



# NORGES HØYESTERETT

## D O M

avsagt 12. juni 2023 av Høyesterett i avdeling med

dommer Kristin Normann  
dommer Knut H. Kallerud  
dommer Cecilie Østensen Berglund  
dommer Knut Erik Sæther  
konstituert dommer Magni Elsheim

**HR-2023-1077-A, (sak nr. 22-16350SIV-HRET)**  
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 19. september 2022

TONO SA

(advokat Magnus Hauge Greaker – til prøve)

mot

Stiftelsen Oslo-Filharmonien

(advokat Are Stenvik)

## S T E M M E G I V N I N G

(1) Dommer **Sæther:**

**Sakens spørsmål og bakgrunn**

- (2) Saken gjelder spørsmål om hvilket vederlag Stiftelsen Oslo-Filharmonien skal betale til TONO SA for fremføring av musikk i konserter.
- (3) Komponister som er opphavere til musikkverk har enerett til å råde over verket, jf. åndsverkloven § 2 og § 3. Det kan tenkes unntak, men i praksis er alle norske komponister medlem av TONO SA, en kollektiv organisasjon som forvalter medlemmenes eneretter til å råde over musikkverk ved eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten. TONO SA, heretter omtalt som TONO, har 62 ansatte og gir lisens til offentlige fremføringer av vernet musikk og krever inn vederlag til medlemmene. Foretaket har i overkant av 35 000 norske medlemmer og forvalter også rettighetene til tre millioner utenlandske rettighetshavere gjennom gjensidige avtaler med tilsvarende organisasjoner i andre land. I 2021 utgjorde samlede innbetalinger til TONO om lag 884 millioner kroner, hvorav 44 millioner i inntekter fra konserter.
- (4) Stiftelsen Oslo-Filharmonien, heretter omtalt som Oslo-Filharmonien, er et internasjonalt anerkjent symfoniorkester med 108 ansatte musikere og en administrasjon på 20 personer. Orkesterets faste konsertsal er Oslo konserthus. Orkesteret arrangerer der 60–70 konserter i året og reiser i tillegg på turnéer i inn- og utland. Oslo-Filharmonien fremfører både verk som ikke lenger nyter opphavsrettslig vern, og musikk som er vernet. De årlige driftskostnadene har i perioden 2017–2021 ligget på mellom 174 og 193 millioner kroner. Statstilskuddene har de samme årene utgjort mellom 160 og 185 millioner kroner, det vil si mellom 80 og 94 prosent av orkesterets totale inntekter. Billettinntekter utgjør om lag 20 millioner kroner per år.
- (5) Offentlig fremføring av musikk som er vernet som åndsverk, krever avtale med TONO. Normalt betales det vederlag etter den såkalte konserttariffen. Tariffen er innrettet slik at konsertarrangøren før arrangementet søker om tillatelse fra TONO til å fremføre vernet musikk, og – etter at konserten er holdt – informerer om billettinntekter og tilskuertall. Vederlaget beregnes som hovedregel ut fra bruttoinntekter per konsert. Lenge hadde det ingen betydning hvor stor del av den fremførte musikken som er vernet av opphavsretten, men i 2022 ble vilkårene endret slik at vederlaget reduseres forholdsmessig hvis deler av konsertprogrammet ikke er vernet. Etter en endring i 2021 fremgår det dessuten av tariffen at TONO ved beregningen av vederlaget kan ta hensyn til økonomisk støtte i form av offentlige tilskudd. Dersom det ikke spilles vernet musikk overhodet, betales det ikke vederlag til TONO.
- (6) Konserttariffen er med andre ord den alminnelige modellen for beregning av vederlag for fremføring av musikk som er opphavsrettslig vernet. I flere tiår har imidlertid TONO hatt særskilte avtaler med Oslo-Filharmonien, Musikkselskapet Harmonien i Bergen, Trondheim Symfoniorkester & Opera og Stavanger Symfoniorkester som trer i stedet for konserttariffen. I 1984 ble det avtalt at disse fire orkestrene, gjerne omtalt som «de fire store», fikk en forhåndsgodkjenning om å kunne arrangere konserter med TONOs repertoar mot å betale et årlig vederlag basert på en prosentsats av orkestrenes samlede

inntekter, henholdsvis 1,2 prosent for Oslo-Filharmonien og Musikkelskapet Harmonien og 0,8 prosent for de to andre. I 1996 gikk partene bort fra en prosentandel av inntektene til fordel for et bestemt beløp som skulle indeksreguleres. For Oslo-Filharmonien utgjorde beløpet 663 753 kroner i 1996, som tilsvarte 1,2 prosent av orkesterets totale inntekter i 1995. Orkesteret rapporterte årlig inn hvilke verk de hadde fremført, slik at TONO hadde grunnlag for avregning til rettighetshaverne. Avtalen gjaldt for ett år av gangen og ble automatisk forlenget med mindre den ble sagt opp med 15 måneders varsel.

- (7) TONO sa opp avtalen med Oslo-Filharmonien i 2014 med virkning fra 2016. Bakgrunnen var at TONO ønsket å få flere konsertarrangører over på samme modell som de fire store, men forhandlinger om dette førte ikke frem. Heller ikke TONO og Oslo-Filharmonien er blitt enige om en ny avtale. Fra 2016 har Oslo-Filharmonien betalt vederlag basert på konserttariffen, men TONO mener at dette vederlaget er for lavt.
- (8) I april 2021 reiste TONO derfor søksmål mot Oslo-Filharmonien med krav om rimelig vederlag for offentlig fremføring av opphavsrettslig vernede musikkverk som TONO forvalter. Det ble krevd etterbetaling for årene 2018-2020, og at vederlaget fremover skulle beregnes på en måte som avviker fra konserttariffen. Oslo-Filharmonien fremmet motkrav om at stiftelsen bare er forpliktet til å betale vederlag etter konserttariffen, justert etter andelen vernede verk som fremføres.
- (9) Ved dom 3. september 2021 frifant Oslo tingrett Oslo-Filharmonien for TONOs krav og ga Oslo-Filharmonien medhold i motkravet. Domsslutningen er denne:
- «1. Stiftelsen Oslo-Filharmonien frifinnes for TONO SAs krav.
  2. For egne fysiske konserter er Stiftelsen Oslo-Filharmonien fra domstidspunktet forpliktet til å betale TONO SAs alminnelige konserttariff, justert slik at vederlaget tilsvarer den andelen av de fremførte åndsverkene som er i TONO SAs forvaltning.
  3. TONO SA betaler Stiftelsen Oslo-Filharmoniens sakskostnader med kr 1 161 662,50.»
- (10) TONO anket til Borgarting lagmannsrett, som ved dom 19. september 2022 forkastet anken og tilkjente Oslo-Filharmonien sakskostnader.
- (11) TONO har anket til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen. Kravet for Høyesterett er endret i forhold til påstanden for tingretten og lagmannsretten. I påstanden punkt 2 er det inntatt en mer detaljert anvisning på hvordan vederlaget skal beregnes. Under ankeforhandlingen ble det dessuten lagt ned en subsidiær påstand om at TONO frifinnes for motkravet som tingretten og lagmannsretten tok til følge om at Oslo-Filharmonien bare er forpliktet til å betale vederlag fastsatt etter konserttariffen. For øvrig står saken i samme stilling for Høyesterett som for lagmannsretten.

### **Partenes syn på saken**

- (12) Den ankende part – *TONO SA* – har i korte trekk gjort gjeldende:

- (13) Oslo-Filharmonien er forpliktet til å betale et rimelig vederlag for bruk av musikk som nyter et opphavsrettslig vern. Konserttariffen gir ikke et rimelig vederlag, og det må i stedet legges til grunn den vederlagsmodellen som fremgår av påstanden punkt 2. Ved beregningen av vederlaget skal det tas hensyn til alle inntekter. Det inkluderer statstilskuddet som er en forutsetning for konsertvirksomheten.
- (14) Forutsatt at det kan tas hensyn til statstilskuddet, er TONO's krav om et rimelig vederlag basert på objektive og ikke-diskriminerende kriterier slik loven krever. Kriteriene gjør det mulig å etterprøve om kravet til likebehandling er oppfylt, og de samme kriteriene vil bli lagt til grunn for lisensvilkår som tilbys konsertarrangører som er i samme stilling som Oslo-Filharmonien. Det foreligger derfor ingen usaklig forskjellsbehandling.
- (15) TONO SA har lagt ned slik påstand:
- «1. For retten til å fremføre musikkverk som TONO SA forvalter på sine egne fysiske konserter i perioden fra 1. januar 2018 til 31. desember 2020, betaler Stiftelsen Oslo-Filharmonien til TONO SA innen to uker fra forkynnelsen av dommen et vederlag på kr 1 694 083 med tillegg av forsinkelsesrenter fra 30. juni 2021 til betaling skjer.
  2. For 2021 og hvert år fremover skal vederlaget Stiftelsen Oslo-Filharmonien skal betale for retten til å fremføre musikkverk som TONO SA forvalter på sine egne fysiske konserter, settes til et årlig beløp som skal utgjøre 0,55 % av Stiftelsen Oslo-Filharmoniens billettinntekter og tildelt statstilskudd det aktuelle året. Prosentandelen på 0,55 % bygger på at Stiftelsen Oslo-Filharmoniens fremføringer av musikkverk som TONO SA forvalter, har et omfang på 1800 minutter det enkelte år og at dette utgjør minst 1/3 av Stiftelsen Oslo-Filharmoniens totale fremføringer av musikkverk det aktuelle året. Prosentandelen på 0,55 % skal justeres forholdsmessig opp eller ned dersom omfanget av fremføringer av musikkverk som TONO SA forvalter er større eller mindre enn 1800 minutter. Prosentandelen på 0,55 % ved 1800 minutter skal videre nedjusteres dersom Stiftelsen-Oslo-Filharmoniens totale fremføringer av musikkverk det enkelte år overstiger 5400 minutter, slik at andelen på 0,55 % skal nedjusteres med 0,01 prosentpoeng for hvert intervall på 100 minutter som overstiger 5400 minutter (dvs. hvis omfanget av de totale fremføringene ligger mellom 5401 og 5500 minutter skal andelen være 0,54 %, er den mellom 5501 og 5600 minutter skal andelen være 0,53 % osv.).
  3. Subsidiært (hvis punkt 2 ikke fører frem): TONO SA frifinnes for Stiftelsen Oslo-Filharmoniens motkrav om at Stiftelsen Oslo-Filharmonien fra domstidspunktet bare er forpliktet til å betale vederlag fastsatt etter TONO AS alminnelige konserttariff.
  4. TONO SA tilkjennes sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett.»
- (16) Ankemotparten – *Stiftelsen Oslo-Filharmonien* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (17) Lagmannsretten har lagt til grunn en riktig forståelse av hva som er et rimelig vederlag når statstilskuddet holdes utenfor beregningsgrunnlaget. Statstilskuddet påvirkes ikke av

omfanget av vernede musikkverk som fremføres på konsertene, og det er ingen sammenheng mellom tilskuddet og bruken av vernede verk.

- (18) TONOs modell for vederlagsberegning i påstanden punkt 2 tilfredsstillende ikke lovens krav om at det skal anvendes objektive og ikke-diskriminerende kriterier og lisensvilkår. Prosentatsen og justeringsfaktorene er så skjønnsmessige at det ikke er mulig å etterprøve om kravet til likebehandling er oppfylt. Det er ikke grunn til å behandle Oslo-Filharmonien annerledes enn mange andre konsertarrangører som mottar statstilskudd.
- (19) Stiftelsen Oslo-Filharmonien har lagt ned slik påstand:
- «1. Anken forkastes.
  2. Stiftelsen Oslo-Filharmonien tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»

## Mitt syn på saken

### *Rettslige utgangspunkter*

- (20) Partene tvistes om hvilket vederlag Oslo-Filharmonien skal betale til TONO for bruk av opphavsrettslig vernet musikk i sin konsertvirksomhet. Spørsmålet er om lisensvilkårene oppfyller kravene i lov om kollektiv forvaltning av opphavsrett mv. § 28 om at de må være basert på objektive og ikke-diskriminerende kriterier, og om vederlaget for tillatt bruk er rimelig.
- (21) Det følger av åndsverkloven § 2 første ledd og andre ledd bokstav d at den som skaper et musikkverk, har opphavsrett til dette. Ifølge § 3 første ledd bokstav b gir opphavsretten enerett til å råde over musikkverket ved å gjøre det offentlig tilgjengelig for allmennheten, for eksempel ved at det fremføres offentlig, jf. andre ledd bokstav c. Opphavsretten er vernet i opphaverens levetid og 70 år etter dødsåret, jf. § 11.
- (22) Formålet med åndsverkloven er å avgrense opphaverens rettigheter med sikte på å «ivareta en rimelig balanse mellom rettighetshavernes interesser på den ene siden og brukernes og allmennhetens interesser på den andre siden, slik at åndsverk og nærstående prestasjoner og arbeider kan brukes der dette ut fra samfunnsmessige hensyn er rimelig», jf. § 1 bokstav b. Loven skal ifølge § 1 bokstav c også «legge til rette for at det på en enkel måte kan avtales bruk av åndsverk ...». Inngås det slik avtale, har opphaveren krav på rimelig vederlag fra erververen, jf. åndsverkloven § 69 første ledd. Det samme følger av ulovfestede prinsipper. Nasjonal lovgivning kan ikke gripe inn i retten til rimelig vederlag, jf. Bern-konvensjonen til vern av litterære og kunstneriske verk artikkel 11 bis nr. 2.
- (23) På mange områder er det verken praktisk mulig eller økonomisk lønnsomt for en rettighetshaver å forvalte rettighetene selv. Rettighetshaveren kan derfor velge å la en kollektiv organisasjon forvalte rettighetene for ham. Slik *kollektiv forvaltning* omfatter utstedelse av lisenser og inngåelse av avtale med brukerne, innkreving av vederlag for bruken, fordeling av inntekter til rettighetshaverne og håndheving av bruk uten tillatelse. De fleste land har kollektive forvaltningsorganisasjoner for musikkverk. I Norge har TONO denne oppgaven.

- (24) Kollektiv forvaltning av opphavsrettigheter er egnet til å redusere transaksjonskostnadene og styrke rettighetshaverens stilling. Kollektive forvaltningsorganisasjoner får imidlertid typisk en dominerende stilling overfor både rettighetshaverne og brukerne. Det behov for lovregulering som dette medfører, er i Norge ivaretatt ved lov om kollektiv forvaltning av opphavsrett mv., som ble vedtatt i 2021.
- (25) Formålet med loven er ifølge § 1 å sørge for at kollektiv forvaltning av opphavsrett «håndteres på en ansvarlig, effektiv og åpen måte overfor både rettighetshavere og brukere». Loven gjennomfører i norsk rett direktiv 2014/26/EU om kollektiv forvaltning av opphavsrett, gjerne kalt CRM-direktivet.
- (26) For å avbøte konsekvensene av forvaltningsorganisasjoners dominerende markedsstilling, kodifiserer CRM-direktivet og loven konkurranserettslige normer som inngår i rammene for hva som kan avtales av lisensvilkår, jf. direktivforslaget COM (2012) 372 punkt 2.3 og Prop. 53 L (2020–2021) side 83. Rettskilder på konkurranserettsområdet, så som EU-domstolens praksis knyttet til Traktaten om Den europeiske Unions funksjonsmåte artikkel 102 om forbud mot bruk av dominerende stilling og diskriminerende vilkår, jf. EØS-avtalen artikkel 54, er derfor relevante ved tolkningen og anvendelsen av loven. For de spørsmålene denne saken reiser, foreligger det ikke praksis fra EU-domstolen som direkte gjelder forståelsen av CRM-direktivet.
- (27) Lov om kollektiv forvaltning av opphavsrett mv. inneholder ufravikelige pliktbestemmelser for kollektive forvaltningsorganisasjoner ved fastsettelse av lisensvilkår. Blant dem er § 28, som er sentral i saken her. Bestemmelsen lyder slik:
- «Lisensvilkårene skal baseres på objektive og ikke-diskriminerende kriterier. Vederlaget for tillatt bruk skal være rimelig. I vurderingen av om vederlaget er rimelig skal det blant annet legges vekt på om tariffene står i et rimelig forhold til brukens økonomiske handelsverdi, både med hensyn til arten og omfanget av bruken, og den økonomiske verdien av tjenesten som den kollektive forvaltningsorganisasjonen leverer. En kollektiv forvaltningsorganisasjon skal informere brukere om kriteriene som er brukt for å fastsette tariffene.»
- (28) Bestemmelsen gjennomfører deler av CRM-direktivet artikkel 16 nr. 2. Paragraf 28 første punktum stiller krav om at lisensvilkårene – inkludert vederlaget som kreves for å tillate bruken – skal bygge på objektive og ikke-diskriminerende kriterier. Vederlaget som den kollektive forvaltningsorganisasjonen krever for bruken, skal være rimelig, jf. andre punktum. I tredje punktum er det gitt anvisning på momenter som det skal legges vekt på ved denne vurderingen. Ved at brukerne etter § 28 fjerde punktum skal informeres om kriteriene som anvendes for å fastsette vederlaget, får de et grunnlag for å vurdere om det er rimelig, jf. Prop. 53 L (2020–2021) side 157.
- (29) Retten til rimelig vederlag følger som nevnt også av åndsverkloven § 69, som inneholder ufravikelige rettighets- og revisjonsbestemmelser for originære rettighetshavere, og av ulovfestede prinsipper. Partene er enige om at det ikke er noen motstrid mellom disse rettslige grunnlagene.
- (30) Partene tvistes både om hva som skal til for at vederlaget skal være rimelig, jf. § 28 andre punktum, og om TONOs nye vederlagsmodell oppfyller kravene til objektivitet og likebehandling i første punktum. Jeg tar, som lagmannsretten, utgangspunkt i § 28 første punktum.

***Kravet om objektive og ikke-diskriminerende kriterier og lisensvilkår***

- (31) Paragraf 28 første punktum oppstiller altså to grunnleggende krav til kriteriene som brukes for å fastsette vederlaget og andre lisensvilkår: Et krav til objektivitet og et krav om likebehandling. Det er, som jeg kommer tilbake til, nær sammenheng mellom dem. Kjernen i vurderingene er likevel forskjellig.
- (32) Kravet til objektivitet er i forarbeidene forklart slik, jf. Prop. 53 L (2020–2021) side 156:
- «Kravet til objektive vilkår innebærer at en kollektiv forvaltningsorganisasjon ved utformingen av lisensvilkårene må benytte kriterier som er etterprøvbare og relevante for den konkrete lisensen. For eksempel gjelder dette hvordan vederlaget beregnes. Bestemmelsen innebærer altså at organisasjonen må begrunne sine lisensvilkår og vederlagsmekanismer på en objektiv måte. Dersom vederlaget fastsettes på en måte som ikke i det hele tatt har noen sammenheng med bruken av det beskyttede materialet, kan vilkårene neppe sies å bygge på objektive kriterier. Vederlagsmodeller som baserer seg på generell omsetning, vil for eksempel kunne anses å være i strid med bestemmelsen dersom andre mer nøyaktige metoder for å registrere bruken av verk og publikum er tilgjengelig, og disse kan benyttes uten at det medfører en uforholdsmessig økning av de administrative kostnadene.»
- (33) Jeg trekker ut av dette at objektivitetskravet har to sider: Kriteriene som ligger til grunn for lisensvilkårene må for det første være så konkret utformet at de gjør det mulig for brukerne og domstolene å *etterprøve og verifisere* hvordan vederlaget er beregnet. Dette setter grenser for hvor skjønnsmessig og abstrakt kriteriene kan være utformet, og det kan være nødvendig å gjøre rede for metodikken bak vederlagsfastsettelsen. Dersom forvaltningsorganisasjonen for eksempel krever en viss andel av omsetningen eller anvender en annen konkret sats, må dette begrunnes, jf. proposisjonen side 157.
- (34) Den andre siden ved objektivitetskravet er at kriteriene må være *relevante*. I dette ligger et krav til sammenheng mellom brukens økonomiske handelsverdi og fastsettingen av vederlaget. En vederlagsmodell kan være i strid med loven dersom andre og mer nøyaktige metoder er tilgjengelige, forutsatt at disse ikke medfører en uforholdsmessig økning av forvaltningskostnadene. Dette følger også av EU-domstolens praksis, jf. dom 25. november 2020 i sak C-372/19 *SABAM* avsnitt 52.
- (35) Kravet om likebehandling er i Prop. 53 L (2020–2021) side 156 presisert på denne måten:
- «Forbudet mot ikke-diskriminerende vilkår innebærer at organisasjonen er pliktig til å tilby like lisensvilkår i likeverdige avtalesituasjoner. Det kan også innebære at ulike situasjoner må behandles ulikt. Organisasjonen kan altså ikke kreve forskjellig vederlag av brukerne eller gi en bruker fordeler som en annen bruker ikke får, uten at dette er saklig begrunnet. Normalt må det foretas en sammenligning for å avgjøre om det finnes forskjeller mellom avtalesituasjonene som kan begrunne at ulike lisensvilkår benyttes.»
- (36) Jeg forstår dette slik at det skal foretas en treleddet vurdering ved avgjørelsen av om kravet til likebehandling er oppfylt. Først må det tas stilling til om forvaltningsorganisasjonen har inngått sammenlignbare transaksjoner. Dersom dette er tilfellet, er spørsmålet om organisasjonen da har anvendt kriterier som skiller seg fra dem som nå tilbys brukeren og om disse utgjør en forskjell av betydning. I så fall kreves det at forskjellsbehandlingen er objektivt begrunnet.

- (37) Den fremgangsmåten som forarbeidene her gir anvisning på, er i samsvar med praksis fra EU-domstolen, se for eksempel dom 11. desember 2008 i sak C-52/07 *Kanal 5 og TV4* og sak C-372/19 *SABAM*.
- (38) Kravet til objektivitet og kravet om likebehandling har nær sammenheng: Objektive – i betydningen etterprøvbare – kriterier er en forutsetning for å kunne ta stilling til om kravet om likebehandling er oppfylt, og en eventuell forskjellsbehandling må kunne begrunnes i objektive kriterier. I mange tilfeller vil diskriminerende kriterier også være i strid med kravet til objektive kriterier, jf. Prop. 53 L (2020–2021) side 156. Disse to grunnleggende kravene må derfor sees i sammenheng.

### **Den konkrete vurderingen**

- (39) Jeg tar ved den konkrete vurderingen utgangspunkt i at konserttariffen er den alminnelige modellen for å beregne vederlag for bruk av vernede musikkverk i konsertvirksomhet. Etter sin ordlyd gjelder konserttariffen i utgangspunktet for alle konsertarrangører, også for dem som mottar statstilskudd. Tariffen ble i 2021 tilføyd en fotnote om at «[d]ersom konsertarrangøren mottar økonomisk støtte i form av offentlige tilskuddsordninger, kan TONO inkludere dette i grunnlaget for vederlagsberegningen».
- (40) Det er ikke opplyst for Høyesterett om offentlige tilskudd etter endringen i 2021 er tatt med ved beregning av vederlaget for andre konsertarrangører enn Oslo-Filharmonien. Det er på det rene at konserttariffen slik den lød før endringen, har vært lagt til grunn ved transaksjoner som er sammenlignbare med den TONO ønsker å gjennomføre med Oslo-Filharmonien. Mange andre norske konsertarrangører er også i stor grad finansiert ved offentlige tilskudd, jf. Prop. 1 S (2020–2021) side 78 flg., og denne tariffen er da anvendt. TONOs tjenester og kostnader forbundet med å levere dem, er de samme for Oslo-Filharmonien som for mange andre konsertarrangører, og det samme gjelder denne arrangørens bruk av de lisensierte rettighetene.
- (41) Det må videre legges til grunn at kriteriene bak lisensvilkåret i TONOs påstand punkt 2 avviker fra konserttariffen – både med hensyn til beregningsgrunnlag, prosentandel og justeringsfaktorer. Også sluttsummen er en annen. Vederlaget etter lisensvilkåret som skal gjelde for Oslo-Filharmonien, er klart høyere enn det som følger av konserttariffen. Dette illustreres av påstanden punkt 1, der kravet utgjør differansen mellom vederlaget som er betalt i henhold til konserttariffen og det som kreves etter beregningsmåten som ligger til grunn for påstanden punkt 2. For årene 2018–2020 beløper forskjellen seg til nærmere 1,7 millioner kroner.
- (42) Dersom man ved sammenligningen ser hen til endringen i konserttariffen om at offentlige tilskudd kan inkluderes i vederlagsberegningen, blir avviket fra kriteriene bak påstanden punkt 2 trolig mindre. Om det blir en forskjell og hvor stor den eventuelt er, lar seg imidlertid ikke fastslå – til det er fotnoten for upresist utformet. Den oppfyller ikke objektivitetskravet og får ingen betydning ved sammenligningen av kriteriene for vederlagsberegningen.
- (43) Loven kan etter mitt syn ikke – slik det gjøres gjeldende av TONO – forstås slik at forskjeller mellom beregningsmåtene kun er relevante dersom kriteriene stiller en part



mindre gunstig i *konkurransen* med andre brukere. Ut fra verneformålet bak § 28 er det tilstrekkelig at ulikheten leder til en økonomisk merbelastning av betydning for brukeren det nå skal fastsettes vederlag for. Jeg viser til Prop. 53 L (2020–2021) side 83, der det går frem at selv om lov om kollektiv forvaltning av opphavsrett mv. kodifiserer elementer fra konkurranseretten, dreier det seg om to selvstendige regelverk.

- (44) Jeg har på denne bakgrunnen kommet til at TONO behandler Oslo-Filharmonien annerledes enn andre konsertarrangører. Det blir derfor avgjørende om det er gitt en objektiv begrunnelse for forskjellsbehandlingen.
- (45) TONO har opplyst at kriteriene som ligger til grunn for lisensvilkåret i påstanden punkt 2 knytter seg til to forhold: Det må tas hensyn til statstilskuddet i tillegg til Oslo-Filharmoniens billettinntekter, fordi dette er inntekter som har en tilknytning til konsertfremføringene, og vederlaget må stå i et rimelig forhold til omfanget av bruken av verk som TONO forvalter.
- (46) Slik konserttariffen er utformet, der vederlaget som hovedregel er basert på billettinntektene, gir den et mer nøyaktig beregningsgrunnlag enn en modell der statstilskuddet inngår, og uten at det medfører uforholdsmessig store administrative kostnader. Konserttariffen er slik sett i utgangspunktet bedre i samsvar med føringen i forarbeidene om at den mest nøyaktige beregningsmodellen skal foretrekkes.
- (47) Det kan likevel ikke utelukkes at også en modell der statstilskuddet inngår kan begrunnes på en måte som oppfyller kravene i § 28 første punktum. Som det fremgår av EU-domstolens dom i sak C-52/07 *Kanal 5 og TV 4* avsnitt 47, må dette vurderes konkret ut fra formålet med brukerens virksomhet og måten virksomheten er finansiert på. Jeg finner imidlertid ikke grunn til å foreta en slik vurdering. Kriteriene som ligger til grunn for vederlaget som TONO nå krever at skal gjelde for Oslo-Filharmonien, er uansett for generelle og skjønnsmessige til at de kan begrunne en forskjellsbehandling.
- (48) Den eneste begrunnelsen TONO gir for forskjellsbehandlingen, er at det skal legges vekt på statstilskudd ved fastsetting av vederlaget. Kriteriet forklarer ikke hvilke typer offentlige tilskudd som skal tas i betraktning, hvor stort tilskuddet må være før det får betydning for andre konsertarrangører som mottar offentlige tilskudd eller prinsippene for hvordan vederlaget nærmere skal beregnes. Lisensvilkårene i påstanden punkt 2 er i stor utstrekning basert på individuelle vurderinger knyttet til særegne forhold ved Oslo-Filharmoniens konsertvirksomhet. Selv om vilkårene er detaljert utformet, fremgår det ikke noe nærmere om begrunnelsen for forskjellsbehandlingen. Jeg er enig med lagmannsretten i at likebehandling ikke oppnås utelukkende ved å beslutte at statstilskudd skal inngå i vederlagsmodellen. Det må også utformes forklarende og etterprøvbare kriterier for hvordan statstilskuddet skal påvirke fastsettelsen av vederlaget.
- (49) Ettersom jeg har kommet til at kravet til objektivitet og likebehandling i § 28 første punktum ikke er oppfylt, må anken forkastes. Det er da ikke nødvendig for meg å ta stilling til om vederlaget som TONO krever er rimelig, slik § 28 andre punktum krever.
- (50) Det følger av det jeg har sagt at heller ikke TONOs subsidiære påstand punkt 3 kan tas til følge. Med dette tar jeg ikke stilling til om konserttariffen kan utformes slik at det tas hensyn til statstilskudd. Dette forutsetter at tariffen utformes slik at vilkårene i § 28 er

oppfylt. TONO har – innenfor lovens rammer – frihet til å bestemme hvordan vederlaget skal fastsettes og hvor høyt det skal være.

### **Konklusjon og sakskostnader**

- (51) Jeg har kommet til at kriteriene som ligger til grunn for lisensvilkårene som TONO krever dom for at skal gjelde for Oslo-Filharmonien i stedet for konserttariffen, ikke oppfyller kravene til objektivitet og likebehandling i lov om kollektiv forvaltning av opphavsrett mv. § 28 første punktum. Anken må derfor forkastes.
- (52) Oslo-Filharmonien har krav på å få erstattet sakskostnadene for Høyesterett etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd. Jeg ser ikke grunn til å gjøre unntak. Stiftelsen har krevd 689 312 kroner i sakskostnader, inklusiv merverdiavgift. Kostnadene fremstår som nødvendige, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd.
- (53) Jeg stemmer for denne

### **D O M :**

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler TONO SA til Stiftelsen Oslo-Filharmonien 689 312 – sekshundreogåttinitusentrehundreogtolv – kroner innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.

- (54) Dommer **Kallerud:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (55) Dommer **Østensen Berglund:** Likeså.
- (56) Konstituert dommar **Elsheim:** Det same.
- (57) Dommer **Normann:** Likeså.
- (58) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

### **D O M :**

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler TONO SA til Stiftelsen Oslo-Filharmonien 689 312 – sekshundreogåttinitusentrehundreogtolv – kroner innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.