

GRENSEN MELLOM ÅNDSVERK OG VERK UTEN OPPHAVSRETTLIG VERN

Med fokus på den praktiske anvendelsen av det teoretiske
fundamentet

Kandidatnr: 166438
Leveringsfrist: 1. juni 2009

Til sammen 13 573 ord

01.06.2009

1. <u>INNLEDNING</u>	3
2. <u>KORT OM VERKSHØYDE</u>	5
3. <u>UTVIKLINGEN I NORSK OPPHAVSRETT OG INTERNASJONALE FORPLIKTELSER</u>	7
4. <u>LEGISLATIVE HENSYN</u>	9
5. <u>GRENSEN MELLOM ÅNDSVERK OG VERK UTEN OPPHAVSRETTLIG VERN</u>	12
5.1. FREMSTILLINGEN VIDERE	12
5.2. ETABLERTE MOMENTER	12
5.3. DEN KONKRETE ANVENDELSEN AV DE ETABLERTE MOMENTENE	13
5.4. SAKSFORHOLDET I RT. 2007 S. 1329	14
5.4.1. MANGLENDE IDÉBESKYTTELSE	15
(I) REKKEVIDDEN AV DET MANGLENDE IDÉVERN	16
(II) RELEVANSEN FOR RT. 2007 S. 1329	18
(III) KRAV FOR UNNGÅ MONOPOLISERING	19
(IV) HØYESTERETTS ANVENDELSE AV MOMENTET	20
5.4.2. RUTINEMESSIG ARBEID	22
(I) RELEVANSEN FOR RT. 2007 S. 1329	25
(II) HØYESTERETTS ANVENDELSE AV MOMENTET	27
5.4.3. KVALITATIVE KRAV	31
(I) HØYESTERETTS ANVENDELSE AV MOMENTET	33
5.4.4. ORIGINALITETSKRAVET ER RELATIVT	34
(I) HØYESTERETTS ANVENDELSE AV MOMENTET	35
5.5. BLIR ALLE RELEVANTE OMSTENDIGHETER FANGET OPP?	36
5.6. AVSLUTTENDE KOMMENTAR	38

KILDER

FEIL! BOKMERKE ER IKKE DEFINERT.

1. Innledning

Grensen mellom åndsverk og verk uten opphavsrettslig vern har i en årrekke blitt problematisert og drøftet både i rettspraksis og i juridisk teori. Likevel er den nedre grensen for hva som må regnes som tilstrekkelig originalt, fremdeles noe uklar.

Hvilke momenter som skal vektlegges, og hvor stor vekt de skal tillegges, har vært gjenstand for omfattende debatt. Dette har resultert i at både juridisk teori og rettspraksis er behjelpelige med flere etablerte vurderingsmomenter, og det er også dette norske Høyesterett støtter seg på. I tillegg har særlig svensk og dansk rett utviklet to veiledende støttemomenter (risiko for dobbeltfrembringelser og valgfrihetssynspunktet), som ofte brukes når de etablerte momentene ikke gir noe klart svar.

Det kan likevel ikke nektes for at åndsverkvurderingene man finner i norsk og øvrig nordisk praksis er varierende og uforutsigbare. Begrunnelsen for dette er delvis at rettskildene ofte er abstrakte og generelle, da det sjelden sies noe konkret om hvor grensene går. For eksempel sies det at grensene er høyere i enkelte tilfeller, uten å angi nærmere hva som faller innenfor grensen, og at innsatsen for eksempel må være skapende, uten at det blir sagt hva som regnes som skapende innsats. Det er med andre ord ikke fastslått noen nærmere definisjoner av hva som spesifikt kreves for at ulike typer verk skal kunne nyte opphavsrettslig vern. Først som sist, kan det understrekes at det heller ikke er dette som er målet. Helt faste kriterier kan derimot føre til en så lite skjønnsmessig vurdering at resultatet ikke blir rimelig.

Hensynene og formålene bak kriteriene bør derimot brukes på en relativt fastsatt måte. Dersom det er manglende vektlegging av riktige hensyn som gjør vurderingene uforutsigbare, kan det med rette reises kritikk mot dette. For selv de beste vurderingsmomenter kan føre til urimelige resultater dersom de ikke blir anvendt på en hensiktsmessig og formålstjenlig måte. Nærmere presisert må resultatet bygge på en strukturert helhetsvurdering der alle de relevante omstendighetene blir sett, samt at alle vurderingsmomentene må ses i sammenheng med deres formål, hensyn og hensikter. Ved å anvende vurderingsmomentene i tråd med de formål som taler for og i mot opphavsrettslig vern, vil det sikres en riktig avveining mellom opphavsmannens interesser og allmennhetens interesser. Bare på denne måten vil tolkningsresultatene bli formålstjenlige og rimelige.

Den overordnede problemstillingen i avhandlingen vil derfor være om momentene anvendes på en hensiktsmessig og formålstjenlig måte i praksis. Om dette kan være tilfelle i norsk praksis, vil bli forsøkt besvart ved å anvende Rt. 2007 s. 1329 som illustrasjon.

Dette er en av få norske høyesterettsdommer som omhandler verkshøydekravet,¹ og dessuten den nyeste. Til dels behandler den også emner som ikke er behandlet av Høyesterett tidligere. På denne måten vil den lett kunne få sterk prejudikatvirkning og bringe rettsutviklingen videre, særlig hvis argumentasjonen er kvalitativt god. Rt. 2007 s. 1329 inneholder imidlertid en rekke vurderinger og argumentasjoner som bør være gjenstand for debatt, dersom de ses i sammenheng med både tidligere praksis og de etablerte vurderingsmomentene.

For det første gis det argumenter som kan tyde på at momentet om manglende idévern ikke ses i sammenheng med formålet. Førstvoterende hevder at vern av verket må nektes fordi vern av tradisjon vil føre til en urimelig monopolisering. Ser man på de etablerte momentene, er det klart nok en enighet om at allment felleseie ikke kan vernes nettopp fordi det ikke skal oppstå en urimelig monopolsituasjon. Men når Høyesterett ikke gjør en vurdering av om det faktisk oppstår en urimelig monopolisering eller ikke, ses ikke momentet i sammenheng med formålet. Momentet kan da i verste fall føre til et resultat som ikke stemmer overens med prinsippene bak opphavsretten og de hensyn som fremgår av Bernkonvensjonen.

Videre gir Rt. 2007 s. 1329 grunn til å spørre om alle de etablerte vurderingsmomentene faktisk ble vurdert i den grad de var relevante. I dommen foreligger det for eksempel kontraktsbetingelser som i stor grad regulerer verkets åndsinnsetning og utforming. Denne omstendigheten fanges opp av regelen om at innlysende løsninger ikke kan få vern. Førstvoterende retter likevel lite fokus mot kontraktsbetingelsene.

Sikkert er det imidlertid at kontraktsbetingelsene begrenser valgfriheten og dermed også den skapende innsatsen. Foreligger det mange innskrenkende faktorer på valgfriheten, gjør det seg i liten grad gjeldende hensyn som taler for opphavsrettslig vern. Førstvoterendes manglende fokus på innskrenkende faktorer som for eksempel

¹ De sentrale dommene er Rt. 1940 s. 327 (Hallo-Hallo), Rt. 1962 s. 964 (Wegners sybord), Rt. 1997 s. 199 (Cirrus) og Rt. 2007 s. 1329 (Huldra i Kjosfossen).

kontraktsbetingelser, fører da til at opphavsrettslige hensyn blir oversett, hvilket igjen vil kunne lede til et urimelig resultat.

Også når det gjelder momentene om at originalitetskravet er relativt og at det ikke skal stilles kvalitative krav, kan det spørres om de ble anvendt i tråd med hensikten.

Videre vil det også bli vurdert om de etablerte momentene i seg selv er tilstrekkelige for å kunne gjøre en god vurdering, eller om det er enkelte momenter som ikke fanges opp. Vil for eksempel kontrakten mellom partene i Rt. 2007 s. 1329 kunne ha selvstendig betydning utover kontraktbetingelsene? Dette fanges i så fall ikke opp av de eksisterende momentene. Hvis en eller flere sentrale elementer utelates i vurderingen, er det ikke til å legge skjul på at den avsluttende avveiningen bygger på et manglende grunnlag.

Det skal nevnes at det dreier seg om et komplekst område der alle de konkrete omstendighetene og vurderingsmomentene må ses i en helhetlig sammenheng. I utgangspunktet vil hvert vurderingsmoment likevel drøftes hver for seg, da vurderingsmomentene til dels bunnar i ulike formål. En viss struktur er dessuten nødvendig for å kunne gjennomføre en solid vurdering, hvilket bør gjelde like fullt i praksis som i teorien.

2. Kort om verkshøyde

Det er verkshøydegrensen som vil være det sentrale i fremstillingen. For oversiktens skyld er det derfor nødvendig å vise til hvilken plassering emnet har i opphavsretten. Samtidig vil det gis en oversikt over grunnstrukturen i verkshøydekravet, for å vise hvilken sammenheng de forskjellige kravene og vurderingsmomentene har.

Lov om opphavsrett til åndsverk av 12. mai 1961 nr. 2 (heretter åvl.) regulerer spørsmålet om hvordan man får opphavsrett, og hvilke rettigheter en opphavsmann har. I følge åvl. § 1, første ledd, har ”den som skaper et åndsverk”, opphavsrett til verket. Andre ledd presiserer at med åndsverk menes ”litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk av enhver art”, etterfulgt av en eksemplifiserende liste av ulike typer verk. Listen er ikke uttømmende.

Både forarbeidene, rettspraksis og juridisk teori er imidlertid klare på at ikke alle verk er åndsverk. Det stilles krav om at det må foreligge en individuell, skapende åndsinnsetts.²

Dette innebærer for det første at det må foreligge en nyskaping.³ Det vil si at en ren gjengivelse av et eldre verk ikke regnes som åndsverk. For eksempel er en ren fremstilling av tradisjon ingen nyskaping. På samme måte kan ikke en gjenstand som er funnet i naturen innebære noen nyskaping.

For det andre må det være frembrakt en ytre realitet.⁴ Med dette menes at det opphavsmannen har tenkt inne i sitt eget hode ikke kan få vern før planene har fått en form av fysisk realitet som andre kan oppleve. Planene må altså ha fått en blivende karakter som gjør at det kan reproduseres. Det finnes ingen skriftlighetskrav, og verket kan like gjerne være pantomime eller en muntlig fremstilling som et litterært verk.

Til sist stilles det krav om at verket må være tilstrekkelig originalt, også kalt kravet om verkshøyde. Dette innebærer at verket ”iallfall i noen grad [må] være uttrykk for original og individuelt preget åndsvirksomhet fra opphavsmannens side”.⁵ Høyesterett har brukt lignende formuleringer i dommene som tar for seg spørsmålet om verkshøyde. I den nyeste dommen om verkshøyde, Rt. 2007 s. 1329, ble det uttalt at ”[d]et avgjørende er om det ved en individuell skapende innsats er frembrakt noe som fremstår som originalt”.⁶

Dette generelle vurderingstemaet er det nok enighet om i norsk rettspraksis, og også i juridisk teori.⁷ Vurderingstemaet er imidlertid abstrakt og generelt, og ingen av de vanlige uttrykkene som er brukt i praksis og forarbeidene har noe alminnelig, kjent innhold. Juridisk teori og rettspraksis har derfor utviklet flere etablerte vurderingsmomenter som brukes når man skal drøfte om kravet til originalitet er oppfylt. Av vurderingene som gjøres i praksis kan min imidlertid se at det er knyttet

² Jf. innst. O. XI (1960-61) s. 14.

³ Jf. Knoph, *Åndsretten*, s. 63

⁴ Jf. Knoph, *Åndsretten*, s. 63.

⁵ Jf. Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 12, jf. Knoph.

⁶ Det ble henvist til eldre dommer; Rt. 1940 s. 327 (Hallo-Hallo), Rt. 1962 s. 964 (Wegners sybord) og Rt. 1997 s. 199 (Cirrus).

⁷ Lignende formuleringer er brukt i forarbeidene og andre høyesterettsdommer. De forskjellige vurderingstemaene varierer riktignok i uttrykk og formuleringer, men det må antas at de har samme innhold, og det er dette som er det sentrale. Det spiller derfor liten rolle nøyaktig hvilken formulering man anvender.

usikkerhet til hvordan momentene skal anvendes. Dette er en av grunnene til at grensen for hvor den nedre terskelen for verkshøyde går er uklar.

Dersom et verk er et resultat av en skapende, individuell åndsinnsett, karakteriseres det som et åndsverk. Åndsverk nyter opphavsrettslig vern. Opphavsmannen får da enerett til eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring etter åvl. § 2, kun med noen få, svært begrensede unntak. Eneretten varer i opphavsmannens levetid og 70 år etter utløpet av hans dødsår, jf. åvl. § 40. Opphavsmannen får også visse ideelle rettigheter etter åvl. § 3. Blant annet får han krav på å bli navngitt ”slik som god skikk tilsier”, og beskyttelse mot at verket utnyttes på en krenkende måte.

3. Utviklingen av norsk opphavsrett og internasjonale forpliktelser

Videre er det nødvendig å gjøre kort rede for utviklingen av den opphavsrettslige disiplin i Norge, samt hvilke internasjonale forpliktelser vi har å forholde oss til. Dette for å klargjøre hvor sterk verk vi bør legge på annen nordisk praksis, og for å se hvilken betydning internasjonale forpliktelser har for åndsverksvurderingen

De første reglene om immaterialrett i Norge ble vedtatt ved forordning den 7. januar 1741. Forordningen var mangelfull og ble revidert gjentatte ganger i årene som fulgte. Den 8. juni 1876 ble det vedtatt en lov om skrifteeiendomsrett, og året etter kom en lov om den kunstneriske eiendomsrett. Lovene inneholdt imidlertid store mangler, noe som førte til at det i 1893 ble nødvendig med en ny lov som oppfylte Norges forpliktelser etter Bernkonvensjonen. Endringer i samfunnsutviklingen, samt forandringer i Bernkonvensjonen, gjorde at vi fikk ny lov både i 1910, 1930 og 1961.

Konvensjonen gir en rekke bestemmelser om opphavsrettens innhold, herunder at åndsverk skal ha sterk opphavsrettslig beskyttelse der opphavsmannen som hovedregel får enerett til både tilgjengeliggjøring og eksemplarfremstilling, samt ideelle rettigheter. Det vesentlige her er imidlertid å klargjøre hvilken betydning konvensjonen har for verkshøydevurderingen. Direkte legger den ingen klare føringer på hvor verkshøydeterskelen skal gå. Men selv om konvensjonen ikke regulerer verkshøydekravet direkte, angir den likevel visse holdninger som er høyst relevante når grensen mellom åndsverk og verk uten opphavsrettslig vern skal trekkes. Indirekte vil den med andre ord kunne gi store utslag i verkshøydevurderingen.

For det første fastslår den virkningene av at et verk får vern, for eksempel ved å angi hvor sterk eneretten skal være. Eneretten skal i følge konvensjonen være sterk, med svært få, begrensede unntak. Ettersom opphavsmannen får en sterk og langvarig enerett, taler dette for at terskelen for verkshøyde ikke bør være for lav, av hensyn til allmennhetens interesser.

For det andre fastslår konvensjonen hvilke hensyn som skal tillegges vekt i den opphavsrettslige disiplin. Dette er først og fremst er belønnings- og tilknytningshensynet, sett i sammenheng med allmennhetens interesser. Men også samfunnsøkonomiske og kulturelle hensyn vil kunne få vekt. Da disse hensynene ofte er avgjørende for åndsverksvurderingene, vil det bli gått nærmere inn på disse under punkt 4.

Loven som ble vedtatt i Norge i 1961 innebar store endringer. Dette ble gjort for å tilpasse seg endringer i Bernkonvensjonen, men også for å oppnå harmonisering av reglene innenfor Norden. Resultatet av denne harmoniseringen vil være relevant å klargjøre, da det gir en pekepinn på hvor stor vekt man skal legge på nordisk rettspraksis.

Som uttrykt i forarbeidene,⁸ danner de nordiske landene et kulturområde der man stort sett har likt syn på samfunnets og individets rettigheter. En felles lovgivning ble derfor antatt å være både mulig og hensiktsmessig. Dette henger også sammen med den geografiske og språklige nærheten som gjør at en norsk opphavsmann har lett tilgang til ikke bare et norsk publikum, men også til et nordisk. I tillegg er det etablert felles nordiske organer og organisasjoner av opphavsmenn. Med et slikt samarbeid over landegrensene er det tydelig at det er hensiktsmessig med likhet i rettsreglene.

Loven av 1961 ble dermed formet nært opp til utkastene til de nye åndsverklovene i resten av Norden. Noen begrensede avvik var det riktignok der tradisjonen i Norge, og også andre omstendigheter, gjorde det naturlig å vedta andre regler enn i resten av Norden. Systematikken og terminologien ble også beholdt i stor grad. Tidligere norsk rettspraksis var av den grunn fremdeles relevant.

Til tross for dette nordiske samarbeidet i utformingen av loven, har verkshøydekravet utviklet seg noe forskjellig i de ulike nordiske landene som følge av ulik rettsanvendelse. Blant annet er verkshøydeterskelen noe strengere i Norge enn i

⁸ Jf. Ot.prp. nr. 26 (1959-60).

Sverige.⁹ Årsaken må være at det verken internasjonalt eller nordisk er noen felles, stram regulering av verkshøydekravet.

Det som imidlertid er felles, både nordisk og internasjonalt sett, er at verkshøydevurderingen baserer seg på en overordnet grunnsetning om at verket må være resultat av en individuell, skapende åndsinnsetning. Momentene som vektlegges i vurderingen av om et verk er et resultat av en individuell, skapende åndsinnsetning, er derimot relativt ulike. Til tross for ulikheter også mellom de nordiske landene, er det større samordning av verkshøydekravet her enn mellom Norge og øvrige internasjonale land.

En likhet som foreligger mellom Norge og de nordiske landene, er at det legges vekt på flere like vurderingsmomenter, og også støttemomenter som valgfrihetssynspunktet og risikoen for dobbeltfrembringelser. Det skal imidlertid presiseres at vektleggingen av de sistnevnte støttemomentene er ulik, da det i norsk rett har vært uttrykt mer skepsis mot å legge avgjørende vekt på dette. Ulikheter både når det gjelder verkshøydeterskelen og vektlegging av momenter, taler for at nordisk rett ikke bør brukes ukritisk som rettskilde. Det er riktignok mer omfattende rettspraksis innenfor emnet i svensk og dansk rett, men det bør vises forsiktighet med å legge avgjørende vekt på denne praksisen inntil det kommer en avklaring fra EF-domstolen angående hvordan verkshøydekravet skal forstås.¹⁰

4. Legislative hensyn

De legislative hensynene i den opphavsrettslige disiplin er kanskje det aller viktigste å klargjøre når man skal vurdere rimeligheten av Høyesteretts vurderinger i Rt. 2007 s. 1329. Når man skal forsøke å angi en rimelig terskel for hvor grensen for opphavsrettslig vern bør gå, må man vurdere frembringerens interesser opp mot allmennhetens interesser. Hvilke konkrete hensyn som må vektlegges fremgår som nevnt av Bernkonvensjonen.

⁹ Svensk og dansk rettspraksis har blant annet vist større åpenhet enn norsk rettspraksis i å godta enkle bruksting som vernede åndsverk. Nordell uttrykker i denne sammenhengen at "[g]enerellt gäller att de upphovsrättsliga skyddsgränserna sätts ganska lägt i vårt land", jf *Verkshöjdsbegreppet inom upphovsrätten*, s. 29. Også i norsk rett har vi en relativt lav terskel for å godta opphavsrettslig vern, skjønt ikke like lav som i Sverige og Danmark.

¹⁰ Jf. Rogstad, *Fragmenter til en lærebok i opphavsrett*, s. 27.

For det første har opphavsmannen en tilknytning¹¹ til verket gjennom skapelsesprosessen, opprinnelig uttrykt som en ”åndelig eiendomsrett” av Knoph.¹² Teorien rundt den åndelige eiendomsretten dukket opp i Tyskland i det 16. eller 17. århundre, og har for lengst fått gjennomslag i de fleste land. Den gikk nærmere ut på at alle har en naturlig eiendomsrett til verkene de selv skaper, hvilket ble regnet for å være like opplagt som den fysiske eiendomsrett. Det ble dessuten hevdet at den åndelige eiendomsretten gjorde seg sterkere gjeldende enn den fysiske, ettersom objektet for retten her er skapt av verkets opphavsmann. Ved fysiske ting vil det ikke finnes en like stor grad av tilknytning. Jo større tilknytning opphavsmannen har fått gjennom skapelsesprosessen, jo større grunn er det til å gi verket vern. Tilknytningshensynet begrunner både eneretten til eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring, og også retten til å bli navngitt og å få beskyttelse mot krenkende bearbeidelse.

For det andre har opphavsmannen interesse i å høste økonomisk belønning for sin åndelige innsats. Denne adgangen til belønning blir av forarbeidene uttrykt som ”likeså dypt etisk og sosialt berettiget som selve eiendomsretten til materielle ting.”¹³ Belønningshensynet fremheves også i Stortingsmelding nr. 41 for 1975-76 s. 22: ”I et moderne velferdssamfunn bør også de skapende kunstnere ha ordnede inntekts- og arbeidsforhold med retter og plikter som andre samfunnsgrupper, så langt det er naturlig for denne spesielle yrkesgruppa.” Hvis det først er blitt skapt noe originalt, tilsier derfor belønningshensynet at verket bør få opphavsrettslig beskyttelse. Med belønningshensynet følger også at opphavsmannen har en interesse av å hindre andre i å utnytte verket på en urimelig måte.¹⁴ Opphavsmannen bør få æren og ansvaret for verket han selv har frembrakt, men ikke for verk som ikke er hans. Dette kan man forhindre ved å gi opphavsrettslig vern.

Rettighetene som opphavsmannen får skal altså ”verne og oppmuntre åndsproduksjonen”.¹⁵ Dette er ikke bare hensiktsmessig for opphavsmannen, men også for samfunnet. For samfunnet er det en fordel med størst mulig produksjon av åndsverk,

¹¹ Se nærmere om dette i Tande, *Lenker til andres materiale på WWW som selvstendige krenkelser av åvl. § 2, åvl. § 43 eller mfl. § 1*, s. 146-147.

¹² Jf. Knoph, *Åndsretten*, s. 23.

¹³ Jf. Innst. 1950 s. 14.

¹⁴ Se blant annet Innst. 1950 s. 14.

¹⁵ Jf. Lilleholt, *Knophs oversikt over Norges rett*, s. 468.

fordi omsetningen av åndsverk er en del av samfunnsøkonomien.¹⁶ En betydelig del av bidragene til bruttonasjonalproduktene fås fra virksomheter som baserer seg på at de ansatte skaper åndsverk, så som reklamebyråer, aviser, arkitektfirmaer osv. Dersom det ikke gis opphavsrettslig beskyttelse for verk, kan det skje en reduksjon av skapende innsats, som igjen går ut over samfunnet. Selv om tilknytnings- og belønningshensynet nok er mer tungtveiende, vil det etter dette være klart at også samfunnsmessige hensyn taler for at opphavsmennene bør ha enerett til verkene de skaper. Det skal også minnes om produksjon av åndsverk beriker og utvikler kulturlivet i samfunnet.¹⁷

På den annen side er det ikke all åndelig virksomhet som er like beskyttelsesverdige. Dette må ses i sammenheng med at opphavsrettslig beskyttelse gir omfattende og langvarige rettigheter. Det er for eksempel ikke behov for å verne verk som er rent mekaniske, rutinemessige eller håndverksmessige. Det kan derfor spørres om verk som er styrt av kontraktsbetingelser, er beskyttelsesverdige. Heller ikke helt banale frembringelser er det behov for å verne. Opphavsmannen vil i disse tilfellene ha fått en svært begrenset grad av tilknytning gjennom skapelsesprosessen, og belønningssynspunktet gjør seg heller ikke gjeldende i særlig stor grad. De opphavsrettslige hensynene forsvares med andre ord ikke vern av verket, hvilket bør hindre opphavsrettslig beskyttelse av hensyn til allmennhetens interesser.

Også når det gjelder elementer som må regnes som allmenneie, bør det ikke gis opphavsrettslig vern. Som eksempel kan nevnes motiver og funksjoner. Her gjør det seg gjeldende et friholdelsesbehov, og det må derfor legges avgjørende vekt på allmennhetens interesser. Det er nettopp dette friholdelsesbehovet som gjør seg gjeldende når det hevdes at tradisjon ikke kan vernes.

Ved å stille visse krav for at et verk skal få opphavsrettslig vern, sikres en hensiktsmessig balanse mellom frembringerens og allmennhetens interesser. Ut fra de nevnte hensynene kan man likevel ikke si at kravene er særlig store, da opphavsmannens interesser ofte vil veie tyngst. Generelt sett skal det derfor lite til før et verk blir ansett som et åndsverk.

¹⁶ Dette fremheves blant annet i fortalet til EUs Infosoc-direktiv.

¹⁷ Jf. Kocktvedgaard, *Lærebog i Immaterialret*, s. 21.

5. Grensen mellom åndsverk og verk uten opphavsrettslig vern

5.1. Fremstillingen videre

Som nevnt under punkt 2, finnes det flere etablerte vurderingsmomenter som må anvendes i vurderingen av om det er frembrakt noe originalt gjennom en skapende, individuell innsats. Fremstillingen videre vil inneholde en kort redegjørelse av de disse vurderingsmomentene.

Etter dette vil det vurderes om den konkrete anvendelsen av disse momentene leder til et rimelig resultat i praksis.

5.2. Etablerte momenter

For det første foreligger det et subjektivt nyhetskrav for åndsverk. Hvis først noen har skapt et originalt verk i den tro at ingen har skapt samme verk tidligere, får opphavsmannen opphavsrett. Dobbeltfrembringelser hindrer derfor ikke vern etter åndsverkloven, så lenge det ikke foreligger bevisst etterligning.

Det gis imidlertid ikke vern for ideene i seg selv, men bare for utformingen av disse.¹⁸ Dette begrunnes i kulturlivets frihet og utviklingsmuligheter. Så å si alle opphavsmenn bygger sine verk på en felles kulturarv og gammelt materiale, og dette må også være tillatt.

Heller ikke helt banale og innlysende løsninger kan ikke nyte opphavsrettslig vern, så som notiser og vanlige annonser. Det samme gjelder resultatet av en innsats som er ren rutinemessig, mekanisk eller håndverksmessig.¹⁹ Som eksempel kan nevnes tabeller, programoversikter, kataloger, prislister og lignende.²⁰ Et åndsverk kan altså være et ”utslag av fantasi, av talenter og faglig dyktighet, men ikke bare av flid”.²¹

På den annen side stilles det ingen kvalitetskrav for at et verk skal oppnå verkshøyde.²² Heller ikke skal kvantitative betraktninger vektlegges. Det er imidlertid slik at et kvantitativt sett lite verk gir mindre rom for å skape noe originalt, noe som vil kunne påvirke verkshøydevurderingen.

¹⁸ Jf. Ot.prp. nr. 85 (1997-1998) og NOU 2003:30.

¹⁹ Jf. RG 1992 s. 359 der en ferdighustype ikke ble ansett for å ha verkshøyde, ettersom den var et resultat av en ren håndverksmessig innsats.

²⁰ Eksemplene er hentet fra Rosenmeier, *Værkslæren i opphavsretten*, s. 92.

²¹ Jf. Sijthoff Stray, *Opphavsretten*, s. 33.

²² Jf. Innst. 1950 s. 10, Knoph, *Åndsretten*, s. 72 og RG 1999 s. 330: ”... kravet om verkshøyde medfører ikke at det skal foretas noen kvalitetsvurdering av det frembrakte.”

Kravet til originalitet må videre vurderes ut fra hvordan type verk det er snakk om.²³ Dette må ikke misforstås som at selve verkshøydeterskelen varierer avhengig av type verk. Det er isteden slik at det er forskjellige momenter og variasjonsmuligheter ved ulike verk, slik at enkelte typer verk har større spillerom for kreativitet og dermed også originalitet.

Rettspraksisen om verkshøydekravet er mer omfattende i Sverige og Danmark. Behovet for nærmere presisering av originalitetskravet har ført til at særlig svensk rett har lagt betydelig vekt på to veiledende støttemomenter, hvilket er risikoen for dobbeltfrembringelser og valgfrihetssynspunktet.

Hvis det er minimal risiko for dobbeltfrembringelser, sies det at det kan antas at verket har verkshøyde. Læren har blitt brukt både i svensk²⁴ og dansk²⁵ rettspraksis. Det foreligger en dobbeltfrembringelse dersom risikoen er minimal for at enda et verk med samme innhold skal fremstilles av en annen person.

Valgfrihetssynspunktet går ut på at et verk har verkshøyde dersom opphavsmannen har hatt flere valg ved utformingen av verket. Hvis det bare fantes én mulig eller svært få mulige løsninger, har det ikke skjedd en individuell skapende innsats som har ført til en original frembringelse.

5.3. Den konkrete anvendelsen av de etablerte momentene

Det vil så bli vurdert om de etablerte vurderingsmomentene fører frem til et hensiktsmessig resultat i praksis. Dette vil avhenge både av om det teoretiske fundamentet er godt nok, og om den praktiske anvendelsen av fundamentet blir gjort på en hensiktsmessig måte.

For å kunne vurdere om momentene i en konkret sak fører til en argumentasjon i tråd med grunnleggende opphavsrettslige prinsipper og formål, er det samtidig nødvendig å gå grundigere inn på hvordan momentene er ment å skulle anvendes. På denne måten ser man om momentet i seg selv vil føre frem til et hensiktsmessig resultat, og om Høyesteretts konkrete bruk stemmer overens med intensjonen bak momentene.

²³ Jf. Rognstad, *Fragmenter til en lærebok i opphavsrett*, s. 33.

²⁴ Jf. f.eks. NJA 1995 s. 256 (Nummerbanken).

²⁵ Jf. UfR 1993 s. 17 (Tippesystemer).

Ettersom drøftelsen tar utgangspunkt i Rt. 2007 s. 1329, vil den også kunne gi en pekepinn på hvor sterk prejudikativ virkning dommen bør ha.

Det vil først komme en kort redegjørelse av dommen, før det går nærmere inn på de etablerte momentene.

5.4. Saksforholdet i Rt. 2007 s. 1329

Rt. 2007 s. 1329 dreide seg om hvorvidt en konkret forestilling om en hulder kunne anses som et åndsverk.

Hybris AS hadde på grunnlag av kontrakt med Flåm Utvikling AS skapt forestillingen som de reisende på Flåmsbanen fikk oppleve. Hybris AS hevdet så å ha opphavsrett til sceneverket. Dette ble benektet av operatøren av Flåmsbanen, Flåm Utvikling AS, da de mente at verket ikke hadde verkshøyde.

Den to minutter lange forestillingen fant sted på Kjosfossen stasjon, der de reisende på Flåmsbanen kunne gå ut av toget. Fra perrongen hørte de folketonen "Nøringen". Lyden kom fra fossen, der høytalerne var plassert. I tillegg hørte de også en kvinnestemme syngende stevet "Til Nøringen". Samtidig kom en kvinneskikkelse til syne, som visuelt sett steg opp av fossen mens det så ut som hun sang. Hun var kledd i en rød kjole og hadde svart, langt hår. I følge Lagmannsrettens beskrivelse gikk hun litt frem og tilbake, svingte på seg, men uten å danse. Samtidig gjorde hun enkle og rolige bevegelser med armene.

Etter hvert forsvant hun tilsynelatende ned i fossen igjen, og umiddelbart etterpå dukket en tilsvarende kvinneskikkelse opp ved ruinene av en gammel kraftstasjon. Hun bevegde seg langs grunnmuren av stasjonen før hun forsvant inn i ruinen. Her kom hun kort til syne i vinduet i grunnmuren før hun igjen forsvant. På dette tidspunktet dukket den første skikkelsen opp igjen på det første stedet. Etter å ha søkt litt kontakt med publikum, stoppet hun opp og vinket sakte til publikum før hun forsvant ned i fossen igjen. Samtidig ebber musikken og sangen ut.

I følge førstvoterende, som utgjorde flertallet, var dette nærmest en iscenesettelse som vanskelig kunne få vern. Forestillingen ble satt opp i samsvar med kontrakten, og inneholdt en fremstilling av huldra som ikke kunne by på noe særegent utover den alminnelige oppfatningen av hulderfiguren. Det avgjørende var imidlertid at forestillingen tok sikte på å "fremstille huldra slik hun fremstår i norsk folketradisjon". Folketradisjonen bør i følge Høyesterett ikke kunne vernes. Konklusjonen ble at

forestillingen ikke kunne anses som et åndsverk, hovedsakelig fordi dette ville ført til at folketradisjonen ble vernet, og dermed også monopolisert.²⁶

5.4.1. Manglende idébeskyttelse

Et manglende vern for ideer er en del av den grunnleggende opphavsretten, da alle opphavsmenn bygger på sine forgjengere.

For eksempel vil det være urimelig å nekte andre å male et bilde av lyset på Svalbard, selv om Kåre Tveter har hatt dette som motiv på en rekke bilder siden 1982. Tilsvarende bør det ikke nektes andre å skrive om en uskikkelig gutt som stadig blir satt i skammekroken, selv om Astrid Lindgren er kjent for en lik historie. Slike grunnleggende ideer bør være frie og stå til rådighet for alle. For å sikre at det blir gjort en rimelig avveining mellom hensynet til opphavsmannen og samfunnets interesse, gis det ikke vern for ideer i opphavsretten. Det sier seg selv at et slikt vern ville bremsset samfunnets utviklingsmuligheter i stor grad. Regelen bunner altså i et friholdelsesbehov.

Det kan så spørres om hva en idé egentlig er i denne sammenhengen, og hva som adskiller ideen til et verk fra selve utformingen. Når man snakker om at ideer ikke har vern, sikter man til manglende vern for motiv, tema, teknikk, emne, metode osv. Det som skiller ideen fra selve utformingen, er at det er snakk om motiver, emner osv. av ren abstrakt karakter. Regelen om manglende idévern er altså et prinsipp om at man ikke får vern for ”svævende, uhandgribelige, abstrakte fænomener så som bagvedliggende idéer, stilarter, metoder, egenskaper mv.”²⁷

Ser man dette i sammenheng med Rt. 2007 s. 1329, kan man nok hevde at det å fremstille huldra, er en idé. På samme måte som at ideen om å fremstille jordkloden ikke kan få vern, selv om den inneholder mange detaljer som blå hav, sjøer, grønne og brune kontinenter, og med stjerner og planeter rundt, kan en ren fremstilling av huldra heller ikke vernes. Oppfatningen av huldra er ikke basert på sannhet, slik som faktaopplysninger om jordkloden. Men hennes detaljer, som at hun har lang kjole, er uoppnåelig, bor i skogen, har langt hår og lang hale osv, er en felles oppfatning blant de fleste, uten at noen har opphavsrett til denne beskrivelsen. Oppfatningen er utviklet

²⁶ Førstvoterendes siste utsagn før konklusjonen: ”Hvis en fremstilling av en figur som bygger på folketradisjonen, skal gis opphavsrettslig vern uten at den tilfører noe vesentlig nytt, vil det innebære at man tillater at en del av folketradisjonen blir monopolisert for et langt tidsrom.”

²⁷ Jf. Rosenmeier, *Værkslæren i opphavsretten*, s. 68.

gjennom gammel folketradisjon, og ingen kan få opphavsrettslig vern for denne oppfatningen.

Hadde man kunne fått enerett til å fremstille huldra med hennes kjente detaljer, ville det klart undertrykt friholdelsesbehovet og gått ut over allmennhetens interesser. En ren fremstilling av huldra bør derfor kunne nektes vern på grunnlag av regelen om manglende idévern.²⁸

Det er samtidig på det rene at utformingen av en idé kan vernes, dersom den inneholder noe mer enn bare en ren fremstilling av ideen.

Det nærmere skillet mellom en idé og en utforming av en idé som kan få vern, er ikke åpenlyst. Var for eksempel forestillingen av huldra i Kjosfossen bare en ren fremstilling av en idé, slik at regelen om manglende idévern hindrer vern? Eller var det en utforming som viste noe mer enn bare den alminnelige, abstrakte oppfatningen av huldra, slik at det likevel er en mulighet for at den kan få vern? Dersom man drøfter hva som må omfattes av en idé og ikke, vil man samtidig finne frem til rekkevidden av det manglende idévernet. Bare ved å klargjøre rekkevidden av det manglende idévernet, kan man fastslå om et verk er en fremstilling av en idé eller en utforming som kan få vern. Dette vil også gjelde for sceneverket om huldra.

(i) Rekkevidden av det manglende idévernet

Rekkevidden av det manglende idévernet bør besvares ved hjelp av formålet bak regelen om manglende idévern. Dette fordi det manglende vernet strekker like langt som formålet, men ikke lenger. Det overordnede formålet er som nevnt et hensyn som må tas overfor allmennheten, nærmere bestemt et friholdelsesbehov. Det har imidlertid vært noe uenighet i teorien om hvilken regel dette behovet stammer fra. En klargjøring av dette vil kunne presisere formålet, slik at det blir lettere å angi rekkevidden av det manglende idévernet.

Best er det kanskje å si at regelen om den manglende idébeskyttelsen står på egne ben, og har sitt eget formål; nemlig å hindre en urimelig monopolsituasjon ved at en opphavsmann får enerett på noe som er allment felleseie. I så fall må rekkevidden av regelen vurderes med bakgrunn i dette formålet.

²⁸ At ingen kan få opphavsrettslig vern for tradisjon, går også frem av den grunnleggende regelen om at det må foreligge en nyskapning.

Men det er også blitt ment at regelen bunner i andre overordnede opphavsrettslige regler, og i så fall er det formålet bak disse overordnede reglene som bør legges til grunn.

For eksempel er det blitt antydnet at prinsippet om manglende idébeskyttelse fremgår av kravet om at verk må ha fått en ytre realitet.²⁹ Det kan imidlertid føres innvendinger mot denne synsvinkelen.

Hvis opphavsmannen har en idé om å skrive en sang om kjærlighetssorg, og denne ideen foreløpig bare finnes i opphavsmannens eget hode, er det riktignok klart av kravet om ytre realitet ikke er oppfylt. Opphavsmannen kan ikke få vern. Men i det opphavsmannen har skrevet sangen, vil ideen ha fått en ytre realitet. Kravet om at det må være frembrakt en ytre realitet er dermed oppfylt, og opphavsmannen kan få vern for utformingen av sangteksten. Men opphavsmannen kan fremdeles ikke få vern for ideen om å skrive en sang om kjærlighetssorg, selv om kravet om ytre realitet er oppfylt.

Dette kan anses å være motstridende med antydningen om at manglende idévern bunner i kravet om at et verk må ha fått en ytre realitet, siden ideen jo *kan* få en ytre realitet.

På den annen side, kan man også se det som at den abstrakte ideen isolert sett aldri kan få en ytre realitet, men isteden fremdeles eksistere som et grunnlag for et eventuelt nytt verk av en annen opphavsmann. Man kan med andre ord se det som at den abstrakte ideen om å skrive en kjærlighetssang aldri vil kunne bli oppbrukt eller vernet, uavhengig av hvor mange verk som blir basert på denne ideen.

Men heller ikke en slik synsvinkel gir en fullstendig god begrunnelse for å forankre den manglende idébeskyttelsen i kravet om ytre realitet. Det er først og fremst mer omfattende tanker som er siktemålet for kravet om ytre realitet. Tanker trenger slett ikke være abstrakte, men isteden konkretiserte og detaljerte. Slike tanker regnes ikke som ideer, men simpelthen som tanker som ikke får vern før de har fått en ytre realitet. Men det å hevde at ideer ikke kan få vern på grunn av kravet om ytre realitet, virker kunstig hvis de faktisk aldri kan få en ytre realitet.

²⁹ Jf. Knoph, *Åndsretten*, s 63. Se også kritikk mot denne oppfatningen i Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten*, s. 71.

Dessuten er det ulike hensyn som begrunner at ideer og tanker uten ytre realitet ikke kan få vern. Ideer får ikke vern på grunn av friholdelsesbehovet for det som er allment felleseie, mens tanker uten en ytre realitet ikke har behov for vern fordi andre ikke har mulighet for å oppleve dem, slik at de heller ikke kan krenkes eller utnyttes.

Her kan det spørres om hva som gir best vurderingstema når rekkevidden av det manglende idévernet skal fastslås. Bør problemstillingen være om andre har mulighet for å oppleve ideene? Eller bør det relevante være om vern av verket gir en urimelig monopolisering? Bare siste problemstilling vil gjøre at man får et resultat som tar tilstrekkelig hensyn til det overordnede friholdelsesbehovet som begrunner regelen om manglende idévern.

Videre i denne fremstillingen vil derfor synsvinkelen om at regelen om manglende idévern står på egne ben, legges til grunn. Monopolhensynet blir da avgjørende når rekkevidden av det manglende idévernet skal vurderes i en konkret sak.

(ii) Relevansen for Rt. 2007 s. 1329

Det skal presiseres at Høyesterett i Rt. 2007 s. 1329 ikke ga direkte uttrykk for at de brukte regelen om manglende idévern. Men de sa klart at det var avgjørende for resultatet at vern av tradisjon ville føre til urimelig monopolisering. Og det kan i utgangspunktet bare skje en urimelig monopolisering dersom noen får enerett på noe som er allment felleseie. Det som er allment felleseie er svevende, uhandgripelige, abstrakte fenomener, slik som bakenforliggende ideer, herunder fremstillinger av motiver og tradisjon (slik som huldra). Og det er nettopp dette som er gjenstand for manglende opphavsrettslig beskyttelse når det gjelder regelen om manglende idévern. Etter dette må man derfor anta at det er regelen om manglende idévern som Høyesterett bygger på.

Høyesterett har så langt anvendt momentet om regelen om manglende idévern i tråd med formålet, da de sier at monopolisering av tradisjon bør unngås. Anvendelsen mangler imidlertid en tilknytning til den konkrete saken, da de tilsynelatende ikke spør hva de egentlig står ovenfor i saken om huldra i Kjosfossen. Et relevant spørsmål hadde for det første vært om det dreier seg om en idé eller en utforming som fremstiller noe mer enn den alminnelige ideen om huldra. Her får vi bruk for å vite hva som er det avgjørende momentet i vurderingen mellom idé og utforming, og som drøftet ovenfor må dette bli monopolhensynet. Dersom verket om huldra i Kjosfossen får

opphavsrettslig vern, vil det da føre til en urimelig monopolisering? I så fall er det snakk om en idé som ikke kan få opphavsrettslig beskyttelse.

Dette reiser også et annet, mer presist spørsmål. Hva kreves av en fremstilling for at ikke tradisjonen skal bli urimelig monopolisert?

(iii) Krav for unngå monopolisering

Spørsmålet er nok enklest å se i sammenheng med plagiatvurderingen.³⁰

For det første kreves det at nestemanns fremstilling av samme del av tradisjonen automatisk ikke blir ansett som plagiat. I så fall vil tradisjonen være monopolisert. Et verk blir ansett som plagiat dersom de vernede elementene blir gjengitt i en så stor grad at det må anses for å få samme identitet som det første verket.³¹ En ren fremstilling av tradisjonen vil dermed aldri kunne bli ansett som åndsverk, siden nestemanns fremstilling av samme tradisjon da vil bli regnet som plagiat.

En fremstilling kan altså ikke bare bestå i en visning av folketradisjonen uten at det er tatt noen individuelle, kreative valg fra opphavsmannens side. Bare på denne måten kan nestemann lage en fremstilling av samme tradisjon som ikke blir regnet som plagiat, vel og merke så lenge disse valgene ikke kopieres i stor grad. Det er her verdt å presisere at det også vil oppstå fare for urimelig monopolisering hvis det foreligger svært få valg når en konkret del av tradisjonen skal fremstilles.

Hvis det for eksempel bare er tatt valg om å bruke en type dialekt eller å anvende spesielle kostymer, vil en senere fremstilling av tradisjonen kunne gi samme helhetsinntrykk og bli ansett som plagiat selv om de bruker en annen dialekt eller andre kostymer. Dette begrunnes i plagiatvurderingen, som presiseres nærmere i saken om Dams lykketroll: ”Det er ikke nok at det kan påvises enkelte forskjelligheter i utformingen av detaljer. [Det må] som helhet gjøres forskjellig, om man skal kunne gå fri av lovens forbud.”³²

Det må altså foreligge så mange valgmuligheter (som ikke gir seg selv som følge av tradisjonen), at det kan lages mange fremstillinger basert på tradisjon, uten at det blir ansett som plagiering. Bare på denne måten unngås monopolisering.

³⁰ Jf. også Rosenmeier, *Værkslæren i opphavsretten*, s. 73.

³¹ Eller som Kockvedgaard skriver: Det avgjørende er ”om man oppfatter de to fænomæner ... som så ligeartede, at de med føje kan siges at hidføre samme (æstetiske) oplevelse – at de er det samme ”værk” – ganske uanset de eventuelle forskelle”, jf s. 148.

³² Jf. NIR 1968 s. 324.

For eksempel vil en ren opplesning av en fortelling fra mytologien neppe kunne bli ansett som åndsverk, da det ikke er noe særlig rom for originale valg. En teaterfremstilling derimot, der samme fortelling fremstilles med valg av musikk, rekvisitter, bevegelser og kostymer, vil lett kunne få opphavsrettslig beskyttelse.

Jo færre valg som blir tatt, jo mer inngående må plagiatvurderingen være. For eksempel kan man se for seg at det er laget figurer av troll i samsvar med folketradisjonen, og det eneste ved trollene som ikke gir seg selv gjennom tradisjonen er at håret er av modelleire. En eventuell plagiatvurdering kan her ikke ha fokus på trollets kropp, uttrykk eller klær, nettopp fordi dette er en fremstilling av folketradisjonen. Vurderingen må være mer inngående. Det avgjørende må være om den påståtte etterligningen har et slikt hår at trollet får samme estetiske helhetsinntrykk som det første trollet med hår av modelleire.

Snart vil vi kunne se at dette får betydning i vurderingen av hulderfremstillingen. Det ble gjort få valg, og det er nettopp disse få valgene det må gjøres en inngående vurdering av. Det har derimot liten hensikt å fokusere på de elementene som hører til den vanlige oppfatningen av huldra.

Spørsmålet er så om momentet om manglende idévern førte frem til et hensiktsmessig resultat i Rt. 2007 s. 1329.

(iv) Høyesteretts anvendelse av momentet

Førstvoterende, som utgjør flertallet, mener at lagmannsretten³³ bygget på en uriktig oppfatning av originalitetskravet. Dette begrunnes med at dersom originalitetskravet anses oppfylt, får man enerett til å råde over verket i opphavsmannens levetid og 70 år etter hans død. Førstvoterende sier så:

”Hvis en fremstilling av en figur som bygger på folketradisjonen, skal gis opphavsrettslig vern uten at den tilfører figuren noe vesentlig nytt, vil det innebære at man tillater at en del av folketradisjonen blir monopolisert for et langt tidsrom. Dette finner jeg uheldig. Min konklusjon blir etter dette at Flåm Utvikling AS må frifinnes.”

Det virker som at flertallet mener at det må ha blitt tilført noe ”vesentlig nytt”, for at et verk som bygger på folketradisjon skal få opphavsrett. Dette fordi folketradisjonen ellers ville bli monopolisert.

³³ Lagmannsretten ga Hybris AS medhold i at sceneverket hadde opphavsrettslig vern.

Hva som regnes som ”vesentlig nytt” er ikke nærmere definert, men det er i alle fall sikkert at det konkrete sceneverket om huldra ikke ble ansett for å inneholde noe vesentlig nytt. Å stille opp et krav om at det må være tilført noe vesentlig nytt for å unngå en urimelig monopolsituasjon, kan virke unødvendig komplisert. Man får her nok et vidt, generelt vurderingstema. Og antagelig er det heller ikke dette som har vært hensikten til førstvoterende.

Når det her stilles krav om at det må være tilført noe ”vesentlig nytt”, mener nok førstvoterende å peke på den generelle originalitetsvurderingen om at verk som minner om en iscenesettelse, må ha fått tilført noe ”vesentlig nytt” for å få opphavsrettslig vern.³⁴ Og det kan nok i seg selv være riktig.³⁵ Men når førstvoterende bruker kravet om det må ha blitt frembrakt noe ”vesentlig nytt” for å unngå monopolisering, avslører det et lite bevisst forhold til sammenhengen mellom den generelle originalitetsvurderingen og faren for monopolisering.

Her hadde det vært vel så hensiktsmessig å se hen til hva som kreves for å unngå urimelig monopolisering. Det som kreves er at Hybris AS må ha gjort så mange valg i fremstillingsmåten, som ikke ga seg selv som følge av folketradisjonen, at andre i ettertid kan fremstille huldra uten å bli tatt for plagiering.

Valgene som ikke ga seg selv som følge av folketradisjonen var valg av musikk, sang, bevegelser, at det skulle brukes to skuespillere for å få en spesiell effekt, og at den ene skulle dukke opp fra fossen, og den andre i ruinen. En plagiatvurdering må ta utgangspunkt i om disse valgene er kopiert i en så stor grad at verket i sin helhet har samme identitet. Et nytt verk om huldra kan ha ulik melodi, og velge en annen sang, eller ikke ha noen sang i det hele tatt. Videre kan det inneholde bare én, eller flere enn to skuespillere, og det ikke å se ut som om huldra synger. De kan også gjøre andre bevegelser, og de kan for eksempel komme ut av skogen istedenfor tilsynelatende å dukke opp fra fossen. Det kan også lages en liten handling, eller det kan tilføyes andre

³⁴ Dette kan utledes av det førstvoterende sier tidlig i drøftelsen: ”For at en sceneinstruktør skal få opphavsrett til iscenesettelsen, må han ha endret verket eller tilført det noe *vesentlig nytt*.” (Min kursivering.)

³⁵ Høy terskel for verkshøyde når det gjelder iscenesettelser følger blant annet av Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s 13, selv om terskelen i dag neppe er like høy som forarbeidene her gir uttrykk for. I de danske forarbeidene sies det at iscenesettelsen blir verneverdig først når instruktøren har ”tilført værket noget absolutt nyt og særpreget”, jf. Da.Mot sp. 2694.

elementer. Som annenvoterende sier, må det til tross for de begrensede rammene ”være klart at oppgaven kunne vært løst på mange ulike måter”.³⁶

Ved å gjøre flere av disse valgene annerledes, vil en inngående plagiatvurdering tilsi at det nye verket samlet sett får en annen identitet, slik at det ikke blir ansett som plagiat.³⁷ Og når en rekke nye verk kan gå fri for å bli ansett som plagiat, vil en opphavsrett til det første sceneverket i Kjosfossen heller ikke føre til monopolisering av folketradisjonen. Det vil kun bli monopolisering av den helheten som Hybris AS skapte ved å sette en tradisjonell oppfatning av huldra sammen med akkurat den musikken, den sangen, og med akkurat de valgene om at huldra tilsynelatende skulle dukke opp av fossen, og også på et annet sted ved hjelp av en annen skuespiller osv. Og en opphavsrettslig beskyttelse av nettopp denne utformingen, fører ikke til vern av åndelig felleseie.

Etter dette er det usannsynlig at monopolhensynet kan begrunne det at sceneverket i Kjosfossen ikke kan anses som åndsverk.

Det kan likevel ikke utelukkes at sceneverket ikke bør anses som et åndsverk. Et slikt standpunkt bør imidlertid hjemles i et annet grunnlag enn regelen om manglende idévern og faren for urimelig monopolisering. Det siktes her til de øvrige vurderingsmomentene.

Det skal bemerkes at tradisjonsmomentet i seg selv vil være sentralt også i den videre originalitetsdrøftelsen, nettopp fordi den allerede foreliggende tradisjonen begrenser opphavsmannens mulighet for å skape noe originalt. Det foreligger med andre ord noe som er forutbestemt, og som begrenser det kreative spillerom. Betydningen av slike situasjonsgitte forhold vil bli drøftet nærmere under neste vurderingsmoment. Det er imidlertid verdt å merke seg dette eksempelet på at enkelte konkrete omstedigheter kan få betydning under flere ulike vurderingsmomenter, og at vurderingsmomentene må ses i en helhetlig sammenheng.

5.4.2. Rutinemessig arbeid

Banale og innlysende løsninger, samt resultatet av en ren rutinemessig eller mekanisk innsats, kan som nevnt ikke nyte opphavsrettslig vern. Dette presiseres blant annet i Rt.

³⁶ Lagmannsretten har samme oppfatning, da de sier at det å fremstille en hulderfigur i tilknytning til Kjosfossen kunne ”vært gjort på et utall forskjellige måter”, jf. LG-2005-15809.

³⁷ Det er ikke plagiat med mindre det foreligger en identitet som går lenger enn slektskapet i idéinnhold mv, jf. Koktvedgaard, *Lærebog i Immaterialret*, s. 150.

1940 s. 327 (Hallo-Hallo), der det ble reist spørsmål om kringkastingsprogrammer kunne få opphavsrettslig beskyttelse. Det ble her lagt vekt på sannsynligheten for at den overveiende delen av arbeidet var av organiserende eller forretningsmessig art, og at den skriftlige utformingen av programmanuskriptet var et arbeid av rutinemessig karakter.³⁸ Dette blir også avgjørende for førstvoterendes konklusjon:

”Avgjørende blir etter min mening i hvert fall at et radioprogram med de nakne data - oppregning av navn og verker, emner og klokkeslett, uten noen kommentar eller vurdering og uten personlig farget stil eller oppbygging - ikke kan oppfattes som en slik «frambringelse på det litterære område» som er forutsetningen for vern etter åndsverkloven.”

Regelen bunner i originalitetskravet. Ved rutinearbeid og lignende er den skapende arbeidsinnsatsen så lav at det sjelden blir frembrakt noe originalt. Dersom en brosjyre lister opp navnene på de ulike butikkene i et kjøpesenter, kan denne oppramsingen ikke ses på som et originalt resultat som opphavsmannen har fått særlig tilknytning til gjennom skapelsesprosessen.

Kanskje kan det hevdes at belønningshensynet gjør seg gjeldende fordi det ofte kan ha blitt brukt mye penger på å oppnå et resultat, for eksempel når det gjelder utarbeiding av kataloger. Men belønningshensynet i opphavsretten er rettet mot belønning for en skapende innsats, og ikke for vanlig arbeid. Det kan derfor ikke gis opphavsrettslig vern. Dessuten har slike utarbeidelser ofte et visst investeringsvern gjennom åvl. § 43. Det er viktig å bite seg merke i at dette ikke er en opphavsrettsbeskyttelse, men snarere en nærliggende rettighet. Vernet er svakere nettopp fordi hensynene bak opphavsrettsbeskyttelsen ikke gjør seg like sterkt gjeldende der den individuelle, skapende innsatsen er lav.

Den skapende innsatsen er ikke bare lav ved det typiske rutinearbeid, som utarbeiding av tabeller, kataloger, prislister og lignende. Vel så lite skapende innsats vil det være rom for der det i stor grad er forhåndsbestemt hvordan verket skal være. Løsningen vil da fort bli innlysende, eller i alle fall til dels innlysende. Ved for eksempel en ren iscenesettelse eller en opplesing av en bok, vil det skrevne sceneverket og boka i seg selv sette så stramme rammer at iscenesetteren og oppleseren sjelden vil ha mulighet til å skape noe originalt. Hensynene bak opphavsrettslig beskyttelse gjør

³⁸ Se også RG 1999 s 330 (MOCS): ”Frembringelsen må fremstå som noe mer enn resultatet av et rutinearbeide”.

seg heller ikke her gjeldende. Grensen for vern bør ikke strekkes lenger enn det formålet tilsier. Dette henger sammen med den konstante spenningsforholdet mellom opphavsmannens interesse i eneretten og allmennhetens interesse i full tilgjengelighet.

Men forhåndsbestemte betingelser som begrenser det kreative spillerom, menes ikke bare verk som allerede er laget og skal fremstilles i et annet format, slik som eksempelet med iscenesettelsen og bokopplesningen. Det vil også omfatte slike omstendigheter som fant sted i Rt. 2007 s. 1329, eksempelvis kontraktsbetingelser, naturgitte forutsetninger, sikkerhetsmessige hensyn, at verket skal bygge på en bestemt tradisjon osv.

Dette gir også Høyesterett uttrykk for i flere saker. Først kan det vises til Rt. 1997 s. 199 (Cirrus) der et båtbyggerfirma og et ingeniørfirma inngikk en kontrakt om å utvikle og produsere en luftputekatamaran. Båtbyggerfirmaet sa opp kontrakten da 15 skip var kontrahert, men fortsatte til en viss grad å bruke de tekniske tegningene. Et av spørsmålene gjaldt erstatning for bruken av tegningene, noe som i så fall måtte hjemles i opphavsrettslig vern etter åvl. § 1, andre ledd, nr. 11. Førstvoterende sier her at det er

”... et moment av betydning for vurderingen at utformingen av tegningene i noen grad er *bestemt av de krav som klasseinstitusjonen stiller, og av bidrag fra underleverandører*. Dette styrker den konklusjon at tegningene ikke har den verkshøyde på Cirrus' hånd som er nødvendig for beskyttelse etter åndsverkloven.” (Min kursivering.)

Selv om det ikke ble lagt avgjørende vekt på dette, er det klart at det var et relevant moment at utformingen til en viss grad var situasjonsbestemt.

I Rt. 1940 s 327 (Hallo-Hallo) gis det uttrykk for det samme. Her ble det reist spørsmål om kringkastingsprogrammer kunne få opphavsrettslig vern:

”Programmets innhold vil i det vesentlige være *gitt ved de forutgående beslutninger* om de forskjellige programposter, og den skriftlige fiksering av rekken av slike poster synes ikke å kunne ha rang av individuelt preget åndsvirksomhet”. (Min kursivering.)

Samme holdning finner vi også i svensk rettspraksis, for eksempel i NJA 1998 s. 563 (Byggemoduler):

”För att uppnå verkshöjd måste yrkesskickligheten ta sig ett självständigt uttryck. Utformningen av A-ritningarna synes i stor utsträckning ha varit *styrtd av de tekniska förutsättningarna* genom att mått och dimensioner varit antingen standardiserade

eller förutbestämda av de japanska kraven och instruktionerna.”
(Min kursivering.)

Etter dette er det klart at et verk som er underlagt stramme rammer i form av kontraktsreguleringer eller andre situasjonsgitte omstendigheter, ofte har mindre mulighet for å oppnå vern. Det kreative spillerommet blir mindre, og utarbeidelsen får mer preg av rutinemessig arbeid. Som Strömholm skriver, ”summan av möjliga variationer anger framställarens valfria sektor; det är de element som tilkommit genom utövande av valfriheten vilka kan göra anspråk på skydd”.³⁹ For eksempel vil en funksjonen og materialets egenskaper kunne begrense opphavsmannens valgfrie sektor på kunstens område, mens de reelle valgene som er tatt likevel kan føre til at den øvrige utformingen kan få vern.

I verkshøydevurderingen bør det derfor presiseres hva som et situasjonsgitt (også kalt ”de yttre förutsättningarna”⁴⁰ og ”skapelseprocessens bundenhet”⁴¹), og hva som faktisk er et resultat av reelle valg som er tatt. Årsaken er at det bare er de reelle valgene av utformingen som kan resultere i noe originalt gjennom en individuell, skapende innsats.

(i) Relevansen for Rt. 2007 s. 1329

I dommen om huldra forelå det flere situasjonsgitte forhold. For det første skulle forestillingen foregå ved Kjosfossen, noe som innebar naturgitte begrensninger og sikkerhetsmessige hensyn. For det andre skulle verket passe for et internasjonalt publikum med stor aldersmessig spredning.

For det tredje var flere elementer regulert gjennom produksjonsavtalen mellom Flåm Utvikling AS og Hybris AS. Det var bestemt av Flåm Utvikling AS at det skulle lages en forestilling om huldra, slik at den kunne ses av de reisende med Flåmsbanen når de gikk ut på stasjonen. Denne skulle vare i to minutter. Kontrakten setter med dette rammer for forestillingen, og begrenser det kreative spillerommet til en viss grad.

Men forestillingen inneholdt også flere andre elementer som verken var regulert i kontrakten, av tradisjonen, av naturgitte forutsetninger eller i sikkerhetsmessige hensyn. Hybris AS valgte å anvende to skuespillere for å oppnå en spesiell effekt.

³⁹ Jf. Strömholm, *Upphovsrättens verksbegrepp*, s. 94.

⁴⁰ Karnell, *Rätten till programinnehållet i TV*, s. 60

⁴¹ Jf. Strömholm, *Upphovsrättens verksbegrepp*, s. 129.

Videre valgte de å sette musikk til, og de valgte også ut melodi og stev. Verket fikk også en slik utforming at det så ut som om det var huldra som sang.

Dessuten valgte Hybris AS at huldra tilsynelatende skulle dukke opp av fossen, og at det senere skulle vise seg en hulder nede ved ruinene. Bevegelsene som huldra gjorde var også et reelt valg. Bevegelsene er i følge førstvoterende enkle, og de blir ikke karakterisert som dansing, men bare som at hun ”svinger litt på seg”. I norsk og utenlandsk presse er bevegelsene imidlertid omtalt som dansing⁴², og det at skuespillerne alltid var studenter fra Den Norske Balletthøyskole kan også tale for dette. Hva bevegelsene karakteriseres som, har imidlertid ikke så stor betydning. Det relevante er at det var valgt en type grasiøse bevegelser, mens det forelå andre alternativer; for eksempel ingen eller mindre bevegelser, eller normal gange.

Når man vektlegger i hvilken grad det foreligger reelle valg, følger man til dels valgfrihetssynspunktet som sier at et verk har verkshøyde dersom opphavsmannen har hatt flere valg ved utformingen av verket. Det må kunne regnes som et minstekrav også i norsk rett at opphavsmannen har tatt flere enn ett eller svært begrensede antall valg. Men om det i norsk rett kan konstanteres verkshøyde så fort det foreligger flere valg, er tvilsomt. For eksempel *kan* det oppstå urimelig monopolisering selv om det har vært gjort flere valg, og disse valgene kan dessuten være så mekaniske eller rutinemessige at verket ikke kan sies å være originalt nok.

Høyesterett har dessuten vist forsiktighet med å legge avgjørende vekt på valgfrihetssynspunktet, noe som kom klart frem i Rt. 2007 s. 1329. Førstvoterende uttalte her at risikoen for valgfrihetssynspunktet vil ”kunne bidra med en viss veiledning, men ... kan ikke tas for bokstavelig. Det avgjørende er om det ved en individuell skapende innsats er frembrakt noe som fremstår som originalt”. Uansett om man velger å anvende valgfrihetssynspunktet eller ikke, er det ikke til å komme bort fra at jo større spillerom man har hatt for variasjon og valg, desto mer sannsynlig er det at det er blitt skapt noe originalt ut fra en individuell innsats. Dette gjelder klart nok også i

42 Se for eksempel Dagbladet.no:

www.dagbladet.no/tekstarkiv/artikkel.php?id=5001030041512&tag=item&words=huldra%3Bkjofossen, VG.no: www.vg.no/reise/artikkel.php?artid=104009, Globus Journeys: www.globusjourneys.com/product.aspx?content=print&trip=8XR og Aftenposten.no: www.aftenposten.no/reise/article817578.ece: ”Hun er kledd i rødt, danser og synger på grasiøse frierfötter, og ingen behøver å få vite at hun inngår i et nøye oppsatt turnussystem for studenter fra Balletthøyskolen som tjener penger i Flåmsdalen om sommeren.”

sammenheng med verk som i stor grad er resultat av innlysende løsninger. Er det ikke gjort valg utover de innlysende løsningene, kan ikke verket få opphavsrettslig vern.

(ii) Høyesteretts anvendelse av momentet

Spørsmålet er så om momentet om at rutinemessig innsats og innlysende løsninger ikke kan få vern, fører frem til et hensiktsmessig resultat i Rt. 2007 s. 1329.

Førstvoterende legger ikke vekt på naturgitte forutsetninger eller tilpasningen til publikum. En utelatelse av dette er ikke ideelt når de reelle valgene skal kartlegges. Heller ikke kan mangelen begrunnes i at teorien i liten grad behandler akkurat de konkrete omstendighetene som gjør seg gjeldende i saken. I denne sammenheng er Strömholms utsagn treffende:

”... det torde vara uppenbart, att nogon enhetlig formel eller uttømmande katalog med avseende på de upphovsmännens valfrihet innskränkande faktorer som kan ifrågakomma icke låter sig uppställas.”⁴³

Utsagnet begrunner viktigheter av å være oppmerksom på alle konkrete omstendigheter. Og det bør være selvsagt at oppmerksomheten rundt konkrete omstendigheter som kan få betydning, må være vel så mye til stede hos rettsanvenderen som i den juridiske teorien.

Annenvoterende er derimot bevisste på begrensningene:

”De naturgitte stedlige forhold mellom stasjonsområdet og fossen innebar klare begrensninger. Det samme gjorde den omstendighet at forestillingen skulle fremføres for et internasjonalt publikum med stor aldersspredning.”

Videre presiserer annenvoterende at Hybris AS hadde et kort tidsrom til rådighet for fremføringen. Med dette går de over i kontraktsbetingelsene. Spørsmålet er så om førstvoterende kom med en klargjøring av hvilke begrensninger som fulgte av kontrakten.

Førstvoterende er riktignok inne på at det forelå en kontrakt som Hybris AS skulle forholde seg til:

”Når forestillingen ble satt opp i Kjosfossen, var det i samsvar med avtale med Flåm Utvikling AS. På denne bakgrunn kan jeg ikke se at det krav til originalitet som stilles for at forestillingen skal anses som selvstendig åndsverk, er oppfylt.”

⁴³ Jf. Strömholm, *Upphovsrättens verksbegrepp*, s. 101.

Det sies imidlertid lite om hva som er regulert i kontrakten, og hva som er Hybris AS sine reelle valg. En nærmere presisering av innholdet i kontrakten ville bidratt til å klargjøre hvor stramme rammene var, samt vist omfanget av det kreative spillerommet. Når kontraktsreguleringene tilsa en så kortvarig fremstilling, der innholdet i stor grad allerede var gitt, tilsier dette en mindre sannsynlighet for verkshøyde enn om det ikke hadde fantes noen reguleringer. En slik klargjøring av hva kontrakten inneholdt ville også styrket førstvoterendes argumentasjon om at verket ikke var tilstrekkelig originalt.⁴⁴

Førstvoterende er isteden mer opptatt av hvilke elementer som bunner i folketradisjonen, og som derfor ikke er originale. Og også dette er for så vidt relevant. Kontrakten sa at det skulle lages en forestilling om huldra, og valget av tema er derfor situasjonsgitt. Det samme gjelder de elementene som bygger på tradisjon. De er isolert sett ikke et resultat av en individuell, skapende innsats. Med andre ord vil det at verket bygger på folketradisjon også få betydning her, og ikke bare under drøftelsen om at tradisjon ikke kan vernes på grunn av faren for en monopolsituasjon.

Når Høyesterett påpeker hvilke elementer som bunner i folketradisjonen, sies det klart nok at disse i seg selv er uoriginale. Men fokuset i originalitetsvurderingen blir aldri rettet fullstendig mot de elementene, som jo kanskje er uoriginale isolert sett, men som faktisk er resultat av reelle valg, og som i sin helhet, satt sammen med de situasjonsgitte elementene, vil kunne føre til tilstrekkelig originalitet. (De reelle valgene er oppramset under punkt 6.5.2 i.) Om denne helheten faktisk resulterer i tilstrekkelig originalitet eller ikke i det konkrete tilfellet, er langt fra opplagt. Spørsmålet må ses i sammenheng med hensynene bak opphavsrettslig vern.

Det gjør seg riktignok gjeldende et belønningshensyn fordi Hybris AS skaffet og lærte opp skuespillere, ordnet det tekniske med musikken, skaffet kjoler osv, men dette er typiske arbeidsoppgaver som det gis vanlig lønn for, hvilket de også fikk etter fullført arbeid i dette tilfellet. Her er det verdt å merke seg at det ikke ble krevd lønn etter for eksempel hver gang verket ble vist eller for hver passasjer som fikk oppleve forestillingen. Derimot fikk de lønn for selve oppsettingen av forestillingen og opplæringen av huldrene. Det årlige økonomiske vederlaget knytter seg derfor ikke

⁴⁴ Det er noe uvisst hvilke betingelser kontrakten ellers inneholdt, fordi Høyesterett ikke gikk nærmere inn på dette.

utelukkende til adgangen til å vise verket, men til jobben bak å sette det opp vært år, samt til opplæring. Dette kan kanskje tale for at det ikke var snakk om et utpreget åndsverk.

Det virkelige relevante spørsmålet er imidlertid om det gjorde seg gjeldende et belønnings- og tilknytningshensyn i forhold til den skapende åndsinnsetningen, som igjen besto av de reelle valgene som ble gjort. Det kan nok hevdes at de reelle valgene i seg selv ikke er særlig originale i seg selv. Isolert sett er de derfor ikke beskyttelsesverdige. Dette reiser imidlertid en ny problemstilling. Skal det legges vekt på enkeltelementene eller helheten av alle elementene når det skal gjøres en originalitetsvurdering?

I Rt. 1962 s. 964 (Wegners sybord) virket spørsmålet ikke særlig tvilsomt:

”Avgjørende for vurderingen blir her om Wegner - bortsett fra den mer teknisk betonte kombinasjon av elementene - ved sin formgivning er kommet frem til et bord som etter en helhetsbedømmelse må karakteriseres som et åndsverk i lovens forstand.”

Et slikt standpunkt er også tatt i svensk rett, der det blant annet er sagt at det som kan monopoliseres av skaperen av verket er ”materialets samlande, ordnende och behandling i en personlig form”.⁴⁵ Mer nyanserte var førstvoterende i Rt. 2007 s. 1329:

”Partene har gitt uttrykk for noe forskjellig syn på hvorvidt originalitetsbedømmelsen skal skje på grunnlag av de enkeltelementer verket består av, eller om bedømmelsen skal skje ut fra verket som helhet. Etter min oppfatning må det tas hensyn til begge deler.”

Men de kom likevel med følgende presisering:

”Selv om et verk bygger på kjente enkeltelementer, kan disse være sammensatt på en slik måte at verket som helhet framstår som originalt.”

Til tross for denne presiseringen, kan det virke som at det er enkeltelementene som blir vektlagt i størst grad. Det blir fremhevet at elementene som bygger på folketradisjon, som for eksempel det lange håret og kjolen, i seg selv var uoriginale. Også bevegelsene ble sett på som ”enkle og uoriginale”. Videre blir også både sangen og musikken karakterisert som uoriginal, siden den er hentet fra norsk folkemusikk. Heller ikke for øvrig finner de elementer som gir forestillingen en tilstrekkelig grad av

⁴⁵ Se blant annet Strömholm, *Upphovsrättens verksbegrepp*, s. 128.

originalitet. Etter å ha vist til disse elementene, konkluderes det med at kravene til originalitet ikke er oppfylt, for så å tilføye:

”Dette gjelder ikke bare når de elementer forestillingen består av, blir vurdert enkeltvis, men også når elementene blir bedømt samlet.”

Grunnen til at førstvoterende først drøfter enkeltelementene isolert sett og finner alle uoriginale, og deretter i én setning fastslår at de heller ikke er originale samlet sett, er vanskelig å se. Konklusjonen om at helheten som enkeltelementene skaper ikke er original nok, kan nok være riktig. Men det kan spørres om det har noen hensikt å vurdere originaliteten til alle enkeltelementene i forkant.

En slik problemstilling gjør seg særlig gjeldende når man tenker over at en rekke åndsverk vil bygge på elementer som isolert sett ikke er originale. For eksempel vil lykketroll være basert på et vanlig troll, som jo i seg selv ikke er originalt. Videre smiler figuren, og har åpne armer, hvilket i seg selv heller ikke kan vernes. Andre må også kunne få lage smilende figurer med åpne armer, for ikke å snakke om at det helt sikkert var blitt gjort utallige ganger før det første lykketrollet var produsert. At håret er langt og står rett opp, kan i seg selv heller ikke sies å være så veldig originalt. Men det kan vanskelig ses som hensiktsmessig å skulle vurdere alle disse enkeltelementene, da lykketrollet som helhet uansett har tilstrekkelig med originalitet etter en totalbedømmelse av det estetiske inntrykket.

Hvis enkeltelementene først skal vurderes, vil det være mer naturlig å se de opp mot vurderingen av om de er et resultat av reelle valg, eller om de er situasjonsgitte. For når dette er avklart, er det lettere å se om helheten innebærer tilstrekkelig originalitet gjennom en individuell, skapende innsats.

Men det å liste opp en rekke elementer som i seg selv ikke er originale isolert sett, kan vanskelig sies å være et argument for at verket ikke er originalt nok. For eksempel vil det å velge en spesiell sang basert på folketradisjon ikke være originalt i seg selv. Men med tanke på at det finnes utallige ulike sanger, også blant de som er basert på folketradisjonen, vil dette være et reelt valg som har betydning for helhetsvurderingen av verket. Å vurdere valget som et uoriginalt element selvstendig sett, har imidlertid liten hensikt.

Samme oppfatningen gir også annenvoterende uttrykk for:

”Jeg er ikke uenig i at forestillingen er satt sammen av en rekke enkeltelementer som hver for seg ikke har noen originalitet. Jeg er blitt stående ved at forestillingen – i all sin enkelthet – samlet sett likevel må kunne sies å være et resultat av en så vidt original skapende innsats at den har vem etter åndsverkloven.”

Så lenge elementene til slutt bedømmes samlet, kan det hevdes at det ikke har noen betydning om man i forkant spør om enkeltelementen i seg selv er originale. Og antagelig har det heller ikke noen innflytelse på resultatet så lenge man gjør en like solid vurdering av om helheten er original nok. Men selv om det ikke har noen betydning for resultatet, kan det vanskelig ses å være god metode. Dette vil særlig gjelde hvis argumentasjonen i saken for det meste dreier seg om hvorvidt enkeltelementene er originale eller ikke, mens det brukes forholdsvis liten plass på den vurderingen som faktisk er den relevante.

Når det så må være klart at de reelle valgene må vurderes samlet sett, har man det endelige grunnlaget for å avgjøre om de legislative hensynene taler for opphavsrettslig vern.

I den konkrete saken om huldra i Kjosfossen, har vi allerede kommet frem til at vern ikke skaper en urimelig monopolsituasjon, slik at regelen om manglende idévern ikke hindrer opphavsrettslig beskyttelse. Allmennhetens interesser i å hindre vern er derfor svake i denne sammenhengen.

Vi har også kommet frem til at det foreligger flere reelle valg, slik at det ikke bare er snakk om et resultat basert på innlysende og forutbestemte løsninger. Hybris AS har dermed foretatt en skapende åndsinnsetning. Siden det heller ikke skal foretas kvalitative krav, er det lite som tyder på at verket ikke bør få vern. Det foreligger en tilknytning mellom Hybris AS og verket gjennom den skapende prosessen, og andre bør ikke kunne få snylte på denne innsatsen. Belønningshensynet vil derfor også være relevant. Det skal imidlertid presiseres at Høyesterett kom frem til et annet resultat, slik at løsningen ikke er innlysende.

5.4.3. Kvalitative krav

Det er sikker rett at det ikke skal stilles kvalitative krav når det skal vurderes om et verk har verkshøyde. Dette uttrykkes blant annet av Knoph; ”Et åndsverks kunstneriske verdi spiller ... ingen rolle for rettsbeskyttelsen.”⁴⁶ Oppfatningen av om noe er

⁴⁶ Jf. *Åndsretten*, s. 72.

kvalitativt godt eller om det er banalt, som en krusedull, varierer fra person til person. Det vil da være urimelig hvis enkelte skal sitte i posisjon til å avgjøre en så skjønnsmessig kvalitetsvurdering av noe som er blottet for objektive holdepunkter. En annen løsning ville fort kunne ført til tilfeldige resultater.

Særlig gjelder dette på kunstens område,⁴⁷ hvilket er relevant for sceneverket om huldra. Det finnes utallige kunstneriske uttrykk, og samtlige uttrykk må aksepteres som kunst uten å gjøre noen kvalitativ vurdering. Med alle disse kunstneriske valgmulighetene, kan det sjelden konstateres noen risiko for dobbeltfrembringelser på kunstens område. Dette kan forklares nærmere.

Det veiledende momentet om dobbeltfrembringelser sier at det kan antas at et verk har verkshøyde, hvis det er minimal risiko for dobbeltfrembringelser. For at det skal foreligge en dobbeltfrembringelse, kreves det imidlertid ikke absolutt identitet⁴⁸, slik man kanskje kan få inntrykk av i blant annet Rognstads fremstilling.⁴⁹ I så fall ville kriteriet bare kunne blitt brukt ved ren kopiering.⁵⁰ Hvor stor likhet som kreves for å bli regnet som en dobbeltfrembringelse, er samme likhet som kreves for at det ikke skal foreligge plagiat.⁵¹ Det foreligger etter dette en risiko for dobbeltfrembringelse dersom det ikke er helt usannsynlig at de vernede elementene i verket blir brukt i en så stor grad i et nytt verk at det får samme identitet som det første.⁵²

Med alle de ulike kunstneriske uttrykkene det er rom for i kunstverk, vil forskjellige fremstillinger av for eksempel samme motiv ha egne estetiske identiteter. Denne løsningen følger av at alle kunstneriske uttrykk må aksepteres som ulike former for kunst, slik at det ikke åpnes for en kvalitativ vurdering. Etter dette kan man hevde at dersom det er tatt flere kunstneriske valg under skapelsesprosessen av et kunstverk, kan man ikke si at det foreligger risiko for dobbeltfrembringelser. For i så fall sier man at de kunstneriske valgene ikke er kvalitativt gode nok til å skape en egen estetisk identitet.

⁴⁷ Originalitetskravet er som nevnt relativt, noe som også vil spille inn i denne sammenhengen.

⁴⁸ Jf. Ljungmann, *Noget om Verkshöjd*, s. 185. Se også Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten*, s. 140.

⁴⁹ Jf. Rognstad, *Fragmenter til en lærebok i opphavsrett*, s. 26: "En frembringelse har verkshøyde, sier man, dersom det er usannsynlig at en annen opphavsmann ville ha frembrakt et identisk verk."

⁵⁰ Jf. Nordell, *Verkshöjdsbegreppet inom upphovsrätten*, s. 40.

⁵¹ Jf. Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten*, s. 140.

⁵² Det vil ikke bli tatt stilling til om det veiledende momentet om dobbeltfrembringelser er godt eller ikke, da momentet ikke tillegges avgjørende vekt i norsk rett. Det vesentlige her er å få frem sammenhengen mellom dobbeltfrembringelser og kvalitative krav.

Med andre ord vil en konstatering av fare for dobbeltfrembringelser på kunstens område, være et varsel om at det mot formodning kan være lagt til grunn kvalitative krav.

(i) Høyesteretts anvendelse av momentet

Det kan så spørres om regelen blir anvendt på en hensiktsmessig måte i praksis, og da med Rt. 2007 s. 1329 som eksempel. Kan argumentasjonen i dommen tyde på at retten brukte kvalitative krav, til tross for den godt etablerte regelen?

Det er i denne sammenhengen vesentlig at førstvoterende hevder det vil oppstå en urimelig monopolsituasjon dersom verket får vern. For at det skal oppstå en urimelig monopolisering, må andres fremstillinger av huldra lett vil kunne bli regnet som plagiat. Man må derfor anta at Høyesterett mener det vil oppstå plagiater dersom verket får vern og andre deretter fremstiller huldra. Dette vil igjen si at de mener at det foreligger risiko for dobbeltfrembringelser, da det bare er dobbeltfrembringelser som blir ansett som plagiater.

Å konstatere at vern av et verk vil gi risiko for dobbeltfrembringelser, er naturligvis ingen feil i seg selv. Men som vist ovenfor, bør dette ikke gjøres dersom det i skapelsesprosessen av verket ble tatt flere kunstneriske valg.

Førstvoterende er klar på at forestillingen viser noe mer enn bare en ren fremstilling av huldra. Den har ytterligere innhold, men sammenstillingen av disse elementene er i følge Høyesterett uten ”tilstrekkelig særpreg”. Dette vil igjen tilsi at utformingen av verket ut over den rene fremstillingen av huldra, var så lite særpreget at verket ikke fikk noen egen identitet. Dette kan tale for at retten brukte kvalitative krav.

Her kan det gjøres en sammenligning mot andre verk som klart har verkshøyde, selv om det gjøres en fremstilling av et kjent motiv. For eksempel fremstiller Vincent van Gogh en bukett solsikker i maleriet ”Vase med tolv solsikker”, og det liten tvil om at alle i ettertid kan male solsikker i en vase uten at det foreligger en dobbeltfrembringelse og dermed plagiat. Van Goghs fremstilling av solsikkene må derfor sies å ha en egen identitet som følge av en egen kunstnerisk utforming. For mange vil likevel ikke van Goghs solsikker være utstyrt med noe som er særlig særpreget i deres øyne. En alminnelig person vil kanskje synes at mange fremstillinger av solsikker i en vase gir samme estetiske opplevelse. Men solsikker i en vase kan

fremstilles på så mange måter og kan kunstnerisk sett få så mange ulike identiteter, at de fleste fremstillingene fort vil få verkshøyde.

Van Goghs ”Vase med tolv solsikker” har verkshøyde, akkurat som mange andre malerier av solsikker i en vase vil ha verkshøyde, nettopp fordi det finnes kunstneriske forskjeller. Om disse kunstneriske forskjellene er særpregede eller ikke, bør ikke være et vurderingstema dersom regelen om kvalitative krav skal følges.

På samme måte må man se fremstillingen av huldra i Kjosfossen. Selv om Høyesterett kanskje vil få samme opplevelse av andre fremstillinger av huldra, har Hybris gjort reelle valg som i seg selv må regnes for å være kunstneriske. Å vise til at disse valgene har så lite særpreg at dobbeltfrembringelser vil oppstå, kan dermed tyde på at Høyesterett kan ha lagt til grunn kvalitative krav.

Dette har neppe vært førstvoterendes hensikt, men en kvalitativ vurdering kan likevel snike seg inn om man ikke er tilstrekkelig bevisst på reglenes sammenhenger. Sies det først at det er fare for urimelig monopolisering, og deretter at det er foretatt flere reelle valg fra skaperens side, sies det samtidig at disse valgene ikke er gode nok til å skape noe nytt kunstnerisk sett. Hadde Høyesterett sett nærmere på om det virkelig forelå risiko for urimelig monopolisering, hadde de mest sannsynlig unngått faren for ubevisst å grense mot en kvalitativ vurdering.

5.4.4. Originalitetskravet er relativt

Selv om kravet til originalitet i stor grad må vurderes ut fra hvordan type verk det er snakk om, er det viktig å presisere at verkstypen ikke angir en bestemt terskel. Ofte sies det at det skal lite til før et skjønnlitterært verk oppnår verkshøyde, mens faglitteratur ofte har et innhold som begrenser hvor vidt vernet strekker seg. Videre får man lett opphavsrettslig beskyttelse for ren kunst, mens det skal langt mer til før brukskunst får vern. Dette er i seg selv riktig, men her er det viktig å være bevisst på at man ikke automatisk legger til grunn en lav eller høy terskel når man står ovenfor et bestemt type verk.

For eksempel kan et verk som er brukskunst være så spesielt utformet og inneholde så mange særegne detaljer som ikke er funksjonelt betinget, at det ikke er tvil om at det foreligger tilstrekkelig med originalitet. Vurderingen kan, og bør, ta utgangspunkt i hvordan type verk man står overfor, dette for å få veiledning på kravene som stilles, og også for å kunne sammenligne med praksis som tar for seg lignende

verk. Det sentrale i vurderingen er likevel de konkrete omstendigheter. Baserer verket seg for eksempel på allment felleseie, og vil vern føre til urimelig monopolisering? Dreier det seg om rutinemessig arbeid, slik at det kreative spillerommet ikke har vært stort nok? De vesentlige spørsmålene utleder man nettopp av de overordnede momentene; manglende vern for ideer, manglende vern for rutinearbeid o.l. og unnlattelse av å legge vekt på kvalitet. Bare ved å svare på denne typen spørsmål vil man komme frem til et resultat som stemmer overens med formålet bak de opphavsrettslige reglene.

Avgjørelsen av om noe for eksempel er et sceneverk, en iscenesettelse eller noe som ligner på en iscenesettelse, gir altså ikke alene noe tilstrekkelig grunnlag for å avgjøre om verket er originalt eller ikke. Men avgjørelsen kan gi en viss veiledning, og vil være et utgangspunkt for den videre helhetsvurderingen. Dette så vi eksempel på under regelen om at det ikke skulle gjøres kvalitative krav. Der var det relevant at det dreide seg om et kunstverk, slik at det måtte utvises forsiktighet med å konstantere risiko for dobbeltfrembringelser.

(i) Høyesteretts anvendelse av momentet

Spørsmålet er så om momentet om at originalitetskravet er relativt, ga god veiledning til et hensiktsmessig resultat i Rt. 2007 s. 1329.

Førstvoterende starter med å ta stilling til hvordan type verk det er snakk om. Dette er hensiktsmessig. De konstaterer at forestillingen ikke er en ren iscenesettelse, men at den likevel ligger nært opp til dette.

I følge førstvoterende må dette føre til at det stilles "særlige krav til originalitet". Videre går de nærmere inn på de strenge kravene til sceneinstruksjon, både gjennom uttalelser i forarbeidene og gjennom egne meninger. Konklusjonen ble at opphavsrettslig vern for iscenesettelse avhenger av om verket er blitt endret eller tilført noe "vesentlig nytt". Den omfattende redegjørelsen av kravene som gjelder for iscenesettelser, kan tyde på at førstvoterende anvender nettopp disse kravene i den konkrete saken. Dette til tross for at de først var oppmerksomme på at sceneverket ikke har karakter av en ren iscenesettelse. Det er dessuten flere utsagn og vurderinger som taler for at de legger til grunn terskelen som gjelder for rene iscenesettelser. Blant annet gjentas kravet om at det må foreligge noe "vesentlig nytt" så sent som i siste setning før konklusjonen. Dette kravet gjelder som sagt for rene iscenesettelser, og ikke for

sceneverket vi står ovenfor i den konkrete saken. Ved å anvende kravene for iscenesettelser, settes terskelen antagelig for høyt i denne saken.

Ved å karakterisere et verk som en annen type verk enn det som foreligger, mister man det veiledende grunnlaget. I verste fall vil man bygge på et uriktig grunnlag som kan påvirke helhetsvurderingen, og bidra til et lite hensiktsmessig resultat.

Når førstvoterende setter krav om at det må være skapt noe ”vesentlig nytt” for så å vektlegge denne terskelen helt frem til konklusjonen, kan det ikke utelukkes at det ble satt urimelig høye krav. Generelt sett bør det kanskje vises forsiktighet med i det hele tatt å sette så bastante krav for ulike typer verk, da verkstypen i seg selv sjelden kan være annet enn et veiledende moment.

For eksempel vil sceneverk som verkstype gi veiledning om at det i originalitetsvurderingen må ses vekk fra replikkene hvis manuset allerede er skrevet av noen andre. Men å bruke ulike verkstyper til å sette nye krav, som for eksempel ”vesentlig nytt”, har lite for seg. Her er det antagelig mer hensiktsmessig å gå videre til de andre momentene som er etablert i teorien.

Momentet om at originalitetskravet er relativt, kan være nyttig, men bare så lenge det blir anvendt på en rimelig måte.

5.5. *Bli alle relevante omstendigheter fanget opp?*

Etter å ha gått gjennom de etablerte momentene med Rt. 2007 s. 1329 som eksempel, ser vi at mange, og kanskje til og med alle, de relevante elementene fanges opp av momentene. Verket baseres på tradisjon, hvilket fanges opp både av regelen om manglende idévern (punkt 6.5.1) og regelen om at innlysende løsninger ikke får vern (punkt 6.5.2). Videre er forestillingen om huldra delvis resultat av kontraktsbetingelser, noe som også fanges opp av regelen om innlysende løsninger og rutinemessig arbeid.

Det bør likevel spørres om det kan finnes andre relevante faktorer som ikke fanges opp av de etablerte momentene. Dersom slike faktorer finnes, er det nødvendig at også disse er med i vurderingen. Dette gjelder både i saken om huldra i Kjosfossen og i alle andre saker der det er spørsmål om verkshøyde. Hvis ikke alle relevante faktorer fanges opp, vil konklusjonen bygge på manglende grunnlag. Men det vil ikke være mulig å komme med en uttømmende liste over elementer som i en konkret sak *kan* ha betydning i verkshøydevurderingen. Rt. 2007 s. 329 vil derfor også her bli brukt som eksempel.

Når det gjelder den konkrete saken, kan det spørres om en kontrakt kan ha selvstendig betydning, og ikke bare betydning i kraft av kontraktsbetingelsene.⁵³

For det første kan man hevde at det at Flåm Utvikling betaler et egnet firma for å lage verket, taler for at de hadde behov for en innsats som det krevdes kreative ressurser for å gjennomføre. På den annen side kan det sies at en kontrakt ikke trenger å inneholde annet enn retningslinjer for en teknisk utførelse. Tekniske utførelser får ikke opphavsrettslig vern. Om det dreide seg om teknisk arbeid eller et oppdrag om en skapende innsats kan kanskje besvares ved å se nærmere på kontraktens innhold og de øvrige omstendigheter.

Parten de inngikk kontrakt med var et filmselskap, der den hovedsakelige virksomheten går ut på å skape filmverk, sceneverk og andre lignende åndsverk. Tekniske finesser er nok en del av dette, men ikke det avgjørende arbeidet. I kontrakten ble det ikke uttrykt at Hybris AS hovedsakelig skulle stå for teknisk arbeid. Derimot ble det presisert at de skulle stå for ”regi” av forestillingen. Flåm Utvikling inngikk altså en kontrakt med et filmselskap som skulle regissere en forestilling, hvilket innebærer å velge det artistiske uttrykket til forestillingen, instruere skuespillerne, velge kostymer, spesialeffekter og musikk. Dette skulle det gis vederlag for. Disse momentene vil tale for at det dreier seg om en beskyttelsesverdig åndsinnsetning.

På den annen side kan det spørres om kontraktens innhold egentlig bør vektlegges. Formuleringene i kontrakten, slik som ”regi”, kan neppe ha særlig stor betydning dersom det i virkeligheten har skjedd en ren iscenesettelse, eller med andre ord en ren fremstilling av folketradisjonen som ikke kan vernes. Et fastsatt, høyt vederlag vil heller ikke ha betydning, dersom det i realiteten dreier seg om rutinemessig arbeid eller innlysende løsninger. Heller ikke kan det ha betydning at den annen part har skapelse av verk som daglig arbeid, hvis det i den konkrete saken dreier seg om teknisk arbeid. Det som derimot må være avgjørende, er om det har foregått en skapende åndsinnsetning under utformingen, slik at det endelige verket fremstår som originalt. Dette vil en kontrakt gjerne gi veiledning på, med isolert sett kan den ikke tillegges særlig betydning.

Det virker ikke som om det er andre relevante elementer i Rt. 2007 s. 1329 som ikke fanges opp av de etablerte momentene. Men til tross for at alle elementene

⁵³ Det er verdt å merke seg at det fullstendige i innholdet i kontrakten ikke er kjent.

tilsynelatende blir fanget opp i denne saken, kan det være relevante faktorer i andre saker som ikke kommer til sin rett ved en ren anvendelse av de vanlige momentene. Selv om de etablerte momentene er gode, og også må antas å gi best løsning i de fleste saker, kan man ikke utelukke at andre omstendigheter også ville være relevante. I så fall blir det nødvendig med en helhetsvurdering som inkluderer både de etablerte momentene og øvrige omstendigheter som kan være veiledende.

5.6. Avsluttende kommentar

De etablerte momentene er godt tilpasset vurderinger om opphavsrettslig vern, og vil antagelig være tilstrekkelige i de aller fleste saker om verkshøyde. Det teoretiske fundamentet må derfor anses som godt. Faren ligger i at momentene kan føre til urimelige resultater hvis de blir brukt på en lite hensiktsmessig måte. Dette vil skje dersom dem ikke blir anvendt tett sammen med de konkrete omstendigheter og deres bakenforliggende hensyn og formål. Det er nettopp dette man ser antydninger til i Rt. 2007 s. 1329. Om det endelige resultatet i denne konkrete saken er godt eller lite rimelig, er ikke det vesentlige i denne sammenhengen. Men når førstvoterende tilsynelatende ikke er tilstrekkelig bevisst på sammenhengen mellom reglene og formålene, får man gjerne en anvendelse som ikke bør gjentas uten en kritisk gjennomgang.

Det bør derfor vises noe forsiktighet med å tillegge argumentasjonen i dommen for sterk prejudikatvirkning. Samtidig er dommen et eksempel på viktigheten av å anvende momentene på en strukturert måte og alltid sammen med de konkrete omstendigheter og momentenes formål. Her er Knophs utsagn treffende: ”Det lar sig ikke gjøre å presisere åndsverksbegrepet så klart og absolutt at en automat kan settes til å anvende det”⁵⁴

⁵⁴ Jf. Knoph, *Åndsretten*, s. 65.

KILDER

lover:

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

Litteratur:

- Karnell, Gunnar: *Rätten til programinnehålllet i TV*, Nyköping 1970
- Knoph, Ragnar *Åndsretten*, Oslo, 1936
- Koktvedgaard, Mogens *Lærebog i Immaterialret*, 7. utg. København 2005
- Lilleholt, Kåre *Knophs oversikt over Norges rett*, 12. utg, Oslo 2004
- Ljungmann, Seve *Något om Verkshöjd* (Nordisk gjenklang, Festskrift til Carl Jacob Arnholm, Oslo 1969 s. 179 ff, også opptrykt i Ljungmann, Strövtåg inom upphovsrätt och industrielt rättsskydd, Stockholm 1981 s. 30 ff og NIR 1970 s. 21 ff.) Sidehenvisningene i denne fremstillingen gjelder utgaven som er opptrykt i Festskrift til Arnholm.
- Nordell, Per Jonas *Verkshöjdsbegreppet inom upphovsrätten*, Stockholm 1990
- Rognstad, Ole-Andreas *Fragmenter til en lærebok i opphavsrett*, Oslo 2004
- Rosenmeier, Morten *Værkslæren i ophavsretten*, 1. utg, København 2001
- Sijthoff Stray, Anne Lise *Opphavsretten*, Kristiansand 1989
- Strömholm, Stig *Upphovsrättens verksbegrepp*, Stockholm 1970
- Tande, Knut Martin *Lenker til andres materiale på WWW som selvstendige krenkelser av åvl. § 2, åvl. § 43 eller mfl. § 1*, Bergen 2004

Norske forarbeider:

Innst. 1950	Innstilling til lov om opphavsrett til litterære og kunstneriske verk
Innst. O. XI (1960-61)	Innstilling fra kirke- og undervisningskomitéen om lov om opphavsrett til åndsverk
Ot.prp. nr. 85 (1997-1998)	Om lov om endringer i åndsverkloven (gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser)
Ot.prp. nr. 26 (1959-1960)	Lov om opphavsrett til åndsverk
Ot.prp. nr. 15 (1994-1995)	Åndsverkloven m.m. (Endringslov)/Endringer i åndsverkloven m.v.

Nordiske forarbeider:

Da.Mot sp. 2694	Forslag til lov om opphavsretten til litterære og kunstneriske værker, fremsat i Folketinget i 1959-60
-----------------	--

Norske rettsavgjørelser:

Rt. 2007 s. 1329	(Huldra i Kjosfossen)
Rt. 1997 s. 199	(Cirrus)
Rt. 1962 s. 964	(Wegners sybord)
Rt. 1940 s 327	(Hallo-Hallo)
LG-2005-154809	Gulating Lagmannsretts dom av 2006-10-18 (Huldra i Kjosfossen)
RG 1999 s. 330	(MOCS)
RG 1992 s. 359	
NIR 1968 s. 324	(Dams lykketroll)

Nordiske rettsavgjørelser:

NJA 1998 s. 563	(Byggemoduler)
-----------------	----------------

Forkortelser:

Innst. O.	Innstilling til Odelstinget
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt Juridisk Arkiv I, Högsta domstolens domar
Ot.prp.	Odelstingsproposisjon
RG	Rettens Gang
Rt.	Norsk Retstidende

