

RETTSVALG I OPPHAVSRETT



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer:

643

Leveringsfrist:

25.11.2010

Til sammen 15906 ord

24.11.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INTERNASJONAL PRIVATRETT OG OPPHAVSRETT</u>	<u>1</u>
1.1	Innledning	1
1.2	Rettsvalg	2
1.3	Opphavsrettens natur	4
1.4	Territorialitetsprinsippet	6
1.5	Vernetng	7
1.6	Max Planck Institute for Intellectual Property	9
1.7	Konklusjon	11
1.8	Opprinnelig eier	11
<u>2</u>	<u>GJELDENE NORSK RETT</u>	<u>15</u>
2.1	Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk	16
2.1.1	Bernkonvensjonen artikkel 5(2) som hjemmel for rettsvalgsregel	17
2.1.1.1	<i>Lex fori</i>	18
2.1.1.2	<i>Lex protectionis</i>	19
2.1.1.3	Prinsipp om nasjonal behandling	20
2.1.1.4	Konklusjon	23
2.2	Europeisk rett, Forordning nr. 864/2007 (Roma II)	23
2.2.1	Europeisk internasjonal privatretts stilling i Norge	24
2.2.2	Roma II artikkel 8	25
2.2.2.1	Ordlyden i Roma II artikkel 8 første punkt.	25
2.2.2.2	Premiss 26 i fortaen til Roma II	26
2.2.3	Roma II artikkel 8(3), Partsautonomi	27
2.2.3.1	Partsautonomi i forhold til sanksjonering	28
<u>3</u>	<u>RETTSVALGSREGLENE I PRAKSIS</u>	<u>29</u>

3.1	Målet med rettsvalgsreglene i opphavsrett	31
3.1.1	Opphavsmannens interesser	31
3.1.2	Produsentenes interesser	32
3.1.3	Allmenne interesser	33
3.2	Anvendelse av rettsvalgsreglene	35
3.2.1	Prinsipper som styrer rettsvalgsregler	35
3.2.1.1	Partsautonomi	36
3.2.1.2	Prinsipp om beste vilkår	36
3.2.1.3	Prinsippet om én bestemt tilknytningsfaktor	36
3.2.2	Opprinnelig eier	37
3.2.3	Eksistens, omfang og varighet	37
3.2.4	Krenkelse av opphavsretten	38
3.2.4.1	Mottakerlandet	38
3.2.4.2	Åndsverkloven	41
3.2.4.3	Avsenderlandet	42
4	<u>OPPSUMMERING</u>	44
5	<u>LITTERATURLISTE</u>	1

1 Internasjonal privatrett og opphavsrett

1.1 Innledning

Tema for denne oppgaven vil være rettsvalg for ikke-kontraktuelle obligasjoner i opphavsrett. Møtet mellom opphavsrett og internasjonal privatrett har fått lite oppmerksomhet i norsk litteratur så langt, men det blir stadig mer aktuelt i dagens samfunn. Ny teknologi og digitale nettverk har de siste årene ført til betydelig økning i produksjon og grenseoverskridende formidling av åndsverk.

Rettsvalsregler er de reglene som kommer til anvendelse i en sak med internasjonalt tilsnitt, der det er nødvendig å avgjøre hvilket lands rett som får anvendelse på saken. Det har tidligere ikke vært en særlig utbredt tradisjon for å anvende fremmed rett i opphavsrettslige saker. I dag er situasjonen annerledes, og behovet for å definere klare rettsvalsregler melder seg.

Oppgaven vil dreie seg om regler som bestemmer rettsvalget i spørsmål knyttet til opphavsrettens eksistens, omfang og varighet, hvem som er den opprinnelige eier av rettigheten, samt krenkelse av opphavsretten og sanksjoner i forbindelse med en slik krenkelse. Spørsmål som har med kontrakt å gjøre vil ikke bli behandlet her. Et rettslig forhold som kan være utslagsgivende også for ikke-kontraktuelle obligasjoner, er ansettelsesforhold og spørsmålet om hvem som er rette eier av et verk som av arbeidstaker på oppdrag for arbeidsgiver. Jeg vil se nærmere på dette i kapittelet om rettsvalg vedrørende spørsmålet om hvem som er opprinnelig rettighetshaver.

I første del av oppgaven ønsker jeg å fremheve hensiktene med den internasjonale privatretten, og hvordan den på best mulig måte kan tjene til å løse opphavsrettslige tvister, sett i lys av opphavsrettens noe spesielle natur.

I den neste delen vil jeg gjøre rede for de rettsvalsregelene som etter all sannsynligvis vil gjelde i norsk lov.

I den tredje og siste delen ønsker jeg å gjøre en drøftelse av hvordan rettsvalsregelene vil fungere i praksis, og hvordan man bør tolke disse reglene for å på best mulig måte imøtegå de utfordringene som kan oppstå i dagens samfunn. Rettstilstanden i Norge på dette området er dessverre ikke klar nok til at oppgaven vil kunne presentere et fasitsvar på hvordan rettsvalsregler vil komme til å bli anvendt her i landet. Drøftelsen vil gå ut på å belyse de ulike alternativene til rettsvalsregler og tolkningene av disse. Ut fra dette vil jeg gjøre en vurdering av hvilke alternativer som egner seg best til å ivareta

hensikten bak rettsvalgsreglene uten at dette kommer i konflikt med opphavsrettens natur.

1.2 Rettsvalg

Et viktig hensyn bak rettsvalgsreglene er å sikre forutsigbarhet og ensartede rettslige avgjørelser. Den nasjonale lovgivningen varierer fra land til land, og det gir oss en bedre oversikt dersom vi på forhånd bestemmer hvilke av disse lovgivningene som eventuelt vil anvendes. Ut fra dette hensynet bør derfor ikke rettsvalget være et resultat av rettens skjønnsmessige vurdering, men vi bør bestrebe i høyeste grad å utforme faste, klare regler.

I utformingen av faste regler, er det ønskelig å finne en regel som viser til retten i det landet med nærmest tilknytning til saken. For det første er dette et prinsipp man anvender når man ikke har en fast rettsvalgsregel. Her er det lett å tenke at det er ene og alene opp til rettens skjønn å avgjøre rettsvalgsspørsmålet, men selv når man ikke har en fast regel, må man veie opp mot hverandre de faktorer som det er vanlig å legge til grunn, og man bør også ha satt seg inn i hvordan tilsvarende saker er løst tidligere. I norsk rett har den individualiserende metode vært i bruk, en metode der man vurderer hver sak individuelt for å finne den lovgivningen som har nærmest tilknytning til saken. Selv om det å finne retten med nærmest tilknytning (i hvert fall i teorien) har vært et mål med den individualiserende metode, tar dette ikke særlig godt vare på hensynet til forutsigbarhet.

Det er også ønskelig å harmonisere de forskjellige lands rettsvalgsregler. Dette er også med på å underbygge forutsigbarhet. Det er domstolen der søksmålet blir reist som avgjør rettsvalget. Dersom det er ulike rettsvalgsregler i ulike land, vil det kunne oppstå situasjoner der saksøkte har mulighet til å velge et verneting som vil føre til et rettsvalg som er mer fordelaktig for henne enn et annet. Dette kaller vi *forum shopping*, og dette kan igjen påvirke resultatet av avgjørelsen. En annen grunn til at det er ønskelig med en harmonisering av disse reglene, er at det gjør internasjonalt samarbeid enklere.

Mange konvensjoner har bidratt til at de nasjonale lovreguleringene har regler som tilsvarer hverandres. Målet for internasjonal privatrett er derimot ikke å påvirke de nasjonale reglene til å bli like over hele verden, men det er en metode for å få land til i høyest mulig grad å anerkjenne hverandres regler.

Rettsvalgsreglene er en del av hvert lands interne lovgivning. For å harmonisere rettsvalgsreglene i de forskjellige landene, finnes for eksempel konvensjoner der målet er at medlemslandene skal velge én og samme rettsvalgsregel. Disse rettsvalgsreglene trer i kraft her i landet når konvensjonen ratifiseres av Norge. Norges interne regler vil dermed bestå av den nasjonale lovgivningen, som er den lovgivningen man anvender på saker som behandles etter norsk rett, og de internasjonale privatrettslige reglene, som avgjør om det er aktuelt å anvende et annet land enn Norges rett.

Dersom man kommer fram til at fremmed rett skal anvendes, er det hele denne retten som kommer til anvendelse (med unntak av internasjonale privatrettslige regler). Å anvende ordet “lovvalg”, som er vanlig i Norsk terminologi, er derfor ikke helt dekkende, da et lands rett består av mer enn bare lovbestemmelser. I den grad jeg i denne oppgaven referere til lovvlag eller fremmede lovreguleringer, mener jeg naturligvis hele den nasjonale retten

En rettsvalgsregel kjennetegnes ved at den angir en kategori og så en tilknytningsfaktor som henviser til det landet hvis rett skal anvendes. To eksempler på dette er:

- a. Ved fordeling av arv skal retten der arvelater hadde sitt siste bosted anvendes.
- b. Ved overdragelse av fast eiendom skal retten der eiendommen befinner seg anvendes.

I eksempel a er arv kategorien, og arvelaters siste bosted tilknytningsfaktoren. I eksempel b. er overdragelse av fast eiendom kategorien, og stedet der eiendommen befinner seg er tilknytningsfaktoren. Dersom man har en situasjon der en fast eiendom er gjenstand for arv, vil man måtte avgjøre om arv av fast eiendom skal karakteriseres som et fast eiendoms rettsforhold eller en arverettslig sak, for å vite hvilke av disse to rettsvalgsreglene som skal anvendes. Det mest praktiske er å foreta denne karakteristikken etter retten i det landet domstolen befinner seg, siden det er en avgjørelse som må tas *før* rettsvalget. Domstolens egen rett kaller vi *lex fori*.

Lex fori skal alltid avgjøre prosessuelle spørsmål, uansett hvilken rett som anvendes på de materielle spørsmålene.

1.3 Opphavsrettens natur

I det følgende vil jeg foreta en slik karakteristikk av opphavsretten. I løpet av de siste ca hundre år¹ har ikke bare åndsverk i seg selv, men også rettighetene til disse blitt gjenstand for privat handel, som et hvilket som helst annet produkt. Plateselskaper, forlag, filmselskaper osv. er en gruppe som har hatt en stor vekst de siste årene, og det er i dag store penger innenfor mange av disse bransjene. Opphavsretten er også en såkalt *jus erga omnes*, altså en rettighet som gjelder overfor allmennheten (i motsetning til en rettighet i et kontraktsforhold som bare binder partene). Dette, i tillegg til at opphavsretten er blitt en gjenstand for det private markedet, er egenskaper som opphavsretten har til felles med blant annet eiendomsretten (fast eiendom og løsøre), og noen forfattere har dermed blitt fristet til å sammenlikne disse to rettsområdene.² I eiendomsretten er stedet der gjenstanden befinner seg (*lex rei sitae*), en naturlig tilknytningsfaktor. Det kan være fristende å forsøke å finne et liknende tilknytningssted for opphavsretten, altså et fiktivt *lex rei sitae*. Fordelen med en slik regel, er at man kun trenger å forholde seg til én rett, og dette gjør rettsvalget mer forutsigbart, og man vil oppnå en mer ensartet anerkjennelse av opphavsretten. Et slikt fiktivt sted vil kunne være for eksempel der verket først ble publisert, eller opphavsmannens hjemland da verket ble skapt.

Dette har vist seg vanskelig å gjennomføre på grunn av *territorialitetsprinsippet*, som jeg kommer tilbake til i neste kapittel.

Den essensielle forskjellen på opphavsrett og eiendomsrett, mener Ulmer, er at gjenstanden for opphavsretten ikke er en håndfast ting, den eksisterer ikke i rom. Det er riktignok noe mennesker kan sanse, enten det er å lese et manuskript, høre musikk, oppleve en forestilling osv. Selve innpakningen, eller formen på verket vil i mange tilfeller være håndfaste, som en bok, en CD, en DVD og lignende. Likevel vil ikke gjenstanden for rettigheten, altså selve “ideen” til verket være håndfast, og det kan derfor ikke være snakk om rettighet i en fysisk ting. I eiendomsrett vil man kunne ta hensyn til hvor tingen eller den faste eiendommen befinner seg i utforming av en

¹ Da Bernkonvensjonen ble signert i 1886, åpnet det seg nye muligheter for handel med rettigheter i åndsverk, se Porter side 1.

² Ulmer, side 7

rettsvalgsregel. Det vil man ikke kunne gjøre i opphavsretten, for man kan ikke si at gjenstanden for den har en slik “plass i rom” eller noe tilholdssted.

En av tingene som gjør at det er vanskelig å knytte opphavsretten til et slikt fiktivt sted, er muligheten for reproduksjon og distribusjon av åndsverket. Den enes bruk av verket, påvirker ikke den andres bruk. Det har også lenge vært billig og enkelt å reprodusere de fleste åndsverk i en eller annen form. Kostnadene forholdsvis lave i forhold til markedsprisen, og det er derfor ikke sjelden at såkalt piratkopiering og annen piratvirksomhet forekommer. Med utvikling av teknologien blir ikke bare kopiering, men også distribusjon av kopiene betydelig enklere. Filer med musikk, filmer, serier, foto, bøker osv. kan sendes til alle som har tilgang til internett, og leveringstiden er så godt som ikke-eksisterende. Avsender kan laste opp produktet på sin PC én gang, og denne kan lastes ned et ubegrenset antall ganger hvor som helst i verden. Åndsverk er også noe som lett kan være gjenstand for imitasjon og plagiat, som setter fokus på en rekke spørsmål vi ikke vil finne i eiendomsretten. Sånn sett gjør dette det vanskelig å trekke paralleller til eiendomsretten i fysiske ting, og det er derfor ikke særlig praktisk å forsøke å anvende reglene for internasjonal privatrett i eiendomsretten som en modell for rettsvalgsreglene i opphavsrett.

Et annet aspekt med opphavsretten som er verdt å merke seg, er at i Bernkonvensjonen³ er det bestemt at opphavsretten skal gjelde uten noen krav til formaliteter. Man har med andre ord rett på beskyttelse uten at opphavsretten eller verket er registrert. Patentretten er en immateriell rettighet på linje med opphavsretten, men for en patentrett kreves registrering av rettigheten for at den skal nyte rettslig vern. I utgangspunktet må patenter registreres i hvert enkelt land man ønsker vern i. Nå er det imidlertid opprettet et system for patenter, kalt the Madrid System.⁴ Gjennom avtalene the Madrid Agreement⁵ og The Madrid Protocol⁶ er i dag 85 land knyttet til dette systemet, der patenter som blir registrert i systemet, får beskyttelse i de øvrige landene knyttet til

³ Se kapittel 2.1.

⁴ The Madrid system for the international registration of marks

⁵ Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks

⁶ Protocol Relating to the Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks

dette systemet. I forhold til disse landene er det derfor bare nødvendig å søke om beskyttelse av rettigheten én gang.⁷

Vi ser at både for patentretten og for opphavsretten som immaterielle rettigheter, er det nødvendig for hvert enkelt land å anerkjenne disse rettighetene, men i opphavsretten hvor det ikke finnes noen registrering, må rettigheten anerkjennes etter de nasjonale reglene. Patentrettigheten vil ikke være stiftet før den er registrert, mens i opphavsrett må man anse rettigheten som stiftet i det det ferdigstilles eller publiseres (noen lands regler stiller krav til at verket må ha vært fiksert i en fysisk form for å få vern).

Opphavsretten skiller seg også de immaterielle rettigheter som må registreres, og dette er nok et argument for at opphavsretten er *sui generis*, det vil si unik i sin karakteristikkk. Det vil derfor ikke være aktuelt å anvende andre kategoriers rettsvalgsregler analogt, men man trenger en egen rettsvalgsregel i opphavsrett.

1.4 Territorialitetsprinsippet

I territorialitetsprinsippet ligger det at de rettigheter og plikter en stats lovgivning gir, ikke anerkjennes utenfor dette landets territorium. Opphavsretten er territoriell i den forstand at den må anerkjennes i hver og en stat for å ha beskyttelse i de respektive landene. Det vil som sagt ikke si at statene uttrykkelig skal anerkjenne hver og en rettighet, men verket som det kreves beskyttelse for, må falle inn under reglene som er utformet i hvert enkelt av landene der rettighetshaver ønsker vern om opphavsretten. For eksempel må bedømmelsen av om en handling er en krenkelse av en opphavsrett, sees i lys av reglene i det landet handlingen blir begått i. Dette må gjelde både i spørsmålet om det i det hele tatt eksisterer en rettighet, og i spørsmålet om handlingen representerer en krenkelse. Kort sagt er det opp til hvert enkelt land hvilke verk som skal nyte opphavsrettslig vern, samt hva vernet omfatter.⁸

Territorialitetsprinsippet begrunnes ofte i suverenitetsprinsippet. Som ordet tilsier, betyr dette prinsippet at alle stater er suverene i sin lovgivning. Hver enkelt stat skal selv bestemme hvilke lover og regler som gjelder innenfor landegrensene, og de kan avsi og gjennomføre rettslige avgjørelser på egen jord. En stat kan altså stifte rettigheter og

⁷ Mer om dette systemet og disse avtalene finnes på WIPOs hjemmeside, <http://www.wipo.int/madrid/en/>

⁸ Se kapittel 2.1. Bernkonvensjonen stiller opp visse minimumskrav til vernet.

plikter innenfor sitt eget territorium, men disse har ingen virkning i andre land, med mindre disse landene har valgt å anerkjenne slike rettigheter og plikter.

Det er selvsagt ikke kun i opphavsretten at suverenitetsprinsippet spiller en avgjørende rolle. Det er jo nettopp på grunn av dette prinsippet at vi har internasjonal privatrett. I utgangspunktet kan man jo derfor si at alle rettsområder er territorielle. Men gjennom internasjonal privatrett har man forsøkt å utarbeide rettsvalgsregler som skal fremme en viss forutsigbarhet og da er det naturligvis ønskelig når en rettighet først er stiftet, at den anerkjennes også i andre land.⁹ I hvilken grad dette gjelder for opphavsretten, vil jeg komme tilbake til.

Fordi gjenstanden for opphavsretten er avhengig av en slags definisjon for å eksistere, er et verk noe som må anerkjennes i hver enkelt stat.¹⁰ I opphavsretten er dette gjort ved å lage en lovgivning som setter rammene for hva som må oppfylles for at et verk skal oppnå opphavsrettslig vern, og disse reglene kan variere noe fra land til land.

Når det gjelder handlinger foretatt med utgangspunkt i et verk, enten det er utnyttelse av verket lovlig eller en krenkelse av det, er det altså lovgivningen i dette landet der disse handlingene utføres som skal anvendes. Man kan med andre ord ikke anvende nasjonal rett på handlinger som er foretatt i utlandet. Tidligere var det også slik at man ikke kunne bringe inn for den nasjonale domstolen, saker vedrørende handlinger begått i utlandet. Ikke bare valget av lovgivning, men også valget av verneting var begrenset til landet der handlingen ble foretatt.

1.5 Verneting

Reglene om internasjonalt verneting bestemmer i hvilke(t) land man har domsmyndighet. I noen tilfeller er det kun ett land som har verneting, men ofte kan saksøker velge mellom to eller flere. Et av hensynene som ligger til grunn for vernetingsreglene, er hvilken rettskraft dommer fra landet med verneting har i andre stater. I erstatningssaker bør man også tenke på hvor saksøkte har økonomiske verdier. Sitter man med en avgjørelse som ikke har rettskraft i noen av landene saksøkte har verdier, vil man ikke kunne få tilgang til disse. Det er også et bakenforliggende vern for

⁹ Strömholm, side 192

¹⁰ Van Eechoud, side 102

saksøkte i vernetingsreglene, slik at saksøker ikke skal kunne trekke noen for retten i et vilkårlig land – altså et hensyn til forutsigbarhet.

Som med rettsvalgsreglene, springer også vernetingsreglene ut fra suverenitetsprinsippet. Vi finner derfor ikke nøyaktig like sett med vernetingsregler i de forskjellige landene. Innenfor Europa er arbeidet med konvensjoner og forordninger som skal harmonisere disse reglene (det gjelder også utenlandske dommers rettskraft) stadig i utvikling¹¹, men det er fremdeles en stor del av verden som ikke omfattes av disse avtalene.

Tidligere antok man at vernetingsreglene for opphavsrettslige tvister var begrenset til landet der bruken eller krenkelsen fant sted. Disse sakene hadde før i tiden en mer strafferettslig karakter, og mange av disse sakene gikk som straffesaker. Vernetingsregler i straffesaker er begrenset til det landet der handlingene blir begått og dette er sannsynligvis årsaken til at det har vært et slikt begrenset valg av vernetingsregler i alle opphavsrettslige tvister.¹²

Det alminnelige utgangspunktet for vernetingsregler er domisilprinsippet, det vil si at man kan reise sak ved “saksøktes alminnelige vernetingsregler”, som det heter i § 4-4 i tvisteloven¹³.

Samtidig heter det i § 4-3 første ledd at “tvister i internasjonale forhold kan bare anlegges for norske domstoler når saksforholdet har tilstrekkelig tilknytning til Norge”. § 4-4 gjelder for alminnelig vernetingsregler, og det kommer ikke tydelig fram fra § 4-3 første ledd at dette gjelder for internasjonalt vernetingsregler. Det står likevel i § 4-3 annet ledd (om internasjonalt vernetingsregler) at “dersom vernetingsregler ikke kan påvises etter § 4-4 eller § 4-5, men saken likevel er undergitt norsk domsmyndighet, kan søksmål reises...”. Dette må bety at reglene om alminnelig vernetingsregler (og valgfritt vernetingsregler i § 4-5) også gjelder i internasjonale saker hvor saksøker har vernetingsregler i Norge.

Domisilprinsippet tar hensyn til vernet av saksøkte, slik at vedkommende ikke uventet kan bli saksøkt i et land hun har lite eller ingen kjennskap til. Saksøktes hjemland er også ofte et sted der vedkommende har verdier, og med hensyn til rettskraft, vil det være en fordel ved for eksempel erstatningssaker.

¹¹ Se for eksempel EU Forordningen Nr. 593/2008 (Roma I om rettsvalg i kontrakt) og Nr 864/2007 (Roma II om rettsvalg i ikke-kontraktuelle obligasjoner).

¹² Ulmer, side 15

¹³ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister 17. juni Nr. 90, § 4-4

I tillegg til domisilprinsippet, finner vi spesielle vernetingsregler i § 4-5, hvor tredje ledd gjelder vernetingsregler for saker vedrørende erstatning utenfor kontraktsforhold. Dette er alternative vernetingsregler som gjelder i tillegg til domisilprinsippet, det vil si at saksøker har valgmuligheten. Erstatningssaker “kan anlegges på det sted skaden oppstod, eller der virkningen inntraff eller vil kunne inntreffe” og dette kaller vi *locus delicti*. I § 4-6 inneholder en generell regel om at vernetingsregler kan avtales. Det er ikke spesifisert at dette må avtales før tvisten oppstår (med unntak av forbrukersaker), og det må bety at vernetingsregler også kan avtales i tvister som har oppstått utenfor kontrakt. Tilsvarende regler finner vi også i Luganokonvensjonen¹⁴ som er et motstykke til EUs Brussel I-forordning.¹⁵ Disse reglene gjelder for EUs medlemsstater, samt Norge, Island og Sveits. I artikkel 2 finner vi domisilprinsippet, mens de særlige vernetingsregler (valgfrie) er oppstilt i artikkel 5 og de eksklusive i artikkel 22. I artikkel 5 tredje punkt, heter det at saker om erstatning utenfor kontraktsforhold kan føres for domstolen ved skadestedet. I tilsvarende bestemmelse i Brussel I, er det ikke noe krav til at det er en erstatningssak, kun at det er ved ikke-kontraktuelle forpliktelser. Det er vel ikke særlig praktisk at slike saker ikke omhandler et erstatningskrav, men det er ikke strengt tatt nødvendig i en sak der man for eksempel ønsker å få brakt en handling eller et forhold til opphør. Reglene er stort sett de samme som i tvisteloven, og det er ikke noe som tilsier at opphavsrettslige tvister har eksklusivt vernetingsregler. Så lenge det er snakk om et sivilt søksmål, er det ikke noe i norsk eller europeisk rett som sier at domisilprinsippet ikke gjelder og en sak *må* anlegges i det landet den krenkende handling ble utført.

1.6 Max Planck Institute for Intellectual Property

¹⁴ Lov om endringer i tvisteloven m.m. og om samtykke til ratifikasjon av Luganokonvensjonen 2007 om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker. LOV-2009-06-19-79.

¹⁵ Regulation (EC) No 44/2001 Council Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters

Max Planck Institute for Intellectual Property er en del av en uavhengig, tysk gruppe vitenskapelige institutter. Instituttet driver systematiske studier av internasjonal immateriell rett, og utøver også sin innflytelse på utviklingen av dette rettsområdet. Det ble grunnlagt i 1966 av den tyske rettsviteren Eugen Ulmer, som satt som direktør for instituttet fram til 1973. I 1975 presenterte instituttet en utredning angående rettsvalg i immaterialretten, skrevet av Ulmer. Utredningen ble skrevet på oppfordring av det tyske justisdepartementet, og var ment å skulle bidra til utarbeidelsen av et nytt EU-reglement. Det ble riktignok ikke utformet noen slike regler i den nærmeste tiden etter utgivelsen, men utredningen har vært en viktig kilde for senere forfattere på dette området. Selv om den er skrevet før de største teknologiske utfordringene, har den lagt et viktig grunnlag for utviklingen av rettsvalg i immaterialrett.

Ulmer mener at rettsvalgsregelen i opphavsrett må være *lex protectionis*, det vil si retten i det landet der opphavsretten skal beskyttes, det såkalte “beskyttelseslandet”.¹⁶ Med dette mener han landet der retten blir utnyttet (i form av for eksempel reproduksjon og distribusjon) eller i det landet en påstått krenkelse av en opphavsrett fant sted.¹⁷ Ulmer kommer til dette resultatet ved en drøftelse av territorialitetsprinsippet, opphavsrettens natur og internasjonale konvensjoner.

I 2004 ble det startet et prosjekt ved Max Planck instituttet for å lage et sett med regler for internasjonal privatrett i opphavsrett, kalt CLIP (Conflict of Laws in Intellectual Property).¹⁸ CLIP-prinsippene skal være ferdigstilt i 2011, hvor de vil bli publisert sammen med kommentarer. Gruppen som arbeider med CLIP har de siste årene publisert midlertidige utkast, hvor det siste var klart i september 2010. Målet med dette arbeidet er at disse reglene skal kunne tjene som en modell for internasjonal privatrett og nasjonal lovgivning, eventuelt som utfyllende rett i eksisterende lovgivning eller som retningslinjer ved tolkning av eksisterende lovgivning, og som veiviser i kontraktsforhold og øvrige rettslige forhold.¹⁹

¹⁶ *Schutzland*, se van Eechoud, side 105.

¹⁷ Ulmer, side 11.

¹⁸ <http://www.cl-ip.eu/>

¹⁹ Hentet fra CLIPs forord på <http://www.cl-ip.eu/>.

1.7 Konklusjon

Opphavsrettens territorielle natur taler til fordel for å anvende *lex protectionis* i opphavsrettslige tvister. Dette gjelder i det minste for opphavsrettens eksistens, omfang og varighet (om det i det hele tatt foreligger en rettighet) og for krenkelse av opphavsretten (om utførte handling representerer en krenkelse). Såfremt dette gjelder om det eksisterer en rettighet, er dette i tråd med CLIP-prinsippene artikkel 3:102 hvor det står at retten som skal anvendes på eksistens, gyldighet, registrering (ikke aktuelt for opphavsrett) og varighet av en opphavsrett, er retten i det landet man ønsker beskyttelse i, altså *lex protectionis*. Dette er også utgangspunktet når det gjelder krenkelser, og en tilsvarende henvisning til *lex protectionis* finner vi i artikkel 3:601 (1).

Det hersker imidlertid større tvil rundt spørsmålet om hvem som er opprinnelig eier av rettigheten, og her opereres det med ulike rettsvalgsregler i ulike land.

1.8 Opprinnelig eier

Jeg vil nå se nærmere på de alternative løsningene for en rettsvalgsregel som gjelder for spørsmål om hvem som er opprinnelig eier av rettighetene.

Ulmer mente da han publiserte sitt utkast om rettsvalg i opphavsrett, at hovedregelen for rettsvalg når det gjelder spørsmålet om hvem som er opprinnelig eier skal være *lex protectionis*.²⁰ Et gjennomgående prinsipp i de ulike nasjonale regelverkene, er at selve skaperen av verket er den opprinnelige rettighetshaver til det (dog ikke alltid). I de fleste tilfeller vil det være uproblematisk å identifisere personen som har skapt verket, og dermed også hvem som er den opprinnelige rettighetshaveren. Også her finnes det ulikheter i forskjellige retter. Et eksempel på dette er en regel i fransk lov der det er et unntak fra regelen om den faktiske skaperens rettigheter når det gjelder oppslagsverk. I slike tilfeller er rettighetshaveren den i hvis navn verket er blitt tilgjengeliggjort i. Dette betyr at ikke bare fysiske, men også juridiske personer kan være opprinnelig eier. Et annet eksempel er at ulike lovgivninger har ulike syn på om det er produsenten eller de kreative skaperne som ansees som den rette opphavsmannen til et kinematografiske

²⁰ Ulmer, side 36.

verk.²¹ Rettsvalgsregelen kan i disse tilfellene være avgjørende for hvem som anses som opprinnelig eier.

Jeg skal se nærmere på saker der et åndsverk er laget på bestilling av arbeidsgiver eller oppdragsgiver, og saker der det er mer enn én opphavsmann. I disse situasjonene kan vi fort støte på problemer dersom vi anvender *lex protectionis*.

Ulmer mente i sin tid at på tross av disse forskjellene i nasjonal lovgivning, måtte hovedregelen være *lex protectionis*, men i de nevnte tilfellene ville det være ønskelig å anvende en rettsvalgsregel som kun viser til ett bestemt lands rett. Han mente at rettsvalget burde falle på retten i det landet som var opphavsmannens hjemland på den tiden verket ble skapt, det vi kaller *lex origins*. I CLIP-prinsippene har man imidlertid gått helt bort fra *lex origins*. Hovedregelen finner vi i artikkel 3:201, og her bruker de den samme formuleringen som på rettsreglene som gjelder for eksistens og krenkelse, altså er rettsvalgsregelen *lex protectionis* også her. Dersom en situasjon har en nær tilknytning til et annet land der man har “work-for-hire”-bestemmelser, anerkjenner man den som er rettighetshaver etter denne bestemmelsen, men forutsatt at man konstruerer forholdet mellom partene slik at det passer inn under *lex protectionis*. Det andre landets regler kommer dermed ikke til anvendelse, men man konstruerer en overdragelse av de økonomiske rettighetene slik at man ivaretar de forutsetningene partene hadde seg i mellom ved skapelsen av verket. Denne regelen finner vi i artikkel 3:201 (2).²² Dersom det foreligger en kontrakt mellom partene om overdragelse av rettighetene (særlig fra arbeidstaker til arbeidsgiver), skal spørsmålet om hvem som er rette innehaver av rettighetene bestemmes etter retten som partene velger, jf. CLIP-prinsippene 3:401 (2). En avtale om overføring av rettigheter må derfor anerkjennes dersom avtalen er gyldig etter den retten partene benytter seg av.

²¹ Ulmer, side 37.

²² Artikkel 3:201 (2): “If the situation has a close connection with another State that has a work made for hire provision or deems a transfer or exclusive license of all economic rights in the work to have taken place by virtue of the parties’ contractual relationship, effect may be given to such rules by constructing the parties’ relationship under the law applicable according to paragraph 1 as involving a transfer or exclusive license of all economic rights in the work.”

Dersom det er flere enn en skaper av verket, skal forholdet dem imellom behandles etter retten med nærmest tilknytning til saken dersom det ikke finnes en rettslig avtale mellom partene, i følge CLIP-prinsippene artikkel 3:402.

The American Law Institutes “Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgements in Transnational Disputes” (ALI-prinsippene) er prinsipper liknende CLIP, men er utarbeidet i USA og er også ment å skulle fungere som retningslinjer i internasjonale privatrettslige tvister om opphavsrett. I disse prinsippene er *lex origins* godtatt som rettsvalgsregel i spørsmål om hvem som er opprinnelig eier av verket.²³

Dersom CLIP og ALI-prinsippene vil bli fulgt i framtiden, vil Europa og USA forholde seg til hver sin rettsvalgsregel når det gjelder hvem som er opprinnelig eier av verket. I USA vil det være *lex origins*, mens her i Europa vil vi anvende *lex protectionis*.

Dersom man velger å anvende *lex protectionis* som rettsvalg når det gjelder eierrettighetene, kan man risikere at ulike personer ansees som rettighetshaver i forskjellige land. Der en arbeidsgiver ansees på som rettighetshaver, vil partenes forutsetning ved ansettelsen og senere ved framstillingen av verket, være at arbeidsgiver sitter med disse rettighetene. Det virker lite rimelig at arbeidstaker skal kunne utnytte verket på en måte som er i strid med de forutsetningene som lå til grunn ved skapelsen av verket. Dersom videre overdragelse er aktuelt, er det heller ikke særlig praktisk at forskjellige land anerkjenner forskjellige personer som eier av rettighetene. Det vil i så fall være vanskelig for tredjemann å identifisere den rette eier, og i en eventuell kjede av overdragelser ville man kunne ende opp med en fullstendig uoversiktlig situasjon.

Lex origins må sies å være en mer effektiv løsning enn den som foreslås i CLIP. I mange tilfeller vil det være uproblematisk å identifisere skaperen av verket, og dermed også denne personens hjemland. Dersom problemer skulle oppstå der to eller flere personer har skapt et verk sammen, foreslår van Eechoud (som stiller seg bak *lex origins*) at dersom de ikke deler hjemland, vil man kunne anvende felles nasjonalitet, dersom dette er mulig. Dersom en av eller begge disse faktorene er felles for noen, men ikke for alle skaperne, vil man kunne velge landet som flertallet av skaperne er knyttet

²³ Dreyfuss/ Beckstein i Leible/ Ohly side 24 og 25.

til. Hun mener også at dersom ingen av disse faktorene er felles, må spørsmålet behandles under *lex fori*.²⁴

Van Eechoud forsvarer *lex origins* med at misforholdet som har oppstått mellom produsenter og opphavsmennene rettferdiggjør det å bruke opphavsmannen som den ene tilknytningsfaktoren som bestemmer rettsvalgsregelen.²⁵ Hun sier at selv om man, ved å se på dette forholdet, skulle tro at vi hadde en rekke nasjonale retter som tilgodeser produsentene, er dette fremdeles sjelden. De aller fleste retter bestemmer at det er den faktiske skaperen av verket som er opprinnelig eier. Hun mener at fordi de fleste land har valgt å beskytte skaperen av verket, på tross av produsentenes sterke rolle som rettighetshaver, rettferdiggjør dette en favorisering av opphavsmannen også i internasjonale privatrettslige regler.²⁶ Denne regelen kan fungere dersom spørsmålet om hvem som er opprinnelig eier er gjenstand for en tvist mellom opphavsmann og produsent. Det vil i så fall være et spørsmål som klargjør hva som er *lex origins*. Dersom det kun er et tilleggsspørsmål i en sak som gjelder andre aspekter av opphavsretten, oppstår de samme problemene med partenes forutsetninger som vi får med *lex protectionis*. Lovgivningen i opphavsmannens hjemland kan ha en meget fjern tilknytning til forholdet mellom opphavsmann og arbeidsgiver, og det er ikke sikkert at denne lovgivningen ivaretar de forutsetningene som lå til grunn ved ansettelsesforholdet eller ved skapelsen av verket.

En annen innvending mot å anvende *lex origins* på spørsmålet om hvem som er opprinnelig eier, er at det er bred enighet om at *lex protectionis* skal anvendes på alle andre spørsmål i opphavsrettslige tvister. Man vil dermed måtte dele opp saker og anvende to ulike lovreguleringer, noe man gjerne ønsker å unngå.²⁷

Den noe tungvinte regelen i CLIP er omdiskutert også innenfor gruppen som har utarbeidet den. Det var et knapt flertall for *lex protectionis*, og Kur og van Eechoud som begge deltar i CLIP-prosjektet, forsvarer hver sin rettsvalgsregel i sine publikasjoner.²⁸ Fordelen med regelen er at den forsøker å hente det beste fra to verdener. På den ene siden fører den til at alle spørsmål skal behandles etter samme lovregulering, samtidig

²⁴ Van Eechoud, side

²⁵ Se prinsippet om én bestemt tilknytningsfaktor, kapittel 4.2.1.3

²⁶ Van Eechoud, side 180.

²⁷ Annette Kur, side 13.

²⁸ Kur, side 12 og 13. van Eechoud, side 180.

som man å knytte rettsvalget til én av partene. På den andre siden ønsker de også å ta hensyn til de forutsetninger opphavsmann og produsent har seg i mellom, og å anerkjenne rettighetsoverdragelse dersom dette er gjort i kraft av lov i et land som må sies å ha en nær tilknytning til situasjonen. Uansett er CLIP-prinsippene bare veiledende, og de avgjør på ingen måte hvilken rettsvalgsregel som kommer til anvendelse i Norge.

Spørsmålet om hvilken rettsvalgsregel som gjelder for spørsmålet om hvem som er opprinnelig eier av en opphavsrett, må sies fremdeles å stå åpent i norsk rett. Rognstad heller mot å anvende *lex origins*, men uten å ta stilling til forslaget som er fremmet i CLIP.²⁹ Han trekker blant annet fram Bernkonvensjonen artikkel 14 bis (2) a), der det står at “[f]astleggelsen av hvem som innehar opphavsretten til kinematografiske verk, er forbeholdt lovgivningen i det land der vern kreves.” Denne artikkelen bestemmer at *lex protectionis* skal regulere spørsmålet om hvem som er eier av et kinematografisk verk, og man kan da tenke seg at dette er spesifisert fordi en annen rettsvalgsregel gjelder generelt. Dersom *lex origins* viser seg å skape problemer i situasjoner der det er flere skapere av ett og samme verk, mener Rognstad at man må supplementere med den individualiserende metode. Det er uklart om han her mener at man skal anvende den individualiserende metode til å finne den retten som har nærmest tilknytning til saken, eller om han mener å anvende den individuelle metode til å avklare *lex origins*. I det første tilfellet vil det i så fall være snakk om å anvende alle mulige tilknytningsfaktorer. I det siste tilfellet vil det være snakk om å anvende de tilknytningsfaktorer som er knyttet til skaperne av verket, for eksempel felles nasjonalitet eller at et flertall av skaperne har samme hjemland.

2 Gjeldende norsk rett

²⁹ Rognstad, side 422

I norsk rett har vi foreløpig ingen faste rettsvalgsregler når det gjelder opphavsrett. I tillegg til retningslinjene i CLIP-prinsippene, finnes det også andre retningslinjer som kan bety noe for rettsvalget i opphavsrett i Norge. Jeg nå se på hvilken rolle Bernkonvensjonen og Roma II-forordningen spiller i rettsvalgsspørsmålet her i landet.

2.1 Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk

Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk³⁰ ble først vedtatt i Bern 9. september 1886. Den har blitt revidert flere ganger, senest i Paris i 1971. I 2010 er 164 stater tilsluttet konvensjonen, og Norge sluttet seg til den i 1896. Konvensjonen administreres av World Intellectual Property Organisation (WIPO), som er et spesialorgan for FN, og har som oppgave å fremme utviklingen av immaterielle rettigheter globalt.³¹

Bernkonvensjonen regulerer i hovedsak prinsippet om nasjonal behandling, det vil si at et land skal gi minst samme vern til utenlandske opphavsmenn som til sine egne.

Formålet med konvensjonen var å skulle hindre stater i å lage regler som diskriminerte utenlandske verk slik at de fikk dårlig eller ingen beskyttelse. Det var heller ikke lenger mulighet til å senke graden av beskyttelse til det nivået som fantes i verkets hjemland, en metode en del land hadde tatt i bruk før konvensjonen.³²

I tillegg stiller konvensjonen opp noen minimumskrav til vern av utenlandske verker, samt et krav om at dette vernet skal oppnås uten krav til formaliteter. Konvensjonen, og dermed også disse minimumskravene, gjelder kun på utenlandske verk. Det vil si at nasjonale verk i prinsippet kan ha et svakere vern enn de utenlandske.

Initiativet til konvensjonen ble tatt av *Association littéraire internationale*³³, en uavhengig organisasjon som har som formål å representere interessene til de som driver

³⁰ Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk av 1886

Se hele den norske oversettelsen av Bernkonvensjonen på <http://www.kopinor.no/kopiering-og-opphavsrett/bernkonsvensjonen/dok/Bernkonvensjonen+-+Paristeksten.158.cms>

³¹ <http://www.kopinor.no/kopiering-og-opphavsrett/bernkonsvensjonen>

³² Van Eechoud side 56 og 58.

³³ I dag heter organisasjonen *Association littéraire et artistique internationale*

med skapende virksomhet.³⁴ Det er derfor ikke overraskende at en del av formålet bak konvensjonen var å verne rettighetene til skaperen av verket³⁵, til tross for at i noen av deltakerlandene lå til grunn et hensyn til allmenne interesser.³⁶ Bernkonvensjonen kom imidlertid ikke på den tiden i konflikt med hensynene bak de ulike landenes lovgivning, da det den i første omgang ikke stilte generelle krav til de nasjonale reglene. De landene som prioriterte de allmenne interesser framfor opphavsmannens interessert, eller som kanskje satte økonomisk vern over ideelt vern, kunne fortsette å gjøre dette uten at det var i strid med konvensjonen.³⁷ I senere tid har konvensjonen imidlertid satt større krav til vern av rettighetene til selve skaperen av verket, og dette kan vi blant annet se i artikkel 6 bis³⁸. Denne artikkelen verner om opphavsmannens ideelle rettigheter. Her står det blant annet at opphavsmannen uansett økonomiske rettigheter, “[beholder rettigheten] til å gjelde som opphavsmann til verket, og til å motsette seg enhver (...) endring av verket og enhver annen krenkelse av det, som kan skade hans ære eller anseelse.” I USA har det vært mer fokus på å beskytte de økonomiske interessene i opphavsretten.³⁹ USA er nå tilsluttet konvensjonen, men dette skjedde ikke før i 1989.

2.1.1 Bernkonvensjonen artikkel 5(2) som hjemmel for rettsvalgsregel

Det hersker tvil om Bernkonvensjonen oppstiller noen rettsvalgsregel når det gjelder saker vedrørende opphavsrett. Regelen det strides om, finner vi i artikkel 5(2), og her står det: “Nytelsen og utøvelsen av disse rettigheter er ikke betinget av at noen formalitet iakttas og er uavhengig av om verket har vern i sitt hjemland. Der ikke annet er fastsatt i nærværende konvensjon, bestemmes rekkevidden av vernet samt de rettslige

³⁴ <http://www.alai.org/>

³⁵ Porter, side 3. “to protect, in as effective and uniform manner as possible, the rights of authors in their literary and artistic works”, fra premiss 26 i fortalen til Roma II.

³⁶ Som det var i USA og Storbritannia, se Porter side 3.

³⁷ Porter, side 2.

³⁸ Fra revisjonen i 1928, Romateksten.

³⁹ Bl.a. ved at arbeidsgiver i et ansettelsesforhold etter amerikanste standarder har de økonomiske rettighetene i de åndsverk som blir skapt under dette ansettelsesforholdet.

midler opphavsmannen tilsikres for å kunne verne om sine rettigheter, utelukkende av lovgivningen i det land der vern kreves.”⁴⁰

I første punktum ser vi at konvensjonen er til hinder for at stater kan kreve noen form for formalitet for å anerkjenne en opphavsrett, og vi ser også prinsippet om nasjonal behandling i det at vernet i hjemlandet ikke skal tas i betraktning. Det er delte meninger om andre punktum i bestemmelsen kun er en videre presisering av prinsippet om nasjonal behandling, eller om den representerer en rettsvalgsregel. Noen mener det er en rettsvalgsregel som viser til *lex fori*, andre mener den viser til *lex protectionis*. Jeg vil se nærmere på hvordan denne regelen kan tolkes i tråd med disse to rettsvalgsreglene, samt redegjøre for argumentene mot at dette er en rettsvalgsregel.

2.1.1.1 *Lex fori*

Ut fra ordlyden, “bestemmes (...) utelukkende av lovgivningen i det land der vern kreves”, kan man forstå bestemmelsen slik at man skal anvende retten til det landet man går til sak for vern av opphavsretten i. Med andre ord kan man forstå det slik at den domstolen som får saken anvender sin egen rett, altså det som kalles *lex fori*.

På 1800-tallet og fram til tidlig på 1900-tallet var det ikke uvanlig at saker om krenkelse av en opphavsrett ble behandlet som straffesaker, og i slike saker er landet der den krenkende handlingen fant sted, det eneste landet med verneting.⁴¹ I disse tilfellene ville alltid *lex fori* og *lex protectionis* sammenfalle, og det var ikke nødvendig å ta stilling til om artikkel 5(2) var en rettsvalgsregel for det ene eller det andre alternativet. Det er derfor kanskje ikke så unaturlig å ville forsvare bruken av *lex fori* på et område hvor det ikke har vært tradisjon for å anvende fremmed rett.

Det er kanskje slik at ordlyden i seg selv gir en indikasjon om at regelen er *lex fori*, men det finnes en rekke argumenter mot at dette bør være gjeldende regel. For det første er

⁴⁰ Oversatt av advokat Astri M. Lund, se lenke til hjemmesiden i note 2.

Engelsk versjon: “The enjoyment and the exercise of these rights shall not be subject to any formality; such enjoyment and such exercise shall be independent of the existence of protection in the country of origin of the work. Consequently, apart from the provisions of this Convention, the extent of protection, as well as the means of redress afforded to the author to protect his rights, shall be governed exclusively by the laws of the country where protection is claimed.”

⁴¹ Van Eechoud, side 108.

det i internasjonal privatrett generelt uheldig å bruke *lex fori* som rettsvalgsregel. Dette er fordi det kan gi saksøker en urettmessig fordel ved at hun kan velge å føre en sak i det landet som har mest gunstige regler for henne selv (gitt at denne domstolen har verneting⁴²). Altså *forumshopping*.

For det andre er ikke kriteriene for valg av verneting og valg av lovgivning de samme, og vi har sett at kriteriene for de to valgene tjenes av ulike formål. Etter domisilprinsippet⁴³ har domstolen i landet til saksøkte domsmyndighet. I internasjonal privatrett ønsker man å velge en lovgivning som har nær tilknytning til saken. Valg av verneting har i dette tilfelle tilknytning til parten, men det kan likevel ha liten eller ingen tilknytning til selve saken. Dersom rettsvalgsregelen viser til *lex fori*, vil det si at man kan velge retten i et land som har verneting selv om denne retten ikke har noen tilknytning til saken, og dette er i strid med hva man ønsker å oppnå med rettsvalgsregler, altså å finne den lovgivningen som med nærmest mulig tilknytning. Et tredje argument mot bruken av *lex fori* er at man ikke har en lovgivning å forholde seg til dersom man har rettslige spørsmål utenfor en rettssak.

Denne tolkningen har som nevnt liten oppslutning. Så vidt jeg vet, finnes det heller ikke noe rettspraksis der denne tolkningen har blitt lagt til grunn, og det er derfor ikke særlig praktisk å anvende Bernkonvensjonens artikkel 5(2) som hjemmel for *lex fori*.

2.1.1.2 *Lex protectionis*

De fleste forfattere er av den oppfatning at *lex protectionis* er den generelle regelen i saker vedrørende opphavsrett, og noen av disse forfatterne finner også hjemmelen for dette i Bernkonvensjonens artikkel 5(2).⁴⁴ For å komme til denne konklusjonen, må man for å unngå å komme fram til *lex fori*, lese “country where protection is claimed” som “country for which protection is claimed”.⁴⁵ I tillegg til at vi finner en slik tolkning i litteraturen, finnes det også eksempler på rettspraksis der denne bestemmelsen har blitt direkte lagt til grunn som hjemmel for *lex protectionis*. Dette ble gjort blant annet i en

⁴² Mer om verneting i kapittel 1.5

⁴³ Se reglene om internasjonalt verneting

⁴⁴ Van Eechoud, side 107, note 302

⁴⁵ “Det landet vernet kreves for” (min oversettelse), se engelsk tekst note n.n

dom fra tyske *Bundesgerichtshof* i “Alf” fra 1992⁴⁶. Saken gjaldt uautorisert produksjon av et leketøy som skulle forestille TV-figuren “Alf”. Rettighetshaveren til denne figuren var amerikansk, og den uautoriserte produksjonen foregikk av en tysk produsent i Tyskland. I denne avgjørelsen sier retten at Bernkonvensjonens artikkel 5(2) kommer til anvendelse slik at retten i landet der man ønsker beskyttelse, skal anvendes.⁴⁷ Retten kommer fram til at dette er tysk rett, siden dette er stedet den krenkende handlingen fant sted.

En slik direkte anvendelse av bestemmelsen som en rettsvalgsregel forekommer imidlertid ganske sjelden, men vi ser likevel bruken av *lex protectionis* i opphavsrettslige saker uten referanse til konvensjonen. Det finnes dessverre ikke norsk rettspraksis som tar stilling til dette spørsmålet, men van Eechoud viser til flere tyske og nederlandske dommer der retten har valgt *lex protectionis*.⁴⁸ Selv om tysk høyesterett har anvendt artikkel 5(2) til å forsvare *lex protectionis*, finner vi ikke rettspraksis der retten gjør rede for sin tolkning av denne regelen.

Nettopp fordi Bernkonvensjonen faktisk er anvendt som hjemmel for en rettsvalgsregel, og det er en konvensjon som Norge er bundet av, er det vanskelig å utelukke muligheten til å kunne anvende artikkel 5(2) som hjemmel for *lex protectionis* også i Norge i framtida. De fleste nyere forfattere ser imidlertid ut til å enes om at dette ikke er en direkte rettsvalgsregel.⁴⁹

2.1.1.3 Prinsipp om nasjonal behandling

Hos andre forfattere er det gitt uttrykk for at Bernkonvensjonen artikkel 5(2) *ikke* inneholder noen rettsvalgsregel. Det har også vist seg enklere å finne begrunnelser for dette synet enn for de to alternativene overfor.

⁴⁶ Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17. Juni 1992 - I ZR 182/90 - ALF - OLG Hamburg

⁴⁷ “Die Rechtsmacht des Urhebers wie des Nutzungsberechtigten eines urheberrechtlichen Verwertungsrechts gehört zum Umfang des gewährten Schutzes und richtet sich gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 2 RBÜ nach den Rechtsvorschriften des Landes, in welchem der Schutz beansprucht wird, sonach nach der deutschen Rechtsordnung.”

⁴⁸ Van Eechoud, side 109 og 110

⁴⁹ Van Eechoud side 109 hvor hun slutter seg til denne konklusjonen og hvor hun henviser til andre forfattere som gjør det samme.

For det første er det lite som tyder på at det ved vedtagelsen av konvensjonen var noen hensikt om å utforme en rettsvalgsregel. Det var jo som nevnt slik at opphavsrettslige tvister i hovedsak ble ført i det landet der den påstått krenkende handlingen ble utført, og det var ikke noen tradisjon for å anvende fremmed rett. Det er derfor ikke særlig sannsynlig at de som forfattet konvensjonen eller de landene som på den tiden signerte den, i det hele tatt har tatt stilling til rettsvalgsspørsmålet. På den tiden var rettsvalg i opphavsretten heller ikke noe tema i litteraturen. Dett var noe som for alvor begynte å debatteres da Ulmer gav ut sin utredning på 70-tallet. Mye av den senere litteraturen om rettsvalg i opphavsrett refererer til dette verket. Haimo Schack⁵⁰ refererer i sin bok fra 1979 til flere franske og tyske forfattere som enda ikke skiller mellom *lex fori* og *lex protectionis*.⁵¹ Det virker ikke som om spørsmålet om en rettsvalgsregel i opphavsrett før denne tid var særlig aktuelt, og det er derfor mye som tyder på at man ikke har ment å bestemme en slik regel med denne konvensjonen.

Dersom man har tatt stilling til en rettsvalgsregel, mener Schack at det er lite sannsynlig at de har tenkt igjennom *lex protectionis*, for så å feile i utformingen av ordlyden. Dette gjør seg som argument for å innfortolke *lex fori* i stedet for *lex protectionis*, men det tjener også som argument *mot* en rettsvalgsregel.

Som nevnt tidligere, var hensikten med konvensjonen å beskytte opphavsmenn ved å innføre prinsippet om nasjonal behandling. Ser man artikkelens annet punktum i lys av det første, er det etter min mening mest sannsynlig at dette kun er en regel som bestemmer at ingen land kan ha regler som behandler utenlandske opphavsmenn dårligere enn sine egne. Dette er i så fall en bestemmelse som stiller krav til nasjonal lovgivning som gjelder for utlendinger, uten at den sier noe om rettsvalget i opphavsrettslige saker.

“Utenlandske opphavsmenn”⁵² er for øvrig ikke en god beskrivelse av hva som faller inn under konvensjonen. Det er heller snakk om “utenlandske verk”. Dette finner vi i Bernkonvensjonens artikkel 5(3), der det står at en opphavsmann fra land A som har utgitt et åndsverk i land B, skal ha samme beskyttelse som andre åndsverk i land B der

⁵⁰ Tysk dommer og proffessor ved Universitetet i Kiel

⁵¹ Van Eechoud, side 108

⁵² Se kopinors hjemmeside: <http://www.kopinor.no/kopiering-og-opphavsrett/bernkonvensjonen> der man anvender dette uttrykket om prinsippet bak konvensjonen.

opphavsmannen også er fra land B. En utenlandsk opphavsmann vil dermed ikke være beskyttet under konvensjonen i det land der *hennes verk* har sin opprinnelse, da dette ansees å være “verkets hjemland”⁵³. Dette bør også bety at dersom opphavsmannen fra land A gir ut sitt verk i land B, vil dette verket falle inn under konvensjonen i en sak som behandles etter lovgivningen i land A, altså selv om dette er opphavsmannens hjemland. Dette kan også innfortolkes av artikkel 5(1) der det står at opphavsmannen nyter “i andre unionsland enn verkets hjemland” de samme rettighetene som det respektive landets undersåtter, samt minimumskravene som er oppstilt i konvensjonen. I artikkel 5(2) er det også snakk om hvilket vern verket (og ikke opphavsmannen) har i sitt hjemland.

Årsaken til at jeg gjør rede for dette, er at artikkel 5(3) er blitt anvendt som argument mot å innfortolke *lex protectionis* i denne bestemmelsen. Det er Schack igjen som mener at artikkel 5(3) i fall det er snakk om en rettsvalgsregel, vil frustrere *lex protectionis* i en situasjon der opphavsmann fra land A utgir et verk i land B og går til sak i land B for en påstått krenkende handling i land A. Han mener at rettsvalget etter artikkel 5(3) da vil peke til lovgivningen i land B, siden dette er verkets hjemland. Artikkel 5(2) vil imidlertid vise til lovgivningen i land A dersom man innfortolker *lex protectionis* i denne. Han mener at det ikke kan være noen mening i å nedtegne rettsvalgsregelen *lex protectionis* i artikkel 5(2) for så å gå i mot den i artikkel 5(3)⁵⁴. Samtidig sier han at dersom artikkel 5(3) kun viser til verkets hjemland i de tilfeller der dette er det samme som landet som vernet kreves for, ville det være en overflødig bestemmelse.

Jeg er ikke enig i dette resonnementet. Slik jeg forstår artikkel 5(3) vil den ikke nødvendigvis frustrere *lex protectionis*, da den ikke er en rettsvalgsregel, men bare en presisering av at det er *verkets* og ikke opphavsmannens hjemland som er utgangspunkt for hva som faller inn under konvensjonen eller ikke. Sånn sett kan det kan det ikke være avgjørende i hvilket land saken behandles, men hvilken lovgivning den behandles under. Dersom man forstår artikkel 5(3) som en slik presisering og ikke en rettsvalgsregel, vil et verk, dersom det er gjenstand for en sak som behandles av

⁵³ Hva som regnes som opphavsland er oppregnet i Bernkonvensjonens artikkel 4.

⁵⁴ Van Eechoud, side 109. Schack anvender disse argumentene for en innfortolkning av *lex fori* i artikkel 5(2) framfor å avvise at det foreligger en rettsvalgsregel.

lovgivningen i dette verkets opphavsland *ikke* falle inn under konvensjonen. Dette er med andre ord ikke internasjonale privatrettslige regler, men regler som virker etter at et eventuelt rettsvalg er foretatt.

2.1.1.4 Konklusjon

Bernkonvensjonens artikkel 5(2) har blitt anvendt som direkte hjemmel for *lex protectionis*, og dette er årsaken til at jeg behandler spørsmålet om det kan være aktuelt å bruke denne bestemmelsen som rettsvalgsregel. Jeg heller imidlertid mot det siste nevnte alternativet, nemlig at det ikke er ment å skulle innfortolkes noen rettsvalgsregel i Bernkonvensjonen. *Lex protectionis* har de siste årene vist seg som en akseptert rettsvalgsregel (riktignok ikke enda i norsk praksis) og det vil derfor være lite praktisk å anvende konvensjonen som hjemmel for en annen regel enn denne (for eksempel *lex fori*). Som vi har sett, passer ikke ordlyden særlig godt i en tolkning av *lex protectionis*, og historisk sett er det lite som tyder på at dette har vært en aktuell problemstilling da konvensjonen vedtatt. Bernkonvensjonen har utvilsomt hatt mye å si for utviklingen av internasjonal bevissthet når det gjelder opphavsrett, og det er dermed ingenting i veien for at man tar konvensjonens formål i betraktning ved utformingen av en rettsvalgsregel. Jeg mener likevel at den ikke egner seg spesielt godt som en direkte hjemmel for en rettsvalgsregel.

2.2 Europeisk rett, Forordning nr. 864/2007 (Roma II)

Forordning 864/2007, kalt Roma II trådte i kraft så sent som i januar 2009. Den bestemmer rettsvalg i internasjonale sivile og kommersielle saker angående ikke-kontraktuelle forpliktelser. Selv om Ulmers utredning for EF ble ferdigstilt i 1975, er det først nå blitt vedtatt regler som bestemmer rettsvalget i opphavsrettslige tvister. Denne forordningen har sitt virke i EU, og det finnes ikke et motstykke til denne forordningen, slik som Luganokonvensjonen er til Brussel I-forordningen om domsmyndighet. Roma II har ikke anvendelse i Norsk rett, men den kan likevel virke inn på norske rettsvalgsregler. Før jeg går inn på de aktuelle bestemmelsene, vil jeg gjøre rede for den europeiske internasjonale privatrettens stilling i norsk rett.

2.2.1 Europeisk internasjonal privatretts stilling i Norge

Der det er faste rettsvalgsregler i Norsk rett, skal disse anvendes. Dersom man ikke har slike faste regler, skal man anvende den rett som har nærmest tilknytning til saken, jf Irma-Mignon-formelen. Det er i slike saker EU-retten eventuelt kan komme til anvendelse. Hvis man ser på Brussel I og Luganokonvensjonen, så er medlemslandene forpliktet til å tolke samsvarende regler i de to konvensjonene ensartet. Det står i fortalen til Luganokonvensjonen at partene til konvensjonen skal ta hensyn til Brussel-forordningen. Nå er det slik at vi ikke har en konvensjon som tilsvarer reglene i Roma II, men det er likevel aktuelt å bruke samme metode på rettsvalgsregler som tilsvarer reglene i Roma II. Fordelen med å gjøre dette, ikke bare i henhold til Brussel I og Roma II men internasjonal privatrett generelt, er at det bidrar til å harmonisere rettsvalgsreglene.

EU-reglenes påvirkning i norsk rett er også behandlet i Høyesterett i en sak om personvern. Dette er saken Rais mot Seierstad, en kjent sak for mange, og som fikk mye medieoppmerksomhet. Spørsmålet i saken var om Seierstad hadde krenket personvernet med sin bok "Bokhandleren i Kabul", hvor hun hadde skrevet om Rais og hans familie. Selve rettsvalget som ble tatt i Høyesterett, og metoden som ble brukt for å komme fram til resultatet var såpass spesielt at det nok ikke har noen relevans for denne oppgaven. Høyesterett uttalte seg imidlertid om EUs internasjonale privatretts rolle i norsk rett, som vil gjelde generelt for internasjonal privatrett i Norge, og dette er av interesse også for opphavsrettslige tvister.⁵⁵

Høyesterett uttrykker det slik: "I den utstrekning vi ikke har avvikende lovgivning, taler imidlertid hensynet til rettsenhet for at vi ved avgjørelse av rettsvalgsspørsmål legger vekt på den løsning som EU-landene har valgt."⁵⁶ Det Høyesterett her sier er at man skal ta hensyn til europeisk rett både i de tilfellene man har sammenfallende lovgivning (ikke avvikende) og der man ikke har noen bestemt, norsk regel. I det første tilfellet får vi en liknende situasjon som vi har med Brussel I og Luganokonvensjonen, nemlig at regler som tilsvarer hverandre skal tolkes ensartet. I det andre tilfellet vil man måtte anvende faste europeiske internasjonale privatrettslige regler i norske saker. Det vil derfor ikke være anledning å bruke prinsippet om nærmest tilknytning til saken så lenge

⁵⁵ Se mer om rettsvalget i dommen i Moss' artikkel.

⁵⁶ Avsnitt 34 i dommen.

det finnes en europeisk regel på det aktuelle området. Prinsippet om nærmeste tilknytning i saken har tidligere vært en hovedregel i norsk rett. Med denne dommen er det nå blitt et unntak. Nå som Roma II har trådt i kraft, vil det antakeligvis komme mer europeisk rettspraksis på banen, og retningslinjene for utformingen av rettsvalgsregler i Norge vil i høy grad måtte følge det som kommer ut av disse avgjørelsene.

Dersom man innenfor et område *ikke* ønsker å følge de europeiske tendensene i den internasjonale privatretten på et visst område, er det i så fall opp til lovgiver å angi hvilke regler som skal anvendes i norsk rett. Dette er imidlertid ikke spesielt sannsynlig, da Justisdepartementet har stilt seg positive til i norsk rett å gjennomføre internasjonale rettsvalgsregler i tråd med de regelverk som EU har utarbeidet.⁵⁷

Jeg vil nå gjøre rede for hvilke regler i Roma II som er relevante for opphavsrettslige tvister.

2.2.2 Roma II artikkel 8

Roma II artikkel 8 er en kodifisering av rettsvalgsregelen *lex protectionis*, og i punkt 1 står det: “*The law applicable to a non-contractual obligation arising from an infringement of an intellectual property right shall be the law of the country for which protection is claimed.*” I følge premiss 26 i fortalen til forordningen heter det at de med dette tar vare på det universelt anerkjente prinsippet om *lex protectionis*.⁵⁸ Bortsett fra dette er det få holdepunkter til omfanget av denne regelen. Ordlyden i bestemmelsen og denne uttalelsen i premiss 26 kan gi oss en pekepinn på hva lovgiver her har ment, men det kan oppfattes på ulike måter, og det kan bli nødvendig med en nærmere tolkning av denne regelen når den tas i bruk. Jeg vil se på noen mulige utfall av en slik tolkning.

2.2.2.1 Ordlyden i Roma II artikkel 8 første punkt.

Ordlyden sier at *lex protectionis* skal gjelde i saker der en ikke-kontraktuell forpliktelse oppstår ut fra en krenkende handling (*infringement*). For det første er det et spørsmål om *lex protectionis* gjelder for alle spørsmålene i saken, eller om det gjelder kun for spørsmålet om det foreligger en krenkelse. I spørsmålet om det foreligger en krenkelse,

⁵⁷ Moss, side 11.

⁵⁸ Min oversettelse. Engelsk versjon: “the universally acknowledged principle of the *lex loci protectionis* should be preserved”.

må man ta stilling både til om det finnes en rettighet (spørsmål om eksistens, omfang og varighet) og deretter om den utførte handlingen er en krenkelse av denne retten. Begge disse spørsmålene er nødvendig for å avgjøre om det har oppstått en ikke-kontraktuell forpliktelse, og sånn sett lar det forsvare av ordlyden at disse spørsmålene skal behandles under *lex protectionis*. Det som er uklart, er om man har ment at denne regelen også skal gjelde for tilleggsspørsmål⁵⁹ som hvem som er innehaver av rettigheten. Det har vært omstridt hvilken rettsvalgsregel som bør regulere dette spørsmålet⁶⁰, og denne bestemmelsen har dessverre ikke vært med på å gjøre dette noe klarere. Det er også et spørsmål som ofte kan komme opp uten at det har vært noen påstått krenkende handling, og ut fra ordlyden, vil ikke denne bestemmelsen få anvendelse på denne saken. Spørsmålet om hvem som er eier av en opphavsrett bør innenfor hver enkelt stat besvares konsekvent. Det kunne føre til umulige situasjoner dersom man skulle anvende en annen rettsregel enn *lex protectionis* på eierforholdet i én sak og så være bundet av artikkel 8 til å velge *lex protectionis* i en annen sak fordi det var oppstått fra en krenkelse.

2.2.2.2 Premiss 26 i fortalen til Roma II

Den samme tvetydigheten, og for så vidt også den samme konklusjonen, er å finne i premiss 26. Når forfatterne av forordningen mener at de tar vare på det anerkjente prinsippet om *lex protectionis*, kan man spørre seg om de mener at dette er en anerkjent rettsvalgsregel i opphavsrett generelt, og slik ikke tatt hensyn til de ulikhetene som faktisk finnes⁶¹, eller om de mener å ta vare på det anerkjente prinsippet *lex protectionis* slik det tradisjonelt har vært, med ulike regler innenfor visse områder. Stridens kjerne er i så fall fremdeles hvilken rettsregel som regulerer spørsmålet om hvem som er rettighetshaver. Selv når en krenkelse av en opphavsrett er gjenstand for saken, og *lex protectionis* kommer til anvendelse, må man vurdere om spørsmålet om hvem som er opprinnelig eier av rettigheten, må avgjøres under en egen rett. Dette er fordi det *kan skje* at dersom spørsmålet blir behandlet i en sak der det ikke er noen krenkende

⁵⁹ Såkalte *incidental questions*.

⁶⁰ Kapittel 4.2.2

⁶¹ For eksempel rettsvalgsregel i spørsmål om hvem som er opprinnelig eier av verket, kapittel n.n.

handling, blir en annen rettsvalgsregel anvendt. For det første kan det oppstå motstridende avgjørelser, i og med at domstolene har anvendt ulike rettsregler på samme faktum. Dette vil likevel ikke være motstridende dersom det er avgjørelser fra to ulike medlemsland, og hver av statene har sine respektive rettsvalgsregler. Dersom noen skulle være så uheldige å innfortolke en rettsvalgsregel for spørsmålet om eierrettigheter i artikkel 8, derimot, vil dette være en tolkning som skal tas i betraktning ved senere bruk av artikkelen, og slik vil man kunne få en konflikt mellom tolkningen av artikkel 8 og nasjonal lovgivning. En tolkning av artikkel 8 bør derfor være i tråd med det man tidligere har funnet ut av i forhold til dette spørsmålet. Jeg vil i neste del se nærmere blant annet på spørsmålet om rettsvalg når det gjelder hvem som er opprinnelig rettighetshaver.

2.2.3 Roma II artikkel 8(3), Partsautonomi

Regelen for partsautonomi for rettsvalg i ikke-kontraktuelle forpliktelser, finner vi i Roma II artikkel 14. Her står det at partene kan bli enige om rettsvalget etter at den påstått krenkende handlingen ble utført, eller ved avtale før en eventuell skade oppstår. I artikkel 8(3) finner vi et unntak til denne regelen, som sier at reglene i artikkel 14 ikke gjelder for saker som faller inn under artikkel 8. Det er dermed ikke mulig for partene selv å bli enige hvilken lovregulering som skal anvendes i en sak mellom dem. I norsk rett har vi ingen klare regler når det gjelder rettsvalg i opphavsrett eller partsautonomi i slike saker, men i sin artikkel om rettsvalg i opphavsrettslige tvister, gir Ole Andreas Rognstad uttrykk for at “handlingsstedets rett” også må gjelde i norsk rett.⁶² Verken rettsvalgsspørsmålet eller spørsmålet om partsautonomi er blitt behandlet av høyesterett, og dette vil være et typisk tilfelle hvor man vil måtte se til europeisk rett i en eventuell tvist.

Det finnes ikke uttalelser i forbindelse med utformingen av artikkel 8(3) som gir svar på hvorfor partsautonomi er utelukket i opphavsrettslige tvister som faller inn under artikkel 8. Mellom likeverdige parter er partsautonomien et sterkt prinsipp i privatretten, og hensynene som taler mot partsautonomi bør derfor være av en viss betydning. Eksklusjon av partsautonomi finner vi også i Roma II artikkel 6 om urettferdig

⁶² Rognstad, side 415

konkurransen og handlinger som hemmer fri konkurranse. I denne bestemmelsen er det ikke vanskelig å forstå hvorfor det ikke er aktuelt for partene selv å velge lovgivningen. Rettsvalgsregelen her er nemlig til beskyttelse for forbrukerne som blir berørt av slike handlinger. At partene ikke kan velge noen annen lovgivning enn den i landet der forbrukerne berøres, er dermed forståelig.

Begrunnelsen for unntaket fra partsautonomi i artikkel 8(3) er nok først og fremst at opphavsretten er *erga omnes*, slik at når en rettighet er stiftet, er det noe allmennheten må forholde seg til. Det er dermed begrensninger for hvor mye to parter seg i mellom kan bestemme. Aspekter som eksistens, omfang og varighet, samt hva som anses som en krenkende handling *utenfor* kontrakt vil følge av lov, og det er derfor ikke noe partene kan rokke ved. De samme hensynene gjør seg imidlertid ikke gjeldende for å utelukke partsautonomi når det gjelder sanksjonering.

2.2.3.1 Partsautonomi i forhold til sanksjonering

Omfanget av Roma II artikkel 8 er ikke klart presisert. Bestemmelsen må tolkes før man vet nøyaktig hva som faller inn under *lex protectionis*, og hva som dermed også er unntatt fra partsautonomi. Den smaleste tolkningen av artikkel 8(1) er at “obligation arising from an infringement” kun omfatter de obligasjonene som oppstår, nemlig sanksjonene. Det er i hvert fall to innvendinger mot en slik tolkning. For det første passer ikke denne tolkningen til premiss 26 der man viser til *lex protectionis* som et “anerkjent prinsipp”. Man må i det minste anta at man her har ment at områder som eksistens, omfang, varighet og krenkelse omfattes av dette anerkjente prinsippet. For det andre svikter logikken i en slik smal tolkning, da det ikke er noen god grunn til å utelukke partsautonomi når det gjelder sanksjoner, og dersom artikkel 8(1) kun omfattet sanksjoner, ville det antageligvis ikke være noe unntak fra partsautonomi. Spørsmål knyttet til selve rettigheten, er derimot noe som partene ikke kan påvirke, og det er derfor sannsynlig at det er disse spørsmålene forfatterne av artikkel 8 har hatt i tankene da de utelukket partsautonomi. Innholdet i både premiss 26 og artikkel 8(3) tilsier derfor at artikkel 8(1) omfatter spørsmål knyttet til rettigheten, som eksistens, omfang og varighet.⁶³

⁶³ Leistner, side 106

I artikkel 15 er det foretatt en karakterisering av hva som faller inn under lovgivningene som anvendes under Roma II. Denne bestemmelsen gjelder både for krenkelser av fysisk eiendom og immaterielle rettigheter. Artikkel 15 er imidlertid ikke like godt egnet for krenkelser av immaterielle rettigheter som den er for krenkelser av fysisk eiendom. Artikkel 15 omfatter “the basis and extent of liability”, altså selve krenkelsen (basis of liability), men den omfatter ikke spørsmålene om rettighetens eksistens osv, samt hvem som er opprinnelig eier eller spørsmål om overføring av rettigheten. På grunn av opphavsrettens territorielle natur, er det ikke aktuelt å splitte spørsmålene om rettighetens eksistens og spørsmålet om det er begått en krenkende handling. Man må derfor anta at dersom artikkel 8 omfatter selve krenkelsen (basis of liability), må den nødvendigvis også omfatte spørsmålet om rettighetens eksistens.

Både Leistner og Kur kommer til den konklusjonen at artikkel 8(1) og (3) i mangel av en klar definisjon av bestemmelsenes omfang, også må omfatte sanksjoner (obligations arising from an infringement).⁶⁴ Leistner påpeker at det derimot ikke finnes noen grunn til å tolke artikkel 8 slik at den også omfatter spørsmålet om hvem som er opprinnelig eier eller spørsmål om overdragelse av rettigheten. Dette er spørsmål som kan separeres fra spørsmål om rettighetens omfang og krenkelse av denne, og disse spørsmålene faller heller ikke inn under artikkel 15.⁶⁵

3 Rettsvalgsreglene i praksis

Jeg har i de foregående kapitlene gjort rede for *lex protectionis* som rettsvalgsregel i opphavsrett. Med de utfordringene vi har i dagens samfunn, er det også nødvendig å se på hvordan denne regelen fungerer i praksis, og jeg vil først se på hva disse utfordringene består av.

Opphavsmenn har ikke bare med brukerne av verket å gjøre, men også mellomledet mellom disse to. Plateselskaper, forlag, filmselskaper (denne gruppen er heretter for

⁶⁴ Leistner, side 106 og Kur side 8.

⁶⁵ Leistner, side 104.

enkelthetsskyld kalt produsenter) osv. har havnet i en mektig posisjon, hvor det i dag er mye penger å hente. Slike selskaper har hatt stor innflytelse på utviklingen av Bernkonvensjonen, både når det gjelder selve utformingen av rettighetene og i arbeidet med å få flest mulig land til å signere konvensjonen.⁶⁶ Ved å skape klarere rammer for hvilke rettigheter som en opphavsrett fører med seg, for eksempel eksklusiv rett til reproduksjon og spredning, utviklet man opphavsretten til en gjenstand som var egnet til handel på det private markedet.

World Trade Organization (WTO) har også utarbeidet en avtale for sine medlemmer om handel med immaterialrett, kalt Agreement of Trade-Related Aspects of Intellectual Property (TRIPs) og som trådte i kraft i 1994. Målet med avtalen er å redusere eventuelle hindringer av internasjonal handel med immaterielle rettigheter. Samtidig skal den fremme beskyttelse av opphavsretten ved å pålegge statene å håndheve de opphavsrettslige reglene.⁶⁷ Det har blitt et stort fokus på å utvikle regler som gjør handel enklere, og på regler som skal gi beskyttelse til rettighetshaver, som i mange tilfeller vil være en produsent. I tillegg utøver denne bransjen stor innflytelse på mediene og er dermed med på å bestemme hvilke produkter som blir markedsført. Alt dette er med på å sette selve skaperen av åndsverk i en svak forhandlingsposisjon, og derfor er det også satt i verk tiltak som beskytter selve skaperen av verket, selv etter at de økonomiske rettighetene er overdratt til en produsent.⁶⁸

En annen utfordring som springer ut av dagens samfunn, er utviklingen av det digitale nettverket og teknologien generelt. Selv om mange tjenester på internett er ment å være lokale, er det likevel slik at nettsider stort sett er tilgjengelige verden over, og mange av disse lar seg derfor bruke utenfor det området de har ment å henvende seg til. Det er også mulig for flere personer på ulike steder å skape noe sammen over internett. Dette kan gjøre det vanskelig å definere hvilket land som er verkets opprinnelsesland. Teknologien har også gjort uautorisert bruk lettere, både når det gjelder bruk, reproduksjon og distribusjon. Et eksempel på dette er fildeling på internett, som de siste

⁶⁶ Porter, side 3

⁶⁷ Fra forordet til TRIPs: “*Desiring* to reduce distortions and impediments to international trade, and taking into account the need to promote effective and adequate protection of intellectual property rights, and to ensure that measures and procedures to enforce intellectual property rights do not themselves become barriers to legitimate trade”

⁶⁸ Jf. Bernkonvensjonen 6bis om ideelle rettigheter.

årene har vært et hett debattert tema. I tillegg til de utfordringene teknologien har tilført opphavsretten, har vi naturligvis også de tradisjonelle metodene for produksjon og distribusjon, både de lovlige og piratvirksomhet.

Før jeg går inn på hvordan disse problemene er forsøkt løst, vil jeg gjøre en drøftelse av hva som er ønskelig å oppnå med rettsvalgsregler i opphavsrett.

3.1 Målet med rettsvalgsreglene i opphavsrett

For å vite hvilke rettsregler som gir best resultat, må man vite hva slags resultat man ønsker å oppnå. Ett mål med opphavsrettslige regler, må være å stimulere den kreative produksjonen, det vil si å bidra til å øke, eller i det minste opprettholde mengden og mangfold av åndsverk som blir publisert. For å oppnå dette, må man finne en balanse mellom interessene til opphavsmannen, investorene og brukerne. Sistnevnte representerer den allmenne interessen.

3.1.1 Opphavsmannens interesser

Som jeg har nevnt tidligere, hadde de som tok initiativ til Bernkonvensjonen et ønske om å beskytte opphavsmannen, altså selve skaperen av verket. Likevel ser vi at opphavsmannen står i en relativ svak forhandlingsposisjon i forhold til produsentene. På tross av dette (mis)forholdet, er det likevel gjennomført en del tiltak for å styrke opphavsmannens rett. Det hjelper lite å gi rettighetshaveren alle mulige goder, dersom denne delen av rettigheten kan overdras til andre, og særlig hvis denne andre parten er en betydelig sterkere part. Tvert i mot kan det ved å utforme opphavsrettslige regler som gir økt økonomisk fortjeneste og økt innflytelse på bruken av verket, styrke den allerede sterke parten, som vil være den som blir sittende med disse privilegiene. Dersom man ønsker å stimulere den kreative produksjonen av åndsverk, er det nødvendig å verne om opphavsmannens rettigheter, ikke bare i forhold brukerne av verket, men også til produsentene. Dette er også forsøkt løst i Bernkonvensjonen artikkel 6bis om at skaperen av verket alltid skal bli anerkjent som opphavsmann, og at vedkommende kan motsette seg endringer av verket “som kan skade hans ære eller anseelse.” Det finnes også eksempler på nasjonal lovgivning som har til hensikt å beskytte opphavsmannen som en svakere part enn produsentene. Mye av dette er

riktignok i forbindelse med kontraktsrett, men også dette kan få innvirkning på ikke-kontraktuelle spørsmål. Noen land har preseptoriske regler som gjelder ved overføring av rettigheter. Et eksempel på en slik regel er at man ikke kan overføre rettighetene til framtidige verk, eller at slike avtaler må følge et visst formkrav.⁶⁹ Et annet eksempel finner vi i den tyske *Urheberrechtsgesetz 1965*⁷⁰ det heter at dersom det er tvil om rettighetene er overført til en annen person, er presumsjonen at opphavsmannen har beholdt rettighetene.⁷¹ Fordi rettsvalgsreglene er ulike i forskjellige land, vil rettsvalget kunne være avgjørende i spørsmål som gjelder hvem som er innehaver av rettighetene. Et av argumentene for opphavsrettslige regler som skal verne opphavsmannen fra et eventuelt mellomledd er begrunnet i rettferdighet. Spesielt i Frankrike, hvor tradisjonen for å verne om opphavsmannen har stått relativt sterkt, også før Bernkonvensjonen, er argumentet at rettigheter til et åndsverk er noe et menneske har rett til i den egenskap at mennesket er fritt. I følge John Locke⁷² er det muligheten til å høste fruktene av eget arbeid som stimulerer til å skape, og at dette arbeidet rettferdiggjør skaperens eksklusive rett i det hun selv har skapt. Dersom et samfunn tar vekk en persons rett til sin eiendom, tar det også vekk personens frihet.⁷³ Mange mener dermed at for å stimulere den kreative skapelsen, er det viktig å ta vare på selve skaperens rettigheter i åndsverket.

3.1.2 Produsentenes interesser

Slik samfunnet er i dag, spiller produsentene utvilsomt en viktig rolle når det gjelder formidling av åndsverk, ikke minst når det gjelder *internasjonal* distribusjon. Dersom en låtskriver eller forfatter har et ønske om å nå ut til flest mulig mennesker i den vide verden, er dette noe som utvilsomt vil være vanskelig på egenhånd. Over tid har det

⁶⁹ Dette kan føre til at regler som gjelder for forhold utenfor kontrakt må anvendes for å avgjøre hvem som er den rette eier, men man må gjøre en vurdering av hver enkelt sak om det foreligger en avtale eller ikke.

⁷⁰ Den tyske åndsverksloven.

⁷¹ Van Eechoud, side 154-155. Her finnes også flere eksempler på regler som verner om opphavsmannens interesser.

⁷² Engelsk filosof og lege som levde på 1600-tallet.

⁷³ Van Eechoud, side 145.

utviklet seg et internasjonalt nettverk mellom slike selskaper som gir muligheten for opphavsmannen å få formidlet sitt verk, ikke bare på steder hun på egenhånd ville hatt vanskeligheter med å nå, men også med et omfang som et enkeltmenneske ikke vil ha ressurser til å klare selv. Så lenge det er et ønske å formidle åndsverk i den skala det blir formidlet i dag, mener mange derfor at det også er viktig å ta vare på produsentenes interesser. I den posisjonen produsenter står i per i dag, er det ikke nødvendig med regler som beskytter produsentene mot opphavsmenns bruk av rettighetene.

Utfordringene i dag er heller å komme den utstrakte uautoriserte bruken av åndsverk til livs, og dette er et problem både for opphavsmannen og produsentene. Dersom man ønsker å skape et regelverk for å hindre slik ulovlig bruk, kan det være nyttig at produsentene sitter med rettigheter i verket, fordi de er i en posisjon hvor de bedre kan ivareta rettighetene enn det opphavsmannen ofte kan.

Produsentene driver handel med åndsverk, og det er klart at de som driver på det private markedet har en økonomisk interesse i det de holder på med. For at et slikt marked skal eksistere, er det derfor nødvendig at de som investerer i opphavsretter, kan innhente sin fortjeneste. Produsentene er også ofte de som sitter med ansvaret for selve produksjonen og distribusjonen av åndsverket, og for å unngå at hvem som helst skal på egenhånd lage kopier, er det også viktig at de som er blitt tiltrodd denne oppgaven har eksklusiv rett til å utføre den. På den måten kan det være både i produsenten og opphavsmannens interesse å overføre rettigheter til produsentene.⁷⁴

3.1.3 Allmenne interesser

Det blir mye fokus på hvordan man kan beskytte opphavsmenn eller andre rettighetshavere. Markedet for åndsverk avhenger naturligvis også av brukerne av verkene, og jeg vil derfor se på hvilke allmenne interesser som må ivaretas for å stimulere den kreative produksjonen av åndsverk.

I FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale kulturelle rettigheter artikkel 15, første punkt bokstav a) heter det at enhver har rett til “å delta i det kulturelle liv”.⁷⁵ Det er

⁷⁴ Om argumentene for vern av produsentene, se van Eechuod, side 146 flg.

⁷⁵ Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Vedlegg 4 til Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, 21. mai nr. 30 1999.

dermed angitt at det er en menneskerett å ha tilgang til kunst og kultur. Interessen for kunst og kultur blir med andre ord ansett for å være noe grunnleggende hos oss mennesker, og dette (i tillegg til at det stimulerer kreativ skapelse) er noe som fører til at vi oppsøker kunstneriske verk som oppfyller dette behovet.⁷⁶ For å ivareta denne interessen hos brukerne, må man gjennom rettsreglene tilrettelegge for tilgjengeliggjøring av åndsverk for flest mulig brukere.

I konvensjonens artikkel 15 første punkt bokstav c) er det også bestemt at enhver skal ha rett til å nyte beskyttelse som opphavsmann til et verk. Opphavsrettsreglene bør derfor en være et produkt av en balanse mellom disse to interessene, dersom man skal oppfylle kravet i artikkel 15.

Produsentene spiller en viktig rolle i den legitime formidlingen av åndsverk, som bidrar til større tilgang for brukerne. Selv om det er viktig at produsentene får eksklusive rettigheter for å kunne gjennomføre en slik distribusjon, må vi ikke glemme at når opphavsretten er blitt en gjenstand for det private markedet, vil det fort oppstå en situasjon der ressursvake samfunn blir tapere. Med TRIPs var hensikten å sørge for at opphavsrettslige regler etter amerikanske og europeiske modeller ble håndhevet i alle medlemslandene. Utviklingsland, som tidligere har hatt liten eller ingen beskyttelse av immaterielle rettigheter, har måtte reformere hele sitt regelverk i forhold til dette. Det har betydd en brå økonomisk overgang for mange av disse landene. Det største politiske debatten har nok vært i forbindelse med patenter på livsnødvendige medisiner, men også i underholdningsbransjen er det nå blitt slik at produsentene kan innhente fortjeneste på sine rettigheter også i land med svært dårlige ressurser. Dette vil bidra til å minske tilgjengeligheten til åndsverk i land med svak økonomi. Politikken i dette er ikke relevant her, men det er et eksempel på hvordan rettighetshavernes interesser til stadighet blir favorisert.⁷⁷

Økt tilgang til kunst og kultur må sies å være en inspirasjonskilde til mange av verkene som blir publisert i dag. Tilgjengelighet er derfor viktig for å stimulere den kreative produksjonen. Markedsmessig har opphavsretten blitt svært verdifull som en

⁷⁶ For utdypende lesning om menneskets behov for kunst, anbefales å lese Susanne Langer, *Philosophy in a New Key: A Study in the Symbolism of Reason, Rite, and Art* (1942) og *Feeling and Form: A Theory of Art* (1953)

⁷⁷ Correa (1998)

handelsvare, og det økonomiske aspektet ved dette stimulerer til økt produksjon. Det ser imidlertid ut til at dette utvikler seg i en retning som kan gå på bekostning av den allmenne interessen for tilgjengelighet og mangfold.

Opphavsrettslige regler bør utformes med utgangspunkt i en balanse mellom de tre nevnte partenes interesse. Slik situasjonen er i dag, er rettighetshaverens interesser stadig i sterkere fokus. Som i Bernkonvensjonen, finner vi også prinsippet om nasjonal behandling i TRIPs artikkel 3. I tillegg er dette et bestevilkårsprinsipp i TRIPs artikkel 4. Her står det at (med visse unntak) skal medlemslandene innføre i sine nasjonale regler eventuelle regler for beskyttelse som måtte bli vedtatt i et av de andre medlemslandene. På denne måten sikrer man en harmonisering av de nasjonale reglene oppover, og dette er en metode som kan føre til ytterligere beskyttelse av opphavsretten.

3.2 Anvendelse av rettsvalgsreglene

Jeg vil nå se på hvordan rettsvalgsreglene fungerer i praksis i møte med de utfordringer og hensyn som er nevnt i de foregående kapitlene. Jeg vil etter hvert ta for med rettsvalget for hvert av de følgende aspektene ved opphavsretten: spørsmålet om hvem som er opprinnelig eier av verket, eksistens, omfang og varighet (disse tre vil bli behandlet under ett), krenkelse av opphavsretten og sanksjoner ved en slik krenkelse. Før jeg går inn på dette, vil jeg kort gjøre rede for ulike prinsipper som kan ligge til grunn for en rettsvalgsregel, nemlig prinsippet om nærmest tilknytning til saken, partsautonomi, prinsipp om beste vilkår og prinsipp om en bestemt tilknytningsfaktor.

3.2.1 Prinsipper som styrer rettsvalgsregler

Prinsippet om hvilken lovgivning som har nærmest tilknytning til saken er et grunnleggende prinsipp som ligger til grunn for alle rettsvalgsregler. Det er ikke et alternativ til de følgende prinsipper, men et tungtveiende argument i vurderingen av hvilket prinsipp som bør legges til grunn for rettsvalgsreglene.

3.2.1.1 Partsautonomi

Partsautonomi har jeg allerede vært inne på, og vi har sett at dette prinsippet ikke er aktuelt i opphavsrettslige tvister, da opphavsretten er en rettighet *erga omnes*. Jeg vil imidlertid komme tilbake til dette i avsnittet om sanksjoner i forbindelse med krenkelse av opphavsretten.

3.2.1.2 Prinsipp om beste vilkår

Prinsippet om beste vilkår går ut på at man ut fra et selektivt utvalg av lovreguleringer som har tilknytning til saken, velger den som gir best vern for en bestemt part.⁷⁸ Hensikten ved å anvende et slikt prinsipp vil være å beskytte den personen som ansees som den svakere part, og man kunne tenke seg en slik løsning med tanke på den tendensen vi har sett med stadig økende vern av rettighetshaver. Van Eechoud avviser at et slikt prinsipp har noe å gjøre i opphavsrettslige tvister.⁷⁹ Vi kan likevel se tendenser til at forfattere når de tolker rettsvalgsreglene, forsøker å unngå å ende opp med en lovregulering som gir lite eller ingen beskyttelse av opphavsretten.⁸⁰

3.2.1.3 Prinsippet om én bestemt tilknytningsfaktor

Tilknytningsfaktorene er de faktorer man legger til grunn i vurderingen om hvilket lands lovregulering som har nærmest tilknytning til saken. Ved å anvende prinsippet om en bestemt tilknytningsfaktor, velger man én av disse faktorene og lar denne styre rettsvalget.⁸¹ Man kan for eksempel velge å beskytte den ene parts interesser ved å knytte rettsvalget til denne personens hjemland. Dette vil være til fordel for denne parten i den forstand at rettsvalget vil være forutsigbart for denne personen, og lovreguleringen vil være en som er kjent for vedkommende (i den grad personer setter seg inn i sitt hjemlands nasjonale lovgivning). Dette vil imidlertid ikke nødvendigvis føre til at det er de reglene som gir best vern for vedkommende som blir valgt. De opphavsrettslige regler må imidlertid balanseres mellom tre parters interesser, nemlig

⁷⁸ Van Eechoud, side 175.

⁷⁹ Van Eechoud, side 175

⁸⁰ Se kapittel 3.2.4.1.

⁸¹ Se kapittel 1.2 om rettsvalg, samt Van Eechoud, side 175 og 176.

opphavsmannen, produsenten og brukeren. Ved å velge en tilknytningsfaktor som ikke er forbundet med én av partene, unngår man å favorisere noen av partenes interesser.

Van Eechoud mener det er en god løsning å anvende *brukerstedet* som en slik faktor.⁸² Brukerstedet har ikke nødvendigvis tilknytning til noen av partene, men vil samtidig være et sted alle partene har interesse i. Brukeren vil benytte seg av dette stedet til sin utnyttelse (eller krenkelse) av verket, og rettighetshaveren vil ha en interesse i at rettighetene til verket blir ivaretatt i det området bruken foregår.

Jeg vil nå se på rettsvalgsreglene i opphavsrett i lys av det jeg har gjort rede for i de foregående kapitlene om dagens utfordringer i opphavsrett internasjonalt, de ulike aktørenes interesser og prinsippene som ligger bak rettsvalgsreglene.

3.2.2 Opprinnelig eier

Det gjenstår å se hvilken tilnærming de norske domstoler vil ha til rettsvalgsspørsmålet når det gjelder eierrettighetene i opphavsrett. Den individualiserende metode er fremdeles et aktuelt alternativ så lenge vi ikke har noen klar rettsvalgsregel, og så lenge det ikke er noen klare retningslinjer for en rettsvalgsregel ellers i Europa.

3.2.3 Eksistens, omfang og varighet

Spørsmål angående opphavsrettens eksistens, omfang og varighet faller inn under *lex protectionis*. Det vil si at innenfor hvert land, kan åndsverk brukes i tråd med de regler som gjelder for det enkelte land. Utfordringene oppstår når denne bruken blir grenseoverskridende og brukers handlinger får konsekvenser også i andre land. Jo flere land som er involvert, desto vanskeligere vil det være å identifisere hvilket lands rett som skal anvendes dersom det oppstår en tvist. Der krenkelse av en opphavsrett er gjenstand for en sak, har jeg tidligere sagt at retten som gjelder for lovligheten av handlingen, må også gjelde for spørsmålene om opphavsrettens eksistens, omfang og

⁸² Van Eechoud, side 177.

varighet. Jeg sier derfor ikke mer om dette området, men går videre til å behandle krenkelse av opphavsrett.

3.2.4 Krenkelse av opphavsretten

Rettsvalgsregelen for krenkelser av opphavsrett er også *lex protectionis*. Det er imidlertid ikke alltid like enkelt å identifisere hvilket lands rett *lex protectionis* henviser til. I utgangspunktet er dette landet der den påstått krenkende handlingen finner sted. Jeg har allerede konstatert at territorialitetsprinsippet og suverenitetsprinsippet står i veien for at ett lands lovgivning kan skape rettigheter i et annet land, man vil derfor møte problemer dersom man velger retten i et annet land enn det der handlingen ble utført. Likevel gir flere forfattere uttrykk for at dersom landet der handlingen ble utført er tilfeldig, har det en såpass fjern tilknytning til saken at man må kunne anvende retten i et land med en nærmere tilknytning. Dette vil typisk være i situasjoner der man oppretter en “piratvirksomhet” i et land der den opphavsrettslige beskyttelsen er lav, eller man plasserer en server for opplastning og nedlastning av filer på et tilsvarende sted, for å omgå opphavsrettslige regler i sitt eget land.

3.2.4.1 Mottakerlandet

Rognstad mener at mottakerlandet vil være “det mest attraktive tilknytningspunktet” i slike saker og at denne løsningen er den beste for å sikre et ønsket beskyttelsesnivå.⁸³ “Mottakerlandet” forstås som det landet en eventuelt uautorisert formidling henvender seg til. Det er riktignok, i hvert fall i Europa, tradisjonelt vært ønskelig å beskytte opphavsmannen i størst mulig grad. Men selv om dette er vanlig, vil det ikke si at man kan velge bort de lovreguleringene som ikke baserer sine opphavsrettslige regler på de samme interessene. Å argumentere for at handlingsstedets rett ikke ivaretar et ønsket nivå av beskyttelse (av opphavsmannen), er derfor ikke et holdbart argument for å velge en annen lovgivning i stedet for denne.

⁸³ Rognstad, side 420

Dersom man mener at viktige interesser ikke blir ivaretatt av *lex protectionis*, må man i så fall se om man kan anvende prinsippet *ordre public*. Det vil si at dersom en regel i den fremmede retten vil føre til et resultat som er i strid med et grunnleggende prinsipp i norsk rett, kan retten se bort i fra denne regelen og anvende *lex fori* i stedet. Dette gjelder imidlertid *kun* på de enkeltspørsmål som vil bli avgjort i strid med de grunnleggende prinsippene, resten av saken skal fremdeles behandles under fremmed rett. Dersom man ønsker en fast rettsvalgsregel, kan man ikke ekskludere retten i noen land fordi de ikke ivaretar de samme interessene som her i landet. Kravet til hva som ansees som grunnleggende prinsipper som skal ivaretas av *ordre public*, er strengt, interessene i en opphavsrett faller neppe inn under et slikt prinsipp.

Et annet argument for å anvende mottakerlandets rett, er at denne handlingen *tilgjengeliggjør* verker på en ulovlig måte i de landene de blir spredt til, og at retten i disse landene også må ansees som *lex protectionis*, da man ønsker å fjerne denne tilgjengeligheten (beskytte opphavsretten) i hvert enkelt land dette forekommer. Det man i realiteten gjør her, er å anvende rettsvalgsregelen slik at man kan anvende lovgivningen, ikke bare i landet der den krenkende handlingen utføres, men også i de landene der “skaden” inntreffer. Dette sammenfaller med den alminnelige rettsvalgsregelen for ikke-kontraktuelle forpliktelser, nemlig *lex loci delicti*, som vil si retten til landet der skaden inntraff eller har gjort sitt utslag. Rettsvalgsregelen for ikke-kontraktuelle forpliktelser generelt og for krenkelser av opphavsrett er formulert svært forskjellig i Roma II, der *lex loci delicti* i artikkel 4 (general rule) sier spesifikt at man kan anvende retten i et land der skaden har gjort utslag, uten å ta hensyn til landet der den skadevoldende handling ble utført.⁸⁴ En slik presisering er ikke gjort i artikkel 8 (1), og om disse reglene er sammenfallende må i tilfelle vurderes. Opphavsrettens territorielle natur tilsier vel, som jeg har vært inne på tidligere, at om en handling er av en krenkende art, må behandles under retten i det landet der handlingen ble utført. Opphavsretten har en unik karakteristikk, og man bør i hvert fall tenke seg om før man

⁸⁴ “Unless otherwise provided for in this Regulation, the law applicable to a non-contractual obligation arising out of a tort/delict shall be the law of the country in which the damage occurs irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occur.”

anvender den generelle regelen for ikke-kontraktuelle obligasjoner på opphavsrettslige tvister.

Dersom man skulle anvende retten i det landet der et verk tilgjengeliggjøres, og denne formidlingen skjer over internett, vil i så fall det bety at saksøker kan velge mellom lovene i et meget stort område. I så fall må man anta at saksøker velger den loven med det strengeste vernet. Dersom man velger denne metoden, vil man få en rettsvalgsregel som fører til at den loven som gir best beskyttelse av saksøker vil bli anvendt, og det er ikke noe som tyder på at en slik favorisering er ønskelig.

En mulighet til å begrense en slik favorisering, er å se på hvilket område tilgjengeliggjøringen er rettet mot, og anvende lovreguleringen(e) i dette området som *lex protectionis*.⁸⁵ I mange tilfeller er ikke innholdet på en nettside ment å spres internasjonalt, selv om dette er en bieffekt som følger med distribusjon over internett. For å kunne avgjøre hvilket område avsender har ment å skulle nå, kan man se på faktorer som hvilket språk som er brukt på nettsiden, informasjonens natur (som for eksempel lokale nyheter), hvilket lands personer som eventuelt har mulighet til å utføre en betaling til nettstedet og om det er noen form for registrering på nettsiden som er knyttet til ett eller flere spesifikke land. Det er også mulig for avsender å blokkere bruken av nettstedet på maskiner med en IP-adresse⁸⁶ utenfor området man ønsker å nå.⁸⁷

Å anvende retten i mottakerlandet som *lex protectionis* er drøftet som en mulighet i litteraturen, og dette må bli opp til domstolene av avgjøre. Metoden eliminerer riktignok mulighetene til å anvende land med dårlig beskyttelse for å omgå opphavsrettslige regler. På den annen side, er nok dette uansett ikke veldig aktuelt lenger. De fleste landene har undertegnet Bernkonvensjonen, som oppstiller et minstekrav til de

⁸⁵ Van Eechoud, side 224

⁸⁶ IP-adresse er en nettverksadresse som identifiserer og lokaliserer hver enhet i et nettverk (for eksempel internett). Servere har faste IP-adresser, mens private datamaskiner som regele har en ny IP-adresse hver gang man logger på nettverket. På den måten kan man med sin datamaskin få tilgang til informasjon som er tilgjengelig i det området man befinner seg.

Se Store Norske Leksikon: <http://www.snl.no/IP-adresse/IT>

⁸⁷ Van Eechoud, side 224.

nasjonale opphavsrettsreglene. At noen lokaliserer sin virksomhet i et bortgjemt hjørne av verden for å bedrive piratvirksomhet vil neppe være særlig utbredt, og dette bør etter min mening ikke tillegges for mye vekt.

3.2.4.2 Åndsverkloven

Man kan også benytte seg av nasjonal lovgivning for å hindre spredning av uautoriserte versjoner av åndsverk. Dette kan man gjøre ved å forby uautorisert reproduksjon, spredning og import av åndsverk, slik det er gjennomført i norsk rett.⁸⁸ Selv om spredningen er gjort fra et land der denne handlingen er lovlig, er importen av slike verk ulovlig dersom framstillingen eller distribusjonen er i strid med norsk lov.

Reglene om opphavsmannens eksklusive rettigheter til framstilling og spredning, finner vi i åndsverkloven (heretter åvl.) § 2.⁸⁹ Reglene om spredningsretten kan imidlertid ikke anvendes på saker som gjelder import til Norge. De norske reglene får derfor ikke virkning på handlingen som utgjør framstilling og formidling i andre land enn Norge. Disse handlingene behøver ikke engang være rettstridige der de ble utført. I åvl § 54 første ledd bokstav c ilegges det imidlertid straff mot import med hensikt om videreformidling av åndsverk som har blitt fremstilt på en slik måte som ville vært i strid med norsk lov. Dersom man tenker at noen anvender et land med svak beskyttelse for å omgå de reglene vi har om vern av opphavsretten i Norge, vil bestemmelsen i åvl. § 54 stoppe disse verkene ved landegrensene.

Forslaget om å anvende retten i mottakerlandet må sees på som et alternativ der avsenderlandet er så tilfeldig at prinsippet om retten med nærmest tilknytning til saken vil bli fullstendig tilsidesatt.

Et annet forslag for å unngå å anvende en rett med en tilfeldig tilknytning til saken, er å se på det “organisatoriske” brukerlandet. Det vil si det landet der initiativet til reproduksjon eller spredning blir tatt, og den praktiske organisasjonen blir foretatt.

⁸⁸ Rognstad, side 418.

⁸⁹ Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. 12. mai. Nr. 2. 1961

⁹⁰Dersom noen driver uautorisert opplasting til en server i utlandet fra et fast tilholdssted i Norge, vil man etter denne modellen kunne anvende norsk rett, da denne klart har en nærmere tilknytning til saken. I åvl § 58a finner vi noe liknende i reglene om kringkastning over satellitt. I denne bestemmelsen står det at norsk lov får anvendelse dersom satellitten mottar signalene fra Norge. Sammenliknet med online overføring på internett, kan man si at dette tilsvarer at online overføringer skjer fra en server plassert i Norge. I tillegg bestemmer § 58 at norsk rett også får anvendelse dersom “kringkastningssendingen foretas etter oppdrag fra et kringkastningsforetak som har sitt hovedsete her i riket”. Det er mulig at en liknende bestemmelse for online dataoverføring ville vært tjenelig i formålet med å hindre omgåelse av norsk rett ved å plassere en server i et land med svakt opphavsrettslig vern. På grunn av lovligheten av en handling, altså i spørsmålet om en handling representerer en krenkelse eller ikke, er det vanskelig å argumentere for noe annet land enn landet der den påstått krenkende handlingen ble foretatt. Ved uautorisert spredning av et verk, må hovedregelen derfor være å anvende avsenderlandets rett.

3.2.4.3 Avsenderlandet

Det kan være problematisk å identifisere *lex protectionis* i tilfeller der spredning av et åndsverk skjer via en rekke servere, og man dermed har med mer enn ett brukerland å gjøre.⁹¹ Rognstad mener at mottakerlandet vil være en aktuell tilknytningsfaktor også i slike tilfeller, men her finnes det også andre løsninger.

Van Eechoud har utarbeidet en prioriteringsliste over aktuelle land hvis rett kan anvendes i saker vedrørende krenkelse av en opphavsrett i tilfeller der man kan knytte bruken til mer enn ett land. Hun gjør en vurdering av om det er retten knyttet til skadevolder eller til skadelidte som egner seg best dersom man må foreta et valg av brukerland. Når det gjelder å anvende retten i hjemlandet til skadevolder, er ikke dette en rett det er tradisjon for å velge i ikke-kontraktuelle obligasjoner i Europa. På en annen side vil ofte denne retten bli valgt indirekte, i og med at den ofte faller sammen med handlingsstedets rett.⁹² Det finnes imidlertid eksempler på at retten i skadelidtes

⁹⁰ Van Eechoud, side 217.

⁹¹ Rognstad, side 419.

⁹² Van Eechoud, side 218.

hjemland blir brukt i ikke-kontraktuelle obligasjoner. Både i Sveits og i Italia anvender man denne retten i injuriersaker. Slike personlige rettigheter kan minne litt om de ideelle rettighetene i opphavsrett, og van Eechoud trekker en parallell med stor forsiktighet mellom disse to rettighetene. På en annen side sier hun også at hensikten bak å anvende skadelidtes rett, er at denne parten blir sett på som den svakere part.⁹³ I opphavsrett blir ikke rettighetshaveren sett på som en svakere part enn brukeren. Selv om argumentet for å anvende skadelidtes rett faller litt igjennom her, velger van Eechoud å gi skadelidtes rett en forrang foran skadevolders rett på grunnlag av at i Europeisk internasjonal privatrett finnes det ingen tradisjon overhode for å anse skadevolder som en svakere part en skadelidte.

Reglene om hvilket lands rett som skal anvendes dersom flere enn ett land er aktuelt som brukerland er ment å skulle ivareta prinsippet om nærmest tilknytning, og presumsjonene for dette er følgende:

- 1) Der bruken kan knyttes til ett land, er det retten i dette landet som skal anvendes.
- 2) Dersom det bruken er knyttet til flere land, er alternativene
 - a. Retten i skadelidtes (rettighetshaveren) hjemland, dersom dette landet er et av brukslandene. Dersom dette ikke er tilfelle:
 - b. Brukerens hjemland dersom dette landet er et av brukslandene.⁹⁴

Van Eechoud legger med dette til grunn at kun retten i brukslandet er et aktuelt alternativ, og i de tilfeller der man kan knytte bruken til flere enn ett land, anvender man ulike tilknytningsfaktorer (først skadelidte, så skadevolder) for å peke ut ett land.

Dersom man anvender disse prinsippene, oppnår man målet om forutsigbarhet. Dette er presumsjoner som er blitt utformet ut fra en balanse mellom å finne det landets rett som har nærmest tilknytning til saken, skape forutsigbarhet gjennom faste regler og hensyn til statenes suverenitet. Dette løser ikke problemet med omgåelsen av opphavsrettslige regler ved å benytte seg av områder der det opphavsrettslige vernet er svakt, men van Eechoud mener at disse tilfellene per i dag er så lite praktiske, at hensynet til

⁹³ Van Eechoud, side 220.

⁹⁴ Van Eechoud, side 221 og 229.

forutsigbarhet i rettsvalgsreglene må veie tyngre.⁹⁵ Jeg slutter meg også til dette resonnementet.

Når det gjelder sanksjoner ved krenkelse av en opphavsrett, antas det at disse behandles under samme lovgivning som spørsmålet om rettighetens eksistens, omfang og varighet, samt krenkelse av opphavsretten.⁹⁶

4 Oppsummering

I rettsvalg vedrørende en opphavsretts eksistens, omfang og varighet, samt krenkelser og sanksjoner, gjelder *lex protectionis*, altså retten i det landet man ønsker beskyttelse for. Ut fra territorialitetsprinsippet må lovligheten av en handling bestemmes ut fra retten i det landet handlingen ble utført, og det vil si at handlingsstedets rett må anvendes i saker vedrørende krenkelse av opphavsrett. I saker der handlingsstedet har en veldig fjern tilknytning til saken, kan det være aktuelt å anvende en rett med en nærmere tilknytning. Dette kan enten være mottakerlandet (der hvor verket blir gjort tilgjengelig), eller man kan anvende retten i det landet hvor organiseringen av den krenkende handlingen fant sted. I saker der det er vanskelig å identifisere bare ett brukerland, kan skadelidte eller skadevolders hjemland være en indikasjon på hvilket av disse brukerlandenes rett som skal anvendes.

I saker vedrørende hvem som er opprinnelig eier av åndsverket, er ikke rettsvalgsregelen like klar. Både *lex protectionis* og *lex origins* er foreslått som rettsvalgsregler i Europa, og hvilket av disse alternativene de norske domstolene vil gå for, gjenstår å se.

⁹⁵ Van eechoud, side 219.

⁹⁶ Se kapittel 2.2.3.1

5 Litteraturliste

Bøker:

Eechoud, Mireille van. *Choice of Law in Copyright and Related Rights* 1. utgave. Haag (Kluwer Law International), 2003.

Porter, Vincent. *Beyond the Berne Convention*. 1. utgave. London (John Libbey), 1991.

Strömholm, Stig. *Immateriellt och internationellt*. 1. utgave. Stockholm (Nordstedts juridik), 2004.

Ulmer, Eugen. *Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws*. 1. utgave. Deventer (Kluwer), 1978.

Kapitler i bøker:

Beckstein, Frank. *The American Law Institute Project on Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes*. I: Intellectual Property and Private International Law. Redigert av Stefan Leible og Ansgar Ohly. 1. utgave. Tübingen (Mohr Siebeck), 2009.

Kur, Annette. *Are there any Common European Principles of Private International Law with regard to Intellectual Property*. I: Intellectual Property and Private International Law. Redigert av Stefan Leible og Ansgar Ohly. 1. utgave. Tübingen (Mohr Siebeck), 2009.

Leistner, Matthias. *The Law Applicable to Non-Contractual Obligations Arising from an Infringement of National or Community IP Rights*. I: Intellectual Property and Private International Law. Redigert av Stefan Leible og Ansgar Ohly. 1. utgave. Tübingen (Mohr Siebeck), 2009.

Rognstad, Ole-Andreas. *Rettsvalget i opphavsrettslige tvister*. I: Rett og toleranse: Festskrift til Helge Johan Thue. 1. utgave. Oslo (Gyldendal akademisk), 2007. Ligger ute på lovdata.no.

Artikler:

Moss, Giuditta Cordero. *En mer moderne og systematisk norsk internasjonal privatrett etter*

Bokhandleren i Kabul-dommen. Tidsskrift for Rettsvitenskap, under publisering. Ligger ute på http://folk.uio.no/giudittm/bokhandler_i_kabul.pdf.

Nettsider:

Correra, Carlos. *Implementing TRIPs in developing countries.* Bueno Aires, 1998.
<http://www.twinside.org.sg/title/ment-cn.htm>. [Sisert 24. november 2010].

