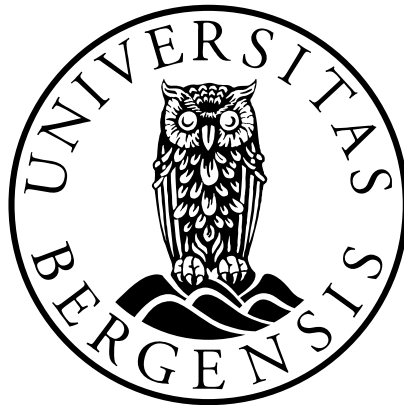


Hva er forskjellen på verkshøydekravet i norsk og amerikansk rett?

En komparativ analyse av verkshøydekravet i norsk og amerikansk rett

Kandidatnummer: 27

Antall ord:14012



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Introduksjon	3
1.1 Verkshøyde i informasjonssamfunnet	3
1.2 Den videre fremstillingen	4
1.3 Begrepsbruk og avgrensninger	5
2 Rettskildebilde og utvikling	7
2.1 Opphavsretten og dens filosofiske forankring	7
2.1.1 Opphavsretten som rettsfelt	7
2.1.2 Hensyn og filosofisk bakgrunn	8
2.2 Internasjonale kilder	9
2.3 Utviklingen av verkshøydekravet i rettskulturene	10
2.3.1 Utviklingen av kravet i Norge	10
2.3.2 EUs påvirkning på norsk opphavsrett	11
2.3.3 Utviklingen av kravet i USA	13
3 Verkshøydekravet i Norge og USA	16
3.1 Verkshøydekravet i samtiden	16
3.1.1 Norge	16
3.1.2 USA	17
3.2 Ide og uttrykk	19
3.2.1 Et internasjonalt anerkjent standpunkt	19
3.2.2 Merger doktrinen	20
3.2.3 Vedrørende kvantitet	21
3.3 Originalitetskriteriet	22
3.3.1 Originalitet som opphav	23
3.3.2 Originalitet eller individuell skapende åndsinnsettsats?	24
3.3.3 «Sweat of the brow»	25
3.4 Frembringelse av verket	26
3.4.1 Frembringelse som nedtegnelse	27
3.4.2 Frembringelse som opplevelse	28
3.4.3 Forutsigbarhet versus fleksibilitet	29
3.5 Dobbeltfrembringelser og valgfrihet	31

3.5.1	Et nordisk forsøk på avgrensing.....	31
3.5.2	Valgfrihet – Painer	32
3.5.3	Opphav som løsning.....	33
3.6	Kvalitetsvurdering av verket	35
3.6.1	Bleistein, den amerikanske nøytralitet til kvalitative vurderinger	35
3.6.2	Amerikansk sikkerhet, Norsk slurv	36
3.7	Brukskunst som et eksempel på hva som skal vurderes	38
3.7.1	Norge – særlig krav til verkshøyde i brukskunst.....	38
3.7.2	USA – Seperasjonstest og alminnelig verkshøyde.....	40
3.7.3	Seperasjon eller begrenset handlerom.....	41
4	Konklusjon	43
	Litteraturliste	44

1 Introduksjon

1.1 Verkhøyde i informasjonssamfunnet

Informasjonssamfunnet har brakt flere goder på et individuelt og kollektivt plan. Innenfor immaterielle rettigheter har informasjonssamfunnet brakt flere muligheter til å dele kreative ideer på digitale plattformer som YouTube, Instagram og DeviantArt. Slike goder kan nå, nærmest kostnadsfritt, konsumeres globalt gjennom internett. På bakgrunn av dette har immaterielle rettigheter fått større innpass i hverdagen på global basis, også for nordmenn. Dette har gjort at immaterielle rettigheter omsetter større verdier enn tidligere og anses i dag som en av de største industriene innen den europeiske økonomien.¹ Av disse utgjør opphavsrettslig material en vesentlig del.²

Siden opphavsrettslig material utgjør en større del av økonomien og tilgangen til slikt material har blitt lettere, har rettsfeltet fått et nytt fokus i samtiden. Den teknologiske utviklingen har skapt nye rettslige problemstillinger bl.a. om annet enn mennesker kan skape opphavsrettslig material. Et spørsmål er bl.a. om slike ikke-menneskelige aktører kan skape et verk som vernes av opphavsrettslige regler, noe som ble problematisert ved apeselfien. Dette legger fokus på skaperen av et verk og ikke om verket i seg selv oppnår kravet til verkshøyde.

Det foreligger folkerettslige avtaler som regulerer opphavsretten. Disse folkerettslige avtalene fokuserer primært på hvilket vern som tillegges verk i nasjonalstaten og gir ikke en definisjon av verkshøydekravet. Nasjonalstatene står dermed relativt fritt til å definere verkshøydekravet slik de ønsker.³

Mangelen på internasjonal regulering av verkshøydekravet og USA sine kulturelle betydning globalt har satt USA i en ledende rolle i informasjonssamfunnet. I første rekke anvender plattformer som YouTube og Instagram amerikanske regler til grunn ved et mulig brudd på opphavsretten.⁴ Slike nettsider er som utgangspunkt ikke ansvarlig for hva brukerne legger ut på sine nettsider, så lenge plattformen ikke er aktiv i innholdets publisering og fjerner innhold

¹ Gran et al., 2015, s. 23 og de Voldere et al., 2017, s. 27

² Gran et al., 2015, s. 41 og 53

³ Goldstein & Hugenholtz, 2019, s. 35, 175 og 182

⁴ Google, 2022 og Instagram, 2022.

som krenker opphavers enerettigheter.⁵ Hvordan plattformer blir kjent med mulige brudd på opphavsretten varierer. YouTube benytter et rapporteringssystem der rettighetshaveren selv må fremme at det foreligger et brudd på opphavsretten.⁶

Dette medfører at norske opphavere må aktivt forholde seg til både Norske og Amerikanske regler når de legger ut opphavsrettslig material på slike nettsider. Verkshøydekravet er i denne konteksten inngangsvilkåret til vern etter opphavsrettslige regler og spiller en viktig rolle i utformingen av opphavsrettslig vern. En komparativ analyse av verkshøydekravene vil dermed gi en oversikt over hvordan kravene anvendes nasjonalt i USA og Norge, samt gi holdepunkter for hvordan kravet kan utvikle seg fremover.

1.2 Den videre fremstillingen

Avhandlingen omhandler en komparativ analyse av verkshøydekravet i Norge og i USA. Verkshøydekravet er hva som kreves for at verk kan anses som opphavsrettslig material, termen anvendes hovedsakelig for den nedre grensen for vern.⁷ Termen stammer fra Tyskland, men nordiske forfattere begynte å benytte termen ila. 1960-tallet.⁸ Verkshøydekravet kan analyseres på flere måter, bl.a. ved å dyppdykke i vurderingen for spesifikke verkstyper, men i det følgende skal det generelle kravet til verkshøyde i de forskjellige rettskulturene vurderes.

Del 2 tar for seg det generelle rettskildet bildet. Dette medfører at opphavsretten som rettsfelt og dens filosofiske forankring vil redegjøres. Deretter vil opphavsrettens internasjonale reguleringer gjennomgås. Til slutt vil den historiske utviklingen av verkshøydekravet i rettskulturene skisseres.

Etter at disse utgangspunktene i del 2 er gjennomgått, skal del 3 sette søkelys på kjernen av avhandlingen. Først vil kravene i nasjonalstatene gjennomgås uavhengig, for deretter å analyseres komparativt opp mot hverandre. Etter dette vil vurderingen begynne abstrakt, i form av ide og uttrykk, og gradvis komme til en spesifikk verkstype, brukskunsten. Utgangspunktet ide og uttrykk undersøkes først, for deretter å gå innom lovkravene som

⁵ Goldstein & Hugenholtz, 2019, s. 319 og 321-232.

⁶ Google, 2022.

⁷ Rognstad, 2019, s. 94-95

⁸ Rosenmeier, 2001, s. 129-130

følger av regelverkene, dvs. originalitetskravet og frembringelseskravet. Etter dette vil vurdering av verket komme på spissen, med dobbelfrembringelser, kvalitetsvurderinger og til slutt hva som skal vurderes i verket, med fokus på brukskunst. Til slutt vil det komme en konklusjon i del 4, på bakgrunn av det som er gjennomgått i del 3.

1.3 Begrepsbruk og avgrensninger

På bakgrunn av avhandlingens innhold, vil både amerikanske og norske termer anvendes. Sistnevnte vil favoriseres om det er mulig, men sitat og referanser til lovgivning, rettsavgjørelser eller juridisk litteratur vil gjøres på originalspråket. Av disse er det verdt å merke at "subject matter of copyright", "threshold of originality" og "protected works" er amerikanske termer for åndsverk eller verkshøyde. Termen "author" viker for termen "opphaver" der det er mulig.

Verkshøydekravet kan også formuleres som et krav til originalitet. Innholds betydningen av verkshøydekravet og originalitetskravet er hovedsakelig sammenfallende og begrepene vil brukes om hverandre, men generelt vil termen "verkshøyde" favoriseres over originalitet der det er mulig.

Verkshøyde har klare koblinger til enerettighetene og deres omfang, ettersom verkshøyde er inngangskriteriet for vern etter opphavsrettslige regler. En dyptgående analyse av enerettens innhold i rettskulturene faller utenfor, ettersom dette omhandler rettigheter ved oppnådd verkshøyde. Verkshøydebegrepet har også koblinger vedrørende spørsmålet om ikke-menneskelige aktører kan være en opphaver etter opphavsretten. Denne problemstillingen faller utenfor.

Innen åndsretten foreligger det også forskjellige verkstyper som medfører spesifikke problemstillinger. Disse særegne problemstillingene skal ikke vurderes, ettersom avhandlingen har hovedfokus på det generelle kravet til verkshøyde. Selv om en analyse av spesifikke verkstyper faller utenfor, vil brukskunsten vurderes. Dette er for å tydeliggjøre hvilke deler av verket som tilhører verkshøydevurderingen, samt vise hvordan det generelle kravet til verkshøyde har blitt anvendt på spesifikke verk i rettskulturene.

Selv om avhandlingen tar for seg det filosofiske grunnlaget for opphavsretten, vil ikke temaet bli vurdert i dybden. Temaet har en relevans til verkshøyde, men en dyptgående analyse av

disse forankringene vil derimot være overflødig sett opp mot avhandlingens kjerne. Rettsfelt som er relatert til opphavsretten, som patentretten, vil heller ikke vurderes i det følgende.

2 Rettskildebilde og utvikling

2.1 Opphavsretten og dens filosofiske forankring

2.1.1 Opphavsretten som rettsfelt

Opphavsretten er en underkategori av immaterialretten. Dette rettsfeltet omhandler den skapende innsats av mennesker på forskjellige områder, bl.a. design- og patentretten.

Opphavsretten prøver å balansere rettighetene til opphaver mot samfunnets interesser til å kunne bruke verkene opphaver har skapt. For å balansere dette gis opphaver rettigheter om bruk av verket. Disse rettighetene varierer fra nasjon til nasjon, men kan bl.a. være retten til å fremstille eksemplarer av verket og gjøre verket tilgjengelig til allmennheten. Disse rettighetene er tidsbegrenset. Sagt på en annen måte, opphavsretten gir opphaveren et tidsbegrenset monopol på hvordan verket benyttes.

Teknologier som internett har gjort det lettere å tilgjengeliggjøre og få tilgang til opphavsrettslig materiale. Verkstyper som bøker og musikkstykker kan lastes opp på sosiale medier og oppleves på tvers av landegrensene. Næringen som foreligger rundt slike rettigheter, utgjør i dag en betydelig del av informasjonsøkonomien.⁹ Bøker og musikk er to åndsverkstyper som har generert store inntekter.¹⁰

Opphavers opplevelse av sitt kreative arbeid har også fått mer fokus i nyere tid, bl.a. med studier på intern og ekstern motivasjons effekt på kreativitet.¹¹ En av løsningene har vært å fokusere på salgsaspektet ved det kreative arbeidet, men dette har gitt varierende resultat og fokuserer på det økonomiske aspektet ved kreativitet, noe som undergraver disse rettighetenes kulturelle verdi.¹² Men dokumentasjon av inntekter fra immaterielle rettigheter har også bydd på problem, ettersom inntekter fra immaterielle rettigheter kan forekomme fra frilansarbeid, vedsiden av opphavers ordinære arbeid. På bakgrunn av dette har det vært vanskelig å dokumentere inntekter, men også den innsamlede dataen har vært problematisk.¹³ Hvordan en

⁹ Gran et al., 2015, s. 23 og de Voldere et al., 2017, s. 27.

¹⁰ Gran et al., 2015, s. 41 og 53

¹¹ Se Towse, 2010, s. 472

¹² Towse, 2010, s. 474

¹³ Towse, 2010, s. 472

definerer verkshøydekravet nasjonalt har dermed en reell effekt på slike datasett og studiene på motivasjon gir også innsikt i hvordan opphavere opplever de lovgitte kravene som de arbeider innad.

2.1.2 Hensyn og filosofisk bakgrunn

Som nevnt gir opphavsretten et tidsbegrenset monopol på sitt kunstneriske uttrykk. Opphavers monopol kan generelt sett forankres i to filosofiske grupperinger, utilitaristiske og ikke-utilitaristiske teorier.¹⁴ Tradisjonelt har førstnevnte vært grunnlaget i angloamerikansk rett, mens sistnevnte har vært grunnlag i kontinentaleuropeisk rett.¹⁵

Den utilitaristiske forankringen fokuserer på å stimulere personer til å skape verk til lavest mulig pris.¹⁶ Dette anses som samfunnsnyttig, ettersom dette vil gi samfunnet tilgang til flere verk. Det økonomiske argumentet kan deles inn i to, 1) som incentiv til å lage nye verk og 2) til å oppnå en effektiv styring av verk som allerede har blitt skapt.¹⁷

Ikke-utilitaristiske teorier vektlegger relasjonen mellom opphaver og verket eller den kreative prosessen ved å lage verket.¹⁸ Etter dette synspunktet forankres vernet i relasjonen mellom verket og verkets opphaver. Tanken beror på en presumsjon at verket er en ekstern manifestasjon av opphavers personlighet eller ego.¹⁹

Valget av forankring gir adgang til hvilke rettigheter som lovgivningen kan gi opphavere. Ved at ikke-utilitaristiske forklaringer på verk fokuserer på relasjonene mellom opphaver og verket har opphaver moralske rettigheter knyttet til verket. Moralske rettigheter verner en opphavers ikke-økonomiske interesser, som bl.a. å hindre misrepresentasjon av verket i offentligheten.²⁰ Slike rettigheter kan vanskelig forankres i en utilitaristisk forståelse av åndsretten.

Det foreligger en presumsjon at de ikke-utilitaristiske forankringene har høyere terskel for verkshøyde enn de utilitaristiske teoriene.²¹ Presumsjonen er grunnlagt i at opphavsretten som

¹⁴ Noen forfattere benytter Copyright og Authors rights, istedenfor utilitaristiske og ikke-utilitaristiske. Forskjellen her er primært terminologisk og uten innholdsmessig betydning. Se bl.a. Goldstein & Hugenholtz, 2019, kapittel 2.

¹⁵ Goldstein & Hugenholtz, 2019, s. 14-16 og 18-21

¹⁶ Goldstein & Hugenholtz, 2019, s. 16-17

¹⁷ For mer informasjon vedrørende slike grunnlegninger av opphavsretten som incentiv, se Lemley, 2004, og Rognstad, 2019, s. 36-38.

¹⁸ Cohen et al., 2015, s. 11-12 og Rognstad, 2019, s. 35

¹⁹ Cohen et al., 2015, s. 12

²⁰ Cohen et al., 2015, s. 13

²¹ Rosenmeier, 2001, s. 94-95 samt s. 109 og Rosati, 2013, s. 75-76

incentiv gir et ønske om at flest mulig verk skapes, noe som tilsier at det foreligger verkshøyde, så lenge verket ikke er kopiert.²² Dette gjør at terskelen for et verk vil være lavere enn om en fokuserer på relasjonen mellom opphaver og verket. I samtiden er det omdiskutert om kravet til verkshøyde faktisk er lavere i nasjonalstater som forankrer opphavsretten utilitaristisk.²³

2.2 Internasjonale kilder

Den første internasjonale traktaten som regulerer opphavsretten er Bern-konvensjonen.²⁴ Konvensjonen setter primært søkelys på å gi opphaver rettigheter utenfor sin egen nasjonalstat. Dette kommer bl.a. til uttrykk i konvensjonens art. 5(1), som stiller krav til likt vern for nasjonale og ikke-nasjonale verk. Bestemmelsens annet ledd understreker også at nasjonalstaten ikke skal kreve noen formaliteter for vern av verk. Det anføres at disse bestemmelsene har klart å balansere nasjonale interesser på en slik måte at konvensjonen har blitt en suksess.²⁵

Bern-konvensjonen regulerer ikke verkshøyde. Konvensjonens art. 2. (1) gir en opplisting av hvilke verk som kan ha verkshøyde, men gir ikke nærmere utdypning av kravet. Det forutsettes i deler av traktaten at det foreligger «originalverk»,²⁶ men ordlydens innhold defineres ikke.

Selv om Bern-konvensjonen gir lite veiledning vedrørende verkshøydevurderingen, gir konvensjonen obligatoriske bestemmelser vedrørende minstekrav til vernets innhold.²⁷ Blant disse minstekravene følger det visse moralske rettigheter til opphavere, noe som gir traktaten en brobyggende effekt mellom utilitaristiske og ikke-utilitaristiske teorier.²⁸ Dette har vært kontroversielt i USA og det er stilt spørsmål til om USA opprettholder sine folkerettslige plikter på dette punktet.²⁹

²² Rosenmeier, 2001, s. 94-95

²³ Rosenmeier, 2001, s. 109-110 og Goldstein & Hugenholtz, 2019, s. 177-179

²⁴ Fulltittel, Bern-konvensjonen til vern av litterære og kunstneriske verk

²⁵ Rognstad, 2019, s. 51

²⁶ Bern-konvensjonen art. 2 (3). Lignende formulering forekommer også i art. 8 og art. 11 (2).

²⁷ Rognstad, 2019, s. 52

²⁸ Goldstein & Hugenholtz, 2019, s. 14

²⁹ Goldstein & Hugenholtz, 2019, s. 341. USA har tidligere gitt uttrykk for at systemet er et monistisk rettssystem, med forankring i U.S. Constitution Art VI Sec. 2. I nyere tid har derimot The Supreme Court of The United States, SCOTUS, gikk tegn på at USA er et dualistisk system. Se Müller-chen et al., 2015, s. 266.

Bern-konvensjonen er opphavsrettens viktigste folkerettslige traktat og setter føringen for internasjonalt samarbeid på rettsområdet. Dette kan bl.a. observeres i WCT³⁰ og WTO TRIPS.³¹ Førstnevnte skal betraktes som en særavtale til Bern-konvensjonen, se art, 1(1), mens TRIPS-avtalen bygger videre på rammeverket av Bern-konvensjonen.³² USA er kontraktspart i begge disse folkerettslige traktatene, men Norge har bare bundet seg til TRIPS. Det er derimot verdt å merke at EU har bundet seg til WCT, noe som medfører at Norsk rett kan bli påvirket av denne traktaten via EØS-avtalen.

2.3 Utviklingen av verkshøydekravet i rettskulturene

2.3.1 Utviklingen av kravet i Norge

Åndsverksloven av 1930 var den første moderne åndsverksloven i Norge,³³ som ga vern til opphavsrettslig material som helhet.³⁴ Selv om loven av 1930 var ansett som vellykket, forelå det et ønske om nordisk rettsenhet mot slutten av 1930-tallet.³⁵ Åndsverksloven av 1961 var et produkt av et slikt nordisk samarbeid som hovedsakelig videreførte reglene fra 1930 loven. Etersom 1961-loven er et produkt av nordisk samarbeid har nordisk rettspraksis og litteratur mer vekt enn ved ordinær lovtolkning. Termen åndsverk er derimot særnorsk og benyttes bare i det norske regelverket, men dette har derimot ikke hatt innvirkning på selve lovanvendelsen.³⁶

Verkshøydekravet var ikke lovfestet i lovgivningen av 1930 eller 1961, men ble utviklet i rettspraksis. Et tidlig uttrykk for verkshøydekravet kom i *Rt. 1940. s.327, Hallo Hallo*. Dommen omhandlet en dagsavis som hadde publisert et annet blads kringkastingsprogram. En enstemmig Høyesterett kom til at «den skriftlige fiksering av rekken av slike poster synes ikke å kunne ha rang av individuell preget åndsvirksomhet».³⁷

³⁰ Fulltekst: World Intellectual property Organization Copyright Treaty

³¹ Fulltekst: World Trade Organization, Trade related aspects of Intellectual Property rights

³² Goldstein & Hugenholtz, 2019, s. 69

³³ For lovgivningen før åvl. av 1930, se Rognstad, 2019, s. 24-29

³⁴ Rognstad, 2019, s. 29

³⁵ Rognstad, 2019, s. 30

³⁶ Prop. 104 L (2016-2017) s. 26

³⁷ *Rt. 1940 s.327*, s. 328

Lignende formuleringer har blitt benyttet i senere rettspraksis, bl.a. i *Rt. 1962 s.964, Wegner*. Saken omhandlet et sybordsdesign og hovedproblemstillingen var om en annen produsent hadde ulovlig etterlignet dette designet. Flertallet uttalte at «Således som jeg forstår loven, må det i et tilfelle som dette kreves at opphavsmannens idéer har realisert seg på en slik måte at det ved hans verk er skapt noe originalt av kunstnerisk verdi».³⁸ Også *Rt. 2007 s.1329, Huldra* gir et lignende uttrykk for verkshøydekravet. Saken omhandlet en to minutters lang forestilling ved navn "huldra i Kjosfossen". Spørsmålet i saken var om en fremstilling av en dansende hulder på 2 minutter var et åndsverk. Høyesterett avviste dette og utalte at selv om en sammensetting av kjente element kunne medføre verkshøyde,³⁹ hadde ikke sammensetningen i denne saken «tilstrekkelig grad av originalitet».⁴⁰

I skrivende stund er størsteparten av rettspraksisen vedrørende verkshøydekravet avsagt under 1961-loven. Sist Høyesterettsavgjørelse der spørsmålet om verkshøyde ble vurdert var i *HR-2017-2165-A, Il Tempo Gigante*. Saken omhandlet film bilen "Il Tempo Gigante" fra Flåklipa Grand Prix og om en berg-og-dalbanebil, "Il Tempo Extra Gigante", var en krenking av eneretten av rettighetshaveren til film bilen. En enstemmig Høyesterett formulerte verkshøydekravet som «uttrykk for opphavsmannens originale åndsinnsetning; det må være resultat av en individuelt preget skapende innsats, og ved denne innsatsen må det være frembragt noe som fremstår som originalt...».⁴¹

2.3.2 EUs påvirkning på norsk opphavsrett

I 1992 inngikk Norge EØS-avtalen⁴² som trådte i kraft 1. jan 1994. Formålet med EØS-avtalen er å inkorporere EFTA-landene inn i EUs indre marked og sikre fri flyt av varer, tjenester, personer og kapital. Immaterielle rettigheter blir påvirket via EØS-avtalen, ved at slike rettigheter har et vare- og tjenestepreg.⁴³ Dette kommer til uttrykk både i avtalens hoveddel, men sektorspesifikke direktiv har blitt en del av EØS på basis av vedlegg XVII.

³⁸ *Rt. 1962 s.964, s. 967*

³⁹ *Rt. 2007 s.1329, avsnitt 44*

⁴⁰ *Rt. 2007 s.1329, avsnitt 48*

⁴¹ *HR-2017-2165-A, avsnitt 66*. Avgjørelsen forankrer dette i en tidligere avsagt Høyesterettsavgjørelse *Rt. 2013 s.822, avsnitt 40*.

⁴² Fulltekst: EØS-avtalen – Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde

⁴³ Fredriksen og Mathisen, 2018, s. 73

Hoveddelen av EØS er inkorporert i Norsk rett, og ved en eventuell konflikt mellom en rettsregel i EØS-avtalen og nasjonale regler har EØS reglen forrang.⁴⁴ Dette er et utslag av homogenitetsprinsippet etter EØS-avtalen art. 1 jf., art. 6. Homogenitetsprinsippet og presumsjonsprinsippet medfører at norske regler som er EØS-relevante må tolkes med EUs rettskilder og EU-domstolen sine avgjørelser.⁴⁵

Det første direktivet som berørte opphavsretten i EU kom i 1988, dette direktivet fokuserte bl.a. på å sikre at det interne markedet skulle fungerer for slike rettigheter.⁴⁶ I senere tid gjennomførte EU sektorspesifikke direktiv på opphavsrettens område som formulerer verkshøydekravet som «author's own intellectual creation».⁴⁷ EU-domstolen har tolket prinsippene fra disse direktivene som anvendelige på alle verk.⁴⁸ På denne måten har EU skapt et generelt krav til verkshøyde knyttet til opphaverens intellektuelle kreativitet.

Utviklingen fra sektorspesifikke direktiv til et generelt originalitetskrav tilskrives til *C-5/08, infopaq I*. Et av spørsmålene i saken var om en tekst på 11 ord oppfylte kravet til verkshøyde etter Infosoc-direktivet.⁴⁹ Spørsmålet kom til Høyesteret, som spurte EU-domstolen om klargjøringen av spørsmålet. EU domstolen kommenterte at spørsmålet var om sammensettingen av ordene ga uttrykk for opphaverens egen intellektuelle frembringelse. Enkelte ord kunne ikke alene være opphaverens intellektuelle frembringelse, men en sammensetting kunne være det.⁵⁰ Når saken kom tilbake til Høyesteret, kom domstolen til at disse 11 ordene oppnådde kravene i direktivet, på bakgrunn av resonnementene gitt av EU-domstolen. *Infopaq I* avsnitt 37-39 anses å ha harmonisert originalitetskravet i EU.⁵¹

Kravene satt i *Infopaq I* ble videreutviklet i senere rettsavgjørelser, bl.a. *joint cases C-403/08 and C-429/08, Premier League*. Et av spørsmålene i saken var om fotballkamper kunne klassifiseres som åndsverk. EU-domstolen avviste dette på bakgrunn av at fotballkamper ikke

⁴⁴ Se EØS-loven §2 og Rognstad, 2019, s. 48

⁴⁵ For en dypere vurdering av EU-rettsens påvirkning på den norske og nordiske opphavsretten, se Rognstad, 2020.

⁴⁶ Council Directive 89/104/EEC, for en mer detaljert fremstillingen vedrørende utviklingen av direktivene i EU på opphavsrettsområdet, se Rosati, 2013, kapittel 1, section I

⁴⁷ Se bl.a. Directive 96/9/EC art. 3(1), Directive 2006/116/EC art. 6 og Directive 2009/24/EC art. 1(3).

⁴⁸ Rosati, 2013, s. 127

⁴⁹ Directive 2001/29/EF

⁵⁰ *C-5/08, avsnitt 45-48*

⁵¹ Rosati, 2013, s. 100 og 107

er originale som «author's own intellectual creation» og poengterer at det må foreligge kreativ frihet for å kunne være regulert av opphavsretten.⁵²

Dette generelle verkshøydekravet fra EU som følge av *Infopaq I* og etterfølgende rettspraksis påvirker det norske verkshøydekravet igjennom EØS-avtalen. Norsk rettspraksis har derimot ikke i skrivende stund gått inn på EUs verkshøydekrav. EU-domstolens krav til verkshøyde ble tatt opp av de ankede parter i *Rt. 2012 s.1062, Tripp Trapp*. Hovedspørsmålet i saken var om Oliver-stolen var en bearbeidelse av Tripp Trapp-stolen. Ettersom disse stolene var brukskunst kommenterte Høyesterett om brukskunsten som verk generelt,⁵³ men fant det ikke grunn til å gå innom verkshøydekravet fra EU. Grunnlaget for dette var at det «ikke er gitt noe direktiv som dekker verkshøydeproblematikken for brukskunsten... Selv om det skulle være dekning for ankemotpartens utlegning av praksis, vil denne dermed under ingen omstendighet være bindende for en avgjørelse om verkshøyde for brukskunst basert på norsk rett».⁵⁴ Denne uttalelsen bommer på EU sin innvirkning på verkshøydekravet og har blitt kritisert i teorien.⁵⁵ I *Il Tempo Gigante* anerkjente Høyesterett at et generelt originalitetskrav har blitt utviklet i EU, men fant det ikke nødvendig å gå nærmere inn i kravet.⁵⁶ Det at Høyesterett viser til EU sitt originalitetskrav uten å gå nærmere inn på dette har blitt kritisert.⁵⁷

2.3.3 Utviklingen av kravet i USA

Fundamentet for amerikansk opphavsrett følger av U.S. Constitution Art. 1 § 8 cl. 8, som gir kongressen lovgivningsmyndighet innenfor den immaterielle retten for å «promote the progress of science and useful arts» til «authors...» for deres «writings...». Ordlyden «promote the progress of science and useful arts» er en forankring av opphavsretten som et utilitaristisk verktøy. Tidlig rettspraksis innen feltet ga uttrykk for at termene «author» og «writings» medførte et krav til originalitet, noe som har blitt gjengitt i etterfølgende rettspraksis.⁵⁸ Verkshøydekravet har dermed en grunnlovsmessig karakter, noe som medfører at kravet ikke kan fravikes ved føderallovgivning.

⁵² *Joined cases C-403/08 and C-429/08*, Avsnitt 96-98

⁵³ *Rt. 2012 s.1062*, avsnitt 62-67

⁵⁴ *Rt. 2012 s.1062*, avsnitt 69

⁵⁵ Rognstad, 2019, s. 110-112 og Lund, 2014, s. 198

⁵⁶ *HR-2017-2165-A*, avsnitt 68

⁵⁷ Se Rognstad, 2019, s. 96, med videre henvisninger.

⁵⁸ Se bl.a. *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*. 111 U.S. 53 (1884) s. 58, *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.* 188 U.S. 239 (1903) s. 249-250 og *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340 (1991) s. 346-347

Føderal lovgivning innenfor åndsretten kom i form av The Copyright Act of 1790. Denne loven var inspirert av den britiske loven, The Statute of Anne som la vekt på opphavsretten som incentiv.⁵⁹ Loven vedvarte, med revisjoner, frem til The Copyright Act of 1909 som bl.a. klargjorde at lovgivningen vernet «all writings of an author».⁶⁰ The Copyright Act of 1909 krevde også registrering av verket for å få vern, noe som er gjennomgående i loven.⁶¹ USA kunne gjennomføre krav til registrering, ettersom de ikke var del av Bern-konvensjonen på dette tidspunktet. Selv om lovrevisjonene er viktige i utviklingen av verkshøydekravet i USA, forekommer størsteparten av utviklingen til verkshøydekravet av rettspraksis med The Supreme Court of The United States, SCOTUS, i spissen.

Verkshøydekravet i USA ble først uttrykt i *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*.⁶² Saken omhandlet om fotografi kunne anses som verk etter den amerikanske Grunnloven, ettersom verket var skapt med et kamera og falt utenfor ordlyden «writings».⁶³ SCOTUS besvarte dette bekræftende og kom til at det avgjørende i saken var at fotografen hadde tatt kreative valg.⁶⁴ Originalitetskravet ble formulert til som et krav at verket stammet fra opphaveren.⁶⁵ Det er denne formuleringen av originalitet som setter føringen for videre rettspraksis og forståelse av verkshøydekravet i USA.

Kravet ble videre utviklet i *Bleistein v. Donaldson*.⁶⁶ Saken omhandlet plagiering av litografi. Hovedproblemstillingen i saken var om litografier var vernet av ordlyden «pictorial illustrations or works connected with the fine arts».⁶⁷ Flertallet i saken kom til at slike illustrasjoner falt under ordlyden og uttalte at estetiske vurderinger av verk kunne skape uønskede problemstillinger.⁶⁸ Flertallets votum knytter originalitetskravet opp mot opphaveren selv «Personality always contains something unique. It expresses its singularity even in handwriting, and a very modest grade of art has in it something irreducible, which is one man's alone. That something he may copyright unless there is a restriction in the words of the act».⁶⁹ Uttalelsene i *Bleistein* ga tidlig uttrykk for at det ikke forelå et høyt krav til

⁵⁹ Goldstein & Hugenholtz, 2019, s. 15

⁶⁰ Se The Copyright Act of 1909 Section 4.

⁶¹ Se eksempelvis regelverkets section 5, 11, 47 og 53.

⁶² *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884)

⁶³ U.S. Constitution Art. 1 § 8 cl. 8, se *Burrow-Giles*, 111 U.S. 53(1884) s. 56

⁶⁴ *Burrow-Giles*, 111 U.S. 53(1884) s. 60

⁶⁵ *Burrow-Giles*, 111 U.S. 53(1884) s. 57-58

⁶⁶ *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239 (1903)

⁶⁷ Se *Bleistein*, 188 U.S. 239 (1903) s. 250-251 med videre utdypning av lovteksten.

⁶⁸ *Bleistein*, 188 U.S. 239 (1903) s. 251

⁶⁹ *Bleistein*, 188 U.S. 239 (1903) s. 250

originalitet i amerikansk åndsrett⁷⁰ og at estetiske vurderinger faller utenfor verkshøydevurderingen.

⁷⁰ Nimmer, 2021, §2.01[B][1] 2-13

3 Verkshøydekravet i Norge og USA

3.1 Verkshøydekravet i samtiden

3.1.1 Norge

Verkshøydekravet er en kodifisering av ulovfestet rett og kommer til uttrykk i Lov om opphavsretten til åndsverk mv., åvl, §2 2. ledd. Bestemmelsen skulle videreføre tidligere praksis.⁷¹ Det følger av bestemmelsen at «åndsverk ... er uttrykk for original og individuell skapende åndsinnset». Bestemmelsen gir også en eksemplifisering av mulige åndsverk, bl.a. musikkverk, skjønnlitterære tekster og sceneverk, som er et utslag av Bern-konvensjonen art. 2(1). Formelle krav som registrering foreligger ikke i den norske opphavsretten.⁷² Det antas at verkshøydekravet i Norge er sammenfallent med verkshøydekravet i EU.⁷³

Loven definerer verkshøydekravet som «original og individuell skapende åndsinnset», men hva som ligger i ordlyden belyses ved en tolkning av rettspraksis og juridisk litteratur. Isolert sett taler ordlyden «og» for at det foreligger to kriterier ved verkshøydevurderingen i lovens forstand. I skrivende stund er det ikke avsagt en Høyesterettsdom på opphavsretten siden åvl av 2018 trådte i kraft.

Termen «original» i bestemmelsen skapte debatt under høringen av lovforslaget.

Advokatforeningen kommenterte at måten ordlyden «original» hadde blitt tilføyd kunne bli forstått som et objektivt nyhetskrav.⁷⁴ Departementet var uenig i at ordlyden ville forstås som et nyhetskrav, og poengterte at ordlyden har blitt benyttet i Høyesteretts utforminger av verkshøydekravet, se bl.a. *Huldra*, samt at EU-retten benytter ordlyden.⁷⁵ Samtidig poengterte departementet at «Riktignok kan det kanskje reises spørsmål om hvor mye «original» egentlig tilfører definisjonen».⁷⁶ I dansk rett har det vært tendenser for å legge forskjellig innhold i

⁷¹ Prop. 104 L (2016-2017) s. 316

⁷² Aakre et al., 2021, s. 42, se også Bern-konvensjonen art. 5(2).

⁷³ Dette legges til grunn av Rognstad, se Rognstad, 2019, s. 95-96, på bakgrunn av uttalelser i forarbeidene, se Prop. 104 L (2016-2017) s. 27-28 og Høringsutkast (2016) – forslag til ny åndsverkslov s. 27. Disse uttalelsene viser derimot et ønske om at formuleringen skal dekke kravet som følger i EU retten. I Høringsutkastet formuleres dette slik «Departementets intensjon er at en slik uttrykksform også vil dekke det EU-rettslige originalitetskravet slik det fremgår av EU-domstolens praksis», se s. 27.

⁷⁴ Prop. 104 L (2016-2017) s. 27

⁷⁵ Prop. 104 L (2016-2017) s. 27-28

⁷⁶ Prop. 104 L (2016-2017) s. 28

verkshøyde og originalitetsbegrepene, men tilsvarende har ikke blitt lagt til grunn ved den norske lovtolkningen.⁷⁷

I *Wegner* uttales det at kravet til originalitet ikke innebærer et nyhetskrav, men igjen peker til at noe må være skapt av en viss grad av individualitet og kreativitet.⁷⁸ Rognstad stiller spørsmålstegn vedrørende å bruke termen verkshøyde istedenfor originalitet, men understreker at det ikke er feil å benytte verkshøydebegrepet ettersom uttrykket betegner individuell skapende åndsinnsetning.⁷⁹

Norsk rett har det tradisjonelt vært anvendt et strengere verkshøydekrav på noen former for åndsverk. I *Huldra* utalte Høyesterett at «Siden det sceneverk vi her står ovenfor, ligger nært opp til en iscenesettelse, må det stilles særlige krav til originalitet».⁸⁰ Tilsvarende har blitt lagt til grunn for brukskunst. Brukskunsten er unik ettersom det er gjenstander som kan brukes, men samtidig har et estetisk preg. Dette medfører at brukskunsten har rene funksjonelle element som behøves for å benytte brukskunsten. Slike funksjonelle element faller utenfor åndsverksbeskyttelsen.⁸¹ Tidligere har den norske vurderingen av brukskunst blitt ansett som strengere enn andre nordiske land, selv om det foreligger færre rettsavgjørelser på området.⁸²

3.1.2 USA

The Copyright Act of 1976, TCA, ble gjennomført for å kodifisere ulovfestet rett. Etter bestemmelsen i TCA §102 (a) får «original works of authorship» som er «fixed in a tangible medium of expression» vern.⁸³ Det følger av lovgivningens forarbeid at disse ordlydene er de to fundamentale kravene for verkshøyde, men ordlydene blir ikke definert i forarbeidet eller loven, og at lovfesting skulle opprettholde kravet som var etablert i rettspraksis.⁸⁴ Ved lovfesting i 1976 forelå det krav til registrering, men etter lovrevisjonen the Berne

⁷⁷ Se Rognstad, 2019, s. 94 med videre henvisninger.

⁷⁸ *Rt. 1962 s.964*, side 967

⁷⁹ Rognstad, 2019, s. 103

⁸⁰ *Rt. 2007 s.1329*, avsnitt 47

⁸¹ Rognstad, 2019, s. 109

⁸² Rosenmeier, 2001, s. 241

⁸³ Verkshøyde kan også oppnås via statlig rett eller via rettspraksis utenfor TCA. SCOTUS har kommenter på dette bl.a. i *Goldstein v. California*, 412 U.S. 546 (1973). Men muligheten for vern på dette grunnlaget har blitt begrenset pga. TCA §301(a). Se Nimmer, 2021, §2.02[A].

⁸⁴ H.R. Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. (1976). s. 51. Det er også verdt å merke at forarbeid ikke har samme rettskildeværdi i USA som i Norge, ettersom dette ikke er en rettskilde i amerikansk forstand, se Müllerchen, 2015, s. 261-262. Generelt kan en si at rettspraksis har mer vekt i USA, noe som gjenspeiles ved at ankesdomstolers avgjørelser blir anvendt aktivt i litteraturen.

Convention Implementation Act of 1988 falt disse vekk, ettersom USA gikk inn i Bern-konvensjonen i 1988.⁸⁵ På bakgrunn av lovrevisjonen foreligger det ikke lengre et krav om registrering for verkshøyde.⁸⁶

Originalitetskravet som følger av TCA § 102 (a) belyses ved hjelp av rettspraksis. Rettspraksis har kommentert at termen «original» er flertydig, termen kan bl.a. bety kreativt og innovativt,⁸⁷ men ordlydens innhold er at verket stammer fra opphaveren.⁸⁸ Dette skaper en naturlig motsetning mot plagiering, der verket stammer fra andre opphavere.

Den moderne standarden for originalitet attribueres til SCOTUS avgjørelsen *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*⁸⁹ Saken omhandlet bedriften Feist som kopierte større deler av Rural Telephone Service sine telefonbøker og publiserte disse under sitt navn. Feist hadde tidligere prøvd å kjøpe rettighetene til å publisere disse og hadde oppsøkt mer informasjon vedrørende personer tilknyttet telefonnumrene. Domstolen kom til at telefonkatalogene var en sammensetting av fakta som ikke oppnådde kravet originalitet som forelå i TCA og rettspraksis.

Feist tar først avstand fra «sweat of the brow» doktrinen. Dette er en doktrine som tilsier at når en har ilagt tid, arbeid eller ressurser i noe vil dette alene være nok til å oppnå verkshøyde og avviser at det må foreligge noe kreativt eller originalt. En slik form for vern foreligger bl.a. i England.⁹⁰ I *Feist* tar domstolen avstand til en slik tilnærming av originalitetskravet, men understreker at en sammensetting av fakta kan oppnå verkshøyde om sammensettingen er «selected, coordinated, or arranged in such a way that the resulting work as a whole constitutes an original work of authorship».⁹¹ Mer direkte om originalitetsvurderingen uttaler domstolen at «original, as the term is used in copyright, means only that the work was

⁸⁵ Cohen et al., 2015, s. 37-38 og Goldstein & Hugenholtz, 2019, s. 209.

⁸⁶ Registrering er derimot et krav for noen rettsmidler, jf. TCA §412. For mer informasjon, se Goldstein & Hugenholtz, 2019, s. 210-211

⁸⁷ Se bl.a. *Alfred Bell & Co. v. Catalada Fine art, inc.* 191 F.2d 99 (2d Cir. 1951) s. 102

⁸⁸ Dette ble først uttrykt i *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* 111 U.S. 53(1884) se dommens s. 58 og 60. Tilsvarende formuleringer har blitt gjentatt i nyere rettspraksis, se bl.a. *Feist Publications, Inc., Co. v. Rural Telephone Service Co. Inc.*, 499 U.s. 340 (1991) s. 346. For en teoretisk presentasjon, se Nimmer, 2021, § 2.01 [A][1] 2-8 – 2-9.

⁸⁹ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340 (1991)

⁹⁰ Se Rosati, 2013, s. 79

⁹¹ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340 (1991), s. 356-357 med henvisning til TCA §101, definisjonen av «compilations».

independently created by the author ... and that it possesses at least some minimal degree of creativity»⁹² og de fleste samleverk vil overkomme denne terskelen.⁹³

Det har blitt anført i litteraturen at det amerikanske kravet til originalitet er lavere enn kravet som foreligger i kontinental Europa. Nimmer poengterer at «originality for copyright purposes amounts to ‘little more than a prohibition of actual copying. No matter how poor the ‘author’s’ addition, it is enough if it be his own’».⁹⁴ Dette utgangspunktet ser ut til å være en gjenspeiling av den amerikanske opphavsrettens utilitaristiske forankring. Selv om det virker naturlig å påstå at verkshøydekravet i USA er lavere enn i kontinental Europa, pga. uttalelsene i *Bleistein* og *Feist*, burde påstanden tas med forbehold.⁹⁵

3.2 Ide og uttrykk

3.2.1 Et internasjonalt anerkjent standpunkt

Skille mellom ide og uttrykk er en hjørnestein i opphavsretten og anerkjennes i internasjonale konvensjoner som WCT art. 2 og TRIPS art. 9(2). Prinsippet omhandler at en opphaver bare har rettigheter til sitt spesifikke uttrykk av en ide, men ikke ideen som helhet. Tanken beror på at enhver skal kunne ta nytte av det «åndelige felleseie»⁹⁶ og er velkjent både i Norge og USA. I sistnevnte er prinsippet lovfestet i TCA §102 (b),⁹⁷ men for førstnevnte beror dette på juridisk teori og rettspraksis.⁹⁸ Dette er for å forsikre at vernet ikke medfører et monopol på ideene, noe som ville forringet muligheten til å utforske ideer på nye måter. Ideer i denne kontekst anvendes ganske vidt, dermed faller tema, motiv eller hendelsesforløp, stilarter, metoder og egenskaper inn under termen.⁹⁹ Eksempelvis har ikke Bram Stoker monopol på enhver fremstilling av vampyrer, men på fremstillingen av sin vampyr. Opphaver har dermed bare monopol på sitt uttrykk av en ide.

⁹² *Feist*, 499 U.S. 340 (1991), s. 345

⁹³ *Feist*, 499 U.S. 340 (1991), s. 358-359

⁹⁴ Nimmer, 2021, §2.01[B][1] 2-14, med videre henvisninger.

⁹⁵ Rosenmeier, 2001, s.109-110 og Goldstein & Hugenholtz, 2019, s. 177-179

⁹⁶ Rognstad, 2019, s. 92

⁹⁷ Dette er derimot en lovfesting av rettspraksis. Ide og uttrykk ble derimot først formulert i *Baker v. Selden* 101 U.S. 99 (1879). se dommens side 104.

⁹⁸ Se bl.a. Rognstad, 2019, s. 91-94 og *HR-2017-2165-A*, Avsnitt 101 med videre henvisninger.

⁹⁹ Rosenmeier, 2001, s. 68

Innen dette kommer også distinksjonen mellom verket og eksemplaret av verket. Et åndsverk er mer enn et spesifikt eksemplar.¹⁰⁰ Eierskap til et eksemplar av Bram Stokers Dracula medfører ikke eierskap til Dracula som åndsverk. Dette eksemplaret utgjør bare en spesifikk manifestasjon av dette verket. Fremføringer av verk anses også som en manifestasjon av verket og ikke som et eget åndsverk.¹⁰¹

Skillet mellom ide og uttrykk virker uproblematisk, men har reist rettslige spørsmål.¹⁰² Problemet kan bl.a. komme når metodene definerer verket. Dette kan ses bl.a. i Barnett Newman's maleriserie «Who is afraid of red, yellow and blue», der maleri nr. 3 i serien ble vandalisert med kniv og restaureringen ikke klarte å gjenskape verket. Det vandaliserte verket var et stort lerret med en markant rød farge.

Det er antatt at Newman hadde gjort noe med malingen som var vanskelig å reprodusere, men det er uvisst hva. Kunstnere innen samme stil, bl.a. Mark Rothko, har benyttet ting som egg og lim til å få de spesifikke fargene som var ønsket. Det antas at Newman brukte tilsvarende metoder for å få dybden i sitt maleri. Newman sine verk er moderne kunst og oppfyller kravet til verkshøyde. Men verket er hovedsakelig definert av hvilke metoder han benyttet. Samtidig kan kombinasjonene av metode kanskje konstatere verkshøyde pga. en valgfrihetsvurdering, se punkt 3.5.

3.2.2 Merger doktrinen

Merger doktrinen utviklet seg i USA fra *Baker v. Selden* dommen.¹⁰³ Merger doktrinen kan formuleres som at noen ideer bare kan uttrykkes på et begrenset antall måter. Når dette forekommer så blir uttrykket og ideen slått sammen og en opphaver får ikke vern for sitt uttrykk. Dette ble problematisk i saken *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian*.¹⁰⁴ Dommen omhandlet sikkerhetsnåler formet som bier med besmykking. Domstolen kom til at det ikke forelå noen særlig variasjon mellom partenes uttrykk, men understreket at en ide og

¹⁰⁰ Se bl.a., Rognstad, 2019, s.83 og Nimmer, 2021, §20.3[C] 2-36.

¹⁰¹ Rosenmeier, 2001, s. 17

¹⁰² Bl.a. ved TV-konsepter, se Rognstad (2019): s. 93 for en fremstilling av *TOSLO-2010-13482*. Et eksempel fra amerikansk rettspraksis er *Herwitz v. National Broadcasting Co., 210 F. Supp. 231 (S.D.N.Y. 1962)* «here we are dealing with a "gimmick" which is practically an abstract idea». For en mer detaljert fremstilling av opphavsrettslig beskyttelse av TV-formater, se Grønabæk, 2001.

¹⁰³ *Baker v. Selden, 101 U.S. 99 (1879)* s. 103 «where the art it teachers cannot be used without employing the methods and diagrams used ... such methods and diagrams are to be considered as necessary incidents to the art, and given therewithin to the public».

¹⁰⁴ *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian 446 F.2d 738 9. cir. (1971)*

et uttrykk i denne saken ikke kunne separeres. På bakgrunn av dette konkluderte domstolen at ideen og uttrykket «are thus inseparable, copying the “expression” will not be barred, since protecting the “expression” in such circumstances would confer a monopoly of the “idea” upon the copyright owner...». ¹⁰⁵

Norge har ikke noe direkte ekvivalent til merger doktrinen. Det har vært forsøk på å anvende en tilsvarende doktrine utenfor USA, men dette har blitt kritisert innen den nordiske opphavsretten. ¹⁰⁶ Det er derimot verdt å poengtere at ved vurderingen av valgfrihet og dobbeltfrembringelser vil en kunne komme til samme konklusjon. Om det foreligger elementer ved gjennomføringen av en ide som opphaver ikke kan velge vekk, vil opphaver være mer begrenset og det foreligger større potensial for dobbeltfrembringelser.

3.2.3 Vedrørende kvantitet

Skillet mellom ide og uttrykk har også en kobling til kvantitet. Ved kvantitet menes hvor mye som må tillegges et verk før verket oppnår verkshøyde. Dette kan være sammensetninger av enkeltelement som vil fremstå som originalt, ¹⁰⁷ men også antall ord som behøves før en tekst anses som et verk. *Infopaq I* brukes som et eksempel på at det ikke foreligger en høy terskel om verkshøyde i Norge og EU. ¹⁰⁸ At en frase på 11 ord kan medføre verkshøyde tilsier at opphavers input ikke behøver å være stort, så lenge sammensetningen av ordene gir uttrykk for «authors own intellectual creation». ¹⁰⁹

I USA er det usikkert på om samme terskel kan opprettholdes. Nimmer poengterer at det ikke foreligger vern for korte fraser eller andre minimale bidrag. ¹¹⁰ Dette følger primært fra The Copyright Office ¹¹¹ sine reguleringer vedrørende TCA fra 1909. ¹¹² Frasene som har blitt tatt opp i det amerikanske rettsapparatet har vært omkring 5 ord eller mindre, noe som er kortere enn saksforholdet i *Infopaq I*. ¹¹³ Ved lengre fraser er spørsmålet om frasen kan anses som

¹⁰⁵ *Herbert*, 446 F.2d 738 9. cir. (1971) s. 742

¹⁰⁶ Rosenmeier, 2001, s. 72-73

¹⁰⁷ Se bl.a. *Rt. 2007 s.1329*, avsnitt 45

¹⁰⁸ Rognstad, 2019, s. 97

¹⁰⁹ *C-5/08*, avsnitt 50.

¹¹⁰ Nimmer, 2021, § 2.01 [B][3] 2-18—2-19.

¹¹¹ Slike administrative organ sine reguleringer anses som en rettskilde i USA og har betydning for tolkningen av regelverket. Se Müller-chen, 2015, s. 262.

¹¹² Copyright Office Circular no. 46, section 202.1 (a). «The following are examples of works not subject to copyright and applications for registration of such works cannot be entertained: (a) Words and short phrases such as names, titles, and slogans...»

¹¹³ Bl.a. frasen «if no pulse, start CPR» ble ansett som for lite original, se Nimmer, 2021, § 2.01 [B][3] 2-18.2

original fra opphaver. Tilsvarende som *infopaq I* kom til at en frase på 11 ord kunne vernes, ettersom sammensettingen av disse ordene kan være en avspeiling av opphavsmanns originalitet,¹¹⁴ vil en frase vernes så lenge frasen stammer fra opphaver.¹¹⁵ Om frasen ikke kan sies å stamme fra opphaver vil det ikke foreligge en original frembringelse av et åndsverk, m.a.o. vil verket ikke ha verkshøyde.

I Norge benyttes *Huldra* som et annet eksempel på en kvantitativ grense. Førstvoterende poengterte at sceneverket i saken lå nært mot iscenesettelse og at i slike tilfeller «må det stilles særlige krav til originalitet».¹¹⁶ Denne fremstillingen av huldra hadde bare elementer som måtte forekomme ved iscenesettelser av karakteren og hadde ikke tatt med noe annet enn det som behøves i representasjoner av huldra.¹¹⁷ Høyesterett kom til at selv om det forelå flere enkeltelement som ved en sammensetting kunne medføre originalitet, hadde denne iscenesettelsen ikke benyttet disse på en måte som medførte verkshøyde.¹¹⁸ Argumentet har en kobling til ide og uttrykk, ved at elementene benyttet i iscenesettelsen var basale ved en fremstilling av huldra.

3.3 Originalitetskriteriet

Et krav til originalitet blir uttrykt i lovgivningen både i Norsk og Amerikansk rett. Det er derimot forskjellige innfallsvinkler på originalitet i rettskulturene. Kravet er generelt ikke problematisk for tradisjonelle åndsverk som skjønnlitterære bøker, men støter på problemer bl.a. ved bearbeidelser og sammensetting av fakta. Bern-konvensjonen har ikke definert termen, men benytter «originalverk»,¹¹⁹ noe som implisitt gir uttrykk for at konvensjonen forutsetter en slik vurdering for verkshøyde. Begge rettskulturene har lagt til grunn at kravet til originalitet ikke medfører et nyhetskrav som ved patentretten.¹²⁰

¹¹⁴ C-5/08, avsnitt 50

¹¹⁵ Nimmer, 2021, § 2.01 [B][3] 2-18.1.

¹¹⁶ Rt. 2007 s.1329, avsnitt 47

¹¹⁷ Rt. 2007 s.1329, avsnitt 48

¹¹⁸ Rt. 2007 s.1329, avsnitt 45 og 48

¹¹⁹ Se, bl.a. art. 2 (3), art. 8 og art. 11.

¹²⁰ Se HR-2017-2165-A, avsnitt 66 og Nimmer, 2021, §2.01[A][2] 2-10, med videre henvisninger. Samme legges til grunn i EU, se Rosati, 2013, s. 63.

3.3.1 Originalitet som opphav

Som poengtert i 3.1.2 er meningsinnholdet i originalitetskravet etter TCA §102(a) at verket stammer fra opphaveren. Originalitetskravet som opphav har koblinger til John Locks konsept av åndsrett og eiendom¹²¹ og har en forankring i britisk opphavsrett.¹²² Det er denne grunngivningen og forklaringen som forankrer både ide og uttrykk i den amerikanske rettskulturen, men også grunnlaget til vernet. Så lenge det foreligger noe originalt behøves ikke en stor grad av kreativitet. Skillet mellom kreativitet og originalitet har brakt problemer for ankedomstolene,¹²³ selv om SCOTUS har kommentert at dette er forskjellige vurderinger, bl.a. i *Feist*.

I *Feist* uttalte SCOTUS at et verk ikke bare må være skapt uavhengig av andre, men også ha «minimal degree of creativity».¹²⁴ Domstolen tar dette et skritt videre og forankrer kreativitet i den amerikanske Grunnloven, noe som gjør kravet uavhengig av TCA sin utforming.¹²⁵ For å vurdere om et verk oppnår verkshøyde etter TCA § 102 (a) må det anvendes en to-steps vurdering, 1) om verket er originalt og 2) om verket er kreativt. Uavhengig denne separasjonen har underinstansene hovedsakelig vurdert dette under et generelt originalitetskrav.¹²⁶

Hvor kreativ en opphaver må være er derimot usikkert og SCOTUS gir ikke særlig veiledning i *Feist*. Domstolen poengterer at verket i saken er av en «garden variety...devoid of even the slightest trace of creativity» og «Rural's selection of listing could not be more obvious».¹²⁷ Disse negative formuleringene gir få holdepunkt til mengden av kreativitet som må foreligge for at et verk vil oppfylle kravet. Domstolen poengterer bare at verket i saken er under kravet til «minimal degree of creativity».¹²⁸ På den annen side, er negative formuleringer gunstige ved at den ikke setter positive rammer og potensielle begrensinger overfor fremtidige uttrykk

¹²¹ Zeilinger, 2014, s. 82 og Koessler, 2012, s. 4

¹²² Koessler, 2012, s. 6 og 8

¹²³ Se bl.a. *Universal Athletic Sales Co. v. Salkeld* 511 F.2d 904 3d Cir. (1975)

¹²⁴ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340 (1991) s. 348. Dommen bruker også termen «modicum of creativity» synonymt, se s. 346.

¹²⁵ Se *Feist*, 499 U.S. 340 (1991), s. 362 «as this court has explained, the Constitution mandates some minimal degree of creativity»

¹²⁶ Se Nimmer, 2021, § 2.01 [B][2] 2-17 med videre henvisinger.

¹²⁷ *Feist*, 499 U.S. 340 (1991) s. 362

¹²⁸ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340 (1991) s. 348. Dommen bruker også termen «modicum of creativity» synonymt, se s. 346.

for kreativitet. Sett sammen med at dommen gir uttrykk for at kravet til kreativitet er minimalt, virker kravet sammenfallent med originalitet som opphav.

3.3.2 Originalitet eller individuell skapende åndsinnsettsats?

Det er usikkert hva ordlyden «original» etter åvl. §2 (2) tilføyer verkshøydekravet. Forarbeidene understreker at ordlyden «original» ble benyttet, ettersom dette er utformingen av kravet i EU-retten,¹²⁹ mens Rognstad ser ut til å vurdere kriteriet som en måte å uttrykke verkshøydekravet.¹³⁰ Ordlyden «original» virker overflødig sett i bestemmelsens kontekst og om «original» og «individuell skapende åndsinnsettsats», jf. åvl. 2 (2) er to forskjellige vurderinger, glir disse inn i hverandre.

I de nordiske landene har bl.a. Danmark vektlagt originalitetsvurderingen som hjørnesteinen for verkshøydekravet. Rosenmeier tar samme vinkling som Rognstad og presiserer at originalitet er en uttrykksform for verkshøydekravet, der termer som «individuell skapende åndsinnsettsats» «egne selvstendige skabende intellektuel indsats «skabende virksomhet» m.m. bare er forskjellige måter å formulere kravet på.¹³¹

Hovedforskjellen mellom kravene i norsk og amerikansk sammenheng er ordlydens begrunnelse. *Bleistein* og *Feist* legger til grunn at originalitet følger av om verket stammer fra opphaver. Dette har en kobling til ide og uttrykk, ettersom ideer ikke vil stamme fra opphaveren, men et uttrykk vil. I Norge er originalitet en annen måte å formulere verkshøyde, som også kan formuleres som «individuell skapende åndsinnsettsats», en formulering som åvl. § 2 2. ledd benytter sammen med «original». Slik kravet er formulert i USA legges det til grunn at kravet forbyr kopiering.¹³² Om motiv ble det uttalt i *Bleistein* at «Others are free to copy the original. They are not free to copy the copy».¹³³

I Norge er kravet til originalitet en språklig utforming av verkshøydekravet. Tilsvarende har blitt lagt til grunn av EU-domstolen i bl.a. *Premier League* der originalitetskravet forklares

¹²⁹ Prop. 104 L (2016-2017) s. 27-28.

¹³⁰ Rognstad, 2019, s. 94, 103 og punkt 6.2.5.2.

¹³¹ Rosenmeier, 2001, s.119-121

¹³² Nimmer, 2021, §2.01[B][1] 2-14.

¹³³ *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.* 188 U.S. 239 (1903) s. 249

som «author's own intellectual creation».¹³⁴ Slike formuleringer av originalitet avskjærer rent arbeid fra å konstatere verkshøyde.

3.3.3 «Sweat of the brow»

Sammensetting av fakta har vært en særlig problemstilling vedrørende verkshøydekravet. Problemstillingen kommer opp i *Rt. 1940. s.327, Hallo hallo*, og *Feist*. Begge avgjørelsene tar avstand fra at rene sammensettinger medfører verkshøyde. Forskjellen mellom disse er primært hvordan argumentasjonen i instansene går. I *Hallo hallo* understreker Høyesterett at selv om programmets oppbygning vil være tidskrevende arbeid med flere personer, er ikke dette i seg selv nok til å konstatere verkshøyde. Arbeidet i saken forklares som arbeid av «rutinemessig karakter» og at «den skriftlige fikseringen av slike poster synes ikke å kunne ha rang av individuelt preget åndsvirksomhet».¹³⁵ Sagt på en annen måte, resultatet hadde fått den samme utformingen uavhengig hvem som hadde gjennomført dette arbeidet. Begrunnelsen har preg av et valgfrihetssynspunkt ved skapelsen av et verk, se punkt 3.5.1 og 3.5.2. Dette er sammenfallent med EU-retten.¹³⁶

Situasjonen i *Feist* var annerledes. Det hadde vært en aksept for «sweat of the brow» prinsippet i underinstanser og prinsippet er nært knyttet til John Lock sin filosofi, som har preget utformingen av åndsverkslovgivning i angloamerikanske rettskulturer.¹³⁷ Før saken kom til SCOTUS, hadde underinstansene ilagt vesentlig vekt på det arbeid som behøvdes for å lage telefonbøkene. SCOTUS måtte ta klar avstand fra prinsippet. Domstolen poengterer at fakta eller samleverk av rene fakta ikke har verkshøyde er «essence of copyright»,¹³⁸ ettersom dette ga grunnlaget for nyere verk i fremtiden. M.a.o. knytter domstolen dette opp mot ide og uttrykk. Domstolen forklarer «Sweat of the brow» prinsippet fra underinstansene som en misforståelse av TCA av 1909.¹³⁹

Hvor mye veiledning dette gir kan diskuteres. Begge tar bare avstand fra et «sweat of the brow»-prinsipp, noe som ikke hadde hold i Norge til å begynne med. Men saksforholdene i sakene faller utenfor hva som tradisjonelt følger av «sweat of the brow».¹⁴⁰ Det har også blitt

¹³⁴ *Joined cases C-403/08 and C-429/08*, avsnitt 97

¹³⁵ *Rt. 1940 s.327*, side 329

¹³⁶ Se Rosati, 2015, s.167 og *C-604/10*, avsnitt 42

¹³⁷ Cohen et al., 2015, s. 12-13

¹³⁸ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340 (1991) s. 349

¹³⁹ *Feist*, 499 U.S. 340 (1991) s. 352

¹⁴⁰ Rosati, 2013, s. 77-79

kommentert at *Feist* ikke har løst «sweat of the brow» situasjonen i USA.¹⁴¹ Videre har begge saksforholdene nærere relasjon til ide og uttrykk, ved at begge omhandler en ren presentasjon av fakta i en alfabetisk eller tidsmessig orden. Dommene gir i grunn bare uttrykk for at et verk ikke får vern av opphavsrettslige regler, om sammensettingen av disse er av en mekanisk eller rutinemessig karakter.

3.4 Frembringelse av verket

Bern-konvensjonen lar signaturlandene selv velge om de ønsker et krav til nedtegning av verket for å få vern, se art. 2 (2). Generelt kan en anføre at landene som har gjennomført et krav til frembringelse ved nedtegnelse tilhører den angloamerikanske rettstradisjon, mens de som ikke har et slikt krav tilhører den kontinentaleuropeiske.¹⁴²

Ved et krav til frembringelse ved nedtegnelse foreligger det en tanke om stabilitet ved verket, som en ideal form av dette verket.¹⁴³ Ut fra en slik tanke vil senere arbeid på verket være en bearbeidelse eller et nytt selvstendig verk. På bakgrunn av dette har utformingen av manifestasjonskravet påvirkning på hvordan opphavere kan uttrykke seg kreativt for å få verkshøyde. Hvordan en rettskultur utformer manifestasjonskravet kan bl.a. favorisere noen former for skapende åndsinnsetts over andre.¹⁴⁴ Uavhengig hvilken rettskultur en befinner seg i, er nedtegning av verket pragmatisk i en bevissammenheng.¹⁴⁵

Generelt kan en si at verkbegrepet har utvidet seg sammen med den teknologiske utviklingen.¹⁴⁶ Frembringelseskravet er ikke problematisk i de tradisjonelle opphavsrettssituasjoner, m.a.o. bøker, maleri og tegning av noter på et noteark. Andre verkstyper stilles derimot svakere, f.eks. en tale som fremføres muntlig eller et musikkstykke som improviseres. Eneretten til verket begrunnes som et incentiv for opphavere til å skape verk,¹⁴⁷ men kreativitet kan også være eksperimentering ved utformingen og manifestasjonen av verket.

¹⁴¹ Rosati, 2013, s. 82-83

¹⁴² Goldstein & Hugenholtz, 2019, s. 214-215 og Rosenmeier, 2001, s. 59

¹⁴³ Zeilinger, 2014, s. 81

¹⁴⁴ Innenfor musikken kan en skille mellom muntlig og skriftlige musikktradisjoner. Et krav til nedtegning av et åndsverk favoriserer sistnevnte av disse tradisjonene. For mer informasjon se Arewa, 2011.

¹⁴⁵ Aakre et al., 2021, s. 42

¹⁴⁶ Cohen et al., 2015, s. 27-31

¹⁴⁷ Se bl.a. Zeilinger, 2014, s. 77

3.4.1 Frembringelse som nedtegnelse

Det følger av TCA § 102 a) at et verk må være «fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed», m.a.o. nedtegnelse, for å få verkshøyde. Formuleringen er vid og er intendert slik.¹⁴⁸ Definisjonsparagrafen i TCA § 101 utdyper kravet med at verket må være «sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated». Ut fra en språklig forståelse avskjærer ordlyden «permanent or stable» improvisasjon og taler som ikke er skrevet før presentasjonen. Denne manifesteringen må også forekomme under «the authority of the author», men det at opphaver er klar over at fremvisningen vil bli nedtegnet oppfyller dette kravet.¹⁴⁹

En sak der nedtegnelseskravet var avgjørende er *Williams Electronics, Inc. v. Artic International, Inc.*¹⁵⁰ Williams lagde og solgte videospill med forskjellige audiovisuelle komponenter som varierte ut fra spillernes handlinger. Artic lagde et spill med flere likheter og benyttet de samme elektriske komponentene som Williams. Vedrørende kravet til nedtegnelse var de audiovisuelle aspektene problematisert. Artic anførte at kravet til nedtegnelse etter TCA § 102 a) ikke var oppfylt, ettersom spillet skapte forskjellige bilder og lyder basert på spillerens handlinger. Artic anførte også at om dette skulle legges til grunn, måtte spilleren anerkjennes som en opphaver, ettersom det var spilleren som fremkalte de audiovisuelle aspektene i spillet.

Ankedomstolen avviste dette og understreket at «the fixation requirement is met whenever the work is “sufficiently permanent or stable to permit it to be ... reproduced, or otherwise communicated” for more than a transitory period».¹⁵¹ Det at de samme audiovisuelle aspektene ble reprodusert gjentatte ganger talte også i retning for at det forelå en manifestasjon av verket. Det at spilleren fremkalte disse audiovisuelle aspektene under spillingen var ikke avgjørende, ettersom det var de elektriske komponentene i selve spillmaskinen som lagret denne informasjonen. Det avgjørende var at lyden hadde blitt “skrevet” inn i den elektriske komponenten og kunne gjenskapes relativt likt hver gang.

¹⁴⁸ H.R. Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. (1976). s. 51. Kravet et vidt for å unngå en presedens satt av SCOTUS i *White-Smith Publishing Co. V. Apollo Co.*, 209, U.S. 1 (1908). For mer informasjon se Nimmer, 2021, § 2.03 [B][1] 2-34.2.

¹⁴⁹ Nimmer, 2021, § 2.01 [B][3] 2-35 – 2-36

¹⁵⁰ *Williams Electronics, Inc. v. Artic International, Inc.* 685 F.2d 87 (1982).

¹⁵¹ *Williams Electronics, Inc. v. Artic International, Inc.* 685 F.2d 87 (1982).

Det amerikanske kravet til nedtegnelse har skapt problemet for jazzen, en sjanger som oppstod i USA. Jazzen er en musikk form som bygger på jazz-standardlåter og improvisasjon. Dette skaper en kultur for å lete etter eldre musikkverk som skal benyttes til å skape nye originale uttrykk, bl.a. ved improvisasjon over det eldre verket. Improvisasjonene en jazzmusikker skaper ved benyttelsen av det eldre verket kan ikke nedtegnes av artisten på forhånd, ettersom improvisasjon skjer i øyeblikket.¹⁵² Der det avgjørende i *Artic* var at de audiovisuelle elementene var "skrevet" i de elektroniske komponentene og kunne fremkalles av spilleren relativt likt hver gang, vil en improvisasjon være ulik av natur. Disse originale uttrykkene faller dermed utenfor TCA.¹⁵³

Musikk generelt bygger på tidligere verks ideer og motiv for å skape nye musikalske uttrykk, men jazzen tar en annen innfallsvinkel. Jazzen benytter tidligere verk som et rammeverk for å skape nye originale åndsverk. Det er altså snakk om en form for bearbeidelse, selv om dette ikke er helt dekkende. King, en tidligere jazzmusikker og nåværende advokat spesialisert innen immaterielle rettigheter, poengterer at selv om jazzmusikeren bruker disse standardlåtene, vil musikeren sannsynligvis gjennomføre fundamentale forandringer i verket.¹⁵⁴ Slike forandringer av verket beholder bare deler av grunnmuren til jazz-standardlåten, som spesifikke motiv eller musikalske fraser. Det er også vanlig for jazzmusikere å improvisere både i studio- og konsertsammenhenger. Slike improvisasjoner, i hvert fall de som fremføres på konserter eller lignende omgivelser, faller utenfor nedtegnelseskravet i TCA §102 (a). Det har derimot også vært spørsmål om improvisasjoner i studio oppfyller kravet som er satt i bestemmelsen.¹⁵⁵

3.4.2 Frembringelse som opplevelse

Åvl §2 (1) har ikke et like direkte manifestasjonskrav som TCA §102 (a), men følger av ordlyden «Den som skaper et åndsverk». Verbet "å skape" tilsier at det foreligger en handling som vil videreføre verket til noe observerbart, m.a.o. en manifestasjon eller frembringelse av verket. Det foreligger ikke noen formkrav til hvordan en slik manifestasjon skal forekomme.

¹⁵² King, 1990-1991, s. 310

¹⁵³ King, 1990-1991, s. 285

¹⁵⁴ King, 1990-1991, s. 278

¹⁵⁵ King, 1990-1991, s. 279 og Zeilinger, 2014, s. 83

Det at verket må frembringes er et generelt krav i den nordiske opphavsretten.¹⁵⁶ Den juridiske teorien vektlegger at en frembringelse etter åvl. er at verket kan oppleves av andre. Sagt på en annen måte, verket ha gått fra ideer til noe som kan sanses. Rognstad understreker at verket «må være frembragt en ytre realitet, noe som kan løses fra opphavers personlighet, og som har en slik blivende karakter at den kan reproduseres eller meddeles til andre».¹⁵⁷ Dette understøttes videre med at «vår åndsverkslov stiller imidlertid ikke krav om nedtegning eller fiksering...».¹⁵⁸

Tilsvarende ble lagt til grunn i forarbeidene til åvl. av 1961 der det ble uttalt at koreografi og pantomime også ville være vernet etter reglene, «særvilkår for den stumme kunst, hvor forholdet jo også er at en skriftlig fiksering er helt umulig ... selvsagt vil det være vanskelig å bevise komposisjonens identitet, og derigjennom påtale en opphavsrettskrenkelse, hvis den ikke er fiksert skriftlig eller på annen måte. Dette er dog ... ingen grunn til å berøve opphavsmannen hans rettmessige vern, hvis det virkelig lykkes ham å føre dette bevis».¹⁵⁹ Uttalelsene gir uttrykk for at det ikke foreligger et krav til nedtegnelse for å oppnå verkshøyde, men at verket må ha utviklet seg fra tanker til uttrykk. En spontan tale eller musikalsk improvisasjon vil dermed falle under manifestasjonskravet som følger av reglene i åvl. §2 1. ledd.

3.4.3 Forutsigbarhet versus fleksibilitet

Selv om begge har et krav til en frembringelse, viser måten kravet kommer frem i lovgivningen noen forskjeller mellom rettskulturene. Den amerikanske utformingen av kravet har med tiden blitt mer omfattende. TCA av 1790 ga vern til manifestasjonene «maps, charts, book...»,¹⁶⁰ TCA av 1909 har en eksemplifisering og TCA av 1976 kodifiserer kravet om «fixed in any tangible medium of expression»¹⁶¹ og bruker eksemplifiseringen fra Bern-konvensjonen.¹⁶² Selv om dette kravet ikke mener å begrense hva som kan være «original works of authorship» jf. TCA §102 (a) gjør nedtegnelseskravet det vanskelig å romme andre verk enn de som følger av eksemplifiseringen. Det norske kravet er ikke like positivt

¹⁵⁶ Rosenmeier, 2001, s. 59

¹⁵⁷ Rognstad, 2019, s. 88

¹⁵⁸ Rognstad, 2019, s. 88. Se også Rosenmeier, 2001, s. 59

¹⁵⁹ Se, Rognstad, 2019, s. 89 med videre henvisning til Innst. O. XI (1960-1961) s. 14.

¹⁶⁰ The Copyright Act of 1790 section 2.

¹⁶¹ The Copyright Act of 1976 §102

¹⁶² Se, The Copyright Act of 1976 §102 og Bern-konvensjonen artikkel 2.

utformet, men dette gir det norske kravet mer fleksibilitet med den teknologiske og kulturelle utviklingen. Siden de juridiske forfatterne vektlegger det at en tredjeperson skal kunne oppleve verket som avgjørende for manifestasjonskravet, medfører dette at nye teknologiske utviklinger faller under bestemmelsen, ettersom disse nye teknologiene vil være observerbare.

Samtidig kan ikke kravet i USA anføres å være for statisk. Ordlyden i bestemmelsen er vid for å omfavne så mange kreative uttrykk som mulig. Saken *Williams* viser et forsøk på å anvende kravet til nedtegnelse veldig statisk.¹⁶³ Argumentet til saksøkte var, i korte trekk, at for at noe kan oppfylle kravet i loven må denne manifestasjonen være permanent og observerbar uavhengig interaksjon fra en tredjepart, spillerne i dette tilfellet. Som nevnt ble ikke saksøkte hørt med dette argumentet. Det var nok at de audiovisuelle elementene i spillet var i de elektriske komponentene.

Det anføres at nedtegnelseskravet etter amerikansk opphavsrett hindrer kreativitet og gir få incentiv til å gjenskape slike verker.¹⁶⁴ Musikkformer som frijazz bygger på en subkultur der jazzstandardene og improvisasjonene benyttes bl.a. til å fremme politiske budskap som en kritikk av institusjoner.¹⁶⁵ Det at disse ikke nedtegnes er dermed en del av det kunstneriske uttrykket. Slik kravet om frembringelse er i norsk rett, ved at uttrykket må bare kunne oppleves av en tredjeperson, gir et større omfavn av hva som beskyttes av enerettene. En slik utforming av kravet gir også et skille mellom ide og uttrykk, ettersom manifestasjonen er observerbar av andre selv om den ikke er nedtegnet.

Manifestasjonskravet som det kommer frem i Norge kan derimot by på bevismessige problemstillinger. Et krav til manifestasjon slik det har vært uttrykt i den Amerikanske retten forenkler de prosessuelle aspektene om det forekommer en tvist. En jazzimprovisasjon som ikke nedtegnes vil være vanskelig å bevise i et søksmål. På den annen side er argumentet at noe vil være vanskelig å bevise ikke sammenfallent med at det er umulig å prosedere. Som poengtert i forarbeidene til åvl. 1961 det er «ingen grunn til å berøve opphavsmannen hans rettmessige vern, hvis det virkelig lykkes ham å føre dette bevis».¹⁶⁶ Det at noe kan være vanskelig å bevise er ikke sammenfallent med at det ikke er mulig å bevise og om

¹⁶³ *Williams Electronics, Inc. v. Artic International, Inc.* 685 F.2d 87 (1982)

¹⁶⁴ Zeilinger, 2014, s. 83

¹⁶⁵ Zeilinger, 2014, s. 83 med videre henvisninger

¹⁶⁶ Se, Rognstad, 2019, s. 89 med videre henvisning til Innst. O. XI (1960-1961) s. 14.

opphavsretten grunngis som et incentiv til å skape verk, vil et krav til nedtegnelse gå imot incentiv forankringen.

3.5 Dobbeltfrembringelser og valgfrihet

3.5.1 Et nordisk forsøk på avgrensning

I de nordiske rettskulturene har juridiske forfattere ønsket avgrensningskriterier for verkshøydevurderingen. To løsninger litteraturen har foreslått er å vektlegge risikoen for dobbeltfrembringelser og valgmulighetene opphaver har ved frembringelsen av verket. Førstnevnte har tradisjonelt blitt anvendt i Norden, bl.a. i Sverige.¹⁶⁷

Rosenmeier skildrer dobbeltfrembringelsessynpunktet med at noe er originalt «hvis det er usandsynlig, at det kunne være skabt af to personer uafhængigt af hinanden».¹⁶⁸ Rognstad benytter en lignende formulering «dobeltfrembringelsessynpunktet innebærer på sin side at en frembringelse har verkshøyde ... dersom det er usannsynlig at en annen opphaver ville frembrakt et identisk verk».¹⁶⁹ Valgfrihetssynpunktet legger fokus på hvilke valg som opphaveren har hatt under skapelsen av verket.¹⁷⁰ Dette synpunktet har fått gjennomslag i EUs rettspraksis og kan anføres å være kjernen i verkshøydekravet i EU. Kravet er derimot annerledes utformet i EU-retten, ettersom det vektlegges om valgene er kreative.¹⁷¹

Distinksjonen mellom valgfrihets- og dobbeltfrembringelsessynpunktet burde ikke overdrives. Der det foreligger få valgmuligheter vil det være større mulighet for dobbeltfrembringelser av verk, tilsvarende vil flere valg ved skapelsen av verket redusere sannsynligheten for dobbeltfrembringelser.

Rosenmeier anfører at «Dobbeltskabelseskriteriet, evt. suppleret med en valgfrihedslære, er det bedste originalitetskriterium, der findes i opphavsretten...».¹⁷² Uavhengig av Rosenmeiers ros av disse kriteriene, har det vært skepsis i norsk rettspraksis å ilegge dem særlig vekt.¹⁷³ I

¹⁶⁷ Nordell, 1995, s. 634

¹⁶⁸ Rosenmeier, 2001, s. 132

¹⁶⁹ Rognstad, 2019, s. 101

¹⁷⁰ Rognstad, 2019, s. 99

¹⁷¹ Se bl.a. *Joined cases C-403/08 and C-429/08*, avsnitt 98 og Rosati, 2015, s. 154.

¹⁷² Rosenmeier, 2001, s. 143, se også s. 139

¹⁷³ I Sverige har derimot dobbeltfrembringelsessynpunktet blitt benyttet av Högsta domstolen, for mer informasjon, se Rognstad, 2019, s. 101 og Nordell, 1995, s. 633-639

Huldra uttalte førstvoterende at «Disse retningslinjer vil etter min mening kunne bidra med en viss veiledning, men de kan ikke tas for bokstavelig. Det avgjørende er om det ved en individuell skapende innsats er frembrakt noe som fremstår som originalt».¹⁷⁴ Det at Høyesterett understreker at vurderingen ikke skal tas «for bokstavelig» gir fortsatt vurderingen mulighet til å være veiledende. Synspunktet ble nok anvendt i dommen, ved at flertallet poengterte at elementene ved iscenesettelsen av *Huldra* hadde veldig tradisjonelle preg.¹⁷⁵ Denne iscenesettelsen var dermed innlysende ved en fremstilling av *huldra*. Sagt med andre ord, det foreligger en høy sannsynlighet for dobbeltfrembringelser.

I *Il Tempo Gigante*, legger flertallet vekt på at valgfrihetssynspunktet er «Et generelt moment ved verkshøydevurderingen... er om opphavsmannen har hatt muligheten til å foreta frie og kreative valg»¹⁷⁶ med henvisning til *Huldra*.¹⁷⁷ Uttalelsen anvender EU-rettsens formulering med at valgene må være kreative, noe som ikke følger av uttalelsen i *Huldra*. I sistnevnte dom nevnes bare at opphaveren «har stått overfor valgmuligheter».¹⁷⁸ Selv om Høyesterett ikke gikk innom verkshøydekravet som følger av EU-retten, virker denne uttalelsen å være preget av EU-domstolens rettspraksis *Premiere League* og *Painer*.¹⁷⁹

3.5.2 Valgfrihet – Painer

En viktig sak for EUs verkshøydekrav er *C-145/10, Painer*. Saken omhandlet en freelance fotograf som hadde tatt bilder av barn i barnehager og lignende miljø, primært portrettfotografi. Et av de fotograferte barna, Natascha Kampusch, ble senere kidnappet og etter 8 år i fangenskap klarte hun å flykte. Før Kampusch sitt første TV-intervju publiserte fem tyske og østeriske aviser bilder av Kampusch, ett av dem manipulert for å vise hvordan hun kunne se ut etter kidnappingen. Et av spørsmålene i saken var om portrettfotografier var «authors own intellectual creation»,¹⁸⁰ ettersom slike fotografier var antatt å ha lite rom for kreativ frihet. Domstolen poengterte at et verk er «authors own intellectual creation» om «the author was able to express his creative abilities in the production of the work by making free and creative choices».¹⁸¹ Domstolen poengterte at ved portrettfotografi foreligger det fortsatt

¹⁷⁴ *Rt. 2007 s.1329*, avsnitt 44

¹⁷⁵ *Rt. 2007 s.1329*, avsnitt 46 og 48

¹⁷⁶ *HR-2017-2165-A*, Avsnitt 98

¹⁷⁷ *Rt. 2007 s.1329*, avsnitt 44

¹⁷⁸ *Rt. 2007 s.1329*, avsnitt 44

¹⁷⁹ *Joined cases C-403/08 and C-429/08*, Avsnitt 96-98 og *C-145/10*, avsnitt 89. Se også, Rognstad, 2018, s.574

¹⁸⁰ Council Directive 93/98/EEC art. 6

¹⁸¹ *C-145/10*, avsnitt 87-89

valgmuligheter og at fotografiene kunne få vern om fotografen har tatt kreative valg¹⁸² som bakgrunn, motivets positur, belysning og vinkel m.m.¹⁸³ Slik domstolen formulerte valgfrihetsaspektet gir inklinasjoner for at dette er kjernen i EUs verkshøydekrav.

Forholdet i *Painer* er nært det som forekom i *Burrow-giles*. Vurderingene i *Burrow-giles* virker også til å sette søkelys på hvilke valgmuligheter fotografen og subjektet i fotografiet har før bildet tas. SCOTUS referere til underinstansens vurdering av at fotografen har valgt posituren og uttrykket til subjektet samt klærne, bakteppet, skyggeleggingen m.m. Det at opphaver hadde disse valgene var avgjørende i dommen «These findings, we think, show this photograph to be an original work of art, the product of the plaintiff's intellectual invention, of which plaintiff is the author...».¹⁸⁴ Denne formuleringen har analogier til *Painer*, ettersom fotografens valg av motiv og vinkel var avgjørende i begge sakene.

I nyere tid har også *Feist* vektlagt valgfrihet i den kreative prosessen. Domstolen poengterer at en sammensetting av fakta kan oppnå kravet til verkshøyde om opphaveren velger hvilke fakta som benyttes, hvordan disse presenteres m.m. Det poengteres at «These choices as to selection and arrangement, so long as they are made independently by the compiler and entail a minimal degree of creativity, are sufficiently original that Congress may protect such compilations through the copyright laws».¹⁸⁵ Både *Burrow-Giles* og *Feist* viser at om opphaver har muligheten til selvstendige kreative valg vil det tale for at det foreligger et verk etter TCA.

3.5.3 Opphav som løsning

Dobbeltfrembringelsessynspunktet eller valgfrihetssynspunktet har ikke det samme teoretiske holdet i USA som i den Nordiske litteraturen. Samtidig har det amerikanske kravet til «original», jf. TCA §102 a) en ekvivalent virkning som dobbeltfrembringelsessynspunktet eller valgfrihetssynspunktet. Originalitetsvurderingen i USA har røtter fra ordet "origin". Ettersom kravet har et slikt meningsinnhold, er det avgjørende at verket er skapt uavhengig av andre verk, slik at verket stammer fra opphaveren. Tilsvarende som dobbeltfrembringelsessynspunktet, gir dette en teoretisk mulighet for at to forskjellige

¹⁸² C-145/10, avsnitt 94

¹⁸³ C-145/10, avsnitt 91

¹⁸⁴ *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* 111 U.S. 53(1884) s. 60

¹⁸⁵ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340 (1991) s. 348

opphavere kan lage samme verk uavhengig av hverandre. Dette har hold i *Feist* bl.a. ved at flertallet understreker at verk som presenterer fakta kan oppnå verkshøyde så lenge disse «are made independently by the compiler and entail a minimal degree of creativity...».¹⁸⁶ Det samme legges til grunn av Nimmer.¹⁸⁷

På den annen side gir disse uttalelsene bare indikasjon på at to opphavere kan skape lignende verk uavhengig av hverandre. Dobbeltfrembringelsessynspunktet vektlegger at et verk oppnår verkshøyde dersom det er usannsynlig at to personer kan skape tilsvarende åndsverk uavhengig av hverandre. Presumsjonen er at det foreligger verkshøyde når det er usannsynlig at andre ville skapt tilsvarende verk. Dette var tidligere ikke en praktisk problemstilling i USA, ettersom det tidligere forelå formelle regler for å oppnå verkshøyde.¹⁸⁸ Om to personer skapte noe uavhengig av hverandre, uavhengig hvor usannsynlig og kreative valg opphaveren foretok, ville være arbitrært, da en av disse ville fått vern før den andre pga. registrering. Samtidig er det verdt å merke at amerikansk rettspraksis har gitt uttalelser som gir indikasjoner til et dobbeltfrembringelsessynspunkt, men dette er hovedsakelig av district courts, dvs. tingretter.¹⁸⁹

Også gir kravet til et «minimal degree of creativity»¹⁹⁰ som følge av *Feist* antydninger til en valgfrihetsvurdering. Vedrørende kravet til kreativitet kommenterte SCOTUS at det forelå «a narrow category of works in which the creative spark is utterly lacking or so trivial as to be virtually nonexistent»¹⁹¹ som ikke ville være vernet av TCA §102 (a). Fokuset på at opphaver må skape dette uavhengig av andre med en grad av kreativitet, kan tolkes slik at jo flere kreative og uavhengige valg opphaver foretar ved skapelsen av verket tilsier verkshøyde. Dette koblet opp mot det lave kravet til kreativitet som *Feist* legger til grunn for gir dermed et holdepunkt til at domstolen vektlegger opphavers valg ved en vurdering av verket. Sagt på en annen måte, om det ikke foreligger kreative valg med frembringelsen, vil ikke verket stamme fra den potensielle opphaver til å begynne med.

På den amerikanske siden har ikke dobbeltfrembringelser eller valgmuligheter blitt eksplisitt trukket frem for å definere hva som konstaterer verkshøyde i litteraturen. I den Norske

¹⁸⁶ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340 (1991) s. 362

¹⁸⁷ Nimmer, 2021, § 2.01 [A][1] 2-8 – 2-9

¹⁸⁸ The Berne Convention Implementation Act of 1988, H.R.4262 – 100th congress

¹⁸⁹ Se Rosenmeier, 2001, s.134 fotnote 362 med videre henvisninger.

¹⁹⁰ *Feist*, 499 U.S. 340 (1991) s. 346

¹⁹¹ *Feist*, 499 U.S. 340 (1991) s. 359

åndsretten har derimot disse vurderingskriteriene eksplisitt blitt benyttet i et ønske om å få et mer tydelig verkshøydekrav. Samtidig er det verdt å merke at formuleringene i amerikansk rettspraksis tilsier at slike aspekt blir vektlagt ved vurderingen rent praktisk. Det kan derimot anføres at ved å trekke frem disse aspektene av valgmuligheter o.l. vil klargjør kreativitetskravet i en amerikansk sammenheng.

3.6 Kvalitetsvurdering av verket

Rettsanvendelse på opphavsrettsområde har en unik problemstilling i form av at vurderingen av verket kan bli estetisk istedenfor juridisk. Dette er en kjent problemstilling i opphavsretten og internasjonalt er det aksept for at et verks kvalitative aspekter ikke er en del av verkshøydevurderingen.¹⁹² Både Norge og USA følger denne linjen. I USA har dette blitt attribuert til flertallsvotumet i *Bleistein* mens i Norge følger dette primært av forarbeid og juridisk litteratur.

3.6.1 Bleistein, den amerikanske nøytralitet til kvalitative vurderinger

I *Bleistein* uttalte SCOTUS at «It would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of pictorial illustrations...».¹⁹³ Poenget underbygges med at nyere måter å uttrykke kreative følelser på kan oppleves som frastøtende i samtiden, men utvikle seg til en klassiker eller trendsetter.¹⁹⁴ *Bleistein* setter et klart krav til estetisk nøytralitet ved verkshøydevurderingen.

Den estetiske uttalelsen i *Bleistein* har blitt anvendt konsekvent siden dommen ble avsagt. Avgjørelsen er en av de mest siterte sakene innen den amerikanske åndsretten¹⁹⁵ og etter den ble avsagt har domstolene nektet å høre argumenter om åndsverks kvalitative aspekter.¹⁹⁶

¹⁹² Goldstein & Hugenholtz, 2019, s. 178

¹⁹³ *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.* 188 U.S. 239 (1903) s. 251

¹⁹⁴ *Bleistein*, 188 U.S. 239 (1903) s. 251

¹⁹⁵ Beebe, 2017, s. 329

¹⁹⁶ Bl.a. *H.C. White Co. v. Morton E. Converse & Son Co.*, 20 F.2d 311, 312 2. Cir. (1927) og *Gracen v. Bradford Exchange*, 698 F.2d 300, 304 7. Cir. (1983).

Bleistein setter dermed ikke bare en klar presedens vedrørende kvalitative vurderinger, men har også blitt kontinuerlig oppfulgt av underinstanser i ettertiden.¹⁹⁷

Samtidig er det verdt å merke at domstolen også kommenterer i *Bleistein* «Yet if they command the interest of any public, they have a commercial value...».¹⁹⁸ Selv om det ikke skal foreligge kvalitative vurderinger av verket, gir uttalelsen inklinasjoner til et markedsøkonomisk aspekt ved vurderingen av et verk.¹⁹⁹ Selv om dette ikke er en kvalitativ vurdering av verket i en juridisk forstand, med vitner o.l., tilsier argumentet at så lenge noe ønskes å reproduseres så får verket vern. Argumentet virker forankret i opphavsrettens utilitaristiske grunngivning og det er usikkert hvor sterkt dette argumentet står.²⁰⁰

Uttalelsene i *Feist* vedrørende «minimal degree of creativity», kan derimot gå inn mot kvalitative vurderinger av et verk.²⁰¹ Ved en vurdering av hva som er kreativt etter *Feist* kan en ende med vurdering av kvalitative element i verket. Selv om dette kan ha hold, burde det ikke overdrives. Kravet til kreativitet er koblet opp mot at verket må stamme fra opphaveren selv, ved å kunne ta kreative valg eller lignende.²⁰² Sett sammen med at kravet til det kreative innputtet ikke behøver å være markant, vil det være vanskelig å ende i kvalitative vurderinger.

3.6.2 Amerikansk sikkerhet, Norsk slurv

Der USA har en klar presedens på at kvalitative vurderinger ikke hører til i verkshøydevurderingen, har norske domstoler slitt med å gjøre dette i praksis. Rettskildebildet gir klare indikasjoner på at kvalitative vurderinger ikke er en del av verkshøydevurderingen. Forarbeidene legger til grunn at ved vurderingen av verkshøyde er det «verkets art, ikke kvaliteten det kommer an på».²⁰³ Tilsvarende legges til grunn i juridisk litteratur.²⁰⁴

¹⁹⁷ Samtidig anføres det at dommen har blitt anvendt feil, ved at kommentatorer og underinstanser har fokusert på det estetiske og markedsøkonomiske argumentet og oversett uttalelsen om opphavers personlighet, se Beebe, 2017, s. 378

¹⁹⁸ *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.* 188 U.S. 239 (1903) s. 251-252.

¹⁹⁹ Det å referere til økonomiske aspekt i den immaterialretten har også forekommet i andre amerikanske rettsavgjørelser. Et eksempel på dette er *Mazer v. Stein* 347 U.S. 201 (1954) s. 471 at «the economic philosophy behind the clause empowering congress to grant patents and copyrights is the conviction that encouragement of individual effort by personal gain is the best way to advance public welfare through the talents of author's and inventors in «science and useful arts». Sacrificial days devoted to such creative activities deserve rewards commensurate with the services rendered».

²⁰⁰ Beebe, 2017, s. 372-376

²⁰¹ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340 (1991) s. 348.

²⁰² Abrams, 1992, s. 17

²⁰³ NUT 1950:1 Innstilling til lov om opphavsrett til litterære og kunstneriske verk s. 10

²⁰⁴ Se, Rognstad, 2019, s. 102 og Rosenmeier, 2001, s. 53

Domstolene har derimot endt opp med uttalelser som er uheldige i denne kontekst. Et eksempel på dette i Norge er uttalelsene i *Wegner*. Da Høyesterett uttalte at verkshøydekravet forekommer når «opphavsmannens idéer har realisert seg på en slik måte at det ved hans verk er skapt noe originalt av kunstnerisk verdi»²⁰⁵ foreligger det en kvalitativ vurdering av verket. Hva som gir et verk «kunstnerisk verdi» vil være en ren estetisk vurdering. Dette får også utslag i domspremissene, ved at flertallet uttaler at verket har «originalitet og utpreget artistisk evne».²⁰⁶ *Wegner* ble avsagt etter uttalelsene i forarbeidene og uttalelsen bygger på feil forståelse av opphavsretten. Tilsvarende ble uttalt i *Tripp trapp*, ved sitat fra underinstansen.²⁰⁷

Underinstanser har også endt i kvalitative vurderinger. Dette forekommer i *NIR 1968 s.323*, en sak som omhandlet Dams lykketroll, der byretten konkluderte med at det ikke var «avgjørende om den kunstneriske innsats har større eller mindre kvalitet», men samtidig er domspremissene preget av en fasinasjon av Dams Lykketroll.²⁰⁸ Det er ikke uventet at slike uttalelser o.l. kommer til uttrykk når en vurderer noe estetisk. Det å sammenligne to lignende verk gjør det naturlig å falle i subjektive observasjoner og kvalitetsvurderinger av det ene verket sett opp mot det andre. Uavhengig, skal ikke slike vurderinger gjøres ved en verkshøydevurdering.

De norske domstolene har sporadisk foretatt estetiske vurderinger av verk. Det at slike vurderinger ikke skal anvendes er sikker rett.²⁰⁹ Uttalelsen i *Wegner* er av en forbigående karakter, men setter et dårlig utgangspunkt. Den klare uttalelsen i *Bleistein* har derimot satt en presedens om at estetiske vurderinger av verket ikke er relevant ved spørsmålet om verkshøyde. En ankedomstol utalte at «judges can make fools of themselves pronouncing on aesthetic matters».²¹⁰

På den annen side er de norske rettsavgjørelsene som går i kvalitative vurderinger av verket fra 60-tallet. EUs fokus på frie og kreative valg tar også vekk fokuset fra et verks estetiske

²⁰⁵ *Rt. 1962 s.964*, s. 967

²⁰⁶ *Rt. 1962 s.964*, s. 968

²⁰⁷ *Rt. 2012 s.1062*, avsnitt 57 og 59. Det er verdt å merke at denne saken omhandlet brukskunst, noe som gjør at funksjonelle element og estetiske element glir mer inn i hverandre.

²⁰⁸ Rognstad, 2019, s. 103

²⁰⁹ Rognstad, 2019, s. 102

²¹⁰ *Gracen v. Bradford Exchange*, 698 F.2d 300, 304 7. Cir. (1983).

aspekt ved en verkshøydevurdering, ettersom disse setter fokus på hva opphaver har tillagt verket.²¹¹

3.7 Brukskunst som et eksempel på hva som skal vurderes

Et annet spørsmål som kommer i verkshøydevurderingen, er hva som skal vurderes i verket. Dette eksemplifiseres bl.a. i *Huldra*. Spørsmålet om vurderingen av verkshøyde skal skje på bakgrunn av enkeltelement eller verket som helhet, besvarte Høyesterett slik «Etter min oppfatning må det tas hensyn til begge deler. Selv om et verk bygger på kjente elementer, kan disse være sammenstilt på en slik måte at verket som helhet fremstår som originalt».²¹²

En problemstilling oppstår derimot når enkeltelement av verket behøves for å benytte åndsverket. Brukskunsten, eller anvendt kunst, er unik ved at det foreligger element som må formes for at gjenstanden skal kunne anvendes praktisk. I motsetning til *Huldra* behøves noen av disse enkeltelementene for at brukskunsten skal kunne brukes av eieren. For at en stol skal kunne sittes på behøver den bein og ei tekanne behøver en åpning for å helle varm veske i kopper. Brukskunsten er derimot en nokså spesiell verkstype, men ettersom denne verkstypen har klare funksjonelle element gir den et godt blikk i hva som skal vurderes og hvordan kravet til verkshøyde anvendes. Brukskunsten gir dermed et eksempel på hvordan verkshøydevurderingen skjer i praksis når det foreligger element som må benyttes i verket.

3.7.1 Norge – særlig krav til verkshøyde i brukskunst

Innen norsk opphavsrett har det vært diskusjoner om det foreligger et generelt verkshøydekrav eller flere verkshøydekrav for forskjellige verk.²¹³ Dette følger bl.a. forarbeidene der det uttales «Et sterkt moment her er også at brukskunstgjenstander gir utformeren et langt mindre spillerom enn andre verker, slik at det kan synes betenkelig å gi en opphavsmann en så langvarig enerett til en bestemt utforming som åndsverksloven gir».²¹⁴ *Wegner* var første Høyesterettsavgjørelse vedrørende brukskunst, og anses til å være

²¹¹ Rosenmeier, 2001, s. 134

²¹² *Rt. 2007 s.1329*, avsnitt 45

²¹³ Rosenmeier, 2001, s. 128

²¹⁴ Se, Rognstad, 2019, s. 110, med videre henvisning til forarbeidet Innst. O. XI. (1960-1961) s. 10-11

begynnelsen på det strenge verkshøydekravet i Norge.²¹⁵ Rosenmeier poengterer at Norge tradisjonelt sett har anvendt et strengere krav for verkshøyde ved brukskunst enn det som stilles i nordiske land,²¹⁶ selv om antallet rettsavgjørelser er sparsomt.²¹⁷

Avgjørelsen i *Rt. 2012 s.1062, Tripp Trapp*, enstemmig i avdeling, setter derimot spørsmålstegn til det strenge kravet tradisjonelt satt i Norge. Høyesterett uttalte «Etter mitt syn kan det imidlertid være uklart om det kan sies å gjelde en strengere norm, eller om vanskeligheten med i disse tilfellene å oppnå den nødvendige verkshøyde snarere er en refleksjon av det faktum at det for produkter som er dominert av de funksjonelle elementer, vil det være et mer begrenset spillerom for en selvstendig kunstnerisk utforming».²¹⁸ Poenget er at det foreligger ikke en strengere norm, men at hva en kan vurdere blir snevrere, ved at de funksjonelle elementene faller utenfor. Selv om domstolen peker på noe sentralt i denne uttalelsen, er det verdt å merke at domstolen ikke diskuterer hvilke elementer av stolen som er funksjonelle eller ei.

I *Rt. 2013 s.822, Ambassadør*, en sak som omhandlet om et typehus oppnådde verkshøydekravet, ble uttalelsen i *Tripp Trapp* avsnitt 67 tatt opp av ankede part. Til dette kommenterte flertallet «Den ankede part har gjort gjeldende at dette må ses som et signal om at Høyesterett vil være tilbakeholden med uten særlige holdepunkter å oppstille særlige strenge krav til verkshøyde på ulike områder. Det er etter mitt syn en nærliggende forståelse av det jeg har gjengitt».²¹⁹ Høyesterett bekrefter dermed at uttalelsen omhandler at spillerommet ved utformingen er mer begrenset, men at dette alene ikke medfører en strengere verkshøydevurdering.

På bakgrunn av uttalelsene i *Tripp Trapp* og *Ambassadør* er det vanskelig å fremme den tradisjonelt strenge verkshøydevurderingen for brukskunst. Poenget som følger av dommene er at å oppnå kravet til «den nødvendige verkshøyde» må forekomme uten at de funksjonelle elementene trekkes inn ved verkshøydevurderingen.²²⁰ Argumentet har koblinger til et dobbeltfrembringelsessynspunkt, der jo flere funksjonelle element som foreligger jo mer sannsynlig er det at verket hadde blitt utformet lignende av en annen opphaver. Brukskunsten

²¹⁵ Rognstad, 2019, s. 112

²¹⁶ Men et strengt krav for brukskunsten i Norden er tradisjonelt antatt, se Blomqvist & Rosenmeier, 2020, s. 500, med videre henvisninger

²¹⁷ Rosenmeier, 2001, s. 241

²¹⁸ *Rt. 2012 s.1062*, avsnitt 67

²¹⁹ *Rt. 2013 s.822*, avsnitt 46. Se også, Lund, 2014, s. 180 om forholdet mellom dommene.

²²⁰ *Rt. 2012 s.1062*, avsnitt 66

kan dermed ikke anføres å ha et særskilt krav, men at det må tas fradrag for de funksjonelle element. På dette punkt gir dommene ikke særlig veiledning.

Det å anvende et særskilt krav til brukskunst vil også gå imot originalitetskravet i EU som anses som et generelt krav for alle verk,²²¹ men det har vært stilt spørsmål i litteraturen om det generelle EU-kravet også dekker brukskunsten.²²²

3.7.2 USA – Seperasjonstest og alminnelig verkshøyde

Første dom vedrørende brukskunst fra SCOTUS er *Mazer v. Stein*.²²³ Saken omhandlet lamper formet som ballerinaer. Produktet ble solgt både som en lampe og som en egen statue, men lampen solgte best ettersom denne også kunne benyttes som en statue. Hovedspørsmålet i saken var om statuene kunne vernes, ettersom det var usikkert om brukskunsten var vernet av TCA av 1909. Domstolen svarte dette bekreftende, i form av at disse hadde vern og uttalte «Individual perception of the beautiful is too varied a power to permit a narrow or rigid concept of art ... Such expression, whether meticulously delineating the model or mental image or conveying the meaning by modernistic form or color is copyrightable».²²⁴ Dommen klargjorde at brukskunst vernes av TCA, men tok ikke stilling til de særegne problemstillingene ved brukskunst, som hvilke deler av brukskunsten som kunne oppnå verkshøyde.²²⁵

På bakgrunn av avgjørelsen i *Mazer*, prøvde The Copyright Office å løse sistnevnte problemstilling ved å etablere en seperasjonstest. Seperasjonstesten medfører at de estetiske aspektene av et verk skal separeres fra de funksjonelle elementene og kunne anses som et verk utenfor brukskunstens kontekst.²²⁶

Nå følger vern av brukskunst og seperasjonstesen av TCA av 1976. Etter TCA §101 faller brukskunst, applied arts, under «pictorial, graphic or sculptural works», men at vernet bare tilegnes elementene som kan bli «identified separately from, and are capable of existing independently of, the utilitarian aspects of the article». Lovgivningen differensierer kunst og brukskunst ved å la sistnevnte falle under definisjonen av «useful articles», jf. TCA §101.

²²¹ Rognstad, 2019, s. 100 og Rosati, 2013, s. 123-124 og 127

²²² Se Rosenmeier, 2020, s. 501-502

²²³ *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201 (1954).

²²⁴ *Mazer*, 347 U.S. 201 (1954). s. 214.

²²⁵ Ginsburg, 2016, s. 7

²²⁶ Ginsburg, 2016, s. 7

«Useful articles» defineres negativt, som «an article that has an intrinsic utilitarian function that is not merely to portray the appearance of the article to convey information». Det er verdt å merke at ordlyden er videre enn ved den norske forståelsen av brukskunst.²²⁷

Denne seperasjonstesten ble derimot vanskelig å anvende. Rettskretsene benyttet forskjellige løsninger på problemstillingen istedenfor å anvende seperasjonstesten.²²⁸ I *Star Athletica, LLC. v. Varsity Brands, Inc.*,²²⁹ en sak som omhandlet design av heiegjenguniformer, ga SCOTUS retningslinjer på hvordan seperasjonsvurderingen skal gjennomføres. Flertallet uttalte at «... an artistic feature of the design... is eligible for copyright protection if the feature (1) can be perceived as a two- or three-dimensional work of art separate from the useful article and (2) would qualify as a protectable pictorial, graphic or sculptural work either on its own or in some other medium if imagined separately from the useful article».²³⁰ Ettersom de estetiske elementene på heiegjenguniformene kunne separeres, kom SCOTUS til at uniformene kunne vernes av lovgivningen.

3.7.3 Seperasjon eller begrenset handlerom

Der det tidligere ble lagt til grunn et særskilt verkshøydekrav for brukskunsten i Norge,²³¹ tar *Tripp Trapp* avstand til et slikt standpunkt og viser at spillerrommet er mindre og vurderingen blir mer nyansert. Seperasjonstesten i USA ble utformet på bakgrunn av *Mazer*, men underinstansene benyttet den ikke konsist og valgte heller å anvende den generelle originalitetsvurderingen, m.a.o. om verket stammet fra opphaver og om det forelå nok kreativitet.²³² En generell originalitetsvurdering på brukskunst ser vekk fra de særegenheter slike kunstformer har. Samtidig gir dette en inklinasjon på forskjellige holdninger ved verket. Der en i Norge forutsatte at kravet var høyere valgte man i USA å heller sette kravet ned til den generelle standarden som forelå for alle verk. Selv om sistnevnte løsning ignorerer nyansene ved slik kunst, vanskeligjør førstnevnte vern for slike verkstyper.

Vurderingen som legges til grunn i USA er også av en annen karakter enn den som anvendes i Norge. Som poengtert i *Star Athletica* skal vurderingen ta for seg om verket kan tas vekk fra

²²⁷ Cohen et al., 2015, s. 180-181

²²⁸ Ginsburg, 2016, s. 24-31

²²⁹ *Star Athletica, LLC. v. Varsity Brands, Inc. 580 U.S. _ (2017)*

²³⁰ *Star Athletica, 580 U.S. _ (2017)* opinion of the court, s. 17

²³¹ Rosenmeier, 2001, s. 241

²³² Ginsburg, 2016, s. 24-31

brukskunsten for deretter å se om verket ville oppnå terskelen for «pictorial, graphic, or sculptural work» selvstendig eller på et annet medium. Løsningen tar vekk designet ut av konteksten av brukskunsten og har blitt kritisert for å skape vanskeligheter ved vurderingen av slike verk.²³³ I Norge har det ikke vært anført at en må kunne ta de elementene av kreativitet ut av den kontekst som verket befinner seg i, men heller trekke vekk de funksjonelle elementene fra vurderingen. Forskjellen virker å være hvordan en finner aspektene i brukskunsten som medfører verkshøyde. Samtidig er det verdt å merke at ved en seperasjonstest tilsvarende den amerikanske vil saker som *Tripp Trapp* være vanskelige å få verkshøyde, ettersom det ikke foreligger element som kan separeres fra stolen og oppleves selvstendig.

²³³ Ginsburg, 2020, s. 427-428

4 Konklusjon

Slik som det følger ovenfor, foreligger det klare forskjeller både på den legislative utformingen av verkshøydekravet samt vurderingen av det.

Selv om begge rettskulturene benytter ide og uttrykk som et utgangspunkt, foreligger det forskjellige forankringer av dette kravet i rettskulturene. I USA har ide og uttrykk også medført merger doktrinen. Denne doktrinen har ikke en ekvivalent i Norge. Samtidig har Norge fått en klarere kvalitativ grense for verkshøyde, i form av *Infopaq I*. Selv om det ikke er utenkelig at en lignende sak kan få en lignende konklusjon i USA, har det ikke forekommet i skrivende stund.

Ordlyden "originalitet" har også forskjellig innhold i de to rettskulturene. Der det norske kravet er en annen formulering av verkshøyde, med ønske om å sammenfalle med kravet utviklet i EU, forstås originalitetskravet i den amerikanske konteksten som opphav eller avstamning fra opphaveren. Praktisk uttrykker sistnevnte at verket ikke er kopiert fra andre.

Kravet til frembringelse er kanskje den tydeligste forskjellen mellom rettskulturene. Der det amerikanske kravet krever en nedtegning, følger det av norsk rett at verket må ha fått en ytre manifestasjon, dvs. kunne oppleves av tredjeparter. Det først nevnte gir forutsigbarhet, men avskjærer vern for noen typer av kunstneriske uttrykk. Verket som noe observerbart gir mer fleksibilitet ved nye verkstyper og gir opphaver mulighet til å få vern, om de oppfyller beviskrav.

På vurderingene distingverer også kravene, ettersom Norden har tradisjonelt vektlagt dobbeltfrembringelsessynspunktet, mens USA synes å ha tendenser til en valgfrihetsvurdering lignende kravet som har blitt uttrykt i EU. Selv om begge rettskulturene også har understreket at vurderingen av et verk ikke skal forekomme på kvalitative hold, har dette brakt mer problem for den norske rettspraksisen enn i den amerikanske.

Ved vurdering av spesifikke verk har også verkshøydekravet blitt anvendt forskjellig. Ved brukskunsten i Norge ble det tradisjonelt lagt til grunn en strengere norm, men denne har blitt tydeliggjort til å egentlig bare gjenspeile fradraget en må gjøre ved vurderingen. Seperasjonstesten ved brukskunst brukt i USA krever derimot at det ikke-funksjonelle ved verket skal som helhet separeres fra det estetiske og vurderes uavhengig av brukskunsten.

Litteraturliste

Artikler, bøker og rapporter

- Aakre, H., Fagernæs, S. & Rieber-Mohn, T. (2021). *Åndsverksloven med kommentarer*. Gyldendal.
- Abrams, H. B. (1992). Originality and Creativity in Copyright Law. *Law and contemporary problems*, 55(2), 3-44. Doi: 10.2307/1191773
- Arewa, O. B. (2011). Creativity, improvisation, and Risk: Copyright and Musical Innovation. *Notre Dame Law Review*, 86(5), 1829-1846.
- Beebe, B. (2017). Bleistein, the problem of aesthetic progress, and the making of American copyright law. *Columbia law review*, 117(2), 319-398.
- Blomqvist, J. & Rosenmeier, M. (2020). Kræver det tilladelse ifølge ophavsretsloven at bruge billeder af brugskunst i reklamer? Eller er brugen tilladt efter ulovbestemte ophavsretlige undtagelser? *NIR: Nordisk Immaterielt Rättsskydd*, 4, 499-522
- Cohen, J. E., Loren, L. P., Okediji, R. L. & O'Rourke, M. A. (2015). *Copyright in a global information economy*, (4. utg.). Wolters Kluwer.
- De Voldere, I., Romainville, J-F., Knotter, S., Durinck, E., Engin, Evrim., le Gall, Arthur., Kern, P., Airaghi, E., Pletosu, T., Ranaivison, H., & Hoelck, K. (2017). *Mapping the Creative Value Chains: A study on the economy of culture in the digital age*. (European Commission, Final report). European Commission. Doi: 10.2766/868748
- Fredriksen, H. H. & Mathisen, G. (2018). *EØS-rett*. (3. Utg.). Fagbokforlaget.
- Ginsburg, J. C. (2016). Courts have twisted themselves into knots: U.S. Copyright Protection for Applied Art. *Columbia Journal of Law & the Arts*, 40(1), 1-52. Doi: 10.7916/jla.v40i1.2061
- Ginsburg, J. C. (2020). Copyright Protection for Applied Art and Works of Artistic Craftmanship After *Star Athletica*. *Columbia Journal of Law & the Arts*, 43(3), 423-430. Doi: 10.7916/jla.v43i3.5887
- Google. (2022). *What is copyright?* Hentet 27.04.2022 fra https://support.google.com/youtube/answer/2797466?hl=en&ref_topic=2778546#zippy=%2Cwhich-types-of-work-are-subject-to-copyright
- Goldstein, P. & Hugenholtz, P. B. (2019). *International Copyright: Principles, Law, and Practice*. (4. Utg.) Oxford University Press.
- Gran, A-B., Torp, Ø. & Theie, M. G. (2015). BI: CCIS rapport 2016; *kreativ næring i Norge*

- 2008-2014. (BI:CCIS Rapport 1). BI Centre for Creative Industries.
- Grønbæk, J. (2001). Beskyttelse af tv-formater inden for quiz/gameshow-genren. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*. 114(1). Doi: 10.18261/ISSN1504-3096-2001-01-02-02
- Instagram. (2022). *Copyright*. Hentet 27.04.2022 fra <https://help.instagram.com/126382350847838>
- King, J. Z. (1991). *The anatomy of a Jazz Recording – Copyrighting America’s Classical music*. ASCAP Copyright Law Symposium, 40, 277-330.
- Koessler, J. (2012). Something for Nothing? The Standard of “Originality” in Copyright Law. *SSRN Electronic Journal*. Doi: 10.2139/ssrn.2194343
- Lemley, M. A. (2004). Ex ante versus Ex post justifications for intellectual property. *University Chicago Law Review*. 71(1), 129-149.
- Lund, A. M. (2014). Høyesteretts dom om Tripp Trapp-stolen – et gjennomslag for Thrap? Vern for verket eller også for den kunstneriske idé som det uttrykker. *NIR: Nordisk Immateriellt Rättsskydd*, 2, 179-203.
- Nimmer, M. B. & Nimmer, D. (2021). *Nimmer On copyright: Volume 1*. (113. Utg.). LexisNexis.
- Müller-chen, M., Müller, C. & Lüchinger, C. W. (2015). *Comparative Private Law*. Dike.
- Nordell, P. J. (1995). Dubbelskapande i teori och praktik. *NIR: Nordisk Immateriellt Rättsskydd*, 4, 630-369.
- Phalen, M. S. (1989). How Much is Enough – The Search for a Standard of Creativity in Works of Authorship Under Section 102(a) of the Copyright Act of 1976. *Nebraska Law Review*, 68(4), 835-850.
- Rognstad, O-A. & Lassen, B. S. (2019). *Opphavsrett*. (Utg. 2). Universitetsforlaget.
- Rognstad, O-A. (2018). Høyesterett og Il Tempo Gigante – en kommentar til advokat Rune Ljostads artikkel i NIR 2018 s. 394. *NIR: Nordisk Immateriellt Rättsskydd*, 4, 568-586
- Rognstad, O-A. (2020). Det nordiske “handlingsrommet” på opphavsrettsområdet i lys av EU-/EØS-retten – Særlig om enerettighetene. *NIR: Nordisk Immateriellt Rättsskydd*, 1, 78-95
- Rosati, E. (2013). *Originality in EU copyright: Full Harmonization through Case Law*. Edward Elgar.
- Rosenmeier, M. (2001). *Verkslæren i opphavsretten*. Jurist- og økonomforbundets Forlag.
- Towser, R. (2010). Creativity, Copyright and the Creative Industries paradigm. *KYLOS*, 63(3), 461-478. Doi: 10.1111/j.1467-6435.2010.00483.x

Zeilinger, M. (2014). Live Coding the Law: Improvisation, Code, and Copyright. *Computer Music Journal*, 38(1), 77-89.

Direktiver, konvensjoner og lover

EU-Direktiver

First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of Member States relating to the trade marks [1989].

Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights [1993]. Copyright Duration Directive.

Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases [1996]. Database Directive.

Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society [2001], Infosoc.

Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of protection of copyright and certain related rights (Codified Version) [2006]. Copyright Term Directive.

Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (Codified version) [2009]. Computer Programs Directive.

Konvensjoner

Bern-konvensjonen til vern av litterære og kunstneriske verk Revidert, 24. juli 1971.

EØS-avtalen – Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 2. mai 1992.

World Intellectual Property Organization Copyright Treaty, 20. December 1996

World Trade Organization, Agreement on Trade-related aspects of Intellectual Property rights, 15. April 1994

Amerikanske lover

The Copyright Act of 1790, Public Law 1-15

The Copyright Act of 1909, Public Law 60-349

The Copyright Act of 1976, Public Law 94-553

The Constitution of the United States of America

Britiske lover

The Copyright Act of 1710, Statute of Anne.

Norske lover

Lov om åndsverker av 6. juni 1930, åndsverksloven av 1930

Lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v., åndsveksloven av 1961

Lov om opphavsretten til åndsverk mv. av 15. juni 2018, åndsveksloven av 2018

Dommer og rettsavgjørelser

Norge

NIR 1968 s.323, Dams lykketroll

Rt. 1940 s.327, Hallo Hallo

Rt. 1962 s.964, Wegner

Rt. 2007 s.1329, Huldra I kjosfossen

Rt. 2012 s.1062, Tripp Trapp

Rt. 2013 s.822, Ambassadør

HR-2017-2165-A, Il Tempo Gigante

EU

International A/S v Danske Dagblades Forening. Case C-5/08, infopaq I.

Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others (C-403/08) and Karen Murphy v Media Protection Services Ltd (C-492/08). Joined cases C-403/08 and C-429/08, Premier League

Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH and others. Case C-145/10, Painer

Football Dataco and Others v Yahoo! UK ltd and Others. Case C-604/10, Football Dataco

USA

Herwitz v. National Broadcasting Co., 210 F. Supp. 231 (S.D.N.Y. 1962)

H.C. White Co. v. Morton E. Converse & Son Co., 20 F.2d 311, 312 2. Cir. (1927)

Alfred Bell & Co. v. Catalada Fine art, inc. 191 F.2d 99 (2d Cir. 1951)

Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian 446 F.2d 738 9. cir. (1971)

Universal Athletic Sales Co. v. Salkeld 511 F.2d 904 3d Cir. (1975)

Williams Electronics, Inc. v. Artic International, Inc. 685 F.2d 87 (1982)

Gracen v. Bradford Exchange, 698 F.2d 300, 304 7. Cir. (1983)

Baker v. Selden 101 U.S. 99 (1879)

Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony. 111 U.S. 53 (1884)

Bleistein v. Donaldson Lithographing Co. 188 U.S. 239 (1903)

White-Smith Publishing Co. v. Apollo Co. 209 U.S. 1 (1908)

Mazer v. Stein 347 U.S. 201 (1954)

Goldstein v. California, 412 U.S. 546 (1973)

Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc., 499 U.S. 340 (1991)

Star Athletica, LLC. v. Varsity Brands, Inc. 580 U.S. _ (2017)

Forarbeid og lovrevisjoner

Norge

NUT 1950:1 Innstilling til lov om opphavsrett til litterære og kunstneriske verk

Ot.prp.nr.26 (1959-1960) Kirke- og undervisningsdepartementet, lov om opphavsrett til åndsverk.

Innst. O. XI. (1960-1961) Innstilling fra kirke- og undervisningskomiteen om lov om opphavsrett til åndsverk

Høringsutkast (2016) – forslag til ny åndsverkslov

Prop. 104 L (2016-2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverksloven)

USA

H.R. Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess. (1976)

the Berne Convention Implementation Act of 1988, H.R.4262 – 100th Congress