

Kriteriene for verkshøyde i opphavsretten

*Hvordan bruke kriteriene utviklet i høyesterettspraksis
på en konsistent og grundig måte for å oppnå
forutberegnelighet og unngå vilkårlighet*

Kandidatnummer: 185

Antall ord: 14189



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2017

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Emne og problemstilling	4
1.2 Nærmere om verkshøydevurderingen	7
1.3 Kort om retten i Sverige, Danmark og EU	9
2 Hoveddel	11
2.1 Hvilken forutberegnelighet, konsistens og grundighet kan oppnås i verkshøydevurderingen?	11
2.2 Helhet og enkeltelementer	14
2.2.1 Generelt om fokus på verkets helhet og enkeltelementer som kriterier i verkshøydevurderingen.	14
2.2.2 Hvor konsistent og grundig er Høyesterett i behandlingen av elementer som ikke kan gis vern?.....	16
2.2.3 Hvordan vurderingene kan forbedres	18
2.2.4 Terskelen for verkshøyde	20
2.2.5 Fokus på verkets helhet og enkeltelementer for å identifisere og vurdere individuelt skapende åndsinnsettsats	21
2.3 Kvalitet og kvantitet	26
2.3.1 Generelt om kvalitet og kvantitet som kriterier i verkshøydevurderingen.....	26
2.3.2 Hvor konsistent og grundig er Høyesterett i behandlingen av kvalitet?	27
2.3.3 Hvordan kvalitet og kvantitet bør anvendes i vurderingen	29
2.4 Valgfrihet og dobbeltfrembringelser	31
2.4.1 Generelt om valgfrihet og dobbeltfrembringelse som kriterier i verkshøydevurderingen	31
2.4.2 Hvor konsistent og grundig er Høyesterett i behandlingen av kriteriene?.....	33
2.4.3 Hvordan kriteriene bør anvendes i vurderingen.....	33
2.4.4 Nyansering av valgfrihetskriteriet	35
2.5 Sakkyndiges rolle i opphavsrettssaker.....	37
2.5.1 Generelt om bruk av sakkyndige i verkshøydevurderingen.....	37
2.5.2 Hvor konsistent og grundig er Høyesterett i behandlingen av sakkyndiges uttalelser?	38
2.5.3 Bevissthet rundt de sakkyndiges rolle	40

2.5.4	Bruk av alminnelige personers inntrykk	42
2.5.5	Utvelgelsen av sakkyndige	45
3	Avslutning	47
	Litteraturliste	48

1 Innledning

1.1 Emne og problemstilling

Verkshøydekravet i opphavsretten er ifølge åndsverkslovens forarbeider en skjønnsmessig helhetsvurdering som beror på hvorvidt det er utøvd en individuelt skapende åndsinnsetning.¹ Denne forarbeidsuttalelsen er fulgt opp i rettspraksis, som over tid har utviklet flere og mer spesifikke kriterier for helhetsvurderingen.

Kriteriene utviklet av Høyesterett er nærmere bestemt at en skal ta hensyn til verkets helhet og dets enkeltelementer,² og mulighetene for dobbeltfrembringelser og valgfrihet.³ Det er dessuten vanlig å få uttalelser fra sakkyndige.⁴ Høyesterett har også tatt opp bruk av verkets kvalitet og kvantitet i vurderingen,⁵ og at en i vurderingen skal se bort fra elementer en ikke kan få vern for.⁶

I mange tilfeller er det ikke tvil om at verket har opphavsrettslig beskyttelse. Særlig gjelder dette kunstformer som eksempelvis skjønnlitteratur og malerier som ofte har et tydelig preg av skaperens individuelle åndsinnsetning.⁷ I andre tilfeller er det like klart at det ikke foreligger opphavsrettslig vern, for eksempel for faktaopplysninger eller matematiske formler.⁸

Utfordringene oppstår imidlertid i de grensetilfellene hvor svaret ikke er åpenbart.⁹

I disse grensetilfellene viser høyesterettspraksis at det over tid er betydelige variasjoner i bruken av kriteriene for vurderingen av verkshøyde. Noen kriterier trekkes alltid inn av domstolen, mens andre trekkes inn bare i noen av tilfellene.¹⁰ I tillegg varierer måten kriteriene anvendes på mellom de ulike sakene. Variasjonene i rettspraksis fremstår som vilkårlige da de ikke kan forklares ut fra saksforholdenes særpreg.

¹ Ot. prp. nr. 26 (1959-1960) s. 11-12.

² Se rt. 1962 s. 964, rt. 2007 s. 1329, rt. 2012 s. 1062 og rt. 2013 s. 822

³ Se rt. 2007 s. 1329, rt. 2012 s. 1062 og rt. 2013 s. 822.

⁴ Se rt. 1962 s. 964, rt. 2012 s. 1062, rt. 2013 s. 822.

⁵ Se rt. 1962 s. 964 og rt. 2007 s. 1329.

⁶ Se rt. 1962 s. 964, rt. 2007 s. 1329, rt. 2012 s. 1062 og rt. 2013 s. 822.

⁷ Rognstad/Lassen s. 91 og s. 94.

⁸ Rognstad/Lassen s. 92.

⁹ Men ikke bare i disse tilfellene, se behandlingen av Huldra i Kjosfossen i kapittel 2.2.2.

¹⁰ Mer om dette senere i avhandlingen.

Man kan se variasjonene ved å sammenligne fire Høyesterettsdommer. Dommen om Wegners sybord (rt. 1962 s. 964) gjaldt en påstått ulovlig etterligning av et sybord, og i den forbindelse ble bordets verkshøyde diskutert. Huldra i Kjosfossen (rt. 2007 s. 1329) omhandlet verkshøyden til en forestilling. I Tripp Trapp-dommen (rt. 2012 s. 1062) oppstod det spørsmål om verkshøyden til stoler. Avgjørelsen om typehuset Ambassadør (rt. 2013 s. 822) gjaldt verkshøyden til bygningskunst.

Konsekvensene av ulik bruk av kriteriene vises særlig i dommen om Huldra i Kjosfossen og typehuset Ambassadør. I disse sakene har Høyesterett med kort tids mellomrom vært svært streng i den førstnevnte dommen, og mye mer liberal i den andre dommen med hensyn til verkshøyden.

Begge dommene ble avsagt under dissens. Avgjørelsens flertall kom til motsatt resultat enn det som etter tradisjonell oppfatning ville vært mest naturlig tatt i betraktning sakens faktum og hvilken verkstype det gjald. Samtidig er det deler av avgjørelsene som synes å være svakt begrunnet og bygger på feil forståelse av jussen.¹¹

Det vil alltid være et usikkerhetsmoment i skjønsmessige vurderinger ved at konklusjonen beror på hvordan den aktuelle rettsanvenderen tilnærmer seg juridiske spørsmål. En vurdering av om noe er resultatet av en individuell skapende åndsinnsetning kan fremstå som særlig skjønsmessig. I juridisk teori går Nordell så langt som å si at verkshøydebeskyttelsen henger i en skjør tråd av subjektive sinnsopplevelser.¹²

Problemstillingen i avhandlingen er om Høyesteretts kriterier for verkshøyde likevel kan brukes på en mer konsistent og grundig måte for å oppnå større forutberegnelighet og unngå det som kan fremstå som en for vilkårlig anvendelse av kriteriene.

Alle saker er forskjellige, i tillegg til at Norge har allmenne domstoler hvor det ikke kreves at dommerne har spesialkompetanse på feltet. Sett i sammenheng med tidsbegrensningene Høyesterett står overfor i saksbehandlingen,¹³ vil dette innebære et pragmatisk element i høyesterettspraksis der en ikke nødvendigvis kan forvente optimal grundighet i argumentasjonen.¹⁴

¹¹ Se blant annet kapittel 2.2.2 og 2.3.2.

¹² Nordell, NIR 4/1995 s. 630. Hvor subjektive betraktninger kan fremkomme samt disse sin plass i vurderingen vil drøftes flere ganger i avhandlingen.

¹³ Om Høyesteretts saksomfang, se Sunde s. 280, Tande s. 33.

¹⁴ Tande s. 33.

Gjennom formulering av kriteriene for verkshøyde har imidlertid Høyesterett allerede bidratt til at en kan oppnå større grad av helhetlige, grundige og balanserte avgjørelser. Spørsmålet er bare hvordan en nærmere bestemt skal anvende kriteriene for å optimalisere avgjørelsene i dette henseendet, og skape størst mulig grad av forutberegnelighet.¹⁵ Selv om avgjørelsene av verkshøydespørsmål i stor grad bygger på skjønn, rettferdiggjør det ikke en tilfeldig bruk av kriteriene.

Å unngå vilkårligheten som oppstår ved tilfeldig bruk av kriteriene vil dessuten styrke tilliten til domstolene. Siden Høyesterett er en prejudikatsdomstol, kan svakheter i problemformuleringer og argumentasjon svekke dommenes prejudikatsverdi.¹⁶

Vilkårlighet har også konsekvenser for rettsutviklingen. Endringer i retten kan skje i konflikten mellom rettsområdets prinsipper og pragmatiske hensyn, der det praktiske og pragmatiske får gjennomslagskraft over prinsippene på rettsområdet. Den rettsrealistiske tradisjonen innebærer derfor at man kan få uønskede resultater, ved at det pragmatiske blir en del av det rettslige området og den juridiske metoden.¹⁷ Dermed kan avgjørelser som ikke gir gjennomslag for grunnleggende prinsipper og hensyn legge føringer for fremtiden innen rettsområdet.¹⁸ Da det avsies få dommer i Høyesterett angående verkshøyde, innebærer dette at de dommene som avsies kan ha store konsekvenser for gjeldende rett på området.

På bakgrunn av dette er det både rom for forbedring og gode grunner for å gjøre endringer. Selv ved bruk av fastlagte kriterier kan en ta hensyn til at alle saker er ulike. Endringene kan derfor gjennomføres uten at fleksibiliteten som følger av skjønnnet blir tapt, gjennom en fremgangsmåte som i større grad er preget av systematikk.

I avhandlingen vil det tas utgangspunkt i norsk rett. Juridisk teori vil være en vesentlig kilde i tillegg til norsk Høyesterettspraksis. Videre vil svensk og dansk rett være aktuell å vise til på grunn av det fellesnordiske lovsamarbeidet ved opprettelsen av loven.¹⁹ Norges EØS-rettslige forpliktelser gjør det i tillegg aktuelt å se på praksis fra EU-domstolen.

Det vil gjennomgås hvilke kriterier som gjennom rettspraksis og teori er formulert som aktuelle for verkshøydevurderingen. Deretter vil rettspraksis gjennomgås for å undersøke

¹⁵ Hva forutberegnelighet i verkshøydevurderingen innebærer presiseres i kapittel 2.2.

¹⁶ Se for eksempel Skoghøy s. 273-276, Sunde, s. 269, Tande, s. 31 og 33.

¹⁷ Andersson, s. 36, Tande s. 33.

¹⁸ Tande, s. 33.

¹⁹ Rognstad/Lassen, s. 28.

hvorvidt bruken av kriteriene er konsistent og medfører velbegrunnede, balanserte og helhetlige drøftelser. Analysene vil vise når variasjoner i bruk av kriteriene oppstår og på hvilken måte variasjonene vises igjen i hvilke kriterier som anvendes, samt hvordan de slår ut i vurderingen.

Før oppgaven går inn i problemstillingens kjerne er det aktuelt å redegjøre nærmere for verkshøydevurderingen og få et innblikk i vurderingen i EU-retten, Sverige og Danmark.

1.2 Nærmere om verkshøydevurderingen

Det følger av åndsverksloven²⁰ § 1 at den som skaper et “åndsverk”, har opphavsretten til dette. Verket må ha karakter av åndsverk, noe som gjerne omtales som et krav til verkshøyde.²¹ Dette er ett av tre krav for å oppnå beskyttelse etter åvl. § 1.²²

Hva som gir et verk karakter av “åndsverk” fremkommer ikke i loven. De svenske forarbeidene²³ sa at på grunn av sakens natur, kan man ikke annet enn i alminnelige ord angi grensen for hva som beskyttes av loven og hva som ikke blir det.²⁴

I de norske forarbeidene er Knoph sitert på at det i ”noen grad må være uttrykk for original og individuelt preget åndsvirksomhet fra opphavsmannens side”.²⁵ Dette støttes av dommen om Huldra i Kjosfossen. Flertallet uttrykker at for å være et åndsverk må frembringelsen være et “resultat av individuelt preget skapende innsats, og ved denne innsatsen må det være frembrakt noe som fremstår som originalt”.²⁶ En kan derfor ikke få beskyttelse for elementer fra vår kulturarv, fakta, motiver, funksjon og teknikk.²⁷ Selv om disse unntakene er klart formulert og det er bred enighet om dem, oppstår det problemer i praksis.²⁸

²⁰ Lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v.

²¹ Rognstad/Lassen, s. 82, Rt. 2007 s. 1329, avsnitt 43.

²² Rognstad/Lassen, s. 77.

²³ Hvorfor disse er relevante blir vist i kapittel 1.3.

²⁴ SOU-1956:25 s. 66. Det er imidlertid ikke krav om en nyhet som i patentretten, det trenger ikke være foretatt en bevisst skapelsesakt og det er ikke til hinder for vern at verket er inspirert av eller bygger på gammelt og kjent materiale, se Rognstad/Lassen s. 63 og 83.

²⁵ Ot. prp. nr. 26 1959-60 s. 12.

²⁶ Rt. 2007 s. 1329, avsnitt 43.

²⁷ Holmvang/Hovda/Madsen/Nordengen/Sommerstad, s. 44 flg.

²⁸ Se eksempler på dette i kapittel 2.2.2.

Verkshøydespørsmålet oppstår som oftest i forbindelse med en krenkelsesvurdering. Man kommer ikke til en krenkelsesvurdering med mindre både verket som er påstått krenket og verket som er påstått å være en ulovlig etterligning har verkshøyde.²⁹ Dette betyr at verkshøydespørsmålet har stor betydning for opphavsrettens rekkevidde.

Kravet om å ha frembrakt noe som fremstår som originalt gjennom en individuelt skapende åndsinnsetning gir i seg selv lite veiledning i hva vurderingen går ut på. Ved studier av juridisk teori synes det som at ingen har lyktes i å formulere tydelig hva det egentlig stilles krav til.

I teorien er det uttrykt at spørsmålet om hva som skal beskyttes av opphavsretten, må avgjøres på bakgrunn av forutsetningene som ligger til grunn for lovgivningen, den nasjonale og internasjonale opphavsrettslige tradisjonene og systemtenkning i tillegg til rettspraksis.³⁰

Opphavsretten ønsker å verne opphavsmannen på den ene siden, ved at han som skaper av et verk skal få kompensasjon for arbeidet.³¹ På den andre siden må ikke beskyttelsen være så omfattende at den svekker incentiver til produksjon og distribusjon av åndsverk.³²

En vurdering av hvorvidt en kan oppnå mer konsistent og grundig rettspraksis må ikke gå på bekostning av hensynene opphavsretten bygger på, men heller bygge på dem for å sikre at de ivaretas.

En utfordring tilknyttet verkshøyde er hvilken rolle estetiske betraktninger har i vurderingen. Begrepet "åndsverk" er rettslig, til tross for at vurderingen ofte gjelder kunstneriske og litterære verker. Følgelig er det ikke et spørsmål om kunstneriske og estetiske synspunkter i vurderingen av hvorvidt verkshøyde foreligger.³³ Dette er imidlertid kanskje ikke realiteten i verkshøydevurderingen.

Grensen mellom kunstneriske og estetiske vurderinger på den ene siden og rettslige vurderinger på den andre kommer ikke tydelig til uttrykk i praksis. Kunst og estetikk har ikke klare kriterier, og det er derfor fare for at vurderingene av kunst blir subjektive.

I noen deler av opphavsretten er estetikk høyst relevant. Grensedragningen for når det foreligger en opphavsrettslig krenkelse er gitt av Kocktvedgaard, som uttaler at det avgjørende

²⁹ Jf. åvl. § 4 første avsnitt.

³⁰ Kocktvedgaard/Schovsbo, s 61.

³¹ Rognstad/Lassen, s. 31.

³² Rognstad/Lassen, s. 33.

³³ Rognstad/Lassen, s. 86.

er om en oppfatter de to verkene som så likeartede at de fremkaller samme estetiske opplevelse.³⁴

På grunn av den nære tilknytningen mellom verkshøyde- og krenkelsesspørsmålet kan derfor ikke estetiske synspunkter være helt irrelevant i verkshøydevurderingen.

Enkelte kriterier er dessuten vanskelig å anvende dersom en forsøker å ignorere verkenes estetiske aspekt. Det er nødvendig å beskrive verker når en ser på hvilke deler av verk som ikke kan vernes, hvordan verkets helhet og enkeltelementer fremstår og i anvendelsen av dobbeltfrembringelse- og valgfrihetskriteriet.³⁵ Å beskrive verket uten å bruke estetiske begreper er nesten umulig. Det må derfor erkjennes at estetikk har en rolle i verkshøydespørsmålet. Man må imidlertid unngå at det estetiske i for stor grad glir over i den rettslige vurderingen og blir dominerende, slik det noen ganger kan synes å ha skjedd.³⁶ Selv om dommerne tar utgangspunkt i hvordan verket ser ut estetisk sett, så må vurderingen foregå innen juridiske rammer på objektivt grunnlag.³⁷

1.3 Kort om retten i Sverige, Danmark og EU

På grunn av det fellesnordiske samarbeidet ved opprettelsen av åndsverkslovgivningen,³⁸ er grunnlaget for beskyttelse av åndsverk i de nordiske landene ganske like.

Det rettslige grunnlaget i svensk rett følger av Upphovsrättslagen³⁹ § 1, som sier at den som skaper et “verk”, har opphavsretten. I Danmark finnes grunnlaget i Ophavsretsloven⁴⁰ § 1, som angir at den som frembringer et “værk”, får opphavsretten til det.

På grunn av sine likheter med norsk lovtekst, gir ikke svensk og dansk lovtekst noe annet bidrag til forståelse av verkshøydevurderingen enn det norske lovtekst gjør.⁴¹ En studie av dansk og svensk litteratur⁴² viser at de teoretiske fremstillingene av kravet ikke avviker stort

³⁴ Rognstad, s. 316, Kocktvedgaard/Schovsbo, s.148.

³⁵ Mer om dette senere i avhandlingen.

³⁶ Mer om dette i kapittel 2.3 og 2.5.

³⁷ Mer om dette i kapittel 2.5.4.

³⁸ Rognstad/Lassen, s. 28.

³⁹ Lov 1960:729 om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

⁴⁰ LBK nr. 1144 23/10/2014

⁴¹ Kocktvedgaard/Schovsbo, s. 61, Levin s. 80.

⁴² Kocktvedgaard/Schovsbo, s. 49 flg, Levin, s. 67 flg.

fra de norske.⁴³ Den grunnleggende forutsetningen for beskyttelse er originalitet, som med andre ord innebærer at verket er et resultat av en personlig, skapende innsats.⁴⁴ På grunn av dette vil det noen steder i avhandlingen vises til svensk og dansk litteratur for å belyse kriterienes innhold.

Det vil bli vist til svensk rettspraksis i avhandlingen, da svensk Høyesterett har avsagt flere avgjørelser som kan vise hvordan en kan oppnå mer konsistens i verkshøydevurderingen.⁴⁵

I EU-retten er det utviklet et krav til originalitet.⁴⁶ Kravet innebærer at verket må være et uttrykk for skaperens egne intellektuelle skapelse.⁴⁷ Dette kan beskrives som et krav til at verket må være et resultat av forfatterens frie og kreative valg, og bære skaperens personlige preg.⁴⁸

Originalitetsvurderingen har flere ganger vært oppe i EU-domstolen, og vil derfor være aktuell i avhandlingen for å forklare hvordan verkshøydevurderingen kan bli mer konsistent.⁴⁹

Da oppgaven omhandler verkshøydevurderingen i norsk rett vil imidlertid hovedfokuset være på norsk rettspraksis. Svensk praksis og EU-rett vil derfor bare brukes som illustrasjoner i et par tilfeller.

⁴³ Rognstad/Lassen, s 85.

⁴⁴ Kjøttvedgaard/Schovsbo, s 61, Levin s. 81.

⁴⁵ Avgjørelsene det vil vises til er NJA 2002 s. 178, NJA 2004 s. 149, NJA 2009 s. 159 og NJA 2015 s. 1097.

⁴⁶ Se blant annet sak C-5/08 (Infopaq), Sml. 2009 s. I-06569. Kravet bygger på Bern-konvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk av 9. september 1886 og artikler i flere direktiver, for eksempel Dir. 2001/29/EC (Infosoc) art. 2-4, Dir. 2006/116/EC art. 1 (Vernetidsdirektivet), Dir. 2009/24/EF (Programvaredirektivet) art. 1(1), Dir. 96/9/EF (Databasedirektivet) art. 3(3).

⁴⁷ Dommens avsnitt 39.

⁴⁸ Pila/Torremans, s. 271.

⁴⁹ Avgjørelsene det vil vises til er Sak C-5/08 (Infopaq), Sml. 2009 s. I-06569, Sak C-145/10 (Painer), Sml. 2011 s. I-00000 og Sak C-604/10 (Dataco), Sml. 2011 s. I-12533.

2 Hoveddel

2.1 Hvilken forutberegnelighet, konsistens og grundighet kan oppnås i verkshøydevurderingen?

En mer konsistent bruk av alle de fastlagte kriteriene vil medføre økt forutberegnelighet på verkshøydespørsmålets område. Dette gjør det nødvendig å presisere hva forutberegnelighet egentlig innebærer.

Den tradisjonelle forståelsen av forutberegnelighet slik den fremkommer i juridisk teori, er at en skal kunne orientere seg om og innrette seg etter rettstilstanden. Gjennom å kunne forutsi konsekvensene av brudd på rettsregler, vil en kunne planlegge og velge et livsløp med en viss grad av forutsigbarhet for fremtiden.⁵⁰

For opphavsrettens del må dette nyanseres. Den tradisjonelle forutberegneligheten bygger på at en skal kunne lese en lovtekst og innrette seg etter den. Dette utgangspunktet passer bedre på rettslige områder hvor lovteksten er formulert slik at en i stor grad kan innrette seg bare ved å lese den.⁵¹

Det ideelle hadde vært at en bruker eller skaper kunne forutberegne sin rettslige posisjon ut fra loven og dermed se hvilke verker som er vernet og hvilke som ikke er det. Dette er imidlertid ikke realistisk.

Verkshøydespørsmålet er en svært kompleks juridisk vurdering, blant annet på grunn av sine skjønsmessige elementer. Det er derfor vanskelig for alminnelige personer å forutberegne sin rettsstilling ut fra åndsverksloven § 1. Bestemmelsen har fått et mer konkret innhold gjennom forarbeidene, rettspraksis, juridisk teori og underliggende opphavsrettslige hensyn. Dette er noe en ikke kan forvente at alminnelige folk har tilgang til, forstår og innretter seg etter. Det er her en ser behovet for jurister med kunnskap om rettsområdet.

For jurister innebærer forutberegnelighet at oppfatningene rundt hvordan rettsanvendelsesprosessen skal gjennomføres må bygge på en grundig behandling av de

⁵⁰ Mæhle/Aarli, s. 92.

⁵¹ Som for eksempel på strafferettens område, se Gröning/Husabø/Jacobsen, s. 64-65.

sentrale rettskildene i den juridiske argumentasjonen, samt avklaring av spenningene mellom kildene.⁵² Derfor vil en konsistent rettspraksis gagne jurister i større grad enn alminnelige personer.

Vurderingene er imidlertid ikke selvsagte for de med juridisk kompetanse, nettopp på grunn av de skjønsmessige elementene og inkonsistensen som kan påvises i rettspraksis.

I forbindelse med redegjørelse for et kriterium, uttaler Rosenmeier at bruk av kriteriet bidrar til å skape ensartet og konsekvent rettspraksis, og derfor en mer forutsigbar rettstilstand.⁵³ Uttalelsene var tilknyttet dobbeltfrembringelseskriteriet,⁵⁴ men gjelder generelt ved at alle kriterier som en bør trekke inn på grunn av underliggende hensyn vil bidra til å oppnå de fordelene han nevner.

Konsistens bidrar til forutberegnelighet og unngåelse av vilkårlighet. Når det som skal tas i betraktning er et fastlagt sett kriterier som bygger på opphavsrettslige hensyn, vil det skape forutberegnelighet fordi prosessen blir tydeligere. Men forutberegneligheten til jurister blir ikke optimal med mindre alle kriteriene som er relevante ut fra rettsområdets underliggende hensyn blir tatt i betraktning hver gang, samt at disse behandles på en grundig måte.

Grundighet vil blant annet innebære å være balansert, helhetlig og velbegrunnet i avgjørelsene.⁵⁵ Forutberegneligheten for en jurist er nettopp det å ta i betraktning alt som det juridiske fellesskap mener en skal ta i betraktning i rettsanvendelsesprosessen. Det er dette som forklarer hvorfor konsistensen må bestå i at alle de juridisk begrunnede kriteriene brukes grundig fra dom til dom, og ikke bare et utvalg av dem.

Skapere og brukere ser ikke på spørsmålet om vern av verker med et juridisk syn. De har heller ikke samme grunnlag som jurister for å foreta vurderinger av rettslig art, slik verkshøydevurderingen er. Absolutt forutberegnelighet i form av at brukere og skapere skal kunne beregne sin rettsstilling på egenhånd, er derfor utenfor det som kan oppnås på området for verkshøyde. Det er både på grunn av ikke-juristers manglende kompetanse, de

⁵² Mer dette i Tande, Knut Martin: *Individuelle valg og vurderinger*, Jussens Venner nr. 1/2011, s. 26 flg.

⁵³ Rosenmeier s. 139.

⁵⁴ Dobbeltfrembringelseskriteriet behandles i kapittel 2.4.

⁵⁵ Koherens på rettsområdet er også noe som bidrar til forutberegnelighet. Det vil imidlertid, i tillegg til konsistens, fokuseres på den type koherens grundighet medfører, da en mer detaljert behandling av koherens vil være for omfattende og kompleks for denne avhandlingen. For mer om koherens, se Amaya, Amalia: *The Tapestry of Reason: an inquiry into the nature of coherence and its role in legal argument*, Oxford and Portland, Oregon 2015.

skjønnsmessige elementene som er særlig vanskelig å forutse i tvilsspørsmål, og at det ikke kan forventes at alminnelige personer studerer Høyesterettspraksis.

En konsistent og grundig rettspraksis vil dermed ha størst betydning for ikke-jurister som henvender seg til en jurist for å rådføre seg om sin rettslige stilling. Dersom bruken av kriteriene er konsistente og grundig behandlet vil personen i større grad forstå hva som skal til for at deres verk har beskyttelse og i hvilken grad de må respektere andres verker. Dette er fordi konsistens og grundighet i rettspraksis vil medføre at avgjørelsene fremstår som juridisk sett rimelige, at de bygger på likebehandling og tar utgangspunkt i et fast sett kriterier. Da usikkerhet er prosessfremmende, vil forutberegneligheten ha betydning for både hvorvidt saken havner i domstolen og når den eventuelt er der for bedømmelse.

Selv om konsistens oppnås, vil dette som tidligere vist ikke innebære rettspraksis uten variasjoner. Absolutt forutberegnelighet er derfor ikke realistisk på grunn av usikkerhetselementene tilknyttet skjønsmessige vurderinger, rettsanvenderens intuisjon, at dommerne er generalister, og at de byttes ut fra avgjørelse til avgjørelse. Selv om en kan oppnå økt forutberegnelighet i den forstand at rettspraksis blir mer konsistent og grundig, så er ikke absolutt forutberegnelighet noe avhandlingen forsøker å overbevise om at kan oppnås. Fordelen en mer systematisk tilnærming har med tanke på forutberegnelighet er imidlertid til stede.

I avhandlingen vil det argumenteres for at Høyesterett må være mer bevisste på de valgene og vurderingene de foretar i skjønnsutøvelsen for å oppnå mer konsistens og grundighet i avgjørelsene sine. Mangel på dette kan innebære så store variasjoner i tilnæringsmåtene til rettsspørsmål at det innebærer usikkerhet for jurister, og dermed mindre forutberegnelighet sett fra skaperne og brukernes side. En mer konsistent og grundig behandling av verkshøydespørsmålet vil derfor være fordelaktig for forutberegneligheten sett både fra juristens ståsted og brukerne og skaperne sitt ståsted.

Etter å ha klargjort hvilken forutberegnelighet som kan oppnås gjennom en mer systematisk tilnærming til verkshøydespørsmålet, er det naturlig å behandle kjernen av verkshøydevurderingen, nemlig kriteriene som anvendes.

2.2 Helhet og enkeltelementer

2.2.1 Generelt om fokus på verkets helhet og enkeltelementer som kriterier i verkshøydevurderingen.

Verkshøydevurderingen er en skjønnsmessig helhetsvurdering. I den sammenheng må selvsagt verkets helhet tas i betraktning. Gjennom rettspraksis har det blitt klargjort at ikke bare helheten er relevant, men også enkeltelementene.⁵⁶ Dette er fordi fokuset på enkeltelementene innebærer at en får større forståelse for verkets helhet. Å fokusere på enkeltelementene gir et nyttig hjelpemiddel i vurderingen av hvorvidt det foreligger en individuelt skapende åndsinnsetning.

En del av vurderingen av helhet og enkeltelementer er å se på hvilke elementer som ikke kan gis opphavsrettslig vern. Det er enighet i juridisk teori og rettspraksis om at det er noen elementer som under ingen omstendighet kan gis beskyttelse. Dette er av hensyn til det som betraktes som det "åndelige felleseiet", noe som alle må kunne nyttiggjøre. Dette kan eksempelvis være motiver eller funksjonelle elementer. Idéene bak verket beskyttes heller ikke, bare formen eller uttrykket disse fremkommer i.⁵⁷ Dette følger av blant annet dommen om Wegners sybord, hvor det uttales at selve ideen bak kombinasjonen av et sofabord og et sybord, ikke isolert sett kunne få vern etter åndsverksloven.⁵⁸

En oppspalting av verket slik at enkeltelementene kommer til syne vil synliggjøre hvilke elementer som under ingen omstendigheter kan vernes.⁵⁹ Disse enkeltelementene må det gjøres fradrag for i vurderingen av den individuelt skapende åndsinnsetningen.⁶⁰

Som en følge av dette vil også elementene som kan inneha en individuelt skapende åndsinnsetning klargjøres. Dette medfører at arbeidet med å identifisere hvorvidt det faktisk foreligger en individuelt skapende åndsinnsetning blir lettere fordi en ser hvilke enkeltelementer verket består i og hva helheten baserer seg på. En vurdering av helheten og enkeltelementene

⁵⁶ Se Huldra i Kjosfossen avsnitt 45, Tripp Trapp-dommen avsnitt 61, Ambassadør-dommen avsnitt 66.

⁵⁷ Rognstad/Lassen, s. 89.

⁵⁸ Dommens s. 966.

⁵⁹ Mer om viktigheten av dette senere i kapitlet.

⁶⁰ Fradrag av enkeltelementer som en ikke kan få vern for behandles i kapittel 2.2.2.

vil imidlertid gjøres uavhengig av om verket innehar elementer som det ikke kan gis vern for eller ikke.⁶¹

Man står overfor en todelt prosess i de tilfeller der verket består av verksdeler en ikke kan få vern for. Først må man identifisere hvilke elementer en ikke kan få vern for og gjøre fradrag for disse. Deretter skal det vurderes hvorvidt det foreligger en individuelt skapende åndsinnsetning i det gjenstående gjennom en vurdering av verkets helhet og enkeltelementer.

I forbindelse med at en trekker fra det en ikke kan få vern for, har rettspraksis og teori uttrykt at det er en høyere terskel for å få vern.

I nordisk litteratur er verkshøyde forstått som betegnelsen på en terskel et verk må overstige for å få beskyttelse.⁶² Noen ganger omtales dette som en nedre grense for hva som kan anses å være et åndsverk.⁶³ I litteraturen er det tradisjonelt å skille mellom brukskunst og “ren” kunst. Tanken er at brukskunst må overstige en høyere terskel for å oppnå vern enn annen kunst. Rognstad uttaler at det må stilles særlige strenge krav til brukskunst ved at verker med funksjonelt preg må underlegges en strengere verkshøydevurdering.⁶⁴ Indikasjoner på et strengere verkshøydekrav for brukskunst finnes også i forarbeidene.⁶⁵

Denne terskeltankegangen må behandles før en går inn på den overordnede vurderingen av helhet og enkeltelementer.⁶⁶ Dette er fordi en eventuelt terskel vil ha betydning for hvordan en skal foreta vurderingen, særlig dersom verket består av elementer en ikke kan få vern for.

Å fokusere på verkets helhet og enkeltelementer vil kunne øke graden av konsistens i verkshøydevurderingen, både ved at elementer en ikke kan få vern for kommer til syne og at en ser hvilke enkeltelementer helheten består av. Dette bidrar til en grundigere helhetsvurdering som dermed lettere kan ivareta hensynene til skapere og brukere av verker ved at det ikke gis beskyttelse for verken mer eller mindre enn det som rettmessig bør gis. Hvorvidt det er et tilstrekkelig og korrekt fokus på helheten og enkeltelementene i norsk rettspraksis vil undersøkes i det følgende.

⁶¹ Den overordnede vurderingen av verkets helhet og enkeltelementer behandles i kapittel 2.2.5.

⁶² Rognstad/Lassen, s. 84.

⁶³ Rognstad/Lassen, s. 82.

⁶⁴ Rognstad/Lassen, s. 94.

⁶⁵ Rognstad/Lassen, s. 94-9, Innst. O. XI (1960-61) s. 10-11, Mønsterlovinnstillingen 1967 s. 39.

⁶⁶ Terskeltanken behandles i kapittel 2.2.4.

2.2.2 Hvor konsistent og grundig er Høyesterett i behandlingen av elementer som ikke kan gis vern?

I dommen om Wegners sybord uttales det eksplisitt at selve kombinasjonen av sofabord og sybord ikke kan vernes.⁶⁷ Vernet skulle under ingen omstendighet strekkes så langt at andre kunne bli avskåret fra å bruke de samme idéene.⁶⁸

Flertallets uttalelser viser at en fremgangsmåte hvor en identifiserer verksdeler som ikke kan gis vern, medfører et tydeligere grunnlag for vurderingen av verkshøyde. Det synes som at det avgjørende i saken er tilknyttet bordets design.⁶⁹ At dette er det avgjørende er korrekt ut fra de opphavsrettslige hensynene. Å ta utgangspunkt i verkets enkeltelementer gir et inntrykk av at verkshøydespørsmålet er grundig gjennomgått.

I Huldra-dommen uttales det at da forestillingen er et sceneverk, som ligger nært opp til iscenesettelser, må det stilles særlige krav til originalitet.⁷⁰ Isolert sett er det riktig at verket må inneha noe utover det iscenesettelsen baserer seg på for at det skal ha verkshøyde.

Det kan imidlertid diskuteres hvorvidt flertallet trekker fra for mye ved å karakterisere verket som noe som ligger tett opp til en iscenesettelse. Flertallets slutning om strengere krav til verket synes å basere seg på at verket inneholder hulderfiguren slik den fremstår i folketradisjonen.⁷¹

Det uttales at dersom en gir fremstillingen av en figur som bygger på folketradisjon opphavsrettslig vern uten at forestillingen tilfører figuren noe vesentlig nytt, tillater man at en del av folketradisjonen blir monopolisert for et langt tidsrom. Dette ville være svært uheldig.⁷² Flertallets argument om at det er uheldig å monopolisere folketradisjon er riktig. I saken var det imidlertid ikke slik at en ønsket å monopolisere folketradisjon. Det var ingen påstand om å få vern for hulderfiguren. Det var forestillingen som figuren er et element i som det ble ønsket vern for.⁷³

⁶⁷ Dommens s. 966.

⁶⁸ Dommens s. 967.

⁶⁹ Dommens s. 968. Men se kommentarer rundt avgjørelsens tunge vektlegging av verkets kvalitet i kapittel 2.3.

⁷⁰ Dommens avsnitt 47, Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 13.

⁷¹ Dommens avsnitt 46.

⁷² Dommens avsnitt 50.

⁷³ Dommens avsnitt 33.

Mindretallet påpeker implisitt førstvoterendes feiltrinn i denne sammenheng ved å si at dersom forestillingen faktisk hadde bygd på en historie som var folkelig felleseie, ville det vært uheldig å gi den vern.⁷⁴

Det ser derfor ut som at flertallet misforstår hva det søkes vern for i saken. Å trekke bort huldra som noe en ikke kan få vern for er isolert sett riktig, men måten Høyesterett formulerer seg får det til å virke som om partene ønsker vern for noe som ikke kan gis vern. Dette kan ha innvirket på det endelige resultatet, fordi området for individuelt skapende åndsinnsetts blir snevrere når en karakteriserer verket som nært opp til en iscenesettelse og dermed gjør et for stort fradrag.

Avgjørelsen i Huldra-dommen synes å være streng ut fra det en faktisk ønsket vern for. Det er vanskelig for sakens parter, jurister og andre brukere og skapere å ha tillit til avgjørelser dersom de er like lite grundig som Huldra-dommen.

I saken om Tripp Trapp-stolen blir det vist til Wegner-dommen i forbindelse med klarlegging av hva det innebærer å ha verkshøyde. Det uttrykkes at det avgjørende for vurderingen er om skaperen ved sin formgivning har skapt et verk som etter en helhetsbedømmelse kan karakteriseres som et åndsverk, sett bort fra de mer teknisk betonte elementene.⁷⁵

Det uttales at det var uklart hvorvidt det gjelder en strengere norm i brukskunsttilfellene. Vanskelighetene i sakene kan være et utslag av de funksjonelle elementene som medfører et begrenset spillerom for kunstnerisk utforming.⁷⁶ Sett i lys av dette fremstår Tripp Trapp-dommen som en grundig avgjørelse hvor Høyesterett er oppmerksom på de opphavsrettslige hensynene.

Det fremkommer i Ambassadør-dommen at dersom typehuset ble vernet, ville ikke det innebære at opphavsretten ville omfatte idéene bak hustypen. Videre påpekes det at det ikke er tale om å verne funksjonelle elementer, men at vernet begrenses til den særlige utformingen eller uttrykk som huset har fått.⁷⁷

Det fremstår som at dette blir glemt når det konkluderes i dommen. Dommen viser til Tripp Trapp-dommens uttalelser,⁷⁸ og det påpekes at noen elementer kan det ikke gis vern for.⁷⁹

⁷⁴ Dommens avsnitt 60.

⁷⁵ Dommens avsnitt 59.

⁷⁶ Dommens avsnitt 67.

⁷⁷ Dommens avsnitt 49.

⁷⁸ Dommens avsnitt 45.

Dette fremkommer imidlertid ikke i den endelige vurderingen hvor det ikke vektlegges at huset hadde mange funksjonelle elementer som talte mot vern.

Mindretallet, derimot, vektlegger de funksjonelle elementene i stor grad. De redegjør for hvordan utforming og funksjon henger sammen, og kommer til at utover det tradisjonelle og rent funksjonelle har ikke typehuset særpreg.⁸⁰

Sett i lys av Huldra-dommen har Høyesterett over et kort tidsrom brukt utgangspunktene om elementer som ikke skal vernes på vidt forskjellige måter med stor innvirkning på det endelige resultatet. Dette er tydelige eksempler på inkonsistens og gjør at avgjørelsene fremstår som vilkårlige.

2.2.3 Hvordan vurderingene kan forbedres

Dersom en gjør feil i klarleggingen av hvilke elementer som ikke har vern, vil dette kunne resultere i at for mange verkselementer trekkes bort før det vurderes hvorvidt verket innehar en individuelt skapende åndsinnsetning. Da vil avgjørelsene kunne fremstå som urettmessig strenge fordi verksdelen hvor skaperen kan utøve en individuell åndsinnsetning blir innsnevret.

Dommene om Wegners sybord, typehuset Ambassadør og Tripp Trapp-stolen er eksempler på brukskunst, som er et svært omdiskutert område ved vurderingen av verkshøyde. Dette kommer av at brukskunst har et funksjonelt element, ofte er betinget av praktiske formål, og at det er et konkurransepreget område hvor en må være varsom med gi vern for å unngå monopolisering.⁸¹

Dette skaper utfordringer i rettsanvendelsen. Spørsmålet er hvordan man i praksis skal behandle spørsmålene om verker som har elementer som ikke beskyttes på en måte som forhindrer vilkårlighet, slik at det ikke oppstår flere avgjørelser som de om typehuset Ambassadør og forestillingen om huldra.

Rognstad mener verker som inneholder elementer som ikke beskyttes bør underlegges en strengere verkshøydevurdering og at etterligningsvernet må være relativt snevert. Dette mener

⁷⁹ Dommens avsnitt 66.

⁸⁰ Dommens avsnitt 79 flg.

⁸¹ Schönning, s 118.

han finnes holdepunkter for i forarbeidene.⁸² Tripp Trapp-dommen påpeker at brukskunst ofte er dominert av de funksjonelle elementene,⁸³ noe som medfører at spillerommet for et selvstendig kunstnerisk uttrykk blir snevrere. Dette hadde ikke betydning for saken, men det førstvoterende uttalte har likevel relevans i den praktiske utøvelsen av verkshøydevurderingen.

En av utfordringene ved verkshøydevurderingen er som nevnt at uklarhet i vurderingene bidrar til uklarhet rundt rekkevidden av eneretten. I Wegner-dommen ble dette gjort klart ved å konkretisere at kombinasjonen av sofabord og sybord ikke var vernet. Dette innebærer at i fremtiden, dersom noen har skapt eller ønsker å skape et verk som er en kombinasjon av ubeskyttede elementer, vil ikke det å bruke en kombinasjon av kjente elementer krenke noens opphavsrett.

Man kan si at dette bare skaper klarhet i de tilfellene som har vært oppe for domstolene. Dersom man får en sammenheng i det som domstolene klargjør at ikke vernes, vil man imidlertid få mindre risiko for at avgjørelser fremstår som vilkårlige.

En svensk avgjørelse som omhandlet opphavsrett til en tv-sending av et idrettsarrangement⁸⁴ er en god illustrasjon på hvordan klarhet kan oppnås. Her ble det uttrykkelig sagt at idrettsutøvere ikke skaper verk og heller ikke oppfyller kravene til å være utøvende kunstnere. Dersom sendingen skulle ha verkshøyde, måtte dette være som følge av innholdet i sendingen, utover de forutsetningene som følger av å filme en kamp.

Samme eksplisitte uttalelse er å finne i den svenske Maglite-saken som gjaldt opphavsrettskrenkelse gjennom etterligning av en lommelykt.⁸⁵ Det ble uttalt at det opphavsrettslige vernet ikke omfattet det å lage en lommelykt.

I EU-retten har man også flere eksempler på klarhet. I Football Dataco-saken som omhandlet vern av databaser, ble det tydeliggjort at beskyttelsen ikke omfattet selve dataen.⁸⁶ I Infopaq-dommen som gjaldt krenkelse av opphavsretten gjennom reproduksjon av avisartikler, uttales det eksplisitt at ord i seg selv ikke er beskyttet.⁸⁷

⁸² Rognstad/Lassen, s 94.

⁸³ Dommens avsnitt 67.

⁸⁴ NJA 2015 s. 1097

⁸⁵ NJA 2009 s. 159.

⁸⁶ Sak C-604/10 (Dataco), Sml. 2011 s. I-12533, avsnitt 31.

⁸⁷ Sak C-5/08 (Infopaq), Sml. 2009 s. I-06569, avsnitt 45.

Analysen av Huldra-dommens håndtering av huldra som et vernet element viser at klarhet ikke medfører forutberegnelighet dersom den bygger på feil forståelse av saken. Dersom det er frykt for å strekke det opphavsrettslige vernet for langt som gjør at førstvoterende ikke gir forestillingen vern, ville saken kanskje sett annerledes ut dersom man separerte hulderfiguren fra resten av forestillingen.

Å trekke figuren ut og klargjøre at den i seg selv ikke var vernet, hadde gitt førstvoterende et tydeligere grunnlag å bygge sin vurdering på. Det ville vært samme fremgang som i de nevnte svenske dommene, Wegners sybord og EU-praksis. Gjennom denne fremgangsmåten kan man komme et steg nærmere en mer konsistent og korrekt bruk av elementer uten vern i vurderingen.

2.2.4 Terskelen for verkshøyde

Som nevnt har det blitt uttrykt i praksis og juridisk teori at et verk må overstige en verkshøydeterskel for å få vern. Selv om dette tidvis karakteriseres som en terskel eller et høyere krav, er det ikke grunnlag for å snakke om en konkret fastlagt terskel. Det som skal til for å oppfylle verkshøydekravet varierer fra sak til sak og fra verkstype til verkstype.

Det at rettspraksis og teori uttrykker at det skal mer til i enkelte tilfeller for å oppnå verkshøyde, er fordi noen verkstyper ofte har elementer som ikke kan regnes med når en skal vurdere hvorvidt verket er resultat av en individuell skaperinnsats.

Selv om for eksempel Rognstad skriver mye om de strenge kravene som må stilles til brukskunst, kan man noen steder se hva disse uttalelsene baserer seg på. Han uttaler at en må ta utgangspunkt i friholdelsesbehovet, ved at lovens beskyttelse ikke bør strekkes så langt at det stenger for utnyttelse av rent funksjonelle elementer.⁸⁸ Senere uttaler han at det er gjenstandens funksjonalitet som tilsier en strengere vurderingsnorm.⁸⁹ Selv om det er misvisende å henvise til terskler og strengere krav, er det de funksjonelle elementene som gjør at vurderingen blir annerledes for brukskunst.

⁸⁸ Rognstad/Lassen, s. 94.

⁸⁹ Rognstad/Lassen, s. 99.

Dette støttes av Tripp Trapp-dommen. Der fremkom uttalelser i forbindelse med at førstvoterende sa det ikke var et entydig skille mellom brukskunst og kunst. Det ble sagt at det er uklart om det gjelder en strengere norm eller at vanskelighetene ved brukskunsttilfellene snarere er et utslag av at produkter med funksjonelle elementer har begrenset spillerom for kunstnerisk utforming.⁹⁰ Dette kan derfor sies å være kjernen av verkshøydevurderingen der verket innehar elementer det ikke kan gis vern for.

Huldra-dommen illustrerer også at det ikke er tale om en terskel verket må overstige for å få vern. I dommen blir det uttalt at det må stilles særlige krav til originalitet fordi sceneverket saken gjaldt lå nært opp til en iscenesettelse.⁹¹ På bakgrunn av dette fremstår det som at flertallet vurderer verket ut fra en høyere terskel. Det de i realiteten gjør i vurderingen er å se bort fra det som en ikke kan få vern for, da iscenesettelser baserer seg på noe allerede eksisterende som en ikke kan få opphavsrett til.⁹²

Det må derfor legges til grunn at det er misvisende å forholde seg til terskler i verkshøydevurderingen. Realiteten er at hvorvidt det foreligger en individuelt skapende åndsinnsettsats er en vurdering hvor en ser på hva som er igjen av verket etter at elementene som det ikke kan gis vern for er trukket bort.

2.2.5 Fokus på verkets helhet og enkeltelementer for å identifisere og vurdere individuelt skapende åndsinnsettsats

Rettspraksis fra EU-domstolen har uttrykt at en kan få vern for elementer som opprinnelig ikke vernes. Dette må imidlertid være gjennom valg, rekkefølge og kombinasjoner der skaperen får uttrykt sin kreativitet på en original måte og oppnå et resultat som anses som en intellektuell skapelse.⁹³ Som en følge av dette kan verker inneha en individuelt skapende åndsinnsettsats selv om det består av elementer en ikke kan få vern for. Dette er noe som vil komme til syne gjennom en grundig vurdering av verkets helhet.

⁹⁰ Dommens avsnitt 67.

⁹¹ Dommens avsnitt 47.

⁹² Se mer i kapittel 2.2.2 om at fradraget blir feil når de karakteriserer verket på denne måten.

⁹³ Infopaq-dommen, avsnitt 45.

I vurderingen av helhet og enkeltelementer er hovedformålet å identifisere den individuelt skapende åndsinnsetningen, noe som best kan gjøres ved å ta utgangspunkt i både verkets helhet og enkeltelementer. Å se hvilke elementer som ikke kan vernes er derfor bare en liten del av den overordnede vurderingen av et verks helhet og enkeltelementer.

En oppspalting av verket vil dessuten ha betydning for andre deler av verkshøydevurderingen. Dette er fordi andre deler av verkshøydevurderingen også krever en dyptgående analyse av verket for å kunne ha de utslagene de bør ha for å ivareta de opphavsrettslige hensynene.⁹⁴ Dermed vil vurderingen av verkets helhet og enkeltelementer på grunn av sin nære tilknytning til resten av verkshøydevurderingen, kunne bidra til en mer optimal vurdering.

I det følgende vil rettspraksis gjennomgå for å vise hvordan Høyesterett behandler verkets helhet og enkeltelementer og hvordan behandlingen eventuelt kan forbedres.

Wegners sybord

I dommen om Wegners sybord er det et stort fokus på designelementet, som er grunnen til at bordet får vern.⁹⁵ I dommens premisser separeres designelementet fra de funksjonelle, noe som gjør at en får et bedre innblikk i hva som kan inneha en individuelt skapende åndsinnsetning. Da sybordet innehar en rekke funksjonelle elementer er det nettopp i enkeltelementene at en individuell åndsinnsetning er lettest å identifisere.

Bordets helhet får ikke like stor oppmerksomhet. Det tas ikke hensyn til at de funksjonelle delene var en betydelig del av utformingen, slik at det ble lite igjen til kunstnerisk utfoldelse.

Huldra i Kjosfossen

I Huldra-dommen er fokuset stort på de uoriginale enkeltelementene, men i vurderingen er det et fravær av fokus på helheten.⁹⁶ De uoriginale enkeltelementene blir avgjørende, uten noen bemerkninger angående hvordan forestillingen fremstår som en helhet.

⁹⁴ Se valgfrihet- og dobbeltfrembringelseskriteriet i kapittel 2.4.

⁹⁵ Dommens s. 968.

⁹⁶ Dommens avsnitt 48.

Til tross for at avgjørelsen har et stort fokus på enkeltelementene, er det et element som ikke nevnes. Dette er arbeidet som ble gjort i forkant av frembringelsen.

Forestillingen om Huldra i Kjosfossen hadde sin bakgrunn i en plan om utarbeidelse av et huldresenter. Det ble levert et forslag til senteret, der hovedattraksjonen skulle være en forestilling. En avtale om å utarbeide forestillingen ble inngått med et annet selskap, og det var mellom dette selskapet og de som bestilte forestillingen at tvisten om verkshøyde oppstod.⁹⁷

Grunnen til at dette kan være et relevant enkeltelement i vurderingen, er at et verk ofte omfatter mer enn det endelige verket. Noen verker oppstår ved tilfeldigheter, men andre kan bygge på flere timer med planlegging og arbeid.

I Painer-dommen fra EU-domstolen som gjaldt en avis sin bruk av en fotografers bilder,⁹⁸ ble det uttalt i tilknytning til originalitetskravet at fotografen stod overfor en rekke valg ved forberedelsene av fotograferingen. Dette var for eksempel valg av bakgrunn, posering og lyssetting.⁹⁹

Uttalelsen kan ikke tolkes slik at det er et krav å ta hensyn til arbeid i forkant av frembringelsen, men det viser at det kan være et aktuelt enkeltelement å ta med i vurderingen.

Som nevnt i dommen er dette eksempler på hvordan en skaper kan sette personlig preg på et verk, noe som vil være utslag av den individuelt skapende åndsinnnsatsen. Dersom en tar hensyn til det som er gjort i forkant kan det være lettere å få øye på den individuelt skapende åndsinnnsatsen som kreves for å oppnå vern.

Å vektlegge dette kan ha den konsekvens at flere verker får vern. Ut fra at opphavsretten tradisjonelt gir opphavsmannen sterkt vern, er ikke dette nødvendigvis problematisk.

Det kan imidlertid bli vanskelig å skille mellom dette enkeltelementet og valgfrihetskriteriet.¹⁰⁰ Dette er fordi arbeid i forkant av frembringelsen ofte vil være en illustrasjon på at skaperen har hatt en rekke valgmuligheter. I realiteten vil bruk av dette elementet innebære at en vektlegger at en skaper faktisk har vurdert de valgmulighetene han har hatt.

⁹⁷ Dommens avsnitt 2-4.

⁹⁸ Sak C-145/10 (Painer), Sml. 2011 s. I-00000.

⁹⁹ Dommens avsnitt 91.

¹⁰⁰ Mer om valgfrihetskriteriet i kapittel 2.4.

De bevismessige utfordringene ved å se på arbeid i forkant av frembringelsen er store. Noen ting er selvsagte, for eksempel at ved skapelsen av et maleri har en maler plukket opp en pensel og funnet frem maling. Det er imidlertid vanskelig å bevise at utseendet på en skulptur ble utviklet over lang tid, dersom dette bare foregikk i ens eget hode.

I opphavsretten trenger ikke et verk å være resultat av en bevisst skapelsesakt for å inneha tilstrekkelig verkshøyde.¹⁰¹ Det at verket ikke ble skapt bevisst bør derfor ikke tale mot at det innehar en individuelt skapende åndsinnatts, selv om det i disse tilfellene ofte ikke foreligger arbeid i forkant av frembringelsen.

En innvending mot å la arbeidet i forkant av frembringelsen ha betydning er at det i vurderingen av hvorvidt det er utøvd en individuelt skapende åndsinnatts tradisjonelt sett skal tas utgangspunkt i hvordan verket fremstår.¹⁰² Hvilket arbeid som ligger i forkant av frembringelsen vil ofte ikke vises igjen i selve verket. På grunn av dette burde arbeid i forkant av frembringelsen ikke vektlegges, selv om det kan fremstå som urimelig for en som har lagt et omfattende arbeid i verket.

Til tross for innvendingene mot å la dette elementet ha avgjørende betydning, vil det kunne medføre at avgjørelsene fremstår som grundigere dersom det tas i betraktning.

Tripp Trapp-stolen

I denne saken velger Høyesterett å støtte seg på beskrivelsen av stolen som ble gitt av Lagmannsretten. Dette er en utførlig beskrivelse både ut fra helhetsinntrykket og med utgangspunkt i stolens enkeltelementer.¹⁰³ Beskrivelsen er utelukkende positiv og kan derfor fremstå som ensidig. Dette veies imidlertid opp for ved at det er blitt vist gjentatte ganger til uttalelser fra sakkyndige som har synspunkter både for og mot at det foreligger en individuelt skapende åndsinnatts.¹⁰⁴

¹⁰¹ Rognstad/Lassen, s. 63.

¹⁰² Se for eksempel uttalelsene i Huldra i Kjosfossen avsnitt 43 med videre henvisninger.

¹⁰³ Dommens avsnitt 81.

¹⁰⁴ Dommens avsnitt 74-80.

Det blir også diskutert hvorvidt tanker i forkant av frembringelsen skal vektlegges. I dette tilfellet er det tale om skaperens egen nedtoning av skaperinnsatsen,¹⁰⁵ noe Høyesterett mener er irrelevant i vurderingen.

Ved at vurderingen av enkeltelementene og helheten til stolen gjøres grundig av både retten og partene i saken, fremstår avgjørelsen som balansert og velbegrunnet.

Typehuset Ambassadør

I Ambassadør-dommen fremkommer uttalelsene om elementer som skal gis vern først og fremst i de sakkyndiges vurderinger.¹⁰⁶ Hvilke elementer som ikke har vern påpekes av flertallet i starten av premissene,¹⁰⁷ men blir ikke adressert i tilknytning konklusjonen.

Denne avgjørelsen står i klar motsetning til Huldra-dommen, hvor de ubeskyttende enkeltelementene var avgjørende. I saken om typehuset ble de uoriginale elementene påpekt, men ikke vektlagt. I avgjørelsen var det helheten som avgjorde verkshøydespørsmålet, uten at enkeltelementene ble tatt opp i vurderingen før konklusjonen.¹⁰⁸

Mangelen på fokus på enkeltelementer i den endelige vurderingen kan være noe av grunnen til at det i Ambassadør-dommen ble konkludert med verkshøyde, til tross for at mange argumenter talte mot. Avgjørelsen viser dermed hvor viktig det er for en forutberegnelig verkshøydevurdering at det foretas en grundig behandling av både verkets helhet og enkeltelementer.

¹⁰⁵ Dommens avsnitt 72.

¹⁰⁶ Dommens avsnitt 69 flg.

¹⁰⁷ Dommens avsnitt 66.

¹⁰⁸ Dommens avsnitt 73.

2.3 Kvalitet og kvantitet

2.3.1 Generelt om kvalitet og kvantitet som kriterier i verkshøydevurderingen

I sammenheng med at juridisk teori redegjør for hvilke kriterier som er relevante i verkshøydevurderingen, fremkommer det at verkets kvalitet og kvantitet ikke skal være med i vurderingen.¹⁰⁹

Dette er fordi en ikke kan se bort fra at verk som har lav kvalitet gjenspeiler skaperens individuelle åndsinnsett. Det samme gjelder kvantiteten til verket, ved at størrelsen ikke kan fortelle hvorvidt det er utøvd en individuelt skapende åndsinnsett eller ikke.¹¹⁰

Hva kunstnerisk kvalitet i opphavsretten kan innebære må imidlertid nyanseres. For det første kan det være en henvisning til det kunstneriske nivået i verket ved å vise hvor god en mener kunsten er. Dette er det som ble gjort i dommen om Wegners sybord.

I forbindelse med en krenkelsesvurdering ble det konkludert med at bordet hadde verkshøyde, noe som ble underbygget med uttalelser en kan tolke som vurderinger av kvalitetsnivået. Det ble uttalt at bordet hadde “kunstnerisk verdi”, “utpreget artistisk evne”, var et “høytstående eksempel på formgivning” og at formgivningen hadde så høy kvalitet at det måtte vernes av åndsverksloven.¹¹¹

Kunstnerisk kvalitet i en annen forstand relaterer seg til kvalitet som et element, ved at en ser hvorvidt verket i det hele tatt kan karakteriseres som kunst. Dette er dommen om Huldra i Kjosfossen en illustrasjon på.

Førstvoterende uttaler at forestillingen ikke har karakter av ren regi- eller iscenesettelsesoppgave, da forestillingen bygger på flere oppfatninger av huldra og ikke en bestemt historie. Likevel ligger forestillingen nært opp til regi og iscenesettelse, da den fremstiller huldra slik hun fremstår i norsk folketradisjon.¹¹²

¹⁰⁹ Rognstad/Lassen, s. 85-86.

¹¹⁰ Rognstad/Lassen, s. 85-87.

¹¹¹ Dommens s. 967 flg.

¹¹² Dommens avsnitt 46 og 47.

Verket var imidlertid ikke en iscenesettelse, men sammenligningen innebærer at det kunstneriske elementet i forestillingen var på et like mangelfullt nivå som iscenesettelser bruker å være. Iscenesettelser baserer seg på allerede eksisterende verk. De henter det kunstneriske fra disse eksisterende verkene slik at iscenesettelsen sjeldent har verkshøyde til å være et vernet verk i seg selv.

Særlig kvalitetsbetraktninger angående verkets kunstneriske nivå er problematisk med tanke på forutberegnelighet i verkshøydevurderingen. Disse vil ofte basere seg på subjektive meninger som er vanskelig å forutberegne, og derfor lett kan gi avgjørelser preg av å være vilkårlige. Hvorvidt verket er av kunstnerisk karakter vil i stor grad basere seg på hvilken verkstype vurderingen gjelder, noe som er en renere juridisk vurdering enn verkets kvalitetsnivå.

I lys av de nevnte dommen er det særlig behandlingen av verkers kvalitet som kan være problematisk. Derfor vil fokuset være på dette i det følgende.

2.3.2 Hvor konsistent og grundig er Høyesterett i behandlingen av kvalitet?

I Wegner-dommen er det vanskelig å forstå uttalelsene om “kunstnerisk verdi” som noe annet enn en henvisning til verkets kvalitet. Når den utpregede artistiske evnen påpekes, er dette en henvisning til kunstnerens evne til å lage god kunst. Det uttales dessuten eksplisitt at kunsten er så god at den bør vernes av lovgivningen.

Dette er en uheldig måte å ta hensyn til verkets kvalitet på. Det fremstår som at verkshøyden til bordet i stor grad baserte seg på subjektive vurderinger. Selv om bordets design synes i å være det avgjørende i dommen,¹¹³ burde fokuset i drøftelsene være mer på designet. Designet kunne alene vært nok til å stadfeste en individuelt skapende åndsinnsetning i verket.

En slik åpenbar bruk av kvalitet i vurderingen har ikke fremkommet i norsk rettspraksis siden Wegner-dommen.

Huldra-dommen har imidlertid vurderinger der formuleringene kan tyde på at det er fravær av det kunstneriske i verket, og at det er dette som gjør at verket ikke får vern. Det vurderes

¹¹³ Dommens s. 968.

hvorvidt forestillingen er en sceneinstruksjon, som innebærer at forestillingen bare er en fremvisning av noe som allerede er skapt. Uttalelsene bygger på at forestillingen fremstiller huldra slik hun fremstår i folketradisjonene.¹¹⁴ Å komme til denne konklusjon innebærer at det er et fravær av det kunstneriske i verket. At verket etter flertallets mening ikke er en “ren” iscenesettelse kan imidlertid tyde på at verket hadde noen kunstneriske elementer ved seg, som etter flertallets mening ikke var tilstrekkelige for å gi verkshøyde.

Det trenger ikke være problematisk å sammenligne et verk med manglende individuelt skapende åndsinnsetts med en verkstype som har vanskelig for å oppnå verkshøyde.

Sammenligner man på denne måten fordi man har foretatt en vurdering av verkets individuelle skaperinnsetts og funnet at den ikke foreligger, vil sammenligningen være rettmessig og begrunnet. Dersom man tar utgangspunkt i en verkstype uten vern og foretar en sammenligning uten å ha vurdert den individuelt skapende åndsinnsettsen, har man derimot foretatt en kvalitetsvurdering.

Det er mulig at flertallet i Huldra-dommen foretok sammenligningen etter å ha vurdert den individuelt skapende åndsinnsettsen. Dette er imidlertid uklart, da flertallet tar utgangspunkt i sammenligningen fremfor å gå grundig inn i skaperinnsettsen. Dersom sammenligningen er en konklusjon på vurderingen av individuelt skapende åndsinnsetts, vil den uansett fremstå som lite grundig fordi den mangler begrunnelse.

Som vist i forrige kapittel medførte sammenligningen et muligens for stort fradrag av elementer flertallet mente skaperen ikke kunne få vern for. Sett sammen med kvalitetsbetraktningene, illustrerer dette hvor avgjørende det er for hele verkshøydevurderingen at en går inn på verkets individuelle skapende åndsinnsetts.

Dette er det usikkert om flertallet i Huldra-dommen gjør. At de ikke gjør det eksplisitt, er imidlertid klart. Mindretallet tar derimot motsatt utgangspunkt fra flertallet, som tar svarer på flertallets uttalelse og sier at forestillingen skiller seg mer fra en ren sceneinstruksjon enn det førstvoterende ga inntrykk for.¹¹⁵ Deretter foretar de en konkret vurdering av den individuelt skapende åndsinnsettsen uavhengig av hvilken karakteristik en kunne gi verket.

Flertallet uttrykker også at elementene var enkle og uoriginale, noe som igjen kan sees som uttrykk for mangel på det kunstneriske. På grunn av estetikkens nødvendige plass i

¹¹⁴ Dommens avsnitt 46.

¹¹⁵ Dommens avsnitt 56.

verkshøydevurderingen,¹¹⁶ må det imidlertid tillates noe spillerom på dette området. Hvis ikke vil enhver beskrivelse av verk kunne tolkes som en henvisning til kvalitet. Høyesterett må tillates å beskrive verkene, ellers vil det være vanskelig å foreta vurderinger av særpreget til enkeltelementer og helheten.

På grunnlag av nyere rettspraksis kan en derfor si at kvalitet i form av kunstnerisk nivå ikke er en del av verkshøydevurderingen. Det kan imidlertid diskuteres hvorvidt dette bør endres på.

2.3.3 Hvordan kvalitet og kvantitet bør anvendes i vurderingen

Det er uomtvistelig at enkelte verkstyper lett får vern, slik som skjønnlitteratur og klassiske kunstverk.¹¹⁷ Å si at kvalitet ikke har noen plass i verkshøydevurderingen er derfor feil. Fokuset bør imidlertid være på hvor åpenbart den individuelt skapende åndsinnsetningen er, fremfor hvilken verkstype det er tale om. Dette ville fått vurderingene til å fremstå som mer grundige og tillitsvekkende.

Det er lettere å få øye på en individuelt skapende åndsinnsetning i verk som har høy kvalitet. Dette betyr imidlertid ikke det motsatte, at det ikke kan være individuelt skapende åndsinnsetning i verk med lav kvalitet.

Derfor kan kvalitet ha en plass i verkshøydevurderingen gjennom at en individuelt skapende åndsinnsetning er lettere å påvise når kvaliteten er høy. Det er tidligere drøftet at estetikk har en plass i verkshøydevurderingen, både gjennom sitt forhold til krenkelsesvurderingen og at beskrivelser av verkene i stor grad baserer seg på hvordan de ser ut.¹¹⁸ Derfor kan kvalitetsmessige betraktninger ikke utestenges fullstendig fra verkshøydevurderingen.

I avhandlingen argumenteres det for at klare kriterier medfører økt sannsynlighet for at vilkårlighet kan unngås. I den sammenheng kan det stilles spørsmål ved om man ikke burde ha eksplisitte kriterier som gjelder verkets kvalitet og kvantitet. Dette ville gitt vurderingen flere kriterier å bygge på.

¹¹⁶ Mer om dette i kapittel 1.2.

¹¹⁷ Mer om dette i kapittel 1.1 og Rognstad/Lassen s. 91 og s. 94.

¹¹⁸ Se tidligere i kapittelet og i kapittel 1.2

Kvalitet som viser til kunstnerisk nivå er som nevnt en subjektiv og uforutberegnelig måte å måle hvorvidt det foreligger en individuell skapende åndsinnsetning. Selv om en hadde visst at dette skulle vektlegges, ville en ikke visst på hvilken måte dette ville skje. Dette ville alltid vært avhengig av hvilken dommer som behandlet saken og hans eller hennes subjektive oppfatninger.

For å ivareta de opphavsrettslige hensynene er det derfor viktig å fortsette med å holde kvaliteten som et selvstendig kriterium borte fra vurderingen. Skapergleden ville ikke vært like stor dersom den opphavsrettslige beskyttelsen skulle bli forbeholdt en liten gruppe kunstnerisk elite.¹¹⁹

Opphavsretten er dessuten det juridiske eksistensgrunnlaget for flere betydningsfulle industrigrener, der kvalitet ikke alltid er avgjørende.¹²⁰ Kvantiteten vil nok heller ikke være avgjørende på disse områdene. Den samfunnsmessige funksjonen til opphavsretten styrkes dermed med en tilnærming om at kvalitet og kvantitet som selvstendige kriterier er irrelevante.

Rosenmeier mener at å ikke vektlegge kvalitet i verkshøydevurderingene er en teoretisk ønsketenkning uten støtte i praksis, og viser til en lang rekke rettsavgjørelser som antyder kvalitetskrav.¹²¹

Dette er riktig med tanke på at kvalitetsbetraktninger vil være synlig i vurderingen av hvorvidt det foreligger en individuelt skapende åndsinnsetning, både i selve argumentasjonen og beskrivelser av verkene.¹²²

Tidligere i avhandlingen er det argumentert for fordelene ved en oppspalting av verket for å få frem enkeltelementene i tillegg til helheten.¹²³ Gjennom beskrivelser av verket kan det fremstå som at kvalitet og kvantitet er relevante kriterier fordi verkets kvalitet og kvantitet kommer til syne.

Høyesterett må derfor være klar over hvilke argumenter de velger å utlede av behandlingen av helheten og enkeltelementene. Det synes som at de i nyere rettspraksis forstår at kvalitet og

¹¹⁹ Rosenmeier, s 62.

¹²⁰ Rosenmeier, s 62.

¹²¹ Rosenmeier s. 64.

¹²² Dette er på grunn av estetikkens plass i verkshøydevurderingen, se kapittel 1.2. Se også Rosenmeier, s. 63, som uttaler at verkshøydekravet ofte defineres på en måte som leder tanken over på et kvalitetskrav.

¹²³ Se kapittel 2.2.

kvantitet ikke skal være relevant.¹²⁴ Derfor må det kunne kreves av Høyesterett at de er oppmerksomme og grundige i drøftelsene.

Isolert sett kunne formulering av flere kriterier bidratt til økt forutberegnelighet. En vil imidlertid kunne unngå vilkårlighet ved å ta utgangspunkt i hensynene bak opphavsretten, og ivareta disse fra gang til gang gjennom en konsistent bruk av de kriteriene som allerede er anerkjent i praksis. En slik fremgangsmåte vil gjøre at det ikke er nødvendig med flere kriterier. Det vil derfor i stor grad være opp til domstolene å være bevisste, slik at kvalitet og kvantitet ikke skal få en større plass i vurderingen enn det som er rettferdig ut fra opphavsrettslige hensyn.

2.4 Valgfrihet og dobbeltfrembringelser

2.4.1 Generelt om valgfrihet og dobbeltfrembringelse som kriterier i verkshøydevurderingen

I svensk teori er det argumentert for at man bør ha skarpere avgrensningskriterier i vurderingen av hvorvidt verkshøydekravet er oppfylt.¹²⁵ Man kan se forsøk på å oppnå dette ved at risikoen for dobbeltfrembringelser av et verk har fått noe gjennomslag i verkshøydevurderingen i svensk rett.¹²⁶ Det har også blitt brukt i dansk rettspraksis,¹²⁷ og omtales i både dansk og norsk juridisk teori.¹²⁸

Synspunktet om dobbeltfrembringelse innebærer at i de tilfeller hvor det er risiko for at noen andre kunne frembrakt et identisk verk, vil det tale mot at det aktuelle verket har verkshøyde.

Valgfrihetssynspunktet er et annet kriterium som innebærer at i de tilfeller hvor skaperen av verket har stått overfor et begrenset antall løsninger ved frembringelsen, vil dette tale mot at han har utøvd en individuell skapende åndsinnsetning.¹²⁹ Valgfrihetskriteriet har en sammenheng

¹²⁴ Se for eksempel uttalelsene i siste setning av Huldra-dommen avsnitt 34.

¹²⁵ Rognstad/Lassen, s. 83.

¹²⁶ Se for eksempel NJA 1995 s. 256 og NJA 1998 s. 56.

¹²⁷ Kriteriet fremkommer ikke ofte i dansk rett, men se for eksempel Tippedommen/Tipsdommen, U 1993.17 H.

¹²⁸ Rosenmeier, s 132 flg. og Rognstad/Lassen s. 83-84.

¹²⁹ Rognstad/Lassen, s. 84.

med synspunktet om dobbeltfrembringelse, ved at risikoen for dobbeltfrembringelser vil være større der valgfrihetsmulighetene er færre.¹³⁰

I nyere norsk rettspraksis som omhandler verkshøyde kan man se at disse kriteriene er blitt brukt. I Huldra-dommen uttales det at i nordisk teori og rettspraksis har det blitt vektlagt hvorvidt det er usannsynlig at en annen opphavsmann ville frembrakt et identisk verk, og i hvilken grad skaperen av verket har stått overfor valgmuligheter. Dette var ifølge flertallet retningslinjer som kunne bidra med en viss veiledning, men skulle ikke tas for bokstavelig.¹³¹

I dommen om Tripp Trapp-stolen vises det til en svensk uttalelse som sier at det er en ubetydelig risiko for dobbeltfrembringelser i den aktuelle saken.¹³² I krenkelsesvurderingen uttales det at graden av nyskaping har betydning for hvor vidtgående det opphavsrettslige vernet er. I den sammenheng vises det til en tysk avgjørelse som vektla tungt den store valgfriheten skaperen av Tripp Trapp-stolen hadde da han lagde stolen.¹³³

Det uttales i Ambassadør-dommen at husets tilknytning til etablerte enkeltelementer gjør spørsmålet om muligheten for dobbeltfrembringelse aktuell. Det kunne vanskelig sies at ikke en annen arkitekt kunne anvendt stilelementene i typehuset på samme måte.¹³⁴

Dobbeltfrembringelseskriteriet ble imidlertid uttalt å bare være en hjelpeproblemstilling.¹³⁵

Fordelen med kriteriene er at de er mindre skjønnspreget og inviterer til færre subjektive vurderinger av tilfeldig art. Dessuten er de praktisk lettanvendelige.¹³⁶

Da verkshøydevurderingen er skjønnsmessig, vil den ha nytte av slike kriterier. Dette gjelder ikke bare for de som praktiserer jussen, men også de som skaper verker. Det kan være lettere å beregne sin rettslige posisjon dersom man har objektive kriterier. For å sikre at avgjørelser ikke fremstår som vilkårlige, er slike kriterier i utgangspunktet svært heldig. Dette forutsetter imidlertid at de anvendes på en grundig og konsistent måte, noe som vil diskuteres i det følgende.

¹³⁰ Rosenmeier, s. 133.

¹³¹ Dommens avsnitt 44.

¹³² Dommens avsnitt 80.

¹³³ Dommens avsnitt 86.

¹³⁴ Dommens avsnitt 66.

¹³⁵ Dommens avsnitt 68.

¹³⁶ Rosenmeier, s. 139.

2.4.2 Hvor konsistent og grundig er Høyesterett i behandlingen av kriteriene?

Selv om det i Huldra-dommen fremkommer at kriteriene kunne bidra til en viss veiledning, blir de ikke anvendt aktivt i dommen. De blir bare tatt opp i starten og knyttes aldri på noen punkt til den konkrete vurderingen.

Behandlingen i Huldra-dommen står i motsetning til Tripp Trapp-dommen, hvor det ikke fremkommer eksplisitt at dobbeltfrembringelse og valgfrihet er kriterier. De er imidlertid inntatt i vurderingene gjennom henvisninger til utenlandske uttalelser og praksis. Dette innebærer en anerkjennelse av at kriteriene har innhold med relevans for vurderingene, men ingen klargjøring av om de er selvstendige kriterier eller vekten disse i så fall har.

Måten kriteriene anvendes i Ambassadør-dommen innebærer et argument mot at typehuset har verkshøyde. Dette argumentet blir imidlertid ikke tatt i betraktning i vurderingene flertallet foretar før de konkluderer. Her blir det bare vektlagt hvordan den ene sakkyndige oppfatter huset.¹³⁷

Behandlingen av kriteriene i rettspraksis viser at de ikke brukes konsistent. Dette gjelder både gjennom å påpeke at kriteriene kan være aktuelle, bruken av dem på det konkrete faktum og i de avsluttende vurderingene. Spørsmålet videre blir hvordan kriteriene bør anvendes for å bidra til forutberegneligheten og sikre at avgjørelser ikke blir vilkårlige.

2.4.3 Hvordan kriteriene bør anvendes i vurderingen

Når kriteriene ikke anvendes på en konsistent og grundig måte, kan dette skape usikkerhet rundt når og hvordan de skal anvendes. Det er ikke tvilsomt at kriteriene gir verkshøydevurderingen mer konkrete punkter å bygge vurderingen på, og derfor kan bidra til større grad av forutberegnelighet. Støtte til bruken av kriteriene finner man blant annet hos Rosenmeier. Han uttaler at dobbeltfrembringelseskriteriet må sies å være velegnet til å skape ensartet og konsekvent rettspraksis, og derfor en mer forutsigbar rettstilstand.¹³⁸

¹³⁷ Dommens avsnitt 73.

¹³⁸ Rosenmeier s. 139. Støtte til kriteriene finnes også i Schønning, s. 108.

Som nevnt ble begge kriterier anerkjent som veiledende retningslinjer i Huldra-dommen.¹³⁹ Kriteriene fremkommer ikke så ofte i dansk praksis,¹⁴⁰ men i svensk rett har kriteriene blitt brukt flere ganger.¹⁴¹ I den svenske Golvskiva-dommen som omhandlet vern av tegninger, ble det uttrykt at dobbeltskapelseskriteriet ikke synes å ha noen selvstendig betydning i bedømmelsen og at det i seg selv ikke ga svar på spørsmålet om verkshøydekravet er oppfylt.¹⁴²

At svensk og norsk rettspraksis legger til grunn at kriteriene ikke er avgjørende i verkshøydespørsmålet synes imidlertid å være rimelig. Det finnes ingen grunnlag for bruk av disse kriteriene i verken lovteksten eller forarbeidene. De bygger i hovedsak på teori som videre bygger på et ønske om ivaretagelse av de opphavsrettslige hensynene. Den rettskildemessige vekten er derfor ikke optimal.

Støtte til bruken av kriteriene kan heller ikke hentes fra EU-retten, hvor bruken av dobbeltfrembringelse- og valgfrihetssynspunktet som selvstendige kriterier ikke har vært omtalt eksplisitt. Det er imidlertid påpekt at ved å ha flere valgmuligheter, vil en skaper ha mulighet til å sette sitt personlige preg på verket.¹⁴³

Noen teoretikere argumenterer mot bruken av dobbeltfrembringelseskriteriet. Nordell poengterer at regelen innholdsmessig er mangelfull. Absolutt identitet mellom verket som vurderes og det hypotetiske verket kan ikke kreves, da dette vil innebære at regelen får karakter av å være en prioritetsregel. Å klargjøre hvor stor likhet som kreves og hva det kreves likhet i før dobbeltfrembringelseskriteriet kan anvendes, er vanskelig. Det blir ikke mindre komplisert av at verkshøydekravet er ulik etter hvilken type verk det er tale om. Kritikken mot kriteriet taler derfor også for forsiktighet med å ilegge kriteriene avgjørende vekt.¹⁴⁴

Konsekvensene av å gi dobbeltfrembringelseskriteriet avgjørende vekt diskuteres i Golvskiva-dommen. Den ene parten argumenterte for at verkshøyde forelå da det ikke var fare for

¹³⁹ Dommens avsnitt 44.

¹⁴⁰ Et eksempel finnes imidlertid i Tippedommen/Tipsdommen (U 1993.17 H).

¹⁴¹ Se for eksempel NJA 1995 s. 256 (valgfrihetskriteriet) og NJA 1998 s. 563 (valgfrihets- og dobbeltskapelseskriteriet).

¹⁴² NJA 2004 s. 149

¹⁴³ Sak C-145/10 (Painer), Sml. 2011 s. I-00000, avsnitt 92.

¹⁴⁴ Nordell, NIR 4/1995 s. 634 flg.

dobbeltfrembringelse, blant annet fordi han som tegnet tegningen ikke kunne gjenskapt den på samme måten igjen.¹⁴⁵

Høgsta Domstolen uttalte da at verkshøydekravet ville forsvinne dersom dette skulle legges til grunn. Dersom sannsynligheten for at samme verk kunne gjenskapes på samme måte igjen skulle vært avgjørende, ville veldig mange verk oppfylle verkshøydekravet uten å være et utslag av individuelt skapende åndsinnsetning.¹⁴⁶ Det sier seg selv at for eksempel et maleri vanskelig kan males identisk flere ganger, men det betyr ikke at det bør vernes.

Bruken av kriteriene vil medføre en dypere behandling av verkshøydespørsmålet. Som Rosenmeier sier, så kan en til evig tid diskutere hva det betyr at verket er “individuelt”, “selvstendig” og “preget av opphavsmannens personlighet”. Dobbeltfrembringelseskriteriet er et ganske presist spørsmål, og ifølge ham selv, det beste originalitetskriterium som til i dag er uttenkt i den teoretiske opphavsretten.¹⁴⁷

For at bruken av kriteriene skal medføre en grundigere og mindre vilkårlig verkshøydevurdering må det imidlertid kreves at Høyesterett begynner å anvende dobbeltfrembringelses- og valgfrihetskriteriene aktivt i vurderingene fremfor bare å nevne dem.

2.4.4 Nyansering av valgfrihetskriteriet

Dersom kriteriene skal anvendes, er det behov for nyansering tilpasset de enkelte tilfellene slik at det ikke oppstår konsekvenser som tilsidesetter de opphavsrettslige hensynene. Nyansering er særlig aktuelt i tilknytning valgfrihetskriteriet.

Det er uomtvistelig at det ikke stilles kvantitative krav til verket i verkshøydevurderingen.¹⁴⁸ Det vil imidlertid kunne påvirke muligheten for å utøve en individuell skapende åndsinnsetning dersom verket er lite i kvantitet. En bruk av valgfrihetskriteriet uten å nyansere det vil innebære at verker som er kvantitativt sett små vil ha mindre sjanse for å oppnå verkshøyde på grunn av formen verket er i. Skapere av kvantitativt sett små verker vil dermed kunne

¹⁴⁵ NJA 2004 s. 149.

¹⁴⁶ NJA 2004 s. 149.

¹⁴⁷ Rosenmeier, s. 139. Se også Andersen, s. 295, som sier at dobbeltfrembringelseskriteriet er en “praktisk tommelfingerregel”.

¹⁴⁸ Rognstad/Lassen, s. 85.

komme uheldig ut i vurderingen. I lys av at det ikke skal stilles krav til at verker må være kvantitativt sett store for å vernes, kan dermed valgfrihetskriteriet virke mot ivaretagelsen av de opphavsrettslige hensynene.

I Huldra-dommen finner man et eksempel hvordan valgfrihetskriteriet kan anvendes på en måte som ivaretar de opphavsrettslige hensynene. Her påpeker mindretallet at skaperne av forestillingen hadde faste rammer de måtte holde seg innenfor. Dette var blant annet tidsrom, sted og målgruppe.¹⁴⁹ Som forestilling var dette et kvantitativt sett lite verk og med få valgmuligheter.

Uttalelsene gir inntrykk av at selv om valgmulighetene ikke var store på grunn av begrensningene, så var det ikke tilfeldigheter som medførte at forestillingen fikk den formen den fikk. På et vis kan man si at det krevde en innsats fra skaperen, nettopp fordi han hadde konkrete begrensninger han måtte ta i betraktning ved utformingen av verket. Mangelen på muligheten for tilfeldige valg kan ha medført et større behov for kreativ utfoldelse, og derfor et preg av individuelt skapende åndsinnsetning. Å si at mangelen på valgmuligheter taler mot verkshøyde kan da være unyansert og medføre uriktige resultater. Dette må imidlertid ikke forstås ubetinget.

Man må være bevisst på hvorvidt begrensningene er av faktisk art eller av opphavsrettslig art ved at de baserer seg på elementer en ikke kan få vern for av opphavsrettslige grunner. Begge typer begrensninger kan være avgjørende for om et verk blir til eller ikke. Det betyr imidlertid ikke at de skal behandles likt.

Hadde man ikke klart å lage en forestilling på det stedet, i den lengden og for det publikum som gjaldt i Huldra-dommen, hadde det ikke vært noe verk å snakke om. I denne saken kan man kanskje se en individuelt skapende åndsinnsetning på grunn av dette, til tross for at det var mangel på valgmuligheter. Dette er fordi frembringelsen krevde noe ekstra av skaperen.

Noen ganger oppstår verker som i stor grad består av elementer en ikke kan få vern for, der disse elementene er bestemmende for verkets eksistens. Dette kan for eksempel være faktabøker om et konkret tema.¹⁵⁰ Valgfrihetene vil da være begrenset, nettopp fordi en må forholde seg til faktaopplysninger en ikke kan få vern for. Da vil skaperen stå overfor mangel

¹⁴⁹ Dommens avsnitt 57.

¹⁵⁰ Forutsatt at oppsettet og valg av faktaopplysningene ikke gjør at verket innehar en individuelt skapende åndsinnsetning. Elementer en ikke kan få vern for behandles i kapittel 1.2.

på valgmuligheter fordi verket må inneha alle disse elementene for å kunne bli skapt. Mangel på valgmuligheter i slike tilfeller bør ikke premieres likt som når det er faktiske begrensninger. Det kreves ikke en større innsats av skaperen for at verket skal bli til som i tilfellene der begrensningene er av faktisk art.

Kriteriet må derfor nyanseres for at det skal kunne bidra til en konkretisering av verkshøydevurderingen samtidig som det ivaretar de opphavsrettslige hensynene. Dette kompliserer vurderingen i noen tilfeller, noe som har sammenheng med hvor mye man kan forvente av domstolene. De arbeider ikke ut fra en rettsvitenskapelig synsvinkel, og som innledningen var inne på kan man ikke kreve at analysene deres rører ved alle mulige deler av alle spørsmål.

På grunn av betydningen kriteriene kan ha for vurderingen må det imidlertid kunne forventes at domstolene er nyansert og oppmerksomme rundt de underliggende hensynene som skal vernes slik at forutberegnelige verkshøydevurderinger kan oppnås.

2.5 Sakkyndiges rolle i opphavsrettssaker

2.5.1 Generelt om bruk av sakkyndige i verkshøydevurderingen

Opphavsretten skal beskytte skapere av mange forskjellige verkstyper. Ser man på den ikke-uttømmende opplistingen¹⁵¹ i åvl. § 1 andre avsnitt, får man et inntrykk av den store bredden av verkstyper en kan få vern for.

På grunn av dette er det behov for kompetanse på de ulike verkstypene utover det dommerne og partene har. Derfor beror ofte avgjørelsene i opphavsrettsaker på erklæringer fra sakkyndige.¹⁵² Deres uttalelser bidrar til innsikt i verkstypen, noe som ofte er nødvendig for at verkshøydevurderingen skal bli så helhetlig og grundig som mulig.

¹⁵¹ Ot. prp. nr. 26 (1959-1960), s. 12.

¹⁵² Schönning s. 109.

Uttalelsene bidrar dessuten til en bedre bruk av de andre kriteriene i verkshøydevurderingen.¹⁵³ Dette er fordi en gjennom sakkyndiges uttalelser kan få innsikt i grunnlaget kriteriene skal vurderes på bakgrunn av.

I norsk praksis kan man se sakkyndige uttalelser i blant annet Wegner-dommen. Her bygger førstvoterende på uttalelsene til en universitetslektor i kunsthistorie, da uttalelsene underbygger det rettslige syn som etter førstvoterendes mening er det rette. Den sakkyndige uttaler at det ikke er kombinasjonen av sybord og sofabord som gjør bordet til et åndsverk, men formen og kvaliteten det har.¹⁵⁴

Tripp Trapp-dommen har mange uttalelser fra sakkyndige, både hentet fra utenlandske avgjørelser som omhandlet samme verk og fra partsoppnevnte sakkyndige. Uttalelsene som gjennomgås taler både mot og for at Tripp Trapp-stolen er et åndsverk.¹⁵⁵

Ambassadør-dommen inneholder uttalelser fra to sakkyndige som gir uttalelser til hver sin side av saken.¹⁵⁶

Dommen om Huldra i Kjosfossen har derimot ingen uttalelser fra sakkyndige. På bakgrunn av innsikten sakkyndiges uttalelser gir rundt verkstypen som vurderes, kan fravær av slike uttalelser medføre at avgjørelsen ikke er så helhetlig som den kunne vært.

Det er ikke bare når sakkyndige vurderinger utelates at det blir mangel på konsistens og grundighet i avgjørelsene. Hvilken side de sakkyndige tilhører, hvordan og hvor tungt uttalelsene vektlegges og hvordan de sakkyndige formulerer seg, er noe den videre drøftelsen vil vise at kan være problematisk.

2.5.2 Hvor konsistent og grundig er Høyesterett i behandlingen av sakkyndiges uttalelser?

Uttalelsene fra de sakkyndige i dommen om Wegners sybord har en rekke overdådige adjektiver. Blant annet ble det uttalt at bordet var “et høytstående eksempel på formgiving”

¹⁵³ For eksempel valgfrihets- og dobbeltfrembringelseskriteriet i kapittel 2.4 og helhet og enkeltelementer i kapittel 2.2.

¹⁵⁴ Dommens s. 967-968.

¹⁵⁵ Dommens avsnitt 74 flg.

¹⁵⁶ Dommens avsnitt 69 og 71.

som var “rent og fornemt i formen”.¹⁵⁷ Det ble også vist til verkets kvalitet,¹⁵⁸ som ikke skal være et kriterium i verkshøydevurderingen.¹⁵⁹

Bare én sakkyndig uttalelse ble diskutert i tilknytning verkshøydespørsmålet, til tross for at saken hadde 14 vitner.¹⁶⁰ Selv om det påpekes at avgjørelsen var vanskelig fordi bordet var enkelt og samsvarte med stilen på den tiden,¹⁶¹ viser avgjørelsen at det var den sakkyndiges uttalelser som overbeviste dommerne. Avgjørelsen innebærer at det som fikk avgjørende vekt, var uttalelser med kreativt formulerte karakteristikk og momenter som skal være irrelevante i vurderingen.

En spesiell adjektivbruk er også å finne i Tripp Trapp-dommen. Her er Høyesterett enig i lagmannsrettens gjengivelse av en sakkyndigs beskrivelse av stolen som “harmonisk, rytmisk og musikalsk”. Dette er imidlertid en del av lagmannsrettens uttalelser som i stor grad inneholder nøytrale beskrivelser, som plassering av stolens plater og kontraster mellom rette og buede linjer.¹⁶²

I Ambassadør-dommen hadde de to sakkyndige svært forskjellige uttalelser. Den ene sakkyndige uttrykte sterkt hvor estetisk særpreget huset var med sine dominerende stilelementer og sammenstilling av kjente stilelementer på en ny og egen måte.¹⁶³ Den andre sidens sakkyndige uttalelser var mindre preget av slike karakteristikk. Han sa at alle elementene var veldig vanlig på den tiden og ga en objektiv beskrivelse av huset som at det hadde kundetilpassede terrasseløsninger og at arkene var skjøvet ut til siden.¹⁶⁴

Flertallet vektla tungt den første sakkyndiges uttalelser.¹⁶⁵ Hvorfor hans uttalelser sees på som mer treffende for å beskrive huset enn den andres uttalelser, kommer de ikke inn på.

Disse avgjørelsene kan vise en tendens til å vektlegge de uttalelser som fremstår som mest kreativt formulert. Avgjørelsene viser at det sjeldent begrunnes hvorfor enkelte uttalelser velges over andre. At de velger å ikke begrunne dette tyder på at Høyesterett ikke er kritisk til hvordan de sakkyndige formulerer seg.

¹⁵⁷ Dommens s. 967.

¹⁵⁸ Dommens s. 968.

¹⁵⁹ Se kapittel 2.3 om kvalitet og kvantitet.

¹⁶⁰ Dommens s. 966. Det må imidlertid påpekes at det ikke fremkommer hva alle vitnene uttalte seg om. Dermed kan noen av vitnene ha uttalt seg om bare krenkesspørsmålet.

¹⁶¹ Dommens s. 968.

¹⁶² Dommens avsnitt 81.

¹⁶³ Dommens avsnitt 69.

¹⁶⁴ Dommens avsnitt 71.

¹⁶⁵ Dommens avsnitt 73.

Dette er områder hvor det er rom for forbedring for at avgjørelsene skal fremstå som bedre begrunnet og mer konsistente. Hvordan bruken av de sakkyndiges uttalelser kan gjøres mer tillitsvekkende utdypes i det følgende.

2.5.3 Bevissthet rundt de sakkyndiges rolle

De sakkyndige skal som nevnt bidra med innblikk i verkstypen og det aktuelle verket slik at den rettslige behandlingen kan bli grundigere. Det er imidlertid ikke selvsagt at det skaper ensartethet og forutberegnelighet å overlate verkshøydevurderingen til sakkyndige.¹⁶⁶

Spørsmålene som stilles de sakkyndige, er normalt så abstrakte at de får et vidt spillerom til å skjønne fritt. Man må være oppmerksom på at de oftest ikke har kompetanse til å uttale seg om den rettslige vurderingen. Det uttaler seg derfor fra et estetisk perspektiv. Dette er problematisk fordi vurderingene er ulike, for eksempel ved at det ikke er noe krav til å se bort fra kvalitet i estetiske vurderinger slik det er i de rettslige. Dette innebærer at det gjerne oppstår subjektive kvalitetsvurderinger i sakkyndiges uttalelser.¹⁶⁷

Estetikk har som tidligere nevnt en rolle i verkshøydevurderingen. Det hadde vært en vanskelig situasjon for både sakkyndige og dommere dersom en ikke kunne beskrive verkene etter hvordan de så ut.

Det er imidlertid her at grensen mellom det estetiske og rettslige blir så viktig. Denne grensen er spesielt uklar når dommere gjengir og støtter seg til sakkyndiges vurderinger. De sakkyndige vurderer ikke spørsmålet fra et rettslig perspektiv, men som tidligere vist ser man i flere tilfeller at Høyesterett støtter seg tungt mot uttalelsene. Å markere overgangene mellom sakkyndiges uttalelser og dommernes støtte til uttalelsene kan bidra til å separere de rettslige og ikke-rettslige betraktningene i større grad.

Faren ved å støtte seg for tungt mot sakkyndiges uttalelser kan illustreres godt av Wegnerdommen. Der ender Høyesterett med å vektlegge kvalitet, som er et irrelevant i vurderingen, gjennom å gjengi sakkyndiges uttalelser og ukritisk legge disse til grunn.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Rosenmeier, s. 124.

¹⁶⁷ Rosenmeier, s. 124.

¹⁶⁸ Dommens avsnitt 968.

I virkeligheten overlater man derfor viktige, rettslige vurderinger til en instans uten grunnlag for å foreta vurderingene.¹⁶⁹ Dette er uheldig fordi de skjønnsmessige vurderingene i slike saker i stor grad vil avhenge av den sakkyndiges subjektive vurderinger.¹⁷⁰

Estetikk kan vanskelig sies å bero på objektive kriterier. En innvending mot den bruken av sakkyndige som gjøres i rettspraksis, er derfor at vurderingene kan bli tillagt for stor vekt. Dette kan medføre at verkshøyde går fra være et spørsmål om juss, til et spørsmål om estetikk.

Uttalelsene i Ambassadør-dommen reiser spørsmål ved om det bør stilles krav til formuleringer i sakkyndigerklæringer. En kan lett bli påvirket av fargerike beskrivelser dersom de stilles opp ved siden av erklæringer med et mindre fantasifullt språk. Bruk av språklige virkemidler burde kanskje derfor begrenses. Grensen ville imidlertid kunne være vanskelig å trekke, da det nettopp er kunst man skal beskrive. Understreking av at noe er særegent kan være vanskelig uten bruk av sterke uttrykk og adjektiver.

Da må en kunne stille krav til at dommerne er oppmerksom på hvordan de sakkyndige formulerer seg og ikke lar seg påvirke av den.

Hvordan avgjørelser med sakkyndige uttalelser kan få større tillit fra de som skal innrette seg etter dem, er Tripp Trapp-dommen et eksempel på. Her var det som nevnt også en spesiell adjektivbruk. Disse uttalelsene fremkommer imidlertid i sammenheng med uttalelser som var mer objektive i beskrivelsene av stolen.¹⁷¹ På grunn av dette fremstår uttalelsene som mer språklig balansert og derfor noe brukere, skapere, jurister og partene kan knytte tillit til.

Videre ble det uttalt at de sakkyndiges uttalelser var så avvikende at de ikke var klargjørende.¹⁷² Dermed fremstår Høyesterett som oppmerksomme, i motsetning til flertallet i Ambassadør-dommen.

Tripp Trapp-stolen har vært tema for en rekke krenkelsessaker på grunn av sitt store marked, noe som har medført at verkshøydespørsmålet har vært til vurdering flere ganger. Disse viste Høyesterett til.¹⁷³ Dermed får de en mer balansert tilnærming til verkshøydespørsmålet til tross for at det i stor grad beror på sakkyndiges uttalelser. Dette er et eksempel som viser at

¹⁶⁹ Rosenmeier, s. 255.

¹⁷⁰ Salung Petersen, s. 323.

¹⁷¹ Dommens avsnitt 81.

¹⁷² Dommens avsnitt 73.

¹⁷³ Dommens avsnitt 78-80.

når det gjelder skjønnsmessige vurderinger som de i opphavsretten, vil en ha større tiltro til begrunnelsen for resultatet dersom den fremstår som grundig behandlet.

2.5.4 Bruk av alminnelige personers inntrykk

Når dommerne vurderer verkshøyden, skal det være en juridisk vurdering av verkets individuelt skapende åndsinnsetning og ikke en vurdering av dommernes subjektive estetiske betraktninger. Dette innebærer at dommerne må ta utgangspunkt i et objektivt inntrykk av verket som har forankring i hvordan en utenforstående hadde oppfattet verket. Deres objektive blikk kan ha stor betydning for verkshøydevurderingen. Dette er fordi de sakkyndiges uttalelser brukes å bli tungt vektlagt og at disse uttalelsene baserer seg på faglige oppfatninger, ikke et objektivt og allmenngyldig blikk.

Dommerne vil imidlertid alltid være påvirket av sine egne erfaringer. For å sikre dette objektive inntrykket kan det spørres hvorvidt en burde ta utgangspunkt i alminnelige personers inntrykk av verket på en mer eksplisitt og grundig måte enn det som gjøres i dag.

Støtte for dette finner en ikke bare i logikken rundt at dommernes objektive synspunkt bør basere seg på alminnelige folks inntrykk. Alminnelige personers inntrykk ble nevnt i den svenske dommen *Drängarna*, som omhandlet plagiat av melodi. Det ble uttalt at det avgjørende i verkshøydespørsmålet er en helhetlig bedømmelse av melodien i den formen den oppfattes for lytteren.¹⁷⁴

Som Rognstad uttrykker det, vil det i vurderingen av variasjonsmulighetene som finnes ved skapelsen av et verk, gi mening å vektlegge lytterens muligheter til å gjenkjenne verket. Det ville være en uheldig regel å gi vern til forskjellige verker som høres like ut bare fordi de kompositorisk har ulikheter.¹⁷⁵

¹⁷⁴ NJA 2002 s. 178. Det må imidlertid påpekes at dommen er uklart formulert og det er noe usikkert hvorvidt uttalelsene om helhetsvurderingen relaterer seg til verkshøyden eller krenkelsesspørsmålet.

¹⁷⁵ Rognstad/Lassen, s. 104.

Det å ta utgangspunkt i hvordan en oppfatter verket er imidlertid ikke helt ukjent i norsk opphavsrett. I krenkelsesvurderingen er nettopp poenget å se om de to verkene oppfattes som så likeartede at det fremkaller samme estetiske opplevelse.¹⁷⁶

En alminnelig person vil ikke ha forutsetninger for å foreta en rettslig vurdering, noe som må tas i betraktning da åndsverksvurderingen er rettslig. De sakkyndige foretar imidlertid også en vurdering som er av ikke-rettslig karakter. Som vist i Ambassadør-dommen, er ikke dette til hinder for at domstolene støtter seg på disse i vurderingene. Dette kan tilsi at alminnelige personers betraktninger kan være relevante.

På immaterialrettens område finnes det eksempler på at en alminnelig persons betraktninger har hatt betydning i vurderingen.

Etter varemerkeloven¹⁷⁷ § 2 må et varemerke være “egnet til å skille en virksomhets varer og tjenester fra andres” for å kunne registreres som et varemerke. Dette er en vurdering som alltid skal gjøres ut fra helhetsinntrykket som varemerket etterlater hos en gjennomsnittforbruker.¹⁷⁸ Ifølge forarbeidene er dette et krav til at varemerket har særpreg,¹⁷⁹ noe det også er blitt spurt om i tilknytning verkshøydespørsmålet.¹⁸⁰ Parallellene mellom opphavsretten og kjennetegnsretten kan derfor, i lys av Drängarna-dommen, tilsi at alminnelige folks helhetsinntrykk kan være relevant i vurderingen av verkets helhet.

Det kan imidlertid ikke legges skjul på at opphavsretten og kjennetegnsretten har ulike formål. Varemerkens hovedfunksjon er å markere produkter eller tjenesters kommersielle opphav.¹⁸¹ Det er derfor kommersielle hensyn som skal ivaretas i kjennetegnsretten.

Opphavsretten beskytter imidlertid skapere av verker, som ikke nødvendigvis har noe kommersielt formål. Dette kan tilsi at å trekke paralleller mellom særpreg i kjennetegnsretten og særpreg i opphavsretten kan være uheldig.

Videre er gjennomsnittforbrukerens oppfattelse av et kjennetegnet elementært for dets funksjon. En alminnelig persons oppfatning av et verk er ikke på samme måte avgjørende for at et verk blir skapt eller grunnen til at det ønskes beskyttelse for det.

¹⁷⁶ Rognstad, s. 316, Koktvedgaard/Schovsbo, s.148. Se mer om krenkelsesvurderingens forhold til verkshøyde i kapittel 1.2.

¹⁷⁷ Lov av 26. mars 2010 nr. 8 om beskyttelse av varemerker.

¹⁷⁸ Sak C-363/99 (Postkantoor), Sml. 2004 s. I-01619, avsnitt 32-34.

¹⁷⁹ Ot.prp. nr. 98 (2008-2009) s. 41.

¹⁸⁰ Huldra-dommen, avsnitt 48.

¹⁸¹ Dir. 2008/95/EF (Varemerkedirektivet), art. 11.

Man må kunne legge til grunn at en skapers stolthet og tilknytning til verket vil være større i opphavsretten enn det den er i kjennetegnsretten. Med andre ord er de ideelle rettighetene viktigere i opphavsretten enn i kjennetegnsretten. Disse ulikhetene i skapernes interesser vil også tale mot at en trekker paralleller fra særpregsvurderingen i kjennetegnsretten til verkshøyde i opphavsretten.

Rognstad sier at man i vurderingen på musikkområdet ikke bare bør vektlegge musikkvitenskapelige kriterier.¹⁸² Hvorfor han konkretiserer at dette bare bør skje på musikkområdet, kan det være flere grunner til.

Muligens er det fordi noen verkstyper fremstilles i en kontekst. Dersom tegninger av eksempelvis et typehus viser det med blomster og trær i hyggelige omgivelser, kan dette påvirke en alminnelig persons vurdering av om huset er særpreget. Dersom man spiller av et musikkstykke uten kontekst, er det lettere å gjøre en vurdering uten påvirkning av andre, irrelevante elementer.

Det finnes imidlertid verkstyper, som ikke er musikk, hvor en kan kunne foreta vurderinger uten å bli forstyrret av irrelevante elementer. Et eksempel kan være fotografier, der alt i fotografiet vil være relevant for vurderingen. Dette er i motsetning til en tegning av et typehus, der bare huset vil være relevant, til tross for at det er pyntet på med blomster og gress på tegningen.

Dette innebærer at en må kreve et høyt oppmerksomhetsnivå fra dommernes side dersom en velger å ta eksplisitt utgangspunkt i alminnelige personers betraktninger i helhetsvurderingen. Stor grad av oppmerksomhet må kunne kreves av dommerne, spesielt siden tilsvarende oppmerksomhet rundt sakkyndiges uttalelser er nødvendige for at avgjørelsene ikke skal bli vilkårlige. En bør derfor ikke avskrive muligheten for å vektlegge alminnelige personers betraktninger på grunn av at de kan distraheres av irrelevante elementer. Dommere kan også bli distrahert, noe som aldri har vært til hinder for å legge til grunn deres inntrykk i de tilfeller en ikke har sakkyndige uttalelser.

¹⁸² Rognstad/Lassen, s. 104.

2.5.5 Utvelgelsen av sakkyndige

Hvordan utvelgelsen av de sakkyndige skjer, kan ha betydning for forutberegneligheten på verkshøydespørsmålets område.

Etter norsk rett kan retten oppnevne sakkyndige jf. tvl. § 25-2, partene kan føre vitner som sakkyndigbevis jf. tvl. § 25-6 og skriftlige forklaringer kan fremlegges som bevis dersom visse vilkår er oppfylt etter tvl. § 21-12 (2).

Det kan diskuteres hvorvidt det vil medføre økt forutberegnelighet dersom bare retten har ansvaret for å innhente sakkyndige uttalelser, fremfor at partene stiller med sine egne. Dette kan muligens sikre mer nøytralitet hos de sakkyndige ved at utvelgelsen ikke beror på at de har meninger som støtter den parten som ber dem om å vitne.

Dommer K. E. Strøm argumenterer for at det er bedre for partene å stille med sine egne vitner, fremfor at utvelgelsen gjøres av dommerne. Tanken er at selv om en oppnår nøytralitet ved at retten oppnevner sakkyndige i saken, har partene større oversikt over de sakkyndiges faglige ståsted. Rettsoppnevnte sakkyndige vil ofte forskyve faglig uenighet i ekspertmiljøet bort fra hovedforhandlingen. Dette vil medføre større diskusjoner i saksforberedelsen, der det vil oppstå konflikter om hvem som skal oppnevnes. Dersom partene velger sakkyndige, vil diskusjonene oppstå under hovedforhandlingen, som er der slike diskusjoner hører til.¹⁸³

Isolert sett virker Strøms argumentasjon rimelig. Saken går for domstolen nettopp fordi det er uenighet mellom partene, og derfor vil ulike meninger fra fagmiljøet være viktig for å belyse saken best mulig.

Problemet med en slik tankegang er at opphavsretten baserer seg på en opplevelse av individuelt skapende åndsinnsetning. Dette kan vanskelig sies å være en ren objektiv vurdering, da alle opplever verker på forskjellige måter. Partene velger sakkyndige på grunnlag av at de støtter deres syn, og det er ingen måte å kontrollere at vurderingene ikke er preget av opplevelser som ikke baserer seg på et objektivt grunnlag.

Dette vil imidlertid være et problem på alle rettsområder hvor partene velger sakkyndige vitner. Det som gjør det særlig utfordrende i opphavsrettssakene, er de subjektive og estetiske

¹⁸³ K. E. Strøm, s. 668.

elementenes fremtredende rolle i vurderingen og at de sakkyndige uttalelsene er så betydningsfulle i avgjørelsene.

En ordning hvor domstolene var de eneste med kompetanse til å velge sakkyndige ville imidlertid ikke medført en garanti mot at subjektive synspunkter blir del av uttalelsene. Vurderingen de sakkyndige utfører vil alltid bero på den konkrete personens tidligere erfaringer og opplevelser av verket. Å ilegge retten til utvelgelse av sakkyndige til domstolen kan kanskje sikre at man ikke får sakkyndige som tilhører ytterkanten av hver side i saken. Vurderingene har likevel en karakter som gjør at det uansett vil være subjektivitet i uttalelsene.

I dansk teori har den problematiske bruken av sakkyndige i dansk rett blitt diskutert. Der er det ofte slik at dersom en sakkyndig sier at det skal gis beskyttelse, så gis det beskyttelse, og når de sier at det ikke skal gis, så gis det ikke. Det finnes ingen klar løsning på dette problemet. Ifølge Rosenmeier må det kreves at domstoler blir mer bevisst rundt rollen sakkyndige tildeles.¹⁸⁴

Den beste løsningen i norsk rett vil derfor være å støtte seg til sakkyndige med stor forsiktighet, ved å være oppmerksom på at de foretar en estetisk vurdering og ikke en rettslig. For å sikre tillit til avgjørelsen bør flere sakkyndiges uttalelser behandles, slik det ble gjort i Tripp Trapp-dommen.

¹⁸⁴ Rosenmeier, s. 253.

3 Avslutning

De svenske forarbeidene uttrykte at en ikke kunne angi i mer enn alminnelige ord grensen for hva som var beskyttet av loven, og hva som ikke var beskyttet.¹⁸⁵ Som avhandlingen viser, er ikke dette helt korrekt. Det finnes et klart forbedringspotensial sammenlignet med hvordan verkshøyden gjennomføres i rettspraksis i dag.

At verkshøydevurderingen er en skjønsmessig vurdering, innebærer ikke at dommerne står fritt i sine vurderinger. Dersom en foretar helhetsvurderinger hvor alle de fastlagte kriteriene anvendes på en konsistent og grundig måte, vil en redusere forekomsten av vilkårlighet i avgjørelser om verkshøyde. Som vist er kriteriene aktuelle i alle saker som gjelder verkshøyde, og det er derfor ingen grunner for å utelate dem. At full forutberegnelighet ikke er et realistisk mål bør ikke være til hinder for at vilkårlighet forebygges så langt det er mulig. Dette kan gjøres ved å unngå innfallsvinkler som skaper unødig risiko for vilkårlighet.

Risikoen for vilkårlighet er størst der subjektive betraktninger kan bli vektlagt. Nordell uttaler som tidligere nevnt at verksbeskyttelsen henger i en skjør tråd av subjektive sinnsopplevelser.¹⁸⁶ Ut fra analysene av rettspraksis som er gjort i avhandlingen, kan dette til tider være svært beskrivende for den rettslige situasjonen på verkshøydespørsmålets område. Avhandlingen har forsøkt å vise hvordan de subjektive innslagene likevel kan begrenses. Verkshøydevurderingen må foregå innenfor en juridisk ramme, der mer spesifikke vurderingskriterier blir brukt på en mest mulig konsistent, grundig og forutberegnelig måte.

¹⁸⁵ SOU-1956:25 s. 66.

¹⁸⁶ Nordell, NIR 4/1995 s. 630.

Litteraturliste

Lover

Norge

Lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverksloven)

Lov av 26. mars 2010 nr. 8 om beskyttelse av varemerker (varemerkeloven)

Danmark

Ophavsloven (LBK nr. 1144 23/10/2014)

Sverige

Lov 1960:729 om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

Direktiver og konvensjoner

Bern-konvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk av 9. september 1886

Dir. 96/9/EF (Databasedirektivet)

Dir. 2001/29/EC (Infosoc)

Dir. 2006/116/EC (Vernetidsdirektivet)

Dir. 2008/95/EF (Varemerkedirektivet)

Dir. 2009/24/EF (Programvaredirektivet)

Bøker og artikler

Amaya, Amalia: *The Tapestry of Reason: an inquiry into the nature of coherence and its role in legal argument*, Oxford and Portland, Oregon 2015.

Andersson, Håkan: *Ansvarsproblem i skadeståndsrätten: Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer Bok 1*, Uppsala 2013.

Bryde Andersen, Mads: *IT-retten*, 2. utg. København 2005.

Gröning, Linda/Husabø, Erling Johannes/Jacobsen, Jørn: *Frihet, forbrytelse og straff. En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, Bergen 2016.

Holmvang, Bente/Hovda, Jenny Sveen/Madsen, Kristine M./Nordengen, Rune/Sommerstad, Harald: *Immaterialrett i et nøtteskall*, Oslo 2014.

Koktvedgaard, Morgens/Schovsbo, Jens: *Lærebog i Immaterialret*, 7. utg. København 2005.

Levin, Marianne: *Lärobok i immaterialrätt*, 10. utg. Stockholm 2011.

Nordell, Per Jonas: *Dubbelskapande i teori och praktik*, NIR 4/1995.

Mæhle, Synne Sæther/Aarli, Ragna: *Fra lov til rett*, Oslo 2016.

Pila, Justine/Torremans, Paul: *European Intellectual Property Law*, Oxford 2016.

Rognstad, Ole-Andreas/Lassen, Birger Stuevold: *Opphavsrett*, Oslo 2009.

Salung Petersen, Clemet: *Immaterial Rettigheder og foreløpige forbud*, København 2008.

Schønning, Peter: *Ophavsretsloven med kommentarer*, København 2011.

Strøm, K.E.: *Paneldebatt om dommeres og syns- og skøndsmænds rolle i ophavsretssager*, NIR 4/2001.

Skoghøy, Jens Edvin A.: *I hvilken utstrekning bør avgjørelser av Høyesterett kunne fravikes*, Lov, Sannhet, Rett, Norges Høyesterett 200 år, Oslo 2015.

Sunde, Jørn Øyrehagen: *Høgsteretts historie 1965-2015*, Bergen 2015.

Tande, Knut Martin: *Høyesterett som prejudikatsdomstol innen erstatningsretten - foredling eller friere rettspolitik*, Tidsskrift for erstatningsrett, trygderett og forsikringsrett , Nr. 1/2016.

Tande, Knut Martin: *Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen*, Jussens venner nr 1/2011.

Forarbeider

Norge

Innst. O. XI (1960-61)

Mønsterlovinnstillingen 1967

Ot. prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk

Ot. prp. nr. 98 (2008-2009) Om lov om beskyttelse av varemerker

Sverige

SOU-1956:25 Upphovsmannsrätt till litterära och konstnärliga verk lagförslag

Rettspraksis

Norge

Rt. 1962 s. 964 (Wegners sybord)

Rt. 2007 s. 1329 (Huldra i Kjosfossen)

Rt. 2012 s. 1062 (Tripp Trapp)

Rt. 2013 s. 822 (Typehuset Ambassadør)

Danmark

U 1993.1 H (Tippedommen/Tipsdommen)

Sverige

NJA 1995 s. 256

NJA 1998 s. 563

NJA 2002 s. 178 (Drängarna)

NJA 2004 s. 149 (Golvs Kavanaugh)

NJA 2009 s. 159 (Maglite)

NJA 2015 s. 1097

EU

Sak C-363/99 (Postkantoor), Sml. 2004 s. I-01619

Sak C-5/08 (Infopaq), Sml. 2009 s. I-06569

Sak C-145/10 (Painer), Sml. 2011 s. I-00000

Sak C-604/10 (Dataco), Sml. 2011 s. I-12533