten og navneangivelsesretten, som omfatter retten til ikke å bli krenkende gjengitt og retten til å bli navngitt slik god skikk tilsier.<sup>19</sup> De ideelle rettighetene skal ikke utdypes ytterligere i denne oppgaven, ettersom det er de økonomiske rettighetene som har betydning for retten til ”rimelig vederlag”.

De økonomiske rettighetene deles grovt inn i eksemplarframstillingsrett og tilgjengeliggjøringsrett. Nærmere består tilgjengeliggjøringsretten av retten til visning, spredning og fremføring.<sup>20</sup> Innholdet i disse utnyttelsesrettighetene skal gis en nærmere forklaring i det følgende.

### 2.1.1 Økonomiske rettigheter

De økonomiske rettighetene omtales som ”enerett”.<sup>21</sup> Utrykket er beskrivende for hva eneretten består i, en begrensning av andres rett til utnyttelse og en eksklusiv, positiv rett til selv å utnytte verket. Eneretten er forankret i gjeldende åndsverkslovs §2. Ordlyden i den nye åvl. §2-2- som ment å erstatte gjeldende åvl. §2 -er noe endret. Begrunnelsen for å foreta en endring er ifølge departementets uttalelser, å forenkle fremstillingen av opphavers enerett.<sup>22</sup> Endringen er altså ikke ment å medføre en realitetsendring av gjeldende rett, men å gjøre innholdet i regelen mer tilgjengelig. De rettskilder som sier noe om innholdet i gjeldende åvl. §2 anses derfor i det følgende som relevante.

Av begge bestemmelser fremgår det at opphavsmannen har enerett til å ”fremstille varig eller midlertidig eksemplar”, omtalt som *eksemplarframstillingsretten*. Videre at eneretten til verket omfatter å ”gjøre det tilgjengelig for allmennheten”, omtalt som *tilgjengeliggjøringsretten*. Eneretten til eksemplarframstilling er opphavers enerett til å lagre og å trykke opp eksemplarer av verket.<sup>23</sup> Utgangspunktet er at eneretten også gjelder innenfor

---

<sup>19</sup> Se åvl. § 3.

<sup>20</sup> Se åvl. § 2, 3. ledd.

<sup>21</sup> Rognstad s.150.

<sup>22</sup> Høringsnotatet s. 32.

<sup>23</sup> Utgivelsesretten er imidlertid en tilgjengeliggjøringsrett (spredning eller fremføring, avhengig av hvilket medium man tilgjengeliggjør på).

det private området, med de modifikasjoner som gjelder for ”privat bruk” etter åvl. §12, nå foreslått erstattet av ny åvl. §4-3.<sup>24</sup> Eneretten til å gjøre verket ”tilgjengelig for allmenheten” presiseres nærmere i nye åvl. § 2-2 tredje ledd.<sup>25</sup>

## 2.2 Eksemplarframstillingsretten

Da opphavsrett først ble etablert, bestod den utelukkende av eksemplarframstillingsrett.<sup>26</sup> At opphaver skal ha enerett til å fremstille eksemplarer av sitt verk er grunnleggende for å sikre henne inntjening. Retten er likevel uten betydning, dersom man ikke samtidig gis en tilgjengeliggjøringsrett. Eksempelvis er en overdratt rett til å trykke opp CDer eller å lage nye filer, uten kommersiell betydning hvis man ikke samtidig har rett til å omsette eksemplarene.

Både *midlertidige og varige* eksemplarer er omfattet av opphavers enerett til eksemplarframstilling jf. ny åvl. §2-2 nr.1. Dette fremgår direkte av lovens ordlyd.

Hvorvidt eksemplaret anses som midlertidig eller varig, beror på hvor lenge eksemplaret er lagret. En bok (trykk) er varig lagret, mens browsing av en overføring er en midlertidig lagring fordi ingen kan få tilgang til eksemplaret. Musikk kan være midlertidig lagret – ved at når musikk oversendes som midlertidig fil skjer det en rekke midlertidige eksemplarframstillinger ved overføringen. Musikk kan også være varig lagret - eksempelvis hos iTunes og Spotify som grunnlag for senere streaming.

Hva som er omfattet av eksemplarframstillingsretten ”er uavhengig av på hvilken måte og i hvilken form dette skjer” etter nye åvl. §2-2 nr.1. Med dette omfatter eksemplarframstillingsretten for det første såkalte *middelbare eksemplarer*, det vil si en fremstilling som medfører at man ikke får umiddelbart tilgang til verket. En CD-plate vil for eksempel være en middelbar eksemplarframstilling, fordi utnyttelsen forutsetter en CD-spiller og ikke gir tilgang til opplevelsen av musikken direkte. Også kopiering av musikkspor fra en

---

<sup>24</sup> Høringsnotatet s. 131.

<sup>25</sup> Høringsnotatet s. 42.

<sup>26</sup> Rognstad s. 21 og Dronning Annes lov av 1709.

CD-plate til digitale lydspor som for eksempel MP3 filer på en harddisk, vil være *middelbare eksemplarframstillinger* av verket.

For det andre omfatter eksemplarframstillingsretten *umiddelbar eksemplarframstilling*. Et kunstverk- der tilgang til opplevelsen kan skje direkte- er en umiddelbar eksemplarframstilling.

Som nevnt omfatter eksemplarframstillingsretten også såkalt midlertidige eksemplarer etter ny åvl. §2-2 nr.1. Begrepet ble først innført ved lovendring av 17. Juni 2005,<sup>27</sup> ved gjennomføring av innholdet i opphavsrettsdirektivets artikkel 2.<sup>28</sup> Bakgrunnen for at begrepet ble innført var å fange opp den økende verksutnyttelsen ved hjelp av datamaskiner inn under opphaverens enerett. Slik vil opphavers økonomisk interesse sikres også i lys av den teknologiske utviklingen og den endrede verksutnyttelsen.<sup>29</sup> Opphavers rett til slike midlertidige eksemplarer gjelder innenfor den begrensning som følger av ny åvl. §4-2, som er foreslått å erstatte gjeldende åvl. §11a.<sup>30</sup>

Av ordlyden i bestemmelsen fremgår at ikke bare *rene kopier* av verket omfattes av eksemplarframstillingsretten. Også kopier av verket gjenskapt med en annen teknikk omfattes av opphavers enerett. Av høringsnotatet fremgår at begrepet videreføres i teknologinøytral form.<sup>31</sup> Derfor vil også kopiering av musikksporene fra en CD-plate til digitale lydspor som eksempelvis MP3 filer på en harddisk anses som varige eksemplarer av verket. Dessuten at dersom verk gjengis i en ny produksjon, altså ikke i sin originale kontekst, er den nye framstillingen også omfattet av opphavers enerett.<sup>32</sup>

En opphaver til et musikkverk vil etter dette altså ha enerett på å fremstille eksemplarer av musikken. Det tradisjonelle eksempelet er eneretten til å produsere CD-plater med egen musikk. Ettersom eksemplarframstillingsretten er teknologinøytral er selvsagt også digitale produksjoner omfattet av opphavers enerett. Det er i dag i all hovedsak digital produksjon av musikk som er aktuelt.

---

<sup>27</sup> Ot.prp.nr.46(2004-2005). Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

<sup>28</sup> Opphavsrettsdirektivet – Europarlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001.

<sup>29</sup> Ot.prp.nr. 46 (2004-2005). Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

<sup>30</sup> Høringsnotatet s. 117, forslag om ny bestemmelse §4-2.

<sup>31</sup> Høringsnotatet s.35.

<sup>32</sup> Rognstad s.152 tredje avsnitt jf. SOU 1956:25 s.93-94.

I praksis vil ofte eksemplarframstillingsretten overdras til andre parter som eksempelvis et plateselskap. Plateselskapet vil da gjerne få rettighetene til eksemplarframstilling mot et vederlag. I tillegg vil selskapet få en tilgjengeliggjøringsrett, som omtalt tidligere, noe som vil behandles mer i detalj nedenfor.

## 2.3 Tilgjengeliggjøring for allmenheten

### 2.3.1 Spredningsretten

Spredningsretten etter nye åvl. §2-2 litra a gir opphavsmannen enerett til spredning av fysiske eksemplarer av sine åndsverk for allmenheten. Spredning omfatter salg, utleie og utlån, jf. Åvl. §2-2 2. a)<sup>33</sup> Retten til spredning kan anses som en forlengelse av eksemplarframstillingsretten, som omtalt tidligere.<sup>34</sup> Den som har rett til å fremstille eksemplarer vil nødvendigvis også måtte ha rett til å omsette dem.<sup>35</sup> Avgrensningen av spredningsretten er likevel omfattende, slik at enerettskonstruksjonen snarere er en retts teknisk løsning enn en realitet.<sup>36</sup>

Som et utgangspunkt gjelder eneretten til spredning bare ”første gangs spredning”. Dette utgangspunkt fremgår av nye åvl. § 4-19 første ledd: ”Er et eksemplar solgt eller på annen måte overdratt med opphavsmannens samtykke, kan eksemplaret spres videre blant allmenheten”.<sup>37</sup> Bestemmelsen er en videreføring av gjeldende åvl. §19. Regelen om at spredningsretten konsumeres ved overdragelse, omtales som *konsumpsjonsregelen*.

Begrunnelsen bak regelen er blant annet at opphaver har fått sin kompensasjon ved den første overdragelsen. Dersom opphaver kunne ha hindret videre spredning ville det kunne ha ført til en uberettiget dobbelkompensasjon.<sup>38</sup> Det nærmere innholdet i konsumpsjonsregelen vil ikke behandles her.

For de ulike opphaverne til et musikkverk vil spredningsretten innebære en rett til spredning av fysiske eksemplarer av verket. Det mest nærliggende eksempelet er retten til distribusjon

---

<sup>33</sup> Høringsnotatet s.42.

<sup>34</sup> Jf. SOU 1956:25 s.95.

<sup>35</sup> Jf. Knoph 1936 s.94.

<sup>36</sup> Rognstad Opphavsrett s.160.

<sup>37</sup> Høringsnotatet s.164.

<sup>38</sup> Rognstad s.161.

av CD-plater. Ved at retten til spredning konsumeres ved overdragelse og salg, vil en erverver av spredningsrett til musikk også få rett til å videreomsette eksemplarer av verket.

### 2.3.2 Visningsretten

Etter åvl. §2-2 tredje ledd litra b) omfatter tilgjengeliggjøringsretten også når et verk vises offentlig ”uten bruk av tekniske hjelpemidler”. Denne rett omtales som *visningsretten*.

«Visning» av verk ved bruk av *tekniske hjelpemidler* skal etter forarbeidene anses som *fremføring* av verket.<sup>39</sup> Etersom musikk ikke kan fremvises uten hjelp av tekniske hjelpemidler og dette er en forutsetning i min masteroppgave, vil ikke visningsretten bli behandlet ytterligere i oppgaven da den ikke er relevant.

*Etersom fremføringsretten er den mest aktuelle av de økonomiske rettighetene knyttet til et musikkverk- og dette er en forutsetning i min oppgave- trekkes dette ut som et eget punkt.*

## 3 Fremføringsretten

Når et musikkverk fremføres offentlig har verkets rettighetshavere i utgangspunktet enerett til fremføringen. Til et musikkverk er det gjerne knyttet ulike rettighetshavere, både skapende rettighetshavere<sup>40</sup> og utøvende kunstnere.<sup>41</sup> Likevel er ikke nødvendigvis rollene adskilt så absolutt som denne fremstillingen tilsier. En artist kan f.eks. også være tekstforfatteren til musikken eller komponisten kan også være en av de utøvende musikerne. Skillet er likevel avgjørende for fordelingen av rettighetene til verket, selv om flere rettigheter kan tilfalle en og samme person.

Gjennom de ulike formene for tilvirkning av musikk utløses ulike rettigheter som kan overdras mot vederlag. I andre tilfeller oppstår vederlagsrett. Dette beror på om fremføringshandlingen skjer på enerettens eller vederlagsrettens område, noe som vil behandles nærmere nedenfor. Det sentrale poenget i denne sammenheng er at eneretten

---

<sup>39</sup> Ot.prpr.nr.46(2004-2005) s.24.

<sup>40</sup> I tillegg kan musikkforlag ha rettigheter i et verk, men de har i så fall fått disse overdratt til seg fra komponisten eller tekstforfatteren, da opphavsrett ikke oppstår hos juridisk personer bare fysiske (mennesker).

<sup>41</sup> Intervju med førsteamanuensis Irina Eidsvold Tøien.

innebærer at utnyttelse av verket kun er tillat ved opphavers samtykke, men betinger ikke i utgangspunktet noe vederlag for utnyttelsen. Rettighetshaverne kan derimot betinge vederlag for samtykke til utnyttelse og har etter ny åvl. §5-3 rett på at dette vederlaget er ”rimelig”. Vederlagsretten innebærer på sin side at rettighetshaverne har rett på vederlag for utnyttelsen av verket, men kan ikke motsette seg at verket blir utnyttet. De nærmere implikasjonene av retten til et ”rimelig vederlag” etter ny åvl. §5-3 vil behandles i punkt 4.

### 3.2 Nærmere om tilgjengeliggjøring for allmennheten av musikkverk

For komponister og tekstforfattere til musikkverk er rettighetene til offentlig fremføring hjemlet i den nye åvl. §2-2, punkt 2 c). Typisk vil det være snakk om offentlig avspilling av deres musikkverk på radio eller en musikkavspillingstjeneste som Spotify eller Tidle. Flere andre handlinger omfattes også av fremføringsbegrepet slik den videre fremstilling vil vise. Tilgjengeliggjøringsbegrepet defineres også i denne bestemmelsen, og det tilsvarer det som gjelder for utøvende kunstnere gjennom henvisning fra deres rettigheter til § 2-2.<sup>42</sup>

Dersom lydopptaket ikke utnyttes ved avspilling, men ved at verket fremføres av utøvende musikere, har disse også rettigheter til sin fremføring. De utøvende musikerne vil i denne sammenheng ofte være de samme som har deltatt i innspillingen av låten. Altså at artisten som spilte inn vokalen i studio også fremfører verket på en scene. Det kan likevel være en tredjepart som fremfører verket. Altså en annen artist som fremfører en såkalt ”cover” av musikkverket eller at gitaristen som bidro på innspillingen av låten er erstattet med en annen gitarist på scenen. Denne formen for offentlig fremføring av utøvende kunstnere, reguleres av ny åvl. §3-6.<sup>43</sup> De skapende rettighetshaverne til musikkverket har sine rettigheter etter åvl. §2-2 c) i behold ved en slik offentlig fremføring. Både komponister og tekstforfattere vil i de fleste tilfeller ha en enerett til fremføring ved for eksempel en konsertfremføring av verket. De opprinnelige utøvende musikerne med tilknytning til innspillingen har derimot ingen slik rett ved en slik livefremføring av verket. Dette har sammenheng med at det ikke er vokalen eller den instrumentale prestasjonen fra lydopptaket som utnyttes i denne sammenheng. Hvis de samme utøvende musikerne som fremfører verket også har bidratt til innspillingen, vil de uansett få sitt eventuelle vederlag med hjemmel i ny åvl. §3-6.

---

<sup>42</sup> Se den ny lov, åvl. § 3-1., 5. ledd, som tilsvarer gjeldende åvl. § 42.

<sup>43</sup> Høringsnotatet s. 93.

I det følgende vil fremføringsretten behandles under ett for rettighetshavere med hjemmel i både §2-2 og §3-6, der innholdet i retten er sammenfallende. Deretter vil de utøvende musikerne sin rett til fremføringen etter §3-1, jf. 3-6 behandles isolert, for å trekke frem det særegne ved vederlagsretten.

### 3.2 Fremføringsbegrepet

Det legges til grunn at fremføringsbegrepet er sammenfallende i ny åvl. §2-2 og åvl. §3-6. I gjeldende åndsverklov viser bestemmelse 45b (nå foreslått erstattet av §3-6) til åvl. §2 fjerde ledd (nå foreslått erstattet av §2-2) for hva som skal anses som offentlig fremføring. Det er ikke grunnlag for å hevde at lovgiver har ment å endre den foreliggende sammenheng mellom bestemmelsene.

I både den nye åvl. §2-2 og ny åvl. §3-6 er derimot fremføringsbegrepet blitt innsnevret til kun å gjelde *direkte fremføring*. Indirekte fremføring – eller overføring ved hjelp av tekniske innretninger - omtales etter de nye bestemmelsene som *offentlig overføring*. Sondringen har sammenheng med at relevante direktiver og EU-domstolen har operert med en slik sontring. Det ble derfor ansett som mest hensiktsmessig for anvendelsen av EU-retten at et slikt skille også ble innført i norsk rett.<sup>44</sup> Rettighetene til opphaverne er derimot de samme, selv om deler av fremføringsretten nå har fått en ny betegnelse. For å forenkle min fremstilling av det som følger av gjeldende rett, vil ikke min oppgave operere med «det nye skillet», ettersom kildene som anvendes ikke deler inn fremføringsretten slik. Når det er overdragelsessituasjoner som utløser vederlagsplikt som er det sentrale for min oppgave, vil ikke skillet heller ha noen nevneverdig betydning. Det som søkes fremstilt er omfanget av de økonomiske rettighetene som tilfaller opphaver, herunder ulike musikkrettigheter. I det følgende vil derfor fremføringsbegrepet støtte seg på kilder med tilknytning til gjeldende åvl. §2, selv om fremstillingen behandler den nye åvl. §2-2 litra c) og d).

Av åvl. §2-2, punkt 2, tredje ledd bokstav c) fremgår det at ”verket fremføres offentlig” er en form for *tilgjengeliggjøring for allmenheten*. Ordlyden tilsier at det er ”livefremføringer” overfor et tilstedeværende publikum loven viser til. Slike fremføringer er også omfattet av bestemmelsen og omtales som ”direkte fremføring”. Lovens fremføringsbegrep omfatter

---

<sup>44</sup> Høringsnotatet s.16.

imidlertid også såkalt ”indirekte fremføring” jf. ny åvl. §2-2 tredje ledd litra d), som skjer når «verket overføres offentlig, i tråd eller trådløst, herunder når verket stilles til rådighet på en slik måte at den enkelt selv kan velge tid og sted for tilgang til verket». Med dette omfattes også *andre former for distanseoverføring* som har blitt aktuelle ettersom teknologien har utviklet seg, f.eks. ved bruk av Internett. Videre omfattes verksformidling på brukerens initiativ, såkalte ”på forespørsel-tjenester” eller også kalt ”on demand”. Et eksempel på dette kan være når brukeren via Internett får tilgang til å avspille et musikkverk.

### 3.2.1 Fremføringsrettens innhold og rekkevidde

For å kunne ta stilling til når en handling omfattes av fremføringsretten, må det redegjøres for rettens innhold og ytre grense. I følge juridisk teori skal grensen trekkes i samsvar med overbegrepet *å gjøre verket tilgjengelig for allmenheten*.<sup>45</sup> Videre må det settes en grense for hva som menes med ”allmenheten”, for å presisere når det er snakk om en relevant offentlig fremføring. Som det fremheves av lovforarbeidene til lovendringen i 2005, vil ikke all tilgjengeliggjøring av verk for allmenheten nødvendigvis omfattes av fremføringsretten.<sup>46</sup>

Spørsmålet er så hvor grensen for hva som er ”å gjøre verket tilgjengelig for allmenheten” skal trekkes?

### 3.2.2 Grensen mellom ”offentlig fremføring” og ”privat bruk”

Opphaver har som nevnt, enerett til tilgjengeliggjøring av verket *overfor allmenheten*, jf. §2 første ledd. Etter bestemmelsens tredje ledd gjøres verket tilgjengelig for allmenheten når verket vises, fremføres eller spres til allmenheten. Det må altså settes en grense mellom hva som skal må anses som ”offentlig fremføring” og hva som må anses som ”privat bruk”. En dom med prejudikatsverdi på denne grensesettingen er Rt. 1953 s. 633 (Bedriftsmusikk). I dommen ble det tatt utgangspunkt i en uttalelse av Knoph om at ”privat bruk” gjaldt der det skjedde utnyttelse innenfor ”den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskaps, eller omgangsbånd skaper”.<sup>47</sup> At lovens ordlyd ble endret i 2005 fra ”utenfor det private område”

---

<sup>45</sup> Rognstad s. 178.

<sup>46</sup> Jf. Ot.prp.nr 46(2004-05) s. 23.

<sup>47</sup> Knoph 1936 s.89.



til ”offentlig” og ”allmenheten”, innebærer ingen realitetsendring, jf. forarbeidene.<sup>48</sup> Således er uttalelsene i Rt. 1953 s. 633 fortsatt gjeldene. I juridisk teori er ”Knøphs maksime tolket som at den gir en «klar anvisning på en viss nærhet – for at noe skal skje innenfor det private området skal det foreligge personlige bånd». Videre fremholdes at kravet knytter seg til at det foreligger et personlig bånd mellom den som iverksetter fremføringen og «i allefall den overveiende del av de øvrige tilstedeværende».<sup>49</sup>

### 3.2.3 Fremføring ved hjelp av tekniske hjelpemidler

Fremføringsretten omfatter videre fremføring via tekniske hjelpemidler for et tilstedeværende publikum. Altså vil også avspilling av et opptak for allmenheten omfattes. Etter dagens praksis betaler kafeer, hoteller og butikker derfor vederlag til Gramo – som er forvaltningsorganisasjon for produsenter og utøvende kunstnere – ved overføring av musikk i sine lokaler.<sup>50</sup> Også kinofremvisning, der musikken inngår i filmen, anses som et klart tilfelle som ligger innenfor ”å gjøre verket tilgjengelig for allmenheten”.<sup>51</sup> Et grensetilfelle ble behandlet av den svenske Hogsta Domstolen.<sup>52</sup> Spørsmålet var om avspilling av musikk i forbindelse med demonstrasjon av musikkavspillere i butikk var å anse som *fremføring av et verk*. Problemstillingen oppstod i tilknytning til at selve musikkopplevelsen bare skjedde overfor den enkelte som kom inn i butikken, og avspillingen var mer som en følge av salget av utstyret enn fordi butikken ønsket å gi kunden en musikkopplevelse. Retten bekreftet imidlertid at også dette måtte anses som en offentlig fremføring av musikk. På grunnlag av det nordiske samarbeidet må avgjørelsen tillegges vekt også etter norsk rett.<sup>53</sup>

Hvorvidt avspilling av musikk på arbeidsplasser også skal anses som tilgjengeliggjøring for allmenheten er et spørsmål som flere ganger har vært oppe for domstolene.

I Bedriftsmusikk-dommen, som tidligere omtalt, hadde fem store industribedrifter gjennom kringkasting og grammofon avspilt musikk for de ansatte.<sup>54</sup> Retten kom til at fremføringen av musikken var i strid med opphavsmannens enerett. Begrunnelsen var at musikken var blitt

---

<sup>48</sup> Ot.prp.nr.46 (2004-2005 ) s.22.

<sup>49</sup> Rognstad s.189.

<sup>50</sup> Gramo-dommen (LB-2012-206223), innledende om ankemotpartens virksomhet.

<sup>51</sup> OA s.179.

<sup>52</sup> NJA 1986 s.702.

<sup>53</sup> Rognstad s.41 avsnitt 4.2

<sup>54</sup> Rt.1953 s. 633.

gjort ”tilgjengelig for offentligheten” og fremført ”indirekte i ervervsøyemend” etter dagjeldende åvl. §1 og §9. Det ble lagt vekt på at bedriftene var av en slik størrelse at avspillingen av musikken måtte anses gjort tilgjengeliggjøring *for offentligheten*.<sup>55</sup> På denne bakgrunn måtte bedriftene inngå avtale med TONO som forvalter rettighetene til opphavere til musikken ved offentlig fremføring.<sup>56</sup> I dag må man kunne legge til grunn at bedriftene også hadde måttet inngå avtale med Gramo, som altså forvalter rettigheter for utøvende musikere og produsenter.<sup>57</sup>

I Tannlege-dommen behandlet EU-domstolen spørsmålet om avspilling av musikk på et tannlegekontor kunne anses som ”kommunikasjon til offentligheten” jf. art. 8, stk 2 i direktiv 92/100 om utleie og utlånsrettigheter, samt andre opphavsbeslektede rettigheter, altså en form for offentlig fremføring.<sup>58</sup> Domstolen kom til at dette ikke var tilfellet. Slutningen ble begrunnet med at det var få tilhørere av musikken og at pasientene utgjorde ”bestemte potensielle mottakere”, da tannlegekontoret ikke var åpent for offentligheten.<sup>59</sup>

Som det kan utledes av Bedriftsmusikk-dommen vil avspilling av musikk på en arbeidsplass med mange ansatte kunne omfattes av ”å gjøre verket tilgjengelig for allmenheten”. Avspillingen av musikk på arbeidsplassen vil da anses som en offentlig fremføring og derved utløse krav til samtykke fra opphaver eller rett til vederlag for utøver.<sup>60</sup> Tannlege-dommen taler på sin side for at ikke all avspilling av musikk på arbeidsplasser omfattes av tilgjengeliggjøringsretten. Sammenholdt med Bedriftsmusikk-dommen vil avspilling av musikkopptak først være omfattet dersom mottakerne utgjør et visst antall personer. I Bedriftsmusikk-dommen hadde den minste bedriften 180 ansatte,<sup>61</sup> uten at det kan sies noe mer konkret om hvor denne grensen skal trekkes med hensyn til antallet.

I Sjøppelbil dommen<sup>62</sup> konkluderte Dansk Høyesterett med at en fremføring av musikk for maksimalt 21 ansatte ikke kunne anses som offentlig fremføring. Den danske domstolen la til

---

<sup>55</sup> Rt.1953 s. 633 s.638.

<sup>56</sup> Også musikkforlag og tekstforfattere kan ha krav på vederlag ved slik bruk.

<sup>57</sup> Mer om Gramo her( på <https://www.gramo.no/>) <https://www.gramo.no/om-gramo/om-gramo/> (januar 2017).

<sup>58</sup> C-135/10 (tannlegedommen).

<sup>59</sup> Dommen er sterkt kritisert både av etterfølgende EU-avgjørelser og i rettsteorien.

<sup>60</sup> se: åvl. §45b første ledd første punktum og annet ledd første punktum.

<sup>61</sup> Rt.1953 s.633, sammendraget.

<sup>62</sup> Se U. 2007. 1581H.

grunn det antall lyttere musikken nådde *samtidig*, i sin vurdering av om fremføringen var å anse som offentlig. En slik regel er langt på vei i samsvar med den naturlige forståelsen av ordlyden ”offentlig fremføring”. Det vil ikke være naturlig for en arbeidsgiver å tenke at musikken fremføres offentlig, når avspillingen kun når et fåtall arbeidstakere. Samtidig kan gode grunner tale for at opphavere til musikken skal ha rett på vederlag når deres verk fremføres for 838 arbeidstakere som i Sjøppelbil-dommen, uavhengig av om utnyttningen skjer samtidig.<sup>63</sup> Dette syn har støtte i Hotell-dommen hvor etterfølgende bruk også ble ansett som relevant.<sup>64</sup> Av hensyn til det nordiske lovsamarbeidet kan dansk praksis tillegges vekt, også etter norsk rett. Også EU-domstolens praksis bør tillegges rettskildemessig verdi ut ifra våre EØS-avtaleforpliktelser og fordi den norske opphavsretten stadig blir mer formet av Europeiske direktiver.<sup>65</sup>

### 3.2.4 Utplassering av avspillingsutstyr gjort tilgjengelig for allmenheten

Det er ikke bare de tilfeller hvor musikk avspilles for allmenheten som omfattes av eneretten. Også når f.eks. en CD-spiller gjøres *tilgjengelig* for allmenhetens, slik at musikkverk kan avspilles på en brukers initiativ omfattes.<sup>66</sup> I Jukeboks-saken ble en kafe-eier som hadde plassert en jukeboks i lokalet ansett for uberettiget å ”ha fremført eller latt fremføre verk” og derved krenke opphavers rettigheter.<sup>67</sup> Avspilling av musikk skjedde på gjestenes initiativ, og var dermed tilgjengeliggjøring for allmenheten.

I 2014 reiste Gramo krav om en fastsettelsesdom for at et bilutleiefirmaer hadde plikt til å betale vederlag etter åvl. §45b, ettersom at det var montert radio i utleiebilene.<sup>68</sup>

Lagmannsretten kom til at slik avspilling ikke kunne anses som offentlig fremføring i lovens forstand. Det uttales i dommen at «formålet med tilrådighetsstillelsen av leiebil med innmontert radio i liten grad er å gi tilgang til beskyttede verk og prestasjoner». <sup>69</sup> Etter Gramo-dommen skal derved også *formålet med tilgjengeliggjøring* av musikkverket vektlegges i vurderingen om det er snakk om en offentlig fremføring.

---

<sup>63</sup> U.2007.1581 H.

<sup>64</sup> Sak C-306/06 avsnitt 38.

<sup>65</sup> Rognstad s.55, med henvisning til Arnesen og Sejersted i Sejersted m.fl. 2004 s.241-250.

<sup>66</sup> Jf. Rt 1964 s.782 (Jukeboks) og opphavsdirektivets artikkel 3(1).

<sup>67</sup> Lov om åndsverker av 6. juni 1930 §20 nr.3, jfr. §1, se sammendraget i Rt. 1964 s.782.

<sup>68</sup> LB-2012-206223.

<sup>69</sup> LB-2012-206223 fjerde siste avsnitt.

### 3.4 Ingen konsumpsjon av fremføringsrett

Etterfølgende fremføringer konsumeres ikke av en foregående fremføring. Dette innebærer at uttrykket ”å gjøre verket tilgjengelig for allmenheten” ikke bare gjelder første gang verket tilgjengeliggjøres for allmenheten. Hver gang verket gjøres tilgjengelig for ”allmenheten” vil være omfattet av opphaverens enerett til fremføring. Dette gjelder så langt de såkalte lånereglene i kapittel 2 ikke kommer til anvendelse.<sup>70</sup>

### 3.5 Kringkastingssendinger

En annen side av at fremføringsbegrepet også gjelder *fornytt fremføring*, er at også kringkastingssendinger tilgjengeliggjort på ny for allmenheten utløser krav om samtykke eller vederlagsplikt. Radiosendinger med musikk som eksempelvis avspilles på kafeer eller i butikker vil derfor være en *ny offentlig fremføring*. Opphaver vil etter dette ha krav på ytterligere vederlag fra kafeeieren eller den som plasserer ut mottaksutstyret. Begrunnelsen er at musikken når et ”nytt publikum” som ellers ikke vill ha...hørt på radio på det aktuelle tidspunktet.<sup>71</sup>

### 3.6 Utøvende kunstneres enerett på lydopptak

På samme måte som en opphaver har enerett til sitt åndsverk har også utøvende kunstnere enerett til offentlig fremføring og opptak av denne, etter gjeldende åvl. §42. Bestemmelsen er nå foreslått videreført i sin helhet som ny åvl. §3-1, med en viss forenkling i første punktum. Ny åvl. §3-1 første punktum lyder: "En utøvende kunstner har enerett til å råde over sin fremføring av et verk eller folkløse [...]." Forenklingen er begrunnet i at den gjeldende ordlyden ”innen de grenser som er angitt av denne lov” ikke fanger opp at også andre lover kan begrense eneretten.<sup>72</sup> Endringen anses ikke å medføre noen realitetsforskjell, slik at

---

<sup>70</sup> Lånereglene gir rett til bruk av verket mer eller mindre vederlagsfritt i visse situasjoner. Hvilke situasjoner dette er fremgår av bestemmelsene i kap. 2. og vil i noen tilfeller bli omhandlet videre i oppgaven.

<sup>71</sup> Rognstad s.179 (Jf. EF-domstolen i sak C-306/05, Sml. 2006 s. I-11519 (Rafael Hoteles), premiss 40-42. Se også Rickeston/Ginsburg s.737-738 som forklaring på BK artikkel 11bis(1)(iii) omfatter "the public communication by loudspeaker an any other analogous instrument transmitting, by sign, sounds or images, the broadcast of the work": "It was clearly similar to the public performance of a work, except that the size of the potential audience was immensely increased".

<sup>72</sup> Henvisningssted; høringsnotatet s.32.

innholdet i regelen kan fastsettes etter kilder knyttet til gjeldende åvl. §42. Musikere og sangere skal anses som ”utøvende kunstnere” etter åndsverkloven.<sup>73</sup> Det er ”fremføring av et verk eller folkløse” som er omfattet av den utøvende kunstnerens enerett, jf. ny åvl. §3-1 første ledd.<sup>74</sup> Vernet er dermed betinget av at det er et ”åndsverk” etter åvl. §2-1 første ledd, som fremføres. Når det gjelder hva som skal anses som en fremføring er det ikke noen begrensning i ulike fremføringsformer, men den må ha en ”kunstnerisk art”.<sup>75</sup> Det følger av juridisk teori at fremføring av musikkverk alltid vil være av ”kunstnerisk art”, så lenge det er forbi innøvningsstadiet.<sup>76</sup>

De utøvende kunstnerens rettigheter kan deles inn i primær bruk og sekundær bruk av prestasjonene. Når kunstnerens levende fremføring utnyttes idet den finner sted, regnes det som primærbruk av prestasjonen.<sup>77</sup> Denne form for utnyttelse er regulert i nye åvl. §3-1 første ledd litra a og b), og tilhører kunstnerens enerett til fremføringen. Kunstneren har således enerett på å «gjøre varige eller midlertidige opptak av fremføringen», jf. litra a). I praksis vil det gjerne være lydopptak eller billedopptak av fremføringen, eller direkte overføring ved tekniske hjelpemidler til et annet publikum enn de som er tilstede under fremføringen. Slik overføring skjer gjerne gjennom fjernsyn, radio eller over internett, men også andre mulig medier er omfattet.<sup>78</sup> Flere av disse formene for utnyttelse kan innebære at fremføringen ”gjøres tilgjengelig for allmenheten” som også er omfattet av kunstnerens enerett etter litra c). Ettersom primærbruk av prestasjonen tilhører kunstnerens enerett, kan utnyttelsen kun skje ved kunstnerens samtykke. Om kunstneren overfører slik rett til utnyttelse vil han derfor kunne kreve vederlag for rettighetsoverføringen.

Etter *juridisk teori* tolkes vernet for fremføringen av et åndsverk slik at enkeltbilder ikke vil gjengi fremføringen, og fotografering av fremføringen er derfor ikke omfattet av kunstnerens enerett.<sup>79</sup> I den svenske skuespiller-dommen derimot, kom man imidlertid til motsatt

---

<sup>73</sup> Lov av 14. desember 1956 nr. 4 om avgift på offentlig fremføring av utøvende kunstneres prestasjoner m.v. (fondsloven) §1 første ledd.

<sup>74</sup> Utvidelsen til å omfatte fremføringer av folkløse vil være en utvidelse i norsk rett, men den er i samsvar med Infosoc-direktivet og således en forpliktelse Norge er nødt til å innfri. Se: EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDS DIREKTIV 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet.

<sup>75</sup> Rognstad s. 311.

<sup>76</sup> Irina Eidsvold Tøien, Skapende, utøvende kunstnere, Oslo 2016 s.115.

<sup>77</sup> Rognstad s. 312.

<sup>78</sup> Ot.prp.nr 46 (2004-2005) s.152 siste avsnitt jf. Ot.prp.nr. 46(2004-2005) s.24 første avsnitt.

<sup>79</sup> Rognstad s. 313.

konklusjon: ”varje upptagning som medger återgivande av vad som kan uppfattas som ett framförande av rollen är ett otillåtet utnyttjande”.<sup>80</sup> Konklusjonen bygget på at så lenge skuespillerens rolletolkning kunne oppfattes på bildet, ville det være et *opptak av hans fremføring*. Det er derimot tvilsomt om en slik regel kan overføres på de tilfeller hvor bildet blir tatt av en fremførende musiker, hvor det er lyden som utgjør det sentrale i prestasjonen. En forutsetning måtte da være at bildet fanget opp musikerens fortolkning av en låt. Det kan klart fremgå av et artistbilde at det foretas en fremføring, og ikke er et privat uttrykk. Imidlertid kan man kanskje ikke hevde at det er fortolkningen som fremgår på bildet. Også fordi man har spesialregler for krenkelse av fotografi og portrettetten bør det ikke gjøres til en vane å tolke fremføringsbegrepet i § 42 utvidende til å omfatte stillbilder.

Den utøvende kunstnerens rett til sekundærbruk av fremføringen følger av nye åvl. §3-1 første ledd litra b). Her fremgår det at den utøvende kunstner har enerett til å ”fremstille varige eller midlertidige eksemplarer av fremføringen”. Regelen er tilsvarende den som følger av nye åvl. §2-2, som er behandlet ovenfor. Også utøwendes enerett til å gjøre *opptaket tilgjengelig* for allmenheten etter nye åvl §3-1 litra c), skal forstås på samme måte som åvl. §2 (jf. tredje og fjerde ledd).<sup>81</sup> For offentlig fremføring av lydopptak ”på forespørsel” skal likevel ny §3-6 gjelde tilsvarende. Det vises til øvrig behandling av denne type forespørsler punkt 2.3.3.2. Det vil si at fremføring av lydopptak gjort tilgjengelig for allmenheten på avsenders initiativ ikke omfattes av den utøvende kunstnerens enerett, bare hennes vederlagsrett. De utøvende kunstneres vederlagsrett behandles nedenfor i punkt 3.6.1.

### 3.6.1 Vederlagsrett ved fremføring av lydopptak.

Eneretten til de utøvende kunstnerne gjelder som nevnt for offentlig fremføring av verket ved ”forespørselsoverføringer” jf. ny åvl. §3-1 første ledd første punktum. Offentlige fremføringer på avsenders initiativ (der avsender anses å fremføre musikken offentlig) gir den utøvende kunstner krav på vederlag, jf. ny åvl. §3-6 første ledd første punktum og annet ledd første punktum.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> NJA 1976, s. 282, dommens avsnitt 11.

<sup>81</sup> Ot.prp.nr 46 (2004-2005) s.152.

<sup>82</sup> Jf. RK artikkel 12 og EUs utleie- og utlånsdirektiv (dir. 2006/115/EF) artikkel 8(2). Se også WPPT artikkel 15.

Det er i all hovedsak effektivitetshensynet som er bakgrunnen for at det i sistnevnte tilfelle utløses vederlagsrett fremfor enerett gjennom kollektiv forvaltning.<sup>83</sup> For slik offentlig fremføring av opptak er det innført en tvangslisens, dvs. at bruken kan skje pga. tillatelsen som er gitt i loven dersom man bare betaler for bruken etter avtale med tilhørende forvaltningsorganisasjon.<sup>84</sup>

Vederlagskravet må gjøres gjeldende gjennom en oppkrevnings- og fordelingsorganisasjon, jf. nye åvl. §3-6 annet ledd tredje punkt. For en musiker eller en produsent innebærer dette at de ikke selv kan kreve inn vederlaget for bruken av musikken de har rettigheter til.<sup>85</sup> Det er organisasjonen Gramo som i dag står for innkreving av vederlag for fremføring av lydopptak på deres vegne, bortsett fra videreutnyttelsen som styres av Norwaco.<sup>86</sup> Det er Gramo og Nowaco som forhandler om vederlagets størrelse på vegne av de ulike rettighetshaverne til musikkverk med brukere for ulike former for utnyttelse. Ved tvist kan et Gramo-krav reises for vederlagsnemnda eller kulturdepartementet.<sup>87</sup> Vederlagets størrelse er ikke nærmere definert i åvl. §45b, men Vederlagsnemndas praksis kan tjene som veiledning for hva som skal anses som et ”rimelig vederlag” for denne form for utnyttelse.

Det er gjort unntak fra vederlagsretten for ”lydfilm” etter nye åvl. § 3-6. Unntaket har sammenheng med konvensjonen som påpeker at fonogrammer gjelder lyd som er eksklusivt fremstilt.<sup>88</sup> Vederlaget for lydfilm er gjerne sikret gjennom det vederlaget filmprodusenten mottar for fremføring av filmen. Dersom det skulle ha blitt betalt vederlag for bruken av musikken ved siden av, kunne rettighetshaverne fått dobbelt vederlag.

Begrepet ”lydfilm” er beskrevet i bestemmelsen som ”lydopptak som inngår i film”.<sup>89</sup> I denne sammenheng vil lydopptaket være et fonogram. Unntaket er en videreføring av gjeldende rett etter åvl §45 b fjerde ledd første punktum. Det presiseres imidlertid at unntaket etter den nye

---

<sup>83</sup> NOU 1985:30 s. 59.

<sup>84</sup> Se Gramo sine nettsider ( på <https://www.gramo.no/>) <https://www.gramo.no/jeg-bruiker-musikk/skjemaer-og-dokumenter-pdf/> (januar 2017).

<sup>85</sup> Produsenten har jf. åvl. §45 rett til tilsvarende vern for sin produksjon av opptaket.

<sup>86</sup> Videre sending er et utdatert begrep. Men i Norwacosaken av 2016 fremgikk det at rettighetshavere kan kreve vederlag for videreutnyttelse av et opptak, som Norwaco tradisjonelt har innhentet betaling for. Hvordan utviklingen blir fremover er usikkert med hensyn til hvem som skal kreve inn disse vederlagene. Gramos posisjon er derimot fastlagt ved lov, men det er for primærutsendelse.

<sup>87</sup> Åvl. §35 første ledd og forskriften til åndsverkloven §4-3 og §4-2.

<sup>88</sup> Romakonvensjonen (RK) av 1961 om vern for utøvende kunstnere, fonogramprodusenter og kringkastingsforetak, artikkel 12.

<sup>89</sup> Høringsnotatet s. 94.

bestemmelsen skal omfatte *enhver lydfilm*.<sup>90</sup> Begrunnelsen for presiseringen om at også lydopptak som ikke er ment for filmen skal omfattes, er at disse uansett må overdras mot samtykke etter eneretten til eksemplarframstilling. Bruken av lydopptaket og vederlaget presumeres derfor å måtte klareres direkte.<sup>91</sup> Departementet fremhever videre det som følger av gjeldende forarbeider: ”også bruk av lydfilm på den måte at bare lydsiden av filmen utnyttes” er omfattet. Musikkvideoer nevnes i gjeldende forarbeider, som eksempel på hva som er ”lydfilm” i lovens forstand.<sup>92</sup>

#### 4. Forslag til ny åndsverklov §5-3

##### 4.1 Innledning

Den foreslåtte bestemmelsen lyder:

§ 5-3 *Rett til rimelig vederlag ved overdragelse av opphavsrett (ny)*

*Når en opphaver overdrar opphavsrett til bruk i ervervsvirksomhet, har opphaveren krav på rimelig vederlag fra erververen.*

*Ved vurderingen av hva som er rimelig vederlag, skal det blant annet legges vekt på overdragelsens omfang og hvilken økonomisk verdi den har for erververen, sett i lys av de konkrete forhold som gjør seg gjeldende og hva som er vanlig og rimelig på området. Bestemmelsene i denne paragraf kan ikke fravikes ved avtale og gjelder ikke i ansettelsesforhold.*

Bestemmelsen er ment som en lempningsregel knyttet til det foreliggende vederlag.

Domstolene kan i henhold til bestemmelsen sette et nytt vederlag i samsvar med hva som anses som rimelig.<sup>93</sup> Ettersom at bestemmelsen kun regulerer vederlagets størrelse, er det ikke anledning til å lempe avtalen i sin helhet med hjemmel i åvl. §5-3. Derimot kan avtl. §36

---

<sup>90</sup> Høringsnotatet s. 90.

<sup>91</sup> Høringsnotatet s. 90.

<sup>92</sup> Ot.prp.nr.36(1988-89)s.22.

<sup>93</sup> Intervju med kulturdepartementet 17. November 2016.



anvendes parallelt med bestemmelsen og avtalen kan da lempes i sin helhet, dersom den anses for ”urimelig” eller ”i strid med god forretningsskikk”.<sup>94</sup>

Som det fremgår av bestemmelsens annet ledd stilles det ulike vilkår til overdragelsen av opphavsrettigheter for at retten til et ”rimelig vederlag” utløses. Det må ha skjedd en ”overdragelse” mellom en ”opphaver” og en ”erhverver”. Overdragelsen må videre bestå av en ”opphavsrett”, ”til bruk i ervervsvirksomhet.” Det vil innledningsvis redegjøres for de ulike vilkårene som fremgår av ny åvl. §5-3. Dernest vil det nærmere innholdet i retten til et ”rimelig vederlag” søkes fremstilt. Avslutningsvis vil unntaket for ansettelsesforhold etter bestemmelsens andre ledd siste punktum behandles.

## 4.2 Vilkår knyttet til §5-3

Det er overdragelsen av opphavsrettigheter mellom en ”opphaver” og en ”erhverver” som reguleres etter bestemmelsen. Det er tidligere redegjort for hvem som skal forstås som ”opphaver” etter åndsverkloven, likevel forutsetter behandlingen en nærmere presiseringen av begrepet her. For vilkåret om at objektet for overdragelsen skal være ”opphavsrett” legges redegjørelsen i oppgavens innledende del til grunn.

### 4.2.1 Opphaver

Om ”opphaver” ønsker å representere seg selv eller sette vekk representasjonen til en tredjepart er hun fri til å gjøre det.<sup>95</sup> Det innebærer at for det tilfellet at en organisasjon forhandler på vegne av opphaver, må organisasjonen likestilles med opphaveren. Når organisasjonen overdrar rettigheter må de samme reglene gjelde som om opphaver selv hadde overdratt rettighetene til ”erhververen”. En slik forståelse av ”opphaver” etter §5-3 kan underbygges av TV-selskapenes tilbakemelding i høringsuttalelsen om at forvaltningsorganisasjonene er monopolister som bestemmer prisen. Altså at ”opphaver” ikke nødvendigvis består av enkeltpersoner, noe departementet ikke har tatt til motmæle overfor.<sup>96</sup> Dessuten fremhever departementet kollektive avtaler som relevante avtalekonstruksjoner i denne sammenheng.<sup>97</sup>

---

<sup>94</sup> Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. Mai nr. 4.

<sup>95</sup> Høringsnotatet s. 252.

<sup>96</sup> Høringsuttalelsene sitert i høringsnotatet s. 250 følgende.

<sup>97</sup> Høringsnotatet s. 252.

#### 4.2.2 Erververen

Erververen av opphavsrett vil være den som har fått rettigheter overdratt til seg. Det kan både være en enkeltperson eller en virksomhet. Etter bestemmelsen vil erververen være avtalepart i rettighetsoverdragelsen, selv om rettighetene overdras videre til en tredjepart.<sup>98</sup> Altså åpnes det ikke for at opphaver kan rette kravet om et ”rimelig vederlag” mot en som har fått overdratt rettighetene i et senere ledd. Det er likevel gjort unntak for det tilfelle at flere parter er oppført som erververe etter avtalen<sup>99</sup>, men det er en snarere en bekreftelse av den opprinnelige forståelsen av hvem som skal anses som ”erverver”.

Det kan stilles spørsmål til om andre kan likestilles med ”erververen” etter §5-3?

Dersom rettigheten overdras til en enkeltperson antas det at opphavsrettighetene kun tilfaller henne. Det kan tenkes tilfeller hvor enkeltpersoner opererer med en verge eller en fullmektig og da vil disse naturlig nok identifiseres med erververen.<sup>100</sup> Dersom erververen er en virksomhet kan avgrensingen være mer komplisert. En selskapskonstruksjon kan bestå av et morselskap og et eller flere datterselskap og anses da som et konsern, jf. aksjeloven §1-3.<sup>101</sup> Dersom konsernet står som erverver av de opphavsrettighetene som overdras, er den naturlige slutningen at rettighetene tilfaller både morselskapet og tilhørende datterselskap. For det tilfellet at bare morselskapet er oppført som erverver vil ikke datterselskapet kunne likestilles med dette og således ikke anses som ”erverver” etter overdragelsesavtalen. jf departementets uttalelse om at det er medkontrahenten(e) som anses som ”erverver” etter bestemmelsen.<sup>102</sup>

#### 4.2.3 Overdragelse

Det er klart at det har skjedd en ”overdragelse” dersom en rettighet er overdratt etter avtale med opphaver. Om rettighetene overføres mot vederlag er heller ikke avgjørende med hensyn til hvorvidt det foreligger en overdragelse eller ikke, da opphaver er fri til å overdra rettigheter gratis om hun ønsker det.<sup>103</sup> Ved tvil om det er blitt inngått en bindende avtale, vil likevel vanlige avtalerettslige momenter kunne komme inn og fastlegge hvorvidt avtale er inngått eller ikke, og det kan ved manglende vederlag bli et bevisspørsmål. Det sentrale er at det

---

<sup>98</sup> Høringsnotatet s. 259.

<sup>99</sup> Høringsnotatet s. 259.

<sup>100</sup> Vergemålsloven av 26. Mars nr. 9, §94 og Avtaleloven av 31. Mai nr.4 §10.

<sup>101</sup> Aksjeloven av 13. juni 1997 nr. 44.

<sup>102</sup> Høringsnotatet s. 259.

<sup>103</sup> Høringsnotatet s. 256.

foreligger samtykke fra opphavers side om at overdragelsen skal skje. Fordi bruk som ikke er privat hører under eneretten til opphaver er utgangspunktet at samtykke er en forutsetning for at overdragelsen skal være lovlig, jf. gjeldende åvl. §54 første ledd første punktum.

For det tilfellet at utnyttelsen utgjør en offentlig fremføring av verket argumenteres det i juridisk teori for at man kan gjøre unntak til krav til eksplisitt samtykke.<sup>104</sup> Her vil en ytterligere fremføring av verket være opphavers motiv for å ville offentliggjøre det, ettersom verket da kan oppnå en ønskelig oppmerksomhet. Noe annet vil være å innfortolke et samtykke til overdragelse av opphavsrettigheter dersom disse utnyttes i ”erhvervsvirksomhet”, som er en forutsetning i §5-3. Etter alminnelig avtalerettslige og tingsrettslige prinsipper kan det tenkes at konkludent adferd eller dispositive utsagn fra opphaver også kan godtas som et samtykke til overdragelse etter §5-3. Det kan eksempelvis være tilfelle i et løpende samarbeid, hvor bruken av de enkelte verk tilgjengeliggjøres for avtaleparten uten et eksplisitt samtykke til overdragelsen. Her kan adferden til opphaver tilsi at han har samtykket til at overdragelsen skulle skje. Hensynet til forutberegnelighet for avtalepartene taler for at et slikt innfortolket samtykke skal aksepteres. En slik forståelse av regelen bygger på alminnelige avtalerettslige prinsipper, og må derfor stå tilbake for spesialreguleringen av denne typen avtaler. Det må i denne sammenheng legges vekt på at åvl. §5-3 er ment å regulere overdragelser til ”bruk i ervervsvirksomhet”, noe som taler for at terskelen for å akseptere noe annet enn et eksplisitt samtykke til utnyttelse av det enkelte verk bør være høyere. Dette underbygges av at denne type avtaler gjerne oppstår mellom parter med ulikt styrkeforhold, slik at opphaver bør tilgodeses i tolkingen av om et samtykke har skjedd. Et slikt syn er dessuten lagt til grunn for lovfestingen av spesialitetsprinsippet som behandles nedenfor i punkt 2.31. so bla. innebærer at avtalen skal tolkes innskrenkende i opphaverens favør. Et annet moment er at det kan være vanskeligere å bevise et samtykke som ikke fremgår av en avtale og det bør derfor aksepteres med forsiktighet. Etter lovfestingen av spesialitetsprinsippet skal imidlertid erververen ha bevisbyrden for at rett til å råde over åndsverket er overdratt. jf. Ny åvl. §5-1.<sup>105</sup> I sammenheng med tvil om overdragelse har skjedd vil spesialitetsprinsippet kunne fungere som en sikkerhetsventil for at samtykket ikke kan innfortolkes uten et klart grunnlag.

---

<sup>104</sup> Rognstad s. 365 petitavsnittet.

<sup>105</sup> Høringsnotatet s.246.

Et annet spørsmål er om det har skjedd en overdragelse av opphavsrettigheter etter §5-3, når det er vederlagsretten som er hjemmel for overdragelsen.

For musikerens vederlagsrett ved offentlig fremføring av lydopptak må inndrivelsen av vederlaget skje gjennom Gramo, Tono og Norwaco, jf. åvl. §45b. Som tidligere behandlet, vil disse forvaltningsorganisasjonene likestilles med opphaver etter åvl. §5-3. I praksis må de aktuelle brukerne av musikkverk inngå avtale med de ulike forvaltningsorganisasjonene for bruken. Det er altså klart at det foreligger en overdragelse av rettigheter gjennom avtale mellom en opphaver og erverver i dette forhold. Hvorvidt forholdet reguleres av åvl. §5-3 vil dermed bero på om en vederlagsrett er å anse som en overdragelig opphavsrettighet. Når lovgiver har valgt å skille ut deler av opphavers rettigheter fra en enerett til en vederlagsrett er det begrunnet i effektivitetshensynet.<sup>106</sup> Utnyttelse av enerettigheter forutsetter et samtykke fra opphaver, noe som ville ha vært tungvint å overholde hver gang et musikkverk fremføres offentlig. Det kan ikke antas at lovgiver har ment å gi opphaver en begrenset rettighet for denne type utnyttelse, utover det som begrenser seg selv fra et praktisk ståsted. Til dette kommer at åvl. §5-3 er ment som en styrking av opphavers stilling gjennom en rett til ”et rimelig vederlag”, slik at ”overdragelse av opphavsrettigheter” bør favne vidt.<sup>107</sup>

At de ulike rettighetsopphaverne til musikk under tiden lar seg representere kollektivt, tilsier på en annen side at behovet for en styrking av deres stilling ikke står like sterkt. Når lovgiver har pålagt rettighetshaverne å inndrive sitt vederlag gjennom forvaltningsorganisasjoner er det likevel en organisering rettighetshaverne ikke kommer utenom. Som nevnt er dette ment som en effektiv løsning på et praktisk problem, ikke som en begrensing av opphavernes rettigheter. Det er heller ingen andre holdepunkter for at ”opphavsrettigheter” etter åvl. §5-3 skal forstås på annet vis. Etter dette bør avtaler om utnyttelse av musikkverk med hjemmel i vederlagsretten også anses som en ”overdragelse” av opphavsrett etter åvl. §5-3.

Et annet spørsmål er om det har skjedd en overdragelse av opphavsrettigheter etter åvl §5-3, når noen bestiller en ”livefremføring” av musikk, ved for eksempel en konsert.

Det må innledningsvis avgrenses til de tilfeller hvor bestillingen av fremføringen skjer i ”erhvervsvirksomhet” etter §5-3 første ledd. For hva som nærmere skal ligge i en slik

---

<sup>106</sup> Ophavsret og retsøkonomi, s 227, Riis, Thomas, Ophavsret og retsøkonomi (København 1996).

<sup>107</sup> Høringsnotatet s. 240.

avgrensning vises det til punkt 1.6 nedenfor. For dette punkt er det sentrale at fremføringen ikke skal benyttes til ”privat bruk”.

Etter åvl. §42 (og ny åvl. §3-1) har musikere og artister enerett til sin offentlig fremføring. Ved en konsert vil det være snakk om en direkte fremføring for et tilstedeværende publikum, i samsvar med bestemmelsens ordlyd. Rettighetene som tilfaller bestilleren i denne sammenheng er en midlertidig rett på den fremføring som finner sted i avtalens tidsrom. Rettighetene har således utspring i en avtale mellom bestiller og ”de utøvende kunstnerne”, herunder musikere og artister. Hvorvidt denne type utnyttelse av opphavsrettigheter skal anses som en overdragelse etter åvl. §5-3 beror på om også slike midlertidige overdragelser skal være omfattet.

En alminnelig forståelse av ”overdragelse av opphavsrettigheter” kan tilsi at det er snakk om en permanent overføring av rettigheter til et åndsverk. Det er derimot ikke andre holdepunkter for en slik forståelse av begrepet. Fra det mer til det mindre prinsippet tilsier derimot at også opphavsrettigheter som er begrenset til en kort tidsperiode skal være omfattet. Det vil si at når opphaver har rett til et rimelig vederlag ved en omfattende og permanent overdragelse av opphavsrett til et verk, bør også en mindre og tidsbegrenset overdragelse av opphavsrett til et verk gi opphaver den samme retten.

#### 4.2.3.1 Bruk i ervervsvirksomhet

Det er ikke alle former for overdragelse av opphavsrettigheter som faller under åvl. §5-3 sitt virkeområde. Ordlyden ”bruk i ervervsvirksomhet” tilsier for det første at det kreves en form for ”bruk” av opphavsrett fra erververs side.

Ordlyden ”bruk” må sees i sammenheng med hvilke rettigheter som overdras fra opphaver til erververen. Det vil være erververens utnyttelse av disse rettighetene som faller inn under bestemmelsens regulering. Det vil likevel kun være opphavsrettslige relevante handlinger som vil være av betydning, altså de handlinger som opphaver i utgangspunktet har enerett til å foreta eller som faller inn under vederlagsretten. Irrelevant bruk som eksempelvis kopiering til privat bruk eller strømming fra en ulovlig utlagt kilde vil falle utenfor, ettersom slike handlinger er lovstridige.

Spørsmålet er så når bruken skal anses å inngå i ”ervervsvirksomhet” etter åvl. §5-3?

Departementet foreslår at bestemmelsen bare skal gjelde når rettigheter overdras for bruk i ”erhvervsvirksomhet”. Som foreslått i Sverige, vil bestemmelsens anvendelse dermed avgrenses mot overdragelser for bruk som av mer privat eller ideell karakter, idet de hensyn som begrunner en rett til rimelig vederlag i slike tilfeller ikke anses å gjøre seg gjeldende i særlig grad.<sup>108</sup>

Det neste spørsmålet er hva som nærmere ligger i begrepet ”erhvervsvirksomhet”.

Uttrykket ”erhvervsvirksomhet” finnes ikke andre steder i gjeldende åndsverklov. Derimot har flere bestemmelser avgrensninger mot utnytting i ”erhvervsøyemed”, som forstås som et tilsvarende uttrykk. I forarbeidene til åndsverkloven § 21, som regulerer fremføring i undervisning, redegjør departementet for hva som menes med at en utnyttelse av et verk er ”erhvervsmessig”.<sup>109</sup> Det uttales at ”erhvervsmessig” bruk ”må tilsvare en kommersiell utnyttelse”. Det bemerkes videre at det kan være snakk om kommersiell utnyttelse selv om ”det kommersielle formålet ikke er hovedformålet ... ved virksomheten eller den konkrete undervisningssituasjon”. Dersom ideelle formål kombineres med kommersielle, uttales det at undervisningsvirksomheten har et ”siktemål om en netto fortjeneste som innebærer at det vil utgjøre en erhvervsmessig undervisning”. Til slutt understrekes det at i grensetilfeller må spørsmålet avgjøres konkret.

Som det kan leses ut av forarbeidene er kjernen i uttrykket ”kommersiell utnyttelse”. Altså vil en profittbasert virksomhet være det klare tilfellet. Også der andre formål kombineres med det kommersielle formålet, vil utnyttelsen anses som ”erhvervsmessig”.<sup>110</sup>

En slik forståelse av uttrykket ”erhvervsvirksomhet” som en avgrensning mot privat bruk er i samsvar med opphavsrettens formål. Det er den utnyttelse av verk som er ansett å tilfalle opphaver som skal reguleres i lov. Privat bruk må således falle utenfor.

Ettersom opphavsrett til privat bruk ikke kan overdras, da det uansett faller utenfor opphaverens enerett, vil en slik avgrensning likevel ligge implisitt i bestemmelsen.

---

<sup>108</sup> Høringsnotatet s. 259.

<sup>109</sup> Ot.prp.nr. 85 (1997-1998) s. 32.

<sup>110</sup> Ot.prp.nr. 85 (1997-1998) s. 32.

I Tannlege-dommen ble det trukket frem som et premiss for at offentlig fremføring av fonogrammer skulle være vederlagspliktig, at ”utbredelsen sker...med vinding for øje”.<sup>111</sup>

Det vises til EU-dommen Rafael Hoteles i premiss 90, hvor gestenes adgang til radioutsendte verk var å betrakte som en supplerende tjenesteytelse. Fremføringen av verkene var iverksatt med formål om å oppnå et visst utbytte da ”tilbudet om denne ydelse har en betydning for hotellets klasse og dermed for værelsernes pris.”<sup>112</sup>

Disse uttalelser henspiller seg ikke direkte til innholdet i begrepet ”erhvervsvirksomhet”, men kan likevel belyse EU-domstolens grensedragning for når bruken burde være vederlagspliktig. Etter EU-domstolens uttalelser kan det virke som om en forutsetning må være at bruken har som formål å generere en viss inntekt for virksomheten.

Hvorvidt en slik grensedragning skal kunne overføres til åvl. §5-3 ”bruk i ervervsvirksomhet” er usikkert. Det kan antas at bruk med formål om profitt ligger i kjernen av ”begrepet”, også med støtte i nevnte forarbeider. Likevel kan det tenkes ytterpunkter hvor hensynet til opphavers mulighet til å sikre seg inntekt fra verket taler for en videre forståelse av begrepet.

## 5. ”Retten til et rimelig vederlag”

### 5.1 Innledende bemerkelser

I åvl. §5-3 annet ledd fremgår flere momenter som skal vektlegges i vurderingen av om vederlaget er rimelig. Etter ordlyden ”blant annet” kan ikke momentene anses som uttømmende, men heller som en veiledning i den helhetlige vurderingen.<sup>113</sup> Momentene som følger av bestemmelsen er ”overdragelsens omfang” og hvilken ”økonomisk verdi overdragelsen har for erververen”. Momentene skal i følge ordlyden, bli ”sett i lys av de konkrete forhold som gjør seg gjeldende og hva som er vanlig og rimelig på området.” Utover at de nevnte momentene ikke er uttømmende, har de også en sammenheng seg imellom. Når de enkelte momentene behandles hver for seg i oppgaven er det for å skape en mest mulig oversiktlig fremstilling av regelen. Likevel vil den foreliggende sammenhengen mellom momentene belyses for å vise at det i realiteten dreier seg om en samlet vurdering.

---

<sup>111</sup> EU-domstolen C-135/10, avsnitt 99.

<sup>112</sup> jf. i denne retning SGAE-dommen, præmis 44, og dommen i saken Football Association Premier League m.fl., præmis 205.

<sup>113</sup> Høringsnotatet s. 255.

## 5.2 Nærmere om retten til et "rimelig vederlag"

Det overordnede spørsmålet er hva som ligger i retten til et "rimelig vederlag".

Ordlyden "rimelig vederlag" tilsier at vederlaget må ha en forholdsmessig størrelse. Altså at det skal være en balanse mellom den opphavsrett som er overdratt og det vederlag som utgjør motytelsen. Videre presiseres det i høringsnotatet at hvorvidt vederlaget er "rimelig" er en ensidig vurdering knyttet til opphavers rett. Det er ikke anledning til å justere vederlaget etter hva som måtte anses som et "rimelig vederlag" for erverver.<sup>114</sup>

Det tilsvarende begrepet har vært brukt i åndsverklovens §39m siden 1989, som gjennomfører artikkel 4 i utleiedirektivet(2006/115/EF). Opphaver har etter åvl. §39m rett til et «rimelig vederlag», ved overdragelse av tilgjengeliggjøringsrett ved utleie.

Departementet uttaler i sammenheng med forslaget om §5-3, at spesialmerkningen knyttet til §39m i hovedtrekk danner et godt utgangspunkt for hva som skal anses som et rimelig vederlag også etter den nye bestemmelsen.<sup>115</sup> I vurderingen av hva som er et "rimelig vederlag" etter §5-3 vil altså forarbeidsuttalelser i tilknytning til §39m kunne få betydning.

I forarbeidenes spesialmerkning er det redegjort for hva som er ment med et "rimelig vederlag".<sup>116</sup> Her fremgår det at vederlagets rimelighet må avgjøres "ut fra de til enhver tid gjeldende omstendigheter innenfor vedkommende utnyttelsesområde". Videre at "alle relevante forhold skal trekkes inn". Av "relevante forhold" nevnes som eksempel at sedvane innen bransjen må ha en "viss betydning".<sup>117</sup>

Som det kan leses ut av forarbeidene vil alle relevante momenter i vurderingen av et "rimelig vederlag" kunne trekkes inn. Når de omstendighetene *som gjelder til enhver tid innenfor det aktuelle utnyttelsesområdet* skal kunne vektlegges, må det forstås som at hva som er et rimelig vederlag vil være en dynamisk størrelse. Både en generell økning eller nedgang i inntekt fra verkene skulle man anta måtte kunne vektlegges. Videre vil utvikling i form av digitalisering eller nye utnyttelsesmåter være relevant, ettersom det påvirker den totale fortjenesten på rettighetsoverdragelsen. At sedvane på området skal tillegges en viss

---

<sup>114</sup> Høringsnotatet s. 257.

<sup>115</sup> Høringsnotatet s. 254.

<sup>116</sup> Ot.prp.nr. 80 (1996-1997) s.6.

<sup>117</sup> Ot.prp.nr. 80 (1996-1997) s.6.



betydning må sees som en uttalelse med forbehold. Sedvanen bør bare kunne vektlegges dersom den er i samsvar med hva som må anses som ”rimelig”. Et slikt syn antas underbygd av departementets uttalelse om at standardkontrakter ikke nødvendigvis tilfredsstillende kravet til et ”rimelig vederlag”.<sup>118</sup> Dessuten at ønsket om å regulere vederlaget for rettighetsoverdragelser som det her er snakk om, har en sammenheng med at sedvanlige vederlag i bransjen ikke nødvendigvis er rimelige.<sup>119</sup>

Når det gjelder en nærmere fastsettelse av vederlagets størrelse uttales det i proposisjonen at de finner det ”*vanskelig med nærmere angivelse enn det som følger av direktivet og nærmere omtales i spesialmerknadene til § 39m idet vederlagets størrelse skal fastsettes ved forhandlinger.*”<sup>120</sup>

Etter åvl. §45b stilles det vilkår om at det skal betales vederlag for offentlig fremføring av lydopptak jf. Første ledd. Vilkåret må tolkes i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser, jf. RK artikkel 12 og utleiedirektivet artikkel 8(2), hvor det heter at det skal betales et ”rimelig vederlag”. Den Europeiske domstolen har gitt en presisering av innholdet i begrepet i SENA<sup>121</sup> og Lagardere<sup>122</sup> sakene. Etter SENA-saken, skal ”rimelig vederlag” fortolkes i samsvar med ”værdien af denne anvendelse i den økonomiske omsætning.”<sup>123</sup> Dette syn følges opp i Lagardere-sakens premiss 50. EU-domstolens fortolkning av begrepet er i samsvar med vurderingsmomentet om at vederlagets rimelighet skal sees opp mot den ”økonomisk verdi den har for erververen” etter åvl. §5-3.

Departementet uttaler videre at retten til et rimelig vederlag ikke er til hinder for opphavsrett overdras gratis, dersom rettighetshaveren ønsker det.<sup>124</sup> Det er først når rettighetshaver ønsker et vederlag for overdragelsen at vedkommende vederlag skal være rimelig. Innholdet i ”rimelig vederlag” skal videre være en fleksibel størrelse, slik at omstendigheter kan innebære at både et høyere og et lavere beløp er rimelig.<sup>125</sup>

---

<sup>118</sup> Høringsnotatet s. 256.

<sup>119</sup> Høringsnotatet s. 252.

<sup>120</sup> Ot.prp.nr. 80 (1996-1997) s.4 avsnitt 3.1.3.1.

<sup>121</sup> Sak C-245/00, premiss 36 flg.

<sup>122</sup> sak C-192/04, premiss 48 flg.

<sup>123</sup> Sak C-245/00, premiss 37.

<sup>124</sup> Høringsnotatet s. 256.

<sup>125</sup> Høringsnotatet s. 256.

### 5.2.1 Tidspunktet for vurderingen av rimelig vederlag

I spesialmerkningen til § 39m påpekes det at ”*For di man ved fastsetting av vederlaget også må ta hensyn til de faktiske inntektene fra utleie, kan opphavsmannen ha krav på etterbetaling dersom disse overstiger det som ble forutsatt ved fastsettelsen av vederlaget*”.<sup>126</sup>

Slik jeg forstår denne uttalelsen, har lovgiver med dette sagt at dersom vederlagets *rimelighet* skal sikres, kan det være nødvendig å revidere den sum som ble avtalt i utgangspunktet.

Når det gjelder revisjon av vederlagets størrelse etter avtaletidspunktet er departementet derimot tilbakeholden i sammenheng med §5-3. Det påpekes at inntekspotensialet synbarhet på avtaletidspunktet vil være sentralt for hva som er å anse som et rimelig vederlag, også om en ikke skal se hen til etterfølgende forhold etter den nye bestemmelsen.<sup>127</sup> Videre at dersom etterfølgende forhold skal inngå, vil det kunne skape en uforutsigbarhet i verdikjeden.<sup>128</sup>

Departementet legger derfor til grunn at det er forholdene på avtaletidspunktet som danner grunnlaget for vurderingen, men ber om høringsinstansenes innspill i tiknytning til en slik avgrensning.<sup>129</sup>

Utgangspunktet for vurderingen av vederlagets rimelighet etter de to bestemmelsene, må etter dette anses å falle på forskjellige tidspunkt. I vurderingen av om vederlaget er rimelig etter §39m kan etterfølgende forhold trekkes inn og tilsi at vederlaget ikke er rimelig i dag, selv om det var rimelig på avtaletidspunktet. Et vederlag etter åvl. §5-3 vil kunne være rimelig, selv om etterfølgende forhold skulle tilsi det motsatte, så lenge det ikke var synlig på avtaletidspunktet.

### 5.2.2. Etterfølgende forhold

Det er typisk for opphavsretts beskyttede verk at det er vanskelig å forutse dens økonomiske verdi på avtaletidspunktet for overdragelsen. Uforutsigbarheten henspiller seg til de ulike faktorene som avgjør hvorvidt et verk er en ”suksess” eller ikke. Disse faktorene kan eksempelvis være trender, markedsføring og økonomiske forhold. Det er vanskelig å forutse mottakelsen av verkene i et marked bla. fordi at det ikke kan måles i noe behov hos konsumenten. Verkene er å anse som kunst, hvor suksessen heller har sammenheng at

---

<sup>126</sup> Ot.prp.nr.80 (1996-97) s.6.

<sup>127</sup> Høringsnotatet s. 257.

<sup>128</sup> Høringsnotatet s 257.

<sup>129</sup> Høringsnotatet s. 257.

uttrykket treffer flest mulig konsumenter. I musikkbransjen omtaler man gjerne denne abstrakte suksessfaktoren som en "X-faktor". "X-faktoren" knytter seg ikke bare til verket i seg selv, men også den artisten eller det bandet som gir ut låten.

Avtalelovens §36 har hittil tjent som grunnlag for regulering av innholdet i avtaler generelt, men også ved overdragelse av opphavsrettigheter. Etter bestemmelsens annet ledd kan avtalen anses som urimelig også med grunnlag i etterfølgende forhold.<sup>130</sup> Rettspraksis knyttet til spørsmål om overdragelse etter avtl. §36 kan videre si noe om hvilke problemstillinger knyttet til overdragelse av opphavsrett som har vært gjenstand for tvister.

I Kvitnes-dommen var spørsmålet om en avtale mellom Henning Kvitnes og Warner Music var å anse som urimelig etter avtl. §36. En av tvistegjenstandene var vederlagets størrelse. Lagmannsretten uttaler i saken at: "til slutt må etterfølgende forhold trekkes inn ved rimelighetsvurderingen."<sup>131</sup>

UfR 2002 s. 1224 omhandler forlagsrettighetene til melodien "Tango Jalousie". Dansk Højesteret fant at deler av et avtalekompleks var urimelig og derfor ugyldig etter den danske aftalelov § 36, fordi fordelingen av ytelser var urimelig. Om fordelingen av vederlaget for bruken av verket uttales det: "Under hensyn til, at ophavsrettigheder strækker sig over mange år, og at et værk efter en række år vil kunne blive udnyttet på en måde eller i en udstrækning, som man ikke kunne regne med ved forlagsaftalens indgåelse, finder Højesteret, at fravigelser af sædvanlige fordelingsnøgler eller af nøgler, som er aftalt mellem de relevante organisationer, vil kunne tilsidesættes i medfør af aftalelovens § 36, medmindre de er rimeligt begrundede og kendelige for parterne i det enkelte tilfælde."

Dommene belyser at det kan være etterfølgende forhold som tilsier at det opprinnelige vederlaget ved overdragelse av opphavsrett, likevel ikke er rimelig. Det kan derfor anføres at for å sikre et "rimelig vederlag" etter ny åvl. §5-3, bør etterfølgende forhold også være grunnlag for revisjon av det avtalte vederlaget. Hensynet til å sikre opphaver en sterkere stilling taler for at det gjennom ny lovregulering, også burde kunne hensyntas de etterfølgende forhold som har vist seg å virke inn på vederlagets rimelighet.

---

<sup>130</sup> Avtaleloven av 31. mai 1918 nr.4, §36.

<sup>131</sup> LB-1997-3221 (Kvitnes-dommen).

I land som Nederland og Tyskland, hvor man har innført tilsvarende bestemmelser som den i åvl. §5-3, opereres det med såkalt ”bestselgerklausler”. Reglene fungerer som en sikkerhetsventil for det tilfellet at det avtalte vederlaget ikke viser seg å være proporsjonalt med de inntekter verket generer i ettertid.

Ettersom at det ikke er endelig avklart hvorvidt etterfølgende forhold skal kunne trekkes inn i vurderingen etter åvl. §5-3, anses det derimot ikke som hensiktsmessig å gå nærmere inn på spørsmålet.

### 5.3 Overdragelsens omfang

Ved vurderingen av om vederlaget er rimelig, skal hvor omfattende den opphavsrett som er overdratt vektlegges.<sup>132</sup> Som det kan leses ut departementets uttalelser er vederlagets rimelighet relativt i forhold til omfanget av den overdratte retten.<sup>133</sup>

Spørsmålet er så hvordan ”overdragelsens omfang” vil kunne trekkes inn i vurderingen av retten til et ”rimelig vederlag” etter åvl. §5-3?

Som et utgangspunkt kan en begrenset rett til et verk tilsi at et forholdsmessig lavt vederlag vil være rimelig. Og motsatt dersom det overdras totale rettigheter til et verk, vil utgangspunktet være at et høyere vederlag vil være rimelig. Det har i første omgang sammenheng med at det etter økonomisk teori er naturlig å betale et høyere vederlag desto flere rettigheter som overdras. For det andre har det en side til at det gjerne vil være en sammenheng mellom omfanget av rettigheter som overdras og ”den økonomiske verdien *overdragelsen* har for erverver” (min utfyllelse i kursiv). Således er disse to momentene delvis overlappende.

Pushwagner-saken TOSLO-2009-10444 illustrerer hvordan overdragelsens omfang og derved den økonomiske verdi for erververen tilsier et forholdsmessig vederlag. Dommen gjaldt en avtale mellom en billedkunstner og hans mesen. Etter avtalen hadde billedkunstner overdratt hele sin daværende kunstproduksjon til mesenen. Retten kom til at overdragelsen av rettighetene til kunstverkene var ugyldig etter avtaleloven § 36. Det ble langt vekt på at

---

<sup>132</sup> Åvl. §5-3 annet ledd, første punktum og høringsnotatet s.256.

<sup>133</sup> Høringsnotatet s.256 første avsnitt og at vederlaget er en fleksibel størrelse, jf. tredje avsnitt.

ytelsene mellom partene stod i et misforhold, og at mesenen hadde benyttet kunstnerens svake posisjon til sin fordel.

Retten bemerket at det er en ”betydelig ubalanse mellom partenes ytelser”.<sup>134</sup> Kunstneren hadde mottatt 400 000,- i forskuddsbetaling for å dekke kostnader som påløp over syv år. Et vederlag som tilsvarte en tredjedel av markedsverdien på tidspunktet for overdragelsen.

På en annen side er det ikke nødvendigvis slik at omfanget av overdragelsen er proporsjonal med verdien av overdragelsen. For det første kan det være enkelte av rettighetene til verksutnyttelse, selv om disse er begrenset, som isolert sett har en høy verdi. Dersom erverver kun får overdratt alle rettigheter til et musikkverk bortsett fra fysisk eksemplarframstillingsrett, vil ikke nødvendigvis denne begrensning i overdragelsen tilsi et proporsjonalt lavere vederlag. Retten til fysisk eksemplarframstilling av CD-plater har i dag en begrenset verdi for erverver. Igjen fungerer momentet om den økonomiske verdi som en presisering av betydningen av overdragelsens omfang, for vurderingen av hva som er et ”rimelig vederlag”, i det enkelte tilfellet.

For det tredje tilsier ikke nødvendigvis en total overdragelse av rettigheter et høyt vederlag. Verksutnyttelsen kan ha en begrenset verdi for erverver, fordi det f.eks. det ikke er noe godt marked for den musikkjangeren som musikkverket faller under. Samtidig vil totale overdragelser kunne gi erverver flere muligheter til verksutnyttelse, også ved å kunne kombinere rettighetene. Dessuten kan en total overdragelse av rettighetene innebære at opphaver ikke selv kan utnytte verket eller overføre rettigheter til det samme verket til en tredjepart, noe som kan tilsi at et høyere vederlag er rimelig. Imidlertid har et slikt standpunkt også en side til eksklusiviteten i utnyttelsesretten til det verk som er overdratt.

Rettighetsoverdragelsen kan enten være eksklusiv eller ikke eksklusiv. Man omtaler gjerne skillet som såkalt eksklusiv og enelicens. En ikke eksklusiv overdragelse av rettigheter gir opphaver mulighet til å selge de samme rettighetene til flere parter. Samtidig må erververen godta at andre utnytter de samme rettighetene som hun har ervervet. I slike tilfeller kan det være rimelig at vederlaget er lavere enn om rettigheten hadde vært eksklusiv. Når rettighetsoverdragelsen er eksklusiv er opphaver både hindret fra å utnytte verket selv og å

---

<sup>134</sup> TOSLO-2009-10444 s.8.

overdra rettighetene til det samme verket til en tredjepart. Altså mister han muligheten til økonomisk vinning ved verksutnyttelse, både ved egen utnyttelse og ved ytterligere salg av rettighetene. Samtidig får erverver en enerådighet over verket som legger til rette for en større økonomisk vinning ved verksutnyttelsen. Departementet har bekreftet at hvorvidt det overdras en eksklusiv eller en ikke eksklusiv rett har betydning for hva som anses som et ”rimelig vederlag” i det enkelte tilfellet.<sup>135</sup>

### 5.3.1 Spesialitetsprinsippet

For å fastlegge omfanget av den rettighet som er overdratt vil avtalens ordlyd danne utgangspunktet, etter vanlige tolkingsregler.<sup>136</sup> Det kan likevel oppstå tilfeller hvor ordlyden i avtalen er uklar og derfor skaper tvil om overdragelsens omfang.

Gjeldende åvl. §39a er ansett for å gi uttrykk for et prinsipp om fortolkning i opphavsmannens favør dersom omfanget av rettighetsoverdragelsen ikke er klar.<sup>137</sup> I forarbeidene til åvl. §39a omtales prinsippet slik: ”Spesialitetsgrunnsetningen i åndsverkloven §39a innebærer etter departementets syn at det skal legges en restriktiv fortolkning til grunn ved tolking av overdragelsesavtaler”.<sup>138</sup> Prinsippet som kan leses ut av åvl. §39 a omtales som spesialitetsprinsippet.

I Løkke Sørensen- dommen ble det bekreftet at det etter gjeldende rett er et generelt prinsipp som innebærer at for det tilfellet at avtalen er uklar, tolkes den i opphavsmannens favør.<sup>139</sup> Når en avtale er klar, vil imidlertid ikke spesialitetsprinsippet komme til anvendelse ved tolkning av avtalen, jf. Rt. 2006 s.752 (Jul i Blåfjell). Prinsippet kan dermed anvendes parallelt med generelle avtalerettslige tolkningsprinsipper.

Det legges etter dette til grunn at spesialitetsprinsippet favner videre enn det som følger direkte av åvl. §39a. At prinsippet skal forstås å gjelde helt generelt er derimot tvilsomt, som Rognstad uttaler kan «spesialitetsprinsippetts nærmere rekkevidde ... diskuteres».<sup>140</sup>

---

<sup>135</sup> Høringsnotatet s.255.

<sup>136</sup> Jo Hov, Avtalerett, s. ?

<sup>137</sup> Høringsnotatet s.242.

<sup>138</sup> Ot.prp.nr. 46 (2004-2005) s.54.

<sup>139</sup> Rt. 2001 s.872 (Løkke Sørensen).

<sup>140</sup> Se Rognstad (2009) s. 346.

I forslaget til ny åndsverklov foreslås en delvis redigering og styrking av spesialitetsprinsippet med hjemmel i ny åvl. §5-1.<sup>141</sup> Etter bestemmelsens annet ledd første punktum skal erververen ha bevisbyrden for at retten til verket er overdratt. Etter annet punktum skal tvil om avtalens regulering av overdragelse av opphavsrett, tolkes i opphavers favør. Lovfestingen av spesialitetsprinsippet som et generelt prinsipp vil med dette ivareta hensynet til effektiv beskyttelse av opphavsrett.<sup>142</sup>

Gjennom en eventuell forankring i lov vil spesialitetsprinsippet få større tyngde. Ettersom det lovfestes som et generelt prinsipp vil det også være klart at prinsippet skal gjelde generelt ved overdragelse av opphavsrett.

#### 5.4 Overdragelsens økonomiske verdi for erververen

Den økonomiske verdi overdragelsen av opphavsrett har for erververen er at av momentene i vurderingen av om vederlaget er rimelig, jf. ny åvl. §5-3 annet ledd. Departementet uttaler at den økonomisk verdien til det som overdras ”er et sentralt moment som...bør tillegges betydelig vekt ved fastsettelse av det rimelige vederlaget”.<sup>143</sup> Lovgiver har videre avgrenset betydningen av verdiskapning til den rent økonomiske i denne sammenheng. Der den økonomiske verdien er lav vil det være et moment som taler for at et forholdsmessig lavt vederlag vil kunne anses som ”rimelig”. Og motsatt vil det forhold at den økonomisk verdien er høy kunne tilsi at vederlaget skal være forholdsmessig høyt for å være ”rimelig”.

Ordlyden ”for erverver” tilsier videre at momentet har en subjektiv karakter. Etter dette er vurderingen hvilken økonomisk verdi den aktuelle erververen vil oppnå som følge av overdragelsen. Denne forståelsen underbygges av departementets uttalelse om at utgangspunktet for vurderingen er ”verdien av bruken på erververens hånd, f.eks. ved videreoverdragelse”.<sup>144</sup> Uttalelsen kan forstås som at dersom erververen kan oppnå en høy

---

<sup>141</sup> Høringsnotatet s. 246.

<sup>142</sup> Høringsnotatet s.236.

<sup>143</sup> Høringsnotatet s. 256.

<sup>144</sup> Høringsnotatet s. 256.

økonomisk verdi ved videreoverdragelse av opphavsrett til verket, er utgangspunktet at vederlaget skal være forholdsmessig høyt. Denne uttalelsen reiser flere spørsmål.

For det første er spørsmålet om erververens mulighet for verdiskapning på avtaletidspunktet kan trekkes inn i vurderingen. Eller om det bare er den faktiske verdiskapningen som er synlig på avtaletidspunktet som skal vurderes. Departementet har uttalt at også en omfattende overdragelse med stort etterfølgende verdipotensialet i utgangspunktet vil fordre høyt vederlag.<sup>145</sup> Uttalelsen kan tilsi at også muligheten for verdiskapning skal legges til grunn for vurderingen av hva som er et rimelig vederlag i det enkelte tilfelle. Ved eksempelet om videreoverdragelse fører det første alternativet til at vederlagets rimelighet vurderes ut i fra erververens mulighet til økonomisk verdiskapning ved en videreoverdragelse. Det andre alternativet innebærer at vurderingen snarere vedrører hvorvidt erververen kommer til å oppnå fortjeneste ved en videreoverdragelse som er kjent på avtaletidspunktet. Fra erververens ståsted synes det siste alternativet å gi en bedre regel. Selv om potensialet for verdiskapning er tilstede vil flere ytre faktorer, som markedskonjekturer og trender, kunne påvirke erververens mulighet til verdiskapning ved bruken. Når det på avtaletidspunktet allerede er fastsatt en fremtidig verdiskapning er derimot vinningen en forutberegnelig størrelse hun kan forholde seg til. For opphaver kan derimot en slik løsning virke urimelig. Hun overfører et verk som er tilknyttet et potensiale for økonomisk verdiskapning uavhengig av om erverver har fastsatt en fremtidig vinning eller ikke. Det er klart at markedsetterspørselen for verket som overdras vil påvirke verdien av verket på avtaletidspunktet, men det kan virke urimelig at vederlagets størrelse skal påvirkes av den usikkerhet som knytter seg til erververs innsats og den fremtidige etterspørsel i markedet. Sammenholdt med departementets presisering av at også etterfølgende verdipotensiale knyttet til overdragelsen i utgangspunktet vil fordre et høyt vederlag, taler for at også muligheten for verdiskapning skal trekkes inn i vurderingen av et ”rimelig vederlag”.

Det neste spørsmålet departementets uttalelse reiser er hvilke andre subjektive forhold tilknyttet erververens økonomiske verdiskapning ved bruken som kan trekkes inn i vurderingen av et ”rimelig vederlag”. Uttalelsen tilsier at det i utgangspunktet ikke er noen begrensning i hvilke relevante forhold tilknyttet den økonomisk verdien overdragelsen har for erververen som kan vektlegges i vurderingen. Verdiskapning tilknyttet et musikkverk kan

---

<sup>145</sup> Høringsnotatet s.257.



både bestå i fysisk distribusjon eller streaminginntekter. Videre kan erververen produsere en ny utgave av musikkverket, som er antatt å få en bedre mottakelse i markedet. Dessuten kan overdragelsen inneholde rettigheter til x antall verk som gir erververen muligheten til å gi ut et album med samlede verker. Eksempelene er forhold som synes å danne et godt utgangspunkt for vurderingen av hva som vil være et ”rimelig vederlag” i et det enkelte tilfelle.

Gramo sin beregning av vederlag tar hensyn til hvilken verdi lydopptaket har for erververen - med utgangspunkt i arealets størrelse og åpningsdager. En slik vederlagsmodell tar hensyn til antall personer lydopptakene gjøres tilgjengelig for. Når vederlagsnemda er tilbakeholden med å åpne for ytterligere individualiserte vederlagskriterer er det av hensyn til effektiviteten av inndrivelsen av vederlaget.<sup>146</sup>

Et annet forhold som generelt vil påvirke erververens verdiskapning ved rettighetene til et verk er hennes markedsposisjon. En erverver som f.eks. et ”majorselskap” vil i utgangspunktet kunne skape større økonomisk verdi ved sin bruk av musikkverket enn et ”independent label”, på grunn av deres posisjon i markedet. Det har sammenheng med de ressurser store selskaper har for hånd til eksempelvis å markedsføre musikkverket. Dessuten vil musikkverket da være knyttet til et anerkjent merkevare (”brandet”) som forbrukere tillegger en rekke positive egenskaper, noe som kan føre til en bedre mottakelse i markedet. På en annen side kan det virke urimelig for ”majorselskapet” at den ressursbruken som har bygget opp selskapet og merkevaren, skal tilsi at det også kreves at disse skal betale et høyere vederlag for overdragelse av musikkverk. Samtidig bør den ressursbruk som inngår i opphaverens skapelse av et musikkverk, og som gjør verket attraktivt for et anerkjente ”brand”, også tilsi at et høyere vederlag er ”rimelig”. Det kan videre anføres at merkevarens anerkjennelse også henspiller seg til den sum av artister tilknyttet det og således kan det enkelte musikkverk tilføre ”majorselskapet” verdi.

Den økonomiske verdi overdragelsen har for erververen har videre sammenheng med ”overdragelsens omfang”.<sup>147</sup> Jo mer omfattende de rettighetene som overdras er, jo større er nødvendigvis mulighetene for verdiskapning. Potensialet for å oppnå en fortjeneste på rettigheten har videre, som nevnt, en sammenheng med hvorvidt rettighetene er eksklusive for

---

<sup>146</sup> VVN-2006-1 VVN-2004-1 avsnitt ”Fastsettelse av vederlaget for serveringssteder og diskoteker/musikkafeer”.

<sup>147</sup> Høringsnotatet s.256 første avsnitt.

erhververen. Dersom det er flere som kan utnytte det samme musikkverket, vil erververens realisasjon av inntekspotensiala bla. bero på hennes stilling i markedet. Videre hennes posisjon i markedet sammenlignet med de andre rettighetshaverne til det samme musikkverket. For ikke eksklusive rettighetsoverdragelser er dermed utgangspunktet at den økonomiske verdien for erververen er lavere. Herunder vil forholdet være et moment som tilsier at et lavere vederlag anses som "rimelig". Motsatt vil en eksklusiv overdragelse av rettighetene til et musikkverk tilsi at vederlaget skal være høyere for å anses som "rimelig".

## 5.5 De konkrete forhold som gjør seg gjeldende

Det følger av åvl. §5-3 annet ledd at "overdragelsens omfang og hvilken økonomisk verdi den har for erverver {skal sees i lys av} de konkrete forhold som gjør seg gjeldende." Ordlyden forstås som en presisering av at det skal foretas en konkret vurdering av overdragelsen. Altså at det åpnes for at andre konkrete forhold ved den opphavsrett som overdras, kan trekkes inn i vurderingen av et "rimelig vederlag". Det er ingen veiledning i høringsnotatet for hvilke konkrete forhold som kan være av betydning i denne sammenheng. Ordlyden tilsier likevel at forholdene må knytte seg til "overdragelsens omfang og den økonomiske verdien for erverver."

Det kan tenkes flere forhold ved overdragelsen som naturlig vil kunne få betydning for vurderingen av vederlagets rimelighet. Herunder forhold som knytter seg til "overdragelsens omfang og den økonomiske verdien for erverver". Slike forhold bør gjenspeiles i det vederlaget som er avtalt i det enkelte tilfelle.

Hva gjelder overdragelsens omfang kan det forhold at retten til bruken er eksklusiv eller ikke, som nevnt få betydning.

Både generelt, men også særlig ved overdragelse av musikkverk vil det tilknyttede navn ha betydning for størrelsen på vederlaget. En kjent og etablert artist sitt musikkverk vil i utgangspunktet fordre et høyt vederlag, ettersom at den økonomiske verdien for erverver vil være høyere.

Videre vil den tekniske kvaliteten på musikkverket kunne trekkes inn i vurderingen. Underliggende konkrete holdepunkter vil være produksjonskostnader, kostnader knyttet til

miksingen av låten og masteren. Dersom disse kostnadene er dekket av opphaver forut for overdragelsen, tilsier det at vederlaget bør kompensere for dekningen av disse kostnadene. Disse kostnadene måtte erverver ha dekket dersom opphaver ikke hadde gjort det. Verdien av musikkverket vil også ha økt etter den tilvirkning som har skjedd. Således får verket en høyere økonomisk verdi for erverver. For det tilfelle at erverver selv ønsker å stå for den ferdige produksjonen av verket, må kostnadene dekkes på nytt, noe som kan tale for at erverver ikke burde kompensere for de opprinnelige produksjonskostnadene i vederlaget.

Videre kan kompleksiteten på musikkverket være et vurderingsmoment. Et komplekst musikkverk kan både fordre mange arbeidstimer og inngående kompetanse fra opphaver. For eksempel et klassisk verk, med mange satser. Et musikkverk med høy kompleksitet kan derfor tilsa at også vederlaget skal være høyt. Når kompleksiteten på musikkverket skal vurderes opp mot ”den økonomiske verdien for erverver” vil det derimot ikke nødvendigvis være et relevant forhold. Kompleksiteten på verket gjenspeiler nødvendigvis ikke den økonomiske verdien for erverver, fordi det er avhengig av et marked som verdsetter kompleksiteten. Likevel vil momentet kunne ha betydning for vurderingen av ”et rimelig vederlag” ettersom at vurderingsmomenter som følger av §5-3 ikke anses som uttømmende, jf. drøftelse på s. 33.<sup>148</sup>

## 5.6 I lys av hva som er vanlig og rimelig på området

Etter åvl. §5-3 annet ledd skal ”overdragelsens omfang og hvilken økonomisk verdi den har for erverver {sees i i lys av}... hva som er vanlig og rimelig på området.” Ut av dette kan leses at det kan legges vekt på sedvanlige vederlagsordninger på området. Dette underbygges av departementets henvisning til forarbeidene til åvl. §39m som sier at sedvaner kan vektlegges i vurderingen av hva som er et rimelig vederlag.<sup>149</sup>

Videre tilsier uttalelsen at en alminnelig oppfatning av hva som er et ”rimelig vederlag” i bransjen skal kunne vektlegges. Dette underbygges av departementets henvisning til forarbeidene til åvl. §39m som sier at sedvaner kan vektlegges i vurderingen av hva som er et rimelig vederlag.<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup> Høringsnotatet s. 261.

<sup>149</sup> Se høringsnotatet s.254 og Ot.prp.nr. 80 (1996-1997) s.6.

<sup>150</sup> Ot.prp.nr. 80 (1996-1997) s.6 jf. høringsnotatet s. 254.

Spørsmålet er så hvor stor vekt sedvanlige vederlagsordninger skal tillegges i vurderingen av om vederlaget interpartes er ”rimelig”?

Tyskland har siden 2002 hatt en regel om rett til rimelig vederlag i sin åndsverklov. Etter tysk rett anses vederlaget som rimelig dersom det er i samsvar med hva som er vanlig og rimelig på området, sett i lys av overdragelsens omfang og forholdene ellers.<sup>151</sup> Så lenge avtalen er i samsvar med kollektive avtaler på området er det for eksempel ansett som rimelig.<sup>152</sup>

Departementet uttaler at standardavtaler bør tillegges relativt stor vekt der slike foreligger. I motsetning til tysk rett skal det derimot ikke uten videre presumeres at de er i samsvar med ”rimelig vederlag” etter åvl. §5-3. Dersom partene kan vise til konkrete forhold som tilsier at vederlaget skal være et annet vil dette være det rimelige vederlaget.<sup>153</sup>

De vederlagsordningene som fremforhandles av f.eks. TONO, kan etter dette danne utgangspunkt for hva som anses som et ”rimelig vederlag”. Konkrete forhold interpartes kan likevel tilsi at vederlaget må være et annet for å være ”rimelig”.

Videre er det vanlig i musikkbransjen at vederlaget ved overdragelse av rettigheter til musikkverket avtales i form av royalty-rettigheter, dvs. at man skal ha en viss prosent av overskuddet ved utnyttelse. Vanligvis betales deler av royaltyen forskuddsvis ved inngåelse av avtalen. Gjennom bransjepraksis har det utviklet seg en omtrentlig standard royalty for slike overdragelser på 15%. Forskuddsbetalingen er derimot varierende, gjerne etter erververens vurdering av risikoen for at musikkverket vil kunne generere nok inntekt til å dekke forskuddet. Hvorvidt denne sedvanlige vederlagsordningen skal anses som ”rimelig” vil etter §5-3 bero på om konkrete forhold ved rettighetsoverdragelsen skulle tilsi et annet vederlag.

### 5.6.1 Markedsverdien

Ordlyden tilsier videre at markedsverdien vil være en overordnet målestokk på hva som er et rimelig vederlag i det enkelte tilfellet. Vederlagsnemnda har i en sak om uttalt at: ”vederlaget

---

<sup>151</sup> Høringsnotatet s.249.

<sup>152</sup> Høringsnotatet s.249.

<sup>153</sup> Høringsnotatet s.356.

skal avspeile den markedsmessige verdi av den offentlige fremføring av lydopptak”.<sup>154</sup> Markedsprisen er uttrykk for ”det som en gjenstand...kan selges for i et marked”, herunder rettighetene til verket.<sup>155</sup>

Nevnte sak avsagt av Vederlagsnemda gjaldt en tvist om beregningen av vederlag for offentlig fremføring av lydopptak i henhold til åndsverklovens §45b. Tvisten stod mellom Handels og Servicenæringens Hovedorganisasjon og GRAMO. Nemda peker på at markedsverdien gir lite veiledning til den konkrete verdifastsettelse i denne sammenheng.<sup>156</sup> Til grunn for påstanden ligger at GRAMO ikke kan forby avspilling av vernede opptak og således er de normale tilbuds- og etterspørselsmekanismer ute av funksjon.<sup>157</sup> Som det fremholdes i saken, kan derfor heller vederlagsnivået i de øvrige nordisk land tjene som veiledning for hva som er et ”rimelig vederlag” i slike tilfeller.<sup>158</sup>

I Pushwagner-dommen lempes en avtale om overdragelse av rettighetene til flere kunstverk etter avtaleloven §36.<sup>159</sup> En av begrunnelsene for at avtalen ble satt til side var det store avviket mellom vederlaget og markedsprisen på kunstverkene som ble overdratt. Markedsverdien på kunstverkene ble sammenholdt med det vederlag som ble avtalt mellom partene. I dette tilfellet utgjorde markedsprisen 2 til 3 ganger det vederlag som kunstneren mottok for overdragelsen.<sup>160</sup>

Ut av de nevnte avgjørelser kan det hevdes å fremgå at når forhandlingssituasjonen er normal, ved at opphaver har mulighet til å nekte verksutnyttelse, vil markedsverdien tjene til veiledning av hva som er et ”rimelig vederlag” i det enkelte tilfellet. Ettersom terskelen for å lempe avtaler etter avtl. §36 er høyere enn for åvl. §5-3 tilsier Pushwagner-dommen videre at et stort avvik mellom det avtalte vederlag og markedsverdien er et tungtveiende moment for at vederlaget ikke er ”rimelig”. Det kan videre antas at også mindre avvik kan føre til at vederlaget er urimelig etter åvl. §5-3.

---

<sup>154</sup> Vederlagsnemda - VVN-2004-1 s. 3 avsnitt 4.

<sup>155</sup> Se Store Norske Leksikon sine nettsider ( <https://snl.no/> ) <https://snl.no/markedsverdi> (desember 2016).

<sup>156</sup> Vederlagsnemda - VVN-2004-1 s. 3 avsnitt 4.

<sup>157</sup> Se også SENA-dommen premiss 37, Lagardère premiss 50.

<sup>158</sup> Vederlagsnemda – VVN-2004-1 s.11 andre avsnitt.

<sup>159</sup> TOSLO-2009-10444.

<sup>160</sup> TOSLO-2009-10444 avsnitt 3.1.

## 5.7 "Retten til et rimelig vederlag" er ufravikelig

Departementet har foreslått at den nye åvl. §5-3 skal være en ufravikelig bestemmelse jf. tredje ledd. De overdragelser av opphavsrett som er omfattet av bestemmelsens virkeområde gir dermed opphaver en ufravikelig rett på et "rimelig vederlag."

Ved at bestemmelsen skal være ufravikelig kan det anføres at den begrenser avtalefriheten på området. Til dette kommer at opphaver uansett vil kunne prøve forholdet under avtl. §36, jf. ny åvl. §5-4.<sup>161</sup> Den beskyttelse som følger av avtl. §36 er på en annen side ikke ansett å fungere tilfredsstillende for slike saker som § 5-3 er ment å beskytte.<sup>162</sup>

Bakgrunnen for at åvl. §5-3 likevel foreslås å være ufravikelig, er å gi retten til et rimelig vederlag "en reell beskyttelse".<sup>163</sup> Det pekes på at bestemmelsen er ment å regulere avtaleforhold som presumeres å være ubalanserte. Dersom bestemmelsen skulle være fravikelig kunne det ha medført at erververen utnyttet sin sterkere posisjon til å fravike bestemmelsens innhold. Videre vil bestemmelsens inngrep i markedet begrenses ved at et vederlag som ikke skiller seg fra "normalen" i utgangspunktet vil anses som rimelig. Om det foreligger forhold som tilsier at vederlaget skal ha en annen størrelse enn "normalen", må partene dokumentere disse. Når det foreslås at §5-3 skal være ufravikelig begrunnes forslaget med "hensynet til den originære skapende og utøvende kunstner som den antatt svakere kontraktspart."

## 5.8 Avgrensning mot ansettelsesforhold

Etter åvl. §5-3 fjerde ledd skal retten til et rimelig vederlag ikke gjelde ved overdragelse av opphavsrett til verk under et ansettelsesforhold. Altså vil ikke en opphaver som overfører et verk som er inkludert i arbeidsforholdet kunne kreve et "rimelig vederlag" for verket med hjemmel i åvl. §5-3. Begrunnelsen for avgrensningen er for det første at lønnen vil utgjøre vederlaget for slike overdragelser. Dessuten at det arbeidsrettslige regelverk bedre egnet til å regulere forhold knyttet til ansettelsesforhold.<sup>164</sup>

For de ulike skaperne av musikkverk er det derimot ikke vanlig at skapelsen er inkludert i et arbeidsforhold. De fleste musikkproduksjoner er knyttet til enkeltbestillinger gjennom

---

<sup>161</sup> Høringsnotatet s. 260.

<sup>162</sup> Høringsnotatet s.253.

<sup>163</sup> Høringsnotatet s.260.

<sup>164</sup> Høringsnotatet s. 259.

kontrakter. For det tilfellet at en musiker skaper musikk under ansettelsesforhold vil som nevnt regelen etter åvl. §5-3 likevel ikke gjelde.

## 5.9 Tvisteløsning

Departementet har i forbindelse med forslaget om åvl. §5-3 foreslått at det ikke skal opprettes en særskilt tvisteløsningsmekanisme i tilknytning til bestemmelsen.<sup>165</sup> De tvister som måtte oppstå i tilknytning til ny åvl. §5-3 vil derfor måtte forelegges domstolene. Bakgrunnen for forslaget om en slik løsning er en videreføring av den ordning som følger av gjeldende åvl. §39m. Det ble vurdert om det skulle opprettes en særskilt tvisteløsningsmekanisme for åvl. §39m, men følgende uttalelse viser at konklusjonen ble det motsatte: ”Dersom partene ikke blir enige, er det i siste hånd domstolene som avgjør hva som skal anses som et rimelig vederlag”.<sup>166</sup>

Forslaget om at det ikke skal opprettes en særskilt tvisteløsningsmekanisme i tilknytning til åvl. §5-3 kritiseres fra ulike hold. Professor i opphavsrett Rognstad, uttaler at han er usikker på verdien av åvl. §5-3, så lenge man ikke har en tvisteløsning på det.<sup>167</sup> Det samme syn ble fremholdt av et av de største plateselskapene på det norske marked og av artistorganisasjonen Gramart.<sup>168</sup> Begrunnelsen for kritikken har tilknytning til noe av bakgrunnen for forslag til ny bestemmelse. De tvister som oppstår knyttet til overdragelse av opphavsrett blir sjeldent reist for domstolene. Det har sammenheng med at en opphaver gjerne ikke er i en økonomisk situasjon som tillater domstolsbehandling ved uenighet om forhold ved overdragelsen. Dessuten kan størrelsen på et eventuelt omtvistet vederlag være for lavt til at utgiftene med å reise saken for domstolene kan forsvares. Det kan derfor argumenteres for at den reelle beskyttelsen av opphaverens rett til et ”rimelig vederlag” etter åvl. §5-3 står svakere så lenge det ikke opprettes et særskilt tvisteløsningsorgan.

---

<sup>165</sup> Høringsnotatet s. 261.

<sup>166</sup> Ot.prp.nr 80 ( 1996-1997 ) avsnitt 5.

<sup>167</sup> Intervju med Rognstad november 2016.

<sup>168</sup> Intervju med Gramart og et Majorselskap november/desember 2016.

## 6. Retten til et ”rimelig vederlag” i et musikkmarked – egne vurderinger

Ved gjennomgang av flere kontrakter mellom artister og plateselskaper viser det seg at en royalty på rundt 15% er en vanlig vederlagsordning ved overdragelse av rettighetene til artistens musikkverk. Vanligvis kombineres denne prosentvise inntekten med en forskuddsbetaling av royalties. Gramart fremholder at slike sedvanlige vederlagsordninger avdekker en meget skjev fordeling av inntektene for de overdratte verkene.<sup>169</sup> Departementet har i forbindelse med forslaget om åvl. §5-3 uttalt at royalties er en *akseptert vederlagsordning* etter den nye bestemmelsen. Hvorvidt den sedvanlige royaltyen kan opprettholdes i lys av regelen om ”rett til et rimelig vederlag”, vil bero på en helhetlig vurdering av det enkelte tilfellet, jf. øvrig drøftelse av regelen.

I vurderingen må det legges vekt på *hvor stort omfang av rettigheter* som overdras fra artisten til plateselskapet. Det har vært en rask utvikling i musikkbransjen og for bare noen år tilbake var det vanlig med såkalte ”360-avtaler”. Navnet på avtalen er beskrivende for slike avtalers karakter. Akkurat som en hel sirkel er totalt 360 grader, skal denne type avtale dekke totalen av artistens virke. Avtalen sikrer plateselskapet rettigheter på alt fra liveopptredener til merchandise. Hvor omfattende rettigheter som overdras som følge av en slik avtale i realiteten er, vil variere mellom selskapenes praksis, men hensikten med denne type avtaler er å sikre plateselskapet inntekt på artistens mange arenaer.

Det er i senere tid ikke lenger vanlig at plateselskapene bruker ”360-avtaler” i Norge, men heller såkalte ”artistavtaler”. Overdragelsen av rettigheter etter disse avtalene er likevel også omfattende. Det er vanlig at artistavtalene omfatter rettigheter til eksemplarframstilling og omsetting av alle artistens verker og utøverprestasjoner, rett til å tilgjengeliggjøre av musikkverket på digitale plattformer som streaming-tjenester og rett på prosenter av artistens opptredener og andre ”non-recording” inntekter.

Omfanget av rettighetene for denne type avtaler må altså anses som omfattende, noe som tilsier at vederlaget for overdragelsen bør være forholdsmessig høyt. For andre mindre

---

<sup>169</sup> Intervju med Gramart.



omfattende kontrakter, som distribusjonsavtaler, vil et forholdsmessig lavere vederlag måtte anses som ”rimelig”. Når det er vanligst for musikkbransjens avtaler at vederlaget består i prosentvis betaling etter inntjeningen ved bruken av verket, vil vederlaget totale størrelse variere etter hvor ”suksessfullt” det er. I seg selv er en slik ordning med vederlag bestående av royalties akseptert etter åvl. §5-3, som nevnt. Hvorvidt vederlaget er rimelig vil under tiden henspille seg til den konkrete royalty satsen sett opp mot overdragelsens omfang. Vurderingen vil da bli om en sedvanlig royalty på 15% er et ”rimelig vederlag” ved overdragelse rettigheter som eksempelvis er vanlig etter en ”artistavtale”.

*Hvilken verdi* overdragelsen av verket *har for erververen* er det neste momentet som må trekkes inn i den konkrete vurderingen av om vederlaget er ”rimelig”. Etter at bransjens utvikling medførte en kraftig nedgang i platesalg, har inntekten på de enkelte musikkverk hatt en tilsvarende negativ utvikling. Plateselskapenes potensiale for inntjening på musikkverk er derfor generelt sett ikke like høyt nå som tidligere. Likevel vil inntjeningen ha andre kilder i dag, som sørger for at verket kan ha en forsvarlig økonomisk verdi for plateselskapet. Den nærmere vurderingen av det enkelte musikkverkets økonomiske verdi for plateselskapet vil være vanskelig å vurdere på avtaletidspunktet, noe som også ble bekreftet i samtale med et majorselskap.<sup>170</sup> Det vil være flere usikre momenter som påvirker mottakelsen av musikkverket i markedet, og derfor også den økonomiske verdien av verket for plateselskapet. Det kan likevel antas at den avtalte bruken av musikkverket kan være veiledende i vurderingen av den potensielle økonomiske verdien det har for selskapet. Dersom det eksempelvis er avtalt å bruke verkene til å fremstille et album, kan dette antakeligvis si noe om den økonomisk verdien som utløses på selskapets hånd. Samtidig kan det være usikkert hvordan albumet «slår an».

Som tidligere anført under punkt ”5.4”, vil selskapets markedsposisjon kunne trekkes inn i vurderingen av den økonomiske verdien av verket for plateselskapet. Dersom plateselskapet er et ”majorselskap” vil det kunne tale for at et høyere vederlag er rimelig, ettersom at det selskapet presumeres å kunne utløse en større økonomisk verdi ved bruken av musikkverket. I motsatt retning taler at erververen er et ”independent label”. Hvor tungt markedsposisjonen til

---

<sup>170</sup> Intervju med majorselskap.

ererver skal vektlegges bør også sees i sammenheng med hensynet til å ivareta erververs interesser - gjennom videreutvikling av markeder for omsetning av opphavsrett.<sup>171</sup>

Den økonomiske verdien av verket har videre en sammenheng med *overdragelsens omfang og reguleringen av eksklusiviteten*. For artistavtaler er det vanlig at de rettigheter som overdras er eksklusive for plateselskapet -noe som taler for et høyere vederlag- fordi den økonomiske verdien vil være høyere enn ved ikke-eksklusive overdragelser.

Videre skal ”overdragelsens omfang og hvilken økonomisk verdi den har for erverver {sees i lys av} de konkrete forhold som gjør seg gjeldende” jf. åvl. §5-3 annet ledd. Utgangspunktet for vurderingen vil være den enkelte avtale etter ordlyden. Her vil eksempelvis *den tekniske kvaliteten* på musikkverket og *artistens grad av anerkjennelse*, og ”merkevare” kunne trekkes inn. Ved plateselskapenes inngåelse av en artistavtale med en anerkjent artist vil omstendighetene tale for at vederlaget skal svare til den økonomiske verdi ”artistens navn” har for å anses som rimelig etter §5-3.

Etter åvl. §5-3 annet ledd skal ”overdragelsens omfang og hvilken økonomisk verdi den har for erverver {sees i lys av}... hva som er vanlig og rimelig på området.” At kontrakten opererer med den sedvanlige vederlagsordningen (royalty på 15%) kan i utgangspunktet tale for at vederlaget er ”rimelig” etter §5-3. Den nærmere vurderingen vil likevel måtte ta høyde for om konkrete forhold ved rettighetsoverdragelsen skulle tilsi at et annet vederlag ville være ”rimelig”.<sup>172</sup> Den antatte markedsverdien av det overdratte musikkverket vil kunne vektlegges i vurderingen av om vederlaget er ”rimelig” her.

Fordi vurderingsmomentene etter åvl. §5-3 ikke er uttømmende vil også andre relevante momenter kunne trekkes inn i vurderingen. Det er vanlig at platekontraktene inneholder såkalte *opsjoner*. Opsjoner går ut på at plateselskapet sikrer seg en rett til å forlenge avtalen etter avtalens utløp. Implisitt i retten til å forlenge kontrakten, ligger også en rett til å avstå fra å videreføre avtalen. Disse opsjonene er ensidig bindende. Altså kan ikke artisten på samme måte hverken forlenge, reforhandle eller avstå fra kontrakten. Dersom artisten oppnår suksess fratas hun muligheten til å forhandle frem et vederlag som tar høyde for hennes økning i markedsverdi. For artistavtaler vil dette gi spesielt stort utslag, fordi kontrakten også binder artistens inntektsfordeling på andre områder. Det kan derfor antas at platekontrakter som

---

<sup>171</sup> Høringsnotatet s. 236.

<sup>172</sup> Høringsnotatet s.356.

inneholder opsjoner tilsier at det avtalte vederlaget må ta høyde for en fremtidig økning av artistens markedsverdi for å anses som ”rimelig” etter åvl. §5-3.

## Litteraturliste

Tøien, Irina Eidsvold, Skapende, utøvende kunstnere (Oslo 2016)

Rognstad, Ole-Andreas, Opphavsrett (Oslo 2009)

Knoph, Ragnar, Åndsretten, Oslo 1936

Riis, Thomas, Ophavsret og retsøkonomi (København 1996)

## Kilder

### Dommer

#### Norske høyesterettsdommer

Rt 1964 s.782 (Jukeboks-dommen)

Rt.1953 s.633 (Bedriftmusikk-dommen)

Rt.2001 s.872 (Løkke Sørensen)

Rt.2006 s.752 (Jul i Blåfjell)

#### Norske underrettsdommer

LB-1997-3221 (Kvitnes-dommen)

TOSLO-2009-10444 (Pushwagner-dommen)

LB-2012-206223 (Gramo-dommen)

#### Skandinaviske dommer

UfR 2002 s. 1224 (Tango Jalousie)

NJA 1986 s.702

NJA 1976, s. 282 (Skuespiller-dommen)

U. 2007. 1581H (Søppelbil-dommen)

## **Europeiske dommer**

C-306/05 (SGAE-dommen)

C-604/10 (Football Association Premier League)

C-306/05 (Rafael Hoteles)

C-135/10 (Tannlege-dommen)

C-245/00 (SENA-dommen)

C-192/04

## **Vederlagsnemda**

VVN-2006-1

VVN-2004-1

## **Norske lover**

Åndsverkloven	Lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v.
Avtaleloven og	Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer mv
Fondsloven fremføring	Lov av 14. desember 1956 nr. 4 om avgift på offentlig fremføring av utøvende kunstners prestasjoner m.v.
Vergemålsloven	Lov av 26. Mars nr.9 om vergemål
Aksjeloven	Lov av 13. Juni 1997 nr.44 om aksjeselskaper

## **Forarbeider**

Åndsverkloven	Ot.prp.nr. 85 (1997-1998)
	Ot.prp.nr. 80 (1996-1997)
	Ot.prp.nr. 46 (2004-2005)

## **Internasjonale konvensjoner**

Opphavsrettsdirektivet	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. Mai 2001
Dir. 2006/115/EF	Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret. (Utleiedirektivet)
Bernkonvensjonen (BK)	Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske kunstneriske verk av 9. september 1886
Romakonvensjonen (RK)	Romakonvensjonen av 1961 om vern for utøvende kunstnere, fonogramprodusenter og kringkastingsforetak
Opphavsrett (WPPT)	WIPO-traktat om framføringer og fonogrammer, 20.12.1996

## **Høringsnotat**

Høringsnotat forslag til ny lov om opphavsrett til åndsverk mv. (Åndsverkloven)

## **Nettsider**

Gramo sine nettsider	” <a href="https://www.gramo.no">https://www.gramo.no</a> ”
Regjeringen sine nettsider for digital versjon av høringsnotatet	” <a href="https://www.regjeringen.no/">https://www.regjeringen.no/</a> ”
Store norske leksikon sine nettsider	” <a href="https://snl.no">https://snl.no</a> ”

## **Intervju**

Intervju med førsteamanuensis Irina Eidsvold Tøien  
Intervju med Professor Ole Andreas Rognstad, november 2016  
Intervju med et norsk majorselskap, november/desember 2016  
Intervju med Gramart, november 2016  
Intervju med Kulturdepartementet, november 2016

## **Kontrakter**

Taushetsbelagte kontrakter mellom artister og plateselskap.