



Morten S Hagedal

Deponering av kildekode "escrow-klausuler"

© Morten S Hagedal, 1992

Det er ikke adgang til å kopiere eller distribuere dette verket i strid med reglene i åndsverkloven. Det er adgang til eksemplarframstilling til privat bruk. Bruk utover dette skal godkjennes av opphavsmannen.

Verket er gjort tilgjengelig på www.hagedal.no i 2002, og inneholder en annen sideombrekking enn CompLex 7/1992 Hvor det først ble trykket.

morten@hagedal.no

Når nokon satte sine eigneluter i vedd til ein annan, låg det i dette at han skulle få dei til eigedom om noko ikkje heldt seg oppatt eller gjekk i oppfylling slik som sagt var.

Opphavleg trong ikkje vedd plent ha noko med økonomisk ansvar eller pengemellomvære å gjera. I sogene er såleis fortalt at då Harald Sigurdsson sette att festemøya si Silkisiv Håkonsdotter i Novgrad, ga han henne ei bukkehud full av reint sylv i vedd, men den avtale at ho kunne eigna skatten til seg om han ikkje kom att før det var gått 15 vintror.

Rådsegn 8.

Forord

Denne boken er i utgangspunktet skrevet som en særavhandling ved det juridiske fakultet i Oslo. Dette har gitt rammene for fremstillingen.

Arbeidet har i perioder bragt meg langt ut på viddene, og jeg har måttet skjære ned med en hård hånd flere steder. Dette har ført til at blant annet lange betraktninger om programvarens egenart, har måttet vike plass for mer "matnyttig" jus. Jeg føler at boken i en viss grad lider under dette - at utgangspunktene for en del av resonementene kun kommer frem som henvisninger til andre. Det kan derfor være noe utilfredsstillende å lese fremstillingen. Jeg må be leseren være overbærende med dette, og heller ta seg bryderiet med å ta en titt på henvisningene som til dels på meget bred basis drøfter de spørsmål jeg har måttet hoppe over. Spesielt kommer vel dette frem i spørsmålet om informasjonen eller programeksempelret er det relevante aspekt, siden min tilstedeværelse i en av de to fløyer - vi tross alt har i nord - ikke er begrunnet annet enn ved henvisninger.

Emnet for boken er kontroversielt, og er tidligere ikke behandlet i teoretiske fremstillinger i Norge. Fraværet av rettskildefaktorer i vår jurisdiksjon har ført til at fremstillingen bærer preg av en blanding av dogmatisk jus og mer rettspolitiske betraktninger. Forfatterens syn preger derfor boken i meget stor grad. Det er ikke sikkert at leseren i et og alt er enig i disse betraktningene, men mange av de drøftelser som er med vil, uansett om man mener angrespinekjen er riktig eller gal, ha betydning. Dette har også under arbeidet vært et ønske og et mål for meg.

Under arbeidet har jeg møtt en gjennomgående positiv holdning hos alle jeg har bedt om hjelp, assistanse, eller diskutert emnet med. Alle fortjener en stor takk. I særdeleshet vil jeg rette en varm takk til Jon Bing - som på et sent tidspunkt under arbeidet ble veileder, og Mads Bryde Andersen - som har vært velvillig og kommet med verdifulle kommentarer. Den siste tiden før dead-line hadde jeg en "referansegruppe" bestående av Mari Bø Haugstad, Rolf Riisnæs, Britt Jøsok og Erik Bollestad - jeg retter en takk til dem alle.

Videre vil jeg nevne Norges Almenvitenskapelige Forskningsråd, som har støttet meg økonomisk under arbeidet.

Synspunktene i boken er mine, likeledes er ansvaret for eventuelle feil og mangler mitt.

Skillebekk, juni 1992

Morten S. Hagedal

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	9
1.1	HVA ER DEPONERING AV KILDEKODE	9
1.2	KILDEKODE OG OBJEKTkode	9
1.3	ET EKSEMPEL PÅ KILDEKODE OG OBJEKTkode	13
1.4	PARTENES INTERESSER - ET INNLEDENDE EKSEMPEL	15
1.5	FORHOLDET MELLOM PARTENE	18
1.6	FORHOLDET TIL PANTHAVERE - ANDRE AVTALEERVERER	18
1.7	MER OM BEHOVET - KONSTRUKSJONEN	19
1.8	NOEN VIDERE TREKK - AVGRENSNINGER OG PROBLEMSTILLINGER	
	VED DEPONERING AV KILDEKODE	21
1.9	FORSKJELLIGE AVTALEPARTNERE, KUN BRUKERTILFELLER	22
1.10	TREDJEMANNS STILLING I AVTALEFORHOLDET	23
1.11	HVA SKAL DEPONERES	24
1.12	KRITERIENE FOR FRIGIVELSE AV KILDEKODEN	25
1.13	REGULERING AV HVILKE RETTIGHETER BRUKEREN SKAL HA VED	
	FRIGIVELSEN AV KILDEKODEN	26
1.14	PRESISERINGER OG HOVEDSPØRSMÅL	28
2	METODESPØRSMÅL	28
2.1	RETTSKILDEBILDET	29
2.2	INNFALLSVINKEL	30
	2.2.1 <i>Spesielt om fremmed rett</i>	30
3	BESKRIVELSESPROBLEMET	33
3.1	HVA SLAGS RETT SØKES ETABLERT I KILDEKODEN	33
	3.1.1 <i>Misligholdsbeføyelse</i>	33
	3.1.2 <i>Sikkerhetsrett</i>	34
3.2	FUNKSJONALITETSSIKRING	35
	3.2.1 <i>Funksjonalitetssikring i edb-forhold</i>	36
3.3	DET DEPONERTE OG BESKRIVELSESPROBLEMET	37
	3.3.1 <i>Kildekoden isolert sett</i>	38
	3.3.2 <i>Informasjon og medium</i>	38
	3.3.3 <i>Informasjon og hemmeligholdelse</i>	41
4	FREMMEDE RETT	42
4.1	AMERIKANSK RETT	42

4.2	ENGELSK RETT	45
4.3	DANSK RETT	46
4.4	NEDERLANDSK RETT	48
5	GENERELT OM SITUASJONEN VED KONKURS HOS UTVIKLER	50
5.1	BOBESLAGET	51
5.2	BOETS VALGRETT VEDRØRENDE INNTREDEN I AVTALEN	52
6	SPØRSMÅLET OM RETTSVERN - FORSØK PÅ Å INNPASSE ARRANGEMENTET I EN TRADISJONELL SIKKERHETSRETT	53
6.1	PANTERETT	53
6.2	DEPONERING	57
6.3	ANDRE SIKKERHETSRETTER - LØSNINGSRETT	60
7	SPØRSMÅLET OM Å AKSEPTERE EN NY SIKKERHETSRETT	61
7.1	EN VURDERING AV KILDEKODEDEPONERING - INTERESSEAVVEINING	64
7.1.1	<i>Brukers interesser - utgangspunkter</i>	65
7.1.2	<i>Boets interesser - utgangspunkter</i>	67
7.1.3	<i>Om boet ikke ønsker å tre inn i avtalen</i>	68
7.1.4	<i>Vurdering i forhold til de alternativer som foreligger</i>	70
7.1.5	<i>Situasjonen om deponering er avtalt, men ikke må respekteres av konkursboet</i>	72
7.1.6	<i>Sammenfatning - foreløbig konklusjon</i>	73
7.2	VURDERING AV RETTSVERNSAKTEN	74
7.2.1	<i>Notoritet</i>	76
7.2.2	<i>Publisitetshensynet</i>	77
7.2.3	<i>Sammenfatning</i>	78
7.3	KONKLUSJON	79

1 Innledning

1.1 Hva er deponering av kildekode

I et avtaleforhold om programvare er man avhengig av at forholdet mellom avtalepartene varer ved, og at avtalen forløper som avtalt og som forventet *men ikke avtalt*. En av de viktigste grunnene til dette er at *kildekoden* utgjør et maktmiddel på utviklers hånd. Man er avhengig av tilgang til kildekoden for å endre programmet. Denne problemsituasjonen er rammen som ofte fører til at det er et behov for å søke mekanismer for en fredelig eksistens uten at man er helt og holdent avhengig av utviklers velvillighet over tid. En løsning er å foreta en deponering av kildekode,

I dette innledningsavsnittet skal jeg forsøke å illustrere de problemer og de interesser som fører til at man ønsker å foreta en deponering av kildekode i et avtaleforhold. Først vil kort *kildekode* og *objektkode* bli forklart - og illustrert. Deretter vil jeg forsøke å anskueliggjøre problemsituasjonen i form av et eksempel.

1.1.1 Kildekode og objektkode

Skillet mellom kildekode og objektkode er grunnleggende, og jeg går igjennom dette her for at poengene skal komme frem. Dette er også av stor betydning for at man skal forstå den rettslige vurderingen som følger.

Et datamaskinprogram skrives i et kunstig språk, et programmeringsspråk¹. Eksempler på slike språk er BASIC, FORTRAN,

¹Til dette avsnittet se Bing 1985 s 1 ff

COBOL, SIMULA, SMALLTALK og C. Normalt vil dette skrives inn fra maskinens tastatur av den som programmerer. Resultatet av denne programmeringsinnsatsen er programmets *kildekode*. Dette er imidlertid en versjon datamaskinen ikke umiddelbart kan benytte. Programmet må konverteres til binærkode² for at maskinen skal kunne utnytte programmet. Maskinen er avhengig av at instruksjonene kommer i binær form, denne kalles også maskinkode eller *objektkode*.

Oversettelsen kan skje på to måter, enten ved at programmet kompileres en gang for alle, eller ved at programmet interpreteres (oversettes) hver gang det eksekveres (kjøres). I det siste tilfellet er det bare den delen som trengs for den operasjonen som er aktuell som interpreteres. Dette kalles henholdsvis kompilatorspråk og interpreterspråk.

Det finnes også en mellomgruppe mellom disse to. SMALLTALK er programmeringsspråk som tilhører denne mellomgruppen, den kompilerer kildekoden til bite-koder, og hver gang programmene eksekveres interpreteres denne koden.

Den mest normale fremgangsmåte er at man kompilerer programmet - kildekoden omformes til *objektkode*³. Resultatet av konvertering blir da en serie instruksjoner i binærform. Hver linje i et programmeringsspråk kan bli et knippe instruksjoner i binær form. Det er utviklet egne "verktøy" til dette formålet, *kompilatorer*. En kompilator er utviklet til et programmeringsspråk, og det kan finnes flere kompilatorer til et og samme programmeringsspråk. Å foreta en omvendt kompilering, en *reverse engineering* er ikke tilsvarende uproblematisk. Det er mulig - men resultatet av operasjonen blir ikke

²En datamaskin utnytter i sine beregninger et binært tallsystem, totallsystemet, som har 2 som grunntall og sifrene 0 og 1. Binærkode er en notasjon hvor hvert tegn er representert av et binært tallord.

³Det er et skille mellom høynivå programmeringssprog og assemblersprog, se Stensaasen 1987 s 23, om skillet. I forhold til denne fremstilling har dette skillet ingen betydning, og jeg vil ikke følge det videre. I hovedsak konsentrerer jeg meg om høynivå, men det skulle i all hovedsak ha gyldighet også for assembler, for det tilfelle at det skulle bli aktuelt å deponere en assbemlerkode.

identisk med den opprinnelige kildekode⁴. Slik sett kan den være vanskelig å forstå.

Etter hvert har vi sett en viss standardisering av programmeringsspråkene, og noen av de finnes for flere maskinmiljøer. For eksempel C finnes for såvel DOS, OS/2, Macintosh og de fleste varianter av UNIX. I prinsippet kan man bruke samme kildekode i flere av disse miljøene. Det er noen "dialektforskjeller". En til dels kraftig reservasjon ligger i de standarder for brukergrensesnitt innen et miljø som brukes eller kreves. Som eksempel kan nevnes Apple som holder hardt på at *alle* programmer for Macintosh i prinsippet skal ha samme brukergrensesnitt, samtidig som de hevder opphavsrett på brukergrensesnittet. Tilsvarende er X-windows i ferd med å bli en standard innen UNIX-verdenen.

Den andre måten å utnytte programmet på er at de interpreteres hver gang programmet "kjøres". Man kjører da programmet under et "skall". Dette interpreterer kildekoden til objektkode hver gang programmet kjøres. Det er ikke nødvendig å interpretere hele programmet, kun den delen som trengs for å utføre den ønskede oppgaven.

De fleste maskintyper er kommandoorienterte for eksempel MS-DOS, Microsoft Disk Operating System, det tradisjonelle operativsystemet for IBM og IBM kompatible maskiner. MS-DOS har en kommandointerpreter (command.com), denne interpreterer en del av de mest alminnelige kommandoer. Dette for å illustrere at det ikke trenger å være store "kildetekster" for at man skal bruke en interpreterer.

Grunnene til at man bruker en interpreterer, og ikke en kompilator, kan være flere. For det første er det en del programmeringsspråk som kun kan interpretere, og man ønsker en del av de muligheter som ligger i dette programmeringsspråket. Det er også en del tilfeller hvor man har et program, hvor kildekoden endres mens programmet eksekveres, såkalte selvlærende programmer⁵. Videre finnes det

⁴Grunnen til dette er at det er flere muligheter når det gjelder utformingen av kildekoden.

⁵Dette er et område det forskes en del på i dag, se for eksempel Aamodt 1991. Skillet mellom data og program kan ofte være avhengig av et valg av den som programmerer, slik at det kan variere hva som er endring av kildekode og hva som er

interpreterspråk som er utviklet som rene læreprogrammer - for den som programmerer.

En del av den programvare som er Public Domain, shareware eller lignende, distribueres i kildekode. (Denne terminologien er hentet fra USA, og vi har ingen fullt ut identiske norske termer.) Dette er imidlertid ofte fordi brukeren av programmet selv kan foreta endringer i kildekoden. Det kan også være for systemer som er kompatible på kildekodenivå, men ikke objektkodenivå, for eksempel for UNIX er mange programmer tilgjengelige på denne måten. Som et eksempel kan nevnes GNU (Gnu is Not Unix fra Free Software Foundation). For de fleste av disse programmer forutsettes det at brukeren selv foretar en kompilering av programmet.

Om man anskaffer et standardprodukt, for eksempel WordPerfect, vil man få noen disketter som inneholder programmet i *objektversjon*. Dette vil ofte også være tilfelle når man kjøper et mer eller mindre spesialutviklet program. Etter en tid vil utvikler av programmet ha foretatt en videreutvikling av dette, og det kommer som en ny *versjon*, for WordPerfect er den siste DOS-versjonen av programmet 5.1. Tilsvarende er det med mer spesialutviklet programvare, disse vil også over tid videreutvikles. Dette skjer ved at utvikler foretar endringer i kildekoden, kompilerer denne, og sender objektkoden til brukeren av programmet.

Normalt har programvareleverandøren en oppgraderingspris, som gjør at man betaler mindre for en oppgradering av et program enn man gjør om man kjøper det samme programmet. I flere tilfeller vil man også få tilbud om dette i posten - forutsatt at man har fylt ut registreringskortet som følger med de fleste standardprogrammer.

Det å foreta endringer i programmets objektkode er komplisert, og for de fleste praktiske formåls skyld ikke aktuelt.

1.1.2 Et eksempel på kildekode og objektkode

```
/* Dette programmet tar en string med bokstaver og gir*/  
/* tallverdien for hver bokstav i rekken*/  
main()  
{  
char *p1, tegn[40];  
  
do {  
    p1 = tegn;  
    gets(tegn); /* leser inn en string*/  
    while(*p1) printf(" %d", *p1++); /*skriv ut desimalverdien*/  
}  
while(!strcmp(tegn, "done")); /*fortsett inntil ingen flere tegn*/  
}
```

*Tekst 2:*Et eksempel på en kildekode - en bit av et program

Dette er en liten kildekode skrevet i C. Dette programmet tar en string med bokstaver og gir de tallverdier for hver bokstav. Dette er skrevet etter de regler som gjelder for dette programmeringsspråket, og kan med litt trening forstås og endres. I tillegg har programmereren lagt inn kommentarer om hva de enkelte deler av programmet gjør, hvilket gjør det enklere å trenge inn i en kildekode man tidligere ikke har hatt befatning med.

```
28 00 60 00 00 60 00 00 00
38 00 07 00 0B 01 00 02 00 40 00 00 00 20 00 00
00 00 00 00 40 01 40 00 00 00 40 00 00 00 00 10
00 20 00 10 FE FF FF F3 00 00 00 00 33 30 00 00
00 00 00 00 00 00 00 00 D0 90 00 10 2E 74 65 78
74 00 00 00 40 01 40 00 40 01 40 00 90 32 00 00
40 01 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00
20 00 00 00 2E 72 64 61 74 61 00 00 00 00 00 10
00 00 00 10 30 04 00 00 00 40 00 00 00 00 00 00
00 00 00 00 00 00 00 00 01 00 00 2E 64 61 74
61 00 00 00 30 04 00 10 30 04 00 10 B0 0C 00 00
30 44 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00
40 00 00 00 2E 73 64 61 74 61 00 00 E0 10 00 10
E0 10 00 10 40 01 00 00 E0 50 00 00 00 00 00 00
00 60 00 00 00 00 00 00 02 00 00 2E 73 62 73
73 00 00 00 20 12 00 10 20 12 00 10 30 00 00 00
00 00 00 00 00 00 00 00 60 00 00 00 00 00 00 00
00 04 00 00 2E 62 73 73 00 00 00 00 50 12 00 10
50 12 00 10 60 02 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00
00 00 00 00 00 00 00 80 00 00 00 00 00 00 00 00
00 00 A4 8F 01 10 1C 3C D0 90 9C 27 04 00 A5 27
68 81 85 AF 04 00 A6 24 80 10 04 00 6C 81 80 AF
21 30 C2 00 E8 FF BD 27 60 81 86 AF 14 00 A0 AF
6C 00 10 0C 64 81 84 AF C8 00 10 0C 21 20 40 00
0D 0A
00 00 00 08 00 E0 03 00 00 00 00 08 00 BD 27 08
00 E0 03 21 F8 20 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00
00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 B8
FF BD 27 14 00 BF AF 1C 00 AE 27 44 00 AE AF F8
00 10 0C 21 20 C0 01 44 00 AF 8F 00 00 00 00 00
```

Tekst 3: Deler av objekt-koden for det samme programmet.

Når programmet så kompileres vil resultatet være i binærkoder - objektversjonen av programmet. Dette programmet er compilert med CC, C-Compiler for ULTRIX. Og en del av objekt-koden er representert i figuren.

Det er visse problemer med å få dette representert i binær form i et dokument - og er derfor representert hexadecimalt. Hexadecimal har decimalene 0-9 samt a,b,c,d,e,f - dvs 16 tegn. Får å få disse representert binært må dette oversettes. Dette er forøvrigt en enkel men tidkrevende prosess.

1.1.3 Partenes interesser - et innledende eksempel

Vi kan tenke oss følgende scenario:

Advokatfirmaet Holm, Vold & Co, som er et advokatkontor med 60 ansatte hvorav 30 advokater er på utkikk etter en programpakke som dekker deres behov for timeregnskap, klientregnskap, fakturering, firmaets eget regnskap mv. I samme runde vil firmaet anskaffe et nettverk, og arbeidsstasjoner til alle ansatte - en forholdsvis stor investering. I tillegg til dette kommer selvfølgelig tekstbehandlingsprogrammer etc.

De får et tilbud fra Aas Software A/S. Det er en nyutviklet programpakke som Holm, Vold & Co får tilbud om en gunstig avtale om disposisjonsrett over, i tillegg forplikter Aas seg til å foreta en løpende oppdatering av programmet, og tilpasning til Holm, Vold & Co's behov. En av grunnene til at prisen på programpakken er såpass lav er at Aas ønsker å komme inn på markedet, og gjerne vil ha Holm, Vold & Co som en referansekunde.

Advokatfirmaet finner tilbudet interessant, men føler for å kontrollere nærmere omkring firmaet. Det viser seg raskt at det er et relativt nystartet firma, hvor Peder Aas er hovedmannen. Han står selv for systemering, og brorparten av programmet har han skrevet. Firmaets økonomi er ikke den beste, hvilket ikke er uvanlig for mindre nyetablerte firmaer.

Holm, Vold & Co mener at programmet er i samsvar med deres behov - at det er et godt program. De vurderer hvilke muligheter man har for å sikre seg at avtalen gjennomføres over tid. Advokatfullmektig Kirkerud, som er den i firmaet som stort sett sysler med edb-

kontrakter foreslår at man på en eller annen måte skal sørge for tilgang til kildekoden. Tenk bare på hva som vil skje om Aas ikke lenger er i stand til å foreta videreutvikling av programmet, eller for dens sak skyld går konkurs, hva da? De foreslår for Aas at kildekoden skal overleveres samtidig med installering av programmet.

Dette tilbakevises på det sterkeste av Aas. Kildekoden inneholder hva han oppfatter som bedriftshemmeligheter. Han vil gjøre hva han kan for at hans know-how blir trygt i hans forvaring, det verst tenkelige for ham er at noen av hans konkurrenter får tilgang til kildekoden. Hans konkurransefordel i markedet vil da forsvinne. I tillegg har Aas i bakhodet at om han leverer fra seg kildekoden vil advokatfirmaet kunne få noen andre til å foreta videreutvikling av programvaren, og han vil gjøre hva han kan for å holde kundene knyttet til ham.

Holm, Vold & Co faller tilbake på en løsning som er akseptabel. Et et eksemplar av kildekoden deponeres hos en tredjemann - Advokatrådet. Advokatrådet har allerede utviklet en standardavtale for deponering av kildekode, og alle leverandører har tiltrådt denne⁶. Dette innser Aas at han ikke kan unnså seg. Et eksemplar av kildekoden, dokumentasjon av denne, etc deponeres hos Advokatrådet.

Man oppdager en del feil i programpakken, og dette rettes av Aas, deretter fungerer programmene som de skal. Man ønsker å legge inn en del nye rutiner, spesielt klager sekretærene over at rapporteringsmulighetene i programmene er for dårlige. Det er vanskelig å få ut gode oversikter over aktive saker. Dette arbeider Aas med, og nye filer med programmene leveres. Programmet fungerer godt, og de ansatte i firmaet er fornøyd med programmet. Aas har da også klart å få avtaler om disposisjonsrett over programpakken med flere andre advokatkontorer.

Ut ifra vår tilnærming til de Europeiske Fellesskaper vedtar Stortinget, under behandlingen av statsbudsjettet, en endring av merverdiavgiftsreglene, slik at tjenester skal være belagt med

⁶Dette er situasjonen i Danmark, hvor i praksis alle som tilbyr systemer for advokatkontorer deponerer.

merverdiavgift. Endringene skal tre i kraft 1. januar. Den programpakken som advokatfirmaet har i dag inneholder ingen rutiner for merverdiavgift, og derfor tar man kontakt med Aas for at disse rutinene skal lages. Aas lover å gjøre det i god tid innen fristen. Imidlertid får han slag, og blir liggende på sykehus. Det er ikke mulig for ham å få rutinene klare innen tidsfristen. I tillegg kommer at Aas hadde begitt seg inn på andre markedssegmenter uten at suksessen ble den helt store. Det kommer erstatningskrav fra disse kundene, og det åpnes konkurs i Aas Software A/S 1. november. Advokatfirmaet krever kildekoden utlevert fra depoet og finner et annet softwarefirma - som kan foreta de nødvendige endringer.

Om det ikke hadde vært foretatt en deponering av kildekoden ville advokatfirmaets eneste håp ha vært at boets aktiva ble solgt som et "going concern". Det er jo ikke alltid at dette skjer, så det blir mer et håp enn en antagelse. Alternativet hadde vært å få en avtale med boet som sikret tilgang til kildekoden, men det å satse på en slik avtale er risikabelt, og prisen er også et uklart moment.

Hadde de i denne situasjonen ikke fått tilgang til kildekoden, ville de ikke hatt mulighet til å kunne få lagt inn de nødvendige rutiner i programmet. Formodentlig måtte de ha anskaffet et nytt program, med de direkte utgifter, innkjøringskostnader og opplæringskostnader, samt overgangsproblemer med delvis manuelle rutiner, dette ville medføre. Dette kunne lett beløpe seg til noen hundretusener. Det er ikke bare at man trenger et nytt program som klarer å håndtere merverdiavgift, det er også et problem i forhold til grensesnittet⁷ mot de øvrige programmer.

⁷Grensesnittet mellom programmene er de konvensjoner for utveksling av data og instruksjoner som gjelder mellom to eller flere programmer. Det er således ikke brukergrensesnittet som er problemet her. De endringer i åndsverksloven som kommer mot slutten av 1992, som en del av tilpasningen til EØS vil i en viss grad avhjelpe dette problemet.

1.1.4 Forholdet mellom partene

Mellom partene er dette et avtalerettslig forhold, og det skulle således ikke være noe som nektet partene å inngå en slik avtale. Dette betyr at om kriteriene for frigivelse av kildekoden inntreffer kan ikke den ene avtaleparten motsette seg frigivelse.

Avtale § 36 vil være en skranke for det tilfelle at avtalen er urimelig. Tatt i betraktning at denne type avtaler har blitt alminnelige kan det normalt ikke sies å være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende. Det kan tenkes tilfelle hvor avtalen vil være urimelig, om klausulen er utformet slik at et lite mislighold fører til at avtalen faller bort kan det tenkes at domstolene vil underkjenne avtalen. I så fall vil formodentlig en endring av avtalen være et bedre alternativ.

Videre vil det om det søkes etablert som en panterett gi problemer, en slik avtale vil være ugyldig, jfr pantel § 1-2 (2). Om forsøk på å etablere dette som en panterett se nedenfor avsnitt 5.1.

1.1.5 Forholdet til panthavere - andre avtaleerververer

Det kan tenkes at det kan bli en konflikt med panthavere. Kildekoden antas å falle inn under pantel § 3-4⁸, og det kan tenkes en konflikt i forhold til det eller de deponerte kildekodeeksemplarer. Dette blir en vurdering ut ifra pantel § 3-7, hvoretter pantsetter kan avhende driftstilbehør, så lenge det er "i samsvar med forsvarlig drift og ikke vesentlig forringer panthavers sikkerhet."

Det kan også tenkes en konflikt i forhold til andre avtaleerververere. I relasjon til dette gir Bender og Karstoft⁹ uttrykk for at "[d]eponeringsaftaler er endnu ikke så almindelige, at

⁸Sml R. Thrap-Meyer 1989 s 14 ff

⁹Bender og Karstoft 1991 s 85

aftaleerhververen har en egentlig undersøgelsesplikt for at være i berettiget god tro med hensyn til tidligere indgående deponeringsavtaler". Dette er et standpunkt som kan diskuteres, og det baserer seg på en oppfatning av markedet. Mitt inntrykk er at i de avtaleforhold hvor en kildekodeponering er aktuelt er dette den praktiske hovedregelen - innen deler av markedet.

Disse spørsmål er det imidlertid ikke rom for å gå nærmere inn på innenfor denne avhandlingen.

1.1.6 Mer om behovet - konstruksjonen

Det innledende eksempelet var for å illustrere hvilke interesser de forskjellige parter i et avtaleforhold har. De er motstridende, idet bruker av programmet er interessert i en så fri tilgang til kildekoden som mulig, mens utvikler vil holde den hemmelig.

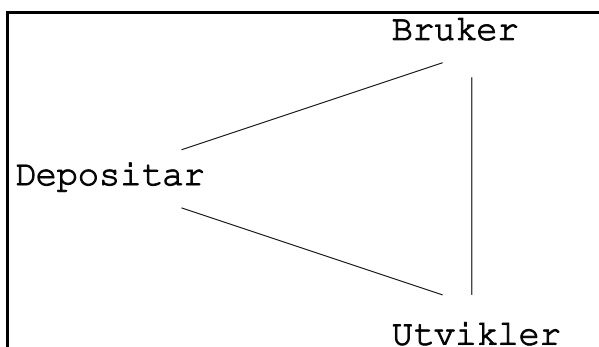
Imidlertid er det ikke alltid disse hensynene er så sterke som det tilsynelatende virker som. Ofte vil ikke tilgang til kildekoden være tilstrekkelig for å foreta en hensiktsmessig videreutvikling av denne. Dette vil være avhengig av hvor oversiktlig kildekoden er og hvor godt den er dokumentert. For bruker, og hans ansatte, er ikke kildekodens utforming det interessante, men den funksjonalitet programmet har. Sett fra en brukers synsvinkel kan derfor kildekodens utforming være uinteressant - mens programmets funksjonalitet og brukergrensesnitt er det interessante. I en del tilfeller kan det være vel så hensiktsmessig å lage programmet på nytt som det vil være å "flikke" på den eksisterende kildekoden. Visstnok har Rikstrygdeverket såpass store problemer med å foreta endringer i sykepengerutinene i Nortrygd - som er programmert i Pascal - at de vil skrive programmet på nytt - i Fortran - for at det skal bli enklere å foreta endringer i fremtiden. De har imidlertid ikke budsjettmessig dekning for dette, og bruker uforholdsmessig store ressurser på å vedlikeholde den eksisterende kildekode.

Disse hensynene har ført til en fremvekst av avtaler om deponering av kildekode¹⁰.

¹⁰ Antallet avtaler om deponering av kildekode i Norge i dag er vanskelig å anslå, men

Det kan diskuteres om "deponering" er et dekkende uttrykk for denne konstruksjonen¹¹, men i og med at det er det mest brukte uttrykk for konstruksjonen, i avtalepraksis, velger jeg å benytte det.

Strukturen i en typisk deponeringsavtale er at i forholdet mellom en utvikler og en bruker av programvaren kommer det inn en tredjemann, hvis funksjon er å ha et eksemplar av



Figur 1 Partsforholdet i en avtale om deponering av kildekode.

kildekoden i sin "forvaring" eller besiddelse. Normalt vil dette være en part som er uavhengig av partene, han går inn som en *uavhengig tredjemand* i avtaleforholdet. Typisk vil det i avtalen være bestemmelser om at et eksemplar av kildekoden skal overleveres senest samtidig med at programmet er installert eller lignende¹² hos bruker av programmet. Det er videre en forutsetning at det tas med bestemmelser om frigivelsen av kildekoden. Dette er minstekriterier ved avtaler om deponering av kildekode - slik jeg oppfatter situasjonen.

mitt *generelle* inntrykk er at det i løpet av det siste året har vært en sterk økning i antall avtaler. Som en illustrasjon kan nevnes at et av de store amerikanske selskaper - Fort Knox Secure Data - årlig tiltrer anslagsvis 800 avtaler, som escrowee (depositar), dette er opplyst av selskapet.

¹¹Sml i relasjon til dansk rett, og den danske lov om deponering Bender og Karstoft 1991 s 83

¹²Levering kan også være et relevant tidspunkt. Men om levering etter avtalen skjer etter installasjonen, sml SSA 1.3 c, er dette et vel sent tidspunkt. Ved langsiktige utviklingsavtaler er det likeledes en fordel at det foretas løpende deponeringer under utviklingsperioden.

Den formelle avtalen kan tenkes inngått på flere måter; ved at alle tre parter skriver under på det samme dokumentet, eller ved at det er en avtale mellom utvikler og bruker som sier at det skal foretas en deponering - og en egen avtale mellom utvikler og depositar. Hvorvidt det siste er en tredjemannsavtale eller ikke har ingen betydning i forhold til avhandlingen - i og med at det er *klart* at uansett hvilken formell konstruksjon som er benyttet og uansett om depositaren har avgitt et løfte til bruker eller ikke - vil brukeren ha et krav mot depositaren.

1.2 Noen videre trekk - avgrensninger og problemstillinger ved deponering av kildekode

Ovenfor er det kort gjort rede for de hensyn som gjør seg gjeldende ved avtaler om deponering av kildekode. I tillegg er *grunntrekkene* kort skissert. I dette avsnittet vil disse grunntrekkene bli utdypet noe, det vil bli noe diskusjon omkring forskjellige partsforhold i avtalen, i tillegg skal det kort diskuteres noen andre aspekter som ofte vil være med i avtaler om deponering av kildekode.

På bakgrunn av dette vil jeg også foreta en avgrensning av avhandlingen, samt å presisere de problemstillinger som vil bli behandlet. Måten jeg gjør dette på er at jeg tar for meg forskjellige aspekter og behandler disse på generelt grunnlag før jeg foretar en avgrensning. Dette medfører at jeg på en del punkter snakker om aspekter som har mest interesse for problemsituasjoner jeg allerede har avgrenset mot.

Dette er på ingen måte ment som en uttømmende regulering av de muligheter man har når det gjelder å legge inn videre klausuler i en avtale om deponering av kildekode, om dette se blant annet Bigelow 1989ff og Sherman og Berck 1988.

1.2.1 Forskjellige avtalepartnere, kun brukertilfeller

Ovenfor er diskutert ut ifra den forutsetning at det er et avtaleforhold mellom en utvikler av datamaskinprogrammet og brukeren av det samme. Dette er den mest alminnelige partskonstellasjonen. Imidlertid kan det også i andre tilfeller være interessant å foreta en deponering av kildekode.

Det kan tenkes at et norsk firma har utviklet et program de ønsker markedsført i et eller flere andre land. Dette vil man ofte ikke ha kapasitet til å gjøre selv, og rettighetshaveren¹³ kan inngå en avtale med et utenlandsk selskap om markedsføring og salg. Om den som har utviklet programmet ikke lenger er i stand til videreutvikling vil den som markedsfører programmet ha en genuin interesse i å få andre til å videreutvikle programmet. I et slikt forhold er det andre interesser hos grossisten enn det er hos en bruker. Om interessekonfliktene i et slikt avtaleforhold, se Bing 1987.

På side 40 anbefaler Bing at hvis "the publisher has secured a right to maintain the program using a third party, the publisher also should make sure that the program is available in a form permitted maintenance", og han avslutter; "It is recommended that if the source code is not made available directly to the publisher, an escrow clause or similar arrangement be set up in the contract to secure the justified interest of the publisher". Bing drøfter imidlertid ikke deponeringsklausuler utover dette.

Mellom de forskjellige avtalepartnere vil det foreligge forskjellige interesser, og dette vil gjenspeile seg i den videre regulering. Derfor avgrensers jeg avhandlingen slik at jeg *kun behandler avtaler mellom en utvikler og en bruker* av programvaren, dette betyr at "grossisttilfellene" faller utenfor fremstillingen.

¹³Dette kan være den originære opphavsmann, eller noen opphavsretten har gått over til, for eksempel i kraft av en arbeidsavtale.

Det finnes tilfeller hvor brukerne går sammen i grupper, og det deponeres til fordel for gruppen under ett. Det danske Advokatrådets avtale er et eksempel på dette. Hvorvidt det deponeres til fordel for en eller flere brukere skulle ikke ha noen betydning, så på dette punktet er det ikke nødvendig å avgrense.

1.2.2 Tredjemanns stilling i avtaleforholdet

Tredjemanns stilling i avtaleforholdet kan variere. Han kan opptre på vegne av en av partene i forholdet, eller han kan være en frittstående, uavhengig kontraktspart - en depositar. Normalt vil han være en uavhengig part. Den viktigste årsaken til dette er at den deponerte kildekode eller i en eller annen utstrekning vil kunne være innenfor den ene parts interessesfære. Om han er representant for utvikler av programmet vil dette kunne gi problemer i forhold til rettsvernsspørsmålet, mens om han er representant for bruker av programmet vil denne i en viss utstrekning ha en instruksjonsmyndighet over ham. Dette er heller ikke heldig.

Et trekk ved den faktiske utvikling har i flere land vært at advokater og banker var de første som opptrådte som depositarer. Dette er av flere årsaker ingen ideell situasjon, blant annet fordi det faktisk vil være en manglende kontinuitet, ved bruk av advokater. I tillegg kommer at advokater og banker ikke har den nødvendige tekniske innsikt og muligheter for å oppfylle flere av de sekundærforpliktelser som ofte følger av avtalene. Dette vil være å gjennomføre kontroll av det deponerte. Dette har ført til en utvikling i retning av selskaper som har på en mer kommersiell basis tilbudt slike tjenester. Innen flere jurisdiksjoner er det firma som har spesialisert seg på virksomhet som depositar i slike avtaleforhold. Som eksempler på dette kan nevnes, Fort Knox Secured Data (USA), DepoData GmbH (Tyskland) og ESCROW international The National Computer Center Limited (Storbritannia). Flere av disse har klienter utenfor den jurisdiksjon de opererer i, herunder norske selskaper. P.t. er det ingen selskaper i Norge som driver en slik virksomhet generelt.

I avhandlingen forutsetter jeg at depositaren er en person som er uavhengig av partene, at han ikke opptrer som agent eller fullmektig for noen av disse. Hvorvidt depositaren er en advokat, en bank eller et selskap som har spesialisert seg på denne type virksomhet er ikke relevant i forhold til den juridiske behandling, og avgrensninger her er

ikke nødvendige.

Om den ene partens advokat opptrer som depositar vil dette kunne reise problemer i relasjon til uavhengighetskriteriet. Det er en mulighet for at han ikke er uavhengig av partene, i det minste om han er partens faste advokatforbindelse. Vi kan tenke oss tilfellet hvor det foreligger et faktisk mislighold av avtalen som utvikler mener ikke er et mislighold og han henvender seg til sin faste advokatforbindelse for å få ham til å bestride dette, samtidig som bruker krever kildekoden utlevert. I dette tilfellet kan det reises spørsmål om det er en sammenblanding av interesser som fører til at depositaren ikke er uavhengig av partene. Det er imidlertid ikke rom for å forfølge denne problemstilling innenfor avhandlingen.

1.2.3 Hva skal deponeres

Hittil er det stort sett snakket om at *kildekoden* skal deponeres, uten at dette er videre problematisert. Et første spørsmål her vil være hva som skal deponeres, og i hvilken form det deponerte skal foreligge. Uttrykket kildekode leder tanken hen mot et eksemplar av kildekoden på et maskinlesbart medium, i praksis en diskett (eller et magnetbånd).

Dette må også være den naturlige tolkning av avtaler med formuleringer som "skal kildekoden til det komplette system deponeres". Den måte dette vil skje på er at utvikler vil foreta en eksemplarframstilling, han vil kopiere kildekoden fra eget platelager el l til disketter. Deretter vil han levere disse diskettene fra seg. Dette betyr at han selv fortsatt har de samme filene. Dette er også en forutsetning for at han skal kunne videreutvikle programmet.

Imidlertid kan en maskinlesbar kopi alene være en dårlig sikkerhet. Det er en mulighet for at data på lagringsmediet vil bli ødelagt, og følgelig ubrukelige. Derfor er det hensiktsmessig å samtidig deponere en papirbasert kopi av den samme kildekoden. Dette vil da i praksis skje ved at utvikler tar en utskrift av de filer han har på sitt platelager el l. Om eksemplaret i maskinlesbar form blir ødelagt har man muligheten til å scanne eller taste inn kildekoden.

Et ytterligere problem er at kildekoden kan være uoversiktlig, og vanskelig tilgjengelig. Dette fører til et behov for at en eller annen

form for dokumentasjon over kildekoden¹⁴ deponeres sammen med denne. Dette er dokumentasjon over strukturen i kildekoden, som kan omfatte "supplier's approach to the problem, the detailed system design, operating instruction..."¹⁵.

I tillegg kan det i en del tilfelle være nødvendig å deponere det eller de programmeringsverktøyer som er benyttet. Dette vil være kompilatorer og lignende. Om man bruker en kompilator som uproblematisk kan kjøpes over disk, rimelig billig¹⁶, skulle ikke behovet være fremtredende, annerledes vil det bli med programmeringsverktøy for andre maskintyper.

Det kan reise opphavsrettslig problemstillinger, i og med at det er nødvendig å foreta en eksemplarframstilling av kompilatoren. Dette kan løses på to måter, enten ved at man på ordinær måte skaffer seg et eksemplar, eller ved en individuell avtale med opphavsmannen. Dette er imidlertid spørsmål jeg ikke vil gå nærmere inn på.

Jeg forutsetter i avhandlingen at det er foretatt en deponering av såvel kildekode i maskinlesbar form, kildekode i form av en utskrift, og at det er deponert dokumentasjon over kildekoden.

1.2.4 Kriteriene for frigivelse av kildekoden

Om det ikke tas inn kriterier for frigivelse av kildekoden vil dette føre til problemer - under hvilke omstendigheter skal kildekoden kunne frigis?. I og med at bakgrunnsretten er uklar på dette punktet vil løsningen være usikker. Spørsmålet vil måtte løses ved en utfylling av avtalen.

¹⁴Dette er noe annet enn den dokumentasjon som følger med de fleste datamaskinprogrammer, og som forklarer brukeren av programmet hvilke funksjoner som er tilgjengelige.

¹⁵Tapper 1989 s 156

¹⁶Eksempelvis kan man få en Turbo C++ Professional, for MS-DOS, for kr 2190.- + mva. (Annonse for Norsk edb a.s. i PCWorld Norge 6/91)

Såvidt jeg har klart å bringe på det rene er det i Norge i dag ingen standardisering av kriteriene for frigivelse av kildekoden, utformingen varierer fra avtale til avtale.

Eksempler fra en del norske avtaler kan nevnes; "en krisesituasjon", "ikke selv kan utføre service, omprogrammering innen fastsatt tid, f.eks 2 uker", hvis "leverandør som følge av konkurs, streik eller annen grunn, som ikke skyldes kundens forhold, misligholder sine forpliktelser etter denne kontrakt".

Fellestrekket er ofte at det er mislighold eller konkurs eller avledninger av disse som er frigivelseskriterier. Det kan være en fokusering på økonomisk stilling, på en måte som er distinkt fra konkurs, eller det kan være antesipert mislighold.

Formodentlig er en av grunnene til at kriterier som går på økonomisk situasjon, men er distinkte fra konkurs benyttes en påvirkning fra amerikansk rett. I en periode etter Lubrizol-saken forsøkte man denne variant i et håp om det ville bli godtatt. Senere er anbefalingen å ha mislighold som det kriterium for frigivelse, sml Conley og Brian 1987 app 2-53. Det er også eksempler på at frigivelsen er knyttet an til en mer eller mindre formalisert prosedyre, som i en viss utstrekning er avgjørende for om kriteriene foreligger.

I avhandlingen forutsetter jeg at kriteriet for frigivelse er mislighold av avtalen.

1.2.5 Regulering av hvilke rettigheter brukeren skal ha ved frigivelsen av kildekoden

Når man først får kildekoden utlevert er det neste spørsmål hvilke rettigheter man skal ha over den frigitte kildekode. Dette er et spørsmål som det kan være hensiktsmessig å regulere i avtalen. Hvilke rettigheter som er nødvendig er avhengige av partsforholdet, en grossist har andre interesser enn en bruker, og følgelig har han behov for andre beføyelser.

Bakgrunnsrettens løsning følger her av åvl § 39, hvoretter man har rett

til å "fremstille eksemplarer som er nødvendig for bruken av programmet". Etter denne bestemmelse har man en rett til å fremstille eksemplarer for eget bruk, dette skulle være tilstrekkelig for en bruker av programmet. En grossist vil også ha behov for å selge eksemplarer til andre, dette krever en overgang av opphavsrettslige beføyelser, sml åvl § 2. En videre inndeling kan være over rettigheter til kildekode og dokumentasjonen og de bærende medier.

Thole¹⁷ opererer med en tredeling hvor den ene ytterlighet er at man for overdratt opphavsretten til programmet og eiendomsretten til det programbærende medium, via det tilfellet hvor man får overdratt en disposisjonsrett til programmet og eiendomsrett til mediet, til det tilfellet at man får en disposisjonsrett til programmet og en bruksrett til mediet. Når Thole i de to siste punktene snakker om disposisjonsrett er dette ikke nødvendig etter norsk rett, og skyldes formentlig en terminologisk uoverenstemmelse i forholdet mellom norsk og nederlandsk rett.

Dette kan splittes opp videre, slik at noen opphavsrettslige beføyelser går over. For eksempel retten til å selge programmet til andre.

Jeg forutsetter i denne avhandlingen at det ikke er avtalt at opphavsrettslige beføyelser skal følge med ved frigivelsen av kildekoden¹⁸. Ut ifra Thole punkt 2 og 3 er begge disse varianter i bruk, og jeg vil primært behandle det tilfellet er eiendomsretten til det bærende medium overdras, men også ta med i diskusjonen de tilfelle

¹⁷Thole 1989 s 111:

1.de afnemer verkrijgt de volledige rechten, dat wil zeggen zowel het auteurs- als het eigendomsrecht op de inhoud resp. de drager;

2.de afnemer verkrijgt slechts een persoonlijk gebruiksrecht op de inhoud en het eigendomsrecht op de drager;

3.de afnemer verkrijgt slecht een persoonlijk gebruiksrecht op zowel de inhoud als de drager.

¹⁸Det er omtvistet om åvl § 39a er uttrykk for overdragelse av opphavsrettslige beføyelser eller en låneregel, sml R. Thrap-Meyer 1989 s 8-9 med videre henvisninger. Hvorvidt det er det ene eller det andre har ingen betydning i forhold til denne fremstillingen.

hvor man kun har en begrenset rett til denne. Forskjellene mellom disse to vil i praksis ikke være store.

Det danske advokatrådets standardavtale gir kun en begrenset rett til bruk av kildekoden, og det må forstås slik at det ikke er en overdragelse av eiendomsretten til mediene.

1.2.6 Presiseringer og hovedspørsmål

Den type klausul som skal behandles er mellom en utvikler av programvaren og bruker av den samme, foruten en depositar som er uavhengig av partene. Det deponerte er såvel et maskinlesbart som et papirbasert kildekodeeksemplar, og det er deponert dokumentasjon til kildekoden. Frigivelseskriteriet for kildekoden er mislighold, og det overdras ingen opphavsrettslige beføyelser ved frigivelsen.

Det er flere problemstillinger som reiser seg i et slikt avtaleforhold, og det er ikke mulig å diskutere alle innenfor rammen av denne avhandling. Et utvalg må treffes. Problemet som blir diskutert er forholdet til utviklers konkursbo. Om man ikke oppnår rettsvern i forhold til konkursboet er det en begrenset praktisk nytte i dette arrangementet. (Om forholdet mellom partene og i forhold til tredjemenn se ovenfor s 18 ff.)

Det som er hovedspørsmålet er hvorvidt dette er en konstruksjon som konkursboet må respektere, hvorvidt deponeringen har *rettsvern* ovenfor utviklers konkursbo. Dette kan være at kildekoden faller utenfor konkursbeslaget, sml dekl § 2-2, eller at det er en sikkerhetsrett boet må respektere.

1.3 Metodespørsmål

Formålet med avhandlingen er å foreta en vurdering av denne type klausuler, i forhold til norsk rett. Det spørsmål som vil bli behandlet

er spørsmålet om rettsvern i forhold til utviklers konkursbo. Spørsmålet er i dette avsnittet hvordan denne problemstillingen skal gripes an, hvilke rettskildefaktorer som er tilgjengelige, og de mer generelle spørsmål om valg av metode.

1.3.1 Rettskildebildet

Denne typen avtaler er i bruk i dagens Norge. Imidlertid finnes det, såvidt jeg har klart å bringe på det rene, ingen tilfeller hvor situasjonen har kommet på spissen. Vi har ingen tilfeller hvor spørsmålet er kommet opp i forbindelse med en konkursbehandling. Dette betyr at det hverken foreligger kjennelser, dommer eller praksis hva minnelige løsninger angår, etter norsk rett. Det blir et spørsmål om i hvilken grad rettspraksis fra andre områder innen den dynamiske formuesrett og immaterialretten kan anvendes direkte eller analogisk.

Lovregulering som direkte angår denne type klausuler finnes ikke, spørsmålet blir da om annen lovgivning kan anvendes.

I teorien er dette i Norge tidligere ikke behandlet. Spørsmålet er berørt av Bing¹⁹, men da kun nevnt som noe som bør vurderes. En rettslig vurdering er ikke foretatt. I dansk teori er spørsmålet behandlet i noen fremstillinger²⁰. Svensk teori om emnet finnes ikke. Det finnes i Sverige riktignok et par fremstillinger i tilgrensende områder; om tingsrettslige problemer vedrørende programvare og realkreditt i informasjon²¹.

I land utenfor Norden har vi et mer rikholdig rettskildemateriale, i særdeleshet i USA er problemet undergitt en bredere behandling i teorien. Foruten at det i en del land er en viss rettspraksis.

¹⁹Bing 1987 s 40.

²⁰Nørager-Nielsen 1987a, Nørager-Nielsen 1987b, Bender og Karstoft 1991, foruten Beck og Bruun Nielsen 1987.

²¹Wiltson-Lantz 1986 og Berlin 1987.

1.3.2 Innfallsvinkel

Det finnes få norske rettskildefaktorer som direkte kan bidra til å løse problemet. Dette gjør den rettslige vurdering problematisk og uklar.

Mangelen på norske rettskildefaktorer utløser er beskrivelsesproblem, avsnitt 2, et behov for å beskrive avtalekonstruksjonen i en juridisk sammenheng. Formålet er å beskrive det faktum som legges til grunn - hva klausulen går ut på, og hva som er objektet for den rett som søkes etablert. Det er et behov for å plassere det i forhold til andre avtaletyper. Dette for å ha et bedre utgangspunkt for den juridiske vurdering av klausulen. Den juridiske vurdering vil i første rekke være et forsøk på å innpasse klausulen i noe som er kjent, avsnitt 5, noe vi har erfaring for hvordan skal behandles. Denne delen konkluderer med at dette ikke er mulig. Problemet blir da å vurdere denne klausulen i forhold til de hensyn som bærer våre regler om rettsvern og sikkerhetsretter oppe, avsnitt 6.

1.3.3 Spesielt om fremmed rett

Man ser i avtalepraksis ofte at kontraktspartene er inspirert av amerikansk rett, og at vi innen edb-bransjen har fått en klart anglo-amerikansk kontraktstradisjon. Grunnene til dette kan være mange²². Dels så er flere av de store aktørene i markedet amerikanske multinasjonale selskaper, og disse har tradisjonelt krevet at de standardkontrakter selskapet har utviklet skal legges til grunn i de forskjellige land man gjør forretninger. Dels skyldes det at andre aktører i markedet har latt seg inspirere av anglo-amerikansk kontraktspraksis, dette vil normalt være ikke-jurister. Dette er noe som kan kritiseres ut ifra at slike avtaler kan mangle feste i den nasjonale rett.

²²Om dette på generelt grunnlag se Andenæs 1989 s 208 - 223.

Dette er også en utvikling over tid. Først kom flere multinasjonale selskaper inn på markedet, og benyttet sitt selskaps standardkontrakter. Disse var ofte basert på amerikansk rett. Det har vært en utvikling hvor man over tid har utviklet standardkontrakter ved det norske selskapet, men dette er ingen uproblematisk affære. I en del tilfeller må større avtaler godkjennes av hovedkontoret, og de har problemer med avtaler som ikke baserer seg på rettsreglene i California. Et siste skritt på veien er at store norske grupper eller institusjoner har utviklet kontrakter de insisterer på at skal brukes. Det beste eksempelet på dette er Statens Standard for edb-anskaffelser (SSA), som foreligger på såvel norsk som engelsk.

Fra aktørens side har det vært et ønske om en ensartet rettstilstand i de forskjellige jurisdiksjoner man har operert, og man har adoptert løsninger fra anglo-amerikansk rett som ikke har noe tradisjonelt motstykke i visse andre jurisdiksjoner. Et eksempel på nettopp dette er *source-code escrow*.

Et første spørsmål er hvorvidt det i det hele tatt skal trekkes inn betraktninger over fremmed rett i norske rettsvitenskapelige fremstillinger. Dernest i hvilken grad og på hvilken måte det skal trekkes inn.

Fremmed rett kan på flere måter trekkes inn i en fremstilling, det kan være for å belyse problemer og vurderingstema, det kan være i en komparativ fremstilling, og det kan være at man ønsker å benytte fremmed rett som en rettskildedefaktor i en fremstilling.

I den alminnelige rettskildelære i Norge er spørsmålet om fremmed rett i liten grad berørt. Illustrerende i så måte er Eckhoff²³ som ikke problematiserer dette på generelt nivå. Hans diskusjon er stort sett relatert til uniforme lover og folkerett. Imidlertid skriver han på side 249 at i "andre tilfeller er det rettsvitenskap og rettspraksis som har trukket inn stoff utenfra. I juridisk litteratur gjøres det ofte rede for hvordan de spørsmål som behandles, er løst i andre land. Og i drøftelser av norsk rett henvises det ofte til utenlandsk litteratur, lovgivning og rettspraksis. Slike henvisninger kan tjene som *illustrasjonsmateriale og dels som argumenter for at spørsmålene bør løses likedan hos oss.*" (min uthevelse)

²³Eckhoff 1987 s 248 ff.

Det at en løsning finnes i andre land er noe som kan brukes om et argument for at løsningen skal bli den samme i Norge, men hvorvidt dette skal betraktes som en rettskildefaktor eller komme inn i de vurderinger som ligger i reelle hensyn for å treffe et valg innen normintervallet er vel en smakssak.

I denne fremstillingen vil fremmed rett stort sett bli benyttet som illustrasjonsmateriale. Men også som et argument for at dette er en løsning som bør aksepteres etter norsk rett. Når fremmed rett gjennomgås, nedenfor avsnitt 3, vil det delvis være for å illustrere hvordan denne type klausuler kan tilpasses forskjellige lands rettsystemer, og delvis for å vise at det enten aksepteres eller at det argumenteres for at det bør aksepteres innen de respektive jurisdiksjoner.

Det pretenderes ikke å gi en fullstendig gjennomgang av rettstilstanden i de respektive jurisdiksjoner, det er slik sett ingen komparativ fremstilling. Utvalget av jurisdiksjoner er også ut ifra hva som har vært tilgjengelig av litteratur. Denne er for noen jurisdiksjoner stor, mens den for andre er meget begrenset. En ytterligere begrensning ligger i mine språklige begrensninger, utvalget har måttet begrense seg til fremstillinger på engelsk, tysk og nederlandsk.

Når det gjelder nordisk rett blir situasjonen en annen. Her er det en stor grad av rettslikhet, og derfor vil kildemateriale fra de andre nordiske land bli brukt direkte som rettskildefaktorer²⁴. Teoretiske fremstillinger i Danmark blir direkte benyttet som argumenter i den juridiske vurdering, i motsetning til andre land.

Dette vil si at rettskildefaktorer fra de nordiske land kommer inn i vurderingen som leder frem til et normintervall, mens fremmed rett kommer inn i vurderingen innenfor normintervallet. Normintervallet er det intervall innenfor hvilket alle løsninger kan forsvares ut ifra gjeldende rett.

I relasjon til *beskrivelsesproblemet* er det ingen grunn til å opprettholde dette skillet, faktum er det samme uansett hvilken

²⁴Om dette se blant annet Bryde Andersen 1988 s 71, med videre henvisninger.

jurisdiksjon avtalen er inngått i.

2 Beskrivelsesproblemet

Det faktiske beskrivelsesproblem er todelt. Dels er det et spørsmål om hva slags rett eller rettighet partene ønsker å etablere over kildekoden.

Dels er det et spørsmål om å beskrive kildekoden som sådan. Spørsmålene behandles i denne rekkefølgen.

2.1 *Hva slags rett søkes etablert i kildekoden*

Først behandles spørsmålet om hva slags rettsforhold som oppstår mellom partene. Spørsmålsstillingen i dette avsnittet er hva slags rett *partene ønsker å etablere i eller over det deponerte* og på hvilken, eller hvilke, måter de ønsker å oppnå denne retten over det deponerte.

Det er således *ikke* en fremstilling over de rettigheter som *faktisk* oppnås. Dette spørsmålet kommer jeg tilbake til under den rettslige vurdering av forholdet.

2.1.1 Misligholdsbeføyelse

Vilkåret for frigivelse av kildekoden er mislighold, i en eller annen variant. Den nærmere utforming av kriteriene varierer ikke overraskende fra avtale til avtale.

I amerikansk kontraktspraksis har man lenge operert med kriterier som konkurs, eller

variasjoner over dette kriteriet. I disse tilfellene vil konkurs være et mislighold eller et antasipert mislighold av avtalen.

I og med at kriteriet for frigivelse av kildekoden er mislighold, er det naturlig å betrakte frigivelsen av kildekoden som en misligholdsbeføyelse.

Dette i likhet med andre avtalte misligholdsbeføyelser i edb-forhold. Så som at man gir et krav på utlevering av kildekoden ved mislighold eller at kildekoden utleveres ved installering av utstyret, men bare kan benyttes ved mislighold av avtalen, eller at man avtaler en rett til reverse engineering ved mislighold.

Denne misligholdsbeføyelsen har også linjer til kjøpsrettens regler, jfr kjl § 34 (3), hvoretter kjøperen selv kan foreta retting av mangler ved kjøpsgjenstanden - og i neste runde kreve erstatning fra selgeren. Om man ikke har tilgang til kildekoden er dette problematisk, og i praksis umulig. Det tas inn en klausul som muliggjør denne avhjelpen enten av brukeren selv eller av en tredjemann. Parallellen kommer klarere frem i de tilfeller hvor kildekoden er overlevert til brukeren.

Kriteriene for hva som kvalifiserer til mislighold er definert i avtalen. Beføyelsen er frigivelsen av kildekoden, samt at man kan gjøre med denne det som er avtalt.

2.1.2 Sikkerhetsrett

I tillegg til denne misligholdsbeføyelsen *søker partene* å etablere en sikkerhetsrett, hvor objektet er det deponerte, og realisasjonen av sikkerhetsretten er en frigivelse av kildekoden. Man søker å oppnå rettsvern for denne sikkerhetsretten ved at kildekoden overleveres til depositaren. Dette er hva partene *ønsker skal være den relevante rettsvernsakt*.

Slik sett er det visse likhetstrekk med de tilfelle hvor man setter *penge* inn på en sperret konto som dekning for erstatningskrav i forbindelse med et avtaleforhold.

En tradisjonell escrow, etter amerikansk rett, er en ikke fullbyrdet overdragelse. Jfr

Blacks law dictionary "[a] writing , deed, money, stock or other property delivered by the grantor, promisor or obligator into the hands of a third person, to be held by the latter until the happening of a contingency or performance of a condition, and then by himself to the grantee, promisee or obligee." I og med at dette er et tradisjonelt institutt, som tilsynelatende passet på arrangementet var dette en naturlig variant å gripe til. Men i realiteten er det det samme, det er en sikring for det tilfelle at utvikler ikke lenger er i stand til å oppfylle sine kontraktmessige forpliktelser.

Dette gir at det er søkt etablert såvel en misligholdsbeføyelse som en sikkerhetsrett i det deponerte. Gjennomføringen av såvel misligholdsbeføyelsen som sikkerhetsretten er identiske, frigivelse av kildekoden.

2.2 Funksjonalitetssikring

I ethvert avtaleforhold er det et behov for på en eller annen måte å sørge for at avtalen oppfylles, på en tilfredsstillende måte. I flere avtaleforhold er ikke dette et utpreget problem, for eksempel ved kjøp av en bil. I disse tilfellene er man fullstendig klar over at noe kan gå galt med objektet (bilen), men man har flere muligheter til å få dette ordnet om noe går galt på et eller annet tidspunkt. Dette er også reflektert i kjl § 34 (3).

Når man først anskaffer en ny bil trenger denne service med visse mellomrom, det er også sannsynlig at noe kan gå istykker på bilen, og dette må da repareres. Dette er aspekter ved kjøp av en bil som man er mer eller mindre bevisst. Om noe skulle gå galt, for eksempel at leverandøren ikke er i stand til å foreta service eller lignende er dette intet videre praktisk problem, man kan alltid finne et annet verksted som kan gjøre det nødvendige. At det kan ha en økonomisk side, ekstra utgifter eller at man ikke kan gjøre et misligholdskrav gjeldende, er for såvidt en annen sak. De utgifter man har med å få en mangel avhjulpet hos en annen person krever man tilbake fra selgeren, jfr kjl § 34 (3). Dette vil da være et erstatningskrav mot selgeren av bilen, og vil i hans konkursbo være en dividendeberettiget fordring.

I andre avtaleforhold opparbeider man et sterkere avhengighetsforhold til leverandøren eller til spesielle produkter. Det kan være en teknisk kompleksitet som gjør at den leverandør man har valgt er den eneste

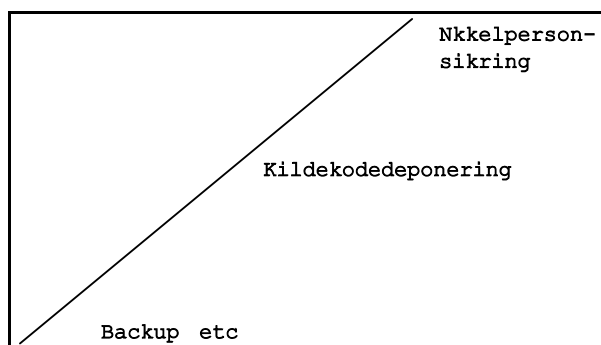
som er i stand til å sørge for at avtalen gjennomføres. Det kan også tenkes situasjoner hvor man er avhengig av et spesielt produkt for at tingen skal fungere, sml Bryde Andersen²⁵ som fremhever at interessen i å "råde over kildeteksten er vel ikke principielt annerledes end den interesse i at kunne råde over nødvendige reservedele, som gør sig gældende ved vedligeholdelsen af andet teknisk udstyr".

Klausuler som er tatt inn i en avtale for i slike tilfeller å sørge for at avtalen over tid kan gjennomføres - kaller jeg klausuler om *funksjonalitetssikring*.

2.2.1 Funksjonalitetssikring i edb-forhold

I edb-forhold kan det tenkes flere typer funksjonalitetssikring.

Den mest grunnleggende er retten til å ta sikkerhetskopier av programvaren. Tidligere måtte dette avtales med programmets utvikler, men følger i dag av åvl § 39a, som gir brukeren rett til å "fremstille eksemplarer som er nødvendig for bruken av programmet, og reserveeksemplarer".



Figur 2 Funksjonalitetssikring ved avtaler om edb.

Et neste trinn kan være en rett til å få kildekoden utlevert eller tatt i bruk ved mislighold av avtalen. Det er flere varianter som kan tenkes, man får kildekoden utlevert - i klartekst, man får utlevert kildekoden i

²⁵Bryde Andersen 1991 s 327

kryptert form - og krypteringsnøkkelen deponeres hos en tredjemann, man kan få utlevert kildekoden kryptert og en person i styret - hos bruker - får krypteringsnøkkelen eller man kan avtale et krav om at kildekoden skal utleveres til brukeren ved mislighold. Ytterligere kan det avtales en rett til reverse engineering, hvilket er en opphavsrettslig enerett, sml åvl § 2.

Et tredje trinn kan være en eller annen form for nøkkelpersonsikring. Ofte vil det være en eller noen få ansatte hos utvikler som gjør arbeidet i forbindelse med videreutvikling av programmet. Det gjør at det ikke bare er en tilknytning til utvikler, men også til enkelte av hans ansatte. Dette gjør at det er et behov for å sikre seg for det tilfelle at de forlater virksomheten. Dette kan gjennomføres ved at det tas inn som en forutsetning at en eller flere bestemte ansatte skal arbeide hos utvikler, eller ved at dette defineres på en funksjonell måte. Det kan videre gjøres til et mislighold av avtalen at denne eller disse ansatte ikke lenger arbeider hos utvikler. Den praktiske mulighet er da at man inngår en ny avtale med den eller de ansattes nye arbeidsgiver. En annen variant er at man sørger for en forsikringsdekning for ansatte i utviklers virksomhet.²⁶

2.3 Det deponerte og beskrivelsesproblemet

Det som deponeres vil for alle praktiske formåls skyld være en maskinlesbar kopi av kildekoden. I tillegg er det ofte en papirbasert kopi av denne. Ofte følger også dokumentasjon av kildekoden, samt programmeringsverktøy, med. Dette betyr at det er flere forskjellige elementer i det deponerte.

²⁶Om dette se Bryde Andersen 1987 s 109. I Norge er dette noe avvikende for ulykkesforsikrings vedkommende; etter det jeg har fått opplyst fra UNI Storebrand vil en slik dekning redusere den ulykkesforsikring arbeidstageren selv kan tegne.

2.3.1 Kildekoden isolert sett

I dette avsnittet legges aspektet på kildekoden, *uavhengig av det bærende medium*.

Kildekoden er en representasjon av informasjon, det er resultatet av den programmeringsinnsats som ligger til grunn for programmet, den gir uttrykk for en rekke instruksjoner til maskinen. Kildekoden *isolert* sett er intet annet enn *informasjon*. Informasjon har flere aspekter som gjør det vanskelig håndterbart som omsetningsgjenstander som Niblett²⁷ skriver;

Firstly, there is a paradox inherent in the sale of information in that once a buyer knows exactly what he is purchasing he has no need to purchase it, for then he has it already. Secondly, though information may be expensive to create and costly to compile, once obtained it is cheap to reproduce."

Av fremstillinger om dette kan nevnes Bryde Andersen 1988, Bing 1981, Bing Madsen og Myrland 1987, og Thrap-Meyer 1989.

Informasjonen i kildekoden er ikke avhengig av et bestemt medium, den kan uproblematisk dupliseres. Men for å vare over noe tid trengs en eller annen form for kobling til et bærende medium.

2.3.2 Informasjon og medium

Problemet relaterer seg til koblingen mellom informasjonen og det bærende medium. Tradisjonelt har man benyttet bøker eller lignende som informasjonsbærende medium. Da er informasjonen trykket inn i bøkene. Med informasjon i binær form er denne permanente koblingen mellom informasjon og det bærende medium ikke lenger nødvendig. En kopi vil bli nøyaktig identisk med originalen, det er

²⁷Niblett 1980 s 2

overhodet ingen forskjell på disse.

Dette kan lett illustreres ved "å gå inn i en bokhandel og be om teksten til en bok - bare teksten, uten papiret den er trykket på. Dette vil få bokhandleren til å stusse, han skjønner nok at han har sjansen til å selge noe, men vet ikke riktig hva eller hvordan. Åpenbart kan ikke sverten skrapes av boksidene, det vil ødelegge dens evne til å representere informasjon."²⁸

Det er denne koblingen mellom informasjonen og det bærende medium som har ført til et "klassifikasjonsproblem" eller "beskrivelsesproblem". Spørsmålsstillingen har ofte vært om dette er løsbare eller ikke. Problemet er fremtredende når en norms antecedent oppstiller et krav om at noe skal være *løsbare* eller *ting* for at en konsekvent skal inntre. Problemet kan uttrykkes og sammenfattes slik²⁹: "The similarity to a physical object on the one hand and to intellectual property on the other hand may make the categorization of computer programs as `moveables` (or `goods`) uncertain. And this uncertainty may have substantial implications for the law affecting computer programs."

Terminologisk er det en forskjell på "klassifikasjonsproblem" og "beskrivelsesproblem" og det er også metodiske forskjeller, selv om de ikke er så fremtredende. Uttrykket klassifikasjonsproblem er ofte benyttet i diskusjoner hvor man skal vurdere programvare i relasjon til en lovbestemmelse, se blant annet Thrap-Meyer 1989. Uttrykket "beskrivelsesproblem" er brukt ved en annen innfallsvinkel, hvor man tar utgangspunkt i programvaren og beskriver denne og dens egenskaper, se her Bryde Andersen 1988.

Det er innenfor denne avhandlingen ikke rom for å ta opp beskrivelsesproblemet i hele sin bredde, det henvises til andre fremstillinger³⁰.

²⁸Bing, Madsen og Myrland 1987 s 6

²⁹Bing 1981 s 221

³⁰For eksempel Bryde Andersen 1988.

Bryde Andersen³¹ skiller meom tre hovedkategorier når det gjelder kobling mellom informasjon og medium:

"For det første den informasjon, der ubesværet kan springe fra en type medium til en anden og/eller fra et medium indenfor en bestemt type af medier til et andet indenfor samme type. Hertil hører f.eks. den personlige eksepertise, der i form af generelle idé-grundlag, forretningskoncepter eller lignende kan nedfældes på papir, udtales ved personlige møder, dikteres ind på bånd eller - for den sags skyld - lagres i edb-læsbar form. Samme flygtighed præger den - værdifulde - information, der f. eks kan ligge i slogans, pass-words o.m.a. Fælles er det, at der er tale om information, der ofte vil fræmtrede som relativt kortfattede tekstmængder i et naturligt sprog. Problemerne ved at "finansiere" sådan information fremstår helt iøyenfaldende, hvis man overvejer rettigheder stiftet over selve den rådgivning, debitor investerer i hos en professionel rådgiver.

I en anden kategori finder vi den information, der efter sin karakter og sit formål nødvendigvis må være knyttet til en *bestemt type* medium, men som til gengæld har en løs tilknytning til dette medium. Informationen kan altså ubesværet flyttes fra et eksemplar af mediet til et andet; den kan blot ikke flyttes til et medium af en anden type. I denne kategori finder man den software (data og programmel), der er indlæst på et magnetisk medium.

Den tredje og sidste gruppe udgøres af den information, der under almindelig brug er *uadskillelig* fra sit medium. I edb-sammenhæng gælder dette en stor del af systemets hardware (f.eks. en topografi), men kategorien omfatter ligeledes materielle brugs-genstande m.v., der efter kommunikationsteorien (se ovenfor ...) altid vil bære en vis mængde informationer i sig. Disse informationer kan have en funktionel karakter ved i deres fremtreden at meddele brugeren, hvordan produktet skal håndteres. Håndtag, husporte, døre, gelændere etc. rummer ud fra denne betragtning "informationer". Informationerne kan også have et æstetisk præg. Aspektet er velkendt, når et eksemplar af brugskunst udgør et ophavsretligt verk. Den information, der ligger i formgivningen, kan prinsipielt godt dupliseres, men dette er forbundet med så stort et praktisk besvær, at muligheden ikke har praktisk betydning ved overdragelsen av genstanden.

Ut ifra denne betragtning tilhører kildekoden gruppe 2 (selv om den kan foreligge i papirbasert form, og i de deponeringstilfeller som

³¹Bryde Andersen 1991 s 282-283

behandles her *faktisk gjør det*). Det er altså informasjonen som er det relevante og valget av medium er et valg truffet innenfor de alternativer man har, og valget er foretatt ut ifra en ren hensiktsmessighetsbetraktning.

Disse problemer berøres også av Christensen som reiser spørsmål i relasjon til anskaffelse av en tekst, for eksempel en roman. Dette er noe som kan anskaffes på flere forskjellige måter. Noen eksempler kan illustrere dette. Om man ønsker forskrifter, dommer eller lignende, kan disse kjøpes i bokform, man har også muligheten til å kjøpe disse på en CD-ROM³² fra Lovdata eller man kan foreta et online søk i Lovdatas baser. Det er også mulig å kjøpe leksika, bibelen og en god del annet på CD-ROM.

Vi ser et skille i det dynamiske perspektiv, overføringen, her er det forskjell avhengig av hvordan man skaffer seg informasjonen. I det statiske perspektiv er forskjellene mindre fremtredende.

Konklusjonen på denne diskusjonen er at det er informasjonen som er det relevante i relasjon til deponering av kildekode.

2.3.3 Informasjon og hemmeligholdelse

Et videre aspekt som er fremtredende i denne sammenhengen er *hemmeligholdelsen*. I avtaler vil man forsøke å holde kildekoden hemmelig. Ved normal anskaffelse av programvare vil man få utlevert kun *objekt-koden*, og selv om det er en sammenheng mellom kildekode og objektkode vil den informasjon som ligger i kildekoden være holdt hemmelig. Dette endres ikke når kildekoden deponeres, det er jo fortsatt en forutsetning at brukeren ikke skal ha tilgang til kildekoden.

³²Compact Disk - Read Only Memory, en metalbelagt plate med cosentriske sirkler av forhøyede punkter og mellomrom, hvor punktene leses som 0 og mellomrommene som 1.

Det kan da betraktes slik at kildekoden har to aspekter av informasjon, den ene som retter seg den som leser kildekoden, og den andre som rettet til maskinen i form av instruksjoner. For denne personen vil kildekoden gi kunnskap (know-how) som igjen setter ham i stand til å foreta endringer i kildekoden. Denne know-how kan også utnyttes på andre måter, ved at den legges til den kunnskap han allerede har - og det kan han dra nytte av ved annen programutvikling.

Aspektet om hemmeligholdelse er trukket frem i flere fremstillinger³³. I den betydning at det er hemmeligholdelsen fremfor den direkte utlevering som er det relevante aspektet. Dette er snudd opp ned i forhold til den tradisjonelle innfallsvinkelen. Dette momentet er at man for å holde sine forretningshemmeligheter skult for omverdenen lar være å levere ut kildekoden, men heller deponerer den, slik at man beholder sitt konkurransemessige fortrinn.

3 Fremmed rett

I dette avsnittet forsøker jeg å gi et fugleperspektiv over rettstilstanden i noen land. Dels for å illustrere problematikken. Jeg kommer ikke til å dra linjer til norsk rett - det kommer nedenfor i den grad dette er av relevans for norsk rett.

3.1 *Amerikansk rett*

USA er det land hvor deponeringsklausuler visstnok først ble tatt i bruk. Problemet var at bakgrunnsretten ikke ga rettsvern for avtaler om disposisjonsrett i forhold til utviklers konkursbo. Dette gjaldt såvel opphavsrett som andre immaterialretter. Dette førte til at

³³Se blant annet Bryde Andersen 1991 s 285 og Bender og Karstoft 1991 s 81

konkursboet hadde en valgfrihet - om de ville tre inn i avtalen eller ikke.

Ut ifra disse rammebetingelsene var det en naturlig søken etter løsninger som kunne sørge for at man kunne fortsette bruken av de avtalte rettigheter. Én antatt løsning som etter hvert ble rimelig utbredt var escrow³⁴.

Det følger av Bankruptcy Code art 365(a) at boet har rett til å tre inn eller ikke tre inn i enhver "executory contract", på nærmere vilkår. Loven definerer ikke dette uttrykket, men de fleste domstoler har fulgt Countrymans definisjon³⁵ "a contract under which the obligation of both the bankrupt and the other party to the contract are so far unperformed that the failure of either party to complete performance would constitute a material breach excusing the performance of the other."³⁶ Domstoler som ikke benytter denne definisjonen har enten utvidet begrepet og inkludert kontrakter Countryman ikke mener er "executory" eller lagt til et ytterligere trinn i analysen³⁷.

Det neste kriteriet er at retten gir sitt samtykke til å la være å tre inn i avtalen, kriteriene for dette fremkommer ikke av art 365(a). Rettspraksis har her utviklet en "sound business judgement". En vurdering av bobestyrers anbefaling om å ikke tre inn i avtalen; i Lubrizol-saken³⁸ er denne vurderingen lagt til grunn og retten formulerer vurderingstemaet slik³⁹: "... the rule as applied to a bankrupt's decision to reject an executory contract because of perceived business advantage requires that the decision be accepted by courts unless it is shown that the bankrupt's decision was one taken in bad faith or in gross abuse of the bankrupt's retained business discretion."

³⁴Jfr Colman 1989

³⁵Hennes 1988 s 8

³⁶Countryman 1973

³⁷Hennes 1988 s 8

³⁸Lubrizol Enterprises inc v. Richmond Metal Finishers inc 756 F.2d 1043 (1985)

³⁹op. cit. s 1047

Dette betyr at selve avtalen om disposisjonsrett kunne boet velge å tre inn i eller ikke tre inn i. Man begynte å deponere i de fleste tilfelle av immaterialretter, for å sikre seg en *fortsatt bruk* av lisenser og disposisjonsretter om rettighetshaver skulle gå konkurs.

I Lubrizol-saken, som gikk etter Bankruptcy Act chap 11, ble for første gang en intellectual property escrow prøvet. Saken gjaldt en "technology licensing agreement" - en patentslisens. Retten fant at dette var en executory contract og at det var en forsvarlig vurdering ikke å tre inn i avtalen. Ut ifra dette kunne heller ikke software escrows godtas etter amerikansk rett.

Som en direkte følge av denne dommen, og en viss lobbyvirksomhet fra blant annet Bankrupt Licensor Coalition (the BLC), kom i 1988 Intellectual Property Bankruptcy Act, som blant annet føyde til art 365(n). Art 365(n) gjelder om "the trustee rejects an executory contract under which the debtor is a licensor of a right to intellectual property...". Art 365 definerer ikke hva som ligger i "licensor", men det avgrenses mot overdragelse av rettigheter, sml Hemnes⁴⁰. Begrepet Intellectual Property er definert i Art 101 (52) og omfatter følgende: "Trade secrets; Invention, process, design or plant protected under title 35; Patent application; Plant variety; Work of authorship under Title 17, or thereof" foruten "Mask work protected under chapter 9 of title 17". Disposisjonsrett faller da inn under dette.

Den rett Intellectual Property Bankruptcy Act i utgangspunktet gir er en rett til å fortsette utøvelsen av lisensen eller disposisjonsretten selv om boet ikke trer inn, art 365(n)(2).

Når det gjelder spørsmålet om boet må respektere en source-code escrow er art 365 ikke klar. Etter art 365(n)(4)(B) plikter boet inntil det har tatt stilling til om det ønsker å tre inn i kontrakten eller ikke å "non [sic] interfere with the rights of the licensee as provided in such contract, or any agreement supplementary to such contract, to such property (including such embodiment), including any other right to obtain such intellectual property (or such embodiment) from either party". Etter ordlyden har her brukeren rett til å få frigitt kildekode,

⁴⁰Hemnes 1988 s 8

og boet kan ikke gjøre noe for å hindre dette. Tilsvarende er ordlyden i art 365(n)(2) og (3), som gjelder om boet velger ikke å tre inn, mens bruker vil fastholde sine rettigheter. Dette gir imidlertid en konflikt med art 365(b). Problemer diskuteres av Hemnes⁴¹, som konkluderer med at loven "places a premium on the careful drafting of intellectual property licenses. Under subsection 365(n)(3) and (4), the licensee can require the licensor's trustee to perform his or her obligation under a license pending assumption or rejection of the contract and to disclosure or turn over such indispensable items as source code and documentation, but only "[t]o the extent provided"".

Den alminnelige oppfatningen er at Intellectual Property Bankruptcy Act gir brukeren en rett "to elect to continue the licence, or to retrieve the source-code from escrow, subject only to continuing to make royalty payments. The licensee cannot, however, require any positive act, such as continuation of efforts to enhance the licensed product."⁴²

3.2 Engelsk rett

Engelsk rett er i hovedsak som amerikansk rett før "Intellectual Property Bankruptcy Act", hvoretter konkursboet kan "disclaim any onerous property"⁴³, dette er i Insolvency Act 1986 sect. 178, subsec 3 definert som "(a) any unprofitable contract, and (b) any other property of the company which is unsaleable or not readily saleable or is in such that it may give rise to a liability to pay money or perform any other onerous act". Hvilket innebærer at konkursboet har en rett til å tre inn eller ikke tre inn i avtaler om disposisjonsrett. England har ingen bestemmelse som tilsvarer "Intellectual Bankruptcy Act".

Imidlertid argumenterer Tapper⁴⁴ for at det *kan og bør* trekkes

⁴¹Hemnes 1988 s 9

⁴²Tapper 1989 s 158

⁴³Tapper 1989 s 158

⁴⁴Tapper 1989 s 158

analogier fra rettsvernsregler til beskyttelse av leietager av fast eiendom. Videre at det er "the essence of any such arrangement that the escrow agent is completely independent of both the costumer and supplier." Om denne analogien holder vil man da kunne få kildekoden frigjort.

Rettstilstanden etter engelsk rett er således usikker.

3.3 *Dansk rett*

I Danmark, som i Norge, har man ingen rettspraksis som omhandler deponering av kildekode. Det som finnes av rettskildefaktorer er i første rekke Bender og Karstofts artikkel, Nørager-Nielsens fremstillinger og Bryde Andersen⁴⁵.

Det er noen vesentlige forskjeller mellom norsk og dansk rett, det er i første rekke disse som skal behandles i denne delen av avhandlingen. Vekten legges på panterett. Den viktigste grunnen til at vekten legges her er at vi i dansk teori har en diskusjon om en kildekodedeponering kan la seg etablere som en panterett eller ikke.

I Norge er det formelle utgangspunktet at en pantsetning må ha hjemmel i lov for å være gyldig, pantel § 1-2 (2). I Danmark er utgangspunktet det motsatte, det kreves ingen positiv lovhjemmel for å kunne pantsette.

Selve den panterettslige lovregulering i Danmark er også mer sparsommelig enn i Norge. Tinglysingsloven inneholder foruten regler om tinglysningen noen materielle regler. Videre er deler av Danske Lov 5. bog Cap VII fortsatt gjeldende. Dansk rett opererer med håndpant og underpant, for en del tilfellers skyld er underpant ikke tillatt, etter tingl § 47 stk 5 er det ikke tillatt med underpant i fordringer, gjeldsbrev ol. Håndpant i fast eiendom er ikke praktisk. En ytterligere begrensning av stor praktisk betydning er forbudet mot underpant i tingsinnbegrep,

⁴⁵Bender og Karstoft 1991, Nørager Nielsen 1987a og 1987b, samt Bryde Andersen 1991.

tingl § 47b, og generalpant er etter tingl § 47a ikke tillatt. Det er noen bestemmelser som tillater pant i tingsinnbegrep; tinglysningsloven § 47b stk 2, apotekerloven § 71 stk 3 og lov om høstpant.

Uansett om en panterett er stiftet i strid med de regler om rettsvernsakter som er oppstillet vil de være gyldige *inter partes*.

Når det gjelder realisasjonsmåter for pantsatt løsøre følger det av rettsplejeloven (rpl) § 528 a at det kan selges på tvangsauksjon. Dette er ingen begrensning i hva som kan avtales mellom partene, for eksempel så kan det avtales at panthaver skal kunne overta pantet⁴⁶. Dette må også respekteres av konkursboet, med de unntak som følger av omstøtelsesreglene, jfr konkl § 69 jfr § 74. Om pantets verdi overstiger pantekravet må det foretas et oppgjør mellom panthaver og pantsetter (eventuelt hans konkursbo, eller panthavere med lavere prioritet) med utgangspunkt i salgssummen og pantekravet. Om pantet ikke selges ligger det her *rettstekniske* problemer.

Ut ifra denne referanseramme tar Nørager-Nielsen⁴⁷ til orde for at det lar seg gjøre å etablere en deponering av kildkode som en *panterett*. Standpunktet er det ikke enighet om i dansk teori. Det bestrides av såvel Bryde Andersen som Bender og Karstoft, men støttes av Beck og Bruun Nielsen⁴⁸. Det foreligger i Danmark heller ingen rettspraksis på området.

Dette er en annen referanseramme for problemstillingen enn hva vi har i norsk rett. Dette vil ha betydning for bruken av dansk rett som en rettskilddefaktor i denne avhandlingen.

Når det gjelder de enkelte syn som er kommet frem i teorien, og deres nærmere begrunnelse kommer jeg tilbake til dette nedenfor under gjennomgangen av norsk rett - i den grad det er av interesse *i relasjon til norsk rett*.

⁴⁶Sml Rørdam og Carstensen 1989 351-352

⁴⁷Nørager-Nielsen 1987b s 75

⁴⁸Bender og Karstoft 1991, Bryde Andersen 1991 samt Beck og Bruun Nielsen 1987

3.4 *Nederlandsk rett*

Nederland er såvidt jeg vet den eneste jurisdiksjon i Europa hvor det finnes rettspraksis omkring deponering av kildekode. Det foreligger én dom - Achilles-dommen⁴⁹, det finnes videre teoretiske fremstillinger om emnet.

Achilles-dommen angår riktignok forholdet mellom to solvente parter, de Boer som utvikler av programvaren og Putto som selger programvaren videre, altså et *grossisttilfelle*. De Boer ble pålagt å deponere kildekode hos den avtalte depositar, en notar. Denne ble samtidig pålagt å levere det deponerte materialet til Putto. Videre ble det fastsatt en dagbot for det tilfelle at de Boer ikke oppfylte sine forpliktelser.

Faktum i dommen er at de Boer hadde utviklet en programpakke for non-food detaljhandelen, som ble en suksess - programmets navn er Achilles. Dette skjedde i et vist samarbeid med Putto. De Boer og Putto oppretter en avtale som gir Putto rett til å selge programmet, samt at det samtidig foretas en deponering av kildekode. Senere blir de Boer ansatt hos Putto, han sier opp og foretar en stund senere en oppsigelse av avtalen med Putto. Det er i en tid ikke foretatt deponeringer.

Retten foretar en tolkning av avtalen og kommer frem til at det er en eksklusiv lisensavtale, og at den ikke kunne sies opp av de Boer - han har foretatt et kontraktsbrudd. Videre følger det av en tolkning av avtalen at de Boer skal foreta deponering av kildekode, og at siden han har mislighold avtalen er betingelsene for frigivelse av kildekode til stede.

I og med at dette er et forhold mellom to solvente parter, har retten ingen oppfordring til å gå inn på de spørsmål som reiser seg i forholdet til konkursboet. Retten problematiserer heller ikke kildekodeponeringen inter partes.

Dommen er påanket, og resultat fra ankeinstansen foreligger ikke.

⁴⁹President Arrondissementsrechtbank Alkmaar dom av 30 januar 1991.

I teorien er spørsmålet reist om hvilket rettsinstitut som kan tillempes en deponering av kildekode - det som kommer nærmest er "bewaargevingsovereenkomst". På tross av en god del likheter er det også forskjeller, derfor kan ikke en kildekodedeponering kvalifiseres som en "bewaargevingsovereenkomst"⁵⁰. Men Thole fremholder at selv om det ikke lar seg gjøre å kvalifisere en deponering som en slik kontrakt er likhetene relevante⁵¹.

Ut ifra en tototalvurdering, basert på regler i Burgerlijk Wetbook, kommer Thole til at en deponering av kildekode er noe boet må respektere⁵².

I et slikt arrangement ligger et bevisproblem. Ut ifra dette argumenterer Thole sterkt for at en notar skal brukes om depositar, av bevismessige årsaker. Dette lar seg gjøre i relasjon til reglene i Notariswet.

Etter Nederlandsk rett har man også en annen mulighet, at det etableres en trust, og at opphavsrettslige beføyelser overdras til denne. Se om dette Thole 1989 s 123 ff.

⁵⁰Thole 1989 s 108-109

⁵¹Thole 1989 s 109:

Op het moment dat het softwarecontract wegvalt, worden de verbintenissen uit het bewaringscontract relevant.

⁵²Thole 1989 s 109:

Ik meen dat de curator de nakoming van een dergelijke verplichting niet kan frustern.

4 Generelt om situasjonen ved konkurs hos utvikler

At ens medkontrahent går konkurs er en ubehagelig opplevelse for enhver virksomhet, og det kan få vidtgående konsekvenser for muligheten til å oppfylle egne avtaler med andre. I så måte er det ingen forskjell mellom de tilfeller hvor ens edb-leverandør går konkurs og det tilfelle at andre av ens medkontrahenter går konkurs.

En avtale om edb-programmer vil typisk ha to deler, så lenge vi snakker om spesialutviklet eller tilpasset programvare. Dels en rett til å bruke programmet og dels en forpliktelse for leverandøren til å foreta service av programvaren. Avtalen som gir rett til å bruke programmet vil enten være en avtale om disposisjonsrett til programmet eller at det er foretatt en overgang av eiendomsretten til programeksempelret⁵³. En serviceavtale vil normalt pålegge leverandøren av programmet en forpliktelse til å rette feil og mangler i programmet, samt å videreutvikle dette⁵⁴.

Om man har fått overdratt eiendomsretten til programeksempelret får ikke konkursen innvirkning på retten til å bruke programmet. Ei heller får konkursen innvirkning om man har en disposisjonsrett til programmet. Det er alminnelig antatt at avtaler om overdragelse av opphavsrettigheter, som en disposisjonsrett er, har rettsvern mot såvel konkursboet som andre tredjemenn allerede i kraft av avtalen. Dette er antatt av Knoph⁵⁵ som skriver at både "den som har ervervet selve

⁵³Generelt om dette og om grensen, se Torvund 1988 s 78-80

⁵⁴Uttrykket service-avtale er således noe misvisende idet det ikke er snakk om service i en tradisjonell betydning.

⁵⁵Knoph 1936 s 139

opphavsretten og den som bare har kjøpt en lisens er derfor beskyttet av opphavsmannens kreditorer straks avtalen er sluttet." Knoph fortsetter i en fotnote; "Jeg ser ingen grunn til at en lisensavtale bare skal ha den svakere "obligatoriske" virkning, som ikke skulde klare seg i konkurs." Dette standpunktet er mer eller mindre gjengitt i konkursrettslig teori, se blant annet Brækhus og Hærem, og Lilleholt.⁵⁶

Det er sogar sagt uttrykkelig i dekl § 7-6,2 at boets oppsigelse ikke "griper inn i den annen parts rett, i den utstrekning den er beskyttet ved tinglysning eller på annen tilsvarende måte."

Serviceavtalen som innebærer at konkursdebitor skal yde noe i form av arbeid, vil derimot ikke ha rettsvern i konkurs. Da har boet en valgrett om det vil tre inn eller ikke, sml dekl § 7-3.

4.1 Bobeslaget

Bobeslagets omfang følger av dekl § 2-2, alt hva konkursbeditor eier, og som kan "selges, utleies eller på annen måte omgjøres i penger". I utgangspunktet vil opphavsretten til programvaren falle inn under dette. De opphavsrettslige begrensninger følger i første rekke av åvl § 26,2⁵⁷. Det kan videre tenkes at det er avtalerettslige begrensninger som fører til at opphavsretten eller programeksemplarer ikke kan overdras til andre.

Det kan tenkes at en bruker betaler for utviklingen av en programvare og at han derfor sørger for at det legges avtalerettslige begrensninger på utviklers adgang til å overdra programeksemplarer eller opphavsrettslige beføyelser til andre - som typisk vil være konkurrenter. I en viss utstrekning må boet respektere slike klausuler. Det er imidlertid ikke mulig å forfølge dette videre innenfor denne avhandlingen. Det vil

⁵⁶Brækhus og Hærem 1971 s 523 og Lilleholt 1989 s 215-216, begge i relasjon til kreditorvern.

⁵⁷På den originære opphavsmanns hånd er opphavsretten heller ikke beslaglegges, åvl § 29.

også bli en vanskelig situasjon om opphavsretten ikke omfattes av bobeslaget. Formodentlig er den da fortsatt hos utvikler av programvare, men dette er en besynderlig situasjon. Det kan også tenkes at den går tilbake til den eller de originære opphavsmenn, hvilket er en enda mer uhåndterlig situasjon.

Den deponerte kildekode vil normalt også falle inn under bobeslaget, idet den fortsatt er et formuesgode som "tilhører" konkursbeditor, sml ovenfor s 33.

Begrensningene ligger i mulighetene til å omgjøre opphavsretten og den deponerte kildekode i penger. Dette innebærer at allerede her kan en deponert kildekode falle utenfor bobeslaget, og det blir ingen konflikt mellom boet og bruker om retten til det deponerte.

Når noe først går inn i bobeslaget, for eksempel en deponert kildekode - men også andre programmer som befinner seg hos tredjemann ved konkursåpningen - skal disse overleveres til konkursboet. Dette kan reise noen vanskelige praktiske og rettslige spørsmål. Det er diskutert om det i det hele tatt er mulig å levere tilbake et datamaskinprogram, eller retttere sagt den informasjon som ligger i dette. Tatt i betraktning at det i flere avtaler tas inn klausuler om kontroll av kildekoden forutsetter dette at programmet kopieres over til et platelager eller lignende. Se om denne diskusjonen Bryde Andersen 1988 og E. Thrap-Meyer 1989. Det er ikke rom for å gå nærmere inn på dette spørsmålet i denne avhandlingen.

4.2 Boets valgrett vedrørende inntreden i avtalen

Om boet ønsker å tre inn i avtalen blir det forpliktet på "avtalens vilkår", dekl § 7-4,1. I tillegg til eventuell disposisjonsrett og serviceavtale vil da deponeringen av kildekoden være et tredje element. Boet blir da forpliktet også for kildekode deponeringens vedkommende, fordi det følger av avtalens vilkår.

Spesielt i amerikansk teori har man anbefalt å splitte opp i tre forskjellige avtaler, fordi man vil unngå en "executory contract", men selv om man velger en slik variant i Norge vil formodentlig realitetene være avgjørende. Tilsvarende kan det være et problem avhengig av hvilke avtaler som er opprettet, se om alternativene ovenfor s 21. Det er imidlertid ikke rom for å problematisere dette innenfor rammen av denne

avhandling. Tilsvarende er det en åpenbar konflikt om boet trer inn i avtalen og frigivelseskriteriet er konkurs. Heller ikke dette er det rom for å ta opp her. Det må forutsettes at boet i disse tilfellene blir bundet av avtalen.

Problemet oppstår da hvis boet velger ikke å tre inn i avtalen. Spørsmålet blir om man ved dette arrangementet har rettsvern i forhold til konkursboet eller ikke.

5 Spørsmålet om rettsvern - forsøk på å innpasse arrangementet i en tradisjonell sikkerhetsrett

Skal kildekodeponeringen ha rettsvern i forhold til boet, må det enten foreligge en "tradisjonell" sikkerhetsrett som kan anvendes på arrangementet, eller så må det la seg gjøre å på fritt grunnlag å godta dette som en "ny" sikkerhetsrett. I dette avsnittet blir problemstillingen å forsøke og innpasse arrangementet i en tradisjonell sikkerhetsrett. Dette blir en vurdering av arrangementet i forhold til forskjellige sikkerhetsretter, hvor formålet er å undersøke om det lar seg gjøre å innpasse arrangementet i forhold til en av disse.

5.1 Panterett

Utgangspunktet for drøftelsen av hvorvidt arrangementet kan etableres som en panterett er pantel § 1-2 (2). Panterett kan kun stiftes om det er hjemmel for det i panteloven eller annen lov. Ut fra at det skjer en overlevering - er det naturlig å vurdere i forhold til reglene om håndpant, jfr pantel § 3-2.

En panterett er definert i pantel § 1-1 (1) som "en særrett til å søke

dekning for et krav (pantekravet) i ett eller flere bestemte formuesgoder (pantet)." Ut fra dette skjemaet blir da pantet den deponerte kildekode, og pantekravet forpliktelsen til å foreta retting og videreutvikling av programvaren. Normalt vil pantekravet være et pengekrav, men dette er etter panteloven ikke påkrevet, jfr Brækhus⁵⁸ som skriver;

"Det kan riktignok tenkes at det blir stilt pant for en forpliktelse av annen art, f.eks. for plikten til å levere visse naturalydelse til en foderådsman eller for plikten til kontraktsmessig levering av et maskineri som først skal tilvirkes." Men han fortsetter i neste setning; "I disse tilfellene må panteretten imidlertid gjelde det erstatningskrav (i penger) som fordringshaveren får dersom debitor misligholder sin prinsipale forpliktelse. Panteretten skal jo om nødvendig føre fremt til en dekningsaksjon hvorved *pantet gjøres i penger, som igjen benyttes til hel eller delvis dekning av pantekravet.*" (min uthevelse)

Selv om det virker unaturlig kan en panterettslig tilnærming så lang benyttes. Det er to problemer. Det ene er hvorvidt man kan avtale denne formen for "realisasjon av pantet", hvilket man i Danmark kan⁵⁹, det andre er hvorvidt det i det hele tatt kan etableres en panterett i programvare.

Her diskuteres problemene i forhold til realisasjonsmåten.

Tvangsloven foreskriver salg på tvangsauksjon eller underhåndssalg, og har ingen regler om at panthaver kan overta pantet som sitt eget.

Forsåvidt kan innvendes at tvangsbruk er en nærliggende mulighet, men dette finner vi regler om i tvangsl kap 9 a, for fast eiendom, og kap 10 for skib. For andre aktiva har vi ingen tilsvarende regler, med den reservasjon som ligger i tvangsl § 176a,2. Videre er det en forskjell i måten "pantet" drives på. Det er ikke praktisk å føre regnskap, sml tvangsl § 176c. Videre kan det innvendes at det er noen likhetstrekk med reglene for realisasjon ved salgspant, hvor pantet tas tilbake, sml krkj § 17 ff. Men dette er ingen realisasjonsmåte som kan anvendes på andre ting, ut ifra regler i tvangsloven.

Spørsmålet blir da om tvangslovens regler kan fravikes eller suppleres

⁵⁸Brækhus 1988 s 4.

⁵⁹Se herom ovenfor s 47

ved avtale mellom partene. Utgangspunktet for denne diskusjonen er tvangsl § 1, hvorefter tvangsfullbyrdelse forgår "etter reglene i denne lov, hvis ikke annet er bestemt." Loven sier intet om *hvor* andre realisasjonsmåter kan være bestemt. Det er klart at det kan være bestemt i andre lover⁶⁰, men kan det være bestemt i avtale? I de tidligere utkast til loven var det eksplisitt sagt at det kun var bestemt i annen lov som gjorde unntak fra tvangslovens regler. At denne passusen forsvant i proposisjonen ble ikke begrunnet. Ikke bare § 1 er avgjørende, men den interesseavveining som ligger bak tvangsloven trekker i den retning at det ikke kan avtales andre realisasjonsmåter. Jfr Brækhus⁶¹ som skriver; "At partene ikke gjennom sin avtale kan gripe inn i tredjemanns rett er klart. De kan f.eks. ikke oppheve den beskyttelse som dekningsprinsippet (tvangsl. § 153) skal gi etterpanthaveren. Men heller ikke når det gjelder partenes innbyrdes forhold, står de fritt. Selv om § 1 isolert sett ikke ansees avgjørende, må det følge av en vanlig forhåndsbestemt fortolkning av hele loven at partene ikke har en generell adgang til å sette lovens regler til side."

Hvorvidt man kan fravike enkelte regler i tvangslovens er noe omdiskutert⁶². Det er enighet om at *de enkelte* bestemmelser i utgangspunktet ikke kan fravikes. Diskusjonen går på hvorvidt det kan avtales at pantdekning kan skje uten namsmyndighetenes mellomkomst. Men om man ønsker å følge tvangslovens system, men bare la selve realisasjonen foregå uten namsmyndighetenes mellomkomst er man kommet like langt. Hvem som forestår salget av aktivumet er ikke relevant i forhold til den problemstilling som her drøftes.

Det opereres videre med et skille mellom forhåndsavtale om realisasjonen og avtaler på realisasjonsstadiet. Dette skillet er ikke relevant i forhold til kildekodedeponering.

Det kan tenkes to typetilfeller på realisasjonsstadiet, enten mens utvikler er solvent, og dermed sitt bo rådig, eller etter at det er åpnet konkurs hos ham. I forholdet til konkursboet er det ikke sannsynlig at de vil avtale at det skal skje en frigivelse. Om de først gjør det er dette noe de *uaktet de panterettslige regler kan avtale*. Om dette

⁶⁰Noe kredittkjøpslovens realisasjonsregler er et eksempel på.

⁶¹Brækhus 1988 s 334

⁶²Se Brækhus 1988 s 333-336, med videre henvisninger.

skjer mens utvikler er sitt bo rådig er vi forsåvidt i den samme situasjon, men det er ikke praktisk at det plutselig skal avtales på dette stadiet.

Konklusjonen på denne diskusjonen er at det ikke er mulig å foreta en realisasjon innenfor et panterettslig system som er hensiktsmessig i forhold til kildekodedeponering, og følgelig kan ikke panterett anvendes for arrangementet.

At man kan foreta en pantsettelse, og håpe at man selv får tilslaget på en tvangsauksjon eller ved et underhåndssalg er forsåvidt en mulighet, men dette blir et annet arrangement. Om spørsmålet om det lar seg gjøre å etablere en panterett over datamaskinprogrammer etter pantel § 3-2, se R.Thrap-Meyer 1989 s 35, Nørager-Nielsen 1987b, Bryde Andersen 1990 og Bender og Karstoft 1991.

I dansk teori har Nørager-Nielsen tatt til orde for at en panterettslig tilnærming er det riktige, et standpunkt som støttes av Beck og Bruun Nielsen⁶³:

Det antages i almindelighed, at pantsætning af ophavsrettigheder skal ske efter reglerne om pant i løsøre. Da programmet principielt er undergivet ophavsret, forekommer derfor den ordning, som i højest mulig grad følger de almindelige regler om håndpant i løsøre, mest anbefalesværdig [sic]. Efterhånden er det da også sådanne konstruktioner, som hyppigst optræder i kontraktspraksis, omend ofte under mindre dækkende etiketter, såsom deponering eller lignende.

En pantsætning af et eksemplar af kildeprogrammet med tilhørende dokumentation og eventuelle hjælpeværktøjer på et sted, hvor en passende rådighedsberøvelse fra leverandøren er sikret - være sig hos bruger eller hos tredjemand - må derfor være udgangspunktet for en sikkerhedskonstruktion vedrørende kildeprogrammet."⁶⁴

Imidlertid kommer det klart frem i hans fremstilling at det ikke er en tradisjonell panterett han omtaler, men en sikkerhetsrett med klare panterettslige islett, eller en "panteret sui generis"⁶⁵. Videre minnes om de forskjeller som er mellom norsk og

⁶³Nørager-Nielsen 1987a og 1987b, og Beck og Bruun Nielsen 1987 s 230

⁶⁴Nørager-Nielsen 1987b s 75.

⁶⁵Dette fremkommer også av min korrespondanse med Nørager-Nielsen, hans brev av 16. august 1990.

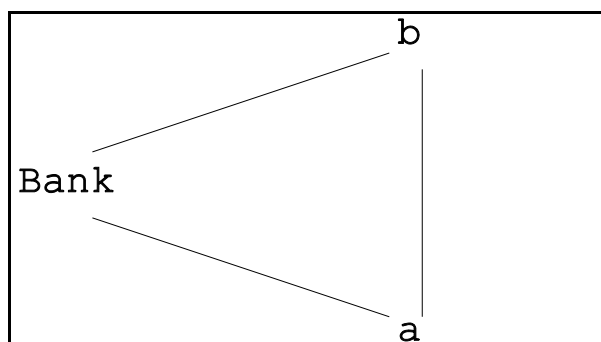
dansk panterett, både hva adgangen til å pantsette såvel som realisasjon angår.

Nørager-Nielsens standpunkt kritiseres, med rette, av Bender og Karstoff⁶⁶. Da ut ifra den betraktning at det ikke kan etableres tinglige retter i informasjon, og at det ikke forekommer en effektiv rådighetsberøvelse. Spørsmålet om hvorvidt en rådighetsberøvelse vil være effektiv, og hvilke implikasjoner dette vil ha kommer jeg tilbake til nedenfor, s 74 ff.

5.2 Deponering

Vi har ingen lovregulering av deponering som *institutt*. En deponering kan forekomme mellom to parter, eller hvor en tredjeperson opptrer som depositar. Deponering i trekantforhold er vel mest praktisk ved penger.

Det typiske er at i et forhold mellom to personer foretas en deponering av et pengebeløp, det være seg som sikkerhet for en fremtidig forpliktelse eller fordi beløpet er omtvistet, og man avtaler at inntil tvisten er avgjort skal pengene deponeres.



Figur 3 Deponering av penger

Vi har flere eksempler på at man setter omtvistede beløp inn på en egen konto. Deponering etter deponeringsloven er et eksempel på dette, men det kan også være at det følger av en avtale partene imellom. I verkstedskontrakter, om skib, er det ofte en

⁶⁶Bender og Karstoff 1991 s 83.

klausul om at dersom det er påstand om mangler ved skibet kan kjøper deponere det omtvistede beløp, og dermed få frigitt skibet. Det kan også tenkes at for i det hele tatt å få inngått en kontrakt kreves det en sikkerhet for oppfyllelsen. Her kommer likhetstrekkene med skadesløsbrev og bankgaranti frem. For skattetrekkkonto følger forpliktelsen av skattebetalingsloven § 11,4.

Konstruksjonen minner om den vi har ved deponering av kildekode, i det minste er partsforholdet likt. Den største forskjellen ligger i hva som deponeres. Det kan også være en forskjell i realisasjonen, idet det ikke er nødvendig at hele beløpet frigis til den det er deponert til fordel for.

Opsahl⁶⁷ skiller mellom "forvaringsgruppen" og "mellommannstilfelle", i den siste kommer de tilfelle hvor den som sitter med pengene ikke er depositar men "hvor det ikke er meningen at han skal sitte inne med dem annet enn som en ren overgang. Det kan være fullmektiger i avtalelovens forstand, spesielt inkassatorer, agenter og meglere." Dette skillet er reelt, men innen denne fremstilling er det ikke nødvendig å gå inn på det. Ut ifra dette skillet vil en depositar av kildekode konsekvent være en depositar også i den betydning Opsahl bruker ordet.

Rettspraksis på dette området har vært noe uklar, se blant annet Rt. 1931 s 202, Rt. 1927 s 767 og Rt. 1972 s 490. Opsahl⁶⁸ gir imidlertid uttrykk for at "[b]jetingelsen for at en slik individualisering av midler skal være bindende for boet, må være at den er bindende for debitor selv, overensstemmende med den alminnelig konkursretts regler." Se også Foighel⁶⁹ om når deponenten er avskåret fra å råde over de deponerte midler.

I Rt. 1927 s 767 var faktum at Norske Loyd A/S hadde opprettet en konto med navn "Havarikonto Sviatagor v/ A/S Norske Loyd", dette beløpet ønsket banken å bruke til motregning, men banken fikk ikke medhold. Førstevoterende begrunner dette slik: "Naar Norsk Loyd har opprettet en konto som den i saken omhandlede ... kan jeg ikke finde at det var tvilsomt, at det har vært selskapets hensigt at utskille dem fra sine egne midler og avse dem til dækning av de forpligtelser som "Sviatagor"s havari

⁶⁷Opsahl 1953 s 283-285

⁶⁸Opsahl 1953 s 297

⁶⁹Foighel 1964 s 26 ff

medfører. Dette mener jeg at også banken maa ha forstaat."

I Rt. 1931 s 202 var det mer et spørsmål om å få klarlagt faktum, enn de juridiske sider som kom frem, men det var tilsynelatende en "intern" avsetning, i den forstand at banken ikke hadde fått beskjed om hvem pengene var satt av til.

I Rt. 1972 s 490 var faktum at flyselskapet Polaris innkrevde flyplassavgift fra sine passasjerer og satte disse inn på en egen konto, og det var Luftfartsdirektoratet som etter den underliggende avtale kunne disponere disse pengene. Videre var det anmerket på kontoen hva det gjaldt. Det er noe diskusjon om Polaris er en mellommann eller ikke, men ut ifra en all-round-vurdering godtar Høyesterett at Luftfartsdirektoratet har separatistrett.

Konklusjonen på denne diskusjonen må bli at i en viss utstrekning godtas en deponering av penger - at dette er noe boet må respektere. For de fleste praktiske formåls skyld er det her tale om penger som står på en egen bankkonto. Da kan også panterettslige aspekter legges til grunn for denne konstruksjonen - at deponenten pantsetter sitt krav mot depositaren til en tredjemann, sml pantel § 4-5.

Diskusjonen i det følgende blir da om de aspekter som legges til grunn for denne sikkerhetsretten kan anvendes for deponering av kildekode.

Den mest markante forskjellen ligger i det som deponeres. Selve partsforholdet er tilnærmet identisk. Penger er det mest fungible vi har, og dermed har man oppstillet et krav om at det må foretas en *individualisering*. I tillegg til dette kreves at deponenten ikke selv kan råde over de deponerte penger. Når penger deponeres har dette to aspekter. Det ene at man har foretatt en faktisk utskillelse, slik at det ikke er tvil om hvilke penger det er snakk om. Det andre er at deponenten mister rådigheten over det deponerte. Det siste er ikke tilfelle med deponering av kildekode. Utvikler mister ikke rådigheten over den informasjon kildekoden bærer når man deponerer⁷⁰.

Dette gjør at de betraktninger som ligger til grunn ved deponering av penger ikke direkte kan anvendes på dette tilfellet. En annen sak er at de betraktninger som ligger til grunn kan være interessante i en

⁷⁰Sml Bender og Karstoft 1991 s 82

rettspolitisk vurdering.

5.3 Andre sikkerhetsretter - løsningsrett

Det er ingen andre tradisjonelle sikkerhetsretter som minner om arrangementet. Imidlertid har det likhetstrekk med løsningsretter - dette skal kort behandles.

I NOU 1984:32 defineres en løsningsrett som et "samleopgrep for rettar som går ut på å kunna overta eit formuesgode i framtida, på nærare vilkår." Denne definisjonen passer godt på deponering av kildekode. Det er slik sett intet i veien for at disse "nærare vilkår" kan være et mislighold av en avtale. Problemene oppstår når man skal betrakte dette nærmere, NOU 1984:32 omhandler kun fast eiendom, tilsvarende med Austenå 1976. En av grunnene til dette er *rettsvernsspørsmålet*. Ved fast eiendom kan de fleste rettigheter stiftes ved tinglysning, og dermed oppnå rettsvern. Ved løsøre vil normalt overlevering være den relevante rettsvernsakt, og interessen for å foreta en overlevering, som rettsvernsakt, for en fremtidig forpliktelse er i alminnelighet liten.

Dette betyr at vi i praksis kun operer med løsningsretter over fast eiendom, og at den rettslig vurdering av andre typer vil være usikker, eller praktisk lite interessant.

Dette gjør at selv om vi, på tross av at definisjonen "passer", ikke kan legge disse betraktninger ubetinget til grunn.

6. Spørsmålet om å akseptere en ny sikkerhetsrett

Etter å ha konstatert at det ikke er mulig å etablere en deponering av kildekode innenfor en tradisjonell sikkerhetsrett, blir spørsmålet i det følgende om det er mulig å godta deponering av kildekode som en ny selvstendig sikkerhetsrett.

Det første spørsmålet blir om det er begrensninger i lovgivningen som tilsier at det ikke kan etableres andre sikkerhetsretter enn de som er "kjente", enten lovregulert eller utviklet gjennom rettspraksis. Vi har ingen uttømmende *lovregulering* av de sikkerhetsretter som aksepteres, men har tillatt noen å vokse frem igjennom avtalepraksis, som er godkjent av domstolene. Eksempler på dette er eiendomsforbeholdet, sikringcession og leasing.

I forholdet mellom partene er det avtalefrihet, sml ovenfor s 18, så spørsmålet her er om det kan etableres slik at tredjemenn, her konkursboet, må respektere det.

Dette er et spørsmål som må angripes som ethvert annet juridisk spørsmål. Som Andreassen⁷¹ skriver; "I prinsippet må disse spørsmålene løses på samme måte som andre rettsspørsmål. Blant annet vil det være nødvendig både å undersøke hva den eksisterende lovgivning sier, og foreta en vurdering av hva som vil være den beste rettspolitiske løsning og hvordan man kan oppnå best mulig sammenheng med det øvrige regelverk."

Utgangspunktet for denne diskusjonen er pantel § 1-2 (2), hvoretter

⁷¹ Andreassen 1991 s 6, riktignok i relasjon til kredittsikring, men på dette punktet er det ingen forskjell.

pant ikke kan stiftes såfremt dette ikke følger av en lovbestemmelse. Spørsmålet blir da om denne bestemmelse har gyldighet, pr analogi, utenfor panterettens område.

Denne bestemmelsen kom i en noe annen versjon som § 29,3 i Rådsegn 8, og på side 73 sies det at det ikke bare fører til at panteretten ikke har rettsvern, den er sogar ugyldig mellom partene. Forholdet mellom denne bestemmelse og sikkerhetsretter er ikke på prinsipielt grunnlag drøftet av sivillovbokutvalget, men det sies på side 41-42:

Panteforesegnene lyt i somme spørsmål vera tvingande og restriktive. Det fører med seg at det i praktiske tilfelle vert prøvt å finna utveg til omgåingar. Både vår rett og framand rett har nok av døme på slikt.

Her er det grunn til å halda fram at det nyttar lite med formale og restriktive krav til pant, ifall ein kan kome utanom med å kalla det noko anna og berge realiteten. Panteforesegnene vert då lett berre eit halvtomt skal, som ikkje tener til noko gavnleg. Praksis hjelper seg med kvasiløysingar.

Ein slik rettstilstand har ymse ulemper med seg. Det vert ekstra bry med å passe på formaliteter som ikkje har nokon indre sammanheng med det røynlige innhaldet.

...

Ei ny pantelov som skal svara til føremålet kan ikkje leggja avgjerande vekt på kvafor ytre framgangsmåte som har vore nytta i konkrete tilfelle, men lyt ta emnet i så stor breidd som det sakleg høyrar saman. Då lyt ein òg ta med dei særlege tryggingsmåtane som vi har fått med grunnlag i reglane slik dei har vore tidligare. Viktigst å nemne er at eigedomsatterhald i salsvarer og tryggingstransport av krav sjølsagt kan nyttast til trygd."

I proposisjonen og innstillingen kommer det ikke frem noe av interesse for tolkningen av denne bestemmelsen. Dette betyr at pantel § 1-2 (2) bare har gyldighet for *det som kalles pant og det som reelt er pantsettelse*. Se også Andreassen⁷² i samme retning.

⁷²Andreassen 1991 s 5

Deknl § 8-17 inneholder en passus om "tilbakeholdsrett eller annen sikkerhetsrett boet må respektere", men ordlyden sier intet om hvilke disse er. Forarbeidene problematiserer ikke dette med nøyer seg med å komme med eksempler på hva som vil være praktisk:⁷³

"Reglene ... vil først og fremst være av betydning for tilbakeholdsretten, f.eks. et verksteds tilbakeholdsrett for reparasjonsvederlaget i et skip som tilhører boet. Men bestemmelsen vil også, så langt de passer, kunne anvendes på sikringscession av fordringer og eiendomsforbehold i sikringsøyemed. Reglene i § 8-15 om boets rett til salg på tvangsauksjon vil neppe få betydning for de sistnevnte former for sikkerhetsrett."

Hverken proposisjonene eller innstillingen berører problemet. Ut fra lovgrunnlaget er det intet som tilsier at vi ikke skal kunne etablere dette som en egen sikkerhetsrett. De brede teoretiske fremstillinger, om dynamisk formuesrett, har i Norge har en kasuistisk innfallsvinkel idet man diskuterer de enkelte aktiva, og de forskjellige rettigheter som kan etableres i disse⁷⁴. Ingen av disse fremstillinger behandler informasjon - generelt - eller edb-programmer - spesielt.

En av grunnene til dette kan være at vi beveger oss i randsonen for den tradisjonelle *tingsrett*, sml Brækhus og Hærem (1971 s 4); "Området for tingsretten blir rettsforholdene vedrørende de materielle ting, bortsett fra den rent kontraktsrettslige side...", sml Falkanger (1989 s 9-10) som avgrensar fremstillingen til "de materielle ting", og deler videre i fast eiendom og løsøre. Det er også en diskusjon om det kan etableres "tinglige" rettigheter i informasjon og programvare, sml Bryde Andersen (1991 s 282 ff).

Det er således ingen avgjørende motforestillinger mot å etablere nye sikkerhetsretter i norsk rett. I hvilken grad dette skal aksepteres blir da å avgjøre ut fra en interesseavveining. Denne må basere seg på partenes interesser, herunder forholdet til de øvrige måter å sikre seg tilgang til kildekoden på. I tillegg til dette kommer en vurdering av de retstekniske sider av kildekodedeponeringen - en vurdering i forhold til de hensyn som bærer våre rettsvernsregler oppe. Dette

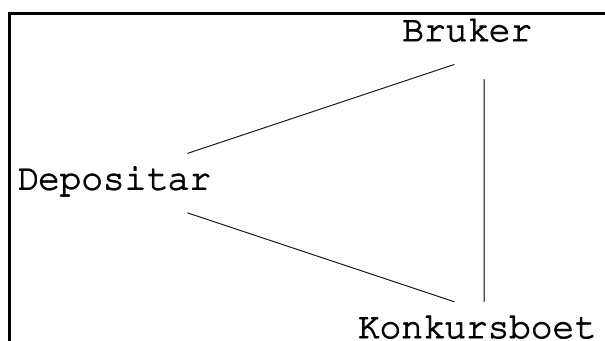
⁷³NOU 1972:20 s 345

⁷⁴Se blant annet Brækhus og Hærem 1971, Falkanger 1989 og Lilleholt 1989.

vurderingstemaet skulle være i samsvar med Andreassens syn, sml ovenfor s 61.

Jeg deler dette opp slik at jeg først diskuterer interessene i konstruksjonen - avsnitt 6.1, for deretter å se på hensynene som ligger bak våre regler om rettsvern - avsnitt 0.

6.1 En vurdering av kildekodedeponering - interesseavveining



Figur 4 Interessemotsetningene ved konkurs hos utvikler

Formålet i dette avsnittet er å diskutere de hensyn som gjør seg gjeldende i en slik konstruksjon. Spørsmålet er hvorvidt denne interesseavveiningen tilsier at vi skal akseptere at en avtale om deponering av kildekode skal respekteres av konkursboet eller ikke. Utvikler vil sjelden ha en interesse i denne konflikten. Tilsvarende vil det være med depositaren, han skal tross alt være en uavhengig tredjemann. Interessekonflikten vil bli mellom boets interesser på den ene side og brukers interesser på den annen.

Depositaren kan *faktisk* ha en interesse i utfallet av denne interessekonflikten. Dette kan være tilfelle om vi snakker om et firma som på profesjonell basis driver depositar-virksomhet. Hans interesse vil da være at dette er noe boet må respektere, ut ifra hans markedsmessige stilling. Om dette er noe som boet må respektere vil det kunne bli en akselerasjon i antallet avtaler som inngås. Tilsvarende vil utvikler, ved avtaleforhandlingene, kunne ha en interesse av utfallet av denne konflikten idet det ikke er utenkelig at det vil styrke hans muligheter til å klare å skaffe seg kontrakter. Disse interessene er imidlertid såpass vage og vanskelig å behandle at de holdes utenfor. Jeg antar også at det normalt ikke vil være så fremtredende.

6.1.1 Brukers interesser - utgangspunkter

Den grunnleggende interesse hos enhver bruker av programvare er at den anskaffede programvare til enhver tid *fungerer i forhold til forutsetningene med anskaffelsen* - i samsvar med de forutsetninger han hadde ved anskaffelsen, og de som senere er kommet til. Det er i dag flere virksomheter som utnytter informasjonsteknologi på en slik måte at de er avhengige av at det fungerer for at virksomheten skal fungere.

Det er ikke vanskelig å finne eksempler på hvor edb-teknologien har blitt en nødvendighet for virksomheters drift. Store institusjoner som BBS, VPS og Rikstrygdeverket kan tjene som eksempler. Om det er en endring av beregningsreglene i folketrygden *må* dette legges inn i programmet, for at den riktige pensjon skal utbetales til alle landets trygdemottagere. Om dette ikke lar seg gjøre fordi man ikke har tilgang til kildekode vil man lett konstatere et problem.

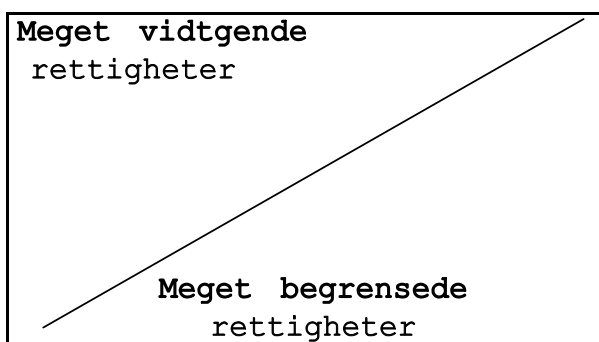
En lengere periode hvor programvaren ikke fungerer etter forutsetningene vil lett få fatale konsekvenser for virksomheten. Man kan bli tvunget til å endre rutiner, ved å anskaffe nye programmer og eventuelt benytte manuelle metoder i en periode. Dette vil være kostnadskrevende, og kan være mer enn virksomhetens økonomiske rammer tillater. En konkurs er i mange tilfeller en nærliggende situasjon.

Ut fra denne betraktningen er brukers interesse i å få tilgang til kildekoden *legitim*. Også ut ifra samfunnsmessige betraktninger er dette et hensyn som bør tillegges stor vekt. I meget stor utstrekning er det flere enn bare den ene bruker og hans økonomiske interesser som blir skadelidne. Det er også et spørsmål om arbeidsplasser hos bruker, og de ringvirkninger dette får i forhold til hans medkontrahenter og samfunnet forøvrig. Det er et aspekt av trygghet og visshet om at man kan fortsette å bruke programvaren.

Tradisjonelt er vel ikke hensynet til arbeidsplasser noe som har vært fremtredende i en slik interessekonflikt, men det er på noen få punkter kommet inn, sml de ansattes rett til å kreve et medlem i kreditorutvalget - konkl § 84, som riktignok krever at skifteretten tar stilling til spørsmålet.

Om det er en virksomhet som er av stor betydning for samfunnet eller deler av det, vil en stans i virksomheten eller en forsinkelse få meget vidtgående konsekvenser.

I forlengelsen av dette blir spørsmålet hvilke rettigheter bruker er avhengig av og hvor vidtgående hans rettigheter trenger å være for at han skal klare å oppfylle sin



Figur 5 En glideskala for rettigheter over kildekoden etter frigivelsen.

grunnleggende interesse. Her kan tenkes et spenn av muligheter, sml Tholes tredeling, ovenfor s 27.

I flere tilfeller er det ikke avtalt hvilke rettigheter bruker skal ha ved frigivelsen av kildekoden, og dette reiser i disse tilfeller tolkningsproblemer. Formodentlig kan en i disse tilfellene løse dette ut ifra en interesseavveining - ut ifra de samme betraktninger som kommer frem i den følgende diskusjon.

Ut fra disse interessene har bruker ikke behov for å få opphavsrettslige beføyelser overdratt, og dette diskuteres heller ikke, jfr avgrensningene ovenfor s 26. Det blir da muligheter innenfor et spekter som er noe mer begrenset. Den mest vidtgående varianten er at kildekoden overføres til bruker, og at han erverver eiendomsrett til såvel denne som det bærende medium. Han kan da benytte denne etter eget forgodtbefinnende i det tidsrom han selv ønsker⁷⁵. Det motsatte ytterpunkt er den løsning det danske Advokatrådet har lagt til grunn i sin standard-avtale. Her har bruker, eventuelt en representant for flere brukere, en rett til å utnytte kildekoden i det tidsrom hvor utvikler ikke klarer å oppfylle sine forpliktelser etter avtalen. Når bruker kan gjenoppta sine forpliktelser skal da kildekoden leveres tilbake til utvikler⁷⁶. Mellomløsninger kan også tenkes.

Ut ifra denne diskusjonen har bruker en legitim interesse i å sørge for at hans edb-system fungerer, men denne interessen går ikke lenger enn at han skal ha tilgang til kildekoden i det tidsrom misligholdet foreligger, og han trenger en rett til å endre denne.

6.1.2 Boets interesser - utgangspunkter

Boets interesser ligger i konkursbehandlingens formål. Boet skal tilgodese kreditorfellesskapet, ved å realisere boets verdier - og deretter overføre disse til de enkelte kreditorer - etter reglene i deknl

⁷⁵Med de begrensninger som følger av de opphavsrettslige regler

⁷⁶Dette betyr samtidig at om misligholdet blir evigvarig har bruker av programmet også, faktisk, en rett til å bruke kildekoden.

kap 9. Konkurs er i utgangspunktet en *destruktiv* prosess i den forstand at det ikke er en prosess som skal forsøk å sørge for videre drift, ei heller å oppfylle de kontrakter konkursdebitor har inngått.

Det siste illustreres ved boets valgfrihet til å tre inn i de avtaler konkursdebitor har inngått, sml dekl kap 7. Boet vil tre inn i de avtaler som er økonomisk fordelaktige for boet, og la være å tre inn i de øvrige. I en del tilfeller klarer boet å selge virksomheten som et "going concern", men dette er fordi det er den realisasjonsmåte som innbringer boet mest penger. At virksomheten fortsetter vil således være en sideeffekt av bobehandlingen, og ikke et resultat av dens formål.

At det er deponert kildekode til fordel for diverse brukere av programvare vil derfor *kunne komme* i en konflikt med boets interesser. I den forstand at det kan føre til en begrensning av aktiver. Hvor sterk denne interessen er vil jeg komme tilbake til nedenfor, s 70 ff.

Det/de deponerte eksemplarer av kildekoden vil i praksis ikke ha noen økonomisk interesse for boet, den reduksjon som kan være aktuell er at det setter bruker i stand til å selv foreta retting av feil samt videreutvikling av programmet, uavhengig av det underliggende avtaleforhold. I sin mest ekstreme variant vil det kunne innebære at opphavsretten ikke har noen videre verdi lenger. Dette kan være tilfelle hvor det er fullt ut individualutviklet programvare for denne bruker, og det er intet marked utover dette. Om deponeringsavtalen er utformet slik at bruker da ikke lenger er avhengig av noen medkontrahent vil i praksis opphavsretten miste sin verdi. Riktignok vil konsekvensene i alminnelighet ikke bli såpass kraftige.

6.1.3 Om boet ikke ønsker å tre inn i avtalen

I forlengelsen av disse utgangspunktene for partenes interesser skal jeg gå igjennom de forskjellige tilfeller hvor boet ikke ønsker å tre inn i avtalen. Formålet med denne gjennomgangen er å få frem de forskjellige tenkelige interessekonflikter.

Om boet trer inn i avtalen vil det normalt bli bundet av klausulen om deponering av

kildekode, sml ovenfor s 52, så her foreligger det ingen interessekonflikt - som trenger å løses. Løsningen følger allerede av dekl § 7-4.

Det som ofte vil skje i en konkurssituasjon er at nøkkelpersonell hos konkursdebitor slutter, og dermed er det vanskelig for boet å drive virksomheten videre. Om dette er tilfelle vil boet ikke ha mulighet til å oppfylle avtalen. I disse tilfellene vil boets interesse for å tre inn i avtalen være minimal. Om boet heller ikke ser en økonomisk verdi i kildekoden skulle det heller ikke foreligge noen interessekonflikt. Og det er lite sannsynlig at boet vil protestere mot frigivelsen av kildekoden.

Det kan imidlertid tenkes at boet ikke har mulighet til å følge opp de avtalemessige forpliktelser som hviler på konkursdebitor, men at de innser at kildekoden kan ha en økonomisk verdi for brukeren av programvaren - og derfor ønsker å selge kildekoden til ham. Dette er noe boet kan gjøre med andre aktiver.

Det kan også tenkes at boet ønsker en ny avtale. Dette er tross alt det tradisjonelle fortrinn man gir konkursboer ved at de kan tre inn eller la være å tre inn i avtaler som konkursdebitor har inngått. En følge av denne valgfriheten er at boet kan la være å tre inn i avtaler som ikke er fordelaktige for boet, men i neste omgang inngå en ny avtale. Det legislative grunnlaget for denne retten er at det ofte er de mindre fordelaktige avtaler som har vært en medvirkende årsak til at debitor gikk konkurs.

For boet kan det knytte seg en del farer til det å velge en slik fremgangsmåte, interessen for å tre inn i en slik avtale vil være avhengig av boets muligheter til å oppfylle avtalens bestemmelser om utbedring og videreutvikling. I de tilfeller hvor det er en avtale om disposisjonsrett har man jo allerede rettsvern for denne.

Det er da et spørsmål om dette er et aktverdig formål, Bender og Karstoft argumenterer sterkt for at dette ikke er aktverdig⁷⁷;

⁷⁷Bender og Karstoft 1991 s 85

I forhold til *leverandørens konkursbo* er der heller ikke hensyn, der taler mod sikkerhedsdeponeringens anerkendelse, da anerkendelse ikke vil medføre noget direkte tap for boet. Boets interesse i at inndrage det deponerede i konkursmassen vil fortrinsvis være begrundet i ønsket om at tilbagesælge dette til køberen [brukeren] mod vederlag. ... Køberen har allerede én gang betalt leverandøren for den service en deponering er, og den begrænsede byrde deponeringens anerkendelse vil være for boet, modsvares af det vederlag, der er tilflydt leverandøren og dermed bomassen ved køberens betaling. Dersom man ikke aksepterer sikkerhedsdeponeringen som havende retsværn, vil kreditorerne kunne opnå en ubegrundet berigelse ved gensalg til køberen, og en sådan interesse er ikke beskyttelsesverdigg.

Mot denne argumentasjonen kan det innvendes at brukeren normalt ikke vil ha betalt noe eksplisitt for deponeringen til *utvikler av programvaren*. Det gjennomgående trekk er riktignok at bruker betaler de utgifter som er forbundet med deponeringen - men da til depositaren. Det vil ofte være slik at bruker får noe av boets midler han ikke har betalt for, og det er en disposisjon fra konkursdebitors side som har redusert muligheten til dekning ved konkurs.

Det er også et spørsmål om hvilken verdi boet berøves ved frigivelsen av kildekoden. Her må det tas i betraktning at dette er en *misligholdsbeføyelse*, og at bruker uansett har rettsvern for sin disposisjonsrett. Dette begrenser boets positive interesse i reforhandling av avtalen. I og med at boet allerede har kildekoden, vil det ikke føre til noen øket verdi at de får en til, sml ovenfor s 38. Den verdi dette har for boet må da bli en *økonomisk interesse i at brukeren ikke får kildekoden utlevert*. Denne er vanskelig å kvantifisere generelt, men i de fleste tilfelle vil den neppe være stor. Slik at brukers interesse i å få kildekoden utlevert er betraktelig større enn boets interesse i at den ikke utleveres.

6.1.4 Vurdering i forhold til de alternativer som foreligger

Deponering av kildekode er ikke den eneste måte for brukeren å sikre seg tilgang til kildekoden. Det er flere andre tenkelige alternativer. Denne diskusjonen blir en vurdering av disse i forhold til deponering.

Det kan avtales at bruker skal få kildekoden utlevert fra utvikleren ved mislighold. Imidlertid er dette en løsning som konkursboet neppe trenger å respektere.

Den enkleste måte å sikre seg tilgang til kildekoden på er ved at denne leveres direkte til brukeren av programvaren. Det er imidlertid vanskelig å få utvikler med på en slik løsning, medmindre man har en *meget sterk* forhandlingsposisjon. Derfor er dette sjeldent et alternativ til deponering.

En annen variant kan være at bruker får utlevert et eksemplar av kildekoden i kryptert form, og at krypteringsnøkkelen deponeres hos en tredjemann. En slik løsning er det tenkelig at partene kan enes om. Her vil den samme tvist om retten til krypteringsnøkkelen kunne oppstå, og tilsynelatende kan resultatet bli som ved deponering av kildekode. Forskjellen ligger i at brukeren har en faktisk mulighet til å "finne" krypteringsnøkkelen, selv om dette kan medføre en god del arbeid. Det enkleste vil være å eksekvere et program som prøver ut de forskjellige krypteringsmetoder. Det er selvfølgelig en usikkerhet i dette, det er ikke garantert at man klarer å knekke koden, men det er en *viss mulighet*.

Opphavsrettslig vil den dekrypterte kildekoden medføre en eksemplarfremstilling, men om dette arrangementet først er avtalt mellom partene må det antas at denne retten er overdratt.

En variant av denne er at krypteringsnøkkelen leveres et av styremedlemmene hos bruker og at han har et personlig ansvar om den misbrukes⁷⁸. Her vil det ikke bli problemer i forhold til konkursboet.

En siste mulighet er at det avtales en rett til reverse engineering, dette forutsetter en eksemplarfremstilling, hvilket er en opphavsrettslig beføyelse. I og med avtalen er dette noe konkursboet må respektere.

⁷⁸Denne varianten ble Clause of the month i Computer Law Strategist, november 1990.

Et problem, og svakhet, med alle disse alternativene er at bruker sjelden vil ha tilgang til dokumentasjonen over kildekoden. Utvikler kan gjerne gi slike retter som omtalt i dette avsnittet, men interessen for å gi fra seg dokumentasjonen er liten. Det vil i mange tilfelle være henimot ensbetydende med å levere ut kildekoden samtidig. De "forretningshemmeligheter" som ligger i denne åpenbares allikevel i dokumentasjonen. Men uansett disse svakhetene vil bruker få tilgang til kildekoden⁷⁹.

Grunnen til at partene velger nettopp deponering er at det for begge parter er den mest hensiktsmessige løsning. En vurdering av det mest hensiktsmessige i et avtaleforhold mellom to solvente parter.

Men om han først får tilgang til kildekoden er bruker kommet et godt stykke på vei, i forholdet til konkursboet. Dette viser at konkursboets interesse uansett er svak.

6.1.5 Situasjonen om deponering er avtalt, men ikke må respekteres av konkursboet

Aspektet i dette avsnittet er det tilfelle at partene har avtalt en deponering av kildekode, men at dette er noe som ikke har rettsvern ovenfor konkursboet. Formålet er å se på hva som da vil bli den rettslige og praktiske løsning.

Normalt vil konsekvensen av manglende rettsvern være at man ikke får noen rettigheter i det hele tatt. Imidlertid trenger ikke dette å være løsningen.

Når partene har avtalt en deponering av kildekode følger det direkte av avtalen, at brukeren, når kriteriene for frigivelse inntreffer, har mer vidtgående rettigheter enn tidligere. I det minste gis han en avtalebasert rett til eksemplarfremstilling. Et utgangspunkt kan være

⁷⁹Eller i tilfelle av reverse engineering noe som ikke er identisk med den opprinnelige kildekode, men som allikevel kan brukes

åvl § 39a som begrenser rettighetene til det som er "nødvendig for bruken av programmet". Dette begrenser retten til eksemplarfremstilling til det som er nødvendig for den daglige bruk. Dette vil normalt ikke være annet enn en rett til å fremstille et eksemplar på sitt platelager. Men når han får en rett til å endre programmet blir retten til eksemplarfremstilling videre.

Det kan argumenteres for at dette automatisk gir en rett til reverse engineering. Det springende punkt er hvorvidt frigivelsen av kildekode er det som utløser retten til å foreta eksemplarfremstillinger for å endre programmet eller om det er det mislighold som er definert i avtalen. Dette kan bero på den enkelte avtales formulering. Det kan sies direkte at denne retten også inntreffer ved misligholdet. Problemet oppstår om avtalen ikke tar stilling til dette spørsmålet.

Normalt vil avtalpartene ikke ha noen direkte oppfordring til å ta stilling til spørsmålet, idet den mer vidtgående retten til eksemplarfremstilling er en forutsetning for å gjøre noe med kildekode etter frigivelsen. En omhyggelig utformet avtale vil derimot reflektere dette alternativet. I utenlandske avtaler er det gjerne et punkt om hvilke rettigheter brukeren har over kildekode. Dette er normalt ikke annet enn det som følger av en normal tolkning av de øvrige punkter i avtalen, supplert med åvl § 39a.

Spørsmålet er tvilsomt, men gode grunner taler for at brukeren har en rett til reverse engineering i disse tilfellene.

6.1.6 Sammenfatning - foreløbig konklusjon

I diskusjonen har det kommet frem at det er kryssende hensyn. Det blir da et spørsmål om å veie de mot hverandre. Siden brukers interesse i å få kildekode utlevert, er betraktelig større enn den interessen boet har i at den ikke utleveres, vil jeg legge vekt på dette.

Vi har også sett at boets interesser er betydelig svekket ut ifra de faktiske alternativer som foreligger.

Etter en helhetsvurdering av hensynene synes det som om brukers interesser, er sterkere enn konkursboets. Dette taler for at kildekoden skal frigis.

6.2 Vurdering av rettsvernsakten

Det er etter dette sterke hensyn som taler for at bruker skal få kildekoden utlevert fra sitt depot. Men for de sikkerhetsretter vi har kreves alltid en eller annen form for rettsvernsakt. Disse er basert på visse hensyn. Formålet i denne delen er å diskutere de forskjellige hensyn som bærer reglene om rettsvern oppe, for å vurdere hvordan disse gjør seg gjeldende ved avtaler om deponering av kildekode.

Utgangspunktet omtales gjerne dithen at konkursboets rett er avledet av konkursdebitors, men i en viss utstrekning kan konkursboet ekstinkvere retten som er overdratt til avtaleerhververe - her bruker av programvaren. Det kreves en eller annen rettsvernsakt for at en overdragelse av eiendeler eller rettigheter skal måtte respekteres av konkursboet. En av de viktigste grunner til at dette kravet opptrer er de retts tekniske årsaker eller de bevismessige problemer som vil ligge her. Sml Brækhus og Hærem (1971 s 475 ff) og Brækhus (1983 s 30 ff). Når det gjelder deponering av kildekode er det i de tilfelle hvor man har deponert forut for konkursåpningen rettmessig og må respekteres av partene, men det kan jo tenkes tilfelle hvor det ikke er slike lojale disposisjoner som er foretatt. Det vil derfor kreves en eller annen rettsvernsakt - om så finnes.

De lege ferenda kunne man tenke seg flere forskjellige typer rettsvernsakter som kunne være relevante. Det kunne ha vært tenkelig med en eller annen registreringsordning; en eller annen notarialakt⁸⁰; avtalen alene eller; en eller annen form for notifikasjon. Det kan også tenkes mellomløsninger, så som rettsvernsreglene ved overdragelse av løsøre - hvor en interesseavveining er sentral.

Dette er på ingen måte ment som en uttømmende eksemplifisering av tenkelige

⁸⁰For de land som har et utbygget notarialvesen.

rettsvernsakter. Så vidt meg bekjent finnes det ingen eksempler på juridiksjoner som har et system for registrering av slike sikkerhetsretter. Tilsvarende gjelder notifikasjon og avtalen alene. I alle juridiksjoner kreves i det minste overlevering. Bruk av notar har en del interessante aspekter i de aktuelle juridiksjoner, se således Thole 1989 s 117 ff.

Ut ifra norsk rett er det eneste alternativ en *overlevering*⁸¹. Drøftelsen vil derfor konsentrere seg om hvorvidt dette er en *adekvat* rettsvernsakt i forhold til den rett som søkes etablert. Dette tar utgangspunkt i de to hensyn som tradisjonelt har båret kravet om overlevering oppe, notoritet og publisitet. I tillegg kommer et hensyn som i andre relasjoner kommer frem, hensynet til rådgighetsbegrensning. Dette hensynet har vært sterkere fremme i teorien i Danmark enn i Norge. Se blandt annet Rørdam og Carstensen⁸², som - i relasjon til panterett - skriver: "fælles for de forskellige typer sikringsakter, der kræves iagttaget, er at de tilsigter at virke *prioritetskonstaterende, offentliggørende og rådgighedsbegrænsende*." I Norge er dette hensynet kommet sterkest frem i relasjonen til spørsmålet om adgangen til å pantsette. Det fører til en begrensning i pantsettingen om det kreves at man må levere pantet fra seg. Men det behandles også som en del av notoritetshensynet og publisitetshensynet.

I en viss grad griper disse hensynene inn i hverandre i og med at det er den samme rettsvernsakt som er relevant. Som det fremgår av diskusjonen er det dennes svakheter i relasjon til informasjon som slår ut i begge tilfeller.

Det er ikke innenfor avhandlingen rom for å gå inn på disse hensynene i hele sin bredde. Det som behandles her er hvorvidt, og i hvilken utstrekning, disse hensynene gjør seg gjeldende ved deponering av kildekode.

⁸¹Det er ikke mulig å registrere det i Løsøreregisteret, sml tingl § 12.

⁸²Carstensen og Rørdam 1989 s 62 ff

6.2.1 Notoritet

Notoritetshensynet bygger på at noe skal være notorisk - "at det er vitterlig, åpenbart, objektivt, kontrollbart. Et krav om at visse stiftelser må være notoriske, såvel med hensyn til stiftelsestid, som med hensyn til innhold, for at de skal "stå seg" i forhold til kreditorene, vil i mange tilfeller hindre eller vanskeliggjøre kreditorsvik o.l."⁸³.

Det eksempel hvor notoritetshensynet står sterkest er ved registrering i offentlige registre; tinglysning over fast eiendom, skib mv, registrering i Verdipapirsentralen, registrering av Brønnøysundregistrene. Her er det en offentlig notorialakt.

Hvor overlevering er den relevante rettsvernsakt er notoriteten svak. Dersom et aktivum er levert før konkursåpningen og ikke finnes i boet kan man anta at det er foretatt en overlevering, men tidspunktet for denne er ikke sikkert, ei heller de nærmere vilkår for rettsstiftelsen.

Dette gir at den notoritet som skapes ved overlevering av løsøre i alminnelighet er svak. På dette punktet skriver Brækhus⁸⁴; "Finnes gjenstandene i debitors besiddelse ved konkursåpningen, kan kjøperen eller panthaveren i så fall ikke gjøre noe krav på dem; overleveringen kan jo ikke antedateres."

Tilsvarende skriver Rørdam og Carstensen⁸⁵, at "under en udlægsforretning m.v. [vil det] komme frem, hvor genstanden er, og om sikringsakten er iagttaget, således at prioritetskonflikter undgås." De fortsetter videre i relasjon til kriteriet om rådighetsbegrensning; "[d]et turde være overflødig at nævne, at sikringsaktens rådighetsberøvelse naturligvis er effektiv i relation til den rådighetsbegrensende virkning".

I relasjon til deponering av kildekode er notoritetsvirkningene enda

⁸³Brækhus 1983 s 54

⁸⁴Brækhus 1983 s 56

⁸⁵Rørdam og Carstensen 1989 s 64

svakere - selv om man finner et kildekodeeksemplar hos konkursdebitor kan han godt ha levert fra seg et utall andre. Det berøver ikke utvikler noe som helst. Videre er kriterier besiddelse noe kunstig i relasjon til programvare, jfr ovenfor s 38.

Om det derimot viser seg at det finnes et eksemplar av kildekoden utenfor konkursdebitors forretningslokale, kan dette skape en viss notoritet. Problemet er at dette er relativt uproblematisk å fremskaffe en slik kopi etter konkursåpningen, det er således mulig å "antedatere" en overlevering.

6.2.2 Publisitetshensynet

Publisitetshensynets formål er at det skal vises for omverdenen at en eller annen rettshandel er foretatt. I relasjon til kravet om tinglysning eller registrering innebærer dette at hvem som helst kan ha tilgang til tinglysningsprotokollene eller registeret. I relasjon til overlevering er prinsippet at man skal gi noe fra seg, sml pantel § 1-1(3) "Med håndpant menes en panterett hvor rådigheten blir fratatt eieren". Og når man er fratatt objektet for sikkerhetsretten kan man ikke lenger bruke det selv. Publisiteten ligger da i at man selv ikke lenger kan benytte gjenstanden.

Se forsåvidt Hagerup 1925 s 93; "Naar loven fordrer, at haandpant skal overleveres i panthaverens besiddelse, er derved vistnok i almindelighet ment *enebesiddelse*, saa at det ikke er tilstrækkeligt, at pantsætter og panthaver er i *sambesiddelse* af tingen."

Det er ikke det at objektet leveres til andre, men at man selv mister rådigheten over objektet som er det sentrale i relasjon til publisitetshensynet.

Ved overlevering trenger imidlertid ikke publisiteten å være stor - om man pantsetter sitt arvesølv vil dette ikke oppdages av mange.

Riktignok så leverer man fra seg eksemplarer av kildekoden ved deponering, imidlertid skjer dette på den måte at man foretar en

eksemplarframstilling, og deponerer denne. Dette innebærer at man gir fra seg et objekt, og beholder det samme. Det skjer ingen rådighetsberøvelse.

Man kan betrakte det enkelte eksemplar av kildekode isolert, men i relasjon til disse hensyn vil det være en *misvisende* synsvinkel. Om man følger denne betraktning vil man ikke kunne følge det som relevant som objekt (informasjonen ikke det bærende medium), og betraktningen blir formalistisk, den følger en formell tankebane og skjærer ikke ned til realiteten.

6.2.3 Sammenfatning

Sammenfatningsvis så er notoritetshensynet noe svakere enn det vanligvis er for de tilfeller hvor overlevering er den relevante rettsvernsakt, og at publisitetshensynet ikke tilfredsstilles.

Etter dette er det demonstrert at overlevering er den rettsvernsakt som kan vær relevant. De øvrige alternativer er ikke aktuelle i Norge i dag. Det er også vist at de hensyn som tradisjonelt bærer oppe et krav om overlevering i liten grad har samme styrke når det er informasjon som er objekt for sikkerheten (overdragelsen).

Innenfor de muligheter som finnes i dag er det alikevel *ikke mulig å etablere rettsvern ved en akt som har sterkere notoritet og publisitet enn overlevering*. Dette er også et hensyn som må telle med i vurderingen. Dette vil være en disposisjon som er av betydning for den enkelte bruker av programvaren, og det virker strengt å avskjære den med den begrunnelse at det ikke lar seg gjøre å oppnå publisitetsvirkninger.

Dette indikerer et behov for å etablere en rettsvernsordning som gir en bedre notoritet og publisitet enn overlevering er. En eller annen registreringsordning eller notarialakt, som vi kjenner eksempler på, hadde her vært en mulighet. Dette er da en oppgave som eventuelt tilkommer lovgiver.

6.3 Konklusjon

Utgangspunktet for denne diskusjonen om å godskjenne en ny sikkerhetsrett er at dette er noe som skal løses som andre rettsspørsmål, ovenfor s 61. I og med at det er få rettskildefaktorer som er direkte anvendelig vil man i stor grad måtte benytte reelle hensyn i denne vurderingen.

Ved et slikt arrangement er notoritet og publisitet svak. Dette skyldes mer informasjonens egenart enn mangel på vilje til å sikre notoritet og publisitet for overleveringen. Som det har fremgått ovenfor er hensynene til bruker sterkere enn hensynene til konkursboet.

Vi ser også at dette er et arrangement som innen flere jurisdiksjoner godtas, eller at man i teorien argumenterer for at dette er et arrangement som skal godtas. Dette indikerer at denne interesseavveiningen heller i samme retning også utenfor Norge. Brukers behov for å sikre sin fortsatte bruk av programvaren er fremtredende.

Ut ifra dette taler de beste hensyn for at dette er et arrangement som konkursboet må respektere.

Rettspraksis

Norsk rettspraksis

Rt. 1927 s 767'58

Rt. 1931 s 202'59

Rt. 1972 s 490'59

Amerikansk rettspraksis:

Lubrizol Enterprises inc v. Richmond Metal Finishers inc 756 F.2d
1043 (1985) 26

Nederlandsk rettspraksis:

Achilles-dommen, President Arrondissementsrechtsbank Alkmaar,
dom av 30 januar 1991 48

Literaturliste

Aamot, Ragnar (1991) A knowlegde-intensive, itegrated approach to problem solving and sustained learning, ITD-rapport 1991:7, Trondheim

Andenæs Mads Henry (1989) *Kontraktsvilkår*, Oslo

Andreassen, Jens Edvin (1991) *Betydningen av etablert forretningspraksis ved avtaler om kreditt og kredittsikring*, Jussens Venner 1991 s 1 ff

Austenå, Torgeir (1976) *Løsningsrettigheter*, Oslo

Beck, Strange og Bruun Nielsen, Ole (1987) *Edb-kontrakter - nogle betraktninger i anledning af en ny bog*, Ugeskrift for Retsvæsen, 1987 B 221-132

Bender, Hanne og Karstoft, Susanne (1991) *Sikkerhedsdeponering i edb-køb*, Ugeskrift for Retsvæsen, 1991 s 81 ff

Berlin, Richard (1987) *Kreditsäkerhet i information*, IRI-rapport 1987:4, Stockholm

Bigelow, Robert P. (1989 ff) *Computer Contracts, Negotiating, Drafting 2*

Bing, Jon (1981) *Information Law?*, Journal of Media Law and Practice 1981 s 219 - 239), (slik gjengitt i R. Thrap-Meyer (red) utvalgte emner i rettsinformatikk, CompLex 1/88, Oslo, 1988

Bing, Jon (1985) *Opphavsrett og edb*, CompLex 2/85, Oslo

Bing, Jon (1987) *Electonic Publishing*, CompLex 6/87, Oslo

Bing,Jon; Madsen, Kristine M.og Myrland, Kjell (1987) *Strafferettslig vern av immaterielle goder*, CompLex 12/87, Oslo

- Bryde Andersen, Mads (1987) *Forsikring af edb-systemet*, Bryde Andersen (red) EDB for brugere, København, 1987
- Bryde Andersen, Mads (1988) *EDB og ansvar*, København
- Bryde Andersen, Mads (1991) *Lærebog i edb-ret*, København
- Brækhus, Sjur (1983) *Omsetning som retsteknisk problem, tinglysning (Omsetning og kreditt 3)*, Oslo
- Brækhus, Sjur (1988) *Omsetning og Kreditt 2, Pant og annen realsikkerhet*, Oslo
- Brækhus, Sjur og Hærem, Axel (1971) *Norsk Tingsrett*, Oslo Bergen Tromsø
- Christensen, Dan R.B. *Forbrukerkøb af standardprogrammel*, København, ikke publisert.
- Colman, Susan (1989) *Kildekode og "escrow" etter den amerikanske konkurslovgivning*, Lov & Data nr 20 des 1989
- Conley, John M. og Bryan, Robert M. (1987) *Software Escrow and "Cram-down" License Agreements under the new Bankruptcy Code*, utarbeidet for Minnesota Continuing Legal Education, gjengitt i Bigelow 1989 ff, App 2 Item 7],
- Countryman, Vern (1973) *Executory Contracts in Bankruptcy, Part I*, Minn.L. Rev. 439,460 (1973)
- Eckhoff, Torstein (1987) *Rettskildelære*, Oslo
- Falkanger, Thor (1989) *Kompendium Dynamisk tingsrett*, Oslo
- Foighel, Isi (1964) *Om at deponere hos advokat*, Ugeskrift for Retsvæsen, 1964B s 25 ff
- Hagerup, Francis (1925) *Den norske panteret*, Oslo

Hemnes, Thomas M.S. (1988) *Computer Software Licensing After the Enactment of the Intellectual Property Bankruptcy Protection Act*, The Computer Lawyer, vol 5. Number 10. October 1988, s 7 ff

Knoph, Ragnar (1936) *Åndsretten*, Oslo

Lilleholt, Kåre (1989) *Godtruerverv og kreditorvern*, Oslo

Niblett, Bryan (1980) *Legal Protection of Computer Programs*, Oyez, London

NOU 1972:20 *Gjeldsforhandling og konkurs*

NOU 1984:32 *Løysingsrettar*

Nørager-Nielsen, Jacob (1987a) *edb-Kontrakter*, København

Nørager-Nielsen, Jacob (1987b) *Sikkerhedsanordninger vedrørende kildeprogrammel*, i Beck og Bruun Nielsen, Ret og informationsteknologi, Aarhus, 1987 s 73-78

Opsahl, Torkel (1953) *Vindikasjon av penger*, Tidsskrift for Rettsvidenskap, 1953 s 267

Rørdam, Thomas og Carstensen, Vagn (1989) *Pant*, København

Rådsegn 8, *Om pant*, Bergen, 1970

Sherman Cary H. og Berck, Jonathan S.S. (1988) *A practitioner's view of source code escrows*, 10th annual computer law Institute, Brooks (ed), New York, 1988

SSA; *Statens Standard for edb-kontrakter*

Stensaasen, Tarjei (1987) *Rettslig vern av edb-programmer og databaser*, Oslo

Tapper, Tapper (1989) *Computer Law* (4th edition), London and New York

Thole, E.P.M. (1989) *Het depot van de broncode in Nederland*, Informaticagericht, 1989, s 105 ff

Thrap-Meyer, Ellen Kathrine (1989) *Forbrukerkjøp og EDB* Teresa (58), CompLex 5/89, Oslo

Thrap-Meyer, Ellen Kathrine og Robin (1989) *Datamaskinprogrammer og rettslig klassifikasjon*, i Schartum (red) IRIS SPECTRUM, CompLex 1/90, Oslo 1989

Thrap-Meyer, Robin (1989) *Pantsettelse av datamaskinprogrammer og databaser* Teresa 70, CompLex 4/89, Oslo

Torvund, Olav (1988) *Omsetning og Kreditt i informasjonssamfunnet*, i Falkanger (red) Lov, Dom, Bok festskrift til Sjur Brækhus, slik gjengitt i Schartum (red) IRIS SPECTRUM, CompLex 1/90, Oslo 1989

Wilson-Lantz, Anna (1986) *Sakrättsliga aspekter på datorprogram och databaser*, IRI-rapport 1986:4, Stockholm

Forkortelser*Norske lover:*

deknl lov om fordringshaveres dekningsrett (dekningsloven) 8. juni
1984 nr. 59

kjl lov om kjøp 13. mai 1988 nr. 27

konkl lov om gjeldsofrhandling og konkurs (konkursloven) 8. juni
1984 nr. 58

krkjl lov om kredittkjøp m.m. 21. juni 1985 nr. 82

pantel lov om pant 8. februar 1980 nr.2

tingl lov om tinglysning 7. juni 1935 nr.3

tvangsl lov om tvangsfuldbyrdelse 13. august 1915 nr. 7

åvl lov om opphavsrett til åndsverk m.v. 12. mai 1961 nr 2

Andre forkortelser

Rt. Norsk Retstidende

U. Ugeskrift for Retsvæsen