

Når foreligger det ett kjøp av EDB programvarer?

EN ANALYSE AV EDB TRANSAKSJONENS
KLASSIFIKASJON.

Av: Ruben Yogavarathan Weber

VEILEDER: THOMAS NEUMANN | ANTALL ANSLAG INKL. MELLOMROM: 140 755

Abstract:

A key component of the digital economy is the utilization of computer programs. Either it is from the computer itself where there are lines of code upon the hardware that makes up the computer, to the consumer buying and playing a video game, or to the business needing a way to categorize its customer information. It all acts in reliance of a computer program. Said transaction may follow with a licence agreement, where certain acts are to be prohibited or in the most extreme examples follow with a formulation of “not sold but licensed”, however the transaction often resembles a purchase agreement in the sense of the buyer getting the program at his or her disposal along with purchase terminology being used between the parties. This legal uncertainty can beg the question about how said transaction should be characterized? Is there a purchase of the software? And if so, how does this fit with the license agreement? These simple questions become further complicated by the different actors in play: the consumer who purchases an E-book, to the business transaction; along with elements such as internationality, the underlying copyright, and the wide degrees of things software can be and the ways it can be transferred. The main goal of this assignment is to uncover which legal arguments the legal practitioner can utilize to assess when a contract regarding software is a purchase agreement. This paper is from the perspective of the Danish legal system and treaties Denmark are bound by. Foreign elements will be explored where it is necessary due to a particular method, or when it serves as an inspiration for a particular solution. This thesis is not about service contracts but will explore them to highlight distinction to the purchase contract, nor will the thesis be looking into the general data protection act (GDPR), patents and trademark questions, or look at matters that pertain to the jurisdiction question. The paper concludes that a variety of arguments may be of relevance when analysing the software transaction but in general, arguments of price and if there is a unlimited usage right will be arguments that carry weight, however this must be viewed in light of the underlying copyright, the type of goods, and if the transaction is covered by the legal acts that protect the consumer rights among other things. The paper also concludes that software contracts can be sales under the CISG with exception to programs stored on the cloud.

Innholdsfortegnelse

1. Innledende bemerkninger	3
1.1. Problemstillingen og avgrensninger	4
1.2. Struktur for oppgaven.....	5
1.3. Rettskildebilde	5
1.4. Definisjoner.....	6
2. Metode	8
2.1. Særlig om CISG.....	9
3. Allminnelige perspektiver	11
3.1. Avtaleretten og generelle prinsipper.....	11
3.1.2. Formfrihet, lojalitet, og andre prinsipper.....	14
3.2. Introduksjon om opphavsrettens relevans til EDB transaksjonen.....	17
3.2.2. Konsumsjonsprinsippet.....	20
3.2.3 C- 128/11 Usedsoft, videresalg av EDB programvarer etter Computer software direktivet.....	22
3.2.4. C-263/18 Tom Kabinet, videresalg etter INFOSOC Direktivet	25
3.3. Sammenfatning og de samlede argumenter for kjøpsvurderingen.....	27
3.4. Refleksjoner av det overstående.....	30
4. Forbrukerhandelen	32
4.1. Betydningen av om transaksjonen er ett kjøp eller en tjenesteavtale.....	33
4.2. Forbrukeraftaledirektivet og Aftaleloven §38 B	35
4.3. Særlige argumenter	38
5. Forretningshandelen, en avtale mellom jevnbyrdige parter	41
5.1. Den konkrete fortolkningen	42
5.2. Sammenfatning.....	46
6. Internasjonale transaksjoner	46
6.1. CISG sitt anvendelsesrom	47
6.1.2. Hva er «sales» etter CISG.....	48
6.1.3. Hva er «goods» etter CISG	51
6.2. Uniformitet? Realitetsargumenter.....	52
6.3. Konklusjon.....	54
7. Avsluttende bemerkninger	54
7.1. Fremtidige hensyn	56

1. Innledende bemerkninger

I formueretten så skiller man mellom kjøpet, og andre kontraktstyper. I nyere tid så har formuleringer som lisensiert, men ikke kjøpt blitt hyppig brukt hvor EDB ytelser er overdragelsesgjenstanden. Købeloven definerer ikke hva som menes med ett kjøp, men det kjennetegnes med at eiendomsretten i formuesgodet overføres for ett tilsvarende vederlag. Lisens begrepet innebærer en tillatelse for bruk av formuesgodet. Implisitt for dette er at det stilles særlige vilkår knyttet til bruken hos erverver. En lisens kan i noen tilfeller også «kjøpes», men denne tillatelsen for bruk kan bare bli gyldig kjøpt i de tilfeller lisensvilkårene tillater at bruksretten videreselges.¹ Det er dermed en vid forskjell i rettstilstanden mellom disse ytterpunkter i hvilke disposisjoner erververen kan utføre. Denne distinksjonen kan anskues, noe annerledes av forpliktelsen ikke behøver å bestå utelukkende i penger. JF. købeloven §1. Ved overdragelsen av realytelsen kan man dermed tale om ett kjøp og en lisensavtale, selv om det er særlige avtalerettslige bindinger ved ytelsen. Lisenser kan også utgis til parter som gir en tidsbegrenset bruksrett, men hvor det er adgang til å oppsi avtalen og brukers adgang. Av det som følger så er det klart at man da står ovenfor tilfeller hvor kjøpsavtalen og lisensavtalen ikke vil være eksklusive, men kan eksistere i en og samme transaksjon hvor lisensen regulerer vilkårene for bruk, men selve eiendomsretten i tingen overgår. Men så er det også tilfeller hvor avtale disposisjonene utelukker hverandre, ved eksempelvis overdragelsesforbud og tidsbegrensede elementer som kan minne om leieavtaler.²

For en rettsanvender, så blir forholdet mellom kjøpsavtalen og lisensavtalen komplisert ved transaksjoner av EDB programvarer. Da disse ofte uansett deres form, stilles krav til programmets konkrete bruk. Ofte vil dette være i bakgrunn av at den som er «selger» i disse situasjoner ønsker å beskytte deres produkt, som følge av at parten har intellektuell eiendom som ønskes beskyttet.

Det er her tale om transaksjoner hvor det av gjenstandens natur kan være ingenting fysisk som forflytter seg. Det er heller ikke nødvendigvis slik at EDB programvaren behøver å være lagret hos overdrageren. Den kan være lagret i «skyen» hos den andre part, mens ubegrenset adgang oppnås i formuesgodet; eller en rekke bytes overføres fra den ene computer til den andre, hvor

¹ Avgjørelsen U.2007.2507V illustrerer differansen mellom kjøp av EDB programvarer som sådan, og ervervelsen av bruksretten. Hvorvidt dommen er uttrykk for gjeldene rett se oppgavens 5.1. hvor *ratioet* sammenlignes med usedsoft.

² Se eksempelvis <https://www.ea.com/nb-no/legal/user-agreement#license> punkt 2. og https://www.microsoft.com/en-us/Useterms/Retail/Office/2019Professional/Useterms_Retail_Office_2019Professional_English.htm punkt 2.A. hvor det angis både «lisensiert ikke solgt» formuleringer. Bare førstnevnte peker på en bred tilbakekallelserett i «gjenkallelig».

disse kan endre karakter ved etterfølgende oppdateringer fra programutvikleren. Det skjer dermed ikke nødvendigvis den karakteristiske overførsel av realytelsen fra kreditor til debitor, tilsvarende den analoge transaksjon.

Denne oppgaven seg på den hypotese at klausuler som «*lisensiert, men ikke solgt*», eksisterer av den grunn at EDB programmets utvikler, ønsker å unngå kjøpsterminologien for å kontrollere EDB programvaren. Hvorvidt dette er legitimt innebærer altså at opphavsretten også må analyseres sammen med avtale og kjøpsretten.

Siktemålet med denne oppgaven er å overskue de rettslige argumentene for hvordan EDB transaksjoner skal anses og under hvilke omstendigheter det kan sies å foreligge ett kjøp.

1.1.Problemstillingen og avgrensninger

Problemstillingen om hvordan overdragelsesavtalen skal karakteriseres som kjøp, tjenesteavtale, eller en annen form for avtale er i stor grad i realiteten ett spørsmål om hvilken bakgrunnsrett som skal legges til grunn for transaksjonen. Tjenesteytelser og utviklingsavtaler er kontrakter hvor det overdratte er en arbeidsytelse, dette hører til den ulovfestede obligasjonsretten. Utgangspunktet for kjøp er at dette er en overdragelse, hvor eiendomsretten til formuesgjenstanden overføres fra A til B mot ett vederlag. En lisensavtale kan eksistere sammen med både en tjenesteavtale og kjøpsavtalen, da dens primære siktemål er å regulere bruken, men hvor denne unndrar kjøpsdefinisjonen så blir rettstilstanden mindre klar. En ytterligere kompleksitet er da EDB handler kan være lagret på ett fysisk medium eller som en immateriell handel, det springende punkt som ofte er debattert er hvorvidt dette endrer vurderingen. Utenfor siktemålet til denne oppgaven er EDB transaksjoner som klart vil måtte karakteriseres som verksleie kontrakter, hvor kjøpsbegrepet faller klart utenfor. I noen tilfeller vil oppgaven ta stilling til disse utelukkende i lys av det som er kjøp, men av hensyn til tid og plass i oppgaven vil det ikke foretas en uførlig fremstilling av utviklingsprosjekter av EDB programvarer, og lignende avtaler som må betegnes som tjenesteavtaler og klart falle inn under ulovfestede normer.³

Hvor transaksjonen har ett internasjonalt element kan det være særlige problemstillinger knyttet til hvordan man skal bedømme avtalen. Særlig spørsmålet om hvilket lovvalg som skal legges til grunn for kontrakten. Det kan også være ett spørsmål om hvordan de intellektuelle rettighetene i EDB programvaren skal bedømmes. Denne oppgaven avgrenser seg til å utelukkende gjelde transaksjonen av programvarer i ett dansk rettskilde perspektiv. Da overdragelsen av programvarer i stor grad aktualiserer intellektuelle rettigheter som følge av både bedømmelsen av hvilke rettigheter overdrageren har til produktet, samt hvilke rettigheter en overdrager har til formuesgjenstanden, vil denne oppgaven bare berøre opphavsretten i den

³ For en uførlig fremstilling av disse transaksjoner se Udsen 5.utgave (2021), It ret, s. 631-781

grad, det er relevant for bedømmelsen av hvorvidt det er tale om ett kjøp. Oppgaven vil ikke ta stilling til andre rettigheter som kan eksistere med programvaren eksempelvis varemerker og patenter.

Oppgaven vil ikke ta for seg transaksjoner av EDB programmer som utelukkende kildekode, men som den selvstendige formuesgjenstanden. Oppgaven vil heller ikke ta for seg GDPR relaterte problemstillinger som kan oppstå ved overdragelse av programvarer.

1.2. Struktur for oppgaven

For analysen av overdragelsesavtaler av EDB programmer er det noen faktorer som alltid vil måtte sies å være gjeldene for en overdragelse av EDB ytelser, og det er de tilfeller hvor man må vurdere kontrakten særskilt etter partskonstellasjonen da dette kan påvirke hvordan man skal bedømme avtalefragmentene. Av denne grunn vil oppgaven først ta stilling til de momenter som er av generell relevans av de avtalemessige beføyelser, og deretter analysere den opphavsrettslige beskyttelse, deretter vil EDB handelen vurderes i lys av partskonstellasjonen, da det er min hypotese at det foreligger noen særlige argumenter etter partenes status. Dette er på bakgrunn av at det gjelder særlige hensyn i avtaleretten alt ettersom hvem som er partene i transaksjonen.

Avslutningsvis vil det foretas en analyse etter den internasjonale avtalen, og noen avsluttende bemerkninger til fremtidige argumenter som kan oppstå.

1.3. Rettskildebilde

Rettskildebildet er sammensatt av flere komponenter som eksisterer i samspill. Avtalen er overordnet regulert i aftaleloven⁴ sammen med ulovfestede regler av dispositive utsagn. Aftaleloven med de ulovfestede regler, gjelder bare for avtalens inngåelse og gjelder ikke nødvendigvis avtalens innhold som sådan. Derav, så vil det selv om man kommer frem til at det er inngått en bindende avtale knyttet til hele eller deler av avtalen, så er dette ikke nødvendigvis bestemmende for de plikter og rettigheter som måtte følge av bakgrunnsretten; selv om disse to elementer hører sammen. Man må altså klargjøre hvordan transaksjonen som sådan skal bedømmes og ikke bare om det er en avtale.

Det er klart at købeloven⁵ gir bakgrunnsregler for kjøp og salg av formuesgjenstander, men anvendeligheten for programvarer må analyseres nærmere, da dersom det er tale om lisens avtale eller ett tilvirkningskjøp er det ikke selvsagt at loven finner anvendelse. På EU nivå passerer det også rettsakter, som gjør seg relevant for problemstillingen knyttet til

⁴ Lovbekendtgørelse 2016-03-02 nr. 193 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område (Aftaleloven)

⁵ Lovbekendtgørelse 2021-09-24 NR.1853 Købeloven

overdragelser av programvarer. Både direkte ⁶ og mer indirekte ved harmonisering ved enkelte deler av opphavsretten for å sikre fri flyt av varer og tjenester. ⁷ Disse er i stor grad i direktivs form. Hvilket innebærer at de ikke har som utgangspunkt, direkte effekt internt i Danmark, men at dansk rett skal tilstrebes å fortolkes uniformt og lojalt med rettsaktene i den grad ordlyden tillater det, og at den danske stat er folkerettslig forpliktet til å inkorporere disse rettsakter. ⁸ Dette innebærer at ved den rettslige analysen skal de nasjonale regler, sees i lys av de EU-rettsakter som har blitt inkorporert. EU domstolen er også den autorative fortolkeren av EU retten og deres avgjørelser er autorative for hvordan EU retten skal forstås. I den skrivende stund, så har EU i stor grad regulert opphavsretten fragmentarisk og det finnes ingen felles europeisk kjøpslov.

For de internasjonale transaksjoner, så kan avtalen være regulert av CISG som gjelder internasjonale løsøre kjøp. Hvorvidt denne er anvendelig, vil bli behandlet senere i denne oppgaven.

I litteraturen så er EDB transaksjoner blitt omhandlet flittig enten som analyse i ett nasjonalt rettskilde perspektiv⁹ eller av ett internasjonalt perspektiv¹⁰. Få fremstillinger derimot reiser problemstillingen knytte til om det er tale om ett kjøp eller lisens. Etter mitt syn så kan noe av denne grunnen være at man trolig ikke ser distinksjonen som diametrale motsetninger, men heller noe som man må særskilt analysere i avtale til avtale knytte til hva det er som konkret overdras og hvilke rettigheter og plikter som gjør seg gjeldene.

1.4. Definisjoner

Denne oppgaven baserer seg på forståelsen av EDB programmer, etter den opphavsrettslige definisjonen i opphavsretstloven §1 nr 3. som inkorporerer EDB programvaredirektivet, som ett sett av de instruksjoner som er gjenstand til databehandlingen i computeren.

Kjøp er som nevnt innledningsvis ikke definert i lovgivningen. Jf. Købeloven §1 a. Men Udsen definerer dette som «... *en aftale om overdragelse af et formuegode i form af løsøre mod*

⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/770 af 20. maj 2019 om visse aspekter af aftaler om levering af digitalt indhold og digitale tjenester. (Direktiv om digitale ytelser)

⁷ Europa-Parlamentets OG Rådets direktiv 2009/24/EF af 23. april 2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer (EDB programvare direktivet)

⁸ Traktaten om den europeiske unions funktionsmåte art. 288. men se også Van dyum mot Home office 41-74 om unntaket til dette hvor direkte effekt kan angis likevel for beskyttelsen av private subjekters rettigheter.

⁹ Se Udsen, IT-Ret, 5. utgave, kap 19. Hvor det analyseres om købeloven er anvendelig på digitale ytelser. Sees denne del i lys av den etterfølgende kap 21 tegnes det ikke ett motstridende bilde av om man taler om lisenser eller kjøp, men avtalens reelle karakteristikker.

¹⁰ Se Loofsky, Understanding the CISG, 6. Utg (2022), Neumann, Dominant control- A proposal for the classification of international Transactions of modern software (2017) og Vujinović, The CISG's scope of application *ratione materiae* with regard to software transactions. (2014)

vederlag i penge.»¹¹ Etter mitt syn bærer denne definisjonen den svakhet ved at den ikke trekker distinksjonen mellom bruksretten som kan oppsies på enkelte vilkår, hvilket er karakteristikken for lisensavtalen, og de tilfeller hvor eiendomsretten til den enkelte kopi har overgått fra A til B. Dermed så finner jeg det mer presist å benytte en kjøpsdefinisjon, hvor det tales om en overdragelse av ett formuegode, hvor eiendomsretten i realytelsen forflytter seg mot vederlag som består i penger.¹² Leiekontrakter og leasingkontrakter er dermed ikke kjøp da råderetten i slike avtaler er midlertidige, og realytelsen skal tilbakeleveres.

Ett annet spørsmål er hva som menes med løsøre. Rent språklig så er dette flyttbare eiendeler. Dette følger også av en antitetisk tolkning av Købelovens § 1a med dens formulering *«loven gjelder alle køb, bortset fra køb af fast eiendom»*. Det springende punkt er så om EDB programvarer faller inn under tanken om løsøre, utvilsomt må dette gjelde for EDB programvarer på fysiske medium, men hva så om programvarer som kjøpes over nett eller benyttes over skyen. Købeloven tar ikke bare fokus på fysisk gjenstander. Dette følger implisitt av formuleringen i § 1a ved *«alle køb»*, samt at loven gjelder også for aksjekjøp jf. § 19. Utvilsomt vil det da ikke kunne trekkes den konklusjon om at *«løsøre»* begrepet må avgrenses til utelukkende fysiske gjenstander i en kjøpsrettslig sammenheng. Videre poengterer også Udsen i sin analyse av hvorvidt Købeloven kan finnes anvendelig på kjøp. At EDB programvarer som informasjonsmengde, vil medføre utilsiktede grensdragninger om man skulle føre distinksjoner mellom hvorvidt det er ett fysisk medium som overføres eller en samlet informasjonsmengde fra en computer til en annen.¹³ Dermed så legges det til grunn at løsøre begrepet også omfatter EDB programvarer.¹⁴

Kjøpsdefinisjonen må videre avgrenses for tjenesteytelser. En tjenesteytelse er som nevnt, en overdragelse av en arbeidsforpliktelse fra medkontrahenten. Eiendomsretten kan følge med slike eller ikke, men de skiller seg fra kjøpet ved at det er ulovfestet rett som er bakgrunnsrett for avtalen. For EDB programvarer vil dette typisk være tilfellet ved utviklingsavtaler av en programvare. Det er enighet i teorien at disse er regulert av den ulovfestede obligasjonsretten og ikke er ett kjøp.¹⁵ Ett tilvirkningskjøp er derimot ett kjøp, men hvor det er fremstilleren som bidrar med de vesentligste materialer, som i EDB transaksjonen vil være utvikleren. Jf. Købeloven § 2. Dermed vil skreddersydde EDB programvarer, falle utenfor kjøpsbegrepet.

Ved lisensavtalen, så vil det i denne oppgaven siktes overordnet til en avtale for bruk som gjelder for bruker av programvaren. Disse kan være av en varig karakter eller tidsbegrenset. De

¹¹ Udsen, (2021) s. 585

¹² I samsvar med Draft common frame of reference (DCFR) Book IV.A- 1:202: contract for sale (2007)

¹³ Udsen, (2021). S.585-586

¹⁴ Rettsharmonien med straffelovgivningen taler også i samme retning. Hvor data ble ansett som ting uavhengig av dens immaterielle karakter. U.1987.216Ø, og U.2018.1787. Tings begrepet er noe videre enn løsøre, men av relevans, så er ting ytelser som er av en fysisk karakter.

¹⁵ Udsen, IT ret. 5.utgave s.587 og s.684-686 med forbehold til hvor det er en sammensatt avtale. Her må det avveies om hva som er den vesentligste del av transaksjonen.

kan videre deles inn etter de proprietære, og de som er «*open source*». Den proprietære er en lisens, som kjennetegnes ved at man eksplisitt regulerer rettighetene i programvaren, ovenfor brukeren. *Open source* lisensen innebærer at man stiller programvaren åpent tilgjengelig for bruker, og det kan følge med særlige vilkår av *copyleft* karakteren.¹⁶ Lisensavtalen vil altså i noen tilfeller være tale om en avtale, som angir betingelser for bruk, og i andre tilfeller være i konflikt med definisjonen av kjøpsavtalen.¹⁷ Fellesnevneren er utelukkende det at det stilles visse vilkår til benyttelsen. Det kan dermed reises spørsmål om det er mer «korrekt» å tale om en avtaletype som er av en *sui generis* karakter, og hvordan man skal anskue EDB transaksjoner hvor det følger med en slik avtale.

Da enkelte deler av oppgaven vil vedrører rettskilder som er fra EU retten, vil de begreper angis den forståelse som gis av den vedkommende EU rettsakt, eller autorisert av EU domstolen. For CISG¹⁸ som jeg vil komme innpå under 2.1. har konvensjonen en særlig metode som skal benyttes ved fortolkning av konvensjonens tekst.

2. Metode

Spørsmålet om hvordan man skal betrakte transaksjoner av EDB programvarer innebærer at man må ta stilling til særlige metodiske overveielser. Begrunnelsen for dette er at reglene utvikles på tvers av fora, hvilket innebærer at ulike kilder kan ha ulik vekt for spørsmålet samt aktualisere enkelte kilder.

Utviklingen på de relevante områdene for spørsmålet skjer både på den nasjonale scenen, det regionale, og det internasjonale. Da EDB programmer er stadig under utvikling i takt med teknologien, innebærer dette at nye regler kommer på plass med hurtighet for å tilpasse teknologien, og til en viss grad innebære at man må vurdere eldre regler som ble konsipert med mer analoge ytelser i tankene, og avveie hvorvidt de kan anvendes på den digitale økonomien. Det er derav etter mitt syn særlig relevant med ett eget metode kapitel i oppgaven, hvor det gjøres rede for de metodiske utgangspunkter oppgaven legger til grunn for bedømmelsen av de ulike rettskildene som vurderes for problemstillingen.

Oppgaven sees fra ett dansk perspektiv hvilket innebærer at spørsmålene anskues fra det danske rettskildebildet. Dette innebærer at folkeretten og det intern rettslige må holdes adskilt, som følger av at Danmark er ett dualistisk land.¹⁹ For danske intern rett er det høyesterett som er den

¹⁶ Udsen, IT ret, 5 utgave, s. 781-783

¹⁷ Eksempelvis ved formuleringer som «lisensieres, men selges ikke». Eller ved at den verdelagsfritt stilles til rådighet hvor det kan følge med «*copyleft*» vilkår.

¹⁸ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1980

¹⁹ Følger av Lov 1953-06-05 nr. 169 Danmarks Riges Grundlov (Grundloven) §20

autorative fortolker, og folkettinget som vedtar lovene.²⁰ Dette innebærer at for de rettskilder som *aftaleloven* og *købeloven*, vil det analyseres etter alminnelig dansk juridisk metode.

Derimot så er det slik at disse rettskildefaktorene stammer av felles nordisk samarbeid, hvilket innebærer at nordisk litteratur, og deres lands retter kan være relevante ved den juridiske analyse. Da Danmark ikke var med på det fellesnordiske samarbeidet for reformen av *købeloven*²¹, må disse kildene vurderes med varsomhet, og det bemerkes at hvor det vises til disse i oppgaven, så er dette ikke autorative kilder, men kan by på relevans og inspirasjon.

Som nevnt innledningsvis er en del av reglene av særlig relevans for karakteristikken ved EDB transaksjoner, det opphavsrettslige. Da EDB programvarer kan beskyttes som utgangspunkt som litterære verk. Opphavsretten er territorial hvilket innebærer at stater selv konsiperer disse regler, men enkelte rettskilder er internasjonale og disse kilder skal bedømmes i tråd med folkerettens prinsipper.²² Det bemerkes også at det folkerettslige aspektet vil også være relevant ved fortolkningen av den nasjonale rettsordenen, som følge av presumsjonspinsippet.

Danmark er med i EU og som følge av homogenitetsprinsippet samt deres medlemskap vil enkelte av reglene ha direkte effekt for den danske rettstilstanden. For direktivene har disse som utgangspunkt ikke direkte effekt. EUs rettsakter skal fortolkes i tråd med EU domstolen. EU domstolen legger som følge av flerspråkligheten mer vekt på formålsorienterte tolkninger, og har en autonom tolkningsstil som også legges til grunn hvor EUs rettsakter gjøres gjeldene.

Det er utarbeidet særlige «kontraktsmaler» av kontraktsrettslige prinsipper i eksempelvis *Unidroit principles*, og *draft common frame of reference*. Disse er ikke autorative kilder, men vil i denne oppgaven bli utforsket hvor de gir uttrykk for hensiktsmessige løsninger.

CISG er en folkerettslig avtale som er gjennomført i dansk rett, men med enkelte særlige forhold gjør denne konvensjonen særpreget.²³ Det metodiske knyttet til CISG vil bli presentert i det følgende.

2.1. Særlig om CISG

CISG er en folkerettslig traktat som særskilt regulerer hvordan traktaten skal forstås. Dermed derogerer den vekk fra de alminnelige prinsipper nedfelt i VCLT, og legger til grunn en

²⁰ Grundloven §3

²¹ Se T.Håstad (ED) The Nordic Contracts Act- Essays in celebration of its one hundredth anniversary volume 2, 2015. S. 18-19.

²² Hvilket følger av Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 (VCLT) som også gir uttrykk for folkerettslig sedvanerett på dette området.

²³ Lovbekendtgørelse 2014-11-21 nr. 1224 International købelov

autonom fortolkningsstil som skal benyttes når konvensjonen skal fortolkes. JF. CISG art 7 (1) hvilket regulerer de bestemmelser som følger av traktaten.²⁴

Konvensjonen er utgitt på alle de offisielle språk av FN og denne oppgaven legger benytter seg av den engelske versjonen. Av ordlyden så skal «*regard is to be had to its international character and need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade*».

Dette innebærer at ved den rettslige analysen skal det tas hensyn til konvensjonens internasjonalitet, og behovet til å promotere uniformitet. Det skal altså ikke sees til nasjonal rett og metode ved analysen av spørsmål som vedrører CISG, men andre kilder for å sikre uniformitet ved bruken av konvensjonen. Bruk av nasjonal konvensjonell metode vil altså innebære en uriktig rettsanvendelse.²⁵

Jeg vil dermed for analysen se til internasjonale rettsavgjørelser hvor mulig, og andre kilder for å vurdere dens uniformitet, og ta hensyn til konvensjonens internasjonalitet.

Ett annet prinsipp som tilsynelatende følger av artikkel 7 (1) er at konvensjonen skal forstås i lys av «*the observance of good faith in international trade*». Det er uenighet rundt forståelsen til hvordan «*good faith*» skal forstås, men denne oppgaven føyer seg til forståelsen av at dette skal leses som en lojalitetsforpliktelse opp mot ordlyden.²⁶ Konvensjonen reguler også hvordan en rettsanvender skal ta stilling til de forhold som ikke er eksplisitt tatt stilling til, men som følger av konvensjonens virkeområde. Etter 7 (2) skal disse vurderes etter «*...general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of private international law.*» .

Dette innebærer for CISG relaterte spørsmål, som man ikke eksplisitt følger av konvensjonens bestemmelser skal i første rekke se til de prinsipper som følger av konvensjonsteksten, og hvor disse ikke kan identifiseres, skal det så sees til nasjonal rett etter anvendelsen av private internasjonale prinsipper for lovvalg. For denne oppgaven så innebærer dette at dersom CISG skulle finne anvendelse på EDB transaksjoner, og spørsmålet videre ikke kan eksplisitt løses. Så skal det utelukkende sees til prinsipper som kan identifiseres av konvensjonen. Om ikke disse kan identifiseres, så er CISG ikke anvendbar, og det skal sees til nasjonal rett.

²⁴ VLCT art 31. 1. “*A treaty shall be interpreted in good faith... in their context and in the light of its object and purpose.*» sammen med art 31. 3. (a)

²⁵ Se: H.Fletcher, J.Loofsky, 2005 Nominating Manfred Forberich: The Worst CISG Decision in 25 Years? (2005) men verdt å bemerke at det av art. 7 (1) er “*regard is to be had to its international character*” og “*need to promote uniformity*” dette innebærer at obligasjonen etter art 7 (1) ikke er at rettsanvender skal blindt følge de internasjonale kildene men at det skal sees til disse, og av «*need to promote uniformity in its application*» så skal det vurderes om det er en uniform anvendelse og om det er mulighet for en uniform anvendelse.

²⁶ Om forståelsen av «*good faith*» i CISG. Se: T.Neumann The Roots and Fruits of Good Faith in Domestic Court Practice (2018), og J.Loofsky Understanding the CISG 6.edition, 2022.

3. Allminnelige perspektiver

Transaksjoner av EDB programvarer kan inngås av ett vidt spektrum rettssubjekter, og enten være en hovedytelse eller en mindre ytelse i en større avtale. De kan også ha ett grenseoverskridende element, hvor den ene part baserer seg i Danmark, og den andre i USA. Avhengig av disse faktorene kan dette endre de relevante rettsakter, som er relevant å ta med i bedømmelsen over hvordan man skal bedømme transaksjonen. Selv om dette er tilfellet så er det enkelte momenter ved transaksjonen som vil være alltid relevant å observere uansett partenes rettslige status. Det vil alltid være relevant for analysen å analysere hva partene har avtalt i seg imellom, dette er fordi det er dette som vil som utgangspunkt danne rammen for både vilkårene og reglene som gjelder *inter partes* for transaksjonen.²⁷

Videre så er hovedsaken til formuleringer som «selges ikke, men bare lisensieres»²⁸ ett ønske om å kontrollere den konkrete EDB programvare. Det blir dermed som en naturlig konsekvens nødvendig uten hensyn til partenes konkrete avtale å analysere i hvilken grad opphavsretten tillater slik regulering.

Av denne grunn vil den videre fremstilling før transaksjonen konkret analyseres på tvers av partenes formelle status, og de internasjonale transaksjoner først redegjøres for avtalerettslige prinsipper, som vil spille inn på avtalen. Deretter vil det tas stilling til opphavsretten og dens rammer.

3.1. Avtaleretten og generelle prinsipper.

Normene for avtale inngåelse er fragmentariske. Disse er til dels regulert i aftaleloven, hvilket regulerer den tradisjonelle tilbud og aksept form av inngåelse av avtaler. Disse reglene er deklatoriske og ikke uttømmende regulering av hvordan parter kan inngå en bindende avtale. Jf. aftaleloven §1 «*handelsbrug eller annen sedvane*». Hvor etter dette avtaleretten også reguleres av den ulovfestede rett om dispositive utsagn. Ordlyden av *handelsbrug eller annen sedvane* innebærer at kutymen mellom partene, bransjepraksis, og rettssedvanerett, vil kunne danne reglene for når man skal anse at det foreligger en avtale mellom partene. Dette er derimot bare gjeldene ovenfor de regler som måtte følge av aftalelovens regler i kap 1, jf. Avtl §1. For avtaler om EDB transaksjoner, så gjør dette seg særlig relevant ved fortolkningen av avtaler på forbrukerrettens område som følge av preseptorisk lovgivning.²⁹

Lovens ordning om tilbud og aksept er ikke særlig relevant og passende for EDB transaksjoner. Disse gjennomføres ofte uten forhandlinger, hvor det sendes forslag frem og tilbake. Det er

²⁷ Forutsatt at det ikke strider mot preseptorisk rett og validitetsproblematikk. Jf. Bl.a. Prinsippet i DL 5-1-2 og aftaleloven §36.

²⁸ Eksempel på denne formulering se Apples App store, standard EULA : <https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/dev/stdeula/>

²⁹ Se kommentar av L.H.Kristensen, og T.Iversen til aftaleloven, note 6. publisert på Karnov.dk

heller mer typisk at disse gjennomføres enten hvor programvaren er en del av en annen realytelse, eksempelvis kartleseren innebygd i bilen, til transaksjoner hvor brukeren bare nedlaster en applikasjon fra app store, hvor det følger med noen standardiserte vilkår. Det er dermed prinsippene som følger av den ulovfestede rett om dispositive utsagn, som ofte i realiteten vil være «hovedregelen» rettsanvenderen må forholde seg til, når man skal overskue hva som er avtalt ved EDB transaksjonen. Begrunnelsen for hvorfor det er relevant å ta stilling til hvorvidt man har inngått en bindende avtale er for å klargjøre hvilke forpliktelser partene har tilsluttet seg, og hvorvidt betingelsene i de standardiserte avtalene er vedtatt. For de avtaler som har en internasjonal dimensjon, så vil spørsmålet om hvilke plikter og rettigheter som gjelder transaksjonen, enten være regulert av CISG eller alternativt ved anvendelse av nasjonal rett.

Reglene for avtaleslutning som følger av CISG del to må som nevnt fortolkes autonomt og uavhengig av den danske rettsordenen og det kan derav ikke slutes at disse prinsipper vil være ens med det som følger av aftaleloven og ulovfestet rett; men som følge av at CISG er ett utslag av ett internasjonalt kompromiss av den sivile og «*common law*» tradisjonen, så er mange av de prinsipper som følger av CISG også mulig å finne igjen i dansk intern rett, med det forbeholdet som gjelder for konvensjonens særlige fortolkningsstil. CISG regulerer ikke validitetsproblemstillinger jf. Konvensjonens art 4. A). Hvilket innebærer at deler av hva som man kan vurdere som avtalt mellom partenes rettigheter og forpliktelser, må analyseres utfra nasjonal rett.

Av denne grunn vil det dermed analyseres om hvilke generelle vurderingskriterier som man må legges til grunn i vurderingen av hva som er avtalen ved en EDB transaksjon.

3.1.1. Partenes enighet og viljeserklæringer

Avtalens bindende kraft er en følge av partenes felles enighet. Aftaleloven og de ulovfestede prinsipper om avtaleinngåelse bygger på den forståelsen av at den bindende avtalen mellom partene bygger på en felles vilje mellom partene til å binde seg over den angitte disposisjon. Dette er ett fundamentalt prinsipp, dersom det er ingen enighet mellom partene så er det heller ingen bindende effekt. Man må altså undersøke hvorvidt avtalen gir uttrykk for en felles vilje. En stor del av prinsippene som avtaleretten bygger på er i den største grad ett uttrykk for dette prinsipp.³⁰

Loven definerer ikke hva som menes med en avtale. DCFR definerer en avtale som «*A contract is an agreement which gives rise to, or is intended to give rise to, a binding legal relationship*

³⁰ Om forvaring, værneting, og «suprising standard terms» - J. Loofsky, U.1998B.495 under punkt 1. og 2., også Unidroit principles (2016) 3.1.2. hvor kontrakter er som utgangspunkt gyldige når det er «*mere agreement*».

*or which has, or is intended to have, some other legal effect. It is a bilateral or multilateral juridical act»*³¹

DCFR er ikke en autorativ rettskilde for dansk rett, men definisjonen oppramser tre viktige faktorer som er av relevans for kjennetegnet til en kontrakt. Det er tale om A) en enighet mellom partene, B) ett bindende rettslig forhold, og C) intensjonen er at avtalen skal ha en rettslig effekt. Problemet for de fleste EDB transaksjoner er ved vurderingen om hva som er gjenstand for enighet mellom partene, særlig hvor kjøpsterminologi er benyttet, men det er avvikende formuleringer i lisensvilkårene. I vurderingen av hva som gir gjenstand for en slik felles vilje kan prinsippet om beskyttede forventinger være relevant. Prinsippet innebærer at i vurderingen av hva som er rettslig bindende mellom kontraherende parter er det som fremstår villet til den andre kontrahenten. Prinsippet innebærer at man vil måtte analysere det dispositive utsagnet i kontrakt, standardavtalen, eller annet relevant tolkningsbidrag i lys av hvordan en part med rimelighet ville forstått utsagnet.³² Dette vil være ytterst relevant hvor problemstillingen oppstår hvor det er tilsynelatende konflikt mellom lisensvilkårene, og de andre avtalefragmentene. Som det vil analyseres nærmere i oppgaven, så støter definisjonen av avtalen mest problemer med at EDB transaksjoner ofte presenterer disse vilkårene på hjemmesiden eller ved post installasjon av ytelsen med avhakning. Den rettslige vurderingen kan også problematiseres om det er tale om en forbruker. Det kan dermed godt stilles spørsmål om kontraktsdefinisjonen og prinsippene for kontrakt passer på alle EDB transaksjoner.

Det overnevnte tar særlig sikte på hvor det følger med en «*end user lisens agreement*» heretter under forkortelsen EULA. Avtalen retter seg altså mot sluttbrukeren og er dermed ikke nødvendigvis rettet mot den som er direkte medkontrahent i avtalen. Slike avtaler reiser problemstillingen hvor EDB programmet selges via en mellommann eller selges som brukt kopi med hjemmel i konsumsjonsprinsippet jf. oppgavens 3.2.2. Spørsmålet her er hvorvidt denne lisensavtalen er bindende for erhverver av ytelsen, da han ikke inngår avtalen med opphavsmannen. Trolig er denne bare bindende, hvor dette er synlige forutsetninger i den konkrete avtalen mellom erhverver og mellommann. Ett lignende resonnement er å finne i Udsen, IT-ret (2021) med begrunnelsen av at det vil være merkelig om sluttbrukeren oppnår bedre rettigheter, enn mellommannen.³³ Etter prinsippet om at det er den «*felles enighet*» som gir normativ kraft blir det nærliggende å betrakte problemstillingen, som ett spørsmål om hvor synlig de øvrige betingelser i EULAen er hos sluttbrukeren.

For å finne frem til den felles forståelsen, benytter man som utgangspunkt partenes felles forståelse om en slik kan identifiseres. Enten som følge av individuelt forhandlede legaldefinisjoner, eller andre bevismiddel for dette. Der slik ikke kan identifiseres må man se

³¹ Draft common frame of reference (DCFR) 2.-1:101 (1)

³² Se M.Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret til studiebrug (2023) s. 26, og J.Giertsen (2017) i referanse til Kotz og Flessner: European contract law s.8-9 «*what is binding is not what was willed but what was expressed*»

³³ Udsen (2021) S. 794

til den objektive forståelsen i kontrakten eller annet for å identifisere om og eventuelt hva, som partene har avtalt.³⁴

Det at realytelsen ofte medhefter en lisensavtale som derogerer fra aftalelovens tilbud og aksept modell, innebærer ikke at tilbud og aksept modellen og de øvrige regler i aftaleloven er irrelevant. Da det kan tenkes at det i større transaksjoner åpner for muligheten for individuelt fremforhandlede avtaler som kan minne om tilbud og aksept modellen slik det fremstår av aftaleloven. Slike transaksjoner må dog analyseres særlig for om det er ett tilvirkningskjøp, eller om det som er gjenstand for kontrakten mellom partene må betraktes som verksleie, da disse ofte kan inneholde tjenesteelementer som kan være hovedytelsen. Hvor dette er tilfellet vil det ikke være ett kjøp.

3.1.2. Formfrihet, lojalitet, og andre prinsipper.

Utover prinsippet om at avtalen binder etter partenes felles enighet. Gjelder det etter både i internasjonale avtaler og etter dansk intern rett, andre prinsipper som gjør seg gjeldene for kontrakter og andre avtaler. For både CISG og etter dansk intern rett gjelder det ett alminnelig prinsipp om formfrihet for kontrakter.³⁵ Dette prinsipp er selvsagt ikke absolutt, og det kan i en avtale inkorporeres såkalte «*merger*» klausul hvor rettighetene og pliktene som følger *inter partes* bare reguleres av en skriftlig avtale.³⁶ For slike avtaler er det derimot ett vilkår, at de følges konsekvent for gyldighet. Begrunnelsen for dette er at ellers reflekterer ikke avtaleklausulen partenes felles vilje. Partene har altså ved deres praksis gått vekk fra den naturlige språklige forståelsen og avtalen har ett annet reelt innhold.³⁷ Betydningen av dette er at en klausul i en lisensavtale, hvor denne skal få forrang for andre avtaleelementer i vurderingen av den rettslige klassifikasjon av transaksjonen, vil bli irrelevant om andre momenter som vederlaget, språket i transaksjonsøyeblikket, og disposisjonsbeføyelser tilkjennegitt må vurderes, som å reflektere andre vurderinger enn det som følger av standardbetingelsene.

Ved fortolkningen skal man ta til høyde alle faktorer som kan indikere på at partene har intendert å binde seg til avtalen med dens forpliktelser og rettigheter. For EDB transaksjonen, så blir det relevant å ta høyde utover den formelle kontrakt, implisitte forutsetninger, partenes tidligere handelspraksis, og eventuelt bransjens handelspraksis der en slik kan identifiseres.³⁸

³⁴ Unidroit principles 4.1. nr.1. og 2. sammenlign med United nations convention on contracts for the international sale of goods (CISG) art. 8 nr. 1. Og 2.

³⁵ Prinsippet av DL 5-1-1, og CISG art 11 sammenholdt med art 12, hvor CISG åpner for statlig reservasjon mot prinsippet om formfrihet.

³⁶ Unidroit principles art 2.1.17.

³⁷ Av prinsippet i avtl §1. Løsningen vil nok også være lik innenfor CISG, da dette er ett fortolkningsspørsmål etter konvensjonens del 2 samt CISG art 11. Og ikke ett rent validitetsspørsmål etter art 4.

³⁸ CISG art 9 (1) og (2) samt art 8.

Alle disse faktorene kan i seg imellom som utgangspunkt være relevante ved den rettslige analysen for hva som gjelder mellom partene. Det kan umulig sies noe som vil være universalt for alle EDB transaksjoner, da det av sakens natur kan være tale om programvarer i en konkret realytelse som en vaskemaskin, en bil, eller en computer. Hvor parten kan være forbruker eller en erhvervsdrivende. For disse ytelser vil forutsetningene, den avtalemessige regulering, og selve realytelsen være annerledes enn eksempelvis regnskapsprogrammet som selges fra ett selskap til ett annet eller utviklingsavtalen mellom selskap A og selskap B. Men de samme prinsipper vil utvilsomt spille inn uavhengig av realytelsen og partene i transaksjonen. Det som er annerledes er hvilket vekt man må tillegge disse, som vil komme til synet ved den nærmere analyse av partskonstellasjonen under kapittel 4 og 5.

Innholdet av lojalitetsplikten er det av J.Giertsen (2017) i sin beskrivelse av den norske avtalerett hevdet at man kan rubrisere plikten inn i tre deler. 1) Partene skal ta hensyn til den andres parts interesser. 2) Avtalevilkår skal være formulert på en tydelig måte, og 3) En ressurssterk part vil i noen tilfeller måtte forventes å ivareta den andres interesser.³⁹ Fra ett dansk rettskildebildet er det nok utvilsomt at lojalitetsplikten rommer ivaretagelse av den annen parts kjente interesser, betrygge oppfyllelsen av kontrakten, samt unngå motpartens tap hvilket kan sies å være avledet av hensynet til hva medkontrahenten må forstå følger av motpartens interesser.⁴⁰ Det bør her bemerkes at det ikke er noe henvisning til hensynet av en svakere part, som det følger av EU-retten og som vil utforsket i denne oppgaves del 4. i forbrukerforhold. Men det er ytterst tvilsomt om det er rom for slike avveininger i kraft av lojalitetsplikten som alminnelig prinsipp i dansk rett. Nasjonalt har ikke domstolene eller lovgiver autorisert noe slikt hensyn eksplisitt. Johan Bärlund i sin analyse av problematikken henviser til ulike analyser om tematikken, hvor det ikke finnes en uniform forståelse av konseptet. Enkelte hevder at det i lys av aftaleloven §36 med tanke på dens ordlyd bare åpner for kvalifiserte tilfeller vil være anledning for å vurdere partenes styrkeforhold ved fortolkningen av avtalen. Andre åpner mer for at det kan være tale om ett alminnelig prinsipp.⁴¹ Mye tyder dermed på at det kan vanskelig sies å være en uniformt å ta hensyn til partenes styrkeforhold som en del av lojalitetsplikten ved handelskjøp av EDB programvarer. Utgangspunktet bør dermed være etter dansk rett at rettsanvendere bør være tilbakeholden ved å analysere styrkeforholdet i bedømmelsen av vilkårene i avtalen, opp mot de øvrige avtale fragmentene.

Det kan argumenteres for at lojalitetsplikten blir relevant ved vurderingen om det er en kjøpsdisposisjon, i de tilfeller lisensvilkårene utelukker en overførsel av eiendomsretten, da det er klart at det foreligger en særlig interesse hos overdrageren i disse vilkår. Disse interessene er særlig synlige, hvor det er ett løpende element. Der den ene part bestiller ett EDB program fra den annen part med driftselementer som ved f.eks. *cloud*-tjenester. Kan det argumenteres for at

³⁹ J.Giertsen (2017) Avtaler, 3. utgave, universitetsforlaget. S. 11

⁴⁰ C.Munk. Hansen (2015). Fast eiendom 1 overdragelsen, 2.utgave, jurist- og økonomiforbundets forlag s.105-106

⁴¹ The nordic contracts act, essays in celebration of its one hundredth anniversary, T.Håstad (Ed.), 2. Volum, første utgave, 2015. Djøf forlag, s. 101-103

lojalitetsplikten her vil medføre at medkontrahenten skal ta hensyn i de synlige forutsetningene til den andre part som eksempelvis å ikke videreselge sin kopi. For rene standardprogrammer kan det også i kraft av lojalitetsplikten begrunne at erververen må lojalt følge de tillatelser som følger av lisensvilkårene. Derimot så kan prinsippet også tale i retning for at en part nettopp skal kunne utføre handlinger utover vilkårene av den samme begrunnelse om synlige forutsetninger i fortolkningsmomentene til avtalen. Lojalitetsplikten bør dermed ikke tillegges uforholdsmessig mye vekt ved fortolkningen av lisensvilkårene og de øvrige momenter med avtalen.

Internasjonalt så er innholdet av det som etter nordisk rett er kjennetegnet som lojalitetsplikten er noe av det inn under begrepet «*good faith*», som det følger ovenfor er det bestridt hvorvidt dette følger av CISG, og man skal ved internasjonale transaksjoner utøve varsomhet ved å anvende prinsippet og bør se hen til kontraktens eventuelle regulering av innholdet, samt den gjeldene bakgrunnsrett, før en anvendelse av prinsippet.⁴²

Til slutt så er ett avgjørende tolkningsbidrag av transaksjonsavtalen, likevektshensynet. Likevektshensynet innebærer tanken om at avtalen gir uttrykk for en balansert fordeling av ytelser og forpliktelser. Prinsippet om at kontrakten skal gi uttrykk for noenlunde like rettigheter og forpliktelser kan begrunnes med at det er lite trolig at medkontrahenten ikke ville ha ønsket å inngå en kontrakt med en urimelig balanse av ytelsene.⁴³ Prinsippet ble avgjørende vedrørende spørsmål om regulering av leie i TBB2011.672 som gjaldt tvist rundt regulering av markedsleie av ett sommerhus, samt klausul om unedsettelig leie etter aftaleloven §36. Hvor landsretten kom frem til at klausulen om unedsettelig leie skapte en «ubalanse» i kontraktsforholdet. Klausulen gav altså ikke uttrykk for en balansert avveining mellom partene. Det er ingen direkte overførselsverdi til kjøp av EDB programmer, da overnevnte dom gjelder verken kjøp eller løsøre. Men det må gjøres klart at ved vurderingen av lisensavtalen og/eller de relevante tolkningsmomenter er relevant å vurdere om avtalen gir uttrykk for en balansert fordeling av rettigheter og plikter. Overnevnte dom er også illustrerende for at det ikke bare er de primære ytelsene av EDB programvaren og prisen som er relevant, men også rettighetene og forpliktelsene som kan følge av lisensavtalen.

Spørsmålet er tett opp mot validitetsspørsmål, hvilket er utenfor virkeområdet til CISG. Jf. CISG art 4 a). Likevel i en avgjørelse avsagt av høyesterett i Østerrike som vedrørte mangler ved kjøp av en gravstein, hvor selger hadde inkorporert i sine standardbetingelser stramme betingelser for tidspunktet for når kjøper måtte reklamere over mangler, og misligholdsbeføyelsene var sterkt modifisert i selgers favør.⁴⁴ Domstolen under anvendelsen av

⁴² Om *good faith* begrepet i internasjonale kontrakter kan det sees til DCFR 1.-1:103 men med det forbehold av rettskildens verdi, da det ikke er en autorativ tekst. For transaksjoner som faller inn under CISG kan man bare lene seg på prinsipper som følger av konvensjonen jf. art 7 (2), se T.Neumann (2018) om «*good faith*» under CISG.

⁴³ M.Bryde Andersen (2023) s. 29

⁴⁴ 8 Ob 22/00v «Tombstone» - avgjørelsen er oversatt fra tysk av Florian Arensmann.

nasjonal rett, så hen til de øvrige bestemmelsene i CISG som en terskel verdi, opp mot standardbetingelsene. J.Loofsky anfører at dette er ett eksempel på at CISG kan anvendes som en målestokk for validitetsspørsmål i avtalen.⁴⁵ Begrunnelsen for dette er at CISG som ett kompromiss mellom stater for å akte som bakgrunnsrett gir uttrykk for de «balanserte» normene, og dermed når en vurderer om partene er like etter kontrakten ved deres plikter, rettigheter, og realytelser, kan man se til CISG til hva som vil være den balanserte posisjon.

I spørsmålet om man står ovenfor en kjøpstransaksjon og ellers i fortolkningen av EDB transaksjonen, så vil det dermed være relevant å anskue om det er tale om en balansert posisjon mellom partene. Spørsmålet er altså om avtalen reflekterer en posisjon partene ville ha gått med på. Det er dermed tale om flere grunnleggende prinsipper som i samspill vil være relevant for å bedømme EDB transaksjonen. En balansert avtale mellom partene vil dermed gi sterkere grunnlag til å ta til følge implisitte forutsetninger i avtalen. Slik som opphavsmannens ønske om å unnlate kjøpsterminologien.

Det er dermed som det følger av innledningen ikke bare dette regelsettet som er relevant ved bedømmelsen av transaksjonen, det er også det opphavsrettslige. I det følgende vil dette bli presentert.

3.2. Introduksjon om opphavsrettens relevans til EDB transaksjonen.

For de fleste transaksjoner, så gjelder det ikke en overdragelse av de intellektuelle rettigheter i godet. Dette klare utgangspunktet må nok gjelde uansett om det er en fysisk eller immateriell formuesgjenstand, da avtalensforutsetninger i en overdragelsesavtale vil neppe utenom klare tolkningsbidrag tilsi at man har ment å overgi slike rettigheter. En kjøper av en bok har ved sitt kjøp bare ervervet en rett til den enkelte kopi, han har ikke f.eks. ervervet en rett til å selge flere kopier han måtte ha utført av den samme bok. Dette er som følge av at han ikke har kjøpt rettighetene til disse intellektuelle rettighetene og bare har kjøpt den enkelte eksemplar av boken. Hva gjelder så for de digitale produkter? Disse kan tross alt enklere kopieres og spres, realytelsen kan også enklere modifiseres og endres av erververen.

Dette gjør at EDB leverandøren/selger kan ha reelle grunner for å særlig regulere transaksjonen, og aktualiserer spørsmålet om hvilke beføyelser som gjør seg gjeldene for en kjøper ved lisensavtale. Må anskaffer finne seg i at han ikke kan benytte EDB programvaren på en angitt måte, kan han videreselge ytelsen, og hvilke beføyelser har leverandøren/selgeren av ytelsen? Disse spørsmål gjør det slik at EDB transaksjonen må analyseres ikke bare med bakgrunn i avtalen som er mellom partene, men også i lys av den relevante lovgivning som gjelder for de

⁴⁵ Understanding the CISG, J.Loofsky. s. 195

intellektuelle rettighetene. Da det er disse som setter rammen for de rettigheter og plikter som kan eksistere.⁴⁶

Det bemerkes her at oppgaven bare vil ta stilling til EDB programvarer og opphavsretten disse kan måtte ha. Patenter, varemerker, eller andre mulige intellektuelle rettigheter som kan eksistere med den eventuelle opphavsretten vil ikke bli behandlet i denne fremstillingen.⁴⁷ Fremstillingen vil gå inn på vesentlige prinsipper som gjør seg gjeldene for opphavsretten på EDB programvarer, og hvordan disse påvirker hvordan man skal analysere EDB transaksjonen.

3.2.1. Opphavsretten: territorialitet, beskyttelseskrets, og konsumsjonsrett.

Opphavsretten beskytter litterære og kunstneriske verk. Jf. Ophavsretsloven §1, det følger av bestemmelsens stk. 3 at EDB programvarer er å regne som litterære skapninger. Skaperen av verket får da eksklusive økonomiske og moralske rettigheter over verket. Det er de økonomiske interessene som er i interesse for denne fremstillingen. Disse eksklusive rettighetene opphavsmannen til verket har er: A) Spredning, B) Offentlig fremførelse, og C) Visning jf. OPL §2.

Det finnes ingen felles regulering av opphavsretten internasjonalt da denne er territoriell, av denne grunn begrenser CISG sitt anvendelsesområde i art 4. B) *“The effect which the contract may have on the property in the goods sold.”* Hvilket etter ordlyden innebærer at man nettopp i den internasjonale transaksjonen, må se til den anvendelige nasjonale rett ved analysen over rettsvirkningene knytte til opphavsretten. Noe annet er om det er tale om en mangel ved «kjøpet», hvor ytelser selges uten en forutsatt rettighet. For dette spørsmålet se CISG art. 42.

Uansett så er det noen internasjonale normer som vil være relevante, og sikrer uniformitet utover opphavsretsloven. Disse følger av Bern konvensjonen⁴⁸, og TRIPIS avtalen⁴⁹ gjennom WIPO (World Intellectual Property Organization). Av relevans til denne oppgaven følger det av disse instrumenter at stater skal påse at «*computer programs*» skal beskyttes som «*literary works*» jf. TRIPIS art. 10. Av denne grunn, så er det uavhengig av hvilket stat sin rett som vil måtte legges til grunn alltid relevant å ta hensyn til opphavsretten som kan følge av EDB programvaren.

Det er ikke bare opphavsretsloven som er relevant ved bedømmelsen av opphavsretten for EDB programvaren. På EU nivå, så er det gitt en rekke direktiver av de ulike aspektene for

⁴⁶ Samsvarende i Udsen (2021) s.782

⁴⁷ For sameksistens av slike rettigheter se Kur, Dreier, m.fl. i European Intellectual Property Law. Text, Cases and Materials, 2. utgave, 2019 kap: 3.9.2., se også varemerkeloven §2, jf. EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2017/1001 af 14. juni 2017 om EU-varemerker (Varemerke forordningen) art. 4.

⁴⁸ «Bern convention for the protection of Literary and Artistic works» (1887)

⁴⁹ TRIPIS (Trade related aspects of intellectual property rights)

opphavsretten.⁵⁰ Det er dermed ikke tale om en uniform opphavsrett på EU nivå, men stykkevis regulering. Til tross for dette, så har kriteriene og elementer med opphavsretten blitt harmonisert, se C-145/10 Painer og C-5/08 Infopaq hvor domstolen harmoniserte at det som er opphavsrettslig beskyttet er «*opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse*.»⁵¹ Dette på tross av at direktivene bare angir dette kriterium for dataprogrammer, databaser, og fotografi.⁵² Det er grunnlag for å hevde at dette kriteriet har ført til en harmonisering i nasjonal rett. I U.2020.2817 H. om opphavsretten i gummistøvler ble kriteriet fastlagt av EU domstolen anvendt i bedømmelsen om det forelå ett «verk» etter OPL §1.⁵³ Spørsmålet om det foreligger opphavsrett for EDB programvarer etter dansk og europeisk rett er dermed altså ett spørsmål om verket er opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse, hvor man så bedømmer om det er tale om frie kreative valg.

Bedømmelsen er ikke en kvalitativ vurdering, men det er en bedømmelse av om det foreligger ett intellektuelt verk. Det må også foreligge ett konkret verk som kan konkretiseres. Ideer er altså ikke beskyttet..⁵⁴ Av kriteriene innebærer dette implisitt at det som er «*skapt*» må kunne tilregnes fysiske personer.⁵⁵ I U.2010.706.H. (mediebox) kom ett samlet Høyesteret vedrørende spørsmålet om hvem opphavsretten skulle tilfalle: at detaljerte instruksjoner til det skapte ikke kunne gi opphavsrett da: «*Fonden, som ubestridt ikke har deltaget i selve programmeringsarbejdet*». Ved benyttelse av KI, så gis det instruksjoner fra brukeren, hvor KI-en deretter leverer ett output basert på instruksene. Situasjonen er dermed parallell til tilfeller som i Mediebox. Virkningen av at man ikke vil kunne oppnå opphavsrettsbeskyttelse til slike programvarer, innebærer at det ved transaksjoner bør den selgende part være observant til at vilkårene i avtalen, ikke vil nyte de samme beskyttelsesrettighetene som ellers vil følge av lovverket. Dermed så er det trolig grunnlag til å bedømme transaksjoner hvor KI er benyttet i realytelsen på en annen måte enn ved andre programvarer. Dette vil analyseres nærmere under oppgavens punkt 3.2.5.

I vurderingen av hva som er originalt, så benyttes dobbeltfrembringelseslæren. Vurderingen er om en annen person ville kommet til ett stort sett identisk resultat under samsvarende omstendigheter. For EDB programvarer vil programvarer som har en kildekode der måtte sies å være universell vil denne vanskelig sies å oppfylle denne terskelen.⁵⁶ Det som er beskyttet er kildekodens konkrete uttrykk og ikke dens funksjonalitet som vil eventuelt være beskyttet av

⁵⁰ De to mest vesentlige direktiver om de materielle aspekter er utvilsomt EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, (INFOSOC. Direktivet) og EDB programvare direktivet

⁵¹ C-5/08 Infopaq premiss nr.37

⁵² Om Eu domstolens praksis på området se: Kur, Dreier m.fl. (2019) s. 338-340

⁵³ Samme retning. Udsen, IT ret, s.125 om originalitetskravet etter C-145/10

⁵⁴ C-310/17 (Levola Hengelo) premiss 39-40, som gjaldt opphavsrettsbeskyttelsen av en ost, hvilket under nevnte forutsetninger ikke kunne gis opphavsrettsbeskyttelse da den ikke kunne objektivt avgrenses og bedømmes.

⁵⁵ Udsen (2021) s. 49-50 om hvem som kan oppnå Opphavsrettigheter.

⁵⁶ Om vurderingen se Udsen (2015) s. 125-126.

patentretten.⁵⁷ Denne beskyttelse av kildekoden som gjelder er uavhengig av lisensmodellen som måtte følge. jf. OPL §§36 og 37 «...kan ikke fravikes ved aftale». Hvilket gjelder den legale programlisens og retten til dekompilering under visse forutsetninger. Det at disse beføyelser gjelder uavhengig av om lisensavtalen baserer seg på en *open source* modell, eller en proprietær modell, innebærer at en regulering av disse ikke kan nødvendigvis fører i retning om at det er tale om ett kjøp eller ikke. Da det formuleringen «den som har ret til at benytte ett EDB program» jf. OPL §36 må gjelde alle former for lovlig benyttelse uansett om det er kjøp, lån, eller annen avtalekonstruksjon.

På den annen side, så innebærer det utvilsomt at hvor kildekoden er åpen for medkontrahenten, og man oppnår vie eiendomsbeføyelser til bruk, at man ligger tett på det tradisjonelle i en kjøpsdisposisjon. Hvilket er råderett i det aktuelle formuesgodet.⁵⁸ Dette tilsier at lisensmodeller som baserer seg på en *open souce* modell, vil peke i retning for at det er tale om en kjøpskontrakt. Dog, må dette vurderes i lys av de øvrige modeller, samt eventuelt sees i lys i de øvrige forpliktelser som måtte følge med. En klar tidsbegrenset råderett hvor kildekoden måtte være åpen, vil eksempelvis alltid utelukke at det er tale om ett kjøp, uansett om at det foreligger full råderett.

Av bakgrunn av tanken om territorielle opphavsrettigheter kan det være problematisk å også lykkes å fullføre hensynet til fri flyt av varer i EU. Da man risikerer å betale samme rettighetshaver for det samme godet flere ganger. Av denne grunnen ble det prinsippet om konsumpsjon introdusert av EU retten, som hjemler en videresalgsrett for erhververen uten å måtte søke opphavsmannens samtykke. Dette er vesentlig for oppgavens tema, da en av de vesentlige kjennetegnene bak kjøpet er nettopp friheten erververen har til å råde over godet, og er vesentlig i spørsmålet for om det kan foreligge ett annenhånds marked. Dermed vil konsumpsjonsprinsippet behandles særskilt i det følgende.

3.2.2. Konsumpsjonsprinsippet.

I dansk rett er prinsippet om konsumpsjon inkorporert i OPL §§19 og 20.⁵⁹ Av ordlyden så er det ett vilkår at det må foreligge en «overdragelse» av EDB programvaren for at det skal inntrede konsumpsjon, og at dette må være skjedd med opphavsmannens samtykke.⁶⁰

For kjøpsdisposisjonen er dette prinsippet vesentlig, da dette innebærer at erververen av formuesgodet kan videreselge det samme formuesgodet, da spredningsretten i gjenstanden er

⁵⁷ C-393/09 BSA, premiss 48-49

⁵⁸ Samsvarer med tanken om at kjennetegnet ved kjøpsdisposisjonen er en overførsel av eiendomsretten. Se Giertsen (2019) Kontrakter s. 17-19 i referanse til DCFR

⁵⁹ Konsumpsjon av spredning og visningsretten inntreder etter disse når «et eksemplar af et værk med ophavsmandens samtykke er solgt eller på anden måde overdraget»

⁶⁰ Konsumpsjonsretten følger av både INFOSC direktivet og EDB programvare direktivet, men det stammer fra en fortolkning av primærretten. Se C-78/70 (Deutsche Grammophon) hvor prinsippet ble formulert med bakgrunn i hensynet til ett felles europeisk marked.

tapt ved overdragelsen. Hvilket også er derfor både direktivet primært retter seg mot når gjenstanden er «solgt» med opphavsmannens «samtykke». Det er dermed av prinsipiell interesse på når det foreligger en «overdragelse» av formuesgjenstanden og hva som ligger i opphavsmannens «samtykke». Skjer det en overdragelse av EDB programvaren etter opphavsmannens samtykke, så kan ikke opphavsmannen til programvaren dermed nekte en videre spredning av programvaren ved salg etter ordlyden. Etter C-479/04 (Laserdisken 2) ble det avgjort at det ikke gjelder noe globalt konsumsjonsprinsipp.⁶¹ Virkningen av dette er at det bare inntreder konsumpsjon dersom disse er markedsført for salg i EU, eller dette har skjedd med deres samtykke.⁶²

For «samtykke» begrepet blir det dermed utover direkte avtaler mellom kjøper av ytelsen, og opphavsmann også relevant å se på om opphavsmannen har rettet disse ytelsene mot EU til «overdragelse» via tredjemenn, eller ved konkret kjennskap om utbydelsen av programvaren. Etter en naturlig språklig forståelse av «overdragelse», så må det være tale om en overgang av eiendomsretten til erhververen av eksemplaret. I C- 61/97 (Laserdisken 1) ble det avgjort at leie av kopier ikke utløser konsumpsjon av rettighetene i eksemplaret. Dette gjelder uavhengig av hvorvidt det er tale om ett kjøp eller en transaksjon hvor rettighetene ikke er overgått. Vedkommende som har erhvervet programvaren vil altså ikke kunne leie verket videre uten samtykke. Dette følger uttrykkelig av ordlyden i OPL §19 stk 2. Dermed vil anledningen medkontrahenten har til å selge programvaren videre være tillat etter OPL §19 stk.1. bare dersom det har skjedd en overgang av eiendomsretten i det enkelte eksemplar.

For programvare transaksjoner innebærer dette at det må foretas ett prinsipielt skille mellom kjøp av EDB produkter, og der det ikke foregår en overgåelse av eiendomsretten. For fysiske gjenstander er det klart at prinsippet i INFOSOC direktivet 4. nr.2 er gjeldene. Hvor etter formuleringen i betraktning nr 28 lyder: «*opphavsrettslig beskyttelse etter dette direktiv omfatter eneretten til at kontrollere spredning af et værk, der indgår i et fysisk gode. ...*» Betraktningen benevner ikke salg av verk som digital form. Formuleringen sitt primære siktemål med konsumsjonsretten etter direktivet er fysiske eksemplarer, og ikke digitale. Det springende punkt blir dermed om det kan foreligge en konsumpsjon av rettigheter i digitale eksemplarer, eller om direktivet må forstås slik at dette er utelukket. Om direktivet skal forstås slik at det utelukker digital konsumpsjon, innebærer dette at den klassiske forståelsen av kjøp med full råderett av eksemplaret, kan modifiseres etter hvordan verket er lagret.

Etter betraktning nr 29 følger det at «*konsumption er ikke relevant i forbindelse med tjenester.især onlinetjenester.*» med begrunnelsen av at «*...udgør alle onlinetjenester i realiteten en handling, der kræver tilladelse,*» Betraktningen samsvarer godt med det klassiske skillet mellom det obligasjonsrettslige og kjøpsrettslige. Hvor bestillingsverk, hvor den ene part

⁶¹ Etter en konkret vurdering av artikkel 4 stk 2. jf. betraktning nr 28. Se dommens premiss 23.

⁶² C-439/04, premiss 20.

ikke overveiende bidrar til gjenstanden jf. prinsippet i købeloven §2 stk 1. Kontrahenten er avhengig av sin medkontrahent til å levere ytelser. Det er altså ett avhengighetsforhold som man kan tenke gjør seg gjeldene for disse typer verk, enn de rene fysiske gjenstander. Da det som selges er en informasjonsmengde som må konsiperes.⁶³

Distinksjonen mellom onlinetjenester og fysiske varer kan det dermed stilles spørsmålsteget med, da det er utvilsomt fullt mulig å utbyde en programvare via en hjemmeside, hvor tilgangen til programvaren ikke er betinget av en særskilt tillatelse. Ulikheten mellom gjenstanden erhvervet som en fysisk CD, og det ferdiglagte produkt som bare overføres som informasjonsmengde over nettet kan ikke sies å være særlig stor. Videre så tar heller ikke preambelens betraktning gjenstand til realytelsens rent faktiske karakteristika. Da eksempelvis en fysisk vare kan fint være en nedlastningskode på papir, som må aktiveres gjennom en tredjepartstjeneste og dermed være reelt uttrykk for «*behov for tillatelse*» hos medkontrahenten. Betraktningene passer altså ikke helt til problematikken som oppstår ved sammensatte ytelser.

Det er dermed ikke klart, hva som gjelder etter INFOSC direktivet for ikke fysiske verk. Samtidig så reiser spørsmålet seg om hvordan man skal forstå konsumsjonsbestemmelsene opp mot EDB programvare direktivet, hvilket ikke har de tilsvarende preambel betraktninger.⁶⁴ For EU domstolen, så har spørsmålet blitt reist etter C-128/11 (Usedsoft), og C-166/15 (Ranks), hvor spørsmålet ble forelagt EU domstolen etter EDB programvaredirektivet, og deretter C-263/18 (Tom kabinett) hvor spørsmålet om digital konsumpsjon ble reist etter INFOSC direktivet.

3.2.3 C- 128/11 Usedsoft, videresalg av EDB programvarer etter Computer software direktivet.

Partene i saken var Usedsoft GmbH, hvilket var ett selskap som beskjeftiget seg ved å kjøpe og videreselge brukte kopier av EDB programvarer, og Oracle hvilket var eieren av opphavsretten til dataprogrammet. Usedsoft markedsførte brukte gruppelisensavtaler til videresalg. Dette reiste spørsmålet om Usedsoft kunne lovlig utøve denne aktiviteten med hjemmel i at spredningsretten hadde blitt konsumert, og dermed gjøre erververen til en slik lisens en «lovlig bruker» etter EDB programvare direktivet art. 5. nr.1.

Etter lisensavtalen var EDB programvaren som ble overført «*en tidsubegrenset, ikke eksklusiv, ikke overdragelig bruksrett*» jf. premiss 23. Betingelsene unndro kjøpsdefinisjonen og begrenset seg til overdragelsen av en bruksrett i den enkelte kopi. Spørsmålet for domstolen var om det til tross for en slik formulering forelå ett kjøp som kunne begrunne at Usedsoft kunne støtte seg på konsumsjonsprinsippet. Domstolen i sin fortolkning besvarte dette spørsmålet bekreftende. Av interesse til problemstillingen om karakteren av salgsbegrepet, går domstolen

⁶³ Tilsvarende drøftelse om købelovens anvendelighet på digitale ytelser se Udsen (2021) s. 585-586.

⁶⁴ Infosoc preambel nr 28-29

til verks med å kvalifisere, at dette er ett selvstendig EU begrep i premiss 40-41 med henvisning til primærretten jf. 95 i EF som svarer til TFEU 114.⁶⁵

I premiss 42 fortolkes deretter «salg» etter direktivets art 4 nr 2. til en overgåelse av eiendomsretten til kopien, og i den nærmere analysen kommer domstolen frem til at det er tale om ett salg som følge av at det oppnås en tidsubegrenset bruksrett, som er varig anvendelig, og gjør det mulig for innehaveren til opphavsretten til å oppnå en pris som er svarende til den økonomiske verdien til verket. EU domstolen presiserer videre i sin dom, at da lisensavtalen og ervervelsen av kopien er betinget av hverandre, inntreder det altså konsumpsjon etter art 4 nr.2. jf.premiss 47-48.

Av interesse til sontringen mellom fysiske og ikke fysiske lagringsmedium bemerker domstolen under premiss 53-55, at noen slik sontring gjør seg ikke gjeldene etter EDB programvaredirektivet, med den begrunnelse av at ordlyden i art 4. nr. 2. ikke benevner en slik sontring, og at direktivet er *lex specialis* til INFOSC direktivet. Jf. Infosoc art 1 stk 2. litra. a).

Vedrørende salgsbegrepet understreker domstolen at konsumsjonsbestemmelsen bare retter seg mot salg, og ikke tjenesteytelsesavtaler jf. art 66. hvilket innebærer at for anvendelsen av konsumsjonsprinsippet er det tilsvarende til de klassiske betraktninger om kjøp etter nasjonal rett en avgrensning til bestillingsverk og andre løpende ytelser.

Avgjørelsen innebærer altså at for EDB programvarer etter direktivet inntreder det konsumpsjon ved salg, uavhengig om lisensgiver forsøker å regulere dette i sin avtale som «uoverdragelig» så fremt det leveres en tidsubegrenset bruksrett, som er varig anvendelig, og det er mulig for opphavsmannen å oppnå ett vederlag som svarer til den økonomiske verdi. Av interesse formulerer domstolen dette, som at det vil være tale om ett «kjøp» så fremt det er mulig for opphavsmannen å oppnå vederlag som tilsvarende den økonomiske verdien.⁶⁶ Dette vil ofte være slik som nevnes av domstolen i referanse til generaladvokatens opinion, en engangsbetaling.⁶⁷ Det kan ikke utelukkes at domspremissene må forstås slik at vederlag som ytes i en annen form vil måtte sidestilles med ett kjøp. Rasjonale bak domstolens premisser gir mening fra en kjøpsrettslig tankegang, da disse er etter alle synlige kjennetegn karakteristisk til en kjøpsdisposisjon.

Domstolen bemerker at vurderingen av overdragelsen skal skje løsrevet fra formen til realytelsen og heller etter kriteriene som følger ovenfor.⁶⁸ Rettstilstanden etter dette innebærer

⁶⁵ Domstolen understøtter dermed at prinsippet er uttrykk for noe mer enn det som følger av direktivene, og at det er tale om ett hensyn til primærretten. Domstolen bygger dermed på de samme hensynene som følger av Deutsche Grammophon.

⁶⁶ Se premiss 45, C-128/11

⁶⁷ Se premiss 49, C-128/11. Formuleringen i dommen utelukker ikke derimot andre vederlagsformer, og må sees i lys av at det i premiss 49 anføres at det bør gi «salgs» begrepet ett vidt spillerom. Salgsbegrepet er dermed noe mer en engangsbetaling for realytelsen.

⁶⁸ Premiss 55, C-128/11

at man skal bedømme ytelser kjøpt online likt til de fysiske. Spørsmålet er så om dette gjelder også EDB programvarer som kjøres over *Cloud*. Dommen tar ikke eksplisitt stilling til dette, men dersom man betrakter den konkrete avtalen som en tjenesteytelse vil det ikke være tale om konsumpsjon.⁶⁹ Dommen gjelder da gruppelicensavtaler og det opprinnelige eksemplar av programvaren. Den store utfordringen med EDB programvarene er hvorvidt man så kan selge sin back up av programvaren, hvor den opprinnelige er tapt. Problemstillingen er særlig aktuell med tanke på problemstillingen som gjør seg gjeldene med kopieringsadgangen som finnes ved programvarer.

I Ranks ble spørsmålet forelagt til EU-domstolen om kjøper av brukte lisenser som ikke er den originale kopien kan lovlig videreselges, dersom det originale eksemplaret er uanvendelig. Domstolen svarte dette benektende med det rasjonale av at rettigheten man har til å foreta sikkerhetskopier av EDB programvarer kan bare gjøres i det som er nødvendig for programmets benyttelse, samt at de rettigheter erhverver har til EDB programvaren må fortolkes restriktivt som følge av at de innskrenker eneretten opphavsmannen har til eksemplarfremstilling.⁷⁰ Enkelte tar dette til uttrykk for at kopier ikke kan videreselges⁷¹

Det følger derimot fra dommen at den som har rettmessig ervervet en kopi, ikke kan ene og alene hindres til å selge kopien av at denne er beskadiget. Domstolen uten å autorisere fremgangsmåten, bemerker at Microsoft i sitt skriftlig svar, at den som er den rettmessige eier skal kunne foreta en nedlastning fra rettighetshaverens side.⁷²

Av betydning om klassifikasjonen av EDB transaksjoner, så innebærer både Usedsoft og Ranks at klausuler om at lisensavtalen utelukker at programvaren ansees som kjøpt, ikke er avgjørende argument i vurderingen av om det er tale om ett kjøp. Vurderingen må foretas i ett bredere spekter hvor man må bedømme totaliteten av avtalefragementene. Særlig da de synlige momentene i hvordan ytelsen betales og om disposisjonsretten overføres vedvarende. Dommene reiser derimot spørsmålsteget til hvordan fremgangsmåten skal være. Av både Usedsoft og Ranks følger det implisitt at klausuler som oppstiller en særskilt fremgangsmåte er å ta til følge. Det kan heller ikke ansees som en urimelighet ved avtalen, da en klausul om en særskilt fremgangsmåte kan ha gode grunner for seg ved å verifisere om det er tale om en reel bruker, da transaksjoner online utvilsomt medfører en risiko for hyppig kopiering og derav piratkopiering. Alminnelig hensyn til opphavsmannen samt lojalitetsplikten i kontraktsforhold tilsier dermed at disse bør opprettholdes uansett om hvordan en skulle anskue transaksjonen.⁷³

⁶⁹ Premiss 66, C-128/11

⁷⁰ Se premiss 41-42, C-166/15

⁷¹ S. Wolk (2016) i <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/10/20/eu-court-rules-that-back-up-copies-cannot-be-resold/>

⁷² Dommens premiss 53-54

⁷³ Som det følger av faktum i C-128/11, så ble erhververe av brukte lisenser henvist til Oracle sine hjemmesider for nedlastning av programvaren premiss 21. Sammenlign så dette med domstolens betraktninger i C-166/15 Ranks premiss 53-54.

Dommene er derimot tause, om de tilfeller, hvor dette ikke er regulert i kontrakt eller hvor det av andre grunner ikke skulle være mulig for erververe av brukte programvarer til å oppnå programvaren. I den analoge situasjon vil det ikke kunne sies å være en alminnelig forpliktelse å notifikere rettighetshaveren av de intellektuelle rettighetene om at det er tale om en lovlig kopi. For EDB produktene som ikke har en fysisk dimensjon vil risikoen for piratkopiering kunne begrunne at det av lojalitetshensyn at den som er sluttbruker følger en særlig fremgangsmåte ved tilegnelsen. Derimot følger det av Ranks at erververen kan og skal bevise at han har erhvervet lisensen på lovlig vis med *«ethvert middel»*.⁷⁴

Dermed kan ikke Ranks tas til inntekt for å hjemle at alle brukte kopier skal nedlastes i samråd med opphavsmannen, men sluttbruker skal kunne bevise at det er tale om en lovlig kopi. Det kan foreligge kjøp av brukte EDB programvarer, så lenge det kan påvises at disse er lovlige uansett om opphavsmannen ikke regulerer i kontrakt videresalgsmuligheten eller forskriver at dette ikke er mulig. En manglende kontraktuell regulering vil dermed ikke være ett argument av særlig vekt i vurderingen om EDB programvaren er kjøpt. På den annen side, så kan Ranks trolig i lys av det overnevnte tale for at en avtale om fremgangsmåten skal tas til følge. Dommene gjelder bare konsumsjonsprinsippet etter EDB programvaredirektivet. Spørsmålet er så om hvordan prinsippet skal betraktes etter INFOSC. direktivet.

3.2.4. C-263/18 Tom Kabinet, videresalg etter INFOSOC Direktivet

I Tom Kabinet var spørsmålet om det kunne lovlig erverves digitale e-bøker og deretter selge disse kopier til gruppens medlemmer, uten eksplisitt tillatelse fra rettighetshaveren med hjemmel i konsumsjonsprinsippet.⁷⁵ Domstolen besvarte spørsmålet avkreftende med den begrunnelse at videresalget utgjorde tilgjengeliggjørelse til offentligheten og ikke spredning. Dermed kunne det ikke være tale om noe konsumsjon av den eksklusive retten til spredning.⁷⁶ Etter en nærmere analyse av det omformulerte spørsmål fra retten. Konkluderte domstolen at den eksklusive retten etter artikkel 3 nr. 1. var brutt.

Fremgangsmåten til domstolen var først og fremst at bakgrunnen til INFOSC. direktivet, var siktemålet at digitale og fysiske produkter skal holdes adskilt om en rett til konsumsjon.⁷⁷ Etter en kontekstuell fortolkning av bestemmelsen i lys av WCT⁷⁸ og betraktningene i nr 28-

⁷⁴ C-166/15 premiss 56, derav så er det essensielle trolig at sluttbrukeren skal kunne fremvise at kopien er genuin og ekte. Ikke nødvendigvis få kopien autorisert av selger utenom kontraktuell forpliktelse.

⁷⁵ Som følger av Infosoc direktivet artikkel 4 nr. 1.

⁷⁶ C-263/18, premiss 72

⁷⁷ Følger av premiss 40 hvor domstolen viser til at Infosoc direktivet implimenterer WCT som legal definerer originaler eller kopier til gjenstander som skal forstås som *«fikserte kopier der kan bringes til omætning som rørlige ting»*. Samt premiss 42-49

⁷⁸ World intellectual property organization copyright treaty (1996) med henblikk til dens artikkel 6 og de spesielle merknadene hvor kopier forstås som *«exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects.»*

29, at INFOSC direktivet gir uttrykk for at konsumsjonsretten skulle bare omfattes av fysiske varer.⁷⁹

Av særlig interesse som støttende argumentasjon til den kontekstuelle fortolkningen benytter domstolen til å skille sitt *ratio* fra Usedsoft og Ranks avgjørelsene, realøkonomiske argumenter for å trekke distinksjoner mellom de forhold som faller inn under EDB programvare direktivet, og de som faller inn under INFOSOC direktivet. Domstolen peker på at det ved kopieringen av E-bøker ikke skjer ett kvalitetstap og kan skje i en hyppighet, hvor det så ville kunne hindre at opphavsmannen kan oppnå ett passende vederlag for verket, som følge av at det vil eksistere ett brukmarked for perfekte kopier til motsetning fra de fysiske markedet.⁸⁰ Det er utvilsomt korrekt at dette er ett relevant hensyn å ta i betraktning for produkter som kan eksistere i ett EDB format. På den annen side kan det vanskelig sies at problemstillingen ikke foreligger for produkter som eksisterer under EDB programvare direktivet, da det også kan skje den eksakt samme prosedyre, som vil gjøre det mer fordelaktig ved det brukte markedet enn handel hos opphavsmannen eller opphavsmannens autoriserte selgere. Trolig må nok avgjørelsen forstås ved understrekningen av at EDB programvaredirektivet er *lex specialis*.⁸¹

Udsen, tar til orde for at dommen trekker i retning av at i de tilfeller hvor EDB programvarer inngår i ytelser. Blir det en vurdering av den ytelsen som er prevalent. Dersom EDB programvaren er den som har en aksessorisk karakter, vil det ikke foreligge en videresalgsrett i det digitale godet uten særskilt tillatelse fra opphavsmannen.⁸² Dersom denne antakelsen skulle være generelt gjeldene vil dette innebære at en av de primære beføyelsene, som kjennetegner kjøpsdisposisjonen; altså en overførsel av råderetten, ikke være aktuell for en stor del av EDB produkter som også finnes i en fysisk dimensjon, hvor det foreligger opphavsrett for realytelsen etter INFOSC direktivet.⁸³

C. Sganga påpeker i sin analyse av dommen at det av dommens premiss 69, åpnes det for at EDB ytelser hvor det foreligger teknisk foranstaltninger som hindrer utbredelse til en bred krets, vil det være tilfeller hvor man ikke kan anse det digitale EDB produktet som rummet av artikkel 3. I analysen peker også C.Sanganga på at dette ikke er ens med at slike ytelser vil bli bedømt under bestemmelsen om spredning, men utelukkende at spørsmålet om digital

⁷⁹ C-263/18, premiss 51-52

⁸⁰ Ibid. premiss 58, og 48.

⁸¹ Ibid. premiss 55.

⁸² Udsen (2021) s.58, hvilket baserer seg på C-263/18 premiss 59

⁸³ Ett eksempel på dette er C-355/12, Nintendo premiss 21-23. Dommen gjelder konkret rekkevidden til tekniske beskyttelsesforeanstaltninger, men er ett eksempel på domstolen benytter en tilsvarende lære som de skisserer i uttalelsen i Tom kabinet uttalelse 59. Subsumsjonen er noe tvilsom, da ett computer spill kan ikke eksistere uten instruksjoner til EDB maskinen, men kan eksistere uavhengig av musikk og noe manuskript.

konsumpsjon av realytelser trolig ikke er endelig løst av dommen, da det heller ikke her vil være tale om en spredning til allmennheten.⁸⁴

De lege lata, så innebærer dommen at det som utgangspunkt ikke kan spres videre immaterielle kopier av varer som ikke faller inn under EDB programvare direktivet. Dermed må det særskilt vurderes hvilke tillatelser som er gitt ved transaksjonen ved ikke fysiske ytelser. Dette er derimot ikke ensbetydende med at transaksjonen ikke er å betegne som ett kjøp, med den virkning av at det er tale om at de kjøpsrettslige regler vil få anvendelse. Hvor købelovens regler om misligholdelse, varens kvalitet, m.m. vil få anvendelse som bakgrunnsrett. Men det må være klart at ett av de sedvanlige betegnelsene som kjennetegner kjøpsdisposisjonen er fraværende, hvilket vil tale i retning i at det vil være ulovfestede normer som vil måtte få anvendelse over avtalen.⁸⁵

3.3. Sammenfatning og de samlede argumenter for kjøpsvurderingen.

Av det overstående kan det trekkes noen særlige argumenter for hva som ligger i kjøpsdisposisjonen. Hvilket kan alltid sies å bære relevans uavhengig av partskonstellasjonen for transaksjoner som er underlagt dansk rett.

Fra Usedsoft og Ranks autoriserte EU ved fortolkningen av hvorvidt det er tale om ett salg, er ett spørsmål om eiendomsretten har overgått til erververen.⁸⁶ Hvilket samsvarer med kjøpsdefinisjonen som det fremgår av denne oppgaven innledningsvis. EU domstolen gikk nærmere inn på at denne vurderingen vil være om det er tale om A) en varig bruksrett for sluttbrukeren, og B) rettighetsholderen oppnår ett vederlag, som svarer til den økonomiske verdien av kopien. Disse momenter førte domstolen til at det var tale om ett kjøp, på tross av formuleringen i lisensavtalen.⁸⁷

Domstolens fortolkning av avtalen i lys av de øvrige momenter i avtalen svarer til det som følger av de alminnelige prinsipper for avtaler. Den konkrete avtale ga dermed uttrykk for en annen handel enn det forutsatt i standardavtalen.⁸⁸ Av interesse så pekte domstolen ikke eksplisitt til engangsbetalinger. Hvilket innebærer at også periodemessige betalinger kan også tale i retning for at det er ett kjøp, så lenge man må anta at formålet er at det skal stilles en varig bruksrett til sluttbrukeren. Det avgjørende må nok være i det tilfellet at kopien klart stilles til

⁸⁴ C. Sganga, <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/05/19/is-the-digital-exhaustion-debate-really-exhausted-some-afterthoughts-on-the-grand-chamber-decision-in-tom-kabinet-c-263-18/> (2020)

⁸⁵ DCFR: IV.A.–1:202 sin definisjon av kjøpskontrakten er «A contract for sale...to transfer the ownership of the goods to the buyer»

⁸⁶ C-128/11 premiss 42

⁸⁷ Ibid, premiss 23, og 43

⁸⁸ Dommen benevner ikke dette eksplisitt, men det er i samsvar med de alminnelige prinsipper redegjort for under oppgavens punkt 3 og følgende.

brukerens rådighet vedvarende. Er det tvil rundt dette, så vil den kontekstuelle fortolkningen av den periodemessige betalingen føre til at det ikke er siktemålet til at eiendomsretten skal overgå til brukeren, og dermed kan det heller ikke være tale om ett kjøp.

Etter analysen under EDB programvaredirektivet formulerte EU domstolen salgsbegrepet som mediumsneutralt. Det var en vurdering om avtalen med dens disposisjoner gir uttrykk for en overgåelse av eiendomsretten. Dommens formuleringer tar klart sikte på tanken om immaterielle og fysiske kopier. Men for ytelsen lagres over skyen så er dette mindre klart. Isolert sett fra premissene i det overstående så vil dette være et kjøp om det ytes ett engangsbeløp, hvor det er klart at det skal som motytelse være en tidsubegrenset rådighet over kopien ett kjøp, selv om kopien er rent faktisk lagret hos medkontrahtenten.

Dette passer dårlig overens, med det som er det tradisjonelle kjøpsbegrepet som er en overgang av eiendomsretten av noe flyttbart. I dette scenarioet forblir informasjonen stående hos medkontrahtenten, hvilket er i strid med den generelle tanken om at kjøpsbeføyelsen er overgangen av eiendomsretten av noe flyttbart. På den andre siden, så tar kjøpsdisposisjonen høyde for overførsel av rettigheter slik som aksjonærrettigheter. Vurderer man dette som tilsvarende til kjøp av EDB programmer som lagres over *cloud*, så kan det tenkes at dette bør ansees som ett kjøp så fremt de øvrige faktorene taler for ett kjøp. Det er derimot klart at en slik lagring er en tjenesteaftale, da bortfall av virksomheten som leverer *cloud* tjenesten, innebærer også at bruksrettigheten bortfaller. En løsning til problemet med slike sammensatte avtaler hvor avtalen har slike tjenester elementer er dommens premiss 66 som gjelder vedlikeholdelsesavtaler. Her anfører EU domstolen at disse avtaler vil kunne oppheves ved benyttelse av konsumsjonsretten. Overføres dette til *cloud*-baserte avtaler hvor de øvrige momenter taler for ett kjøp, vil dette innebære at programmet overføres til den som er sluttbrukeren, da man har en tjenestedel og en kjøpsdel av avtalen. Avgjørende for at en slik fremgangsmåte kan benyttes blir om det er tjenestedelen som er den vesentligste eller kjøpsmomentene. Dersom *cloud*-tjenesten utbydes fordi EDB programmet ikke kan kjøres fra den lokale *hardware*, kan det nok vanskelig sies at det er kjøpsmomentene som er den vesentligste delen av transaksjonen, da den vedvarende råderetten hos sluttbrukeren ikke vil være en synlig forutsetning for avtalen. Formålet må sies å være *cloud* tjenesten som muliggjør benyttelsen, uansett om det foreligger en engangsbetaling og en vedvarende bruksrettighet i lisensavtalen. For den rettslige analysen er dette ett spørsmål om hva som er reelt det vesentligste. I det overnevnte scenario må man trolig ansee slike avtaler som en tjenesteytelse og ikke ett kjøp. I andre tilfeller hvor *hardwaret* er likegyldig fremstår rettstilstanden mindre klar, og det kan ikke utelukkes at avtalen ikke vil være rommet av målsetningen formulert i usedsoft om en vid kjøpsdefinisjon.

Etter Tom kabinet, så vil ytelsene som faller inn under EDB programvare direktivet være *lex specialis*. Dette innebærer at argumentene fra dommer som faller under direktivet ikke vil

nødvendigvis ha samme relevans på EDB transaksjoner, hvor realytelsen måtte sies å falle utenfor direktivet. Virkningen av dette kan vanskelig konkretiseres, da dommen er taus vedrørende kjøpsbegrepet. Derimot så er det klart fra dommens premisser at det føres ett klart skille etter lagringsmediet, med den virkning av at det ikke er en ubetinget rett for videresalg av ytelser. Dette er ikke ensbetydende med at det aldri kan være tale om ett «kjøp» men at domstolen autoriserer i en bredere måte at tillatelsen som gis i den digitale ytelsen, i en større grad kan unndra den fulle råderetten. Det er uklarheter rundt rekkevidden av dommen, men det klare er at rettsanvenderen bør ta stilling til hvorvidt EDB ytelsen, faller inn under INFOSOC direktivet eller EDB programvare direktivet, og dersom det er INFOSOC direktivet vil formodningen være noe annerledes utfra de konkrete omstendighetene. På den annen side slik illustrert vil argumentene som engangsbetaling, og tidsubegrenset rådighet tale etter alminnelige prinsipper tale for at avtalen karakteriseres som ett kjøp, men det må føres en distinksjon mellom disse argumentenes vekt etter ytelsens form.

Det fremgår klart at det er gitt rom for at rettighetshaver av opphavsretten har hjemmel til å pålegge vilkår til den tillatelsen, som er gitt både ved ett salg og av andre transaksjoner av EDB programvaren i kraft av lisensavtalen. Særlig med tanke på at opphavsretten er gitt med bakgrunn i at rettighetshaver skal kunne råde over det skapte. Noe mindre klart er om dette utgangspunktet kunne sies å kunne gjøres gjeldene for EDB programvarer som ikke kvalifiserer til opphavsrettsbeskyttelse. Dette gir på den ene siden en sterkere grunn for den selgende part til å regulere vilkår i avtalen, men det ville vært paradoksalt om det skulle innrømmes bedre beskyttelse til verket utenom opphavsretten enn med.

Problemstillingen kan vanskelig sies å være aktuell øyeblikkelig da det kan vanskelig tenkes ett EDB program, hvor det er en reell interesse i kjøp av programvarer som ikke kvalifiserer til opphavsrettsbeskyttelse, men det kan ikke utelukkes at programvarer som baserer seg på en rekke «*open source*» lisenser i og for seg ikke vil kunne kvalifisere til opphavsrett. Et annet eksempel som fremkommer i nyere tid og vil antakelig bli mer prevalent er kildekoder som baserer seg på «KI-skapte» kildekoder. Hvorvidt outputen kan kvalifisere til en opphavsrettskrenkelse er utenfor siktemålet til denne fremstillingen, men dersom vi forutsetter at en slik EDB programytelse utferdiges til ett ferdig produkt er det ikke sikkert at det vil foreligge opphavsrettsbeskyttelse, og derav vil heller ikke rettsregelen som gir autoritet til legitim beskyttelse av en rettighetshaver ikke kunne gjøres gjeldene. Problemstillingen vil også dukke opp i økende grad i fremtiden, da programvarer som er originale i dag, vil vanskelig sies å være originale ved utløpet av rettighetshavers tap av rettigheten. Det kan dermed ikke utelukkes at det er relevant å ha i mente ved vurderingen av «lisensavtalens»⁸⁹ karakter, og dermed også ved kjøpsavtalen hvorvidt det er tale om en opphavsrettslig beskyttet programvare

⁸⁹ I tilfeller hvor det foreligger en lisensavtale uten en opphavsrett, blir det mer korrekt å snakke om rådighetsavtale som supplement til kjøpsavtalen, da det ikke vil være noen rettigheter i realytelsen som kan lisensieres.

eller ikke. Det at det er en lavere beskyttelsesmessig interesse utenom opphavsretten, innebærer at det er høyst relevant for rettsanvenderen å vurdere dette momentet ved bedømmelsen av vilkårene, det vil nok måtte sies å være tvilsomt at en avtale over ytelser som ikke nyter beskyttelse av opphavsretsloven, vil kunne bebyrde sin medkontrahent strengere enn med beskyttelse av loven.

En konsekvens av dette forutsetningsvis vil være at klausuler som «*lisensiert, men ikke solgt*» i ytelser uten opphavsrettsbeskyttelse, vil i større grad ikke kunne tas til følge hvor det ikke foreligger en beskyttelsesverdig interesse bak formuleringen. Dette kan derimot ikke vurderes løsrevet fra de andre rettslige faktorene som vil være i avtalen.⁹⁰

3.4. Refleksjoner av det overstående

Slik illustrert av de øvrige rettskildefaktorene, så er det en rekke momenter som er i samspill i en EDB transaksjoner, hvordan man skal klassifisere transaksjonen og videre analysere de konkrete beføyelsene er en analyse hvor de alminnelige avtalerettslige prinsipper og opphavsretten opererer *in tandem*. Noen holdepunkter kan slutes fra det overordnede. Det rettslige utgangspunktet slik som ellers er partenes enighet. Dette innebærer at ved den rettslige analysen av hvordan en skal bedømme den avtalerettslige konstruksjonen. Skal hensikten være hva som er partenes felles enighet, hvilket innebærer basert på rettskildene at man må vurdere avtalen samlet med de preseptoriske rammene av opphavsretten.

Spørsmålet om partenes enighet innebærer at man må være observant på den vide bruken av standardbetingelser, hvor disse ofte vil være ensidige fra utbyderen ofte som EULAs. Er det individuelle forhandlinger vil betingelsene ofte måtte tas til følge, da det foreligger konkret kjennskap.⁹¹ Ved ensidige betingelser derimot må rettsanvenderen vurdere betingelsene opp mot andre fortolkingsmomenter. Slik som illustrert i Usedsoft ble det nettopp avgjørende at de øvrige momenter reflekterte ett annet innhold enn betingelsene, derav var det tale om en kjøpsavtale. En individuelt konsipert avtale derimot ville nok derimot måtte tas til følge dersom det var klarhet rundt at det ikke var intensjonen at eiendomsretten i eksemplaret skulle overgå til tross for øvrige momenter. Dette kan dermed formuleres som ett samlet spørsmål, om avtalen samlet sett gir uttrykk for en berettiget forventning hos erververen av EDB produktet at eiendomsretten er vedvarende.

⁹⁰ Eksempelet hvor avtalen gir uttrykk for en balansert fordeling, og hvor hensynet til medkontrahenten av lojalitetsbetraktninger vil måtte ansees som rimelige. I U.2007.2507V ved fortolkningen av en overdragelsesklausul ble det lagt vekt på ett rimelighetsargument «... *anførte bestemmelser i kontrakten er uttrykk for en interesse hos Scan Soft APS i å kunne bevare en nær kontakt til den virksomhet der har fått overlatt bruksretten*». Utfallet i saken ble bestemt av at det var tale om ett opphavsretts beskyttet EDB program ref. Formuleringen «*uberettiget bruk*», men dommen er av interesse for at de avtalemessige hensyn vil også gjelde utenom programvarer som er opphavsrettsbeskyttet.

⁹¹ Forutsatt at man ikke støter på preseptoriske rammer slik som DL 5-1-2, eller Aftaleloven §36

Fra EU domstolen er det autorisert noen basale holdepunkter ved bedømmelsen om hvorvidt dette er tilfellet fra Usedsoft og Ranks avgjørelsene. Om det etter fortolkningen av avtalen er tale om en vedvarende bruksrett hos sluttbrukeren, mot en tidsbegrenset vederlagsprestasjon vil disse være sterke holdepunkter for at det er tale om ett kjøp, da en klar ordlyd i lisensavtalen ble tilsidesatt til fordel for disse argumenter.⁹² Prestering av realytelsene er alltid synlige og karakteristiske for den tradisjonelle vurderingen, også ved EDB transaksjoner.

Dersom det er tale om vedvarende forpliktelser vil dette som utgangspunkt tale for at dette ikke er ett kjøp. Om EDB avtalen følger med ytelser som er typisk verksleie må rettsanvenderen vurdere hvorvidt dette er den vesentligste delen av ytelsen. *Cloud* avtaler, vedlikeholdsavtaler m.m. kan likevel innebære at det er en kjøpsdisposisjon dersom de øvrige momenter taler for dette. Klart er det derimot dersom den vedvarende forpliktelsen er det vesentligste at det ikke vil være ett kjøp. Eksempelvis i scenarioet hvor EDB programvaren leveres til maskiner, som uansett ikke kan kjøre programvaren. Her er det for partene en synlig forutsetning at det er tjenesteytelsen som er det vesentligste.

Videre så følger det av det overståtte at det må foretas en distinksjon mellom EDB programvarer som er beskyttet som dataprogrammer, og de som er beskyttet etter INFSOC direktivet. Da det følger av Tom Kabinet at argumentene ovenfor ikke har den samme relevans for disse ytelsene, og at rettsstillingen for immaterielle kopier og fysiske kopier er regulert med intensjon at disse skal være ulike. Argumentene som er anvendt i Usedsoft og Ranks kan presumeres å ha relevans likevel om hvorvidt det er tale om ett kjøp, da disse er alminnelige argumenter, men fra dommen følger det at det er et legislativt hensyn å skille ytelsene etter lagringsmedium. Rettsanvenderen bør dermed være observant på at selv om de øvrige forhold foreligger, vil dette ikke være ensbetydende med at det foreligger ett kjøp. Og de tradisjonelle disposisjoner som måtte følge med slik som en videresalgsrett vil også ikke nødvendigvis følge med.

Avslutningsvis må det erkjennes at opphavsmannen ofte vil ha en berettiget begrunnelse til å ikke overføre eiendomsretten i det konkrete eksemplar til sin skapelse ved digitale kopier. Hvor dette er en synlig forutsetning vil dermed hensynet til opphavsmannen tale for at avtalen fortolkes i lys av dette, og er ett argument for at det ikke er tale om en kjøpsavtale. Men her som ellers beror dette på om dette er en synlig forutsetning for medkontrahenten jf. analysen om viljeserklæringer. Lojalitetsplikten mellom partene taler også i retning for dette. Er det tydelig kommunisert til medkontrahenten at eiendomsretten ikke skal overgå, m.m. bør dette aksepteres. Uansett så følger det at det bør føres en distinksjon mellom det som er opphavsbeskyttet og det som er ikke. Er det ikke opphavsrett så kan det vanskelig sies å være en synlig og saklig forutsetning til å særlig regulere rettighetene i realytelsen. Taler de øvrige momenter for kjøp kan det vanskelig forsvares å opprettholde en klausul som ikke ble anerkjent

⁹² Om den nærmere analysen i dommens premisser se de øvrige kapitler.

for det som er opphavsretts beskyttet. Klausuler gitt i medhold av opphavsretten har dermed en større beskyttelsesverdighet.

Det er derimot ikke bare alminnelig avtalefortolkning, og opphavsrelaterte argumenter rettsanvenderen må vurdere ved analysen av EDB transaksjonen. Det må også foretas en vurdering etter partenes status da dette kan endre hvordan man skal vurdere avtalefragmentene.

4. Forbrukerhandelen

Det gjelder ett grunnleggende skille i kontraktsretten mellom forbrukerhandelen og næringskjøpet. Dette er som følge av at det er en presumert asymmetri mellom forbrukeren og den profesjonelle medkontrahenten. Rettspolitisk er dette også ett prioritert hensyn i den europeiske union. jf. TFEU art 169.⁹³ Hvor det med hjemmel i dette er gitt en rekke direktiver som regulerer forbrukerkjøp, hvor noen er av minimumsharmoniserende karakter⁹⁴, og andre av totalharmoniserende karakter.⁹⁵ Regelverket for kjøpsretten er dermed stykkevis harmonisert, men noen totalharmonisering på dette området eksisterer ikke.⁹⁶

I dansk rett har direktivene blitt inkorporert i købeloven og aftaleloven. Disse preseptoriske rammer regulerer både den konkrete avtalen materielt mellom forbruker og den profesjonelle medkontrahenten, men det er også gitt særlige rammer til hva som kan avtales. For EDB handelen kompliseres dette med at man også må vurdere lisensavtalen og de konkrete disposisjoner i lys av opphavsretten slik som belyst ovenfor. For næringshandler er det som utgangspunkt full valgfrihet over lovvalget, og de rettigheter og beføyelser som skal gjelde for avtalen innenfor de overnevnte rammer. Slik frihet gjelder ikke for forbrukerkjøpet.⁹⁷

Hvordan disse preseptoriske rammene virker inn i forbrukerhandelen av EDB programvarer, vil behandles i den videre fremstillingen. Før dette vil jeg først gå inn på hvilken betydning det har for transaksjonen om det er tale om ett kjøp eller en tjenesteavtale på forbrukerrettsområde i lys av direktivet om digitale ytelser.

⁹³ Det er også nedfelt i den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter (2010/C/83/02) art 38.

⁹⁴ Eksempelvis RÅDETS DIREKTIV 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugerftaler art. 8.

⁹⁵ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV (EU) 2019/770 af 20. maj 2019 om visse aspekter af aftaler om levering af digitalt indhold og digitale tjenester art. 4. (Direktivet om digitale ytelser)

⁹⁶ Forslag om CESL (Common european sales law) ble foreslått i 2011 av kommisjonen, KOM/2011/0636 final, men forslaget fikk ikke tilstrekkelig tilslutning blant EUs medlemsland.

⁹⁷ Købeloven §1 stk 2. med en opprømsing av bestemmelser som er beskyttelsesperseptive. Disse regler suppleres også av aftaleloven §§38 a-f. Hvilket inkorporerer Rådets direktiv af 1993-04-05 om urimelige kontraktvilkår i forbrugerftaler (93/13).

4.1. Betydningen av om transaksjonen er ett kjøp eller en tjenesteavtale

Utgangspunktet er at det er ett grovskille mellom kjøpsavtalen og tjenesteavtaler. Kjøp er som nevnt en betegnelse på en avtale hvor eiendomsretten i ett formuegodet overgår fra A til B, disse faller inn under den beskyttelsesperseptive reguleringen i købeloven jf. §1 a, jf. 1 stk 2. For tjenesteytelser, så er det tale om avtaler hvor det skal frembringes/forsøkes å frembringe ett arbeidsresultat. Slike avtaler er som utgangspunkt regulert av ulovfestet rett.⁹⁸

Da det er i økende grad mer prevalent at den samme ytelsen kan utbydes både som fysisk vare, en digital informasjonsoverførsel, eller leveres over en strømming eller cloud-tjeneste, implementerte EU direktivet om digitale ytelser for å harmonisere rettsikkerheten til forbrukeren.⁹⁹ Direktivet harmoniserer en rekke regler som gjelder digitale ytelser, digitale tjenester, og varer med digitale komponenter, og er inkorporert i dansk rett i købeloven. For varer med digitale elementer, gjelder ikke de særlige reglene i direktivet. For disse skal man altså vurdere særskilt om det er tale om ett kjøp eller en tjenesteytelse. jf. købeloven §4 A stk 6. Er det klart at de digitale elementene hører innbyrdes sammen med den fysiske gjenstanden, og de øvrige momentene taler for at det er ett kjøp, vil feil med de digitale elementene måtte være å regnes som en feil ved den fysiske gjenstanden, og etter omstendighetene være en kjøpsrettslig mangel. Dette innebærer at i situasjoner slik som forbrukerklagenævnets sak 08/08456 hvor det var feil med softwaret til en GPS, var dette en kjøpsrettslig mangel som følge av at den vesentligste delen av transaksjonen er nettopp eierskapet i GPS-en.¹⁰⁰ Dersom EDB ytelsen er en nødvendig del til løsøre ytelsen vil man altså tale om ett enkelt kjøp. Eksempelvis bilen som er markedsført med GPS fra Google maps vil etter reglene om varer med digitale elementer være betraktes som en enkel kjøpsavtale med billeverandøren, hvor feilen med EDB programvaren vil være å betrakte som en feil med selve bilen, og ikke en separat kontrakt med Google.¹⁰¹

Direktivets regler regulerer eksplisitt ikke hvordan selve avtalen skal karakteriseres jf. direktivets betraktning nr.12 og skal dermed avgjøres etter nasjonal rett, men regulerer materielle beføyelser som gjør seg gjeldene ved EDB ytelser. Betydningen for hvordan man klassifiserer avtalen kan dermed ved første øyekast virke litt likegyldig i forbrukertransaksjonen, da erververen uansett om det er en digital ytelse, eller en digital tjeneste, oppnår en forbrukerrettslig beskyttelse.¹⁰² Denne beskyttelse berør vesentlige

⁹⁸ Dette kan leses ut fra en antitetisk fortolkning av Købeloven §1a første punktum. For en gjennomgang av K-kontraktene, samt obligasjonsretten for EDB tjenesteytelser se. Udsen, IT ret (2021) s.631-661. For noen slike kontrakter vil disse også bli beskyttet av forbrukerlovgivningen som følge av §2 første stk, første punktum.

⁹⁹ Se direktiv om digitale ytelser, betraktning nr. 2 til 8 hvor en rekke forbrukerrettslige hensyn og argumenter blir reist om behovet for særregler.

¹⁰⁰ Avgjørelsen er omtalt i Udsen, IT ret s. 585

¹⁰¹ Dette innebærer at man skal se til de alminnelige regler i købeloven og ikke de spesielle reglene for digitale ytelser.

¹⁰² Definert i købeloven §3 A. 2),3), og 4).

materielle aspekter ved kontrakten til levering, mangelsbeføyelsen, og misligholdsbeføyelser.

103

Betydningen av distinksjonen blir dermed klar når man vurderer eierskapet. Som nevnt er det karakteristiske ved kjøpsavtalen at det er tale om en avtale om en vedvarende bruksrett som overgår. For en tjenesteavtale så kan dette også være en mulighet, men enkelte tjenesteavtaler utelukker naturligvis tanken om at det kan være tale om ett kjøp. Eksempelvis computerspillet som leveres av cloud-utbyderen, som følge av at *hardwaret* ikke har mulighet til å kjøre programvaren. Det kan selv om momentene som hvordan vederlaget er ytet, eller en tidsubegrenset karakter vanskelig tale om ett kjøp, da realytelsen forutsetter at medkontrahenten kan levere tjenesten. Ref. Vurderingene i kap 3.3. ¹⁰⁴

Det at det også som nevnt bare utløses en konsumsjonsrett ved overdragelse.¹⁰⁵ Innebærer at overdragelsesforbud vil måtte opprettholdes i tilfeller hvor tjenesteelementet er den vesentligste del av ytelsen som leveres og eiendomsrettens overførsel må utelukkes. Her må man være oppmerksom på at dersom det er en EDB programvare som selges utenom en fysisk gjenstand er rettstilstanden ulik mellom de ytelser som faller inn under INFOSOC direktivet, og EDB programvare direktivet. Uansett dette er problemstillingen høyaktuell på forbrukerområdet da tillatelsene som forbrukeren oppnår ved ikke fysiske transaksjoner som nedlastning av e-bøker ofte er regulert i standardavtaler, hvor disse kan enten være obligatorisk lesning for forbrukeren pre installasjon, være vedlagt post installasjon hvor forbrukeren alt har prestert ytelsen, eller på en hjemmeside. Denne lisensavtalen kan stå i kontrast til ett annet argument som er engangsvederlaget og omtalen av EDB produktet som «kjøpt» i nettbutikken. Fra amerikansk rett så er nettopp denne problemstillingen blitt nylig reist knyttet til hvorvidt «kjøpte» filmer fra Amazon Prime reelt sett var kjøpt eller subjekt til en midlertidig lisens, så lenge selskapet selv hadde visningsrettighetene, i tråd med en standardavtale.¹⁰⁶ Det foreligger ingen endelig avgjørelse, men er illustrativt på at det kan være motstridende argumenter i kontraktens reelle innhold ved slike situasjoner. ¹⁰⁷

¹⁰³ Gjennomgått i Udsen (2021) S. 587-605.

¹⁰⁴ Ett konkret eksempel på det følgende <https://www.nintendo.co.uk/Support/Nintendo-Switch/Games-Using-Cloud-Streaming-Technology-FAQ-1864576.html> av interesse så er det benyttet kjøpsterminologi «purchase», hvilket gjør at det er overhodet ikke klart hva som er *de lege lata*. Særlig i lys av vederlagsformen, og den vedvarende bruksretten. Men trolig må man betrakte slike avtaler som tjenesteavtaler, da det er tale om en umulighet å levere en realytelse som ikke kan kjøres på *hardwaret*.

¹⁰⁵ Se gjennomgangen ovenfor i kap 3.2.2. for ulikheter som kan gjelde her over hvilke typer EDB ytelser ved vurderingen av OPL §19.

¹⁰⁶ United states district court western district of Washington at Seattle, Master File No. 2:22-cv-00401-RSM, ORDER ON MOTION TO DISMISS, (Amazon Prime Video, 15 mars, 2024) Denne delavgjørelsen er ikke rettskraftig om spørsmålet for hvordan EDB transaksjoner skal betraktes.

¹⁰⁷ Se oppgavens 3.3.1. om Partenes vilje

Den videre fremstillingen vil dermed berøre den konkrete fortolkningen av EDB avtalen i forbrukerforhold.

4.2. Forbrukeraftaledirektivet og Aftaleloven §38 B

Det særlige med forbrukerhandelen er at det foreligger en presumsjon om at det gjelder en inbalanse mellom forbruker og næringsdrivende. Av denne grunn så blir analysen av partens vilje noe utover en ren språklig fortolkning av de diverse avtaletilsagn, da det må stilles ett spørsmål om forbrukeren reelt gav uttrykk for ett ønske om å binde seg. Lovgivningen bruker ett formelt partsbegrep av forbruker og næringsdrivende. jf. aftaleloven §38 a stk 2. Essensen i begrepet næringsdrivende er at vedkommende utøver en aktivitet over tid, i sitt erverv. Jf forbrukeraftaledirektivet art 2 c).

Det vil sjeldent by på problemer for EDB handelen om hvorvidt man står ovenfor en forbrukerdisposisjon. Men det kan tenkes at EDB ytelsen overdras fra en fysisk person som programmereren. Dersom erververen tilfredsstiller forbruker definisjonen, og det kan påvises at medkontrahenten oppfyller vilkårene til å opptre som «erhvervsdrivende», vil dette være en forbrukerhandel og reglene vil finne anvendelse.¹⁰⁸ Reglene om forbrukerkjøp vil finne anvendelse, selv om det vil være tale om en bi-beskjeftigelse. Dette er særlig relevans, da EDB programvarer også kan konsiperes og overdras av en eller flere programører som ledd i hobbyvirksomhet. Selv om dette er tilfellet skal det under det overnevnte premisset innebære at kontrakten skal vurderes i lys av presumsjonen om at det foreligger en inbalanse mellom partene, som medfører at de dispositive tilsagn må vurderes i lys av dette.

Rettsanvendelsen når det står mellom partskonstellasjonen forbruker og næringsdrivende blir noe annerledes enn de alminnelige prinsippene som ellers gjelder. Allerede etablert er utgangspunktet partenes felles vilje for det som er kontraktens gjenstand. Og slik allerede redegjort for i oppgavens kap 3 er vederlaget, og hensikten til bruksrettigheten tungtveiende argumenter som vil tale for at det er tale i retning for at kontrakten er en kjøpsdisposisjon.

En av de viktigste rettskildene som gjelder for forholdet mellom den næringsdrivende og forbrukeren er forbrukeraftaledirektivet.¹⁰⁹ Direktivet retter seg ikke mot bestemte kontraktstyper, men retter seg mot avtalevilkår som er *urimelige*. Jf. direktivets art 1. nr.1. d. Direktivets minimumsbestemmelser er inkorporert i dansk rett i aftaleloven §§38 a-f.

Selv om det er tale om ett minimumsdirektiv skal domstolen prøve direktivets bestemmelser i *videst mulig omfang at fortolke dem i lys af direktivets ordlyd og formål*. Av særlig relevans er

¹⁰⁸ Dette er i tråd med den vide næringsbegrepet som EU domstolen anvender. Se særlig C-105/17 Kamanova premiss 34, 38-39, samt premiss 40 om at inntekt i seg selv ikke er nok. Riktig nok gjelder dommen for direktivet om urimelig handelspraksis, men dommen inneholder generelle momenter som er av relevans for næringsbegrepet.

¹⁰⁹ Rådets direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugeravtaler

også at domstolen også benevner at dette skal gjøres uten hensyn til om dette er i lys av «*hva enten eldre eller yngre de nevnte direktiv...*» hvilket innebærer at direktivets bestemmelser og formålet til å beskytte forbrukeren mot slike urimelige klausuler også må vurderes opp mot senere rettsakter. Dette innebærer ikke at det med vektningen at forbrukerhensynet alltid skal trumfe, men at hensynet skal vurderes «*i videst mulig omfang*». ¹¹⁰ Dersom en fortolkning er utelukket eksempelvis, som følge av INFOSOC direktivets bestemmelse om spredningsretten av immaterielle kopier, vil det ikke være direktivstridig å ta INFOSOC direktivets bestemmelse til følge for å utelukke en spredningsrett, selv om det ville være mer gunstig for forbrukeren å ta dette til følge. ¹¹¹ Dette som følge av at forbrukerbestemmelsene også må vurderes i lys av annen rett, slik som opphavsretten. Dette kommer særlig til syne ved spesialitetsgrunnsetningen av OPL §53 stk. 3. som innebærer at overdragelsesavtaler hvor rettighetene overføres skal fortolkes restriktivt etter ordlyden. Problemstillingen aktualiserer seg likevel hvor det er en uklarhet om hvordan avtalen skal fortolkes, hvilket kan under omstendighetene likevel gjøre forbrukeravtaledirektivet relevant ved bedømmelsen av kontrakten. Det er også verdt å bemerke her at rettstilstanden her vil være ulik fra EDB ytelser som er opphavsrettsbeskyttet og de som ikke er dette. ¹¹²

Direktivet får dermed anvendelse uavhengig av hvorvidt man for øvrig må betegne avtalen som en lisensavtale, kjøp, eller tjenesteavtale. Det avgjørende for anvendelse er om avtalen er en standardkontrakt jf. art 3. 1. jf. nr.2, jf. aftaleloven §38 B 1.stk. Slik beskrevet ovenfor vil en EDB ytelse ofte følge med en standardavtale i form av en EULA, eller lignende fragmenter, og sjeldent være gjenstand for en individuell forhandling. Om det foreligger individuell forhandling vil direktivet ikke finne anvendelse og man vil bedømme transaksjonen i tråd med de alminnelige prinsippene og opphavsretten slik beskrevet ovenfor. Dersom det mot formodning ikke skulle foreligge en lisensavtale vil momentene slik redegjort for i Usedsoft være avgjørende. Også trolig for de ytelser som faller inn under INFOSOC direktivet, da avtalenspremisser blir en vurdering av de synlige momenter, som i dispositive tilsagn, vederlag, m.m.

Direktivet gjelder heller ikke for de betingelser som gjelder vederlaget, eller definisjonen av hovedgjenstanden så fremt disse er formulert tilstrekkelig klart. Jf. art 4. nr.2. Av relevans til EDB transaksjonen, så innebærer dette at dersom vederlaget bare kan forstås av avanserte beregningsmetoder, så er dette ikke formulert «klart og forståelig». ¹¹³ Men av relevans så gjelder dette også beskrivelsen av selve realytelsen. Som det følger av tvisten som er oppstått i USA om Amazon prime og forbrukerhandelen, så er det klart at det kan være tvist rundt hva

¹¹⁰ C-240/98 (Osceano) premiss 29-32

¹¹¹ Se mer om rekkevidden til Tom kabinet etter infoc ovenfor.

¹¹² Se oppgavens del 3.

¹¹³ Udsen (2021) s.788 og 812 illustrerer hvordan betalingsmodellen kan se ut avhengig av de ulike lisenser. Riktignok er det i periferen at disse software er gjenstand for forbrukerhandel, men det illustrerer at det er en kompleksitet med disse betalingsmodellene, som aktualiserer forbrukeravtaledirektivet.

kjøpsterminologien medhefter og ikke medhefter. Hvor det kan på alvor vurderes om det at man beskriver EDB ytelsen som «kjøpt» kan komme i konflikt med sluttbruk lisensavtaler, hvor man så spesifiserer at enkelte beføyelser lisensieres ut. Noe klart svar i dansk eller europeisk rettspraksis rundt dette eksisterer ikke. Men trolig er det her en uklarhet som aktualiserer direktivets bestemmelser. Avgjørende blir om gjennomsnittsfbrukeren kan vurdere kontraktens følger.¹¹⁴

Om en ytelse er lisensiert eller om det er tale om ett kjøp vil vanskelig tenkes å komme i konflikt med den ikke uttømmende urimelighetsvurderingen jf. art.3 nr.3.¹¹⁵ Direktivet kodifiserer derimot en rekke betingelser som vedrører krav til lojalitet, jevnbyrdighet, og klarhet.¹¹⁶

Av relevans for fortolkningen av transaksjonen og hvorvidt man står ovenfor ett kjøp eller en lisensavtale er særlig vilkåret om at standardavtalen har en tilstrekkelig klarhet for brukeren. Etter aftaleloven §38 B første stk. som kodifiserer direktivets art 5, skal standardbetingelser hvor det oppstår «*tvil om forståelsen ... fortolkes vilkåret på den måte, som er mest gunstig for brukeren.*»

Etter ordlyden så innebærer dette at det er nødt til å foreligge flere mulige fortolkninger av ett vilkår, og hvor dette foreligger så blir rettsvirkningen at det skal legges til grunn en forståelse som er best for brukeren i situasjonen. Etter ordlyden og rettspraksis så kan altså selv ugunstige vilkår for en bruker aksepteres, dersom de har en tilstrekkelig klarhet.¹¹⁷

I spørsmålet om hvorvidt man står ovenfor ett kjøp av EDB ytelser, så må det altså foreligge en uklarhet rundt den konkrete fortolkningen, som ligger rundt ervervelsen hvor både konkrete omstendigheter rundt standardvilkåret, til ordlyden i vilkåret, som må muliggjøre ulike forståelser til betingelsen.¹¹⁸ Foreligger en slik uklarhet rundt avtalebestemmelsen vil direktivets *contra proferentem* bestemmelse finne anvendelse, og den mest fordelaktige forståelsen skal legges til grunn.

Dette får for EDB transaksjonen ett klart anvendelsesrom i de tilfeller hvor det er konflikt rundt kildene, hvor man på den ene siden har kjøpsterminologi anvendt i erhvervsøyeblikket samt

¹¹⁴ Vurderingstemaet følger av C-186/16 Andriuc premiss 47.

¹¹⁵ Andre deler av direktivets gråliste kan derimot være relevant å drøfte opp mot lisensavtalen. Bl.a. grålistens henvisning til «*k) at tillade den erhvervsdrivende ensidigt uden gyldig grund at ændre egenskaberne ved det produkt eller den tjenesteydelse, der skal leveres*». Dette er nå nærmere regulert i direktivet om digitale ytelser. Nærmere om dette se . Udsen (2021), s. 597-598. Andre elementer med grålisten slik som dens bokstav G. Kan diskuteres også opp mot klausuler slik som <https://www.ea.com/nb-no/legal/user-agreement#termination-and-other-sanctions> .

¹¹⁶ C-92/11 avsnitt 47 «*Et standardisert kontraktsvilkår, der muliggør en sådan ensidig tilpasning, skal opfylde de nævnte direktivers krav om god tro, jevnbyrdighed, og gennomsigtighed*»

¹¹⁷ U.2016.3162 Ø (Kitesurfing) hvor Østre landsret med rette kommer frem til at begrensingsklausulen ikke kan forstås på annen måte enn utelukkning av lignende skadetilfeller. Sml med U.2021.2346 Ø. (Knallert) Hvor begrepet «køretøy» utfra de konkrete omstendighetene på plassen ikke omfattet mopeder til tross for klar ordlyd.

¹¹⁸ U.2021. 2346 Ø (Knallert)

de momenter som beskrevet i oppgavens kap 3, men på den andre siden har en standardlisensavtale som peker i den andre retning. I en slik situasjon kan aftaleloven §38 B første stykke bli høyaktuell for å løse tvisten rundt, hva transaksjonen reelt er.

For rettsanvenderen som skal bedømme en EDB transaksjon, så gjelder de følgende momenter: dersom det foreligger en klar utvetydig fortolkning av avtalen i tråd med lisensvilkårene, må det aksepteres at det er tale om lisensavtale som avviker fra kjøpsdefinisjonen. Dette er også i tråd med det som følger av Tom kabinet og Usedsoft. Hvor momentene som pris, om det er kommunisert ett ønske om at erhverver skal motta en vedvarende bruksrett, og hvorvidt det er tale om en fysisk eller immateriell kopi.¹¹⁹ Problemene oppstår derimot hvor det ikke er en slik klarhet rundt avtalefragmentene. Her blir spørsmålet i hvilken grad kan det legges til grunn at det er en usikkerhet rundt kontraktens forståelse. Besvares dette bekreftende må den forståelse som er mest gunstig for forbrukeren legges til grunn jf. aftaleloven §37 B. I det følgende del kapittel vil argumenter som kan være relevant for denne avveiningen utover det som allerede er beskrevet presenteres.

4.3. Særlige argumenter

Slik avklart i oppgavens del 3.1.1. så er utgangspunktet for avtalen partenes felles vilje, som etter objektiv fortolkning av de dispositive tilsagn blir en analyse om hvorvidt det må antas at medkontrahenten har gitt uttrykk for å ønske å binde seg. Dette stiller seg annerledes for forbrukersituasjoner, da det etter aftaleloven §37 B ikke må nødvendigvis påvises at det er tale om ett kjøp utfra alle momentene, men bare at en slik forståelse som er gjenstand for «tvil». ¹²⁰

Det springende punkt er dermed under hvilke tilfeller kan man si at det foreligger en slik tvil. Slik allerede påpekt er vederlagets form, og realytelsen vesentlig i denne bedømmelsen. ¹²¹ Da dette er hovedytelsene som utveksles. Utover dette så vil det trolig være avgjørende hvilke synlige forutsetninger parten har for avtalen, da disse også er en del av det samlede grunnlag for avtalen. ¹²²

Er det tale om ett EDB program under EDB programdirektivet, vil det være tilstrekkelig å si at det foreligger en kjøpsavtale, dersom premissene i Usedsoft foreligger. Rettssystematiske hensyn taler for dette, da EU domstolen la dette til grunn under en fortolkning blant

¹¹⁹ Se bemerkningene til Tom kabinet og usedsoft i oppgavens del 3.3

¹²⁰ Eksempelvis U.2016.1062Ø (Goleif) hvor aftalelovens §37 B fant anvendelse som følge av at reisebyrået hadde gitt medkontrahenten «*føje til å gå ud fra, at aftalen blev inngået direkte med DDR*». Det er altså ikke ett spørsmål om at forståelsen må legges til grunn, men ett spørsmål om det er en berettiget grunn til å forstå kontrakten på en slik måte at det oppstår tvil om innholdet.

¹²¹ Under oppgavens del 3.3

¹²² Av avgjørende betydning for at det i knallert saken, kom frem til at det ikke var omfattet av forbudet, var at forholdene på stedet gav forbrukeren anledning til å tro at han kunne parkere på stedet. Synlige forhold rundt avtalens praktisering ble altså avgjørende for hvordan avtalen måtte forstås. Tilsvarende også Goleif med argumenter som *layouten* til nettsiden.

næringsdrivende. Det ville være paradoksalt og mot forbrukerlovgivningens hensikt om det skulle innrømmes en bedre rett for næringsdrivende enn forbrukeren.

Spørsmålet om når det kan være gjenstand for «tvivl» blir dermed særlig interessant for immaterielle reale ytelser som kan være regulert av INFSOC direktivet.

Argumenter om pris, og mediumsnøytralitet gjelder ikke på samme måte jf. Tom kabinet men det må fremstå som klart at vederlagsformen har en relevans også her, da vederlagsformen og dens størrelse er en av de faktorene som alltid vil være synlig. I de tilfeller hvor det samme produkt utbydes til samme pris uavhengig av format, kan det sies at det ikke vil være klart for forbrukeren at den digitale ytelsen som er erhvervet som informasjonsmengde via nedlastning, og den ytelsen som er via CD er beheftet med ulike rettigheter.¹²³

Kjøpsbegrepet blir hyppig anvendt i transaksjonsøyeblikket. Dette vil som alltid peke i retning om at det er tale om ett kjøp, men av større viktighet er at rettigheten i godet overføres. Da det er dette som er den sedvanlige forståelsen av ett kjøp. Dette innebærer selvsagt at det ikke kan avtales annet, hvilket er nettopp det som ofte er tilfellet ved en EDB transaksjon. Spørsmålet er bare om lisensavtalen som begrenser innholdet av, og i noen tilfeller tar avstand fra kjøpsbegrepet er utvetydig.¹²⁴

Standardvilkårene kan fremtre på flere måter. Disse kan være synlig for forbrukeren forut transaksjonsøyeblikket. Enten ved ett pop up vindu eller som ett dokument som må leses før transaksjonen kan fullføres. Slike situasjoner kan vanskelig sies å være tale om noe tvil om at det ikke er tale om noe kjøp i den tradisjonelle forståelse, da vilkåret om realytelsen klart presenteres for forbrukeren. Dette skjer også før ytelsene går over, hvilket gir forbrukeren en mulighet til å avvise ytelsen om han er uenig i vilkårene. I de tilfeller hvor klausulen sitt innhold er vanskelig å syntes i dokumentet, enten med bevisst komplisert språk eller mindre klar font eksempelvis vil dette utgangspunktet kunne anfektes. Da det i slike tilfeller slettes ikke fremstår klart for forbruker hva han i realiteten går med på, her kan det i ekstreme tilfeller argumenteres med at det er på kant med lojalitetsplikten som gjelder i danske kontraktsforhold.

Vilkår som presenteres klart ved pre installasjon, hvor det formuleres klart at det overdratte er en lisens til det konkrete EDB ytelse vil måtte aksepteres. Hvor dette ikke er tilfellet så tyder

¹²³ Eksempel på dette <https://www.ea.com/nb-no/legal/user-agreement#license> klausulen inneholder en begrensning etter tillatelsen etter lovverket. Slik avklart gjelder rettighetene overdrager samt rammen til hva som lovlig kan avtales med hjemmel i opphavsretten, ulikt etter hvilket direktiv ytelsen faller inn under. Er ytelsen under infosoc må det skilles mellom fysiske og immaterielle kopier.

¹²⁴ Lignende generelt resonnement i analysen om aftaleloven §38 B er å finne i Karnovs note nr. 167 til bestemmelsen forfattet av L.H.Kristiansen mfl.

EU-rettens praksis på at direktivet vil finne anvendelse, med den virking av at *contra proferentem* prinsippet kan finne anvendelse.¹²⁵

For installasjoner som utveksles i en post installasjon kan dette derimot stille seg noe annerledes, da her er ytelsene allerede levert i tråd med samtidighetsprinsippet.¹²⁶ Her er det altså ikke tale om en tilbaketreden om forbrukeren sier seg uenig i vilkårene, men han vil ofte bli henvist til å kontakte enten tredjeparten som vedkommende drev handel med, eller selskapet selv for refusjon, da overdragelsesavtalen er allerede gjennomført.¹²⁷ Hvor lisensvilkårene gir adgang til en slik mulighet og formulerer dette med en klarhet ved fremgangsmåten ligger formodningen for at også slike standardavtaler bør også aksepteres. Da man ved inntakelsen av slike formuleringer ivaretar man en balanse i rettsstillingen mellom kontraktens parter, hvilket er ett nøkkelhensyn bak forbrukeravtaledirektivet.¹²⁸

Problemstillingen aktualiserer seg derimot hvor det ikke er anvist en slik fremgangsmåte. I en slik situasjon blir altså forbrukeren med på en kjøpsforståelse som kan stå til kontradiksjon, til det som forventes. Hvilket taler for at det kan vanskelig sies at kontrakten, gir utslag for en felles vilje. I en slik situasjon vil trolig lisensvilkårets presisering av transaksjonen ha en mindre vekt ved bedømmelsen, men i fravær av rettspraksis på området blir det vanskelig å si for sikkert.¹²⁹

Utover lisensvilkåret isolert sett er det også klart at andre omstendigheter kan spille inn. Er det slik som i *Amazon Prime* saken ovenfor, hvor det er ulike prisalternativer for å leie og kjøpe, det kan ansees som legitimt at det «kjøpte» eksemplar innebærer en overdragelse av eiendomsretten, når det foreligger en overdragelsesform til mindre pris som er av en tidsbegrenset karakter. Utgangspunktet må nok her være slik som ovenfor at dersom lisensvilkåret klart presiserer, hva som gjelder kan vilkåret ikke sies å danne berettiget tvil hos forbrukeren. Men det må anføres at slike forhold kan gjøre det mindre synlig hva som gjelder, og kan dermed være ett gyldig argument i bedømmelsen.

Vurderingstemaet «*klart og forståelig*» skal etter EU-retten forstås bredere enn bare etter hva som følger av en naturlig språklig forståelse. Avtalen må også beskrive til

¹²⁵ C-186/16, premiss 48 med angivelsen av «*før inngåelsen af en aftale oplyses om kontraktsvilkårene og konsekvensene...*» Klarheten rundt vilkårene må altså vurderes av en prekontraktuell horisont. Er ikke vilkårene klart presentert, så vil direktivet finne anvendelse. For lisensavtalen som bare finnes på hjemmesiden til den kontraktuelle part uten henvisning, i transaksjonsøyeblikket kan dermed bli subjekt til forbrukeravtaledirektivet.

¹²⁶ Købeloven §12, jf. §§14-16.

¹²⁷ Konkret eksempel på en slik lisensavtale er å finne i https://store.steampowered.com/eula/202090_eula_0 punkt 1.

¹²⁸ C-92/11 Vertrieb premiss 47 om direktivets krav til «jævnbyrdighed».

¹²⁹ I en amerikansk sak *ProCd, Incorporated v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996) var det tilstrekkelig at en shrink wrap avtale (en formulering hvor det på etiketten hvor det gjøres kontrahenten oppmerksom på at kjøpet er subjekt til en lisensavtale ved bruk), ble lisensavtalensvilkår opprettholdt som følge av at man ble henvist til å tilbakelevere produktet, dersom man ikke var enig i betingelsene. Avgjørelsen har ingen rettskildemessig verdi for dansk rett, men kan være illustrerende for hvordan en avvikende lisens kan aksepteres selv om det er kjøpsterminologi.

gjennomsnittsforbrukeren på en slik måte at denne kan gjennomskue avtalens følger.¹³⁰ For standardbetingelsene innebærer dette, at disse trolig ikke bare kan skrive en formulering om at det overdratte bare er en bruksrett i tråd med lovgivningen i en stat, men må også beskrive den rettslige følgen av transaksjonsformen. Direktivets hensyn til vern for forbrukeren tilsier at dette argumentet kan ha gyldighet.

Avslutningsvis vil altså forbrukertransaksjoner stadig være relevant å føre en distinksjon mellom kjøp og tjenesteavtaler, selv om det er bred harmonisering på de materielle aspektene, så berører ikke direktivet om digitale ytelser bevisst ikke de kontraktuelle aspekter. I vurderingen av disse, så er det primært sett forbrukeravtaledirektivet som gjør seg særlig gjeldene hvor *contra proferentem* bestemmelsen i aftaleloven §37 B vil være høyaktuell i de tilfeller, hvor det kan oppstå tvil rundt hvordan lisensavtalen skal forstås sammen med de andre tilsagn.

Den videre fremstillingen vil rette seg mot kontrakter mellom næringsdrivende, disse behandles særskilt da det for kommersielle avtaler gjelder en rekke andre hensyn, som følge av at det ikke gjelder en presumsjon om en asymmetri som må korrigeres ved rettsanvendelsen. Hvilket også innebærer at prinsippet om avtalefrihet får ett større spillerom for de klausuler som gjør seg gjeldene i lisensavtalen, og erhvevelsesbetingelsene for øvrig.

5. Forretningshandelen, en avtale mellom jevnbyrdige parter

I forretningshandelen gjelder utgangspunktet om kontraktsfrihet innenfor generelle preseptoriske rammer.¹³¹ Det samme beskyttelsesmessige hensyn som følger av det formelle partsbegrepet innført av EU-lovgivningen, gjør seg altså ikke gjeldene for forretningshandelen. For fortolkningen av de dispositive utsagn, som utgjør kontrakten gjelder altså en presumsjon om at de næringsdrivende parter er jevnbyrdige parter i avtalen, hvilket innebærer en sterkere formodning for at avtaler skal holdes etter deres innhold.

For transaksjoner av EDB ytelser, så er skillelinjen mellom tjenesteavtale og kjøpsavtale særlig relevant, da EU-direktivene om digitalt innhold og tjenester til likhet med annen forbrukerlovgivning også har det samme formelle partsbegrep som annen forbrukerlovgivning.

¹³²

Utgangspunktet *de lege lata*, må dermed være at det klassiske skillet om tjenesteytelser og kjøpekontrakter må opprettholdes for slike EDB transaksjoner. Betydningen om man står ovenfor en kjøpskontrakt eller tjenesteytelse er dermed utover eierskapet også avgjørende for

¹³⁰ C-609/19 Paribas premiss 42-43.

¹³¹ DL 5-1-2. Friheten til å inngå kontrakter uansett form begrenses til det som «ikke er imod loven, eller ærbarhed...».

¹³² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/770 af 20. maj 2019 om visse aspekter af aftaler om levering af digitalt indhold og digitale tjenester (EØS-relevant tekst.) Art 1, samt legaldefinisjonene i art 2 5) og 6).

andre beføyelser etter bakgrunnsretten. Udsens anfører trolig med rette at det kan vanskelig utelukkes, at det likevel kan være tale om en anvendelighet av de nye reglene etter analogi.¹³³ På den andre siden, er forbrukerbeskyttelsesreglene gitt i hjemmel for å korrigere en presumert asymmetri i kontraktsforholdet. Det kan dermed ikke sies at det vil være korrekt å anvende forbrukerlovgivningen for tjenesteytelser av EDB produkter mellom næringsdrivende.

Utover den særlige lovgivningen som gjelder for digitale tjenester, så viser differansen mellom forbrukerhandelen og andre transaksjoner ved købeloven §2, bestemmelsen om tilvirkningskjøp. Etter bestemmelsen vil det for næringsdrivende bare ansees som kjøp, så lenge det er *fremstilleren* som har bidratt med den *overvejende del*. Den praktiske betydningen av bestemmelsen for EDB transaksjonen innebærer at utviklingsprosjekter vil stort sett alltid falle utenfor købeloven, og en tjenesteytelse som må fortolkes etter obligasjonsretten med eventuelle *agreed documents*.¹³⁴ I motsatt spektrum av dette, så innebærer dette at EDB programmer som må betraktes som standardprogramvarer vil være regulert av købeloven som bakgrunnsrett, uavhengig av om det også følger med oppdateringer fra utvikleren.¹³⁵ Hvor EDB ytelsen leveres med andre tjenesteelementer så henvises det til oppgavens del 3.3.

At avtaler skal holdes etter sitt innhold. Innebærer ikke at lisensavtalens innhold i standardbetingelser, eller andre avtalefragment får automatisk anvendelse for kontraktens forståelse. Avtaler skal også mellom næringsdrivende fortolkes etter deres reelle innhold, og slik illustrert av Usedsoft kan dette innebære at en lisensavtale som unntar kjøpsdefinisjonen likevel kan bli fortolket som ett kjøp, selv om kontrakten er inngått blant jevnbyrdige aktører i næringslivet.

I det følgende skal jeg redegjøre for hvilke momenter i fortolkningen som gjør seg særlig relevant utover det allerede beskrevet i oppgavens del 3.

5.1.Den konkrete fortolkningen

I avtaler mellom jevnbyrdige parter er normen slik som med forbrukerkontrakter at ved EDB transaksjoner benyttes i stor grad standardbetingelser, dette gjelder både etter den proprietære modellen og hvor det benyttes en *open source* modell. Det må derimot også fremtres klart at den næringsdrivende står i en bedre posisjon til å fremforhandle egne betingelser i kontrakten.

Hvor det foreligger individuelle forhandlinger kan det lettere sies at avtalefragmentene gir utslag for partenes felles vilje. Dette tilsier at disse bør gis tung vekt ved fortolkningen av

¹³³ Udsen (2021) s. 584

¹³⁴ Udsen (2021) s.680-684 hvor K-kontraktenes betydning gjennomgås.

¹³⁵ Følger også av premissene i C-128/11 – UsedSoft, K01, som er standardavtalen for kortvarige utviklingsprosjekter kan benyttes av rettsanvenderen som veiledende for når man taler om ett kjøp da denne har status som *agreed documents*, hvor eiendomsretten eksplisitt (avtalens punkt 7.) overgår til erhverver. Så kan det trekkes motsetninger til K02, og K03 som retter seg mot det som er å regnes som rene utviklingsprosjekter.

avtalen, særlig om det har vært gjenstand for forhandlinger. I Usedsoft premiss 45 henviser EU-domstolen at ett av de avgjørende argumentene for at salg finner sted er hvor transaksjonen fra opphavsmannen «*har til formål at varig anvendelig for kundene*». Hvor dette er individuelt forhandlet vil avtalens konsekvens om at bruksretten er under vilkår tas til følge, selv om den strider mot kjøpsbegrepets betegnelse av overførsel av eiendomsretten, da det er klart kommunisert at transaksjonen ikke har dette formålet. Det er altså en subjektiv forståelse av kjøpsbegrepet som er blitt kommunisert i lisensavtalen, som erverver er klar over. For de standardiserte avtaler derimot, så skal disse etter Nisja sin oppfatning fortolkes etter en objektiv fortolkning, utfyllt med andre relevante momenter.¹³⁶ Viktig at uansett det overstående, så skal det etter gjeldene rett, utøves en særlig tilbakeholdenhet ved fortolkningen av overdragelsesavtalen med lisensavtalen. Jf OPL §53 stk 3.

Etter Usedsoft dommen vil det for realytelser som faller inn under EDB programdirektivet vil de avgjørende argumenter være pris, og om formålet gir uttrykk for at bruksretten skal varig overgå til erververen. Av U.2007 2507 (Scan soft) konstaterer landsretten at transaksjonen skal forstås som en utelukkende erhvervelse av bruksretten, uten å problematisere hvorvidt dette også innebar reelt ett kjøp, hvor konsumsjonsretten også inntreder.¹³⁷ Avgjørelsen kan harmoniseres med Usedsoft med at parten hadde anledning til å forhandle i kontrakten, i Scan Soft forelå det forhandlinger vedrørende prisbeføyelsen. Selv om lisensavtalen ikke ble forhandlet, så ga forhandlingene anledning til også å vurdere pris i samsvar med avtalefragmentet om at det bare er bruksretten som overdras i den skriftlige kontrakten. En slik forståelse kan derimot ikke sies med sikkerhet å være uttrykk for *de lege lata*, da Usedsoft premissene ikke benevner noe om vekting av forhandlinger i premissene, og setter søkelys på at det skal være tale om en bred salgsdefinisjon etter EDB programvaredirektivet.¹³⁸

De lege lata etter dansk rett, vil vedvarende bruksrett og tidsbegrenset vederlag være avgjørende momenter for hvorvidt det er tale om ett kjøp, selv om det må erkjennes at det kan situasjonen kan være annerledes hvor det foreligger individuelle forhandlinger rundt EDB programmet, da medkontrahenten vil måtte sies å ha blitt kjent med den subjektive forståelsen av kontrakten.

For ytelser som faller utenfor EDB programvaredirektivet blir spørsmålet mer åpent. Da det som nevnt skilles her mellom immaterielle og fysiske kopier, hvor for de fysiske ytelser vil trolig vederlagsformen, og den vedvarende bruksretten stadig tale for ett kjøp. For de immaterielle kopiene er rettstilstanden slik at rettigheter overdras ikke uten eksplisitt samtykke, det er dermed en viere adgang til at transaksjoner ikke skal forstås som ett kjøp i den

¹³⁶ Ola. Ø Nisja- Tidsskrift for forretningsjus, Vol. 9. Utg 3. Standardvilkår: en oversikt, 2003 punkt 4.2. Oppfatningene han beskriver gjelder for norsk rett, men gjelder nok utvilsomt også i dansk rett.

¹³⁷ Udsen s.790-791 er innpå problemstillingen, uten å konkludere.

¹³⁸ C-128/11 premiss 49

tradisjonelle forstand. Problemstillingen kommer særlig på spissen hvor vederlagsformen, og bruksretten som erverves taler i en annen retning enn den eventuelle sluttbruker avtalen.

Prinsippet om *contra proferentem* gjelder generelt i kontraktsretten. Uklarhetsregelen er derimot ikke det samme, som det som følger av aftaleloven §38 B, da det ikke er tale om et særlig beskyttelseshensyn som hjemler aftaleloven §38 B. Men utelukkende er tale om en tolkningsregel for hvor to alternative forståelser foreligger.

I næringshandelen vil også tidspunktet for når det kan sies å foreligge noe tvil rundt forståelsen av avtalen være ulik. Da reglene som begrunner §38 B er gitt nettopp i bakgrunn av at forbrukerhandelen er presumtivistisk asymmetrisk, og dermed ikke inneholder samme opplysninger rundt avtalens termer. Det kan dermed vanskelig tenkes at prinsippet om *contra proferentem* kan gis særlig stort anvendelsesrom ved fortolkningen av den konkrete avtale. Da en profesjonell part presumtivistisk vil måtte kunne forstå innskrenkingen som gjør seg gjeldene i kjøpsdefinisjonen. En profesjonell part kan altså ikke på samme måte lene seg på at avtale tilsagnene er tvetydige, da det må legges til grunn at han vil måtte ha forståelse for at det ikke er tale om en sedvanlig kjøpsavtale.

At vilkåret i lisensavtalen ikke er formulert med en språklig klarhet og kan være motstridende til formuleringen i overdragelsesmomentet ved kjøpsterminologi kan vanskelig sies å være avgjørende for den rettslige vurderingen mellom jevnbyrdige parter. Prinsippet om spesialitetsgrunnsetningen taler også i samme retning. Ordlyden anviser bare at man ikke har flere rettigheter enn det som måtte følge av avtalen, men innebærer også at man skal utvise en restriktiv fortolkning av avtalen.¹³⁹ Betrachtingene må slik som ved forbrukerhandelen forstås som at den utelukker ikke forståelser som allerede er å finne ut fra den aktuelle bestemmelse, men da det må stilles ett skjerpet krav for å begrunne tvil rundt kontraktens gjenstand i kontrakter mellom jevnbyrdige parter, tilsier hensynet til å unngå utvidende tolkninger at bare under særlige tilfeller anvendes konsipistreglen hvor ytelsen er opphavsrettsrett beskyttet.

Det som kan være ett slik tilfelle er dersom vilkåret som avviker fra kjøpsdefinisjonen er bortgjemt i overdragelsesavtalen eller av andre grunner ikke kommer til synet.¹⁴⁰ De samme momenter slik nevnt for forbrukeravtalen knyttet til pre installasjon, post installasjon, og vilkår på hjemmesiden gjør seg også relevant for næringshandelen, men med en noe ytterligere skjerpet vurdering da det presumtivistisk er jevnbyrdige parter som er kontrahenter.

Det klare utgangspunktet for EDB transaksjoner hvor man er innenfor sfæren til INFOSOC direktivet er altså at man i det store og hele, vil måtte akseptere klausuler i lisensavtalen eller

¹³⁹ Se bet. 1990, 1197, 223.

¹⁴⁰ Unidroit principles, 2016 2.1.20 om surprising terms. Dette er ikke en autorativ rettskilde i dansk rett, men gir uttrykk for alminnelige prinsipper som også gjelder i dansk rett. Særlig dens henvisning til *content, language, and presentation* er relevante kriterier som er direkte overførbare til vurderingen som må foretas til lisensavtalen med avtalefragmentene for øvrig.

andre avtalefragmenter som avviker fra kjøpsdefinisjonen. At en lisensavtale er plassert pre/post installasjon, eller på en hjemmeside hvor vilkåret unndrar kjøpsterminologien vil tvilsomt sies å være en *suprising term*. Særlig i lys av at avtalefriheten til hvordan avtaler sluttes.¹⁴¹

Utgangspunktet kan problematiseres ved at det i transaksjoner, hvor partene er jevnbyrdige aktører er det ikke utenkelig at begge partene kan ha oppstilt ulike vilkår i transaksjonen. Enten i lys av individuelle forhandlinger, eller ved ulike standardbetingelser rundt om det skal ansees som kjøpt. Hvor det gjelder individuelle forhandlinger og disse subjektive forståelsene kommuniseres bør disse gis særlig høy vekt i forståelsen av kontrakten. Dersom erververen kommuniserer at alle rettighetene skal overdras i realytelsen ved kjøp, vil det måtte ansees som overraskende og urimelig at en lisensavtale som unndrar kjøpsdefinisjonen finner anvendelse på transaksjonen. Dette utgangspunktet kan gjøres særlig tenkes relevant i substansoverdragelser mellom virksomheter, hvor det må ansees som en synlig forutsetning at virksomheten går over.¹⁴² Her vil man trolig måtte akseptere at det er tale om ett kjøp i den tradisjonelle forståelsen, hvorvidt det er tale om overdragelse av selve rettighetene som sådan i verkene er derimot noe tvilsomt, særlig da en overgang av rettighetene vil måtte sies å være en mer vidtgående disposisjon som vil måtte kreve særlige holdepunkter.¹⁴³

En annen situasjon hvor man kan problematisere utgangspunktet gjelder det scenarioet hvor begge parter har egne sett med standardvilkår med ulike forståelser om kjøpsdefinisjonen. Problemet betegnes i teorien som *battle of forms*, løsningen som gjelder trolig etter dansk rett etter dette scenarioet er det som betegnes som *the last shot rule*. Hvilket harmoniserer best med aftlelovens utgangspunkt etter §6, hvor avvikende betingelser til det forutgående er å betrakte som nytt tilbud og avslag av det forutgående.

Denne løsningen kan derimot volde problemer hvor det ikke er mulig å stadfeste noe konkret tidspunkt for tidspunktet standardbetingelsene ble presentert for medkontrahenten. Eksempelvis hvor disse fremkommer utelukkende av partenes standardbetingelser på hjemmesidene. Det kan fremkomme som urimelig at henvisninger til handel i tråd med betingelsene skal gis avgjørende vekt i slike tilfeller. Dersom det foreligger en slik situasjon, vil problemstillingen kunne mer hensiktsmessig løses i tråd med det som betegnes som «*the knock out rule*» hvilket begrunner seg i den fundamentale tanke om at avtalen er gjenstand for partenes felles vilje. Foreligger det

¹⁴¹ Købeloven §1 jf. aftaloven §1 gir rom for at de kontraherende parter kan avtale hvordan avtalen skal sluttes. Av denne grunn vil en henvisning til at avtalen er subjekt til en EULA være gyldig i en eksempelvis post installasjon. Da man er utenfor den preseptoriske rammen i §38 b.

¹⁴² Substansoverdragelse er en virksomhetsoverdragelse, hvor selger som virksomhet består som part. Se: Hansen, Lundgren m.fl. i køb og salg af virksomheder (2019) 6.Udgave, 1. oplag s. 96.

¹⁴³ Ibid. S. 173. Hansen og Lundgren er innpå problemstillingen hvor overdragelsesavtalen ikke spesifiserer den registrerte retten. Hvor dette er tilfellet bør det i samsvar med spesialitetsgrunnsetningen benyttes den fortolkningen som er tilbaketrukket i tråd med avtalen, hvor selve opphavsretten bør ansees som utelukket overdragelse. Hvorvidt det så er ett kjøp i en klassisk forstand eller en lisensavtale vil man også måtte vurdere avtalemomentene i lys av OPL §53 tredje stk.

ingen slik vilje, skal vilkåret utfylles med bakgrunnsretten. Det blir dermed i ett slik scenario om totaliteten av avtalen taler for ett kjøp, da rettsvirkningen for dette er som utgangspunkt at eiendomsretten overgår til erververen. Som nevnt vil trolig de samme momenter fra Usedsoft også kunne begrunne at avtalen i sitt hele må betraktes som et kjøp etter købeloven.

5.2. Sammenfatning

I sum kan transaksjonen mellom næringsdrivende oppsummeres slik: Det blir særlig relevant i første rekke å vurdere hvorvidt det er en tjenesteavtale eller det er tale om en kjøpsavtale. Her kan det sees til *agreed documents* i K01 og K02 i bedømmelsen av hva som er det mest prevalente hvor EDB ytelsen overføres med begge deler.

For EDB ytelser som faller inn under EDB programvaredirektivet vil avgjørende argumenter ofte være om vederlaget er tidsmessig begrenset, og om det følger med en vedvarende bruksrett. Dersom dette er tilfellet kan ikke en begrensning i lisensavtalen ansees som relevant, med mulig forbehold av transaksjoner hvor det foreligger individuelle forhandlinger. Faller transaksjonen under domenet av opphavsretten under INFOSOC direktivet vil det trolig under de fleste omstendigheter måtte aksepteres at kontrakten avviker fra den sedvanlige kjøpsdisposisjon. Likevel kan dette utgangspunktet anfektes under særlige omstendigheter, især hvor det er konflikt mellom en klar forutsetning som er kjøpsdisposisjonen eksempelvis ved individuelle forhandlinger kontra en standardisert lisensavtale. I slike situasjoner vil det måtte erkjennes at det er tale om ett kjøp etter den alminnelige forståelsen.

Foreløpig har denne oppgaven bare forholdt seg til tvister hvor nasjonal rett blir lagt til grunn. I den følgende del av oppgaven, vil det analyseres hvordan spørsmålet kan bedømmes hvor transaksjonen har en internasjonal dimensjon.

6. Internasjonale transaksjoner

For grenseoverskridende transaksjoner eksisterer det to ulike spørsmål som aktualiserer seg som vesentlige. Hvilket land sin rett finner anvendelse for spørsmålet, og hvor parten kan hevde sin rett.

For denne oppgaven er det relevante spørsmålet, hvilke regler er det som gjør seg gjeldene. Dersom det er en forbrukertransaksjon, vil en dansk forbruker kunne underlegge avtalen hvor han har «*sit sædvanlige opholdssted*». ¹⁴⁴ Dette gjelder bare så fremt særlige forhold ikke gjør seg gjeldene, slik som at det er tale om en EDB tjenesteytelsen som skal leveres utelukkende i tjenesteyterens land. ¹⁴⁵ Dersom en forbruker har sitt bosted i Danmark, vil altså forbrukeren

¹⁴⁴ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EF) Nr. 593/2008 af 17. juni 2008 om lovvalsregler for kontraktlige forpligtelser (Rom I) Artikkel 6 nr.1.

¹⁴⁵ Rom 1. Artikkel 6 nr. 2 4. A.

kunne gjøre gjeldene dansk rett med de samme overstående argumenter slik beskrevet i denne oppgaven i bedømmelsen av EDB transaksjonen selv om det er en internasjonal transaksjon. Dette er forutsatt at forhold som fremkommer av Rom 1, artikkel 6 nr.2 ikke foreligger.

I transaksjoner mellom jevnbyrdige parter gjelder ikke en slik bestemmelse. I slike situasjoner gjelder utgangspunktet om at disse kan i vid utstrekning avtale lovvalget, også til skade til en selv.¹⁴⁶ For å sikre at internasjonal handel kunne lettes ved felles regler for salg av varer ble det vedtatt en internasjonal konvensjon med felles regler for «*sale of goods*» etter CISG som er som nevnt inkorporert i dansk rett.¹⁴⁷ Når det gjelder den særlige metode for konvensjonen se oppgavens del 2.1.

Konvensjonen retter seg ikke mot forbrukertransaksjoner, men her er det verdt å bemerke at konvensjonen bygger på ett annet forbrukerbegrep hvor det er selgers vurdering av dette som er særlig relevant, og ikke partenes formelle status. Dermed hvor konvensjonen skulle finne anvendelse, kan under særlige omstendigheter også EU-rettens forbrukerregler komme til anvendelse. Dersom en slik regelkonflikt oppstår vil EU-retten trolig ha forrang foran konvensjonens bestemmelser, da disse er preseptoriske og en *lex specialis* vurdering av det særlige forbrukervernet man står ovenfor i slike situasjoner bør reglene i EU-retten få forrang for spørsmålet.¹⁴⁸

I den videre fremstillingen vil det utelukkende bli tatt stilling til hvorvidt CISG sine regler finner anvendelse på EDB transaksjonen, samt eventuelt hvilke transaksjoner dette måtte gjelde.

6.1. CISG sitt anvendelsesrom

Det følger av CISG art 1, nr. 1 at konvensjonen retter seg mot kontrakter hvor som er «*sale of goods*» mellom parter «*whose places of business are in different states*» .

Av ordlyden oppstilles det altså to særlige vilkår. Kontrakten må gjelde ett «*sale*», og det må være en internasjonalitet av transaksjonen, da de kontraherende parters *place of business* skal foreligge i ulike stater. Av interesse, så er det ikke ett nasjonalitetskrav. Jf. samme bestemmelses nr. 3. Dette innebærer at selv kontrakter mellom danske parter kan havne i bestemmelsens virkeområde, og kontrakter mellom internasjonale virksomheter kan under

¹⁴⁶ Rom 1. Artikkel 3 nr.1.Slike lovvalgsspørsmål kan likevel prøves etter bl.a. aftaleloven §36. Dersom en slik klausul er ugyldig, eller ikke vedtatt så vil man kunne dersom internasjonale privatrettslige normer fører i den retningen anvende dansk rett på kontrakten etter formodningsreglene skissert i Rom 1 artikkel 4.

¹⁴⁷ Hensynet fremkommer av konvensjonens preambel, men også av UNCITRAL digest of case law on the United Nations convention on contracts for the international sale of goods (CISG digest), 2016. i sekretariatets noter nr. 1

¹⁴⁸ J.Giertsen (2019) s. 67 med samme oppfatning, men noe sikkert svar på spørsmålet eksisterer ikke. Se også CISG digest (2016) s. 17 punkt 6. som poengterer den mulige regelkonflikten uten å konkludere. Se også CLOUT case No. 445 [Bundesgerichtshof, Tyskland, 31 Oktober 2001].

forholdene falle utenfor virkeområdet, hvilket vil altså bero på en vurdering av hvor partenes «*place of business*» etter kjøpskontrakten foreligger.¹⁴⁹

Ingen av disse begrepene er definert i konvensjonen. Situasjonen hvor det foreligger flere «*Place of business*» er regulert i konvensjonens artikkel 10 a) som «*the place of business is that which has the closest relationship to the contract and its performance ...at any time before the contract*». Kontekstuellt for artikkel 1. nr.1. innebærer dette at hvor den konkrete virksomheten utøves i relasjon til den konkrete handel bør legges til grunn i plasseringen av «*place of business*». Omfattende internasjonal praksis har også lagt til grunn den samme forståelse. Hvilket taler for at dette er den uniforme forståelsen av artikkel 1. nr. 1.¹⁵⁰

Uansett om det foreligger en faktisk internasjonalitet får dette ingen betydning dersom dette ikke fremkommer før avtalen er inngått. Jf. artikkel 1 nr. 2. For EDB transaksjonen, så innebærer dette at hvor partene presumerer at det er en innenlandsk transaksjon. Eksempelvis hvor kjøpsbetingelsene er på det samme språk, eller hvor handelen gjennomføres digitalt fra ett .dk domenet på internett med den danske kronen som valuta. I slike tilfeller vil CISG ikke finne anvendelse.

Når det gjelder kravet om at kontrakten skal kunne omhandle ett «*sale of goods*». Innebærer dette at kontrakten skal vedrøre ett «*sale*», og dette skal være av «*goods*». Forståelsen for om EDB transaksjonen oppfyller disse vilkårene for å falle inn under CISG er omtvistet. Hvor det er enkelte som anfører at EDB transaksjoner ikke kvalifiserer som «*goods*», og det er de som anfører at konvensjonen bare gjelder for noen EDB transaksjoner.¹⁵¹ Av denne grunn vil det først tas stilling til hva som menes med ett «*sale*» og deretter analyseres hva som menes med «*goods*».

6.1.2. Hva er «*sales*» etter CISG

Selv om konvensjonen ikke definerer hva som menes med ett «*sale*», så beskriver CISG art 30 og 53 det vesentligste av selger og kjøper sine plikter. Hvor selger skal «*deliver the goods...and transfer the property in the goods, as required by the contract and this convention*», i den andre enden så skal kjøper «*pay the price and take delivery of them as required by the contract and*

¹⁴⁹ UNCITRAL digest of case law on the United Nations convention on contracts for the international sale of goods (CISG digest), 2016 s.4

¹⁵⁰ Hvilket etter artikkel 7 (1) er ett viktig hensyn i fortolkningen av konvensjonen, og er dermed ett viktig argument for å tillegge en samsvarende forståelse.

¹⁵¹ Se bl.a. Frank Diedrich « Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Autonomous Interpretation: Software Contracts and the CISG Autonomous Interpretation: Software Contracts and the CISG » i Pace International Law Review Pace International Law Review volum 8, 1996. Sml med F.Ferrari i “ Brief Remarks on the Conclusion of Contracts on the Internet and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) » (2000), Volum 5-2000/01 The European Legal Forum S. 303-304

this convention». Av disse forpliktelsene, så kan salgskontrakten forstås etter CISG, som en kontrakt hvor eiendomsretten overføres mot ett tilsvarende vederlag.¹⁵²

Ett utgangspunkt for dette er at begrepet kan avgrenses mot transaksjoner som må betegnes som leiekontrakter og kontrakter hvor råderetten ikke vedvarende overføres.¹⁵³ Det blir dermed avgjørende å fortolke hvorvidt kontrakten gir uttrykk for en overgivelse av råderetten. Konvensjonen gir uttrykk for at det som utgangspunkt skal skje en fortolkning av alle de dispositive utsagn som gjør seg gjeldene for kontraktens reelle forståelse.¹⁵⁴ Dette innebærer at kontrakten må forstås etter sitt reelle innhold, hvor det er summen av avtalefragmentene som bestemmer om det er tale om en «*sales contract*».¹⁵⁵

At avtalen er beheftet med en lisensavtale som regulerer opphavsrettighetene har av enkelte blitt hevdet som ett hinder til at EDB programvarer kan falle inn under CISG.¹⁵⁶ Dette er en tolkning som er noe tvilsom, da konvensjonen for det første ikke berører eiendomsrettighetene utover det som «*expressly provided in the convention*».¹⁵⁷ Bestemmelsene i konvensjonen begrenser seg ikke til salg av gjenstander som er beheftet med opphavsrett eller andre rettigheter, og slik påpekt av N. Vujinović, så bygger konvensjonen at gjenstander med tredjemannsrettigheter selges kan være gyldige kjøpskontrakter, hvor dette må sies å være kjent hos erververen.¹⁵⁸ Det kan vanskelig tenkes reelle grunner til at dette også ikke bør gjelde hvor overdrageren også er innehaveren av rettighetene, særlig da en alternativ forståelse vil bidra til å hindre at konvensjonen i realiteten får noe spillerom, da flere ytelser selges utenom at rettigheter overgis, slik som medisiner som er beskyttet av patenter, eller EDB programmer på fysiske medium.¹⁵⁹ Det at disse rettslige beskyttelsene er territorielle regler som utgangspunkt, til kontra av konvensjonens internasjonalitetsprinsipp taler i retning for at opphavsrettens skranker og det kjøpsrettslige som utgangspunkt ikke bør stå til hinder for hverandre. Av denne grunn kan argumenter som ulike former for opphavsrett for ulike gjenstander, vanskelig

¹⁵² CISG digest (2016) s.6, tilsvarende *resonnement* i J.Giertsen (2019) s. 57

¹⁵³ J.Loofsky s. 21, men lisensavtaler er mer komplekst hvor Didrich (1996) s.336 tar til orde for at slike kontrakter kan falle under konvensjonen som følge av at man kan modifisere kontrakten etter art 6. Dette er korrekt, men trolig så vil det avgjørende være at råderetten i det konkrete eksemplar overføres vedvarende til erververen. Utenom dette, så er det tvilsomt om kontrakten kan reelt kalles ett salg med store avvik. Så det går nok en gradsvurdering av lisensvilkårene før man må konstantere at det ikke er tale om en salgskontrakt i konvensjonens forståelse.

¹⁵⁴ CISG art 11 om formfrihet jf. Art 8 og 9. Hvor prinsippene for subjektiv og objektiv forståelse, samt partenes handlemåte er kodifisert.

¹⁵⁵ Clout case no.1021 *Milkpackaging*. Hvor selv om den skriftlige korrespondansen mellom partene betegnet kontrakten som ett leasing forhold, ble kontrakten fortolket som en kjøpskontrakt etter en overveieelse av at råderetten skulle forbli hos kjøper etter prestering av vederlaget.

¹⁵⁶ F. Ferrari (2000) s.303-304

¹⁵⁷ CISG art 4. Jf. 4. B).

¹⁵⁸ N Nataša Vujinović, 'The CISG's scope of application *ratione materiae* with regard to software transaction', *Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS)* (2014), s.544

¹⁵⁹ Se også CISG art 7 (2) om utfylling basert på prinsipper fra konvensjonen skal ha forrang til nasjonal rett. Det er ikke dermed urimelig at en ser til prinsippene basert i art 41-42 i reguleringen av opphavsrettigheter som selger besitter.

begrunne at konvensjonen ikke skulle finne anvendelse.¹⁶⁰ Dette er ikke til å si at det ikke kan utelukke at det er tale om en «*sales contract*» hvor lisensvilkårene klart unndrar kjøpsdefinisjonen. Hvorvidt dette er tilfellet bør en heller vurdere kontrakten opp mot de øvrige rammene, og fortolke dens reelle innhold.¹⁶¹

Konvensjonen bygger også på en annen forståelse enn den danske normen når det gjelder sammensatte avtaler med tilvirkningselementer og tjenesteelementer. Etter art 3. 1) gjelder det for tilvirkningskjøp at disse er til å regnes som ett kjøp under konvensjonen, så fremt det av bestilleren ikke leverer «*substantial part of the necessary parts*», til motsetning så kreves det etter nr.2. om tjenesteytelser bare «*preponderant part*» for at transaksjonen er utenfor CISG sitt anvendelsesområde. Differansen i ordlyden innebærer at det er ulike terskler for tilvirkningskjøpet og de transaksjoner hvor det foreligger ett tjenesteelement.¹⁶² Dette innebærer at man ikke skal foreta den samme distinksjon mellom standardprogramvare og programvarer med spesifikasjoner.¹⁶³

Salgs begrepet må også leses i lys av de forhold konvensjonen ikke gjelder. Hvor det etter dens art. 2. utelukker en rekke transaksjoner fra dens salgsbegrep. Av særlig relevans er konvensjonens art.2. f) hvor elektrisitet utelukkes fra salgsbegrepet etter konvensjonen, hvilket har medført at enkelte anfører at immaterielle gjenstander faller utenfor virkeområdet til konvensjonen.¹⁶⁴ Men slik det følger av en analyse av historikken til konvensjonsbestemmelsen var bestemmelsen spesifikt rettet mot elektrisitet som ytelse.¹⁶⁵ Rettspraksis tyder også på at samsvarende forståelse.¹⁶⁶ Det må dermed legges til grunn at unntakene i art.2. ikke er til hinder for at immaterielle EDB ytelser kan betegnes som en «*sales contract*» etter konvensjonen.

Av det følgende, så kan EDB transaksjoner uavhengig av deres form være en «*sales contract*» etter CISG. Det avgjørende i bedømmelsen, som man derimot må vurdere er hvorvidt det har vært intensjonen å overføre eiendomsretten eller ikke. I denne bedømmelsen blir de eventuelle opphavsrettighetene bare relevante i den grad, det må ansees som en synlig forutsetning for medkontrahenten at intensjonen ikke var å overføre eiendomsretten. Selv om konvensjonen ikke berører intellektuell eiendom og omfanget en kan med hjemmel i opphavsretten unndra kjøpsdefinisjonen blir det avgjørende om avtalen som helhet med dens lisensvilkår, gir uttrykk

¹⁶⁰ Da dette ikke baserer seg på hva som er «*international character and need to promote uniformity*». Jf. CISG art 7 (1). Noe annet er at slike rettigheter kan påvirke partens subjektive forståelse etter art.8. (1)

¹⁶¹ Vujinović (2014) s. 542-543

¹⁶² CISG digest s.20 hvor tilsvarende blir anført. Kriteriene utover rene verdibetraktninger er argumenter slik som kontraktens formål og hva som er vesentlig for partene. Se. CISG digest s.21.

¹⁶³ Samsvarende betraktning J.Loofsky (2022)

¹⁶⁴ F.Diedrich (1996) s.323 i referanse til A.Fawkes (1990) *The Application of the United Convention on Contracts for the International Sale of Goods to Computer, Software and Database Transactions*, 3 *Software L.J.* 559 (1990)

¹⁶⁵ Ibid. S.319

¹⁶⁶ CLOUT case No. 176 [Oberster Gerichtshof, Østerrike, 6 februar 1996], om salg av propangass. Hvor både dens immaterielle form og dens mulige funksjonsmåte ikke kunne begrunne en utvidende fortolkning av bestemmelsen.

for en intensjon om å overføre eiendomsretten. Det er dog, ikke bare dette begrepet som er relevant å bedømme, men også hvorvidt EDB ytelser kvalifiseres som «goods» etter konvensjonen.

6.1.3. Hva er «goods» etter CISG

«Goods» er etter en naturlig språklig forståelse gjenstander som er flyttbare. Slik som det følger av artikkel 7 (1), skal man unngå den nasjonale forståelse av begrepet, slik som det danske løsøre begrepet og skal gi «goods» begrepet en autonom forståelse i lys av «*its international character*». Av DCFR regnes goods bare som fysiske flyttbare gjenstander.¹⁶⁷ Spørsmålet er dermed om denne definisjonen, gjør seg gjeldene som en definisjon som er i tråd med dens «*international character*». DCFR er utvilsom internasjonal av karakter, men gir ikke nødvendigvis utslag for konvensjonens forståelse av begrepet. I fortolkningen av konvensjonen har flere domstoler benyttet samsvarende definisjoner tilnærmet DCFR.¹⁶⁸

Til motsetning så har det blitt lagt til grunn også at forståelsen av «goods» bør etter konvensjonen fortolkes «*extensively*», til å også omfatte immaterielle gjenstander.¹⁶⁹ Av særlig interesse for problemstillingen, så er det etter denne tilnærmingen til spørsmålet irrelevant ved goods begrepet om hvorvidt det er tale om ikke fysiske eller fysiske leveringsmåter. Men heller en vurdering i lys av hvorvidt det er tale om en salgs kontrakt.

Etter en kontekstuell forståelse av konvensjonens bestemmelser, så kan det tyde på at konvensjonen inkorporerer ett krav om at goods må ha en fysisk dimensjon.¹⁷⁰ Dette er en tvilsom forståelse av konvensjonen, da dens bestemmelser skal forstås i lys av konvensjonens art 7. nr.1. hvor det finnes avgjørelser hvor immaterielle gjenstander har blitt fortolket som gjenstand for salg etter konvensjonens art 1 (1).¹⁷¹

Det er uansett etter dette klart at EDB programvarer, hvor programvaren er lagret på ett fysisk medium vil konvensjonens vilkår etter art. 1 være innfridd, og dermed falle inn under

¹⁶⁷ DCFR, IV.A.–1:201: Goods, s. 557-558. Uten å begrunne hvorfor etter konsipistenes oppfattelse at immaterielle gjenstander bør falle utenfor definisjonen.

¹⁶⁸ CISG digest (2016) s.7

¹⁶⁹ CLOUT case No. 281 [Oberlandesgericht Koblenz, Tyskland, 17 september 1993] Saken gjaldt en kjøpskontrakt av printere og computer chiper, hvor domstolen uttaler at goods begrepet omfatter alt av fysiske og ikke fysiske gjenstander som må være omfattet av en internasjonal kjøpskontrakt.

¹⁷⁰ Vujinović (2014) s. 532 hvor forfatteren beskriver den generelle oppfattelsen om at formuleringen i art.31 A) for leveringskjøp benytter formuleringen «*handing over*», og art 36 at det er tale om en «*passing of the risk*». Hvor mye vekt man skal legge in en slik bokstavelig forståelse er noe tvilsom, særlig da ordlyden ikke er noe særlig klar om det er fysiske ting eller rådighetslevering. Samt at det følger av CISG art 7 (1) særlige fortolkningsprinsipp at konvensjonens bestemmelser skal forstås i lys av hva som er dens «*internasjonale character and need to promote uniformity*». Loofsky (2022) ser ut til å være i samme oppfatning av at konvensjonen dekker immaterielle goder også i sin sitering av Koblenz, CLOUT case 1586, s. 22-23.

¹⁷¹ Utover CLOUT case No. 281 [Oberlandesgericht Koblenz, Tyskland, 17 september 1993, så kan avgjørelsen I CLOUT case No. 176 [Oberster Gerichtshof, Østerrike, 6 Februar 1996] om kjøp av propangass også tilsynelatende peke på at det ikke er det immaterielle/matreille som er det avgjørende kriterium.

virkeområdet av konvensjonen. Spørsmålet som er uklart og som må drøftes er hvorvidt transaksjoner som utføres per online eller med en *cloud* komponent kan utgjøre «goods» i konvensjonens forståelse. Dette vil bli analysert i det følgende.

6.2. Uniformitet? Realitetsargumenter

Det generelle utgangspunkt som ble gjort gjeldene i Usedsoft kan trolig sies også å gjøres gjeldene for transaksjoner etter CISG. Etter praksis har avgjørende vekt blitt lagt på at det er tale om at vederlaget overføres tidsbegrenset.¹⁷² De overnevnte saker gjelder alle EDB programmer lagret på fysiske medium, men av interesse så ble det ikke tatt hensyn i vurderingen om hvorvidt opphavsretten med lisensavtalen måtte begrunne at det ikke kunne være tale om ett kjøp. Det avgjørende er altså om det etter en konkret fortolkning av avtalemomentene er grunnlag til å legge til grunn at en eiendomsrett overføres til et tidsbegrenset vederlag.

Å la CISG finne anvendelse som bakgrunnsrett på internasjonale EDB transaksjoner kan ha gode reelle grunner for seg, da konvensjonen gir utvalg for balanserte avveininger som partene i en internasjonal transaksjon kan lene seg på.¹⁷³

I avgjørelsen CWS/Vendeorlink ble spørsmålet om avtale mellom en kanadisk software leverandør og ett nederlandsk selskap kunne betegnes som en salgsavtale av goods, på tross av at lisensieringsavtalen unntok kjøpsdefinisjonen og var utført som en nedlastning av EDB programmet.¹⁷⁴ I denne saken ble det lagt avgjørende vekt på at det nederlandske selskapet fikk en tidsbegrenset bruksrett mot en tidsbegrenset betalingssum, og at det i tråd med CISG art 8. måtte legges til grunn at det var tale om en kjøpskontrakt uavhengig av betegnelsen som lisensieringsavtale. Resonnementet om at online transaksjoner også måtte betegnes som «goods» var at hensynet til fortolkningsprinsippet i konvensjonens art.7. nr.1 begrunnet ett bred forståelse av begrepet.

Av interesse for karakteren av ytelsen, så ble det foretatt en vurdering av kontraktens realitet etter art. 8 opp mot selgers forpliktelse etter CISG art 41-42 til å levere ytelser som utgangspunkt er fri for intellektuell eiendom. Hvor denne vurderingen ble så gjort i tråd med lokal rett jf. Art 42 b), da dette var tale om ett EDB program etter EDB programvare direktivet

¹⁷² Se Oberster Gerichtshof, 5 Ob 45/05m, oversatt av Jan Henning Berg hvor «... *lump sum payment*» ble tillagt avgjørende vekt for å underlegge transaksjonen konvensjonen. Momentene om mediumet og standardisert software må leses ut fra faktum i saken hvor transaksjonen gjaldt kjøp av EDB programmer på disk, da det av CISG art 3. ikke kan legges til grunn den samme forståelse som nasjonal rett for tilvirkningstransaksjoner. Se Handelsgericht des Kantons Zürich, HG 980472, oversatt av Thomas Frey om dette.

¹⁷³ Loofsky (2022) s. 23

¹⁷⁴ Corporate Web Solutions v. Dutch company and Vendorlink B.V, 25 March 2015, No. C/16/364668 / HA ZA 14-217, CLOUT case 1586.

var dermed klausulen ugyldig. Dersom denne metodikken skulle bli lagt til grunn for dataspill eller applikasjoner som ikke kan betegnes som dataprogram i seg selv. Ville klausulen trolig vært gyldig, se dog momentene 3.3. om dette. Hensynet til prinsippet om internasjonalitet etter konvensjonen, gjør det derimot tvilsomt om det er anledning til å legge vekt på territorielle rettigheter i vurderingen om hvorvidt det er tale om en kjøpskontrakt eller ikke, i den konkrete gjenstanden. Hvorvidt det så støter på validitetsproblematikk etter nasjonal rett jf. art.4 a), danner en subjektiv forventning etter art 8, eller om det er tale om en mangel etter art 41 jf. art 42 blir ett annet spørsmål enn om immaterielle ytelser slik som dataprogram kan være en «*sales contract*» etter CISG art 1. Av disse grunner blir EDB ytelsens opphavsrett uten relevans, for hvorvidt det er mulig at EDB ytelser kan være en salgskontrakt etter CISG art 1.

CMS/Venorlink ser ut til å trekke parallelle hensynsavveininger til å trekke ut ett prinsipp om medium nøytralitet da avgjørelsen utelukkende legger vekt på vederlaget og den korresponderende bruksretten. For *cloud* transaksjoner, så kan det gjøres ett argument for at disse også bør falle inn under definisjonen i CISG art 1 med henblikk til CISG art 8 nr.1. om subjektive forutsetninger, og særlig i lys av ønsket om ett bredt salgsbegrep i lys av art 7 nr.1. Artikkel 3 utelukker ikke en slik forståelse, så lenge *cloud* ytelsen ikke kan forstås som «*the preponderant part*» av transaksjonen. Utover vederlaget, så har det blitt lagt vekt på formålet med kontrakten. Hvilket innebærer at det kan argumenteres for at EDB transaksjoner over cloud hvor rettighetsovergangen klart fremstår som viktigere enn mediet bør ansees som ett kjøp.¹⁷⁵ «*Goods*» begrepet innebærer klart at det må skje en forflytning av ytelsen, i en *cloud* transaksjon skjer det derimot bare en delvis forflyttelse. Den reelle kontrollen av ytelsen er i en slik kontrakt også overlatt til den som besitter serveren hvilket taler i retning mot en forståelse av at transaksjoner med *cloud* komponenter kan dekkes av begrepet «*sales contract*», da eierbeføyelsen i sin helhet reelt ikke ligger hos brukeren. Tilsvarende så følger det ikke klart fra CWS/Vendorlink beskrivelse av ett bredt salgsbegrep at dette skal gis den samme mediumsneøytrale definisjon slik som Usedsoft. Det kan vanskelig sies å være noe uniform løsning etter konvensjonens art. 7. men under noe tvil bør det legges til grunn at *cloud* transaksjoner ikke er omfattet «*goods*» begrepet.

Avslutningsvis, hvor det skulle foreligge ulike standardavtaler i EDB transaksjonen så vil dette løses etter «*battle of forms*» etter konvensjonen. En uniform løsning foreligger ikke på denne problemstillingen, men konvensjonen og avgjørelser gir støtte til både *the knock out rule*, eller *the last shot*.¹⁷⁶ Etter konvensjonen så har sistnevnte eksplisitt autoritet fra konvensjonsteksten.¹⁷⁷ Problemstillingen oppstår derimot i større grad, hvor det ikke foreligger forhandlinger mellom partene og det kan vanskelig sies å ha forelagt individuelle forhandlinger. I ett slikt scenario taler det dermed i fraværet av enighet mellom partene at det anvendes en

¹⁷⁵ Corte di Cassazione, Italy, 9 June 1995 (no. 6499, *Foro padano*, 1997, 2 ff.), Alfred Dunhill Ltd. v. Tivoli Group S.r.l, Unilex

¹⁷⁶ CISG digest (2016) s.98-99

¹⁷⁷ Cig art. 19. nr.1.

knock out rule, hvilket i scenarioet av ulike beskrivelser av kontraktens gjenstand, innebærer at en vurderer transaksjonsbeføyelsene i lys av CISG sine alminnelige regler.¹⁷⁸

6.3.Konklusjon

Det er en klar enighet om at overdragelse av fysiske varer faller inn under CISG sin definisjon av «sale of goods». Dette gjelder også for EDB programvarer. Hvor disse er levert med tjenesteelementer, eller utvikles. Prinsippet som følger av CISG art 8. jf. art 11 innebærer at fortolkningen av partenes intensjoner er avgjørende for hvorvidt det foreligger ett kjøp av EDB programvaren.

For fysiske ytelser, så er det klart at disse faller inn under virkeområdet til konvensjonen. Tilsynelatende bør man også legge det samme til grunn for online transaksjoner av EDB programvarer. Argumenter om opphavsrettens relevans vil trolig ikke kunne gjøres gjeldene på samme måte slik som det er gjeldene for nasjonal rett. Særlig i lys av siktemålet til konvensjonens siktemål til internasjonalisert forståelse av konvensjonsteksten, hvor opphavsretten baserer seg på territorialitet. Argumenter om ytelsens type opphavsrett kan dermed vanskelig gjøres gjeldene.

For *cloud* transaksjoner så er rettstilstanden uklar. Gode argumenter foreligger for at disse også kan omfattes av konvensjonen, men det er klart at det ikke foreligger noe uniformitet knyttet til hvordan spørsmålet bør oppfattes. Videre, så overføres det ikke en reel disposisjonsbeføyelse ved slike ytelser bare en stykkevis. Det er heller ikke noe klart hvorvidt det er tale om ett prinsipp om mediumsneutralitet etter konvensjonen i alle henseender i dens forståelse av «goods». I en slik situasjon vil trolig transaksjonen falle utenfor konvensjonen, og man må anvende internasjonale privatrettslige regler for å stadfeste hvilket land sin rett finner anvendelse.

Videre så bør en rettsanvender være oppmerksom på konvensjonens art 3. nr.1.hvilket innebærer at tilvirkningstransaksjoner av EDB programvarer vil i noen tilfeller falle inn under konvensjonen, som ellers etter eksempelvis dansk rett ville vært betraktet som utviklingsprosjekter og ikke ett kjøp etter købeloven.

7.Avsluttende bemerkninger

Kvalifikasjonen av hvilken type argumenter som gjør seg gjeldene kan ikke entydig besvares, da programvaren kan være mye og mangt med flere ulike momenter for rettsanvenderen å vurdere. Det er derimot enkelte kjennetegn som er relevante å observere i en EDB transaksjon.

¹⁷⁸ CISG art 8 jf. 9. jf. 11. Her vil rettsanvenderen trolig måtte falle tilbake til om det de facto etter art 1. nr.1 er skjedd en tidsbegrenset betaling mot tidsbegrenset bruksrett.

Ett overblikk av de vurderingstemaer som har blitt identifisert i denne oppgaven er oppsummeringsvis:

- Partenes status
- Kan avtalen betegnes som en avtale av internasjonal karakter?
- Er EDB programmet en del av ett fysisk medium?
- Skal EDB programvaren tilvirkes?
- Hvordan er avtalen blitt til? Er tilblivelsen betryggende?
- Er ytelsen opphavsrettsbeskyttet og hvis ja, etter hvilket direktiv?
- Er det løpende forpliktelser?
- Er brukerrettighetene tidsubegrensede?

De lege lata kan dette sies. De klassiske holdepunkter om at tjenesteytelser ikke er ett kjøp er også gjeldene for EDB ytelser. Er en driftsavtale, utviklingsavtale, eller lignende ytelser det dominerende aspektet for avtalen kan ikke den betegnes som ett kjøp. Dette gjelder også dersom eiendomsretten i EDB ytelsen skal overgå til erververen. I de tilfeller hvor det er tale om en fysisk gjenstand vil det under de fleste omstendigheter være bestemmende for om det er ett salg om tingen overgis i tråd med vilkårene etter Usedsoft. Vedvarende benyttelsesrett for en tidsbegrenset betalingssum vil ofte være ens med en kjøpsdisposisjon. Unntaket her vil være hvor det kjøpte er avhengig av en *cloud*-tjenesteytelse for å kjøres. I slike tilfeller er rettstilstanden mer uklar. Trolig er disse tjenesteytelser, men se oppgavens del 3.3. for mer om dette.

For andre ytelser, så blir dette mer kompleks. Gjelder det en EDB programvare som faller inn under INFOSC direktivet gjelder det en distinksjon mellom de ulike lagringsmedia. Rettighetene i de immaterielle ytelsene går etter dette direktivet ikke over til medkontrahenten uten eksplisitt samtykke. Kommisjonen og som det følger av Tom kabinet er det en forskjell mellom fysiske og immaterielle kopier ved vurderingen av konsumsjonsprinsippet. Spørsmålet om det foreligger ett kjøp i den tradisjonelle forstand kompliseres også av forbrukerretten. Rettsanvenderen bør her analysere spørsmålet etter partenes status, samt etter karakteren av realytelsen. Faller det inn under EDB programvaredirektivet vil momentene som gjelder i Usedsoft være avgjørende. For andre ytelser må det vurderes om det er gitt særlig tillatelse. Her er det ikke mye rettspraksis, men trolig vil man kunne si at uklarheter i forbrukerforhold kan begrunne at det må ansees som ett kjøp i den tradisjonelle form. For den næringsdrivende vil det være en formodning på at lisensavtalen som unndrar kjøp er bindende med forbehold til særlige tilfeller.

For de internasjonale transaksjoner så er det ingen rettslig uniformitet, for danske forbrukere gjelder det ingen internasjonal forbrukerkjøpsrett, men EU lovgivningen gir enkelte rammer som gjør at nasjonal rett likevel vil være gjeldene som utgangspunkt. For jevnbyrdige parter

blir spørsmålet om CISG finner anvendelse, eller om man må lene seg på internasjonale privatrettslige regler for å bestemme hvilke bakgrunnsregler skal finne anvendelse på transaksjonen. Hensynet til rettslig sikkerhet tilsier at man skal la CISG finne anvendelse på EDB transaksjoner som bakgrunnsrett, da reglene gir utslag for balanserte regler. De næringsdrivende har en vid adgang til å regulere avtalen selv, men alminnelige argumenter som pris, intensjon om overførsel av eiendomsrett, og handelspraksis vil være relevante i bedømmelsen. Det foreligger ulike teoretiske oppfatninger om konvensjonen gjelder for EDB programvarer, men det foreligger praksis til at EDB ytelser kan falle inn under konvensjonen hvor det er klart at intensjonen med avtalen må være å overføre eiendomsrett i ytelsen. Rettspraksis har både for fysiske og immaterielle ytelser lagt vekt på argumenter om tidsbegrenset betaling, sammen med ubegrenset disposisjonsrett. Av interesse så har ikke opphavsrettslige argumenter fått særlig anvendelse i spørsmålet om det er ett kjøp eller ikke etter konvensjonen. Trolig så har slike argumenter begrenset relevans da konvensjonen bygger på ett internasjonaliseringsprinsipp og hva som er den uniforme rettstilstanden, men opphavsretten bygger på ett territorialitetsprinsipp. Noe annet er at slike argumenter kan ha muligens noe å si for validitetsspørsmålet eller om det foreligger en mangel etter kontrakten. Konvensjonen ser ut til å bygge på at gyldige salgssavtaler kan foretas, selv uten at intellektuelle rettigheter overgis.¹⁷⁹ Av denne grunn vil trolig de samme argumenter som gjør seg gjeldene i CWS/Vendorlink også kunne være anvendbare for å vurdere avtalen i konvensjonens forståelse for E-bøker og andre ytelser. Spørsmålet om validitet og hvorvidt ytelsen så kan videreselges må derimot sees til nasjonal rett for slike ytelser.

7.1 Fremtidige hensyn

Til avslutning vil jeg gjøre noen oppfatninger om hvilke mulige fremtidige argumenter som kan gjøres gjeldene. Det første er at det fra EU retten ser ut til å bli ett større vekt på at virksomheter ikke er ens ved EDB transaksjoner, selv om det er ytterst tvilsomt at det vil komme en universell kjøpslov på felleseuropeisk plan kan det ikke utelukkes at andre direktiv som er i retning av direktiv 2019/1150 om onlineformidlingstjenester¹⁸⁰, og det kan ikke utelukkes at nye direktiv i denne retningen vil utfordre utgangspunktet om jevnbyrdighet i kontraktsforhold mellom næringsdrivende, hvilket kan endre vurderingen av hvorvidt man kan bare legge til grunn at virksomheter går med på de ensidige utformede lisensvilkårene.

Videre når det gjelder utnyttelsen av «cloud» i overdragelsesavtaler av EDB produkter, så utfordrer dette direkte det som måtte følge av usedsoft. Her kan alle momentene for kjøp gjøre seg gjeldene, men på motsatt ende kan det foreligge en nødvendig tjenesteytelse som utelukker

¹⁷⁹ Dietrich (1996) s.331 sammen med konvensjonens betraktninger om tredjemannsrettigheter. Det kan dermed gjøres en sak for at en løsning i tråd med konvensjonens prinsipper jf. CISG art 7 (2) vil være å legge til grunn en tilsvarende løsning for rettigheter som eies av overdrageren.

¹⁸⁰ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/1150 af 20. juni 2019 om fremme af retfærdighed og gennemsigtighed for brugere af onlineformidlingstjenester (EØS-relevant tekst)

at det er tale om noe kjøp. En fremtidig avklaring vil trolig være nødvendig for å avklare rettstilstanden i slike tilfeller. En mulig løsning kan være en vurdering i nødvendigheten av leveransen av *cloud* for å kjøre EDB programvaren. Da slike ytelser kan bli mer prevalent både av hensyn til å kunne kjøre EDB ytelser på svakere *hardware* blir det særlig aktuelt om det skal være mulig å ha ett digitalt brukt marked av hensyn til dataminimering, motsatt kan også miljøhensyn og energieffektivitet tale for at *cloud* leverandøren skal kunne tilbaketrekke EDB ytelsen. Noen klar løsning finnes ikke, og en rettsanvender bør utøve slike argumenter med varsomhet da gjeldene rett verken på forbrukerområdet eller kontraktsretten ellers autoriserer slike argumenter.¹⁸¹

Litteraturfortegnelse:

Danske rettsakter:

- Lov 1953-06-05 nr. 169 Danmarks Riges Grundlov (Grundloven)
- Lovbekendtgørelse 2023-08-20 nr. 1093 om ophavsret (Ophavsretsloven)
- Lovbekendtgørelse 2021-09-24 nr. 1853 Købeloven
- Lovbekendtgørelse 2019-01-29 nr. 88 Varemærkeloven
- Lovbekendtgørelse 2016-03-02 nr. 193 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område (Aftaleloven)
- Lovbekendtgørelse 2014-11-21 nr. 1224 International købelov
- Danske lov, femte bog 1683-04-15 (DL)

Forarbeider:

Betænkning; 1990 nr. 1197 Revision Af Ophavsretslovgivningen (KBET 1990 nr 1197)

Europeiske rettsakter:

- Den Europæiske Unions funktionsmåde (TFEU), 26.10.2012
- Den europeiske unions charter om grundlæggende rettigheder, 2010/C/83/02
- EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EF) Nr. 593/2008 af 17. juni 2008 om lovvalsregler for kontraktlige forpligtelser (Rom I) Artikel 6 nr.1.
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/770 af 20. maj 2019 om visse aspekter af aftaler om levering af digitalt indhold og digitale tjenester. (Direktiv om digitale ytelser)
- EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2017/1001 af 14. juni 2017 om EU-varemærker (Varemerke forordningen)
- EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2009/24/EF af 23. april 2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer (EDB programvare direktivet)
- EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, (INFOSOC. Direktivet)

¹⁸¹ Mulig inspirasjon kan hentes fra HR-2006-299-A - Rt-2006-179 (Støvelettdommen) hvor en forbrukers rett til å kreve omlevering kontra selgers rett til å reparere ytelsen ble fortolket i lys av det reelle hensynet til å hindre kast og bruk. Men som nevnt vil anvendelse av miljøargumentet om energieffektivitet mulig tale for både at kjøpsterminologien skal være gjeldene for cloud EDB transaksjoner (Oppnår ett bruktmarked), den andre siden som taler for at kjøp bør være utelukket er hensynet til at cloud leverandøren kan effektivisere energibruken. Derav bør slike argumenter anvendes med varsomhet. Hensynet til miljøbeskyttelse og det som er bærekraftig følger allerede av det europeiske charteret av menneske rettigheters art. 37. men rekkevidden av denne på spørsmålet er desidert ikke noe klart.

- RÅDETS DIREKTIV 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbruger aftaler (Forbruger aftaledirektivet)
- EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2019/1150 af 20. juni 2019 om fremme af retfærdighed og gennemsigtighed for brugere af onlineformidlingstjenester

Internasjonale traktater:

- The United Nations convention on contracts for the international sale of goods (CISG), 1980
- Vienna Convention on the Law of Treaties (VLCT) 1969
- Bern convention for the protection of Literary and Artistic works, 1887
- TRIPIS (Trade related aspects of intellectual property rights), 1994
- World Intellectual Property Organization Copyright Treaty (WCT), 1996

Litteratur:

- H. Udsen, IT ret, 5. Udgave, Ex Tuto publishing, 2021
- J. Giertsen Avtaler, 3. utg, universitetsforlaget, 2017
- J. Giertsen, Kontrakter- ytelse og pris, universitetsforlaget, 2019
- J. Lookofsky, Understanding the CISG, Djøf publishing, 2022.
- Kur, Dreier, m.fl. European Intellectual property law Text, Cases, and materials, Edgard Elgard Publishing 2. Udgave 2019
- The Nordic Contract Act: Essays in celebration of its one hundredth anniversary. Red. T. Hastad, Djøf publishing, 2015
- M. Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret til studiebrug, Nord Academic 1. utgave, 2023
- C.Munk. Hansen, Fast eiendom 1 overdragelsen, 2. utgave, jurist- og økonomiforbundets forlag, 2015
- Hansen, Lundgren m.fl. køb og salg af virksomheder, 6. udgave, Djøf publishing, 1. utgave, 2019

Artikler:

- H.Fletcher, J.Loofsky, Nominating Manfred Forberich: The Worst CISG Decision in 25 Years?, Faculty publications, 2005
- T. Neumann, Dominant control- A proposal for the classification of international Transactions of modern software, The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, volume 21, 2017.
- T.Neumann The Roots and Fruits of Good Faith in Domestic Court Practice, Pace International Law Review, volum 31, 2018
- N Nataša Vujinović, 'The CISG's scope of application ratione materiae with regard to software transaction', Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS), 2014.
- F.Ferrari, Brief Remarks on the Conclusion of Contracts on the Internet and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)» Volum 5-2000/01 The European Legal Forum
- Frank Diedrich, Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Autonomous Interpretation: Software Contracts and the CISG Autonomous Interpretation: Software Contracts and the CISG i Pace International Law Review Pace International Law Review volum 8, 1996.
- Om forvaring, værneting, og «suprising standard terms» - J. Loofsky, U.1998B.495
- Ola. Ø Nisja- Tidsskrift for forretningsjus, Vol. 9. Utg 3. Standardvilkår: en oversikt, 2003

Højesteret:

- U.2020.2817 H (Gummistøvler)
- U.2018.1787 H (IT chef)
- U.2010.706H (Mediebox)

Østre landsret

- U.2021. 2346 Ø (Knallert)
- U.2016.1062Ø (Goleif)
- U.2016.3162 Ø (Kitesurfing)
- TBB2011.672
- U.1987.216 Ø

Vestre landsret:

U.2007.2507V (Scan soft)

Den europeiske unions domstol:

- C-609/19 (Paribas)
- C-263/18 (Tom kabinet)
- C-105/17 (Kamenova)
- C-310/17 (Levola Hengelo)
- C-186/16 (Andriuc)
- C-166/15 (Ranks)
- C-355/12 (Nintendo)
- C-128/11 (Usedsoft)
- C-92/11 (Vertrieb)
- C-145/10 (Painer)
- C-393/09 (BSA)
- C-5/08 (Infopaq)
- C-479/04 (Laserdisken 2)
- C-240/98 (Osceano)
- C-61/97 (Laserdisken 1)
- C-41/74 (Van dyum mot home office)
- C-78/70 (Deutsche Grammophon)

Norges høyesterett:

HR-2006-299-A - Rt-2006-179 (Støvlettdommen)

Case law on UNCITRAL texts (CLOUT):

- Corporate Web Solutions v. Dutch company and Vendorlink B.V, 25 March 2015, No. C/16/364668 / HA ZA 14-217, CLOUT case 1586.
- Oberlandesgericht Koblenz, Tyskland, 17 september 1993 – 2 U 1230/91, CLOUT nr:281
- CLOUT case No. 445 [Bundesgerichtshof, Germany, 31 oktober 2001].
- Clout case no.1021, *Serbia: Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce*, 15 Juli, 2008
- CLOUT case No. 176 [Oberster Gerichtshof, Austria, 6 Februar 1996]

Annen internasjonal rettspraksis:

- Corte di Cassazione, Italy, 9 June 1995 (no. 6499, *Foro padano*, 1997, 2 ff.), Alfred Dunhill Ltd. v. Tivoli Group S.r.l., Unilex
- 8 Ob 22/00v «Tombstone», 07 September 2000, Oberster Gerichtshof - avgjørelsen er oversatt fra tysk av Florian Arensmann.
- Oberster Gerichtshof, 5 Ob 45/05m, oversatt av Jan Henning Berg, *CISG-online* 1047
- Handelsgericht des Kantons Zürich, HG 980472, oversatt av Thomas Frey

- United states district court western district of Washington at Seattle, Master File No. 2:22-cv-00401-RSM, ORDER ON MOTION TO DISMISS, (Amazon Prime Video, 15 mars, 2024)
- ProCd, Incorporated v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996)

Andre kilder:

- UNICITRAL digest of case law on the United Nations convention on the international sale of goods (CISG digest), 2016
- KOM/2011/0636 final
- International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) principles, 2016
- Draft common frame of reference (DCFR), 2009
- Lovkommentar av L.H.Kristensen, og T.Iversen til aftaleloven, publisert på Karnov.dk
- K01: Standardkontrakt for kortvarige IT-prosjekter, 2004
- K02: Standardkontrakt for lengrevarige IT-prosjekter

Nettsider:

- https://www.microsoft.com/en-us/Useterms/Retail/Office/2019Professional/Useterms_Retail_Office_2019Professional_English.htm - Lagret som bilag 1, dato for nedlastning 05.05.2024
- <https://www.ea.com/nb-no/legal/user-agreement#license> - Lagret som bilag 2, dato for nedlastning 05.05.2024
- <https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/dev/stdeula/> - lagret som bilag 3, dato for nedlastning 05.05.2024
- <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/10/20/eu-court-rules-that-back-up-copies-cannot-be-resold/> - Skrevet av S.Wolk (2016), lagret som bilag 4, dato for nedlastning 05.05.2024
- <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/05/19/is-the-digital-exhaustion-debate-really-exhausted-some-afterthoughts-on-the-grand-chamber-decision-in-tom-kabinet-c-263-18/> Skrevet av C. Sganga (2020), lagret som bilag 5, dato for nedlastning 05.05.2024
- <https://www.nintendo.com/en-gb/Support/Nintendo-Switch/Games-Using-Cloud-Streaming-Technology-FAQ-1864576.html> lagret som bilag nr. 6 dato for nedlastning 05.05.2024.
- https://store.steampowered.com/eula/202090_eula_0 lagret som bilag nr. 7, dato for nedlastning: 05.05.2024