

**Professor Ole-Andreas Rognstad**

**Institutt for privatrett/Senter for europarett**

**Universitetet i Oslo**

### **Kommentar til Tarjei Bekkedals betenkning om tolkningen av utleiedirektivets art. 8(2)**

Jeg er av Fond for utøvende kunstnere blitt bedt om å komme med en uttalelse om Tarjei Bekkedals betenkning for IFPI om tolkningen av utleiedirektivet art. 8(2) av 29. februar 2024. Betenkningen inneholder en rekke påstander og karakteristikker knyttet til min egen utredning av spørsmålet for Kulturdepartementet av 10. desember 2021,<sup>1</sup> som vanskelig kan stå ukommentert. Betenkningen har en form i så henseende som jeg ikke synes noe om. Men formen som er valgt gjør at jeg i denne kommentaren er nødt til å være tydelig på punkter der jeg mener Bekkedal ikke har tilstrekkelig grunnlag for sine synspunkter og feiltolker enten det jeg skriver eller andre kilder.

At Bekkedals konklusjon på hovedspørsmålet som drøftes er den motsatte av min egen, har jeg selvsagt ingen problemer med. Som jeg ga uttrykk for i min utredning, vil det være ulike oppfatninger her. Men dels tillegger han meg synspunkter og metodiske innfallsvinkler som jeg ikke kjenner meg igjen i, og dels trekker han bastante slutninger om en rekke forhold som det etter min mening ikke er grunnlag for og som gjør at mye av det som står i betenkningen blir misvisende. Jeg er uenig på de fleste punktene, og det er ingenting i Bekkedals betenkning som får meg til å endre oppfatningene og konklusjonene i min utredning..

Innledningsvis skal jeg bare bemerke at jeg har merket meg uttalelsen om at utredningen min er «uvanlig krass» i sin omtale av EU-domstolens dom i sak C-265/19 *RAAP* (Bekkedal s. 5). Jeg kan ha forståelse for at utredningen oppfattes slik hvis den leses ut av kontekst. Konteksten er særlig to forhold.

Det ene er at jeg før jeg fikk oppdraget om utredningen allerede hadde skrevet to kritiske artikler om dommen, i henholdsvis Festskrift til Jørgen Blomqvist og *Common Market Law Review*. Det fremgår uttrykkelig av utredningen (s. 2), og det henvises da også til de artiklene

---

<sup>1</sup> Jeg bruker betegnelsen 'betenkning' om Bekkedals skriv og 'utredning' om mitt utelukkende for at det på den måten blir lettere å skille de to. Det ligger ingen annen tanke bak bruken av betegnelsene.

flere steder. Min kritikk av dommen i utredningen er slik sett ikke foranlediget av oppdraget fra KUD, men er mer en oppsummering av den kritikken jeg allerede hadde fremført i artiklene idet jeg ikke så det hensiktsmessig med en full gjentakelse av resonnementene. Samtidig er det viktig at utredningen leses i sammenheng med de to artiklene, spesielt når det inntas en slik holdning til den som i Bekkedals betenkning. Bekkedals omtale av mine synspunkter, og manglende henvisninger til artiklene (bortsett fra på ett enkelt punkt, som er misvisende), gir grunnlag for sterk formodning om at han ikke har gjort det.

Det andre forholdet er at den første delen av mandatet jeg fikk fra departementet var å gi en redegjørelse for rekkevidden av *RAAP*-dommen og en vurdering av den. Som jeg også har fremhevet i de to nevnte artiklene, mener jeg dommen er uklar og tvetydig når det gjelder rekkevidden, selv om jeg har en oppfatning av hvordan den skal forstås (som er sammenfallende med Bekkedals). Det fastholder jeg også etter å ha lest Bekkedals betenkning, og det skal forklares nedenfor (pkt. (4)). Samtidig redegjør jeg for domskonklusjonene innledningsvis i utredningen (s. 3–4), og fremhever at det lite som taler for at EU-domstolen vil endre sin forståelse i *RAAP* (s. 12). Slik sett har jeg ikke bestridt at dommen må anses som uttrykk for gjeldende EU-rett.

Når det er sagt, har jeg vanskelig for å forstå Bekkedals bemerkning om at «forholdet mellom EU-retten, Charteret og andre rettssystemer er spørsmål som er sentrale i EU-domstolens hverdag, og som hører til det den behersker aller best», og at det derfor ikke fremstår «som plausibelt, slik Rognstad flere steder hevder, at EU-domstolen bommet i selve grunnpremissene» (s. 9). La meg bare kort bemerke at jeg er, og har vært, fullt klar over at det er en storkammerdom, der blant andre EU-domstolens president og en av de fremste ekspertene på EU-rettens forhold til internasjonal rett, Koen Lenaerts, deltok. Men det kan ikke bety at dommen er hevet over kritikk. Det er grunn til å understreke at saken dreide seg om en type komplekse spørsmål som ingen av dommerne (eller generaladvokaten) meg bekjent har spesialkompetanse i, nemlig opphavsrettens internasjonale dimensjon. Det forhold at spørsmålene EU-domstolen tar opp i den forbindelse er intern EU-rett på grunn av EUs tilslutning til utøver- og fonogramkonvensjonen fra 1996, WPPT, gjør dem ikke mindre komplekse.

Det er særlig to punkter i dommen jeg har vært kritisk til i den forbindelse, nemlig uttalelsene i avsnitt 69 og 70 om forholdet mellom WPPT art. 15(1) og art. 4(2) og de slutningene domstolen trekker av dette ved tolkningen av utleiedirektivet art. 8(2), og – i nær sammenheng med det – EU-domstolens håndtering av vederlagsretten i art. 8(2) som

grunnleggende rettighet etter EU-pakten (Charterets) art. 17(2) med følgende anvendelse av art. 52(1) (avsnitt 85–87). Jeg kommer tilbake til dette (pkt. (1) og (2) nedenfor).

Jeg vil imidlertid understreke at det i første rekke er domstolens begrunnelse som leder til dens resultat, og ikke resultatet i seg selv, jeg har vært kritisk til. Som sagt legger jeg til grunn i min utredning at RAAP-dommen gir uttrykk for gjeldende EU-rett. Samtidig fastholder jeg at EØS-avtalen må tolkes annerledes på dette punkt.

Jeg vil i det følgende ta opp forhold som Bekkedals betenkning særlig foranlediger en kommentar til.

### ***(1) Bekkedals overordnede forståelse av utleiedirektivet art. 8(2) og RAAP-dommen***

Bekkedals betenkning er basert på en tolkning av utleie- og utlånsdirektivet art. 8(2), der RAAP-dommen tilsynelatende bekrefter det som følger av bestemmelsens ordlyd, formål, EUs Charter om grunnleggende rettigheter og andre rettskilder. Rettskildene er ifølge Bekkedal «klare og entydige» (s. 5). Ordlyden er generell og likestiller enhver utøvende kunstner (sic), uavhengig av hvilken tilknytning vedkommende for øvrig måtte ha til EØS-området, og uavhengig av hvor i verden vedkommende bor. Ordlyden bekrefter «[v]erdigrunlaget som former internretten i EU og EØS», nemlig at «innenfor det europeiske økonomiske samarbeidsområdet skal enhver produsent og utøvende kunstner ha betalt for jobben vedkommende gjør» (s. 3, jf s. 12). Vederlagsretten, som individuell rettighet, nyter menneskerettslig vern (s. 20) og er i overensstemmelse med internasjonale konvensjoner, men inkorporerer ikke gjensidighetsforutsetninger i sistnevnte. EU er ikke forpliktet til å begrense vederlagsretten i henhold til internasjonale konvensjoner og har heller ikke gjort det. RAAP-dommen bekrefter alt dette, og det er tilsynelatende ikke grunnlag for kritikk mot dommen som bare stadfester det som fremstår som helt opplagt.

Jeg mener denne forståelsen av utleiedirektivet art. 8(2) gir et fortegnet bilde av rettskildesituasjonen, og at Bekkedal overser de problemene RAAP-dommen reiser fordi han ikke forholder seg til det som faktisk står og den konteksten dommen er avsagt i. Aller først: EU-domstolens dom bekrefter ikke Bekkedals ordlydsforståelse. Tvert imot sier EU-domstolen i avsnitt 49 i dommen at «[a]s regards the wording of Article 8(2) of Directive 2006/115, that provision does not expressly state whether the words ‘relevant performers’ refer solely to performers who are nationals of a State in which that directive applies or whether they equally refer to performers who are nationals of another State». Domstolen sier ikke noe mer om ordlyden enn dette og – litt senere i dommen – at bestemmelsen heller ikke

oppstiller EØS-tilknytning som betingelse for utøvere og produsenters vederlagsrett (avsnitt 61).

Det domstolen derimot gjør, er å tolke direktivet i lys av bestemmelsene om vederlagsrett og nasjonal behandling i WPPT art. 4 og 15, som er en del av EUs internrett fordi EU har utøvd sin eksterne traktatkompetanse etter TEUV art. 216 til å tiltre avtalen (avsnitt 51 og 62 og ut over). Når Bekkedal nederst på s. 6 gjengir konklusjonen på de to første spørsmålene fra den irske domstolen som en bekreftelse på ordlyden i utleiedirektivet art. 8(2), unnlater han å ta med den vesentlige presiseringen foran det som er sitert – at tolkningen følger av art. 8(2) *i lys av* WPPT art. 4(1) og art. 15(1). Det blir ufullstendig og misvisende fordi det er de sistnevnte kildene som bærer domskonklusjonen i henhold til EU-domstolens resonneringer, og ikke ordlyden. Med en slik lesning kan Bekkedal heller ikke forstå den første delen av min kritikk av dommen. Jeg kommer nærmere tilbake til det i pkt (2) nedenfor. La meg bare her presisere at jeg er helt enig i at utleiedirektivet etter EU-domstolens tolkning ikke inkorporerer gjensidighetsforutsetninger i de internasjonale konvensjonene, og at EU heller ikke er forpliktet til det.

På samme måte som Bekkedal leser ordlyden, fremstår også hans henvisning til EUs verdigrunnlag som et postulat uten reell støtte i de kildene han gjengir. Det skal her ikke benektes at det å få betalt for arbeid som utføres, kan utgjøre et verdigrunnlag. Men det kan ikke utledes av utleiedirektivets fortale pkt. 5–7, som gjengitt i *RAAP*-dommens avsnitt 50, eller av EU-domstolens understreking av at vederlagsretten er kompensierende i sin natur (avsnitt 54), at vederlagsretten etter art. 8(2) tilgodeser alle utøvere og produsenter, uavhengig av deres nasjonalitet og territorielle tilknytning, slik Bekkedal synes å mene. På samme måte som ordlyden er uttalelsene i fortalen nøytrale i så henseende. Selv om man skulle komme til at vederlagsretten ikke omfatter alle opptak, oppfyller direktivet formålet som der nevnes for de opptak som omfattes.

At det helt generelt gjelder et prinsipp om at arbeid som utføres krever vederlag uavhengig av hvem som utfører det, avkreftes av andre EU-reguleringer, f.eks. databasedirektivet (dir. 1996/9) art. 11(1) og (2).<sup>2</sup> Bestemmelsene slår uttrykkelig fast at det såkalte *sui generis*-vernet for databaser (art. 7) bare gjelder for databaser produsert av statsborgere i en medlemsstat eller som har sitt bosted her samt virksomheter etablert i EU. Bestemmelsen gjelder til tross

---

<sup>2</sup> Se også bestemmelsene om såkalt «følgerett» om videresalg av kunstverk i dir. 2001/24 art. 7 og det nye vernet for pressepublikasjoner i dir. 2019/790 art. 15, som jeg nevner nedenfor i pkt. (6).

for helt generelle uttalelser i fortalen om at databasevernet skal beskytte dataproducentens investeringer (pkt. 40–42), på tilsvarende måte som utleiedirektivet understreker hensynet til fonogramproducentenes investeringer. Det er også interessant at direktivet åpner for at EU inngår avtaler om beskyttelse med tredjeland (art. 11(3)), men at det i henhold til fortalen skal gjelde en gjensidighetsforutsetning (pkt. 56). Når det tas i betraktning at *sui generis*-vernet i sin begrunnelse er svært likt produsentvernet (investeringsvern), er det vanskelig å være enig i påstanden om at i hvert fall det vernet er underlagt et verdigrunnlag som i seg selv medfører at vernet skal gis for alle opptak. Det finnes da heller ikke en eneste henvisning til dette i EU-domstolens dom. Formålsangivelsene i dommen er generelle og ikke rettet mot konklusjonen om at utleiedirektivet må tolkes i lys av reglene om nasjonal behandling i WPPT art. 4 og 15. Henvisningen til fortalens pkt. 7, i avsnitt 50, sier heller ikke mer enn at reglene tolkes slik at de unngår konflikt med de internasjonale konvensjonene. Men det nærmere innholdet i WPPT, og dens betydning for tolkningen av utleiedirektivet art. 8(2), drøftes i dommens avsnitt 62–75.

Jeg vil til det tilføye at dersom Bekkedals forståelse av ordlyden og uttalelsene i fortalen som bekreftelser av EUs verdigrunnlag var riktig, ville det ikke vært nødvendig for EU-domstolen å gå videre og drøfte innholdet i WPPT så inngående som den gjør. Det hadde holdt å konstatere at bestemmelsene i WPPT ikke er til hinder for en slik tolkning av utleiedirektivet art. 8(2), og at rekkevidden av bestemmelsen gjør at medlemsstatene ikke kan påberope seg at tredjestater har tatt forbehold etter WPPT art. 15(3). Verken mer eller mindre. Når reglene i WPPT får såpass stor plass som de gjør, er det nettopp fordi EU-domstolen *bygger* sin tolkning av utleiedirektivets rekkevidde ved besvarelsen av de to første spørsmålene på de reglene, som del av EUs internrett, og ikke på ordlyden og det påståtte verdigrunnlaget.

Dette leder til vederlagsrettens menneskerettslige vern. Her leser Bekkedal det jeg skriver i min betenkning så galt og ut av kontekst (s. 20–22) at det er nødvendig med en presisering. Jeg viser i utredningen uttrykkelig til artiklene mine om dette,<sup>3</sup> og det var klart min mening at uttalelsene må leses i sammenheng med det som står der for å unngå at utredningen este ut. Jeg er selvsagt helt på det rene med at EU-domstolen i avsnitt 85, med henvisning til avsnitt 57, sier at vederlagsretten er en immaterialrett som er beskyttet av artikkel 17(2) i EU Charteret for grunnleggende rettigheter (Bekkedal s. 20), og det er heller ikke tvilsomt i mine øyne. Det jeg har kritisert i den forbindelse, er at domstolen i avsnitt 85 tilsynelatende ikke

---

<sup>3</sup> Se utredningen note 20 på s. 11, i tilknytning til min bemerkning om grunnpremisset for dommens håndtering av forholdet til tredjestaters reservasjoner etter WPPT art. 15(3) ved tolkningen av utleiedirektivet art. 8(2).

forholder seg til sin egen praksis som innebærer at eiendomsbeskyttelsen i art. 17 omfatter *etablerte* rettsposisjoner og ikke *interesser*.<sup>4</sup> Med andre ord er det klare holdepunkter i tidligere praksis for at art. 17 – på tilsvarende måte som eiendomsbeskyttelsen i EMK protokoll 1 artikkel 1 – bare slår inn overfor fastsatte rettigheter og ikke kan benyttes som argument for at noen *fortjener* rettighetsbeskyttelse (les: fortjener lønn for det arbeidet de har gjort).<sup>5</sup>

Kritikken min på det punktet har sammenheng med det jeg kommer tilbake til i neste punkt – at EU-domstolens rettsanvendelse under de to første spørsmålene ikke bærer en konklusjon om at vederlagsretten i utleiedirektivet art. 8(2) omfatter opptak av utøvere og produsenter fra land som har tatt forbehold mot vederlagsretten etter reglene i WPPT. Dermed har den heller ikke etablert en individuell vederlagsrett (en «intellectual property right») under utleiedirektivet for slike opptak som nyter beskyttelse etter art. 17(2).<sup>6</sup> Dette blir imidlertid annerledes dersom man legger EU-domstolens henvisning til WPPT art. 4(1) til grunn under spørsmål 1 og 2, og slik bør nok også dommen leses, selv om jeg mener EU-domstolen foretok en feilslutning under det første spørsmålet (se nedenfor i (2)). Kommentarene mine til *RAAP*-dommen i utredningen må leses som det de er – en kritikk av dommen, og ikke en avvisning av at konklusjonene er gjeldende EU-rett. Jeg mener selvsagt ikke at Charteret kan settes til side av de internasjonale opphavsrettskonvensjonene (Bekkedal s. 20).

De nærmere konsekvensene EU-domstolen trekker av vernet etter Charteret art. 17(2), bekrefter at det er vederlagsretten som etablert rettsposisjon, og ikke interesse, som vernes etter art. 17(2), i motsetning til det Bekkedal synes å anta. Det avspeiles i at domstolen i avsnitt 88 åpner for at vederlagsrettens anvendelse på tredjelandsborgere kan begrenses ved lovgivning så fremt betingelsene i Charteret art. 52(1) er oppfylt. Hvis det derimot var interessene i å motta vederlag for det arbeidet man har gjort som var vernet som en

---

<sup>4</sup> Se artiklene mine i Festskrift til Jørgen Blomqvist (København: Ex Tuto, 2021), på s. 534–535 og i *Common Market Law Review* 2021 s. 1538–1540.

<sup>5</sup> Jeg har både i utredningen (note 21 på s. 11) og i artiklene nevnt ovenfor vist til EU-domstolens dom i sak C-283/11, *Sky Österreich GmbH v. Österreichischer Rundfunk*, avsnitt 34, som støtte for dette. Forholdet mellom Charteret art. 17(2) og praksis fra EMD under EMK protokoll 1 artikkel 1 som klart viser det samme, har jeg redegjort for i min bok *Property Aspects of Intellectual Property* (Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2018) s. 146–155, og jeg viser til det i min artikkel i *Common Market Law Review* (s. 1539). Der går jeg også inn på forskjellen mellom beskyttelse av eiendom som grunnleggende rettighet og mulig menneskerettslig beskyttelse av vederlagsretten som interesse (som i så fall nok bare er aktuell for utøvere), samtidig som jeg konkluderer med at Charteret art. 17(2) ikke kan gi grunnlag for sistnevnte (s. 1540).

<sup>6</sup> Dette har ikke noe å gjøre med spørsmålet om tredjelandsborgere er beskyttet av EU-rettens konstitusjonelle regler om likebehandling, jf. nedenfor i pkt. (5), men hvilke rettsposisjoner som er beskyttet av immaterialretten og dermed også Charteret art. 17(2).

grunnleggende rettighet, er det vanskelig å se at EU-lovgiveren kan begrense retten. Det kommer til uttrykk i Bekkedals syn på s. 15 der han hevder at Charteret i utgangspunktet står i veien for at EU kan vedta det han omtaler som 'offensive reservasjoner' mot vederlagsretten (med noen mulige unntak som følge av at «skranken ikke er absolutt»).

Som jeg kommer tilbake til (pkt. (3)), mener jeg dikotomien 'offensive og defensive reservasjoner', som Bekkedal bygger mye av sin analyse på, er misvisende og forvirrende, og jeg har også vanskelig for å se at dette skillet har særlig relevans for vurderingen av om det kan gjøres inngrep i Charteret art. 17(2). Og hva ligger i det egentlig? Hvis EU bestemmer seg for å utelukke vederlagsrett for opptak med tilknytning til tredjestater som ikke har tiltrådt WPPT (altså stater som ikke har 'utstedt' noen reservasjon, men rett og slett latt være å inngå traktaten) – er det en offensiv reservasjon? Det er *i så fall* ikke grunnlag for å lese det EU-domstolen sier i avsnitt 88 om EU-lovgiverens kompetanse til å begrense vederlagsrettens anvendelse på tredjestatsforhold som myntet bare på såkalte 'defensive reservasjoner' (mottiltak mot andre staters reservasjoner). En annen sak er at adgangen til 'offensive reservasjoner' vil være begrenset av prinsippet om nasjonal behandling i WPPT art. 4(1). Bekkedals utlegninger og forståelser på dette punkt er sterkt preget av hans egen oppfatning om hvordan ting er, uten at de er kildebelagt på en holdbar måte og forstått i den konteksten de står i.

Oppsummeringsvis mener jeg Bekkedals rettskildeforståelse ikke er forenelig med *RAAP*-dommen. Dommen kan verken tas til inntekt for at en vederlagsrett for alle utøvere og produsenter følger av ordlyden, at dette bekrefter verdigrunnlaget som EU-retten bygger på i sin alminnelighet eller at *interessen* (eller «verdien») i å få betalt for arbeidet er en menneskerett som er vernet etter Charterets art. 17. Det hjelper ikke at han omtaler rettskildene som «helt klare» her.

## **(2) Rognstads såkalte «alternative systemforståelse»**

Bekkedal gir flere steder (f.eks. på s. 8) uttrykk for at jeg i utredningen anlegger en systemforståelse som avviker fra alminnelig juridisk metode. Synspunktene hans om dette skyldes at han ikke har forstått hovedpoengene mine om *RAAP*-dommen. Jeg betviler for så vidt ikke det han sier på s. 5 om at han har forsøkt å *gjengi* utredningen så lojalt som mulig og i beste mening. Når synspunktene likevel ikke er forstått, skyldes det for det første at han leser *RAAP*-dommen på en feilaktig måte, og dermed også unnlater å gå grundig nok inn i de

spørsmålene jeg reiser. For det andre bærer betenkningen hans sterkt preg av at han ikke har lest artiklene mine der synspunktene er redegjort for mer i detalj.

Bare for å avklare den grunnleggende misforståelsen: Bekkedal forstår meg gjennomgående slik at jeg mener «unntakene» i den internasjonale reguleringen *skal* innfortolkes i utleiedirektivet art. 8(2) (se f.eks. s. 8). Det stemmer ikke. Når jeg mener EU-dommen er gjeldende EU-rett til tross for kritikken jeg retter mot den, er det nettopp fordi konvensjonene ikke hindrer EU-domstolens tolkningsresultat. Men jeg mener en tolkning av utleiedirektivet art. 8(2) i tråd med prinsippet om materiell gjensidighet slik det fremgår av WPPT art. 4(2), *kunne* vært et *mulig* tolkningsalternativ, og er uenig med Bekkedal (s. 10) i at det er helt utenkelig at domstolen vil innfortolke slike «unntak». En slik påstand tar ikke inn i seg opphavsretsreguleringen i EU for øvrig.<sup>7</sup> Jeg er likevel fullt på det rene med at EU-domstolen i *RAAP* tolket utleiedirektivet art. 8(2) på en annen måte, og er ikke kritisk til det *i seg selv*. En viktig premiss for min kritikk av *RAAP*-dommen er at den gjelder et område som har vært regulert av internasjonale konvensjoner, noe både direktivets fortale (pkt. 7) og EU-domstolens dom bekrefter. I det perspektivet er det viktig at begrunnelsen for at EU-retten går lenger, bygger på klare og holdbare premisser. Det forhold at EU-domstolens avgjørelser har tilbakevirkende kraft, med mindre domstolen sier noe annet, er et viktig moment i så henseende.<sup>8</sup>

Det jeg har kritisert domstolen for i den forbindelse, er manglende konsistens og sammenheng i argumentasjonen som leder til resultatet i en situasjon der flere (men langt fra alle) medlemsstater har bygget på at EU-direktivene ikke går lenger enn medlemsstatenes respektive plikter etter de internasjonale konvensjonene. Bekkedal går i liten grad inn på argumentene mine om dette, men avfeier i stedet synspunktene med at jeg anlegger en avvikende systemforståelse uten kjennskap til hvordan de ulike rettsreglene og rettssystemene samvirker. Det er det ikke grunnlag for. Men la meg forklare synspunktene på egne premisser.

Utgangspunktet må tas i det jeg har redegjort for foran – at EU-domstolen ikke utleder en regel om at vederlagsretten etter art. 8(2) omfatter alle utøvere og produsenter fra *ordlyden*.

---

<sup>7</sup> En ny sak der dette spørsmålet kommer enda med på spissen enn i *RAAP*-saken, er forelagt EU-domstolen i sak C-227/23 *Kwantum*, angående opphavsrettsbeskyttelse for brukskunst. Det gjenstår å se hva domstolen vil gjøre der, men foreleggelsen er symptom på de uklarhetene *RAAP*-dommen skaper for opphavsrettsområdet som sådan (se kommentaren min i utredningen øverst på s. 7). I alle fall viser både databasedirektivets fortale pkt. 56, som er nevnt ovenfor i pkt. (1), og det såkalte følgerettsdirektivets artikkel 7, som nevnes nedenfor i pkt. (6), at prinsippet om materiell gjensidighet av immaterialrettigheter har EU-rettslig relevans. Det står i konflikt med Bekkedals bastante uttalelser om «verdigrunnlag» mv. på s. 10.

<sup>8</sup> Se min avsluttende bemerkning under pkt. (8) om dette.



Derimot tar den utgangspunkt i utleiedirektivets formål og kontekst, uten at de som sagt kan utledes slik Bekkedal har gjort. Selve tolkningen av uttrykket «relevant performers and producers» foretas særlig i lys av reglene i WPPT som på grunn av EUs tilslutning til konvensjonen er en internrettslig regel. Domstolen går på den bakgrunn inn i reglene om vederlagsrett i WPPT art. 15(1), plikten til nasjonal behandling i art. 4(1), med tilhørende tilknytningskriterier bl.a. fra Romakonvensjonen, og konsekvensene av tredjestaters reservasjonsrett i art. 15(3).

De punktene i dommen der min kritikk av den egentlig starter, er avsnitt 69 og 70, hvor EU-domstolen etter min mening klart foretar en feilslutning av koblingen mellom WPPT art. 15(3) og art. 4(2) som kan utledes av ordlyden i bestemmelsene som internrettslige EU-regler. Men det krever kjennskap til systemet for å holde tunga rett i munnen. For her å benytte Bekkedals terminologi, konstaterer EU-domstolen i avsnitt 69 at partene i WPPT kan foreta ‘offensive reservasjoner’ ved å begrense rekkevidden av vederlagsretten på sitt territorium. Der det går galt er når domstolen i neste setning konstaterer at det fremgår av art. WPPT art. 4(2) at vederlagsforpliktelsen i art. 15(1) ikke gjelder i den utstrekning statene selv har foretatt (‘offensive’) reservasjoner. Det er ikke dét art. 4(2) sier. Den regulerer ikke forholdet til partenes *egne* (‘offensive’) reservasjoner, men tvert imot *andre* staters (‘offensive’) reservasjoner, og bestemmer at plikten til nasjonal behandling i art. 4(1) ikke gjelder i den utstrekning andre parter har avgitt slike reservasjoner.

Dermed blir det galt når EU-domstolen i avsnitt 70 sier at *fordi* verken EU eller EUs medlemsstater har foretatt (‘offensive’) reservasjoner etter WPPT art. 15(3), er partene gjensidig bundet av WPPT art. 4(1) og 15(1). Det som sies i avsnitt 71, som Bekkedal siterer på s. 14, blir derfor også misvisende. Her er det en sammenblanding av ulike forhold. Mangelen på egne (‘offensive’) reservasjoner betyr i første rekke at partene ikke kan gjøre inngrep i bestemmelsens saklige virkeområde, f.eks. ved å unnta visse former for overføring til allmennheten fra vederlag (slik bl.a. USA har gjort). Det følger også klart av ordlyden i utleiedirektivet art. 8(2) og er ikke tvilsomt. Men mangelen på egen reservasjon innebærer ikke noen plikt til nasjonal behandling i den utstrekning andre stater har foretatt reservasjoner. Det er dette som følger av WPPT art. 4(2) – ikke at statene får plikt til nasjonal behandling når de selv har latt være å reservere seg. Dermed *bærer ikke* henvisningen til WPPT art. 4(1) og 15(1) i konklusjonen i avsnitt 75 et standpunkt om at vederlagsretten etter utleiedirektivet art. 8(2) omfatter opptak av amerikanske utøvere og produsenter for bruk som USA har tatt forbehold mot. Dette følger ikke av de bestemmelsene på grunn av regelen i WPPT art. 4(2).

Kritikken min mot EU-domstolens henvisning til Charteret i avsnitt 85–87 henger, som nevnt, tett sammen med dette forholdet.

Resonnementet ovenfor fremføres på s. 9–10 i utredningen (og er utdypet bl.a. på det stedet jeg viser til i note 18), og gjentas i tre setninger på s. 12 som handler om noe annet. Bekkedal siterer (på s. 8) de sistnevnte løsrevet som grunnlag for en påstand om at jeg ikke har merket meg nyansen ved at forrang for WPPT gjelder ved motstrid og at det ikke er til hinder for at EU kan gi et sterkere individuelt rettighetsvern. Det er jeg selvfølgelig klar over, men det er ikke poenget i denne sammenheng. Poenget er at EU-domstolens resonnementer under spørsmål 1 og 2 ikke *begrunner* et sterkere rettighetsvern. Det EU-domstolen *skulle* ha gjort, var å drøfte om begrensningen i *plikten* til nasjonal behandling etter WPPT art. 4(2) får betydning for tolkningen av art. 8(2), og eventuelt begrunnet *hvorfor* rettighetsvernet etter sistnevnte bestemmelse går lenger enn plikten etter WPPT. Det hadde gitt en mer solid bakgrunn til det tredje spørsmålet om betydningen av tredjestaters reservasjoner, som da kunne vært løst på en atskillig enklere, mer overbevisende og konsistent måte som også hadde forklart forankringen i Charteret art. 17(2).

Men EU-domstolen *gjør* ikke det, og Bekkedals lesning av dommen er det som før nevnt ikke grunnlag for. Alternativt kunne domstolen som sagt ha tolket art. 8(2) i samsvar med prinsippet om materiell gjensidighet i WPPT art. 4(2) og gjort det motsatte av det den gjorde – å overlate til EU-lovgiveren å *utvide* art. 8(2) ut over det som følger av plikten etter WPPT. Begge alternativer ville ført til harmoniserte løsninger med konsistente begrunnelser. Det er mangelen på konsistens og sammenheng i argumentasjonen, som er sentrale EU-rettslige hensyn, jeg i første rekke har kritisert EU-domstolen for i de avsnittene fra utredningen som Bekkedal siterer på s. 8 og 19-21 og som gjengir synspunkter jeg har utdypet nærmere annet sted. Jeg har ikke i noen av mine fremstillinger hevdet at EU er bundet av løsningene i WPPT og ikke kan gå lenger. Det følger allerede av at WPPT, i likhet med andre konvensjoner på opphavsrettsområdet, gir minimumsforpliktelser, noe jeg selvsagt er klar over etter over 30 år med opphavsrettsforskning.

Jeg har heller aldri lagt «til grunn at EU-domstolen prøvde fortolke EUs internrett på en måte som er lik med og tar opp i seg hele den internasjonale opphavsrettsreguleringen» (Bekkedal s. 8). Men en mer sammenhengende og konsistent begrunnelse burde være påkrevet på et område der mange av statene utvilsomt har støttet seg på løsningene i konvensjonene. Påstandene om at resonnementene mine skyldes manglende systemforståelse og forståelse for hvordan de ulike rettsreglene og rettssystemene samvirker, faller slik sett på sin egen

urimelighet. Påstandene er, som jeg ser det, utslag av at Bekkedal ikke har satt seg inn i grunnlaget for min kritikk av *RAAP*-dommen. Det skyldes blant annet at han forenkler tolkningen av utleiedirektivet art. 8(2) på en måte som verken har støtte i dommen eller i rettskildene ellers.

### ***(3) Bekkedals skille mellom og forståelse av ‘offensive og defensive reservasjoner’***

Bekkedal har i sin betenkning (s. 14 flg.) en rekke betraktninger om ‘offensive og defensive reservasjoner’ i et EU-internrettslig perspektiv. Denne terminologien er ny for meg, og som jeg allerede har vært inne på i tilknytning til Charteret art. 17(2) i pkt. (1), gir den etter min oppfatning liten mening. Terminologien er preget av noen av de samme feilslutningene som i EU-domstolens dom (se ovenfor i pkt. (2)), men de dras en god del lenger. Det er for så vidt riktig som Bekkedal sier at jeg ikke er oppmerksom på skillet (s. 19) – bare de forholdene som ligger under dette skillet. Det skyldes at skillet er noe Bekkedal har funnet på selv. Meningen med det er tilsynelatende å vise hvordan EU-internretten regulerer de tilsvarende forholdene som de internasjonale konvensjonene, men ved å gå lenger slik at reguleringen i sistnevnte er irrelevant. Så lenge Bekkedal synes å misforstå systemet i WPPT, blir imidlertid terminologien, og parallellen, misvisende og forvirrende.

Bekkedal starter på s. 14 ved å konstatere at «EUs medlemsstater er helt avskåret fra å utstede offensive reservasjoner mot tredjeland. Det skyldes at EUs internrett går lenger enn de internasjonale konvensjonene. Regelen i utleiedirektivet er absolutt og hjemler ikke unntak.» Det er ikke åpenbart hva som menes med «reservasjoner» her, men hvis det siktes til at EUs medlemsstater ikke på eget initiativ kan benytte reservasjonsadgangen i WPPT art. 15(3), er det selvsagt riktig. Her må det likevel bemerkes at en slik reservasjonsadgang etter systemet i WPPT i utgangspunktet bare er aktuell for begrensninger i vederlagsrettens *saklige* virkeområde, f.eks. ved at det bestemmes at den ikke skal gjelde for bestemte former for overføring til allmennheten, slik USA har gjort (eller ikke gjelde i det hele tatt, ev på nærmere betingelser). At utleiedirektivet art. 8(2) stenger for det, er ikke tvilsomt og det var heller ikke det som var gjenstand for den irske domstolens spørsmål i *RAAP*.

For begrensninger i rekkevidden av vederlagsretten til å omfatte utøvere og produsenter fra andre stater, som tydeligvis er det Bekkedal egentlig drøfter, gjelder det ingen reservasjonsadgang etter WPPT art. 15(3). Her er systemet i Romakonvensjonen litt annerledes, men det trenger vi ikke gå inn på. Etter WPPT gjelder det i utgangspunktet en absolutt plikt til nasjonal behandling, jf. WPPT art. 4(1). En komplikasjon i dette bildet ligger

i de såkalte tilknytningskriteriene i art. 3 og videreføring av reservasjonsadgangen etter Romakonvensjonen art. 5(3), jf WPPT art. 3(3), som EU-domstolen diskuterer i avsnitt 72 i *RAAP*. Men forutsatt nødvendig tilknytning (jf art. 3(2)), er plikten til nasjonal behandling etter WPPT ubetinget *unntatt* for det tilfellet *andre* stater har foretatt ('offensive') reservasjoner, jf. WPPT art. 4(2), altså det Bekkedal kaller 'defensiv reservasjonsadgang',

Som presisert ovenfor i pkt. (2), er imidlertid *virkingen* av andre staters ('offensive') reservasjoner at plikten til nasjonal behandling bortfaller (og i stedet blir en plikt til materiell gjensidighet). Reservasjoner som 'mottiltak' mot andre staters reservasjoner etter WPPT art. 15(3) er derfor ikke nødvendig etter traktatens system. Bekkedal synes å ha misforstått dette og det EU-domstolen drøfter i avsnitt 76–87. Det handler ikke om medlemsstatenes eller EU-lovgiverens egen adgang til å reservere seg etter WPPT art. 15(3) (eller 'utstede reservasjoner' som Bekkedal uttrykker det), men om *virkningene i internretten* av at *andre* stater har reservert seg, mao. om henholdsvis medlemsstatene og EU kan gjennomføre prinsippet om materiell gjensidighet i *egen* lovgivning.

Det blir derfor misvisende når Bekkedal uttrykker det slik at «utleiedirektivet artikkel 8.2 ... går lenger enn internasjonal opphavsrettsregulering fordi adgangen til reservasjoner er eliminert» (se f.eks. s. 28). Systemet med reservasjoner etter WPPT art. 15(3), som del av EU-internretten, gjelder som sagt ikke for begrensninger av anvendelsen av vederlagsretten på opptak med nødvendig tilknytning til andre stater. Det blir derfor misvisende å tale om «reservasjonsadgang». Grunnen til at utleiedirektivet «går lenger» enn WPPT her er for det første at vederlagsretten etter EU-domstolens tolkning i *RAAP* gjelder alle utøvere og produsenter, og ikke bare de som er tilknyttet et WPPT-land (se nedenfor i (4)). For det andre gir utleiedirektivet art. 8(2), slik situasjonen er i dag, ikke adgang til å ha regler om materiell gjensidighet som et 'motsvar' til andre staters reservasjoner etter WPPT art. 15(3).

Det Bekkedal i realiteten drøfter i avsnitt 6–9 er altså hvilken *adgang* henholdsvis medlemsstatene og EU-lovgiveren har til å *begrense* vederlagsretten for utøvere og produsenter fra andre land (i) på  *eget initiativ* ('offensiv reservasjonsadgang') eller (ii) som svar på andre staters reservasjoner etter WPPT art. 15(3) ('defensiv reservasjonsadgang'). Men som betegnelse på dette er det både misvisende og forvirrende å tale om '*reservasjonsadgang*'. Bekkedals forståelse av forholdet mellom begrensninger i vederlagsretten og EU Charteret er kommentert ovenfor i pkt. (1). Det er der også påpekt at selve konseptet i skillet mellom offensive og defensive reservasjoner er uklart og at det ikke er grunnlag for det han leser inn av verdigrunnlag osv. For øvrig er det ikke nødvendig å gå

nærmere inn på Bekkedals utlegninger av de såkalte ‘offensive og defensive reservasjonene’, men jeg kommer tilbake til noen av de relevante forholdene i pkt. (7) og (8) nedenfor.

#### ***(4) Bekkedals kritikk av mitt skille mellom ‘konvensjonssporet’ og ‘lovgivningssporet’***

I min utredning hevder jeg i avsnitt 2.2, som svar på mandatet fra KUD, at *RAAP*-dommens rekkevidde ikke er helt klar. Det forklarer jeg med at EU-domstolen følger to ulike spor i sin argumentasjon for rekkevidden av utleiedirektivet art. 8(2) – det jeg henholdsvis kaller ‘konvensjonssporet’ og ‘lovgivningssporet’. Bekkedal omtaler dette som et «feilspor» (s. 16), og hevder at EU-domstolen ikke fulgte noen av sporene. Igjen mener jeg analysen hans preges av hans måte å lese dommen på, som jeg er uenig i og mener er feil, samtidig som han ikke går inn i de resonnementene som ligger til grunn for mine betraktninger.

For igjen kort her å understreke hva som ligger til grunn for min analyse: Som nevnt ovenfor i punkt (1) og (2), tar jeg utgangspunkt i at EU-domstolen tolker utleiedirektivet art. 8(2) i lys av reglene i WPPT art. 15 og 4. Det står uttrykkelig i avsnitt 75 og i domskonklusjonen punkt 1 og kan ikke være tvilsomt. Som nevnt hindrer ikke det EU-domstolen i å tolke art. 8(2) enda videre, men den *gjør ikke* det under de to første spørsmålene. Konsekvensen av det er at domstolen frem til avsnitt 75 har etablert at utleiedirektivet må tolkes i samsvar med prinsippet om nasjonal behandling i WPPT art. 4(1). Det betyr at vederlagsretten omfatter alle utøvere og produsenter med tilknytning til en stat som er tilsluttet WPPT, men ikke utøvere og produsenter med tilknytning til andre stater. Ved drøftelsen av det tredje spørsmålet i avsnitt 76–87, jf domskonklusjonen pkt. 3, fastslår EU-domstolen at tredjestaters reservasjoner ikke medfører begrensninger i utleiedirektivet art. 8(2). Fortsatt har domstolen likevel ikke etablert at utleiedirektivet art. 8(2) omfatter utøvere og produsenter som ikke har tilknytning til en WPPT-stat.

Når domstolen i avsnitt 88 helt generelt sier at *fordi* art. 8(2) er en harmonisert regel, er det opp til EU-lovgiveren, og ikke nasjonale lovgivere, å bestemme om rettighetene skal begrenses for ‘statsborgere’ fra tredjestater, oppstår det derfor en uklarhet. Betyr dette at vederlagsretten omfatter opptak med utøvere og produsenter generelt eller med utøvere og produsenter som har tilknytning til WPPT? I likhet med Bekkedal mener jeg det første, men her er det andre oppfatninger. Min oppfatning, som fremgår klart av utredningen (s. 6), viser likevel tydelig at jeg ikke mener rekkevidden av utleiedirektivet art. 8(2) begrenses av forpliktelsene etter de internasjonale konvensjonene, slik Bekkedal går mer enn langt i å påstå. At jeg er kritisk til domstolens argumentasjon, jf ovenfor i punkt (2), er en annen sak.

Når jeg har benyttet dikotomien ‘konvensjonssporet’ og ‘lovgivningssporet’, er det bare for å beskrive EU-domstolens argumentasjon. Frem til avsnitt 87 tolker EU-domstolen utleiedirektivet art. 8(2) i lys av WPPT, og argumentasjonen her bærer så langt som å stadfeste at utleiedirektivet art. 8(2) omfatter utøvere og produsenter med tilknytning til WPPT. Formuleringen i avsnitt 88 derimot tyder på at EUs eksklusive kompetanse til å begrense rekkevidden av art. 8(2) gjelder utøvere og produsenter generelt, og ikke bare så langt WPPT art. 4(1) gjelder. Det forklares i utredningen s. 5–6, der jeg – blant annet på bakgrunn av generaladvokatens uttalelser – redegjør for hvordan jeg oppfatter EU-domstolens resonnement her. I alle fall mener jeg domstolen *utvider* tolkningen av art. 8(2) i avsnitt 88 i forhold til hvor langt argumentasjonen på grunnlag av WPPT frem til avsnitt 87 bærer. Det markerer jeg gjennom uttrykket ‘lovgivningssporet’. Lesere får selv avgjøre om de synes analysen og begrepsbruken er treffende.

Det synes ikke Bekkedal. På s. 16 har han noen bemerkninger til ‘lovgivningssporet’ som beror på en misforståelse av det jeg skriver i utredningen (s. 6) fordi han tror mitt anliggende der er å argumentere for at «EU-domstolen langt på vei kopierer de materielle løsningene i internasjonal opphavsrett». Selv skriver han at «RAAP-dommen ikke [er] motivert av et formål om å flytte kompetanse fra medlemsstatsnivå til EU-nivå – men for øvrig å kopiere systemet i internasjonal opphavsrettsregulering». Som jeg har vært inne på synes jeg ikke det sistnevnte heller er treffende for hva EU-domstolen gjør. Det er like fullt lite hensiktsmessig her å gå inn i en diskusjon av hva *RAAP*-dommen er motivert av. Premissene står slik de står, men jeg fastholder min lesning av dommen, i lys av generaladvokatens uttalelse.

På s. 18 postulerer Bekkedal at EU-domstolen verken fulgte konvensjonssporet eller lovgivningssporet og nøyer seg med å kommentere det jeg omtaler som ‘konvensjonssporet’. Her kommer det både i avsnitt 10.1 og 10.2 en rekke uforståelige og misvisende utlegninger av synspunktene mine. Særlig de som er fremført i pkt. 10.2 har jeg imøtegått ovenfor, så jeg nøyer meg her med å kommentere det som står på s. 18 og 19.

Den første av Bekkedals bemerkninger her gjelder den aller første setningen i artikkelen min i *Common Market Law Review*, der jeg uttaler at *RAAP*-dommen «has the potential to alter international copyright law altogether».<sup>9</sup> Ifølge Bekkedal kan det «fremstå som noe av et paradoks at *RAAP*-dommen både følger «konvensjonssporet», men også fullstendig endrer internasjonal opphavsrettsregulering», og at det er «vanskelig ... å se at begge deler er mulig

---

<sup>9</sup> *Common Market Law Review* (2021) s. 1523.

på samme tid, med mindre man legger til grunn at dommen (1) helt ut er en tolking av internasjonal opphavsrettsregulering, men (2) tolker denne helt feil, dog med autoritativ virkning» (s. 18).

Som fremhevet foran sikter jeg til hvordan EU-domstolen støtter argumentasjonen sin på regelen om nasjonal behandling i WPPT art. 4(1). Her er det verken tale om noen «helt ut ... tolkning av internasjonal opphavsrettsregulering» eller noen egentlig feiltolkning. Det er i resultat helt plausibelt å tolke utleiedirektivet i samsvar med prinsippet om nasjonal behandling, selv om begrunnelsen som leder til konklusjonen på de to første spørsmålene halter. Det gir imidlertid en videre tolkning enn det som følger av *pliktene* etter Romakonvensjonen og WPPT. Det impliserer et paradigmeskifte i internasjonal opphavsrettsregulering at EUs medlemsstater er forpliktet til å gi nasjonal behandling i en slik situasjon, men det er ikke i seg selv noe paradoks. At EU-domstolen går skrittet videre og tolker utleiedirektivet tilsynelatende slik at vederlagsretten omfatter alle utøvere og produsenter uavhengig av konvensjonstilknytning (ved hjelp av lovgivningssporet), understreker dette ytterligere. Men det er fortsatt ikke noe paradoks at domstolen som del av begrunnelsen som leder til dette resultatet bygger på WPPT art. 4(1) («konvensjonssporet»). At Bekkedal har vanskelig for å se dette, skyldes sannsynligvis at han ikke går grundig inn i argumentene mine. Og jeg har altså ikke sagt at EU-domstolens *tolkning* er feil, men kritisert begrunnelsen for den.

Det leder til den andre påstanden hans, nemlig at det preger utredningen at jeg starter i motsatt ende av det som følger av en normal tolkning av EUs internrett og med det impliserer at jeg mener man skal starte i de internasjonale konvensjonene. Som belegg siterer han fra uttalelsen min om forholdet mellom reguleringen av nasjonal behandling og materiell gjensidighet i WPPT art. 4, jf ovenfor i pkt. (2) der jeg har forklart hva som ligger i min kritikk av EU-domstolens håndtering av dette. Igjen demonstrerer Bekkedals påstander hva man klarer å få til av slutninger dersom man leser andres fremstillinger på helt egne premisser. Min utredning er ikke lagt opp som en tolkning av utleiedirektivet art. 8(2). Det skyldes bl.a. at mandatet jeg fikk fra KUD er formulert annerledes enn mandatet Bekkedal har fått fra sin oppdragsgiver.

Utredningen min starter slik sett i en gjengivelse av premissene i *RAAP*-dommen der jeg redegjør for hva som etter min mening er hovedpoengene ved EU-domstolens tolkning av art. 8(2) før jeg klargjør hvordan jeg oppfatter dommens rekkevidde og kommer med kritiske bemerkninger til den. Jeg kan godt kritiseres for hvordan jeg valgte å legge opp utredningen på grunnlag av mandatet, ikke minst at jeg lot være å ta høyde for at den kunne utsettes for

den type påstander som Bekkedal kommer med. Men om innholdet i synspunktene skal kritiseres, med tilhørende påstander om manglende systemforståelse, må man sette seg inn i grunnlaget for dem. Det kan jeg ikke se at Bekkedal på noen måte har gjort. Jeg tar ingen steder til orde for noen annen tilnærming til tolkningen av EU-rettslige regler enn det Bekkedal har redegjort for, og jeg mener han slår inn åpne dører her. Men vi leser *RAAP*-dommen ulikt, og har av den grunn også ulike syn på EU-domstolens argumentasjon. Jeg fastholder at min lesning av dommen er riktig og at det er grunnlag for den kritikken jeg har fremført mot den. Hvordan domskonklusjonene skal forstås, er vi i hovedsak enige om, selv om jeg mener Bekkedals bruk av uttrykkene ‘offensiv og defensiv reservasjonsadgang’ er misvisende.

***(5) Bekkedals påstand om at RAAP-dommen «ikke regulerer tredjelandsforhold»***

I Bekkedals betenkning avsnitt 5 fremsettes en påstand om at utleiedirektivet art 8(2) ikke regulerer tredjelandsborgere eller tredjelandsforbindelser, noe jeg er sterkt uenig i. Essensen i argumentasjonen er at direktivet regulerer forhold på det indre markedet og ikke har noe med tredjelandsregulering å gjøre. Her kan det nok være tale om terminologi, men la oss ta utgangspunkt i det Bekkedal siterer fra EU-domstolens avgjørelse i *Silhouette*-saken (sak C-355/96) på s. 23 i betenkningen. Her fremholder domstolen at reglene om varemerkerettens konsumpsjon ikke er *ment* å skulle «regulere forholdet mellom medlemsstater og ikke-medlemsstater», men å fastlegge varemerkeinnhaverens rettigheter. Hovedpoenget i den uttalelsen er at *formålet* bak reglene er å harmonisere varemerkeretten i det indre markedet, og ikke regulere handelsforbindelsene mellom EU og tredjeland.

Det blir imidlertid feil når Bekkedal slutter fra dette at varemerkedirektivet «ikke regulerte» en tredjelandsforbindelse. Det gjorde det selvsagt i den forstand at varer fra tredjeland *ikke* kunne parallellimporteres fra tredjeland til EU. EU-domstolens poeng i sammenhengen var at varemerkedirektivets formål som indre marked-regulering, og ikke handelsregulering, fikk betydning for hvordan direktivet skulle tolkes. Jeg kommer tilbake til det i pkt. (6) nedenfor. Men for den relevante diskusjonen i denne sammenhengen kan vi ikke trekke slutninger fra reguleringens (primære) formål om å harmonisere forholdene på det indre markedet.

Hvis vi benytter uttrykket «regulering» i sin alminnelige forstand, som et spørsmål om reglenes virkeområde, er det opplagt at utleiedirektivet regulerer tredjelandsforbindelser, og at man ikke kan se bort fra dette ved en henvisning til at reguleringen «er rendyrket internrettslig» (Bekkedal s. 11). Man kan starte ved å se på oppsummeringen av sakens



spørsmål innledningsvis i RAAP-dommen, der det fremgår at den bl.a. gjelder vederlagsrettens «applicability to nationals of third States». I selve domspremissene er det også tallrike henvisninger til «third States». Men la oss se fortløpende på Bekkedals argumentasjon (s 11–14).

Som første punkt i sin argumentasjon viser Bekkedal til at hjemmelsgrunnlaget for utleiedirektivet er TEUV art. 114 om harmoniseringen av det indre marked. Det er jeg helt på det rene med, men det er ikke ensbetydende med at bestemmelsene er uten betydning for tredjelandsforbindelser eller tredjelandsborgere. Jeg kommer tilbake til det.

Det neste argumentet hans er underlig sett på bakgrunn av argumentasjonen for øvrig. Ifølge Bekkedal «er det ikke mulig å hevde at utleiedirektivet artikkel 8.2 regulerer tredjelandsforbindelser eller tredjelandsborgere når bestemmelsen er taus om tredjelandsforbindelser og tredjelandsborgere». På den ene siden hevder han altså at bestemmelsens ordlyd entydig omfatter alle utøvere og produsenter uavhengig av nasjonalitet, mens den på den annen side ikke regulerer forholdet til tredjelandsborgere fordi ordlyden ikke sier noe om det? Dette henger ikke sammen. Det forhold at ordlyden er taus indikerer nettopp som før fremholdt at den ikke løser spørsmålet om hvilke produsenter og utøvere som har krav på vederlag etter art. 8(2), og at løsningen må finnes i andre rettskilder.

Hvis man som Bekkedal mener det klart følger av ordlyden at alle utøvere og produsenter som har deltatt på opptaket har krav på vederlag, kan ikke ordlydens taushet benyttes som argument mot at direktivet regulerer tredjelandsborgere. Her må man se på *realiteten* i reguleringen og ikke bygge på fiksjoner. Som Bekkedal selv fremhever, gir utleiedirektivet art. 8(2) individuelle rettigheter. Når bestemmelsen etter EU-domstolens tolkning omfatter alle utøvere og produsenter som medvirker på opptaket, gir den også rettigheter til borgere og selskaper fra land utenfor EU/EØS. Det kommer man ikke bort fra ved å vise til at bestemmelsen ikke sier noe uttrykkelig om det.

Bekkedal fortsetter imidlertid resonneringen ved å vise til at ordlyden i art. 8(2) regulerer overføring/fremføring av lydopptak innenfor EU/EØS, og at det bestemmelsen gjør er å harmonisere reglene for offentlig avspilling av innspilt musikk innenfor EU og EØS-territoriet. Her avsløres svakheten i Bekkedals analyse. Vederlagsretten i art. 8(2) har, som andre immaterialrettigheter, to sider, minst. Den ene siden gjelder *handlingene* som omfattes av rettighetene. Som Bekkedal fremholder er det her tale om handlinger som etter norsk terminologi klassifiseres som overføring eller fremføring av lydopptak og som foregår inne på

EU/EØS-territoriet. På dette punktet har det aldri vært tvil om at art. 8(2) er en harmoniseringsbestemmelse, selv om graden av harmonisering fortsatt er noe uklar.<sup>10</sup>

Den andre siden gjelder imidlertid spørsmålet om *hvem* som har krav på rettigheter etter bestemmelsen, og der har det – nettopp på grunn av bestemmelsens taushet – inntil *RAAP*-dommen (eller i hvert fall før WPPT ble intern EU-rett) vært uavklart i hvilken utstrekning direktivet regulerer den siden. EU-domstolens avgjørelse i *RAAP* gir svaret, og dermed er det også klart at bestemmelsen harmoniserer den siden av vederlagsretten. Men med EU-domstolens tolkning betyr det også at art. 8(2) regulerer forholdet til tredjeland i den forstand at den *gir rettigheter til* utøvere og produsenter med tilknytning til land utenfor EØS.

Bekkedals videre henvisning til avsnitt 59 i *RAAP*-dommen som bekrefter at rekkevidden av art. 8(2) er avgrenset av folkerettens territorialprinsipp (nederst s. 11), viser ensidigheten i analysen. Det han skriver er selvsagt helt korrekt, men han overser, eller unnlater å nevne, at EU-domstolen går derfra og inn i sakens kjernespor, nemlig *hvilke utøvere* som har rettigheter etter bestemmelsen (for relevante handlinger på EUs territorium).

Drøftelsen fra avsnitt 61 og ut over viser med all tydelighet sakens tredjelandsdimensjoner. Fra å konstatere at direktivet ikke uttrykkelig begrenser vederlagsretten til situasjoner der utøveren eller fonogramprodusenten er statsborgere i et EØS-land, går domstolen inn i WPPT, som EU har tiltrådt på grunnlag av TEUV art. 216 om EUs kompetanse til å tiltre internasjonale konvensjoner og inngå avtaler med tredjeland. Som jeg har påvist ovenfor, er det tolkningen av utleiedirektivet i lys av reglene om nasjonal behandling av tredjelandsborgere i WPPT som leder til konklusjonen på de to første spørsmålene, og som gir utgangspunktet for diskusjonen av det tredje. Det fratar ikke utleiedirektivet sin status som regulering av forholdet på det indre markedet, og harmoniseringshensynet er helt sentralt ved EU-domstolens konklusjoner i det tredje spørsmålet. Men man kommer ikke bort fra at utleiedirektivet art. 8(2) ved EU-domstolens tolkning i *RAAP* harmoniserer reglene om offentlig avspilling av musikk innenfor EU og EØS ved å gi *vederlagsrett til tredjelandsborgere*. Som jeg kommer tilbake til i pkt. (6), var det ikke tale om noe tilsvarende i dommene om varemerkerettens konsumpsjon (*Maglite, Silhouette, L'Oreal*).

---

<sup>10</sup> Jf. på den ene siden utleiedirektivets fortale pkt. 16, som sier at direktivet ikke er til hinder for at medlemsstatene gir mer vidtgående beskyttelse for kringkasting og overføring til allmennheten, og på den annen side sak C-149/19 *Atresmedia*, som *kan* synes å bygge på en 'fullharmonisering' av aspekter ved vederlagsretten.

Dette faktum kommer man heller ikke bort fra ved å vise til at EU-rettsens verdigrunnlag innebærer at alle som deltar på et opptak skal ha vederlag for det (Bekkedal s. 12). Som nevnt i punkt (1) mener jeg det er feilslått å ta EU-domstolens henvisninger til utleiedirektivets fortale til inntekt for et slikt generelt verdigrunnlag, men Bekkedals oppfatning om dette endrer ikke det faktum at utleiedirektivet *gir* tredjelandsborgere rettigheter.

Det gjør heller ikke hans feilaktige, generelle påstand om at det «er sikker konstitusjonell EU-rett at Charteret [for grunnleggende rettigheter] ikke gir rettigheter til tredjelandsborgere» (s. 12). Belegget hans for påstanden er EU-domstolens uttalelser i betenkning 1/17 *CETA* om at det grunnleggende prinsippet om likebehandling på grunnlag av nasjonalitet nedfelt i TEUV art. 18 og Charteret art. 21 ikke omfatter tredjelandsborgere. *Det* er sikker rett, og tredjelandsborgere kan heller ikke påberope rettigheter knyttet til EU-statsborgerskapet. Men det følger ikke av dette at tredjelandsborgere er avskåret fra å påberope *andre* grunnleggende rettigheter nedfelt i Charteret. Det er tvert imot sikker EU-rett at de fleste grunnleggende rettighetene i Charteret *kan* påberopes av både EU-borgere og tredjestatsborgere.<sup>11</sup>

For å holde oss til art. 17(2) i denne sammenheng: Hvis en medlemsstat har regler om materiell gjensidighet for vederlagsretten nedfelt i utleiedirektivet art. 8(2), slik situasjonen f.eks. fortsatt er i Sverige i påvente av konsultasjonsprosessen om *RAAP*-dommen som nå pågår i EU:<sup>12</sup> Vil amerikanske utøvere og produsenter i en eventuell rettsprosess i Sverige være avskåret fra å påberope at regelen er i strid med Charteret art. 17(2), med henvisning til *RAAP*-dommen? Jeg er ikke sikker på at IFPI vil være enig i det. Og det er opplagt at de kan det så lenge utleiedirektivet art. 8(2) tolkes slik at de har vederlagsrett etter bestemmelsen.

Bekkedal har på s. 13–14 noen gode poenger knyttet til EU-reglens alminnelige anvendelse, bl.a. ved sitt eksempel om luftpassasjerforordningen. Jeg er selvsagt enig i at forordningen gir rettigheter til alle passasjerer, også i EØS. men jeg er uenig i at situasjonen er sammenliknbar med vederlagsretten etter utleiedirektivet. Og eksemplet rokker ikke ved det forhold at også luftpassasjerforordningen gir rettigheter til tredjelandsborgere og i den forstand regulerer tredjelandsforhold. Jeg kommer tilbake til dette i pkt (7).

<sup>11</sup> Se nærmere f.eks. [European e-Justice Portal - Part II - When can an individual seek protection under the Charter \(europa.eu\)](https://european-courts.eu/when-can-an-individual-see-protection-under-the-charter/). Som det fremgår her, vil det avgjørende være om ansvaret for menneskebruddet kan føres tilbake til medlemsstatens feilaktige gjennomføring av EU-retten.

<sup>12</sup> Jf Internasjonell opphovsrättsförordning 193:1994 art. 13(5). Om informasjon om EU-kommisjonens konsultasjonsprosess om *RAAP*-dommen, se [Targeted consultation on the conditions for the remuneration of music performers and record producers from third \(non-EU\) countries for recorded music played in the EU | Shaping Europe's digital future \(europa.eu\)](https://european-courts.eu/targeted-consultation-on-the-conditions-for-the-remuneration-of-music-performers-and-record-producers-from-third-non-eu-countries-for-recorded-music-played-in-the-eu-shaping-europes-digital-future/).

Oppsummeringsvis er det ingen tvil om at utleiedirektivet art. 8(2) gir rettigheter til, og på den måten «regulerer», tredjelandsborgere. Bekkedals uttalelse om at rettskildene er «helt klare» i motsatt retning (s. 11) er i det perspektivet uforståelig og uholdbar. At min utredning «preges ... av at den ikke foretar en rettskildemessig analyse av hva som er regulering av tredjelandsborgere og tredjelandsforbindelser» (Bekkedal s. 13), skyldes at jeg anser det jeg har redegjort for her som så opplagt at det er unødvendig å presisere.<sup>13</sup>

***(6) Bekkedals omtale av Maglite/L'Oreal/Silhouette, herunder påstanden om at problemstillingene i de sakene og i RAAP er «prinsipielt nokså lik som i vårt tilfelle»***

I utredningen min (s. 16–19) går jeg inn på EFTA-domstolens dommer i *Maglite*- og *L'Oreal*-sakene<sup>14</sup> i en drøftelse av rekkevidden av EØS-avtalens homogenitetsprinsipp/målsetting i situasjoner der EUs lovgivning berører tredjelandsforhold. Bekkedals utgangspunkt er som sagt at utleiedirektivet art. 8(2) ikke innebærer noen tredjelandsregulering. Det har jeg avvist ovenfor i punkt (5). Dermed har jeg også begrunnet hvorfor jeg i utredningen «postulere[r] at direktivbestemmelsen angår tredjestatsborgere og tredjelandsforbindelser» (Bekkedal s. 21). Bekkedals bemerkning øverst på s. 22 om at jeg går inn på én av kildene i den forbindelse, rettspraksis, er misvisende idet jeg ikke henviser til *Maglite/L'Oreal* for å påvise «tredjelandsaspektet» i utleiedirektivet art. 8(2). Poenget er som sagt å drøfte homogenitetsmålsettingens rekkevidde i saker som angår EU-lovgivning med tredjelandsregulering. I *det* spørsmålet er *EFTA-domstolens* praksis den helt sentrale rettskilden. Bekkedal går imidlertid ikke inn på det spørsmålet ettersom hans anliggende åpenbart er å vise at sakene bekrefter hans påstand om at utleiedirektivets art. 8(2) ikke regulerer tredjelandsforhold.

Symptomatisk i den forbindelse er uttalelsen hans på s. 22 om at «[p]roblemstillingen i EFTA-domstolens avgjørelser i *Maglite* og *L'Oreal* var prinsipielt nokså lik som i vårt tilfelle». Det er en misvisende beskrivelse av de materielle problemstillingene som var oppe i henholdsvis *Maglite/L'Oreal* og *RAAP*. Den vesentlige forskjellen er at *Maglite* og *L'Oreal* gjaldt

---

<sup>13</sup> Jeg spanderer et lite hjertesukk her knyttet til min henvisning til Astrid Rikheims masteravhandling og Bekkedals bemerkning (s. 13) om at det «[m]etodisk er ... en uvanlig teknikk å underbygge analysen med en henvisning til noen sider fra en studentavhandling, særlig når det finnes så mange klare og autoritative rettskilder». Min henvisning til Rikheim, i en bisetning, handlet ikke om å underbygge noen analyse, men rett og slett bare vise til en fremstilling på norsk som behandler regler om tredjelandsforhold som utvilsomt er en del av EØS-avtalen. Som sagt har jeg tatt for gitt at *RAAP*-dommen innebærer en tredjelandsregulering. Henvisningen til Rikheim var ikke ment som noen støtte for det (og tjener heller ikke til det). At Bekkedals henvisninger til de «mange og klare autoritative kilder» ikke støtter det motsatte, har jeg påvist ovenfor.

<sup>14</sup> Henholdsvis sak E-2/97 og forente saker E-9 og 10/07.

spørsmålet om immaterialrettighetenes (der varemerkeretten) *saklige* rekkevidde, med andre ord hvilke *handlinger* eneretten omfattet. Tredjelandsspektet i de sakene gjaldt som påpekt at varemerkedirektivet ga rettighetshaverne rett til å hindre (parallell-)import fra tredjestater – med andre ord transaksjoner fra tredjeland til EU/EØS. Tredjelandsspektet i *RAAP* gjelder spørsmålet om *hvem* som er *rettighetssubjekter* ved handlinger inne på EØS-området. Det problemet oppstår ikke på samme måte i varemerkeretten som i opphavsretten ettersom det i internasjonal varemerkerett ikke er tvilsomt at utenlandske foretak kan registrere varemerker på lik linje med nasjonale.

I opphavsretten derimot har spørsmålet om *rettighetenes* geografiske rekkevidde vært et av de store og vanskelige spørsmålene som EU-reglene gjennomgående har vært tause om, presumptivt på grunn av den internasjonale reguleringen av de spørsmålene. Det er verd å merke seg at EU-reglene uttrykkelig bare regulerer situasjoner der det enten ikke finnes internasjonale reguleringer eller der konvensjonene stiller konvensjonspartene fritt. I tillegg til at databasevernet *sui generis* som nevnt i pkt. 1 gjelder databaser med EØS-tilknytning, stadfester reglene om kunstneres rett til kompensasjon ved videresalg av kunstverk (såkalt ‘følgerett’) i direktiv 2001/84 at retten gjelder «bare dersom lovgivningen i den staten der opphavsmannen eller vedkommendes rettsetterfølger er borger, gir følgerettsvern for opphavsmenn fra medlemsstatene og deres rettsetterfølgere» (art. 7), mao. materiell gjensidighet. I tillegg gjelder den nye retten til pressepublikasjoner som er innført i digitalmarkedsdirektivet (dir. 2019/790) art. 15 bare publikasjoner etablert i en medlemsstat (EØS-stat). Dette understreker med tydelighet *RAAP*-dommens tredjelandssdimensjon når det der fastslås at vederlagsretten for utøvende kunstnere og produsenter gjelder alle utøvere og produsenter inntil lovgiveren har fastsatt noe annet. *Maglite-* og *L’Oreal*-sakene gjelder ikke slike problemstillinger. Men de sier noe om homogenitetsprinsippets rekkevidde ved direktiver som regulerer tredjelandssforhold.

Jeg har i andre sammenhenger inngående analysert *Maglite-*, *Silhouette-* og *L’Oreal*-trilogien, og viser også til noen av de fremstillingene i utredningen.<sup>15</sup> Bekkedal gjør ikke det, men la meg presisere at jeg i min doktoravhandling fra 1999 tok til orde for det han hevder er avgjørende for at EFTA-domstolen ni år senere, i *L’Oreal*, fravek det standpunkt den hadde tatt i *Maglite* om tolkningen av varemerkedirektivet (Bekkedal s. 25).<sup>16</sup> I *Maglite* trakk EFTA-domstolen frem at EØS-avtalen ikke innebærer en felles handelspolitikk overfor tredjeland

<sup>15</sup> Se bl.a. utredningen noter 38 og 39 på s. 17.

<sup>16</sup> Se min bok *Spredning av verkseksemplarer* (Cappelen Akademisk: Oslo, 1999) s. 615–616.

som et av flere forhold som gjorde at den EØS-rettslige konteksten ved tolkningen av varemerkedirektivet var annerledes enn i EU. Jeg påpekte i min avhandling at det ikke var treffende fordi hjemmelsgrunnlaget for varemerkedirektivet var reglene om det indre markedet og ikke den felles handelspolitikken, slik også Bekkedal fremholder (s. 25). Jeg viste også til at EU-domstolens understreking i *Silhouette* om at varemerkerettens konsumpsjon handler om varemerkerettens rekkevidde og ikke om forholdet mellom EU og tredjestater, var treffende også for EØS.<sup>17</sup>

Hovedpoenget her er at de forstyrrelsene innad i markedet som skyldes nasjonale ulikheter i reglene om konsumpsjon ved parallellimport fra tredjeland, ville være de samme i EØS som i EU. Og en plikt til såkalt EØS-regional konsumpsjon av varemerkeretten ville ikke «legge begrensninger på EFTA-statene i deres tredjelandsforbindelser», slik EFTA-domstolen fremholdt i *Maglite*.<sup>18</sup> *L'Oreal* følger denne linjen og tolker varemerkedirektivet homogent med *Silhouette*. Men det er ikke ensbetydende med at homogenitetsprinsippet også tilsier at utleiedirektivet art. 8(2) under EØS-avtalen skal tolkes i samsvar med *RAAP*.

Det Bekkedal ikke nevner ved sin omtale av domstrilogien *Maglite*, *Silhouette*, *L'Oreal*, er at EU-domstolen i *Silhouette* åpnet for at EU kunne inngå avtaler med tredjeland som avviker fra tolkningen av varemerkedirektivet art. 7 (utvider konsumpsjonen), på samme måte som man hadde utvidet konsumpsjonsprinsippet virkeområde ved inngåelsen av EØS-avtalen.<sup>19</sup> Det er et sentralt poeng i min utredning. Tredjelandsaspektene ved en slik avtale bør være opplagte. En adgang for EU til å inngå slike avtaler gir god mening fra et EU-perspektiv, og EU-markedet, men den er egnet til å skape forstyrrelser i EØS-markedet. Si f.eks. at EU inngikk en slik avtale med USA. I så fall kunne amerikanske varer importeres til EU uten varemerkeinnhaverens samtykke, men ikke videre til EFTA-statene fordi varene ikke ville være brakt i omsetning i EØS med rettighetshaverens samtykke. Er EFTA-statene i en situasjon der EU har frihet til å utnytte sin eksterne traktatkompetanse til å inngå avtaler med tredjeland, forhindret fra å gjøre det samme fordi de er bundet av EUs varemerkedirektiv?

I så fall oppstår en situasjon som passer godt med det EFTA-domstolen i *Maglite* omtaler som at direktivet «ville legge begrensninger på EFTA-statene i deres tredjelandsforbindelser». Etter min mening er det opplagt at EFTA-statene må ha en tilsvarende kompetanse til å inngå tredjelandsavtaler. For det første er det den eneste løsningen som *kan* sikre ensartede regler i

<sup>17</sup> Spredning av verkseksemplar (1999) s. 628–629.

<sup>18</sup> *Maglite* (sak E-2/97), avsnitt 27.

<sup>19</sup> *Silhouette* (sak C-355/96), avsnitt 30, jf. utredningen min ved note 40 på s. 17.

EØS i en slik situasjon, og for det andre må det følge av det gjensidighetsprinsipp som EFTA-domstolen har utviklet på grunnlag av pkt. 4 i EØS-avtalens fortale at EFTA-statene må ha samme mulighet som EU-siden til å regulere forholdet til tredjeland.<sup>20</sup> Det betyr samtidig at EFTA-statene ikke er *forpliktet* til å «utvide» konsumpsjonen på samme måte som EU – bare at de har *mulighet* til det. Her kommer også reglene i EØS-protokoll 28 art. 7 om at avtalepartene plikter å holde hverandre orientert om internasjonale avtaler de inngår på immaterialrettsområdet inn, som instrument for å koordinere tredjelandspolitikken i den utstrekning det er mulig.

Det er denne oppfatningen som ligger til grunn for min forståelse av avsnitt 32 i *L'Oreal* i utredningen (s. 17-18).<sup>21</sup> Her presiserte EFTA-domstolen at saken ikke gjaldt en situasjon der EFTA-staten hadde inngått en avtale om konsumpsjon med et tredjeland, men spørsmålet om statens fastleggelse av konsumpsjonsreglene ved *ensidige handlinger*. Bekkedal henger seg her opp i min bruk av ordet «faktisk situasjon» (s. 26), og misforstår igjen, men la meg formulere det rettslig: En naturlig motsetningsslutning fra det EFTA-domstolen sier i avsnitt 32 tilsier at varemerkedirektivet hindrer EFTA-statene i ensidig å fastsette regler om global konsumpsjon, men ikke i å inngå avtaler med tredjeland om å tillate parallellimport. Det betyr opplagt ikke at statene kan inngå slike avtaler som ledd i en plan å *omgå* reglene om EØS-regional konsumpsjon slik Bekkedal er inne på (s. 25). Jeg er enig i at *L'Oreal* ikke gir grunnlag for det, og det ville dessuten være i strid med lojalitetsplikten i EØS-avtalen art. 3. Men en motsetningsslutning fra det EFTA-domstolen sier i avsnitt 32 i *L'Oreal* åpner for en parallellitet i EUs og EFTA-statenes kompetanse som er i samsvar med EØS-avtalens formål, og som i dette tilfellet også vil være nødvendig dersom like regler skal oppnås i en situasjon der EU inngår avvikende ('utvidende') avtaler.

Uttalelsen i *L'Oreal* avsnitt 32 kommer som ledd i EFTA-domstolens vurdering av om det foreligger «tvingende grunner» til å fravike homogenitetsprinsippet, jf. avsnitt 31. Det er her det jeg i utredningen sier om «faktisk situasjon» kommer inn. Slik den faktiske situasjonen i *L'Oreal* lå an, forelå ikke slike tvingende grunner fordi saken gjaldt EFTA-statenes ensidige adgang til å fastsette konsumpsjonens rekkevidde, og ikke EFTA-statenes kompetanse til å inngå avvikende avtaler. Som jeg også har påvist, er den faktiske situasjonen, og dermed også de rettslige spørsmålene som oppstår, annerledes i *RAAP* enn i *L'Oreal*. Det har betydning for

---

<sup>20</sup> Se f.eks. sak E-12/13, *ESA v Iceland*, avsnitt 68.

<sup>21</sup> Det underliggende synspunktet fremkommer også i min doktoravhandling *Spredning av verkseksemplarer* (1999) s. 619.

vurderingen om det i 'RAAP-situasjonen' foreligger tvingende grunner for å fravike homogenitetsprinsippet. At EFTA-domstolen i *L'Oreal* avsnitt 34 sier at utleiedirektivet står i samme situasjon som varemerkedirektivet når det gjelder direktivenes territoriale anvendelsesområde (jf. Bekkedal s. 24), er ikke relevant for det spørsmålet. Utleiedirektivets territoriale virkeområde er ikke tvilsomt, men som påvist er det ikke her tredjelandsreguleringen i RAAP ligger.

### ***(7) Bekkedals skille mellom utøvelse og overføring av traktatkompetanse, og forholdet til lovgivningskompetansen***

Det fremgår av det jeg hittil har sagt at bakgrunnen for å vurdere om det i 'RAAP-situasjonen' foreligger «tvingende grunner» for å fravike EØS-avtalens homogenitetsprinsipp – som er hovedpoenget i avsnitt 3 i utredningen min – er som følger: EU har utnyttet sin eksterne traktatkompetanse etter TEUV art. 216 til å inngå en internasjonal avtale som EFTA-statene (ennå) ikke er tilsluttet. Avtalen trådte i kraft 14. mars 2010 og ble bindende EU-rett fra det tidspunktet. *Den avtalen* benytter EU-domstolen til å tolke regelen i utleiedirektivet art. 8(2), slik at den gir rettigheter til tredjelandsborgere. Bestemmelsen ble inntatt i EØS-avtalen med bindende virkning 9. juni 2007 men er en videreføring uten endringer av tilsvarende bestemmelse i direktiv 92/100, som ble bindende i 1995. Regelen om at vederlagsretten gjelder alle utøvere og produsenter uten hensyn til deres nasjonalitet følger etter EU-domstolens eget utsagn *ikke* av bestemmelsens ordlyd idet den ikke sier noe nærmere om hva som ligger i uttrykket «relevant performers and producers».

Bestemmelsens *formål* gir heller ikke entydig svar på det spørsmålet og kan *ikke* tas til inntekt for et generelt EØS-rettslig verdigrunnlag om at alle som utfører et arbeid skal ha betalt for det. Annen beslektet EU-regulering begrenser rettigheter enten til prestasjoner med EU/EØS-tilknytning eller er basert på prinsipper om materiell gjensidighet. Det er ingen tvil om at utleiedirektivet art. 8(2) harmoniserer hvilke *handlinger* som omfattes av vederlagsretten og at det også gjelder for EØS-avtalen. Men spørsmålet er om tredjelandsborgere har rettigheter etter EØS-regelen (i EFTA-statene) så lenge EU-domstolen bygger sin tolkning av art. 8(2) på en traktat som bl.a. ble intern EU-rett ved utøvelse av EUs eksterne traktatkompetanse *etter* at direktivet ble inntatt i EØS-avtalen.

Som det ses bygger mitt spørsmål på helt andre rettslige forutsetninger enn det Bekkedal legger til grunn i sin betenkning. Jeg mener selvsagt at forutsetningene ovenfor, og de som ligger til grunn for min utredning, er de korrekte, men lesere får selv ta stilling til det.



Bekkedals utfall mot synspunktene mine tar i alle fall utgangspunkt i hans  *eget*  syn på de rettslige forutsetningene som jeg både er uenig i og mener hviler på feilaktige premisser.

Hvis vi starter på s. 26, konstaterer Bekkedal at det er «klart at vi står overfor  *intern*  regulering av det indre marked og det europeiske økonomiske samarbeidsområdet», og at det er «åpenbart at en tolkning av utleiedirektivet artikkel 8(2) som legger  *RAAP* -dommen til grunn,  ikke  vil begrense EFTA-statene i deres tredjelandforbindelser». Jeg er som før nevnt ikke uenig i beskrivelsen av art. 8(2) som en intern regulering av det indre markedet. Men en homogen tolkning av spørsmålet om  *hvem*  som har  *rettigheter*  etter direktivet impliserer, som jeg skriver i utredningen, «at EFTA-statene er prisgitt hva EU til enhver tid bestemmer, herunder inngår avtaler, om tredjestatsborgeres rettssituasjon».

Bekkedal mener synspunktet reflekterer at jeg overser sontringen mellom  *overføring*  og  *utøvelse*  av traktatkompetanse. Det han siterer i avsnittet der synspunktet kommer frem, viser at jeg ikke mener det foreligger en formell overføring av kompetanse i en slik situasjon, men en  *begrensnig*  av kompetansen som utleiedirektivet art. 8(2) ikke kan gi grunnlag for. Jeg er selvsagt på det rene med at Norge ved å innlemme bestemmelsen i EØS-avtalen har  *utøvd*  sin traktatkompetanse. Men jeg mener det må gå en grense for homogenitetsprinsippets rekkevidde i situasjoner som dette. Hovedsynspunktet mitt om dette, som jeg nå har utdypet nærmere i en artikkel som er antatt for publisering i Lov og Rett, er som følger:

Fra  *Maglite-*  og  *L'Oreal-* avgjørelsene kan det utledes at homogenitetsprinsippet  *ikke i seg selv*  kan innebære tolkninger av EØS-regler som begrenser EFTA-statenes frihet til å inngå avtaler med tredjestater i situasjoner der EU har en slik frihet. Det betyr at en tolkning av en EØS-regel som innebærer et slikt resultat må ha annet grunnlag enn at EU har forpliktet seg overfor tredjestater på grunnlag av sin eksterne traktatkompetanse. Det er her ulikhetene mellom min og Bekkedals lesning av  *RAAP* -dommen kommer til syne. Jeg mener som sagt at det verken kan utledes av utleiedirektivets ordlyd eller av noe generelt EU-rettslig verdigrunnlag at utleiedirektivet gir rettigheter til tredjestatsborgere.

Hadde art. 8(2) uttrykkelig sagt at vederlagsretten gjelder alle utøvere og produsenter uavhengig av deres nasjonalitet, og fortalen hadde bekreftet at det følger av det verdigrunnlaget Bekkedal bygger sin tolkning på, ville situasjonen vært annerledes. Men situasjonen er tvert imot at EU-domstolen bygger sin tolkning på en traktat som er intern EU-rett fordi EU har  *utøvd*  sin traktatkompetanse til å tiltre en traktat som  *ikke*  er en del av EØS-avtalen. Traktaten ble også intern EU-rett  *etter*  at (det nåværende) utleiedirektivet ble

innlemmet i EØS-avtalen. Det forhold at utleiedirektivet art. 8(2) tilsynelatende går lenger i å gi *nasjonal behandling* til tredjestatsborgere enn det som følger av traktaten (WPPT), er uttrykk for at EU-domstolen tolker bestemmelsen slik at den gjennomfører traktaten ved å gi rettigheter til alle tredjestatsborgere. Det hindrer likevel ikke at EU-domstolen bygger sin tolkning på en traktat den selv har inngått og ikke på ordlyden eller noe generelt verdigrunnlag. Domskonklusjonens punkt 1 viser tydelig forbindelsen til WPPT.

Det er i den konteksten min uttalelse om at en homogen tolkning av tredjelandsaspektet ved *RAAP*-dommen vil innebære at EFTA-statene er prisgitt hva EU til enhver tid bestemmer, herunder hvilke avtaler de inngår, må ses. Ifølge Bekkedal er ikke det en innvending, men situasjonen (s. 27). Jeg er på generelt grunnlag enig så langt reglene inntatt i EØS gir holdepunkter for det. Jeg er også enig i alt Bekkedal skriver i siste hele avsnitt på s. 4 om statenes adgang til å inngå motstridende traktater om samme forhold på samme tid. Mitt standpunkt om *RAAP* handler ikke om det, men om at det må trekkes noen konsekvenser for EØS-avtalen av at EFTA-statene, i motsetning til EUs medlemsstater, ikke er omfattet eller bundet av EUs eksterne traktatkompetanse. Et standpunkt om at likelydende EØS-regler skal tolkes homogent også i situasjoner der tolkningen av EU-regelen er basert på EUs utnyttelse av sin eksterne traktatkompetanse, innebærer i praksis at det ikke trekkes slike konsekvenser. Jeg mener et slikt standpunkt er i strid med det som kan utledes av *Maglite* og *L'Oreal* på dette punktet, og at *RAAP*-situasjonen nettopp er et eksempel på en situasjon der det foreligger «tvingende grunner» for å avstå fra en homogen tolkning av likelydende regler.

Ifølge Bekkedal handler *RAAP*-dommen om at EUs lovgivning hindrer EØS-statene fra å «vedta defensive mottiltak», og at dette ikke har «med traktatkompetanse å gjøre, men skyldes rett og slett at lovgivning er bindende» (s. 31). Poenget mitt er at lovtolkningen i *RAAP* er resultat av EUs utøvelse av sin traktatkompetanse, og at dette må få betydning for hvordan utleiedirektivet art. 8(2) tolkes i en EØS-kontekst (les: for EFTA-landene).<sup>22</sup> Bekkedals uttalelse om at *RAAP*-dommen avsnitt 89, der EU-domstolen understreker at EU har eksklusiv kompetanse til å inngå gjensidighetsavtaler med tredjeland, «gjelder ... strengt tatt noe annet enn reservasjoner, nemlig EU-statenes adgang til å innlede forhandlinger med tredjestater om nye ordninger» (s. 31), ligger på siden av *det* poenget.

Dette understrekes ytterligere av *RAAP*-dommen avsnitt 90, der domstolen sier at slike avtaler vil endre rekkevidden av utleiedirektivet art. 8(2), som ledd i sin argumentasjon for hvorfor

---

<sup>22</sup> Jf. min artikkel i *Common Market Law Review* (2021) s. 1542.

EU har eksklusiv kompetanse til å inngå slike avtaler. Et retorisk spørsmål er om Bekkedal mener at også slike avtaler vil være bindende for EFTA-landene fordi de vil endre rekkevidden av art. 8(2) som harmonisert EØS-regel? Jeg mener det klart nok ikke vil være tilfellet ettersom EFTA-landene er ubundet av nye avtaler EU inngår med tredjeland (på samme måte som de er ubundet av EUs tiltredelse til WPPT), og at dette viser at ulikhetene i tredjelandsreguleringen innebærer at det *ikke oppnås full rettshomogenitet i disse situasjonene*. Forholdet understreker at EU-domstolens tolkning i *RAAP* i høyeste grad handler om traktatkompetanse, og slik sett både faktisk og potensielt fremtidig utøvelse.

Parallellen til Marrakech-forordningen (for. 2017/1563) i utredningen s. 20, som Bekkedal kritiserer på s. 14 i sin betenkning, understreker poenget her. Denne forordningen gjennomfører EUs forpliktelser etter Marrakech-traktaten som EU har tiltrådt ved utøvelse av sin (nå eksklusive) eksterne traktatkompetanse. Den regulerer bl.a. handelen mellom traktatpartene av lydbøker mv. Forordningen gir regler om handelen mellom EU og tredjeland og regulerer tredjelandshandelen på den måten, til tross for at TEUV art. 114 om det indre markedet er det primære kompetansegrunnlaget. Forordningen er, i motsetning til Marrakechdirektivet (dir. 2017/1564), som regulerer betingelsene for den saklige rekkevidden av unntaket fra eneretten, holdt utenfor EØS-avtalen på grunn av manglende EØS-relevans. Tilsvarende mener jeg det må skilles mellom den delen av utleiedirektivet art. 8(2) som regulerer bestemmelsens saklige rekkevidde og den som regulerer forholdet til tredjelandsborgere. Hvis EU gir ny lovgivning om tredjelandsborgeres rettigheter etter art. 8(2), som en oppfølging av *RAAP*, mener jeg denne lovgivningen ikke er EØS-relevant og må holdes utenfor EØS-avtalen.

På denne bakgrunn fastholder jeg standpunktet mitt om at en homogen tolkning av utleiedirektivet art. 8(2) med *RAAP* vil «begrense EFTA-statene i deres tredjelandsforsbindelser» i strid med forutsetningen i EØS-avtalens fortale pkt. 16. Grunnen er at den utøvelsen av traktatkompetansen som ligger i å innlemme direktivet i EØS-avtalen ikke gir tilstrekkelig grunnlag for en slik begrensning. Med andre ord kan ikke utleiedirektivet art. 8(2) anses som en «bestemmelse i denne avtale» som oppfyller forbeholdet i denne relasjonen. En annen forståelse vil innebære at EFTA-statene vil være bundet av en direktivtolkning som er uløselig knyttet til EUs utøvelse av sin traktatkompetanse med den følge at de selv mister viktige utenriks- og kulturpolitiske virkemidler i sine tredjelandshandlinger uten at det er nedfelt noe sted. At bestemmelsen begrenser EUs medlemsstaters kompetanse i så henseende er utslag av at de er underlagt EUs utøvelse av sin

eksklusive traktatkompetanse, som bl.a. innebærer at utleiedirektivet gir rettsposisjoner som beskyttes av EU Charteret. Men å pålegge EFTA-statene å godta det samme fordi utleiedirektivet er inntatt i EØS-avtalen, vil være å gå for langt i forhold til EØS-avtalens egenart. Dette må etter min mening kreve klarere holdepunkter i autoritative kilder som direktivtekst og entydig formål.<sup>23</sup>

Det skal presiseres at situasjoner som i *RAAP* ikke ofte vil oppstå fordi det helst vil foreligge slike holdepunkter for at rettsaktene begrenser EFTA-statenes kompetanse, eventuelt også EUs kompetanse. Som Bekkedal fremhever, vil innlemmelser av rettsakter i EØS-avtalen begrense lovgivningskompetansen, og som hovedregel vil det også være tilfellet for traktatkompetansen. Slik sett er det opplagt at regler som passasjeransvaret i luftansvarsforordningen omfatter statsborgere fra tredjestater, likeså mye som at varemerkedirektivet og -forordningen gir foretak fra tredjeland (inkl. Norge når det gjelder forordningen) rett til å registrere varemerker. Men direktivene på opphavsrettsområdet står i en annen stilling. I *RAAP* bygger EU-domstolen på prinsippet om nasjonal behandling i WPPT som del av intern EU-rett for å gi tilstrekkelig kontekst til en tolkning som gir tredjestatsborgere vederlagsrett. Og det er den konteksten jeg mener mangler for å pålegge EFTA-statene en tilsvarende plikt som EU-statene. Dette legger til rette for det jeg kaller en parallell, i stedet for en homogen, tolkning av utleiedirektivet art. 8(2) under EØS-avtalen.

***(8) Bekkedals kommentarer til parallelltolkningen av utleiedirektivet art. 8(2) som det tas til orde for i min utredning***

Dette leder til Bekkedals kritikk av synspunktet om parallelltolkning. Hvis vi tar utgangspunkt i hva en slik tolkning innebærer, er hovedsynspunktet mitt at utleiedirektivet art. 8(2) skal tolkes «i en EØS-kontekst», dvs. for EFTA-statene, så langt EFTA-statenes plikter etter EØS-avtalen rekker. Det betyr at det ikke oppstår spørsmål knyttet til ‘offensive reservasjoner’ i *egentlig* forstand. Selv om Norge og Island ennå ikke har tiltrådt WPPT, er de forpliktet av harmoniseringen av den saklige rekkevidden av utleiedirektivet art. 8(2). EØS-avtalen tillater med andre ord ikke at EFTA-statene, likeså lite som EU-statene, gjør inngrep i begrepet «overføring til allmennheten» eller på annen måte innskrenker vederlagsrettens saklige rekkevidde.

Den tolkningen jeg har tatt til orde for foran, og i utredningen, innebærer imidlertid at utleiedirektivet art. 8(2) må tolkes slik at den ikke begrenser EFTA-statenes

---

<sup>23</sup> Jf. min artikkel i *Common Market Law Review* (2021) s. 1543.

traktatkompetanse overfor tredjeland med hensyn til å bestemme hvilke utøvere og produsenter som har vederlagsrett. Det betyr samtidig at bestemmelsen må tolkes i samsvar med ikke-diskrimineringsprinsippet i EØS art. 4, og slik har direktivene på opphavsrettsområdet vært forstått siden EU-domstolen avgjørelse i Phil Collins-saken.<sup>24</sup> Synspunktet er at EFTA-statene ikke er bundet av EU-domstolens tolkning utleiedirektivet art. 8(2) på grunnlag av WPPT som intern EU-rett. Det betyr i så fall at EFTA-statene beholder sin frihet til å bestemme hvilke avtaler de skal inngå og konvensjoner som skal tiltres, og å bestemme hvilke løsninger som gjelder innenfor rammen av de avtaler som inngås. Samtidig gjelder plikten etter EØS-protokoll 28 artikkel 7 om at partene i EØS-avtalen skal underrette hverandre om internasjonale avtaler og avtaler med tredjeland som inngås. Dialog med EU-siden er viktig her, i motsetning til slik Bekkedal synes å forstå det jeg skrev i betenkningen (se nedenfor).

Dette innebærer at det Bekkedal skriver om 'offensive reservasjoner' på s. 28 ikke er relevant for min betraktning. Som sagt kan ikke EFTA-statene gjøre inngrep i utleiedirektivets saklige virkeområde. Men for betraktningen min om parallelltolkning, spiller det i prinsippet ingen rolle om EFTA-statene avgrenser tredjestatsborgeres rettigheter på eget initiativ eller som et 'motsvar' mot andre staters 'offensive reservasjoner'. Det avgjørende er hvilke forpliktelser statene har påtatt seg ved utøvelse av sin traktatkompetanse. Bekkedals generelle uttalelse om at «Norge ikke kan oppstille offensive reservasjoner i nasjonal lovgivning – verken «unilateralt eller som gjennomføring av en avtale med tredjeland →» fordi «Norge er rett og slett bundet av en avtale med EUs medlemsstater», er avsagt på en annen premiss enn min tolkning av EØS-avtalen innebærer. Den stemmer når det gjelder det saklige virkeområdet, men ikke for anvendelsen av vederlagsretten i tredjelandforhold. Noen stor praktisk betydning for Norge har likevel ikke dette på grunn av reglene om nasjonal behandling i de internasjonale opphavsrettskonvensjonene, særlig ikke om Norge tiltrer WPPT.

Parallelltolkningen vil også innebære at EFTA-statene kan praktisere prinsippet om materiell gjensidighet (det Bekkedal misvisende kaller 'defensive reservasjoner') i den utstrekning det er åpning for det etter de internasjonale avtalene de tiltrer. Bekkedal bemerker (s. 28) at «beskrivelsen «parallell tolkning» kan få problemstillingen til å fremstå som mer likefrem enn den realiteten er», og mener at omfanget av betraktningen «er i strid med EU-domstolens praksis, EFTA-domstolens praksis og Rognstads egen analyse». Hele poenget med

---

<sup>24</sup> Sak C-92/92.

parallellbetraktningen er at den ikke bygger på en homogen tolkning med EU-domstolens praksis, men som påvist vil også det forhold at EU kan inngå egne gjensidighetsavtaler kunne begrense muligheten for homogene tolkninger.

Som fremhevet ovenfor i pkt. (6), er betraktningen min både i samsvar med EFTA-domstolens praksis og min egen analyse. Bekkedals kommentar til min forståelse av *L'Oreal* er at forståelsen «hegner om Norges adgang til «å la være å inngå avtaler» og at det er i strid både med min egen analyse og EFTA-domstolens praksis (s. 29). Kommentaren bygger på hans feillesing av mine uttalelser om dette, som henger sammen med at de ikke ses i tilknytning til EU-domstolens dom i *Silhouette* avsnitt 30 som parallellbetraktningen bygger på. Som nevnt ovenfor, følger det av denne at *EU* har frihet til å inngå avtaler som avviker fra regelen om varemerkerettens konsumpsjon. Min forståelse av *L'Oreal* er som nevnt at EFTA-statene må ha den samme friheten. Dette vil sette EFTA-statene i stand til å «følge etter» EUs avtaler med tredjeland, men kan samtidig ikke innebære noen plikt til det. Med andre ord vil EFTA-statene både ha mulighet til å inngå tredjelandsavtaler, men også frihet til å la være, på tilsvarende måte som EU. Overført til *RAAP*-situasjonen dreier det seg ikke om noe «nei, vi har ikke inngått noen avtale vi, så derfor er vi ikke bundet av EØS-avtalen og utleiedirektivet, men står fritt til å *lovgi* som vi vil» (Bekkedal s. 29). Det er tale om en tolkning av EØS-regler som sikrer gjensidighet i forholdet mellom EU-siden og EFTA-statene som følge av at de sistnevnte ikke er bundet av eller omfattet av EUs traktatkompetanse.

Ifølge Bekkedal halter min parallellbetraktning allerede i utgangspunktet fordi Norge er en stat og parallellen dermed er EUs medlemsstater (s. 29). Dette synspunktet er en skivebom. Det er nettopp en manglende parallell til EUs medlemsstater fordi de – i motsetning til EFTA-statene – er bundet av de avtalene EU inngår med tredjeland. Som nevnt i pkt. (7) er min betraktning både basert på at EU-domstolens tolkning av utleiedirektivet bygger på en internasjonal avtale som EU har inngått, og som derfor er en del av EU-retten uten samtidig å inngå i EØS-avtalen, og at EU har (eksklusiv) kompetanse til å inngå nye gjensidighetsavtaler som EFTA-statene heller ikke vil være part i. Med andre ord innebærer forskjellene i virkeområdet mellom EØS-avtalen og EU at det foreligger tvingende grunner for innbyrdes avvikende tolkning av likelydende regler, jf. *Maglite* avsnitt 31.

Jeg mener det som her er sagt stort sett er tilstrekkelig til å imøtegå Bekkedals synspunkter uten å måtte gjenta meg selv, og nøyer meg med tre avsluttende bemerkninger.

Den ene er at Bekkedals betraktninger om forholdet til EU Charteret i denne forbindelse avspeiler våre ulike syn på hva som beskyttes under art. 17(2). Uttalelsen på s. 31 om at EUs eventuelle «mottiltak» mot reservasjoner fra tredjeland kan møte motstand i bestemmelsen, harmonerer ikke godt med betraktningen i *RAAP* avsnitt 88 om at det er opp til EU-lovgivningen å bestemme om vederlagsretten skal begrenses og å definere begrensningen klart og presist. Slik må det også være – hvis ikke kan lovgiveren vanskelig begrense opphavsrettigheter som allerede er gitt. Jeg lurer også på om Bekkedal har forstått helt det EU-domstolen sier i avsnitt 84, der den klart gir uttrykk for at «mottiltak» forfølger legitime formål. I alle fall er poenget her at med den tolkningen jeg har gitt uttrykk for, står vederlagsretten i en annen stilling under EØS-avtalen enn i EU-retten. Hvis man legger til grunn at EØS-avtalen ikke pålegger EFTA-statene plikt til å gi utøvere og produsenter med tilknytning utenfor EØS vederlagsrett, vil det i denne relasjonen ikke foreligge noen rettsposisjon som er beskyttet av Charteret. Bekkedals betraktninger på s. 32 om at Charteret er bindende for EU-institusjonene må ses i det lyset. Bekkedals syn på rettsbeskyttelsen etter Charteret er preget av at han tilsynelatende mener det er utøvernes og produsentenes *interesser* i å få økonomisk kompensasjon som er vernet. Som før sagt er dette ikke i samsvar med EU-domstolens praksis.

Det andre gjelder Bekkedals betraktninger om prosessuelle forhold. Hvis man legger til grunn at det foreligger tvingende grunner for å fravike homogenitetsmålsettingen og tolke utleiedirektivet art. 8(2) i tredjeforholdet ut fra en parallellbetraktning i stedet, slik jeg har tatt til orde for, er det ikke nødvendig med en tilpasning til EØS-avtalen. Det er slik sett ikke tale om å «fremforhandle et unntak i utleiedirektivet artikkel 8.2 innenfor EØS-avtalen» slik Bekkedal er inne på. Synspunktet er at utleiedirektivet art. 8(2) på nevnte punkt ikke har et identisk innhold under EØS-avtalen som etter EU-retten, jf ODA art. 3(2). Dette synspunktet kan støttes i *Maglite*-avgjørelsen, selv om den konkrete begrunnelsen for resultatet i den saken ikke var holdbart, og i forbeholdet om tvingende grunner i *L'Oreal*. Det er i alle fall ikke grunnlag for Bekkedals synspunkt om «en for alle, alle for en» utledet av EØS-avtalen art. 93(2) (note 66 på s. 31)) som handler om EØS-komiteens beslutninger. Men Bekkedals resonneringer her bygger på en annen premiss enn parallellbetraktningen, nemlig at løsningen i *RAAP* kan utledes av ordlyden og et entydig formål.

Når jeg i min utredning tar opp muligheten for å få en tilpasning i EØS-komiteen, er det en mulighet som kan sikre forutberegnelighet for partene. Det blir imidlertid helt feil å utlegge min tilleggsbemerkning om at tolkningen gjelder selv om man ikke får en tilpasning, slik at

jeg mener man skal «sette seg ut over loven» og unndra seg EØS-avtalen og dens institusjonelle mekanismer, og å trekke paralleller til NAV-saken (Bekkedal s. 33). Jeg mener tvert imot det er viktig å holde en dialog med EU om disse spørsmålene og for den saks skyld også ESA, og være villig til å samarbeide for å få prøvd saken for EFTA-domstolen ettersom det er et viktig prinsipielt spørsmål som behøver avklaring. Det lå imidlertid utenfor mitt mandat for departementet å gå nærmere inn på dette, og det er i alle fall vurderinger departementet må ta selv. Mandatet jeg fikk var å redegjøre for hva jeg mener er en riktig tolkning av EØS-avtalen. Samtidig har jeg gitt klart uttrykk for at det vil være delte oppfatninger om dette.

Til slutt skal jeg kort kommentere Bekkedals avsluttende betraktning om at «parallellbetraktningen kommer i seneste laget» (s. 33). Her viser han til *RAAP*-dommens avsnitt 63 som belegg for at rettsstillingen har vært den samme i EU og EØS siden utleiedirektivet trådte i kraft 9. juni 2007. Det er tre ting å si om dette. For det første sier ikke *RAAP*-dommen noe om rettsstillingen – den sier bare at forpliktelsen til å gi en vederlagsrett etter WPPT var gjennomført i EU på tidspunktet da WPPT trådte i kraft i EU. For det andre, hvis man som Bekkedal mener at rettsstillingen følger av bestemmelsens ordlyd og formål, er det ikke 2007 som er skjæringstidspunktet, men 1995 da det første utleiedirektivet som ordrett er videreført i 2006-direktivet, trådte i kraft i EØS. For det tredje mener jeg det følger av *RAAP*-dommens begrunnelse at rettsstillingen for utøvere og produsenter med tilknytning til tredjeland tidligst kan føres tilbake til ikrafttreddelsen av WPPT i EU, dvs 14. mars 2010.<sup>25</sup> Spørsmålet har i EU betydning for dommens tilbakevirkende kraft, ikke minst siden EU-domstolen er taus om spørsmålet. Med den tolkningen jeg anlegger av EØS-avtalen får ikke spørsmålet betydning for EFTA-landene, og parallellbetraktningen kommer ikke for sent.

### **(9) Konklusjoner**

Etter dette fastholder jeg alle konklusjonene i utredningen min av 10. desember 2021 om implikasjonene av *RAAP*-dommen. Bekkedals betenkning av 29. februar 2024 endrer ingenting. Mine betraktninger ovenfor, på bakgrunn av hans vurderinger, kan i hovedtrekk oppsummeres slik:

- Bekkedals rettskildeforståelse ved tolkningen av utleiedirektivet art. 8(2) er ikke forenelig med *RAAP*-dommen. Dommen kan verken tas til inntekt for at en vederlagsrett for alle utøvere og produsenter følger av ordlyden, at dette bekrefter

---

<sup>25</sup> Jf. artikkelen min i *Common Market Law Review* (2021) på s. 1545.



verdigrunnet som EU-retten bygger på i sin alminnelighet eller at *interessen* (eller «verdien») i å få betalt for arbeidet er en menneskerett som er vernet etter EUs Charter for grunnleggende rettigheter art. 17(2).

- Bekkedals påstander om min alternative systemforståelse og manglende kjennskap til sammenhenger mellom rettsregler og rettssystemer skyldes at han ikke har forstått min kritikk av *RAAP*-dommen, antakelig fordi han blendes av sin egen tolkning og forståelse. Jeg viser til pkt. (1) (fra s. 4 og utover) og (2) ovenfor for nærmere utdyping.
- Bekkedals skille mellom ‘offensive og defensive reservasjoner’ bygger på en misforståelse av systemet i WPPT og er misvisende, selv om det anlegges et EU-internrettslig perspektiv.
- Jeg fastholder at skillet mellom ‘konvensjonsspor’ og ‘lovgivningsspor’ gir en dekkende beskrivelse av EU-domstolens begrunnelse i *RAAP*-dommen, men det bygger på min forståelse av dommen og ikke Bekkedals, som etter min mening er feil.
- Jeg mener det er utvilsomt at utleiedirektivet art. 8(2), slik den tolkes av EU-domstolen i *RAAP*, regulerer tredjelandsforhold idet den gir tredjelandsborgere individuelle rettigheter (som til og med er beskyttet av EU-Charteret). Bekkedals påstand om at rettskildene entydig sier det motsatte bygger på feilslutninger og en fiksjon som ikke skiller mellom regulering av handlinger og regulering av tilordning av rettigheter.
- *Maglite*- og *L’Oreal*-avgjørelsene kan tas til inntekt for et synspunkt om parallellitet mellom EU og EFTA-statenes frihet til å inngå avtaler med tredjeland. Bekkedal overser *Silhouette*-dommen avsnitt 30 og de nødvendige konsekvensene av den, også for å oppnå homogene løsninger.
- De nærmere konsekvensene av dette blir som angitt i utredningen min av 10. desember 2021. Bekkedals innvendinger mot løsningen er etter min mening ikke overbevisende og bygger på feilaktige premisser. Jeg viser til pkt (7) og (8) for nærmere utdypinger.

Oslo, 11. april 2024

Ole-Andreas Rognstad