

VOLDGIFTSDOM

Kopinors voldgiftsrettssak nr. 5

Voldgiftsrettens medlemmer:

1. Advokat Are Stenvik (leder)
2. Professor Kåre Lilleholt
3. Advokat Terje Dahl Svendsen

Saksøker 1:	Den norske Forfatterforening (DNF)
Saksøker 2:	Norsk Oversetterforening (NO)
Saksøker 3:	Norsk faglitterær forfatter- og oversetterforening (NFFO)
Prosessfullmektig for saksøkerne 1-3:	Advokat Jan Terje Helmlı
Saksøker 4:	Norsk organisasjon for visuell kommunikasjon (Grafill)
Saksøker 5:	Norske Billedkunstnere
Saksøker 6:	Norske Kunsthåndverkere
Saksøker 7:	Norges Fotografforbund
Saksøker 8:	Forbundet Frie Fotografer
Prosessfullmektig for saksøkerne 4-8:	Advokat Christian Wadahl Uhlen
Saksøker 9:	Norsk forening for komponister og tekstforfattere (NOPA)
Saksøker 10:	Norsk Komponistforening
Saksøker 11:	nyMusikks komponistgruppe
Saksøker 12:	Norsk Revyforfatterforening
Saksøker 13:	Norske Barne- og Ungdomsbokforfattere
Saksøker 14:	Norske Dramatikeres Forbund
Prosessfullmektig for saksøkerne 9-14:	Advokat Jan Terje Helmlı

Saksøkt 1: Den norske Forleggerforening (DnF)

Saksøkt 2: Musikkforleggerne (Norsk Musikkforleggerforening)

Prosessfullmektig for saksøkte 1 og 2: Advokat Mathias Lilleengen

Voldgiftsretten avsa 7. september 2020 slik

dom:

1. Innledning

Saken gjelder fordelingen av vederlag som Nasjonalbiblioteket har betalt til Kopinor for å få rett til å gjøre bokverk tilgjengelige for allmennheten over internett. Spørsmålet er hvordan vederlaget skal fordeles mellom opphavere og utgivere.

Opphavsrett tilkommer den som skaper et åndsverk (opphaveren), jf. åndsverkloven § 2, og varer i opphaverens levetid og 70 år etter utløpet av opphaverens dødsår, jf. § 11. Opphavsretten gir enerett til å råde over åndsverket ved eksemplarframstilling og ved å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten, jf. § 3.

Innenfor visse grenser kan opphaveren overdra opphavsretten, jf. åndsverkloven § 67 første ledd. Ved bokutgivelser inngås ofte en forlagsavtale, hvor forlaget overtar en eksklusiv utgivelsesrett for åndsverket i bokform, noen ganger også i andre former, for eksempel i form av e-bok og nettbok. I tillegg til den opphavsretten som erverves gjennom forlagsavtalen, har utgivere beskyttelse mot visse former for nærgående konkurranse etter markedsføringsloven. Markedsføringsloven beskytter den innsatsen som er nedlagt i bokutgivelsen ved redaksjonelt og typografisk arbeid, markedsføring mv. I enkelte tilfeller har forlagets ansatte også utvist original og individuell skapende åndsinnsetning i det redaksjonelle arbeidet, som kan gi medopphavsrett i det ferdige verket. Slik medopphavsrett kan være overført fra de forlagsansatte til forlaget i kraft av ansettelsesforholdet.

Kopinor er en forvaltnings- og interesseorganisasjon som representerer rettighetshavere til åndsverk. Kopinors medlemmer er foreninger som organiserer henholdsvis opphavere og utgivere av åndsverk. Til sammen 22 organisasjoner er med i Kopinor, hvorav 17 representerer opphavere og fem representerer utgivere. Alle partene i denne saken er medlemmer av Kopinor. Saksøkerne representerer opphavere til åndsverk, og de saksøkte representerer forlag som ved avtale har ervervet rettigheter til å utgi åndsverk, og som har utgitt disse i form av blant annet bokverk.

Kopinors formål er ifølge vedtektenes § 1 «å sikre de økonomiske og ideelle rettigheter til opphavere og andre rettighetshavere ved å forvalte rettigheter på ikke-eksklusivt grunnlag hvor medlemmene finner det hensiktsmessig».

Kopinor inngår kollektive avtaler om utnyttelse av åndsverk på vegne av rettighetshaverne. Med grunnlag i Kopinors vedtekter er det fastsatt et system for fordeling av vederlaget fra kollektive avtaler mellom de berørte rettighetshaverne, jf. vedtektenes § 2. Fordelingen av vederlaget fra den enkelte avtale kan besluttes av styret etter § 6-7 annet ledd eller gjøres til gjenstand for forhand-

linger mellom rettighetshaverorganisasjonene. I praksis skjer fordeling av vederlag gjennom forhandlinger. Forhandlingene ledes av fordelingsnemnda, jf. § 7-3 første ledd, i samsvar med instruks fastsatt av styret. Det forhandles først om fordelingen mellom opphaverorganisasjonene og utgiverorganisasjonene, deretter om fordelingen av henholdsvis opphaverandelen og utgiverandelen. Fordelingsnemnda kan forestå mekling når den finner grunnlag for det, og fatter fordelingsvedtak når det ikke oppnås enighet. Fordelingsvedtak kan bringes inn for voldgift etter § 7-3 annet ledd, jf. § 9. Etter § 9-2 er voldgiftsretten «eneste kompetente domstol i tvister mellom organisasjonene og mellom disse og Kopinor om forståelsen av Kopinors vedtekter, om forvaltningsspørsmål og om fordelingsaker». Fordelingen skal uansett fordelingsmåte baseres på et prinsipp om at organiserte og utenforstående rettighetshavere behandles likt, jf. § 3-1 tredje ledd.

Den foreliggende tvisten gjelder fordeling av vederlag for tilgjengeliggjøring av bøker i Nasjonalbibliotekets nettbibliotek. Tvisten omfatter vederlaget fra og med inntektsåret 2018. Fordelingsnemndas vedtak, som ble fattet 21. mai 2019, vil bli gjengitt nedenfor.

Nasjonalbibliotekets nettbibliotek er en tjeneste hvor bøker gjøres vederlagsfritt tilgjengelige for allmennheten over internett. For bøker som er opphavsrettslig vernet, gis publikum bare lese-tilgang, ikke adgang til nedlasting, kopiering eller utskrift. Bøkene er i utgangspunktet bare tilgjengelige for nettbrukere med norske IP-adresser.

Nettbiblioteket ble lansert som en forsøksordning i 2009 under navnet «Bokhylla». Selv om navnet «Bokhylla», så vidt voldgiftsretten forstår, ikke lenger brukes av Nasjonalbiblioteket, har det konsekvent vært brukt av sakens parter, og det vil derfor også bli brukt i det følgende.

Bokhylla omfattet ved oppstarten bøker fra 1790-, 1890- og 1990-tallet. I 2012 ble tjenesten gjort permanent og utvidet til å gjelde alle bøker til og med år 2000.

Klarering av rettighetene i materialet som inngår i Bokhylla, har grunnlag i en avtale mellom Nasjonalbiblioteket og Kopinor inngått 29. august 2012. Ved denne avtalen, som her betegnes «Bokhylla-avtalen», gis Nasjonalbiblioteket rett til digital formidling av trykte bøker som er utgitt i Norge, herunder oversatt litteratur, til og med år 2000. Ved utløpet av 2018 omfattet Bokhylla omkring 240 000 opphavsrettslig vernede titler. De viktigste kategoriene er fag- og lærebøker (ca. 70 %) og skjønnlitteratur (ca. 30 %). Avtalen gjelder bare bøker som er underlagt opphavsrett. Etter avtalens § 7 kan boktitler trekkes fra avtalen etter anmodning fra en berørt rettighetshaver. Det er opplyst at vel 4000 titler er trukket fra Bokhylla per desember 2019. Det betales et årlig vederlag per side som er tilgjengeliggjort. Det samlede vederlaget utgjorde i 2017 kr 13 233 802. Vederlag fra og med 2018 vil bli fordelt på grunnlag av denne voldgiftsdommen.

Vederlaget fra Bokhylla-avtalen fordeles dels individuelt, dels kollektivt. Dette ble bestemt av Kopinors styre den 31. januar 2014. Følgende vedtak ble fattet:

«Vederlag for Bokhylla fordeles kollektivt for oversettere, komponister, opphavsmenn til visuelle verk og forfattere som vil ha krav på mindre enn 800 kr per kalenderår. Det legges opp til individuell utbetaling til forfattere som har krav på 800 kr eller mer. Til forlag utbetales vederlag individuelt i den grad det er praktisk mulig, mens det øvrige vederlaget fordeles kollektivt. Administrasjonen innkaller organisasjonene til fordelingsforhandlinger.»

Ettersom det avtalte vederlaget dekker både opphaver- og utgiverrettigheter, må det både ved individuell og kollektiv fordeling benyttes fordelingsnøkler, som deler vederlaget i en opphaverandel

og en utgiverandel. Betegnelsen «utgiverandel» brukes her om den totale andelen som tilfaller utgiversiden (forlagene), og som skal kompensere for utnyttelsen av alle rettigheter som utgiverne er i besittelse av, både på opphavsrettslig grunnlag og etter markedsføringsloven.

Fordelingen av vederlaget fra Bokhylla-avtalen har vært behandlet i flere forhandlingsmøter. Forhandlinger i 2011 endte med at partene ble enige om å bruke de samme fordelingsnøkklene som for vederlag fra fotokopiering. Det samme ble utfallet av forhandlinger i 2014. For 2017 innebar dette en samlet opphaverandel på kr 7 774 125, hvorav kr 1 062 401 (13,7 %) ble fordelt individuelt. Utgiverandelen var i 2017 kr 3 838 578, hvorav kr 2 516 296 (65,5 %) ble fordelt individuelt.

Fordelingsnøkklene for fotokopiering bygger på voldgiftspraksis, fordelingsvedtak og forhandlinger, og har ligget fast i mange år. For de kildekategoriene som er aktuelle i denne saken, er fotokopieringsnøkklene som følger:

Læreverk	opphavere 50 %	utgivere 50 %
- universiteter og høyskoler	opphavere 60 %	utgivere 40 %
Fagbok, saklitteratur	opphavere 70 %	utgivere 30 %
- skoleverket mv.	opphavere 75 %	utgivere 25 %
- universiteter og høyskoler	opphavere 60 %	utgivere 40 %
Leksikon, oppslagsverk	opphavere 50 %	utgivere 50 %
Skjønnlitterære originalverk	opphavere 75 %	utgivere 25 %
Skjønnlitterære samleverk	opphavere 60 %	utgivere 40 %
Sangbok, visebok:		
dikt/sangtekster	opphavere 50 %	utgivere 50 %
annet	opphavere 60 %	utgivere 40 %

Det fremgår av protokoller fra meklingsmøter i 2011 at partene reservert seg mot at disse fordelingsnøkklene skulle skape presedens for senere fordelingsforhandlinger.

I forhandlinger i 2018 kom partene ikke til enighet, og saken ble derfor oversendt til fordelingsnemnda, som 21. mai 2019 fattet følgende enstemmige vedtak:

«Fordelingsnøkklene mellom opphavere og utgivere for de ulike kildekategoriene i Bokhylla fastsettes til

Læreverk	opphavere 52 %	utgivere 48 %
Fagbok, saklitteratur	opphavere 72 %	utgivere 28 %
Leksikon, oppslagsbok	opphavere 52 %	utgivere 48 %
Skjønnlitterære originalverk	opphavere 76 %	utgivere 24 %
Skjønnlitterære samleverk	opphavere 62 %	utgivere 38 %
Sangbok, visebok:		
dikt/sangtekster	opphavere 52 %	utgivere 48 %
alt utenom dikt/sangtekster	opphavere 62 %	utgivere 38 %

Nøkklene gjelder for fordeling av vederlag innkommet fra og med 2018.»

I fordelingsnemndas begrunnelse for fastsettelsen av fordelingsnøkklene heter det:

«I behandlingen av saken har fordelingsnemnda grundig vurdert opphaver- og utgiversidens krav slik de er blitt presentert for nemnda.

Utgiversidens primære krav var en gjennomgående 50/50-fordeling for alle kildekategorier, noe som blant annet ble begrunnet med forhold i andre land. Etter nemndas oppfatning er en slik sammenlikning lite relevant, gitt Kopinors veletablerte praksis med forhandlede nøkler som avviker betydelig fra en 50/50-fordeling. Nemnda finner ikke tungtveiende argumenter for en slik fundamental nyordning og ser heller ikke andre forhold som underbygger kravet.

Utgiversidens subsidiære krav var en videreføring av nøklene for fotokopiering, som hittil har vært brukt også for Bokhylla. Opphaversiden tok i sitt krav utgangspunkt i disse nøklene og krevde en vesentlig høyere andel. Opphaversiden presenterte ikke et subsidiært krav.

Opphavernes begrunnelse for kravet var blant annet at Bokhylla representerer en ny type bruk som ikke medfører nye kostnader for rettighetshaverne, at en stor andel av bøkene er eldre utgivelser der tilgjengeliggjøringen ikke medfører noe tap for utgiverne, og at det for en del av bøkene kan stilles spørsmål ved om forlag overhode har rettigheter knyttet til dem. Samlet krevde opphaverne en gjennomgående reduksjon på $\frac{1}{4}$ i utgivernes andeler.

Nemnda har grundig vurdert argumentene og har lagt vekt på betydningen av Bokhylla som et viktig nasjonalt kulturarvstiltak og et fellesprosjekt for opphavere og utgivere i Kopinor. Med tanke på de betydelige vederlagsmidlene som genereres, anser nemnda det som viktig at Bokhylla fortsatt består, noe som krever oppslutning både fra opphavere og utgivere. Dette tilsier at endringene i dagens fordelingsnøkler ikke kan bli store.

Betalingsmodellen, der sideprisen er lik for alt tilgjengeliggjort materiale, må anses som en gjennomsnittspris for et svært differensiert korpus. Det må antas at sammensetningen av Bokhylla ikke sammenfaller med sammensetningen av fotokopieringen på Kopinors øvrige vederlagsområder. Etter alt å dømme kopieres det f.eks. i utdanningssektoren hovedsakelig fra nyere utgivelser og kun marginalt fra publikasjoner som er eldre enn 50 år. Av Bokhyllas ca. 240 000 titler er 78 000 - nær $\frac{1}{3}$ - utgitt før år 1970, og det må antas at utgivers juridiske rettigheter til mange av disse bøkene er falt bort. Dette tilsier en justering av fordelingsnøkklene slik at opphaverne får en noe høyere andel enn for fotokopiering.

Tallene for fordelingen av 2017-vederlaget til norske rettighetshavere viser at opphaverne mottok ca. 67 prosent og utgiverne 33 prosent av det totale vederlaget. Konsekvensene av de fordelingsnøkklene nemnda har fastsatt, er at fordelingen av 2018-vederlaget vil bli ca. 70 prosent til opphavere og 30 prosent til utgivere.»

Fordelingen av Bokhylla-vederlaget mellom kildekategoriene skjer på grunnlag av statistiske undersøkelser. Kopinors styre vedtok 30. oktober 2018 at det ved fordelingen fra og med 2018 skal legges til grunn en undersøkelse utført av Ipsos i 2018. Ved denne undersøkelsen viste det seg vanskelig å skille mellom læreverk og fagbøker for høyere utdanning. Læreverk for høyere utdanning er derfor inkludert i kategorien «fagbok, saklitteratur».

Saksøkerne nr. 1-3 innga stevning til voldgiftsretten 21. juli 2019, med påstand om endring av fordelingsnemndas vedtak. De saksøkte tok til motmæle ved tilsvar inngitt 6. september 2019. De

Øvrige saksøkerne erklærte inntreden som parter i saken etter at tilsvaret ble inngitt; saksøker nr. 9 den 16. september 2019, saksøkerne nr. 4-8 den 17. september 2019, saksøkerne nr. 10 og 11 den 18. september 2019, saksøker nr. 12 den 24. september 2019 og saksøkerne nr. 13 og 14 den 1. oktober 2019.

Ved prosesskriv 24. september 2019 gjorde de saksøkte gjeldende at saken måtte avvises fordi saksøkerne nr. 1-3 ikke er «representative for det søksmålet som er reist». Videre ble det gjort gjeldende at det ikke er hjemmel for partsinntreden for de organisasjonene som ikke innga stevning, fordi en slik rett ikke kan utledes av Kopinors vedtekter. Kravene om avvisning ble ikke tatt til følge. Ved voldgiftsrettens beslutning 18. oktober 2019 ble det bestemt at saken fremmes og at saksøkerne nr. 4-14 tillates å tre inn som parter i saken.

Hovedforhandling var berammet 16.-18. mars 2020, men måtte omberammes av smittevern hensyn etter utbruddet av covid-19. Forhandlingene ble avvirket 24.-26. august 2020. Foruten prosessfullmektigene møtte Den norske Forfatterforening ved generalsekretær Mette Møller, Norsk organisasjon for visuell kommunikasjon (Grafill) ved daglig leder Lene Renneflott, Norges Fotografforbund ved daglig leder Heidi Thon og Den norske Forleggerforening ved forlagssjef Hege Gundersen. Det ble avgitt vitneforklaringer etter innkalling fra saksøkerne fra Trond Andreassen. Videre ble det avgitt vitneforklaringer etter innkalling fra de saksøkte fra konsulent Thomas Nygaard, strategidirektør i Gyldendal, Einar Ibenholt, og forlagssjef i Fagbokforlaget, Trond Petter Hinrichsen. Statistikk- og analysesjef i Kopinor, Helge Jagland, fulgte forhandlingene og avga forklaring etter begge parters anmodning.

2. Partenes anførsler

2.1 Saksøkerne

Saksøkerne har i det vesentlige anført:

Fordelingsnøkklene må fastsettes ut fra en helhetlig vurdering av tapsbetraktninger, rettigheter i satsbildet, forlagsinnsats og erverv av rettigheter. Det er naturlig å ta utgangspunkt i fordelingsnøkklene som brukes ved fotokopiering, men særtrekk ved Bokhylla tilsier at fordelingen justeres i favør av opphaverne.

Nasjonalbiblioteket har rett til vederlagsfri eksemplarframstilling (innskanning) etter åndsverkloven § 49. Det er derfor bare tilgjengeliggjøringen av bokverkene for allmenheten som skal kompenseres. Utgiverens enerett etter forlagsavtalene er begrenset, og for bokverk utgitt frem til og med år 2000 omfatter forlagene rettigheter ikke digitale utgivelser. Vernet for «satsbildet» etter general-klausulen i markedsføringsloven § 25 må være tidsbegrenset, og bør ikke være lenger enn verne-tiden for fonogramproduksjoner, som frem til 2014 var 50 år etter utløpet av det året innspillingen fant sted eller ble utgitt. Vernet må dessuten være begrenset til bøker som fortsatt er kommersielt tilgjengelige. Tilsvarende begrensninger må anses å gjelde for opphavsrettigheter som forlagene har ervervet fra sine ansatte.

Bokhylla er et historisk arkiv med relativt få utgivelser i aktiv forvaltning. Dette, sammen med at verkene ikke kan skrives ut eller lastes ned, innebærer at utnyttelsen i mindre grad enn på andre forvaltningsområder påfører utgiverne økonomisk tap. En eventuell negativ virkning på boksalget er sannsynligvis neglisjerbar.

Videre inneholder Bokhylla mange utgivelser som ikke er utgitt av forlag eller mediebedrift, men av opphavere, andre privatpersoner, foreninger, offentlige organer mv. Både tapsbetraktninger og mindre forlagsinnsats tilsier lavere utgiverandeler for slike utgivelser, som anslås å utgjøre minst én fjerdedel av det samlede innholdet i Bokhylla.

Endelig er det mange populære utgivelser som ikke er med i Bokhylla fordi en rettighetshaver har reservert seg.

Samlet innebærer de nevnte forholdene at den samlede utgiverandelen reduseres fra omtrent én tredjedel til omtrent én fjerdedel.

Hver av partene må bære egne sakskostnader. Kostnadene til voldgiftsretten fordeles forholdsmessig mellom partene i samsvar med de fordelingsnøklerne voldgiftsretten kommer frem til.

Saksøkerne har nedlagt slik påstand:

1. Fordelingsnøklerne fastsettes etter voldgiftsrettens skjønn, med opphaverandeler begrenset oppad til de som fremgår av tabellen nedenfor.

<i>Kildekategori</i>	<i>Opphaverandel</i>	<i>Utgiverandel</i>
Fagbok, saklitteratur	77,5 %	22,5 %
Læreverk	62,5 %	37,5 %
Leksikon, oppslagsbok	62,5 %	37,5 %
Skjønnlitterære verk - originalverk	81,25 %	18,75 %
Skjønnlitterære verk - samleverk	70 %	30 %
Sangbok, visebok		
- Dikt/ sangtekster	62,5 %	37,5 %
- Alt utenom dikt/ sangtekster	70 %	30 %

2. Hver av partene bærer sine sakskostnader.
3. Voldgiftsrettens honorar og omkostninger fordeles forholdsmessig mellom partene i samsvar med den gjennomsnittlige fordelingen av det samlede vederlaget mellom utgiversiden og opphaversiden slik denne fordelingen blir som resultat av voldgiftsrettens dom. Sakens parter er solidarisk ansvarlige for betalingen.

2.2 *Saksøkte*

Saksøkte har i det vesentlige anført:

Bokhylla-avtalen bygger på en forutsetning om at både opphaversiden og utgiversiden har rett til en andel av vederlaget.

Bokhylla må karakteriseres som et nytt fordelingsområde, hvor tidligere fordelinger ikke skaper presedens. Etter normalkontraktene i bokbransjen fordeles nettoinntektene fra bokutgivelser omtrent likt mellom opphavere og utgivere. Videre er det internasjonalt en generell tendens at vederlaget på nye områder fordeles 50-50, jf. rapporten «General paper on distribution of revenue» fra The International Federation of Reproduction Rights Organisations. Det er naturlig å legge vekt på dette ved fordelingen av Bokhylla-vederlaget. Også sameieloven gir støtte for likedeling av inntektene mellom partene.

De momentene som er tillagt vekt i etablert voldgiftspraksis støtter opp under en likedeling av inntektene i denne saken. Både utgiverinnsats og tapsbetraktninger tilsier en høyere utgiverandel enn ved tidligere fordelinger. Det er nyere utgivelser som vises mest i Bokhylla. Mange av disse utgivelsene er fortsatt i salg, og det må legges til grunn at tilgjengeliggjøringen i Bokhylla reduserer utgiverens salg og medfører et økonomisk tap.

Utgiverandelen må fastsettes slik at den kompenserer for utgiverens avledede opphavsrettigheter, for rettigheter etter markedsføringsloven og for de rettigheter som følger av forfatterens lojalitetsplikt. Utgiverens enerett etter forlagsavtalene er som regel tidsbegrenset. Normalkontraktene åpner i noen grad for at forfatteren kan kreve tilbake rettigheter om boken ikke selges lenger, men dette forutsetter en aktiv handling. Det må også tas hensyn til at tilgjengeliggjøring i Bokhylla kan gå på bekostning av forlagenes muligheter for digital utnyttelse av eldre verk.

Det kan ikke legges vekt på at en del av bøkene i Bokhylla er registrert uten kjent forlag eller mediebedrift. Enhver utgivelse har en utgiver. Også for bøker som er utgitt av opphaveren selv, skal det utmåles en utgiverandel. Opphaveren har i så fall krav på utgivervederlag fra utgiverorganisasjonene for sin forlagsinnsats.

Subsidiært gjøres det gjeldende at Bokhylla-vederlaget fordeles etter fotokopieringsnøkkelen, med en nødvendig tilpasning som følge av at lærebøker for høyere utdanning er plassert i kategorien «fagbok, saklitteratur».

Saksøkte bør tilkjennes sakskostnader etter voldgiftsloven § 40 annet ledd. Kostnadene til voldgiftsretten fordeles i samsvar med de fordelingsnøkklene voldgiftsretten fastsetter.

Saksøkte har nedlagt slik påstand:

1. Retten utmåler utgiverandel av Bokhyllavederlaget etter eget skjønn, oppad begrenset til 50 % for samtlige kildekategorier.
2. Voldgiftsrettens omkostninger fordels etter fordelingsnøkkelen for vederlagsmidler for Bokhylla.no slik nøkkelen er etter domsavsigelse.
3. Saksøkerne dømmes solidarisk til innen to uker fra dommens forkynnelse å betale saksøktes sakskostnader.

3. Voldgiftsrettens bemerkninger

Twisten gjelder fordeling av vederlag for utnyttelse av rettigheter i bokutgivelser. Den omfatter bare fordelingen mellom opphavere og utgivere, ikke fordelingen mellom organisasjonene på henholdsvis opphaversiden og utgiversiden.

Hva vederlaget gjelder

Vederlaget som skal fordeles, gjelder betaling for de rettighetene Nasjonalbiblioteket gis i Bokhylla-avtalen. Det fremgår av avtalens § 3 at den gjelder «norske og utenlandske publikasjoner hvis rettighetshavere Kopinor representerer, jf. lov av 12. mai 1961 nr. 2 (åndsverkloven) og konkurranserettslige regler». Nasjonalbiblioteket har allerede rett til å fremstille bevaringskopier av åndsverk etter åndsverkloven § 49 første ledd, jf. forskrift av 21. desember 2001 § 1-3. Avtalen gir i

tillegg Nasjonalbiblioteket rett til å fremstille visningskopier og gjøre disse tilgjengelige på internett, jf. avtalens § 3. Voldgiftsretten oppfatter henvisningen til «konkurranserettslige regler» som uttrykk for at avtalen og vederlaget - i tillegg til opphavsrettigheter - omfatter utgiverrettigheter etter markedsføringsloven, det som tradisjonelt har vært omtalt som «satsbildevernet».

Utgiverne har anført at vederlaget må anses å omfatte utgiverrettigheter også til verk som ikke lenger er opphavsrettslig vernet. Voldgiftsretten er ikke enig i dette. Det fremgår av avtalens § 2 at den ikke gjelder materiale «hvis opphavsrettslige vernetid er utløpt», og det er ingen ting som tyder på at vederlaget er ment å gjelde noe mer. Dersom noen utgivere mener å ha rettigheter etter markedsføringsloven til materiale som faller utenfor avtalen, må de ta dette opp med Nasjonalbiblioteket.

Vederlaget gjelder alle utgivelser som er opphavsrettslig vernet, uavhengig av om rettighetshaverne er tilsluttet Kopinor eller ikke. For rettighetshavere som ikke er medlemmer av Kopinor, har avtalen rettsvirkning som avtalelisens etter åndsverkloven § 50 første punktum, som lyder slik:

«Arkiv, bibliotek og museer kan fremstille eksemplarer av utgitte verk i samlingene og gjøre slike verk tilgjengelig for allmennheten når betingelsene for avtalelisens etter § 63 første ledd er oppfylt.»

Bestemmelsen i åndsverkloven § 50 tilsvarer § 16a i åndsverkloven av 1961, som gjaldt da Bokhylla-avtalen ble inngått.

Av åndsverkloven § 63 tredje ledd følger det at en avtale, for å gi grunnlag for avtalelisens, må inngås med en organisasjon som er godkjent av departementet. For å kunne godkjennes, må organisasjonen representere et betydelig antall av opphavere og være egnet til å forvalte rettighetene på området. Kopinor og alle opphaverorganisasjoner som er medlemmer av Kopinor, er godkjent etter § 63, og har dermed kompetanse til å inngå avtaler som utløser avtalelisens. Utgiverorganisasjonene må oppfylle lignende krav i medhold av Kopinors vedtekter § 2.

Det følger av det som er sagt, at Bokhylla-avtalen innebærer to ting: For det første har rettighetshavere som er medlemmer av foreninger som er tilsluttet Kopinor, gitt samtykke til den avtalte verksutnyttelsen gjennom den fullmakten de i kraft av sine medlemskap har gitt sin medlemsorganisasjon og Kopinor til å forvalte rettighetene på deres vegne. For det andre utløser Bokhylla-avtalen den lovbestemte avtalelisensen, som innebærer at Nasjonalbiblioteket også kan utnytte verk fra rettighetshavere som *ikke* er medlemmer av en representativ organisasjon (utenforstående rettighetshavere), jf. åndsverkloven § 50 og § 63 første ledd. Avtalelisensvirkningen etter åndsverkloven omfatter bare *opphavsrettighetene* i bokverkene. For rettigheter etter markedsføringsloven er Bokhylla-avtalen bare bindende på avtalerettslig grunnlag, og dermed bare for organiserte rettighetshavere. Utenforstående og organiserte rettighetshavere skal likevel behandles likt ved fordelingen av alt kollektivt vederlag, også vederlag som bygger på markedsføringsloven. Det følger av § 3-1 tredje ledd i Kopinors vedtekter. Prinsippet om likebehandling av utenforstående og organiserte rettighetshavere innebærer at skillet mellom rettighetshavere som er bundet av Bokhylla-avtalen, og de som ikke er det, blir uten betydning for de fordelingsspørsmålene voldgiftsretten skal ta stilling til.

Vederlagets størrelse

Ved Bokhylla-avtalen er *vederlagets størrelse* fastsatt kollektivt. Det betales ens pris per side som gjøres tilgjengelig, uavhengig av hvilke rettigheter som er knyttet til utgivelsen, og uavhengig av brukens omfang, jf. § 8. Avtalen må forstås slik at vederlaget dekker alle rettigheter i utgivelsene, både opphavsrettigheter, herunder forlagsrettigheter, og rettigheter etter markedsføringsloven.

Voldgiftsretten legger til grunn som uomstridt at vederlagets størrelse er fastsatt med bindende virkning for rettighetshavere som er medlemmer av en organisasjon tilsluttet Kopinor. Dette følger av at medlemmene gjennom medlemskapet har gitt et implisitt samtykke til at Kopinor kan inngå avtaler om kollektiv fastsettelse og innkreving av vederlag på medlemmenes vegne. Rettighetshavere som ikke er medlemmer av Kopinor, er ikke avtalerettslig bundet. Derimot gjelder § 36 første ledd første punktum i åndsverkloven av 1961, som er videreført i gjeldende lovs § 64. I gjeldende § 64 første ledd første punktum heter det:

«Ved bruk av verk etter § 63 er det som avtalen, Vederlagsnemnda eller organisasjonen som mottar vederlaget for bruken, bestemmer om innkreving og fordeling av vederlaget, bindende også for opphavere som ikke representeres av organisasjonen.»

Generelt om fordelingen av vederlaget

Bokhylla-avtalen må anses å bygge på en forutsetning om at vederlaget skal fordeles mellom opphavere og utgivere. Dette følger både av at avtalen angis å være inngått på vegne av både opphaver- og utgiverorganisasjonene i Kopinor, og av den nevnte bestemmelsen om «konkurranserettslige regler», som må oppfattes som siktede til utgiverrettighetene etter markedsføringsloven.

Avtalen fastsetter imidlertid ikke noe nærmere om *hvordan* vederlaget skal fordeles mellom rettighetshaverne. Utgiverforeningene har anført at avtalen ble inngått basert på en forutsetning om likedeling av vederlaget. Voldgiftsretten kan imidlertid ikke se at det er bevismessig grunnlag for at partene hadde en slik, felles forutsetning ved avtaleinngåelsen. Det finnes ikke spor av dette i dokumentbevisene, og de fleste parts- og vitneforklaringene tilsier at fordelingen ikke - eller i liten grad - ble diskutert forut for avtaleinngåelsen. Bevisførselen har samlet etterlatt det inntrykk at Kopinor og medlemsorganisasjonene primært var opptatt av å få på plass en avtale med Nasjonalbiblioteket, og skjøv spørsmålet om fordeling av vederlaget foran seg.

De berørte rettighetshaverne er således bundet av en avtale som kollektivt fastsetter vederlagets størrelse, men ikke hvordan det skal fordeles. Fordelingsspørsmålet må derfor avgjøres med utgangspunkt i alminnelige avtalerettslige prinsipper om *utfylling av avtaler*. Ved slik utfylling er det vanlig å legge vekt på relevante rettsregler på området, etablert praksis mellom partene og rimelighetsvurderinger.

Relevante rettsregler på området

Etter voldgiftsrettens syn må fordelingsspørsmål vurderes på grunnlag av generelle opphavsrettslige regler. Det må blant annet tas hensyn til at opphavsretten i utgangspunktet er en *individuell rett*, og at opphavere har krav på *rimelig vederlag* for andres utnyttelse av retten, jf. åndsverkloven § 69, som er utslag av et generelt rettsprinsipp om rett til rimelig vederlag. Av forarbeidene fremgår det at utgangspunktet også uten en slik bestemmelse, vil være at «overdragelse av rettigheter skal gi rett til rimelig vederlag» (Prop. 104 L (2016-2017) side 334, se også side 231). Prinsippet om

rimelig vederlag er også kommet til uttrykk i traktater og EØS-rettsakter på enkelte områder, jf. blant annet Bernkonvensjonens artikkel 11bis, Romakonvensjonens artikkel 12 og utleie-direktivet (2006/115) artikkel 5 nr. 1 og artikkel 8 nr. 2.

Regelen i utleiedirektivet artikkel 8 nr. 2, som gjelder utøvende kunstnere og fonogramprodusenters rett til vederlag ved kringkasting og offentlig fremføring, er tolket av EU-domstolen i sak [C-245/00](#) (SENA), der det fremheves at uttrykket «rimelig vederlag» («equitable remuneration») tilsikter «at der opnås en passende likevekt mellom de udøvende kunstneres og fonogramfremstilleres interesse i at modtage et vederlag for radio- og fjernsynsudsædelse og tredjemænds interesse i at kunde udsænde dette fonogram under rimelige betingelser» (premiss 36). Vederlaget skal bestemmes i lys av markedsverdien av den aktuelle bruken (premiss 37). Samtidig har EU-domstolen fastslått at det i mangel av en nærmere definisjon av uttrykket «rimelig vederlag» på fellesskapsnivå, er opp til medlemsstatene å «fastlægge de mest relevante kriterier for at sikre, at dette fællesskabsbegreb respekteres inden for de grænser, der er fastsat ved fællesskabsretten og navnlig ved direktiv [92/100](#)» (premiss 34). Fordelingskriteriene må imidlertid være objektive, og de må i størst mulig grad fastsettes i lys av at det er tale om individuelt vederlag for faktisk bruk (premiss 44).

Prinsippene fra SENA-dommen er senere kodifisert i digitalmarkedsdirektivet (2019/790, ennå ikke innlemmet i EØS-avtalen) artikkel 18, som lyder slik:

«Prinsippet om passende og forholdsmæssig aflønning

1. Medlemsstaterne sikrer, at ophavsmænd og udøvende kunstnere, når de udsteder licenser eller overdrager deres eksklusive rettigheder til udnyttelse af deres værker eller andre frembringelser, har ret til passende og forholdsmæssigt vederlag.
2. Ved gennemførelsen af det i stk. 1 fastsatte princip i national ret kan medlemsstaterne frit anvende forskellige ordninger, og de skal tage hensyn til princippet om aftalefrihed og en rimelig balance mellem rettigheder og interesser.»

Reglene om rimelig vederlag tar først og fremst sikte på forholdet mellom rettighetshavere og brukere av åndsverk. Indirekte kan de imidlertid også få betydning ved *fordeling* av kollektivt vederlag mellom rettighetshavere. Reglene tilsier at fordelingen må ta utgangspunkt i rettighetene i materialet som utnyttes, og at fordelingsresultatet bør gjenspeile markedsverdien av de berørte rettighetene som omfattes av avtalen. Ved den konkrete fordelingen av kollektivt vederlag gir reglene likevel begrenset veiledning. Ved slik fordeling må man også kunne ta hensyn til praktiske utfordringer, og foreta forenklinger i form av standardiserte fordelingsnøkler, i den grad det er nødvendig for å holde transaksjonskostnadene på et rimelig nivå. Denne forståelsen er i tråd med praksis fra Vederlagsnemnda og Kabelvistnemnda, jf. blant annet VVN-2006-3, VVN-2007-1 og KTN-2010-3.

Fordelingspraksis i Kopinor-systemet

Mer veiledning gir den *praksis* som er etablert ved fordeling av vederlag innenfor Kopinor-systemet. Etter voldgiftsrettens syn harmonerer denne praksisen godt med reglene om rimelig vederlag, både ved at fordeling skjer med utgangspunkt i rettighetssituasjonen, og ved at det legges vekt på tapsbetraktninger og innsats, som sier noe om materialets markedsverdi. Voldgiftsretten vil komme nærmere tilbake til dette nedenfor.

Kopinors tidligere fordelingsstyre vedtok i 1988 (revidert i 1991) følgende prinsipper for fordeling av vederlag mellom medlemsorganisasjonene:

- «1. Hvert enkelt kopieringsområde/vederlagsområde skal behandles for seg.
2. Vederlaget for den enkelte stofftype innen hver kilde skal fordeles for seg.
3. Alle stofftyper/kilder skal deles i én opphavsmannsandel og én utgiverandel.
4. Alle organisasjoner som har fremmet krav innen en stofftype/kilde, er parter i forhandlingene om fastsettelsen av utgiver- og opphavsmannsandel for kategorien.
5. Alle opphavsmannsorganisasjoner som har fremmet krav innen en stofftype/-kilde, er parter i forhandlingene om fordelingen av opphavsmannsandel av denne kategorien. Tilsvarende gjelder for utgiverorganisasjonene ved deling av utgiverandelen.
6. Fordeling av et vederlag skjer i samsvar med den godkjente statistikk på området.
7. Organisasjonene får normalt bare andel i vederlaget for de stoff/kildekategoriene hvor de ivaretar profesjonelle utøvers interesser og hvor profesjonelt arbeid innenfor kategorien gir grunnlag for medlemskap.
8. I en stofftype/kilde hvor flere organisasjoner har krav innenfor opphavsmannsdelen, skal fordelingen skje med basis i målbare størrelser som er relevante for fordelingen. Tilsvarende gjelder for fordelingen av utgiverandelen av en kategori.»

Prinsippene er ment å gi veiledning i forhandlingene og skal fungere som rettesnor for behandlingen av fordelings spørsmål i fordelingsnemnda. De ble revidert på nytt i 2019, men ikke på punkter som har betydning for avgjørelsen av denne saken.

Fordelingsprinsippene utfylles av voldgiftspraksis. Det er avsagt fem voldgiftsdommer i fordelings saker. Én av voldgiftsdommene er avsagt 14. januar 1985 av en særskilt oppnevnt voldgiftsrett. De øvrige fire er avsagt av Kopinors faste voldgiftsrett, og betegnes vanligvis «Kopinordom 1-4». Det er særlig voldgiftsdommen fra 1985 og Kopinordom 3 og 4 som har betydning for nærværende sak, og disse utgjør det naturlige utgangspunktet for voldgiftsrettens vurdering.

Voldgiftsdommen fra 1985 avgjorde en tvist mellom Kopinor, på vegne av sine daværende medlemmer, og opphaverorganisasjoner som den gang sto utenfor Kopinor, om fordeling av vederlag utbetalt av staten for fotokopiering til papir i skoleverk og voksenopplæring i årene 1980-1982. Utgiverne krevde seg tilkjent en del av vederlaget, og begrunnet prinsipielt kravet med at de etter markedsføringsloven hadde krav på vern for utnyttelse av *satsbildet*, subsidiært med at forfatterne ikke kunne gi samtykke til kopiering uten å bryte den *lojalitetsplikten* de har overfor forlagene. Som et sideordnet grunnlag ble det anført at utgiverne har rett til utgiverandel i kraft av sine *avledede opphavsrettigheter*. Voldgiftsretten ga utgiverne medhold i at de var vernet av general-klausulen i daværende markedsføringslov mot slik kopiering som fant sted i skoleverket. På det grunnlaget fant voldgiftsretten at kopieringen krevde utgiverens samtykke, hvilket ut fra erstatningsrettslige betraktninger måtte gjøre dem berettiget til økonomisk kompensasjon i form av en utgiverandel. Det var etter voldgiftsrettens oppfatning overveiende sannsynlig at forlagene i en viss utstrekning hadde ervervet opphavsrettigheter, men den mente at slike rettigheter måtte kompenseres gjennom en andel av opphaverdelen av vederlaget. Voldgiftsretten fant det ikke nødvendig å ta stilling til utgiverens subsidiære anførsel om utgiverandel på grunnlag av opphavernes lojalitetsplikt, idet et slikt eventuelt grunnlag ikke kunne ses å ha noen selvstendig betydning ved siden av markedsføringsloven. Fastsettelsen av utgiverandelens størrelse måtte etter voldgiftsrettens syn i første rekke skje på grunnlag av en *tapsbetraktning*, det vil si hvor stort tap utgiverne er påført eller kan ventes å bli påført i avtaleperioden som følge av kopieringen.

Utgiverne kunne imidlertid ikke uten videre kreve å få sitt fulle tap erstattet. Utgiverandelen kunne etter voldgiftsrettens syn ikke settes høyere enn at opphaverne får et *rimelig vederlag*. Fordelingen måtte skje skjønnsmessig og i lys av den innsats som lå bak de forskjellige kategorier av utgivelser. Forlagsinnsatsen måtte blant annet anses å være betydeligere for skolebøker og samleverk enn for skjønnlitterære utgivelser. De konkrete fordelingsnøklerne som ble fastsatt ved 1985-dommen har begrenset interesse i vår sak, dels fordi skolekopieringsvederlaget i de aktuelle årene var delt i et grunnprisvederlag og en multiplikatorandel som ble ulikt fordelt, hvilket ikke gjenspeiles i Bokhylla-avtalen, og dels fordi voldgiftsretten i 1985 fastsatte utgiverandelen alene på grunnlag av forlagenes vern for satsbildet etter markedsføringsloven, mens utgivernes avledede opphavsrettigheter ble forutsatt kompensert gjennom en andel av opphaverandelen.

Kopinordom nr. 3 av 22. januar 1988 behandlet fordelingen av vederlag fra skolekopieringsavtalen av 1985, mellom Den norske Forleggerforening og Norsk Faglitterær Forfatterforening. Voldgiftsretten la til grunn at både forfatterne og forlagene hadde opphavsrettigheter i de kopierte verkene. Når rettighetshaverne gjennom sine organisasjoner hadde latt seg representere i forhandlingene, måtte de anses å ha akseptert at det avtalte vederlaget gjaldt felles rettigheter. Voldgiftsretten fant det ikke nødvendig å ta stilling til om vederlaget skulle anses som betaling for avtalt bruk eller som erstatning for inngrep i rettighetene, idet den mente at det langt på vei bare er «et spørsmål om hvilket utgangspunkt man velger og hvilken terminologi man foretrekker». Det avgjørende måtte etter voldgiftsretten syn i alle tilfelle være «hvilke økonomiske interesser partene har og hvorledes disse blir endret som følge av den foretatte kopiering». I fordelingsvurderingen la voldgiftsretten vekt på betraktninger om rettighetenes salgsverdi, innsatsen bak utgivelsene og hvilket økonomisk tap kopieringen kunne antas å ha medført for hver av partene. Fastsettelsen måtte bli «høyst skjønnsmessig», og resultatet måtte bli «en forholdsvis grov fordeling». Voldgiftsretten fastsatte etter dette 75 % opphaverandel og 25 % utgiverandel for skjønnlitterære originalverk og faglitteratur, mens vederlaget ble delt likt mellom opphavere og utgivere for øvrige kategorier, herunder for samleverk, visebøker, oppslagsverk og skolebøker.

Kopinordom nr. 4 av 22. juni 1991 gjaldt fordeling av vederlag for kopiering av noter og sangtekster fra visebøker i årene 1986-1988, mellom Norsk Musikkforleggerforening og berørte opphaverorganisasjoner. For denne kopieringen var det gjennom forhandlinger i 1989 bindende fastsatt at opphaverandelen skulle være 60 % og utgiverandelen 40 %. Musikkforlagene krevde at denne fordelingen måtte justeres ved at opphaverorganisasjonene måtte avgi 1/6 av opphaverandelen til forleggerne. Kravet ble begrunnet med at musikkforlagene i sine normalkontrakter hadde overtatt mer omfattende rettigheter til opphavsrettslig utnyttelse, enn det som var vanlig for bokforlag. Voldgiftsretten ga utgiverne medhold, og fastsatte en likefordeling av vederlaget mellom opphavere og utgivere, det vil si den samme fordeling som ble fastsatt for blant annet visebøker i Kopinordom nr. 3.

Fordelingen i denne saken - utgangspunkter

Utgiverne har prinsipielt gjort gjeldende at fordelingen må løsrives fra etablert fordelingspraksis i Kopinor-systemet, og begrunnet dette med at likedeling er vanlig internasjonalt. Voldgiftsretten er ikke enig i dette. Det er mange forhold som kan påvirke fordelingen av vederlag, og som varierer fra land til land, blant annet markedsforhold, organisasjonsforhold og fordelingstradisjon. Uten nærmere opplysninger om slike forhold er det vanskelig for voldgiftsretten å legge vekt på de fordelingsnøklerne man har kommet frem til i andre land. Dette gjelder ikke minst når man i Norge har en langvarig og festnet praksis å bygge på, som det skal mye til å kaste vrak på. Det er for øvrig

heller ikke gitt nærmere opplysninger om de tilfellene som inngår i den europeiske rapporten som de saksøkte har påberopt, «General paper on distribution of revenue» fra The International Federation of Reproduction Rights Organisations, eller om hvilke overveielser som ligger til grunn for fordelingen i hvert enkelt tilfelle. Dessuten synes ingen av eksemplene å ligne på Bokhylla, heller ikke det franske ReLire-prosjektet, som de saksøkte særlig har fremhevet.

Utgiverne har også vist til lov om sameige av 18. juni 1965, som i § 9 annet ledd sier at «sams inntekt» skal deles likt mellom eierne etter sameieandelene. Etter voldgiftsrettens syn gir denne bestemmelsen ingen veiledning i den foreliggende sak. For det første foreligger det ikke «sams inntekt» fra noe som er eid av partene i fellesskap, men inntekt fra et stort antall rettigheter med ulike eierforhold. For det andre kan man etter voldgiftsrettens syn ikke på en meningsfull måte fastsette sameieandeler i det uensartede materialet som Bokhylla-vederlaget gjelder. Regelen i sameigelovas § 2 første ledd om like andeler passer ikke i et tilfelle som dette. Følgelig er sameigelovas fordelingsregel lite egnet som rettleiding i denne saken. Hertil kommer at sameigelovas fordelingsregel bare gjelder «så langt ikkje anna fylgjer av avtale eller serlege rettshøve», jf. § 1 annet ledd. Den har derfor karakter av å være en subsidiær utfyllingsregel, som kommer til anvendelse om ikke annet følger av avtalen, slik denne må tolkes og utfylles etter alminnelige avtalerettslige regler. En slik situasjon står man etter voldgiftsrettens syn ikke overfor her.

Mot denne bakgrunn er voldgiftsretten kommet til at fordelingen må foretas med utgangspunkt i etablert fordelingspraksis i Kopinor-systemet. Som det fremgikk ovenfor, bygger denne praksisen på at fordelingen skjer på grunnlag av rettighetsforhold, tapsbetraktninger og forlagsinnsats. Spørsmålet i det følgende er hvordan disse momentene slår ut i vår sak. Opphaversiden har gjort gjeldende at man må ta utgangspunkt i fordelingsnøkklene for papirkopiering, men at disse må justeres i favør av opphaverne, hovedsakelig fordi det er tale om mange eldre utgivelser som forlagene ikke lenger har rettigheter i, og fordi en del bøker ikke er utgitt av forlag. Utgiversiden har på sin side gjort gjeldende at fordelingen må justeres i favør av forlagene, særlig fordi det er snakk om kopiering og tilgjengeliggjøring som i større grad konkurrerer med forlagenes egen virksomhet. Det vises til at tilgjengeliggjøringen gjelder hele bøker, ikke bare kopiering av begrensede deler, og at den konkurrerer med moderne utnyttelsesformer basert på strømming av innhold.

Rettighetsforholdene

Det følger som nevnt av Bokhylla-avtalens § 2 at den ikke omfatter materiale hvis opphavsrettslige vernetid er utløpt. Alt materiale som det betales vederlag for, er således forutsetningsvis opphavsrettslig beskyttet og gir rett til opphaverandel. Bokhylla-avtalen står i så måte i samme stilling som andre fordelingsområder i Kopinor.

Det må videre legges til grunn at det for en stor del av bokverkene er inngått forlagsavtaler som gir utgiverne en eksklusiv utgivelsesrett. Det har i lang tid vært vanlig i forlagsbransjen å bruke normalkontrakter fremforhandlet av opphaverne og utgivernes organisasjoner, og det er sannsynlig at mange av bøkene i Bokhylla er basert på slike normalkontrakter. Vilåårene i normalkontraktene varierer i noen grad, avhengig av hvilken type utgivelse det er snakk om og hvilken versjon som har vært brukt. De fleste normalkontraktene gir imidlertid forleggeren en eksklusiv utgivelsesrett for

verket i bokform i opprinnelig og nye utgaver. I normalkontrakten for faglitteratur fra 1982 er forlagsretten regulert på denne måten:

«I det omfang og på de vilkår som er angitt nedenfor, overdrar forfatteren til forlaget enerett til å fremstille, mangfoldiggjøre og utgi første og følgende opplag og utgaver av verket ...

Overdragelsen gjelder enerett til enhver utnyttelse av verket i bokform i originalutgave, herunder rett til å slutte avtaler om utgivelse i bokklubb eller billigutgave. Slike avtaler skal bygge på de vilkår som er godkjent av de to foreninger og skal i hvert enkelt tilfelle godkjennes av forfatteren» (punkt 1.1)

Videre følger det av punkt 2.1 at:

«Alle andre rettigheter innehas av forfatteren. Utnyttelsen av andre rettigheter medfører gjensidig informasjonsplikt og skal skje i former som ikke kan skade originalutgaven og dens utbredelse.»

Digital utnyttelse er ikke regulert i de eldre avtalene. I normalkontrakten for faglitteratur kom bestemmelser om slik utnyttelse inn først i versjonen fra 1999, hvor den i punkt 2.2 er regulert slik:

«Forlaget har førsterett til å utgi verket

a. i maskinlesbar form, så som fra internett, databaser, CD-ROM, disketter, magnetbånd o.l ...

I den utstrekning førsteretten utnyttes, erverver forlaget enerett til de utnyttelsesformer dette gjelder.

Ved utnyttelse av rettighetene etter denne bestemmelse, skal forlaget inngå særskilt avtale med forfatteren om vilkårene for utnyttelsen samtidig med inngåelse av denne kontrakt, eller på et senere tidspunkt ...»

Etter punkt 2.5 i samme kontrakt har forlaget en aktivitetsplikt for digitale rettigheter, og en særskilt tidsfrist for å ta stilling til henstillinger fra forfatteren om slik utnyttelse.

Ettersom førsteretten til digital utnyttelse kom inn i normalkontrakten så sent som i 1999, er den i høyden aktuell for en liten del av bøkene i Bokhylla. Det er ikke ført bevis for andre avtaler om digital utnyttelse av utgivelsene i Bokhylla. Voldgiftsretten må derfor legge til grunn at forlagsretten i Bokhylla-materialet i svært begrenset utstrekning omfatter tilgjengeliggjøring på internett eller gir fortrinnsrett til slik utnyttelse. Dette innebærer imidlertid ikke uten videre at opphaverne fritt kunne inngått avtaler om digital utnyttelse uten forlagenes medvirkning. Det er alminnelig antatt at forfattere som har inngått forlagsavtale, har en alminnelig lojalitetsplikt, som innebærer at de må avstå fra å utnytte opphavsretten på måter som i urimelig grad skjer til foretrekkelig for forlagenes inntjeningsmuligheter. Den ovenfor nevnte bestemmelsen i normalkontrakten for faglitteratur fra 1982, punkt 2.1, om at forfatterens utnyttelse skal skje «i former som ikke kan skade originalutgaven og dens utbredelse», er et utslag av en slik alminnelig lojalitetsplikt. Voldgiftsretten må derfor ta stilling til om lojalitetsplikten nødvendiggjorde forlagenes samtykke ved inngåelsen av Bokhylla-avtalen.

Utgangspunktet må være at lojalitetsplikten opphører ved utløpet av forlagsavtalen. I normalkontrakten for faglitteratur fra 1982 er forlagsavtalens opphør regulert i punkt 1.5, som lyder slik:

«Forlagsavtalen kan oppsies med 1 års varsel etter utgangen av det femte år etter det år siste opplag ble utgitt. For verk som er utgitt for undervisningsformål er fristen to år. Videre utløper forlagsavtalen når restopplaget i forlaget, gjennom prisnedsettelse eller makulering, er kommet under 100 eksemplarer, og nytt opplag ikke blir satt i arbeid innen rimelig tid.»

Opphaverne har opplyst at søk i tilgjengelige databaser har vist at bare omkring 500 av titlene i Bokhylla er bestillingsklare fra forlagene. Selv om det knytter seg noe usikkerhet til dette tallet, gir undersøkelsen en klar indikasjon om at de aller fleste av bøkene i Bokhylla er utsolgt. For utgivelser omfattet av normalkontrakten for faglitteratur fra 1982, innebærer dette at forlagsavtalen «utløper» når «nytt opplag ikke blir satt i arbeid innen rimelig tid». Utgiverne har gjort gjeldende at bestemmelsen ikke kan forstås slik at forlagsretten bortfaller av seg selv, men at opphør forutsetter at forfatteren tar aktive skritt ved å heve avtalene. Bestemmelsens ordlyd taler mot en slik forståelse. Det er mest naturlig å forstå ordet «utløper» som uttrykk for at avtalens bindende virkning opphører av seg selv, i motsetning til «kan oppsies», som er brukt i bestemmelsens første setning. På den annen side har utgiverne rett i at det er en alminnelig oppfatning her i landet at manglende aktivitet fra forlagets side ikke medfører automatisk bortfall av forlagsretten, men gir forfatteren oppsigelsesrett. Åndsverkloven av 1961 inneholdt i § 39e annet ledd en regel om oppsigelsesrett som var ansett å gi uttrykk for sedvane i forlagsbransjen:

«I den utstrekning en forlagsavtale gir enerett, plikter forleggeren å utgi verket innen rimelig tid og sørge for utbredelsen på sedvanlig måte. Hvis forleggeren etter at verket er utgitt ikke sørger for at eksemplar av verket er tilgjengelig for allmennheten innen rimelig tid etter at dette ble krevd av opphavsmannen, kan opphavsmannen si opp avtalen og beholde mottatt honorar.»

Voldgiftsretten behøver ikke å ta stilling til om bestemmelsen i normalkontrakten for faglitteratur fra 1982 punkt 2.1 skal tas på ordet, fordi lojalitetsplikten som følge av tidsforløpet under enhver omstendighet må anses opphørt for de aller fleste utgivelsene. Bokhylla inneholder som nevnt bare bøker utgitt i år 2000 og tidligere. En stor del av utgivelsene er betydelig eldre. Det er opplyst at 64 % av bøkene er utgitt før 1990, og 17 % er utgitt før 1950. Det hører til alminnelig erfaring at de færreste bokutgivelser beholder sin aktualitet i mange år. Ikke minst gjelder dette for faglitteratur og lærebøker, hvor fagets utvikling, nye læreplaner mv. ofte fører til at utgivelsene har begrenset levetid. I fravær av nærmere opplysninger om antall bøker i Bokhylla som fortsatt er tilgjengelige i opprinnelig eller nytt opplag, og i lys av utgivelsenenes til dels betydelige alder, må voldgiftsretten legge til grunn at Bokhylla i hovedsak inneholder utgivelser som ikke lenger lagerføres, og hvor det er gått mange år siden siste opplag. Selv om forlagsretten ikke skulle være bortfalt, kan digital tilgjengeliggjøring av utgivelser som har vært utsolgt i en årrekke, ikke kreve utgiverens samtykke når utnyttelsen ikke lenger er egnet til å skade forlagenes inntjeningsmuligheter. Når en bok har vært utsolgt i flere år uten at forlaget har tatt initiativ til nytt opplag, må det etter voldgiftsrettens syn være klart at forlagene ikke lenger kan motsette seg opphavernes utnyttelse, verken etter normalkontraktenes bestemmelser eller i medhold av den alminnelige lojalitetsplikten.

Voldgiftsretten må etter dette legge til grunn at forlagsavtalene bare i begrenset omfang gir utgiverne rettigheter som berøres av Bokhylla-avtalen. På dette punktet skiller Bokhylla seg fra andre fordelingsområder, hvor kildematerialets alder ikke har vært et tema.

Det neste spørsmålet voldgiftsretten må ta stilling til, er hvilke rettigheter utgiverne har etter markedsføringsloven. Beskyttelsen av utgiverinnsatsen bygger på generalklausulen i markedsføringsloven § 25, som lyder slik:

«I næringsvirksomhet må det ikke foretas handling som strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom.»

Forløperen til den nåværende generalklausulen, markedsføringsloven av 1972 § 1, ble som nevnt lagt til grunn i voldgiftsdommen fra 1985, hvor den er omtalt slik:

«Det er etter voldgiftsrettens oppfatning helt på det rene at markedsføringsloven kan gi vern mot ettergjøring av frembringelser som ikke er 'funnet verdige' til enerettsbeskyttelse i opphavsrettsloven eller i annen lovgivning. Det kan her vises til det nokså parallelle tilfelle når det gjelder resultatet av grammofonplatefabrikantenes innspillingsinnsats. ...

Voldgiftsretten må anta at det i dag hos oss ikke kan ansees tvilsomt at et forlag som vil utgi verk som er falt i det fri, ikke kan gjøre dette på den måte at det lar foreta et fotografisk opptrykk av en utgave av verket som et annet forlag har latt fremstille og fremdeles lagerfører. Dette vil etter voldgiftsrettens oppfatning være et like klart eksempel på utillatelig slavisk kopiering av en annen virksomhets frembringelse som utgivelse av grammofonplater med et annet selskaps innspilling. Selv om produktene gis et så forskjellig utstyr at forveksling ikke vil forekomme, vil en så eklatant utnyttelse av en konkurrents innsats og omkostninger måtte rammes av markedsføringslovens § 1. Etter omstendighetene kan man måtte komme til samme løsning også i tilfelle hvor det er et ikke lenger lagerført produkt som kopieres på denne måten» (side 69-70 i dommen).

Det fremgår videre av dommen at en utgivelse kan være i strid med god forretningsskikk selv om den henvender seg til et markedssegment som det første forlaget ennå ikke er gått inn i, dersom utnyttelsen innebærer en utnyttelse av det første forlagets innsats og investeringer, og forlagene befinner seg i en generell konkurransesituasjon.

Denne beskrivelsen av forlagenes rettigheter etter markedsføringslovens generalklausul, er dekkende også for dagens rettsstilstand. De sentrale vurderingstemaene er om den aktuelle utnyttelsen «snylter» på det første forlagets innsats, og om den går på bekostning av det første forlagets inn-tjeningsmuligheter.

Spørsmålet om en ny utgivelse eller annen utnyttelse av et verk er i strid med markedsføringsloven, må i utgangspunktet vurderes konkret. Det er innlysende at spørsmålet stiller seg ganske annerledes for en bok som har vært utsolgt i en årrekke, enn for en som forlaget fortsatt markedsfører, eventuelt i nye utgaver. Voldgiftsretten har imidlertid verken mulighet eller grunnlag for å foreta en individuell vurdering av bøkene i Bokhylla, men må i stedet bygge på betraktninger som kan kaste lys over *omfanget* av bøker hvis tilgjengeliggjøring krever utgiverens samtykke. I denne vurderingen kan voldgiftsretten nøye seg med å vise til det som er sagt ovenfor, om forfatterens lojalitetsplikt. Forfatterens lojalitetsplikt og konkurrenters plikt til å utvise god forretningsskikk, er langt på vei to sider av samme sak. Begge tar sikte på å beskytte resultatene av forlagsinnsatsen mot urimelig utnyttelse. Dermed må også rettighetenes tidsmessige utstrekning avgrenses etter de samme linjene. Det er ikke grunnlag for å oppstille en bestemt vernetid, slik opphaverne har tatt til orde for. I stedet må det legges til grunn at beskyttelsen består så lenge det knytter seg vesentlige

økonomiske interesser til utgivelsen, men ikke lenger. Som det fremgikk ovenfor, må det legges til grunn at slike vesentlige økonomiske interesser bare er knyttet til en liten andel av titlene i Bokhylla. Også på dette punkt skiller Bokhylla seg fra andre fordelingsområder.

Tapsbetraktninger

I voldgiftsdommen fra 1985 er betydningen av tapsbetraktninger knyttet til utgiverens rettigheter etter markedsføringsloven. Det heter her:

«Når utgiverens krav på utgiverandel bygges på markedsføringslovens regler, er det etter voldgiftsrettens oppfatning klart at det i første rekke er en tapsbetraktning som må legges til grunn ved utmålingen av utgiverandelens størrelse. Det er ikke grunnlag for å se utgiverandelen som vederlag for overdragelse av en rettighet; den er en kompensasjon for frafallelse av erstatningskrav for ulovlige skadevoldende handlinger, og betaling for at slike skadevoldende handlinger fortsatt skal kunne foretas.»

I Kopinordom nr. 3 fant voldgiftsretten det som nevnt ikke nødvendig å ta stilling til om utgiverandelen skulle anses som betaling for avtalt bruk eller som erstatning for inngrep i rettighetene, idet den mente at dette langt på vei bare er «et spørsmål om hvilket utgangspunkt man velger og hvilken terminologi man foretrekker». Det avgjørende måtte være «hvilke økonomiske interesser partene har og hvorledes disse blir endret som følge av den foretatte kopiering». Nærværende voldgiftsrett er enig i at det sentrale er de økonomiske interessene som berøres av utnyttelsen. Det som skal kompenseres gjennom utgiverandelen, er verdien av den til rett til å tilgjengeliggjøre verkene som Nasjonalbiblioteket har fått tillatelse til fra utgiverne ved Bokhylla-avtalen. Tapsbetraktninger fungerer som en indikator for markedsverdien av denne retten.

Det følger av det som er sagt ovenfor om beskyttelsens varighet, at utgivelsenes markedsverdi avtar over tid, og at innflytelsen på forlagenes inntjeningsmuligheter er svært begrenset hva angår utgåtte titler som forlagene ikke lenger markedsfører. Dette gjelder selv om digitale utgivelser av forlagenes «backlist» har fått økt aktualitet i senere år, slik utgiverne har vist til. I hvilken utstrekning titlene i Bokhylla er egnet for kommersiell digital utnyttelse, er i liten grad belyst gjennom bevisføringen for voldgiftsretten, ut over enkelte eksempler på titler som fortsatt markedsføres av forlagene. Det generelle inntrykket som bevisførselen har etterlatt, er imidlertid at det er liten grad av sammenfall mellom de titlene som er tilgjengelige i Bokhylla, og dem som inngår i forlagenes digitale tjenester. Markedspotensialet i «backlist» er i større grad knyttet til de seneste 20 års utgivelser, enn til tidligere utgivelser.

Videre er det usikkert om den formen for tilgjengeliggjøring som skjer gjennom Bokhylla, skader forlagenes inntjeningsmuligheter, og eventuelt i hvilken grad. Utgiverne har lagt stor vekt på at Bokhylla gjør hele bøker tilgjengelig, i motsetning til andre fordelingsområder, hvor bare inntil 15 % av hver utgivelse kan kopieres. Opphaverne har på sin side påpekt at bøkene i Bokhylla bare er tilgjengelige for strømming, og at manglende mulighet til nedlastning og utskrift reduserer risikoen for at utnyttelsen skal gå på bekostning av ordinært salg. Bevisførselen for voldgiftsretten har i begrenset grad bidratt til å avklare hvilken virkning tilgjengeliggjøringen i Bokhylla vil ha for forlagenes inntjeningsmuligheter. Det er imidlertid fremlagt to brukerundersøkelser foretatt av Ipsos MMI i 2012 og 2015, som indikerer at det er omtrent like mange som kjøper en bok etter å ha klikket på den i Bokhylla, som det er som lar være å kjøpe en bok fordi de har klikket på den i Bokhylla. Selv om det er knyttet usikkerhet til resultatene av denne typen undersøkelser, gir de en

indikasjon på at tapspotensialet er nokså begrenset, også for bøker som fortsatt er i salg. Det kan derfor ikke legges til grunn at tilgjengeliggjøringen i Bokhylla i særlig grad griper direkte inn i forlagenes marked, slik det ble lagt til grunn for fotokopieringens vedkommende i voldgiftsdommen fra 1985 (se blant annet side 100 og side 111 i dommen). Også med hensyn til tapsbetraktninger skiller følgelig Bokhylla seg fra andre fordelingsområder.

Forlagsinnsats

Differensieringen av fordelingsnøklerne etter kildekategori, som har lang tradisjon i Kopinor-systemet, er hovedsakelig basert på et synspunkt om forskjeller i omfanget av forlagsinnsatsen. Det er antatt å være større forlagsinnsats knyttet til blant annet læreverker, leksikon, sangbøker og samleverk, enn til fagbøker og skjønnlitterære bøker. Disse synspunktene har i utgangspunktet tilsvarende gyldighet for Bokhylla som for andre fordelingsområder. Listene over materiale som er tilgjengelig i Bokhylla, har imidlertid synliggjort et annet trekk ved kildematerialet, som ikke har vært fremme på andre fordelingsområder, nemlig at en stor del av bøkene er utgitt av andre enn profesjonelle forlag og mediebedrifter, blant annet av foreninger og organisasjoner. Opphaverne har vist til at det forekommer mer enn 20 000 forskjellige utgivere i Bokhylla, og at dette indikerer at det må være et betydelig antall utgivelser som det ikke står et forlag eller en annen mediebedrift bak. Hertil har utgiverne anført at alle utgivelser per definisjon har en utgiver, og at det må være uten betydning for utgiverandelen om utgiveren er et forlag eller en mediebedrift, eller en annen type virksomhet eller person.

Voldgiftsretten legger til grunn at det er lang tradisjon i Kopinor-systemet for likebehandling av alle utgivere, og for at utgiverandel tilkjennes av alt vederlag. Dette må gjelde for Bokhylla også. Dermed er det imidlertid ikke sagt at utgiverandelen skal fastsettes uten hensyn til at mange av bøkene er utgitt av andre enn forlag og mediebedrifter. Tidligere fordelinger bygger på at det gjennomgående ligger betydelig utgiverinnsats bak kildematerialet. I Kopinordom nr. 3 sies det for eksempel følgende om dette:

«Bak de verk som det blir kopiert fra, kan det ligge en høyst forskjellig arbeidsinnsats fra partene. Retten antar at det er riktig som fremholdt av DnF at utviklingen har ført i retning av at forlagene har måttet ta en mer aktiv del i skolebokproduksjonen basert på markedsundersøkelser, valg av prosjekt og valg av forfatter osv. Særlig må dette gjelde utgivelse av samleverk av flere forfatters arbeid.»

Det må være klart at slike synspunkter ikke kan overføres til den forlagsinnsatsen som nedlegges av for eksempel idrettsforeninger, historielag og andre allmenntilgittige organisasjoner, og heller ikke til offentlige utgivere eller forfattere som utgir sine verk på eget forlag. Voldgiftsretten finner støtte for et slikt synspunkt i et saksfremlegg om fordeling av vederlag for digital kopiering til styremøte i Kopinor 18. juni 2013. Her heter det om utgivergruppene «annen bedrift / organisasjon» og «offentlig/statlig utgiver»:

«Utgiverinnsatsen varierer i noen grad, men kan i de fleste sammenhenger neppe sammenliknes med profesjonell forlags- eller annen utgiveraktivitet. Det er videre et poeng at få, om noen av de angjeldende utgiverne kan sies å ha utgivelse av åndsverk som primæraktivitet. For mange vil informasjonsaktivitet stå sentralt, men åndsverkene som brukes i den sammenheng, vil normalt ikke i seg selv generere inntekter av betydning. I mange tilfeller er informasjonen

sannsynligvis skapt med tanke på gratis distribusjon, og i slike tilfeller kan det kun påvises marginale tap for utgiver som følge av den digitale kopieringen.»

For de to nevnte utgivergruppene er utgiverandelen ved digital kopiering 15 %. For kategorien «privatperson, personlig utgiver» er den 10 %. Disse fordelingsnøkklene kan ikke overføres til Bokhylla fordi fordelingsgrunnlaget for Bokhylla mangler opplysninger om utgivergrupper. I stedet må det forhold at mange titler er utgitt av andre enn forlag og mediehus, inngå som en faktor i helhetsvurderingen. Hvor stor betydning denne faktoren skal tillegges, må avgjøres skjønnsmessig.

Rimelighetsbetraktninger

Rimelighetsbetraktninger inngår i den fordelingspraksisen som er etablert innenfor Kopinor-systemet, som voldgiftsretten har tatt som utgangspunkt for vurderingene ovenfor. Rimelighet tilsier blant annet at det tas hensyn til tapsbetraktninger og forlagsinnsats.

Ut over de forholdene som allerede er omtalt, har både opphaver- og utgiversiden fremhevet at Bokhylla er et kulturpolitisk viktig tiltak, som både opphavere og utgivere har sluttet opp om, og det har vært fremholdt av utgiverne at det ikke bør fastsette fordelingsnøkler som kan true Bokhyllas eksistens. Voldgiftsretten er enig i at Bokhylla er et viktig tiltak som sterke grunner taler for å videreføre, men kan ikke se at dette tilsier en justering av eksisterende fordelingsnøkler i favør av én av rettighetshaversidene.

Avsluttende vurdering og konklusjon

På samme måte som ved tidligere voldgiftsavgjørelser, må fastsettelsen av fordelingsnøkklene i denne saken bli høyst skjønnsmessig. Resultatet må bli en forholdsvis grov fordeling.

Voldgiftsretten legger betydelig vekt på at Bokhylla i større grad enn andre fordelingsområdet bare omfatter eldre utgivelser. Som forklart ovenfor, får dette betydning både for vurderingen av utgiverrettighetene og for hvor stort tap utnyttelsen kan påregnes å føre til for utgiverne. I tillegg legger voldgiftsretten en viss vekt på at det er en betydelig andel av utgivelsene som det ikke står et forlag eller en mediebedrift bak, og hvor forlagsinnsatsen derfor må påregnes å ha vært mindre enn for ordinære forlagsutgivelser. Alle de nevnte faktorene trekker i retning av at fordelingsnøkklene forskyves i favør av opphaverne, sammenlignet med fordelingsnøkklene ved fotokopiering. Voldgiftsretten er videre kommet til at disse faktorene ikke i tilstrekkelig grad gjenspeiles i det resultatet fordelingsnemnda kom frem til, og at fordelingsnøkklene må forskyves noe mer i retning av opphaversiden. Voldgiftsretten er kommet til at en alt i alt rimelig fordeling av vederlaget fra Bokhylla bør fastsettes i samsvar med saksøkernes påstand.

Sakskostnader

Etter voldgiftsloven § 39 fastsetter voldgiftsretten sin egen godtgjørelse og utgiftsdekning. Fastsettelsen skal inntas i dommen og beløpet forfaller til betaling én måned etter at dommen er avsagt.

Honoraret til voldgiftsrettens medlemmer fastsettes som følger:

Are Stenvik: kr 400 000,-
Kåre Lilleholt: kr 250 000,-
Terje Dahl Svendsen: kr 250 000,-

I tillegg kommer arbeidsgiveravgift og merverdiavgift på honoraret.

Voldgiftsrettens utgifter til reise og opphold for Kåre Lilleholt og Terje Dahl Svendsen utgjør til sammen kr 8812,-.

Kostnadene skal fordeles mellom partene slik voldgiftsretten finner riktig, jf. § 40 første ledd. I nærværende sak har partene nedlagt sammenfallende påstander om at kostnadene til voldgiftsretten fordeles forholdsmessig etter fordelingsnøklerne som fastsettes i dommen. Voldgiftsretten finner dette riktig, og avsier dom i samsvar med påstanden.

Partene er solidarisk ansvarlige for voldgiftsrettens honorar og utgiftsdekning, jf. voldgiftsloven § 39 annet ledd.

Etter voldgiftsloven § 40 annet ledd kan voldgiftsretten etter begjæring fra en part pålegge en annen part å dekke vedkommendes kostnader ved saken. Saksøkerne, som har fått medhold, har ikke krevd dekning av sine sakskostnader. Saksøkte har ikke fått medhold, og voldgiftsretten finner det derfor ikke riktig å pålegge saksøkerne å dekke deres sakskostnader.

4. Domsslutning

Det avsies dom med følgende

s l u t n i n g:

1. Følgende fordelingsnøkler legges til grunn ved fordelingen av Bokhylla-vederlaget fra og med 2018:

<i>Kildekategori</i>	<i>Opphaverandel</i>	<i>Utgiverandel</i>
Fagbok, saklitteratur	77,5 %	22,5 %
Læreverk	62,5 %	37,5 %
Leksikon, oppslagsbok	62,5 %	37,5 %
Skjønnlitterære verk - originalverk	81,25 %	18,75 %
Skjønnlitterære verk - samleverk	70 %	30 %
Sangbok, visebok		
- Dikt/sangtekster	62,5 %	37,5 %
- Alt utenom dikt/sangtekster	70 %	30 %

2. Hver av partene bærer sine egne sakskostnader.
3. Voldgiftsrettens honorar og omkostninger fordeles forholdsmessig mellom partene i samsvar med den samlede fordelingen av Bokhylla-vederlaget for 2018 mellom utgiversiden og opphaversiden, slik fordelingen blir som resultat av voldgiftsrettens dom. Sakens parter er solidarisk ansvarlige for betalingen.

Dommen er enstemmig.

Are Stenvik
(sign.)

Kåre Lilleholt
(sign.)

Terje Dahl Svendsen
(sign.)