

Importforbud av opphavsrettslig vernede verkseksemplar

En drøfting av motstrid mellom norsk rett og EØS-rett ved opphavsmannens rett til å nekte import av vernede verkseksemplar

Kandidatnr: 268

Veileder: Olav Torvund

Leveringsfrist: 25. november 2004

Til sammen 16027 ord

12/6/2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	PROBLEMSTILLING	1
1.2	AVGRENSNING AV OPPGAVEN	4
1.2.1	VAREMERKERETT	4
1.2.2	DE TRE RESTERENDE FRIHETENE	4
1.2.3	KONKURRANSERETTEN	4
1.3	OPPGAVENS OPPBYGGING	5
<u>2</u>	<u>NOEN SÆRLIGE METODESPØRSMÅL</u>	<u>6</u>
2.1	NORDISKE RETTSKILDERS RELEVANS OG VEKT	7
2.2	EØS-RETTLIG METODE	10
2.2.1	BRUK AV AVGJØRELSER FRA EFTA- OG EF-DOMSTOLENE I NORSK RETTSPRAKSIS	14
2.2.1.1	Særlig om bruk av rådgivende uttalelser fra EF- og EFTA domstolene	17
<u>3</u>	<u>KRITERIENE FOR OPPHAVRETTLIG VERN</u>	<u>20</u>
3.1	NORSK RETT	20
3.1.1	NÆRMERE OM VURDERINGEN AV ORIGINALITETSKRAVET I ANNEN EUROPEISK NASJONAL RETT	23
3.2	EØS-RETTE	26
3.3	FORHOLDET TIL BESKYTTELSE ETTER ANNEN LOVGIVNING	29
<u>4</u>	<u>IMPORTNEKTELSE AV VERKSEKSEMPLAR UTEN OPPHAVSRETTLIG VERN I EKSPORTLANDET TIL NORGE</u>	<u>30</u>
4.1	EN FORTSATT SPREDNINGSRETT?	30
4.2	INNFØRSELSFORBUDET I ÅVL § 54 FØRSTE LEDD LITRA C)	35
4.2.1	HVA ER EN FRAMSTILLELSE I STRID MED LOVEN?	36
4.2.2	HVA ER ET ÅNDSVERK?	39
4.2.3	NÅR ER ET VERKSEKSEMPLAR "INNFØRT"?	40
4.2.4	NÅR ER ET VERKSEKSEMPLAR GJORT TILGJENGELIG FOR ALLMENNHEITEN?	44
4.2.5	HVA ER HENSIKTEN BAK INNFØRSELEN AV VERKSEKSEMPLARET?	46

4.2.6	KAN SPREDNINGSRETTE KONSUMERES I FORHOLD TIL § 54 FØRSTE LEDD LITRA C)?	47
5	<u>EF-DOMSTOLENS LØSNING AV MOTSTRIDSSPØRSMÅL</u>	48
5.1	PRINSIPPET OM FRI FLYT AV VARER	48
5.2	ULOVIG DISKRIMINERING PÅ GRUNNLAG AV NASJONALITET.....	56
6	<u>LØSING AV MOTSTRID ETTER NORSK RETT.....</u>	59
6.1	EØS-LOVEN § 2	59
6.1.1	PRESUMPSJONSPRINSIPPET	59
6.1.2	REKKEVIDDEN AV § 2 – KLARHETSPRINSIPPET	60
7	<u>KONKLUSJON</u>	62
8	<u>LITTERATURLISTE.....</u>	64
9	<u>LISTER OVER TABELLER, FIGURER M V.....</u>	1

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Problemstillingen som søkes besvart i denne oppgaven er både i hvilken grad et innførselsforbud strider mot grunnleggende prinsipper i EØS-retten, og hvordan denne motstriden løses i norsk rett.

Oppgavens tema er i hvilken grad innføringsforbudet i åndsverksloven¹ § 54 første ledd litra c) er i strid med grunnleggende prinsipper i innenfor EØS-retten. Temaet for oppgaven er å drøfte hvorvidt motstrid oppstår og hvilke rettsregler som da vil få forrang. Det er i hovedsak to hensyn jeg vil belyse og avveie mot hverandre. Det er på den ene siden hensynet til opphavsmannen og hans krav på opphavsrettslig vern veid opp mot hensynet til et effektivt EØS-marked på den andre siden.

Åndsverkslovens § 54 første ledd litra c) oppstiller et generelt forbud mot innførsel av verkseksemplar produsert på en slik måte at tilsvarende produksjon ville vært ulovlig i Norge.

Hensynet til et effektivt EØS-marked kommer til uttrykk gjennom prinsippene om fri flyt av varer og forbudet mot nasjonal diskriminering nedfelt i artiklene 4 og 8 i EØS-avtalen.

¹ Lov om opphavsrett til åndsverk m.v av 12. mai 1961 nr. 2, heretter forkortet åvl

Innførselsforbudet i § 54 første ledd litra c) omfatter også de typiske parallellimportsituasjonene. Dette synes å være forutsatt i forarbeidene² hvor det fremheves at et typisk eksempel hvor regelen vil få sitt anvendelsesområde er i de tilfellene hvor et verk blir mangfoldiggjort utenfor Norge uten opphavsmannens samtykke, og i etterkant innført til Norge. Om det samme verket allerede finnes på det norske markedet er ingen forutsetning, men det kommer heller ikke fram av forarbeidene at det er en hindring heller. Hele innførselsforbudet bygger på den forutsetningen at det innførte verket nettopp ikke ville vært lovlig produsert i Norge hvis det var framstilt på tilsvarende måte her. Med andre ord er det selve framstillingsprosessen som er avgjørende om hvorvidt § 54 første ledd litra c) kommer til anvendelse eller ikke.

Man kan tenke seg et tilfelle der man på grunn av ulike kriterier for opphavsrettslig vern i forskjellige land, vil skape en situasjon der et verk har vern i stat N, men ikke i stat P. Problemet med ulike verneregler er understreket i forbindelse med både Bern-konvensjonen og TRIPS-avtalen og i forbindelse med EØS-samarbeidet, men man har til dags dato ikke klart å harmonisere kriteriene til opphavsrettslig vern generelt.³ Det er opp til det enkelte lands internrett å fastsette hvilke kriterier som er avgjørende for om et verk skal anses som opphavsrettslig vernet.

Særlige problemer kan oppstå når et verkseksemplar er produsert i et land med ulike kriterier for opphavsrettslig vern enn Norge, og dette landet er et EØS-land.

² Ot. prp. Nr 26 (1959-60) på s 109

³ Se NIR, 2001, s. 523. Men det bør bemerkes at forfatteren er enig i at verkshøydekravet ikke er entydig harmonisert, kan man likevel trekke mange elementer om innholdet verkshøydevurderingen ut av Bern-konvensjonens art 2.

Ved anvendelsen av § 54 første ledd litra c) vil da denne regelen framstå som en importrestriksjon, og det vil være motstrid mellom norsk rett og EØS-rett.

Denne problemstillingen kan illustreres med et eksempel. Tripp Trapp® stolen, designet av Peter Opsvik, ligger i grenselandet mellom design og patentretten og opphavsretten. Da spørsmålet om ulovlig etterligning kom opp for domstolene, måtte retten ta stilling til om Tripp Trapp® stolen kunne anses å oppfylle kravene til verkshøyde i norske rett og dermed få opphavsrettslig vern. Det konkluderte retten positivt til.⁴ Avgjørelsen er ikke uomtvistet i rettslitteraturen.⁵ Man kan forestille seg at i et lavkostland (staten P) innenfor EØS hvor Tripp Trapp® stolen ikke har opphavrettslig vern etter denne statens internrettslige regler, produseres det tilsvarende stoler som Tripp Trapp® stolen. Disse stolene importeres deretter til Norge. Kan denne importen hindres av åvl § 54 første ledd litra c), eller vil EØS-avtalens art 4 og art 8, om forbudet mot nasjonal diskriminering og prinsippet om fri flyt av varer, gå foran? Det er ikke like entydig og klart at denne stolen vil oppfylle kravene til åndsverk i alle land der den blir produsert. At dette ikke er opplagt, viser det faktum at spørsmålet om stolens verkshøyde har vært prøvet for retten i hele 10 ulike Europeiske land,⁶ hvorav tre for den øverste domstolen.⁷ Hvordan rettstilstanden innen EØS kommer til å utvikle seg etter utvidelsen til 25 land, er også uvisst.

⁴ RG 1994 s. 270

⁵ Se f.eks Astrid M. Lund i Festskrift til Gunnar Karnell, 1999 på s. 470-472

⁶ Etter samtale med Herleif Ulstein ved Stokke; Norge, Sverige, Danmark, Nederland, Belgia, Frankrike, Sveits, Tyskland, Østerrike og Spania

⁷ Danmark, Holland og Tyskland

1.2 Avgrensning av oppgaven

1.2.1 Varemerkerett

Mye av domstolspraksis fra EF-domstolen rundt motstriden mellom en importnektelse av vernede verk og fellesskapsrettslige prinsipper, finnes på nettopp varemerke området. Jeg velger likevel å avgrense fra dette fagfeltet fordi dette vil gå utenfor oppgavens tema. Der derimot dommer kan underbygge en problemstilling, vil dommer fra varemerkerettens område likevel bli brukt som illustrasjon. I en viktig avgjørelse på varemerkerettens område, Silhouette-saken,⁸ er spørsmålet om motstrid mellom en importnektelse og fellesskap rettslige prinsipper avgjort av EF-domstolen.

1.2.2 De tre resterende frihetene

Oppgavens fokus legges på import av verkseksemplar. Det er da i første rekke prinsippet om fri flyt av varer som drøftelsene vil omhandle. Prinsippene om fri flyt av tjenester, kapital og arbeidskraft vil følgelig ikke bli behandlet.

1.2.3 Konkurranseretten

Det er lett å tenke seg at et importforbud som åvl § 54 første ledd litra c) oppstiller, kunne være i strid med konkurranseretten. En opphavsrett er en enerett til utnyttelse av et verk, og når rettighetshaver er gitt relativt vide rammer for beskyttelse av denne retten, slik importforbudet i § 54 er, kan problemstillingen om eventuell misbruk av dominerende stilling bli satt på spissen. Da jeg likevel velger å ikke drøfte denne problemstillingen i denne oppgaven, er det fordi det for det første ville gå utenfor oppgavens rammer og for det andre at konkurranseretten regulerer en litt annen situasjon. Konkurranseretten regulerer først og fremst forholdet bedrifter i mellom og

deres markedsstilling som lovgiver ønsker å regulere. Ved prinsippene om fri flyt av varer og forbudet mot nasjonal diskriminering, ligger det et større element av nasjonalstatlig regulering av varehandelen i den vinkelen denne oppgaven har.

1.3 Oppgavens oppbygging

For å løse oppgavens problemstilling, vil jeg først se på noen særlige metodespørsmål som oppgaven reiser. Opphavsretten er harmonisert på nordisk nivå. Der norske rettsregler ikke framstår så klare som ønskelig, må det drøftes i hvilken grad man i norsk rett kan anvende andre nordiske lands rettkilder for å komme fram til et juridisk riktig resultat. I tillegg reiser oppgaven prinsipielle EØS-rettslige metodespørsmål. Dette omfatter både hvilken metode man anvender på EØS- og EU-retten for å komme fram til et juridisk riktig resultat, og hvordan EØS-retten forholder seg til norsk internrett. Disse spørsmålene vil jeg drøfte i kapittel 2 for de metodiske spørsmålene, mens forholdet mellom norsk rett og EØS-retten drøftes i kapittel 6. I kapittel 3 drøfter jeg forskjellige kriterier for vern av opphavsrettslige verk i ulike europeiske land, og hvordan dette til en viss grad er harmonisert innen EU og EØS. I tillegg drøfter jeg i hvilken grad den nasjonale implementeringen av de ulike direktivene har forsterket eller svekket denne harmoniseringen. I kapittel 4 drøfter jeg hvordan opphavsmannen i hht til spredningsretten eller åvl § 54 første ledd litra c) kan motsette seg import av verkseksemplar til Norge fra et EØS-land der verkseksemplaret ikke er vernet. I kapittel 5 redegjøres det for hvordan EF-domstolen har løst motstridsspørsmålet mellom nasjonalrett og prinsippene om fri flyt av varer og forbudet mot nasjonal diskriminering. Til slutt,

⁸ C-355/96, Silhouette-dommen

i kapittel 7, vil jeg drøfte om en slik motstrid foreligger og der motstrid foreligger, hvilket regelsett som får forrang, EØS-retten eller norsk rett.

2 Noen særlige metodespørsmål

Jeg vil i det følgende sette fokus på noen særlige metodiske problemer denne oppgaven reiser.

Som nevnt reiser denne oppgaven spørsmål om motstrid mellom norsk rett og EØS-retten. I tillegg er det nordisk rettsenhet⁹ på opphavrettens område. Nordisk rettsenhet og i tillegg det faktum at det er relativt sparsomt med norsk rettspraksis på opphavsrettens område, fører til at man i juridisk teori har vist til nordisk rettspraksis for å kunne illustrere noen særlige problemstillinger. Årsaken til dette er at man har noe mer praksis i de andre nordiske landene. Dette reiser spørsmålet om bruk av nordiske dommer, forarbeider og teori som rettskilde og eventuelt hvilken vekt disse har i norsk rett. Oppgavens EØS-rettslige side reiser flere spørsmål. For det første må man fastlegge hvilken metode som allerede eksisterer innenfor EØS-retten for å kunne finne fram til en juridisk riktig EØS-rettslig regel. Det gjøres ved å se på hvilke relevante rettskildefaktorer EF- og EFTA-domstolene trekker fram og bruker i sine avgjørelser. Derne vil jeg se på om dette er i tråd eller i strid med den norske rettstradisjonen som Høyesterett har trukket opp. Til slutt vil jeg se på hvordan Høyesterett bruker EØS-retten i sine avgjørelser.

⁹ Se f.eks NOU 1983:35 på s. 9

2.1 Nordiske rettskilders relevans og vekt

Våre nordiske naboland har betraktelig mer praksis på opphavrettens område. I tillegg kan det være enkelte spørsmål man ikke finner løsningen på ved hjelp av norske rettkilder. Problemstillingen er i hvilken grad man kan bruke nordiske rettskilder som rettspraksis og lovforarbeider ved løsningen av rettstvister på opphavrettens område. Utgangspunktet må være at norske domstoler kun er bundet av norsk rett ved løsning av juridiske tvister. Dette følger av suverenitetsprinsippet.¹⁰ I enkelte tilfeller har man likevel eksempler på at man i norsk rett har brukt nordiske rettskilder for å komme fram til et juridisk riktig resultat. Forutsetningen for dette er at reglene har en felles base og er likeartede. Dette er i stor grad tilfelle på åndsrettens område hvor det har vært bredt og langvarig nordisk rettssamarbeid fra midten av 30-tallet og fram til i dag.¹¹ Slikt nordisk lovsamarbeid er ikke enestående for åndsrettens område, men er utbredt på flere rettsområder.¹²

Når det gjelder bruk av nordisk rettspraksis, viste Høyesterett i Electric Circus dommen¹³ til svensk rettspraksis. I en senere dom¹⁴ viste også Høyesterett til svensk rettspraksis. Dette er en indikator på at Høyesterett i det minste anser slike avgjørelser som relevante rettskildefaktorer. Dette synspunktet kan synes å stemme overens med det teoretikerne også forutsetter når de viser til nordisk rettspraksis i sine redegjørelser.¹⁵ Dette kan jo selvsagt også bare være ment

¹⁰ Suverenitetsprinsippet er en stats høyhetsrett eller en stats rettslige uavhengighet av andre stater. Se Juridisk leksikon

¹¹ Se bl.a Ot. prp. Nr 26 (1959-60) på s 3 flg, NOU 1983:35 på s. 9

¹² Eckhoff (2001) på s 286

¹³ Rt 1985 s 883, Electric Circus dommen

¹⁴ Rt. 2003 s 713 i (72)

¹⁵ se bl.a Rognstad (2004) på s 69

som illustrasjon og ha et klart pedagogisk formål. Men Eckhoff mener at til tross for at mange teoretikere bruker utenlandske dommer som illustrasjoner, har de utenlandske dommene også rettskildemessig relevans.¹⁶ Dette illustrerer Eckhoff ved å vise til at Høyesterett selv har lagt avgjørende vekt på utenlandsk rettspraksis i et par avgjørelser.¹⁷

Det neste spørsmålet er hvilken vekt nordisk rettspraksis har. Utgangspunktet må være, som nevnt ovenfor, at disse faktorene har relativt beskjeden vekt, begrunnet i suverenitetsprinsippet. Men, som det også framgår av *Electric circus* dommen, kan dette prinsippet ikke alltid være like absolutt. Høyesterett viste til at lovene var blitt til etter et nordisk lovsamarbeid, og det var et uttalt ønske om nordisk rettsenhet på det opphavrettslige området. Dette synspunktet ble støttet i *Tripp Trapp* dommen. I sin begrunnelse viste retten til en tilsvarende sak om den samme stolen i dansk Høyesterett. Der hadde dansk Høyesterett kommet til samme resultat som *Fredrikstad byrett*.¹⁸ I det andre eksempelet jeg viste til ovenfor, kom Høyesterett derimot til, at til tross for at det gjeldende rettsområdet var kommet til på bakgrunn av nordisk lovsamarbeid (innløsningsrett etter aksjeloven) mente Høyesterett at en tilsvarende svensk sak som den de behandlet, ikke fikk noen særlig stor vekt. Men om dette prinsippet kan sies å gjelde generelt, kan det stilles spørsmål ved. Det kunne synes som om Høyesterett heller tolket bort avgjørelsen ved å si at den ikke passet på det nærværende faktum, mer enn at utenlandske dommer overhodet ikke hadde noen vekt ved tolkningen av en norsk rettsregel. Dette synspunktet

¹⁶ Eckhoff (2001) på s. 258

¹⁷ Eckhoff (2001) på s. 285

¹⁸ RG 1994 s. 270, *Tripp Trapp* dommen

støttes av Eckhoff som mener at utenlandsk rettspraksis kan ha vekt ved tolkningen av uniforme lover i norsk rett.¹⁹

I *Electric Circus* dommen²⁰ viste også Høyesterett til svenske forarbeider i avgjørelsen. Utenlandske forarbeider kan med andre ord være en relevant rettskilde. Dette synspunktet støttes av Eckhoff²¹ som understreker at utenlandske lovforarbeider kan komme med i betraktning ved tolkning av uniforme lover. I *Electric Circus* dommen uttaler Høyesterett at de *"legger betydelig vekt på (...) motivene til den tilsvarende svenske regel(en)"*.²² Dette er et relativt tungtveiende argument for at man ikke kan se bort i fra nordiske forarbeider ved tolkningen av en norsk rettsregel. Men forutsetningen for dette må nok være, slik det fremkommer i *Electric Circus* dommen, kun på rettsområder med nordisk lovsamarbeid. I tillegg må den spesielle regelen være i "overensstemmelse" i begge lands lover og det må framgå klart av de nordiske lovforarbeidene hvordan den aktuelle bestemmelsen må forstås før man kan anvende motivet i norsk rett.²³

Konklusjonen må være at nordiske dommer og lovforarbeider kan i norsk rett både være relevante og i tillegg ha en viss vekt hvis rettsområdet er uniformt og bygger på nordisk rettsenhet, men må veies opp mot suverenitetsprinsippet.

¹⁹ Eckhoff, 2001, på s. 290

²⁰ Rt 1985 s 883, *Electric Circus* dommen

²¹ Eckhoff, 2001, på s. 290

²² Rt 1985 s 883, *Electric Circus* dommen på s. 890

²³ Rt 1985 s 883, *Electric Circus* dommen på s. 890

2.2 EØS-rettslig metode

Den juridiske metoden som brukes i EØS-retten er annerledes enn den vi kjenner til i norsk rett. Nettopp fordi man ønsker et enhetlig handelsområde og et av formålene med EØS-avtalen er å oppnå "lik fortolkning og anvendelse" av avtalen,²⁴ må man følgelig også harmonisere framgangsmåten for løsningen av juridiske tvister. Dette har ledet an mot en egen metode både innenfor EØS- og EU-retten. For å komme fram til et riktig EØS-rettslig resultat, må man bruke den juridiske metoden som EFTA- og EF-domstolene bruker for å løse juridiske tvister. Vi skiller mellom de skrevne og de domstolskapede rettskildepriussippene.

For det første er EØS-avtalen folkerett og tolkningspriussippene som gjelder for folkerett generelt vil også gjelde for EØS-avtalen. Noen av dem finnes i Wienkonvensjonen om traktatretten²⁵ art 31. Denne har ikke Norge ratifisert, men store deler av konvensjonen anses som kodifisering av folkerettslig sedvanerett,²⁶ og Norge er følgelig bundet av dem. Av art 31 kommer det fram at traktatens tekst, dens uttalte formål og sammenhengen teksten står i, skal være utgangspunktet for traktattolkningen. For EØS-rettens vedkommende betyr det at man må ta utgangspunkt i selve avtalen. Formålene med EØS-avtalen, som blant annet kommer til uttrykk i homogenitetsmålsettingen,²⁷ er et viktig prinsipp ved tolkningen av EØS-rettslige regler. Men også andre formålsbetraktninger kan komme inn ved tolkningen av EØS-rettslige regler, deriblant formålet med å oppnå et internt varehandelsmarked innad i EØS-

²⁴ EØS-avtalens forale, punkt 16

²⁵ Vienna Convention on the Law of the Treaties, May 23, 1969

²⁶ Ruud & Ulfstein (1998) s 58 og Donau-saken (1997) fra ICJ

²⁷ Hogenitetsmålsettingen kommer bla til uttrykk i EØS-avtalens forale. Dette kan oppnås ved å tolke og anvende rettsreglene likt innenfor rammene av EØS-avtalen.

området. Dette kommer bl.a. til uttrykk i EØS-avtalens fortale. I tillegg finnes det et sett med rettslige prinsipper, både skrevne og uskrevne, innenfor EU-retten som vil komme inn som et tolkningsmoment. Av de skrevne kan nevnes legalitetsprinsippet, subsidiaritetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet som viktige rettsprinsipper. Disse vil bli behandlet nedenfor.

Det framgår av Wienkonvensjonen art 31 at folkerettslige avtaler skal tolkes i sammenheng. For EØS-avtalens vedkommende, kan dette av og til by på problemer. For det første er det flere likeverdige språk avtalen er skrevet i. EF-domstolen har uttalt at for å oppnå et riktig tolkningsresultat, må man sammenlikne de ulike språkversjonene.²⁸ For det andre kan ulike språklige begrep ha ulik betydning innenfor EØS-retten og den nasjonale retten. Det er da EØS-rettens forståelse av begrepet som må legges til grunn. Et eksempel på dette er hva som ligger i begrepet "undertaking" i EF art 81, tilsvarende EØS art 53 om "foretak", og hva som menes med dette uttrykket i konkurranseretten. Verken EØS-avtalen eller EF-traktaten har ikke selv noen definisjon av hva som menes med "foretak". Begrepet er imidlertid blitt tolket relativt vidt både av Kommisjonen og EF-domstolen. Både i Polypropylene-saken²⁹ og Höfner-saken,³⁰ ble "foretak" tolket til å omfatte ikke bare juridiske personer, men enhver sammenslutning som drev med kommersiell aktivitet. I den sist nevnte saken fant EF-domstolen at et "foretak" (undertaking) måtte være enhver sammenslutning uansett juridisk status og hvordan sammenslutningen var finansiert. "Foretak" er etter norsk rett definert i konkurranseloven § 2 som *"enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet"*. Norsk rett er i

²⁸ C-283/81, CILFIT

²⁹ T-7/89, Polypropylene-saken

³⁰ C-41/90, Höfner-saken

overensstemmelse med EF-retten på dette punktet hvis man finner at ervervsvirksomhet er det samme som "engaged in an economic activity".

En annen side av prinsippet om at man skal tolke en traktat i sammenheng, er at reglene i avtalen må harmonisere motstride. For det første må man fastlegge om motstriden er mellom ulike regler i EØS-avtalens hoveddel eller mellom hoveddelen og regler i vedleggene. Det neste spørsmålet blir om reglene i hoveddelen får forrang foran sekundærlovgivningen. Til slutt må det fastlegges om sekundærlovgivningen kan brukes som tolkningsmoment for forståelsen av EØS-avtalens hoveddel.

Hvorvidt det foreligger en motstridssituasjon eller ikke, søkes først løst ved tolkning av de ulike reglene med de tolkningsprinsippene som er gjort rede for ovenfor. Hvis det fortsatt er motstrid mellom de to forskjellige reglene, kan man stille spørsmålet om regler i avtalens hoveddel skal ha forrang foran sekundærlovgivningen. EØS-avtalens art 119 sier at vedleggene utgjør "en integrert" del av EØS-avtalen. Dette er utdypet i forarbeidene til å mene at vedleggene er "på linje med" reglene i hoveddelen.³¹ Dette taler for at det ikke finnes noe trinnhøydeprinsipp i EØS-retten slik det finnes i norsk rett. I EU-retten derimot, er det et prinsipp om at sekundærlovgivningen skal tolkes i samsvar med EF-traktaten. Dette er fastslått av EF-domstolen.³² Dersom sekundærlovgivningen ikke stemmer overens med fellesskapsretten, bør man legge til grunn den fortolkningen som stemmer best overens med traktaten.³³ Her legger med andre ord EU-retten til grunn et trinnhøydeprinsipp ved en

³¹ St. prop. Nr. 100 (1991-92) på s. 102

³² C-218/82

³³ C-218/82 i avsnitt 15

eventuell motstrid. Både homogenitetsgrunnsetningen og ODA³⁴ art 3.1 taler for at et slikt trinnhøydeprinsipp skal gjelde også i EØS-retten mellom primær og sekundærlovgivning. På den annen side er det i EU-retten også et prinsipp om dynamisk tolkning. Hoveddelene i både EF-traktaten og EØS-avtalen har vært uforandret i lang tid. Det meste av den nyskapende lovgivningen skjer nettopp gjennom sekundærlovgivningen. Ved å se bort i fra denne ved tolkningen av EØS-avtalen, kan man undergrave prinsippet om dynamisk tolkning. Dette kan lede tanken hen mot at prinsippet kanskje ikke kan være helt absolutt, men mer komme inn som en tolkningsfaktor blant mange. Dette kan synes som også er EF-domstolens synspunkt i C-218/82 (nevnt ovenfor), og selv der domstolen ikke uttrykkelig nevner et slikt prinsipp, har den i flere saker kommet til at et direktiv må tolkes slik at det ikke er i strid med grunnleggende prinsipper i EU-retten.³⁵ Dette synspunktet støttes av også av teoretikere.³⁶

Når det gjelder bruk av forarbeider som rettskildedefaktor, er dette utbredt i norsk rett. I EØS-retten er situasjonen en annen. Selve EØS-avtalen er det sparsomt med forarbeider til. Stort sett er referatene ol fra forhandlingene ikke allment tilgjengelig. Dessuten vil mange av referatene være uttrykk for en av partenes meninger, og ikke nødvendigvis gi noen avveid tolkningsveiledning av hvordan reglene bør forstås, slik vi er vant til fra norsk rett. Dette er selvsagt også begrunnet i at mye av regelvedtakelsen, på grunn av sin folkerettslige side, er kommet til ved forhandlinger og mange av reglene er uttrykk for kompromisser.³⁷ Men det har unntaksvis vært tilfeller der både EF-domstolen

³⁴ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol, forkortet ODA

³⁵ Se bl.a C-320/94 og fl, tolkning av rådsdirektiv 89/552 art 17.1 litra d)

³⁶ Sejersted m.fl, 2004 på s. 211

³⁷ Sejersted m.fl, 2004 på s. 212

og Generaladvokaten³⁸ har vist til forarbeidene til direktiver eller forordninger ved tolkningen av disse.³⁹ Det samme har vært tilfelle i EFTA-domstolen også. Men det er vel kanskje tvilsomt at man kan slutte fra dette at forarbeider har særlig stor vekt i EU- og EØS-retten. Det er fortsatt slik at det er kun de tidligste forhandlingene som publiseres og ikke de endelige forhandlingene i rådet. Om rådet sluttet seg til en begrunnelse en tidligere instans hadde, eller begrunner en regel annerledes, vil vi altså ikke få vite. Da vil de tilgjengelige forarbeidene ha relativt liten vekt, selv om de kanskje kan være relevante.

2.2.1 Bruk av avgjørelser fra EFTA- og EF-domstolene i norsk rettspraksis

Det er et uttalt ønske om homogenitet innenfor EØS-området. Dette kommer bl.a. til uttrykk i EØS-avtalens fortale. Ved å harmonisere deler av det kommersielle liv, vil varehandel, tjenesteyting, kapital og arbeidskraft kunne flyte fritt mellom landene uten å bli stoppet av nasjonale begrensninger. For å oppnå denne målsettingen, er første skritt på veien en felles lovgivning. Men det er ikke alltid nok. Ettersom rettssystemene tradisjonelt har nasjonal tilknytning, har dette også ført til ulike rettstradisjoner i Europa. Dette til tross for influering av hverandres system med hensyn til hvordan man skal forstå og anvende jussen. Man har med andre ord utviklet en ulik metodelære i de forskjellige landene. EU-retten et helt eget rettssystem som står på egne ben og følgelig også med en egen metodelære om hvordan man skal forstå og anvende EØS- og EU-retten. Svaret på hva som er den til enhver tid gjeldende juridiske

³⁸ EF-traktaten art 222 hjelper generaladvokatenes arbeid. Disse bistår dommerne og er ikke formelt en del av domstolen, men avgir en rådgivende uttalelse i forkant av domsavsigelsen. Denne innstillingen følges ofte av dommerne, noe som gir uttalelsene rettskildemessig relevans men varierende vekt. Se Sejersted m.fl, 2004 på s. 131.

³⁹ C-324/98, Teleaustria

metode, kommer i første rekke til uttrykk i EFTA- og EF-domstolenes avgjørelser.

EFTA-domstolen behandler tre forskjellige typer saker. Det er traktatbrudd- og ugyldighetssøksmål og prejudisielle tolkningsuttalelser (rådgivende uttalelser).⁴⁰ EFTA-domstolen følger de rettskildeprinsipper som EF-domstolen har satt opp. Dette følger av prinsippet om ensartethet og homogenitet med den underliggende EU-retten, og kommer også direkte til uttrykk i ODA art 3.2. Vi har i flere tilfeller sett at EF-domstolen har vært nyskapende. Et eksempel på dette er utviklingen av et direktevirknings prinsipp.⁴¹ Men når det gjelder utviklingen av EØS-rettens materielle side, har EFTA-domstolen vært vesentlig mer tilbakeholdne med å være nyskapende enn det EF-domstolen har vært, nettopp for å opprettholde den dynamiske ensartetheten med EU-retten. Selv om EFTA og EU pilarene formelt sett er likeverdige, er det vel nok en gang slik at det heller er EFTA-domstolen som ser hen til EF-domstolen og ikke omvendt. Et særlig unntak man kunne tenke seg derimot, er der EFTA-domstolen avgjør saker som dreier seg om EØS-avtalen spesielt, og man ikke finner et motstykke i EU-retten.⁴²

⁴⁰ ODA art. 31, 32, 34 & 36

⁴¹ Det domsstolsskapte prinsippet om direktevirkning innebærer at individer og juridiske personer i enkelte situasjoner kan fremme et krav direkte for den nasjonale retten både for rettigheter som har sin opprinnelse i traktater og direktiver. Se C-26-62, Van Gend & Loss saken og Sejersted m.fl, 2004 på s. 76

⁴² eks spørsmålet om i hvilken grad også EØS-retten har direkte virkning i nasjonal rett slik man finner i EF-retten. Dette ble behandlet i Sveinbjörnsdottir-saken med det resultatet at EFTA-domstolen gikk langt i å innrømme en slik rett, men selv om et slikt prinsipp forelå i EF-retten. Var det ingen automatisk del av EØS-retten. En annen sak er at domstolen ved en senere anledning valgte ikke å gå lengre i den retningen i Karsson-saken og dermed har direktiver ingen direkte virkning i nasjonal rett i EØS-retten. Også i Maglite-saken, gikk EFTA-domstolen i motsatt retning enn EF-domstolen på et område som allerede var regulert i EF-retten.

EF-domstolens rettspraksis er sentral i EU-retten. Selv om EF-domstolen ikke er bundet av egne avgjørelser, viser domstolen svært ofte til tidligere avgjørelser den selv har avsagt. Ofte er det også EF-domstolen som står for den rettsskapende og dynamiske tolkningen innenfor EU-retten ved siden av sekundærlovgivningen. Særlig gjør dette seg gjeldende på EU-rettens kjerneområde så som de fire friheter og konkurranseretten.

I hvilken grad man skal legge vekt på EF-domstolens rettspraksis ved forståelsen av EØS-retten, kommer til uttrykk i EØS-traktatens art 6 og ODA art 3. Art. 6 sier at i de tilfellene EF- og EØS-retten er samsvarende, skal det legges vekt på avgjørelser tatt av EF-domstolen. Men det er viktig å merke seg et aspekt ved denne bestemmelsen. Den omfatter i prinsippet kun de avgjørelsene som allerede forelå da EØS-traktaten var underskrevet, og ikke de som senere ble avsagt. Dette er begrunnet med at EØS-avtalen, i motsetning til EU, ikke har et overnasjonalt element, og at det i norsk rett er Høyesterett som dømmer i siste instans jfr GrL. § 88. Det ville da være galt å binde den nasjonale domsmyndigheten for framtidige avgjørelser. Men i hvilken grad man i praksis i dag ser bort i fra avgjørelser avsagt av EF-domstolen etter undertegnelsen av EØS-avtalen, er heller tvilsomt. Selv om vi formelt ikke er bundet av avgjørelsene, vil de bli fulgt i praksis. Dette standpunktet kan nå sies å være gjeldende rett, til tross for at nettopp spørsmålet om hvilken vekt senere avgjørelser fra EF-domstolen skulle ha ved tolkningen av EØS-retten var et vanskelig spørsmål ved inngåelsen av EØS-avtalen. Høyesterett har bl.a. i Rt 1997 s. 1954 i forståelsen av et direktiv i en arbeidsretts sak, uttalt at selv om det i utgangspunktet er kun dommer fra EF-domstolen før undertegnelsen av EØS-avtalen, 2. mai 1992, norske domstoler er bundet av, vil også *"senere avgjørelser (...) være sentrale rettskilder for forståelsen av direktivet. I og med*

*at arbeidsmiljøloven kap XII A er utformet med sikte på å implementere direktivet i norsk rett, vil disse rettsavgjørelser få direkte betydning for hva som er norsk rett på dette området.*⁴³ Dette synspunktet om senere avgjørelsers betydning for tolkning av EØS-retten har blitt opprettholdt i bl.a. Rt 1997 s. 1965 på s 1971 og Rt. 2001 s. 248 på side 253 (avsnitt 1). Disse sakene kan tyde på at der EØS-retten er overensstemmende med EF-retten, skal ikke bare senere EF-rettspraksis være relevant, men den skal også vektlegges.

2.2.1.1 Særlig om bruk av rådgivende uttalelser fra EF- og EFTA domstolene

Den store majoriteten av saker som er forelagt EF- og EFTA-domstolene, er ikke tvisteløsninger eller ugyldighetssøksmål, men prejudisielle uttalelser. Det er særlig i disse sakene at retten bidrar i større grad enn de ellers ville ha gjort, til å utvikle EU- og EØS-retten. Dette gjør de ved å komme med uttalelser om hvordan en bestemmelse må forstås.

Nasjonalstatenes adgang til å be retten om en slik rådgivende uttalelse finner vi i ODA art 34 og EF-traktaten art 234.

Etter ODA-avtalens art. 34, er uttalelser fra EFTA-domstolen kun rådgivende. Problemstillingen er om det er opp til domstolene både å avgjøre om man skal be om en rådgivende uttalelse og hvilken betydning denne uttalelsen skal ha. Først må man fastlegge om hvorvidt det foreligger en plikt for domstolene å be om en prejudisiell avgjørelse. Deretter må man fastlegge i hvilken grad domstolene må legge den rådgivende uttalelsen til grunn for sitt resultat. Jeg vil drøfte spørsmålene i denne rekkefølgen.

⁴³ Rt. 1997 s. 1954 på s 1960

Den nasjonale kompetanseregelen for adgangen til å be om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen, finnes i domstoloven⁴⁴ § 51 a. Hvem som i en pågående sak som har kompetanse til å be om en slik rådgivende uttalelse, sier ikke dl § 51 a eller ODA 34 noe om. Det framgår av ordlyden i art 34 og § 51 a at det er opp til de nasjonale domstoler og dommerne i den spesielle saken å bestemme om man skal anmode om en rådgivende uttalelse. Dette forstås ut fra ordene "kan den" som viser tilbake på "norsk domstol". Man kan selvsagt si at bruken av ordet domstol representerer domstolsinstitusjonen og partene som utgjør en del av hele prosessen, og ikke bare den snevre forståelsen dommeren i den verserende saken. Dessuten er det i norsk sivilprosess et prinsipp om at det er partene som har ansvaret for sakens opplysning.⁴⁵ Men en slik tolkning kan nok ikke føre fram, ettersom det er domstolen som dømmer i siste instans og vil avgjøre sakens materielle sider. Dessuten vil det blitt et prosessteknisk uholdbart resultat hvis den enkelte part kunne henvende seg til EFTA-domstolen for å be om en slik rådgivende uttalelse. Dette synspunktet støttes både i teorien⁴⁶ og av Høyesterett i Finangersaken.⁴⁷ Derimot kan partene komme med en anmodning til en nasjonal domstol om hvorvidt en slik uttalelse skal etterspørres, men de har ingen formelle krav på dette. I praksis er det vel slik at retten ikke vil anmode om en tolkningsuttalelse med mindre dette er noe partene selv ønsker.

Det neste spørsmålet er hvilken vekt denne rådgivende uttalelsen bør ha for Høyesterett sin avgjørelse i saken der uttalelsen ble etterspurt. Verken ODA art

⁴⁴ Lov om domstolene av 13 august 1915 nr. 5, heretter forkortet dl

⁴⁵ Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr. 6 § 86

⁴⁶ Sejersted m.fl, 2004 på s. 163

⁴⁷ Rt. 2000 s. 1811, Finangersaken på s 1820

34 eller dl § 54 a sier noe om en eventuell plikt til å legge vekt på slike uttalelser. At en slik plikt ikke foreligger, støttes også av rettspraksis. Høyesterett har i Finangersaken⁴⁸ uttalt seg om vekting av slike rådgivende uttalelser i et Obiter Dictum. Her uttaler Høyesterett at det som et utgangspunkt er opp til Høyesterett selv å avgjøre hvilken vekt de selv ønsker å tillegge den rådgivende avgjørelsen fra EFTA-domstolen. Men Høyesterett framhever samtidig at *"uttalelsen må tillegges vesentlig vekt"*.⁴⁹ Dette begrunner Høyesterett med at et annet resultat ville motstride hensynene for opprettelsen av EFTA-domstolen som et utgangspunkt, der målet var lik fortolkning av EU- og EØS-retten i hele EØS-området. I tillegg begrunner Høyesterett synspunktet med at rettskildebruken er annerledes i EØS-retten og derfor er EFTA-domstolen særlig kvalifisert til en riktig tolkning av EØS-retten. Finangerdommen, hvor disse prinsippene ble uttalt, er en dissenterende plenumsdom. Men mindretallet støtter flertallet i deres syn på hvilken vekt de rådgivende uttalelsene fra EFTA-domstolen bør ha, og begrunnelsen for disse.⁵⁰ Mye taler for at dette fortsatt er gjeldende rett, og det skal gode grunner til for at Høyesterett ikke legger vekt på en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen når de først har anmodet om en.

Når det gjelder bruk av EF-domstolens rådgivende uttalelser som rettskilde i EØS-retten, vil anvendelsen av denne bero på en tolkning av EØS-avtalens art 6. Er det en rådgivende uttalelse fra før avtaleundertegningen, skal den komme i betraktning så langt de andre vilkårene i art 6 er oppfylt. Men er det en uttalelse fra etter undertegningen, er det ikke like sikkert. Som nevnt ovenfor skal det kanskje mye til før man kan se bort i fra en avgjørelse i EF-domstolen.

⁴⁸ Rt. 2000 s. 1811, Finangersaken

⁴⁹ Rt. 2000 s. 1811, Finangersaken på s 1820

⁵⁰ Rt. 2000 s. 1811, Finangersaken på s. 1835

På den annen side konkluderte Høyesterett i Finangersaken⁵¹ med at når man har en klar motstridssituasjon mellom norsk rett og EØS-rett, vil norsk rett få forrang. Høyesterett begrunnet resultatet med at man ikke finner en tilsvarende regel om direktevirkning i EØS-retten slik man har i EU-retten og lovgiver måtte endre norsk rett slik at borgerne fikk de rettighetene de hadde krav på etter EØS-retten.

3 Kriteriene for opphavrettslig vern

Det interessante ved å se på hva som kreves av verkshøyde for å gi vern til et opphavsrettslig verk, er for å belyse ulikhetene innad i EØS-området og at disse reglene ikke er harmonisert. Nettopp fordi reglene om hva som kreves av et verk for å oppnå verkshøyde er ulike, kan man få en situasjon hvor et verk har vern i ett land men ikke i et annet. Det er nettopp i disse situasjonene hvor motstridsspørsmålet mellom § 54 litra c) og EØS-rettslige prinsipper kommer til uttrykk.

3.1 Norsk rett

Åndsverksloven § 1; *"Med åndsverk forstås i denne lov litterære, vitenskaplige eller kunstneriske verk av enhver art og uansett uttrykksmåte og uttrykksform"*. Dette er et rettslig kriterium, ikke et kunstnerisk og estetisk. Åndsverket er med andre ord mye mer enn verket selv. Med åndsverk i vid juridisk forstand menes også alle de juridiske rettighetene og pliktene som følger et opphavrettslig verk. Kravene til et opphavrettslig verk kan summeres opp i tre vilkår. De to første

⁵¹ Rt. 2000 s. 1811, Finangersaken

kommer fram av lovteksten selv, det siste kommer fra langvarig praksis, forarbeider og juridisk litteratur. Disse vilkårene er skapelsen av verket ("frembringelse"), at det som skapes er et åndsverk i lovens forstand og at dette åndsverket innehar bestemte karakterer.⁵²

I det første vilkåret er det verkets nyskapelse som er avgjørende. Selv om man bruker nyskapelse, må dette ikke forveksles med nyhetskravet i patent og designretten, hvor man bare kan få patent på noe som objektivt ikke har blitt laget tidligere. At det er verkets nyskapelse lovgiver vil oppnå, belyses ved å bytte det gamle ordet "frembringelse" med "skaper".⁵³ I det ligger ikke at en skaper ikke kan få inspirasjon fra sine forgjengere eller til og med bygge på disse. Men et plagiat eller direkte gjengivelse vil da falle utenfor retten til vern uansett om det tidligere verket til nå har vært ukjent. Men ideene må ha kommet til uttrykk i et resultat for at det kan være opphavrettslig vernet. Tankeprosessen i seg selv er ikke nok. Dette er fordi det ikke er selve tankeprosessen som vernes men resultatet av denne. Dette må ikke forveksles med verks fiksering for at vern kan oppnås. Koreografien til en danseforestilling har opphavrettslig vern selv om den ikke er nedtegnet på noe papir noe sted.⁵⁴ Andre land derimot, kan ha krav om en slik fiksering for at et verk kan oppnå opphavrettslig beskyttelse. Bernkonvensjonen gir uttrykk for at det er adgang til å stille et slikt krav. At en slik fiksering ikke er nødvendig for verksvernet blir også understreket i forarbeidene. Det at man i etterkant kan ha problemer med å føre bevis for sin rett, er ikke grunn god nok til å sette krav om fiksering.⁵⁵

⁵² Rognstad (2004)

⁵³ Inst. O XI (1960-61) s. 14

⁵⁴ Rognstad (2004) på s. 21

⁵⁵ I Inst. O XI (1960-61) s. 14

Det neste kravet er at verket må kunne kalles et åndsverk. En definisjon av et åndsverk er gitt i åvl § 1. 2 ledd. I tillegg til de generelle karakteristikkene ramser 2.ledd opp 13 forskjellige eksempler. Listen kan ikke antas å være uttømmende, jfr ordlyden "så som". Oppregningen er relativt vid, og går i utgangspunktet lengre enn det ordlyden i annet ledd skulle tilsi. At man i norsk rett har valgt å tilføye vitenskaplige verk, skulle i følge forarbeidene ikke utgjøre noen realitetsforskjell fra tidlige, selv om ordvalget kanskje kunne tilsi dette.⁵⁶

Det siste vilkåret i verksvernet er kravet til åndsverkets karakter, eller verkshøyden, som det også blir kalt. Dette innebærer at verket til en viss grad må være originalt eller individuelt. Dette må skilles fra patentlovens nyhetskrav, jfr patentloven § 2. Kravet til originalitet kommer til uttrykk både i forarbeidene til åndsverksloven og i praksis.⁵⁷ Det har vært en viss uenighet innen nordisk opphavsrett i hvilken grad det er avgjørende for verkshøyden at det ikke foreligger risiko for dobbeltframbringelser, det vil si at det individuelle preget skal være så avgjørende på verket at verket ville ha vært et annet hvis en annen person hadde skapt verket. I svensk rett kan det synes som om et slikt krav er tilstedeværende,⁵⁸ mens i norsk rett er det en mer åpen vurdering av den individuelle skaperinnsatsen.⁵⁹ Derimot kan det synes som om Høyesterett har satt lista for originalitet ulikt etter hva slags verk det er tale om å verne. Tradisjonelt har originalitetskravet vært lavere ved "rene" verksframbringelser enn for verk i de verkskategoriene som har kommet til i den senere tid og som kanskje ikke ligger i kjernen av verksbegrepet.⁶⁰ At verkshøyden eller

⁵⁶ Rognstad (2004) på s. 23

⁵⁷ Se f.eks Ot.prp nr 26 (1959-60) s 12 og Rt 1940 s 327 (Hallo Hallo dommen), Rt. 1997 s 199 (Cirrus-dommen)

⁵⁸ NJA 1998 s. 563 (byggemoduler)

⁵⁹ Rognstad (2004) på s. 27

⁶⁰ Rt 1997 s. 199 (Cirrus dommen) på s. 220, annet avsnitt

originalitetskravet varierer etter hvilken verkskategori man vurderer et verk i, er et synspunkt som blir understøttet av andre nordiske opphavrettsjurister. Et slikt differensiert krav synes å være tilstede i flere av de nordiske landenes gjeldende rett.⁶¹ Dette kommer særlig til uttrykk ved vurderingen om et foto er et fotografisk bilde eller et fotografisk verk.

3.1.1 Nærmere om vurderingen av originalitetskravet i annen europeisk nasjonal rett

Det er særlig originalitetskravet som man internasjonalt har vanskelig for å enes om. Noe av årsaken til dette, kan være at det i stor grad er et definisjons spørsmål hva man legger i originalitetskravet. I enkelte land skal det ikke så mye til før et verk er originalt og følgelig har vern, mens i andre kreves det mer. Jeg vil i det følgende se på ulike krav i forskjellige land sammenholdt med de norske reglene.

Hva som ligger i originalitetskravet, har tradisjonelt delt seg i to hovedgrupper, mellom land som bygger på hhv "civil law og common law. Som et utgangspunkt kan man si at i "common law" land som UK og USA, har man i stor grad lagt vekt på ferdigheter, arbeid som har blitt lagt ned i verket og dømmekraften til opphavsmannen. Dette er til forskjell fra rettstradisjonen i "civil law" land som f.eks Tyskland, Frankrike og Norge hvor man har tolket inn et krav om kreativitet i originalitetskravet. En annen side av originalitetskravet slik vi har i norsk rett, har vært en vurdering av muligheten for dobbeltframbringelser. Dette aspektet ved originalitetskravet er også gjenstand for ulik nasjonal tolkning. Man har i teorien sett på to forskjellige innfallsvinkler til

⁶¹ E. Tómasson, NIR, 2001 på s. 531

denne problemstillingen. En intern og en sammenliknende tilnærming. Den førstnevnte tilnærmingen er opptatt av hvorvidt det nye verket er et selvstendig kreativt arbeid uansett om liknende verk har blitt laget tidligere. Den sistnevnte kategorien har derimot større likhet med nyhetskravet i patentretten og hvor det avgjørende for om et verk er vernet er om det er unikt eller ikke.⁶²

I den franske opphavsrettslovgivningen blir ikke originalitetskravet uttrykkelig nevnt som en del av kravet til verkshøyde for, i dette tilfellet, litterært verk. Men det er likevel sikker rett at et slikt krav finnes. Hva som mer ligger i dette kriteriet er derimot ikke like sikker rett. Utgangspunktet må være at det er åndsverk i ordets bokstavelige forstand. Tradisjonelt har dette vært tolket til å bety "mark of personality", spor etter personlighet, noe som kan lede tanken hen mot at verket hadde blitt et annet hvis ikke nettopp denne opphavsmannen hadde satt sitt preg på verket. Det samme argumentet har blitt brukt i dobbeltframbringelses henseende. Der det er fare for en dobbeltframbringelse, har ikke opphavsmannen satt nok personlig preg på verket, og kan følgelig heller ikke få vern for sin frambringelse. Rettstilstanden i Frankrike har derimot endret seg med utvidelsen av typer frambringelser på opphavsrettens område. Dette har også domstolene tatt hensyn til og utvidet originalitetsbegrepet sitt til å være "apport intellectuel", intellektuelt bidrag.⁶³ At det nettopp er et intellektuelt bidrag som må til for å få opphavrettslig vern, er nå også blitt gjeldene rett i USA etter at Supreme Court endret rettstilstanden i 1991 fra å bygge på tradisjonell Engelsk rett til mer å ha en lik tilnærming originalitetskravet slik vi ser det i Kontinentaleuropeisk rettstradisjon. I Feist saken,⁶⁴ gikk USA's Høyesterett bort fra "sweat of the brow" doktrinen, som tidligere var tilfredsstillende krav til å

⁶² Sterling, 2003, på s. 292

⁶³ Sterling, 2003 på s. 293

⁶⁴ Feist Publications Inc v Rural Telephone Service Company Inc

oppnå opphavrettslig beskyttelse for et verk, til at forfatteren måtte utvise "(a) minimal level of creativity". Dermed er det bare nå England av de to landene hvor det avgjørende for om et verk har opphavrettslig vern, er om verket er kommet til på grunn av "skill, judgement and labor". House of Lords har presisert hva som nærmere ligger i "originalitet" til bare å være at verket har sin opprinnelse fra opphavsmannen selv, og krever ingen nye eller innovative tanker forutsatt at verket ikke er en kopi. *"The word "original" does not demand original or inventive thought, bit only that the work should not be copied and should originate from the author"*.⁶⁵

I norsk rett vil et verk få vern uansett form det har kommet til uttrykk i. Således er det sikker rett at koreografen til en danseforestilling og foredragsholderen til et foredrag vil ha opphavrettslig vern til tross for verkets umiddelbare form. Det er med andre ord ikke formen selv som blir vernet, men frambringelsen. Det må selvsagt også trekkes en grense nedad, hvor opphavsmannen heller ikke kan få vern for idéer, men bare der disse kommer til uttrykk via en frambringelse. Ikke alle land har en like liberal holdning nettopp til fiksering og formen verket har kommet til uttrykk i. At en slik fiksering kan finne sted i nasjonale staters opphavsrett, kommer til uttrykk i Bernkonvensjonen § 2 2. ledd. Her, som over, går hovedskillet mellom Anglo-Amerikansk og Kontinental-Europeisk rett hvor det er i først nevnte system det finnes et krav om fiksering, mens det i all hovedsak ikke gjør det i det sist nevnte rettssystemet.⁶⁶

⁶⁵ All E.R 1964, p. 465

⁶⁶ Sterling, 2003, 7.03 på sidene 285 og 286

3.2 EØS-retten

Kriteriene for at et verk skal ha opphavrettslig vern, er som nevnt ikke harmonisert innen EØS. At dette ikke er en tilfredsstillende situasjon er på det rene, og kommisjonen uttaler at det innen EU burde kunne "require(s) clear predictability for rightholders and users of what exactly is protected".⁶⁷ Selv om det ikke finnes generelle regler på hva kriteriene for et slikt vern skulle være, har man derimot i flere direktiv en beskrivelse av hva som skal til for at et verk skal kunne anses som vernet etter direktivet. Det er EDB-direktivet (Programvaredirektivet),⁶⁸ Vernetidsdirektivet,⁶⁹ Databasedirektivet⁷⁰ og Følgerettsdirektivet.⁷¹ Men ingen av dem gir mer enn generelle retningslinjer på hva som kan anses som kriteriene for vern. Programvaredirektivet viser for eksempel til at et EDB-program må være originalt for å kunne oppnå vern, og at i det ligger det at det må være frembrakt av opphavsmannen selv jfr art 1 3.ledd. I Vernetidsdirektivet art 6 er det kun fotografiene, som er et resultat av opphavsmannens intellektuelle frambringelse, som får beskyttelse etter direktivets art 1. I Databasedirektivet art 3 1.ledd er det sagt at en database får vern hvis det er opphavsmannens eget intellektuelle verk, og at dette er det eneste kriteriet for vern. Men om dette ligger nærmere opptil den engelske måten å forstå en frambringelse på eller mer den franske, gir direktivet ingen rettesnor på. For å få svaret på dette, må vi gå til de respektive land for å se om de nasjonale lovene måtte endres ved implementeringen av direktivet.

⁶⁷ COM (96) 568 på s. 10

⁶⁸ 91/250/EØF

⁶⁹ 93/98/EØF

⁷⁰ 96/9/EF

⁷¹ 2001/94/EF

Først vil jeg se om det går an å lede noe mer generelt ut av disse tre direktivene før jeg ser på hvilke konsekvenser implementeringen av disse direktivene har hatt i de ulike nasjonale lands rett. Definisjonen av originalitet i de tre forskjellige direktivene er relativt sparsomme i sine definisjoner, men har både en positiv og en negativ side. Den positive er at vern oppnåes hvis verket er et resultat av opphavsmannens egen personlige, intellektuelle skapelse. Den negative er at det ikke er noen andre kriterier som skal legges til grunn for originalitetsbedømmingen. Til tross for at disse reglene i utgangspunktet virker konsise og klare, er det ved nærmere ettersyn ikke like sort/hvitt. For det første er ordlyden taus når det gjelder de nærmere vilkårene for hvor mye innsats som kreves før et verk er en personlig intellektuell frambringelse. Problemene dette skaper i de ulike landenes internrett, kommer jeg tilbake til nedenfor. For det andre er ikke den negative avgrensningen like bastant som det i utgangspunktet ser ut til å være. Det ser man i fortalene til de ulike direktivene, som synes å ville gi retningslinjer på hva som skulle kunne falle inn under en av de respektive verkskategoriene, og hva som ikke gjør det.⁷² Det kan med andre ord ikke trekkes noe entydig bilde av hva som skal være innholdet i originalitetskravet i EØS-retten etter dette. At de tre stedene hvor man i EØS-retten har regulert verkshøydespørsmålet, kun omfatter noen verkskategorier innenfor opphavsretten taler heller ikke for at man etter dette kan utlede noe generelt prinsipp om originalitetskravet og verkshøyde kriteriene etter disse tre direktivene. Dette synspunktet støttes også i litteraturen.⁷³

I Tysk rett er originalitetskravet at verket må være opphavsmannens "persönliche geistige Schöpfung", opphavsmannens intellektuelle

⁷² Se for eksempel programvaredirektivet, punkt 8 i fortalen

⁷³ Se Karnell, 1998, på s. 157 flg

frambringelse.⁷⁴ Som nevnt ovenfor, er det i fransk rett et kriterium at verket er "merket av personligheten" men at det også må være en intellektuell frambringelse. Begge disse utgangspunktene synes å stemme godt overens med originalitetskravene som for noen enkelte verkskategorier er oppstilt i de ulike EF-direktivene. Engelsk rett derimot, har en litt annen holdning til originalitet som tidligere nevnt. Deres doktrine går ut på at dersom opphavsmannen har utvist tilstrekkelig "ferdighet og dømmekraft eller arbeidsprestasjon", er det tilfredsstillende for å oppnå vern. Som et utgangspunkt burde disse kriteriene for vern objektivt sett kunne oppfylle kravene i de ulike direktivene. Man kan si at "ferdigheter og dømmekraft" er basisen i intellektualitet og at "arbeidsprestasjon" kan bety det samme som frambringelse. Problemet oppstår der man stiller ulike kriterier avhengig av hvilken verkskategori man er innfor. Det er ikke et krav etter engelsk rett at både dømmekraft, ferdighet og arbeidsprestasjon foreligger samtidig. Man kan også oppnå vern for bare arbeidsprestasjonen. Det er i disse tilfellene at originalitetsbegrepet etter engelsk rett vanskelig kan sies å falle inn under originalitetskravet i de nevnte direktivene. Man endret heller ikke loven fra 1988⁷⁵ og kravet til originalitet ved implementeringen av programvaredirektivet og vernetidsdirektivet (som fastsetter originalitetskravet for fotografier) og engelsk rett vil i disse tilfellene kunne gi vern for programvare og fotografier som ikke nyter den samme beskyttelsen i andre europeiske land. Når det gjelder databaser er det utvilsomt at innholdet i det minste får vern som *sui generis* rettigheter på grunn av arbeidet som er lagt ned i verket. I hvilken grad databasen oppfyller kravet til originalitet, vil avhenge av om domstolene finner

⁷⁴ Sterling, 2003, på s. 298

⁷⁵ Copyright, Designs and Patents Act 1988

at egen intellektuell frambringelse går lengre enn "ferdighet, dømmekraft og arbeidsinnsats".⁷⁶

3.3 Forholdet til beskyttelse etter annen lovgivning

Hvis et produkt er beskyttet etter for eksempel mønsterloven eller patentloven, kan verket i tillegg oppfylle kriteriene til opphavsrettslig vern? Det avgjørende må bli om verket oppfyller kravene i § 1 og har tilstrekkelig selvstendig verkshøyde. Dette er ikke omstridt i norsk rett. Så lenge verket oppfyller kravene til et åndsverk i § 1, er det uvesentlig om verket i tillegg oppfyller kravene til vern etter andre lover. Dette synspunktet ble slått fast av Høyesterett i Wegner-dommen.⁷⁷ Her var det spørsmål om et sybord kunne anses som et kunstverk og oppnå opphavrettslig vern som dette. En av årsakene til saksøker i dette tilfellet, var at man ønsket å stoppe en konkurrent som hadde laget et tilsvarende bord. Det avgjørende for Høyesterett sin vurdering om dette sybordet kunne anses som et kunstverk, var om bordet *"ved sin formgivning er kommet frem til et bord som etter en helhetsbedømmelse må karakteriseres som et åndsverk i lovens forstand. Således som jeg forstår loven, må det i et tilfelle som dette kreves at opphavsmannens idéer har realisert seg på en slik måte at det ved hans verk er skapt noe originalt av kunstnerisk verdi."*⁷⁸

Dommen ble avsagt etter loven av 1931, men må antas å fortsatt være gjeldende rett da det samme synspunktet ble opprettholdt av Fredrikstad byrett i Tripp Trapp saken⁷⁹ hvor Tripp Trapp stolen var av en slik karakter at den oppfylte kravet til verkshøyde i åvl § 1. At åndsverksbeskyttelse gis tilsvarende

⁷⁶ Sterling, 2003, på s. 307

⁷⁷ Rt 1962 s. 964, Wegner dommen

⁷⁸ Rt 1962 s. 964, Wegner dommen på s. 967

⁷⁹ RG 1994, s 270

vide anvendelsesområde finnes det eksempler på fra andre lands rett også. I dansk rett ble dette besvart bekreftende i Tripp Trapp 2 dommen hvor en patentrett ikke utelukket en eventuell opphavrettslig beskyttelse i tillegg.⁸⁰ At en bruksgjenstand som kan patenteres for sine tekniske løsninger kan nyte opphavrettslig vern også utenfor den nordiske rettssfære, er nettopp Tripp Trapp stolen et bevis på. Stolens kunstneriske og estetiske utforming har blitt ansett for å oppfylle kriteriene til opphavrettslig vern i alle land hvor dette har blitt prøvet for retten. Disse er, foruten Norge, Sverige og Danmark, Nederland, Belgia, Frankrike, Sveits, Tyskland, Østerrike og Spania.

4 Importnektelse av verkseksemplar uten opphavsrettslig vern i eksportlandet til Norge

4.1 En fortsatt spredningsrett?

Som nevnt ovenfor kan det i enkelte tilfeller oppstå en situasjon der man, på grunn av ulike kriterier til verkshøydekravet, har et verkseksemplar i et land innenfor EØS-området som ikke nyter opphavrettslig vern. Hadde derimot det samme verket blitt framstilt i Norge, kunne verket ha oppfylt kriteriene til verkshøyde her, og følgelig blitt vernet her. I hvilken utstrekning kan norske rettighetshavere motsette seg import av verkseksemplaret fra andre EØS-land?

Utgangspunktet for denne vurderingen er at opphavsmannen har enerett til "å råde over verket" jfr § 2. Denne råderetten omfatter bl.a. retten til spredning av verkseksemplar. Ved en krenkelse av denne spredningsretten kan

⁸⁰ UfR 2000 s. 747

opphavsmannen motsette seg urettmessig spredning av verkseksemplar. For at rettighetshaver kan gjøre gjeldende sine innsigelser, er det en forutsetning at retten til spredning av verkseksemplar ikke er konsumert. Regelen om spredningsrettens konsumpsjon, finnes i åvl § 19.

Det konsumpsjon av spredningsretten går ut på, er at dersom opphavsmannen "sprer" et eksemplar av sitt verk, er rettighetene til dette eksemplaret gått tapt. Begrunnelsen for dette er tredelt. For det første er det en tingsrettslig begrunnelse om at opphavsmannen ikke lenger kan råde over verkseksemplaret når han ikke lengre er i besittelse av eksemplaret. Den andre begrunnelsen er av økonomisk art. Opphavsmannen ville kunne fått en uberettiget vinning dersom han først kunne selge verkseksemplaret og deretter for eksempel legge føringer på videresalg eller ta seg betalt for hvert eksemplar som blir spredt videre. Den tredje begrunnelsen for § 19, er rene konkurransehensyn.⁸¹

Om hvorvidt spredningsretten er i behold eller konsumert, beror i første omgang på en konkret tolkning av § 19. Deretter kommer en vurdering av hvor eksemplaret blir spredt før denne retten blir konsumert. Dette er spørsmålet om spredningsrettens geografiske rekkevidde.

Spredningsretten må ses i sammenheng med § 2 som sier at opphavsmannen har enerett til å råde over åndsverket. I denne råderetten ligger det en enerett til tilgjengeliggjøring for allmennheten og hvem som kan få tilgang på verket ved førstegangs spredning av verkseksemplarene. Denne retten gjelder ikke uavkortet, og derfor finnes det regler om spredningsrettens konsumpsjon i åvl § 19. Vilkårene for konsumpsjon av spredningsretten er for det første at

⁸¹ Rognstad, 2004, på s. 81

eksemplaret er solgt. Deretter må eksemplaret være solgt med opphavsmannens samtykke.

Det er sikker rett at "solgt" skal tolkes utvidende i den forstand at kravet vil være oppfylt også ved annen eiendomsoverdragelse av offentliggjorte verk.⁸² Av ikke-offentliggjorte verk derimot, er regelen at et verk må være solgt før det skjer en rettighetsovergang, jfr § 19 1.ledd 2. punktum. Det andre kravet § 19 oppstiller er at salget må være med rettigheters samtykke. Tilsvarende med samtykke fra opphavsmannen selv anses også samtykke fra en som opphavsmannen har overdratt rettighetene sine til.⁸³

Det neste spørsmålet blir over hvilket geografisk område spredningsretten blir konsumert. Blir spredningsretten konsumert uansett hvor opphavsmannen selger eksemplaret? Generelt oppstiller man tre forskjellige mulige tolkningsalternativer. Disse er nasjonal-, EØS-regional- eller global konsumpsjon av spredningsretten.⁸⁴ Det finnes ingen norsk rettspraksis og lite nordisk rettspraksis på området. Utgangspunktet i norsk rett, er at spredningsretten blir konsumert uansett hvor i verden opphavsmannen sprer eksemplarene sine. Med andre ord er det etter norsk rett et prinsipp om global konsumpsjon.⁸⁵ Dette mener Rognstad 2004 også stemmer overens med lovteksten som er direkte taus.⁸⁶ I direktivet "Om harmonisering av visse sider av opphavsretten og de nærstående rettighetene i informasjonssamfunnet",⁸⁷ harmoniserer man derimot konsumpsjonsspørsmålet i EØS-området. I

⁸² Rognstad, 2004, på s. 82

⁸³ Rognstad, 2004, på s. 83

⁸⁴ Rognstad, 2004, på s. 84

⁸⁵ se f.eks ot.prp nr 15 (1994-95) på s. 87

⁸⁶ Rognstad, 2004 på s 85

⁸⁷ Rådskdirektiv 2001/29/EF, heretter Infosoc-direktivet

direktivets art 4 forutsettes det en EØS-regional konsumpsjon der salg eller annen eiendomsoverdragelse av eksemplaret er skjedd med rettighetshavers samtykke.⁸⁸ Dette har fått konsekvenser for den danske konsumpsjonsregel og dansk rett måtte endres til å omfatte bare EU-regional konsumpsjon.⁸⁹ Ved lovforberedelsene til implementeringen av det samme direktivet, har man i Norge ønsket å holde på prinsippet om global konsumpsjon, til tross for Danmark sin lovendring, jfr høringsutkastets s 24.⁹⁰ Dette forutsatte lovgiver at man skulle få til ved å lage en "tilpasningstekst" for Norge som man skulle få vedtatt i EØS-komiteén når de behandlet saken. En slik endringstekst ble ikke tatt inn. Derimot kan det synes som om lovgiver har skiftet synspunkt i konsumpsjonsspørsmålet. I St.prp. nr. 6 (2004-05), sier lovgiver at *"(g)jennomføringen av direktivets konsumpsjonsbestemmelse for opphavsmenn og deres verk vil nødvendiggjøre endringer i loven"*.⁹¹ Det må dog bemerkes at uttalelsen kom fra UD og ikke KKD som har utarbeidet høringsutkastet. Om KKD er enig med UD i konsumpsjonsspørsmålet, vil vise seg når Ot.prp. om implementeringen av Infosoc direktivet kommer i slutten av november d.å.⁹² Det er fastslått at EU-regional konsumpsjon er gjeldende EU-rett jfr f.eks Silhouette dommen.⁹³

Et annet spørsmål er derimot om norsk rett kan opprettholde synspunktet om global konsumpsjon, eller må man i norsk rett, slik UD har antydnet, endre norsk rett til bare å omfatte EØS-rettslig konsumpsjon? Et annet spørsmål er selvsagt

⁸⁸ Infosoc-direktivet art 4 2.ledd

⁸⁹ Martin Kyst, 2001 på s 308 og "Forslag til lov om ændring af ophavsretsloven" 2002/1 LSF 19 i endring nr 17

⁹⁰ Høringsutkast om forslag til endringer i åndsverksloven m.m, 25/6/03

⁹¹ St.prop. nr. 6 (2004-05) på s. 3

⁹² www.stortinget.no

⁹³ C-355/96, Silhouette dommen

hvorvidt prinsippet om global konsumpsjon fortsatt blir gjeldende rett når man er på områder utenfor anvendelsesområdet til Infosoc direktivet. Kan man tenke seg en deling av spredningsrettens konsumpsjon på ulike rettsområder? Dette er allerede gjort i norsk rett ved implementeringen av utleie direktivet⁹⁴ hvor EØS-regional konsumpsjon er hovedregelen ved utleie av verkseksemplarer.⁹⁵ Om dette også vil bli resultatet, går jeg ikke nærmere inn på, da dette vil gå utenfor oppgavens rammer. Det som er på det rene, er at de nordiske landene, som ikke er EFTA-stater, har måttet endre kursen i konsumpsjonsspørsmålet og forandret lovene sine til EØS-regional konsumpsjon. Om Norge kommer til å gjøre det samme da de ikke fikk vedtatt tilleggsteksten departementet viser til i sitt høringsutkast, er vel ikke helt utenkelig. Et viktig moment for Norges holdning til spredningsrettens konsumpsjon, er avgjørelsen i Maglite saken⁹⁶ fra EFTA-domstolen. I denne saken kom EFTA-domstolen til at det var opp *"til EFTA-statene å bestemme om de ønsker å innføre eller opprettholde prinsippet om internasjonal konsumpsjon"*.⁹⁷ Man kan stille spørsmål om dette synspunktet har endret seg siden avgjørelsen i Silhouette saken⁹⁸ kom. Det framkommer av Maglite-saken at EFTA-domstolen ikke utelukker ulik tolkning av konsumpsjonsregelen i varemerkedirektivet i EU og EFTA statenes område. Dette begrunner EFTA-domstolen med de grunnleggende forskjeller som hhv EU som tollunion og EFTA som frihandelsområde utgjør.⁹⁹ I tillegg kan Norge, som nevnt ovenfor, vedta en ny lov som er i strid med EØS-retten fordi EØS-

⁹⁴ 92/100/EØF

⁹⁵ 92/100/EØF, art 9

⁹⁶ E-2/92, MagLite saken

⁹⁷ E-2/92, MagLite saken i konklusjonen

⁹⁸ C-355/96, Silhouette dommen. Denne dommen ble vist til i EFTA-domstolens avgjørelse, men var fortsatt under behandling da retten avsa sin rådgivende uttalelse.

⁹⁹ E-2/92, MagLite saken i punktene 24 og 25

retten har samme trinnhøyde som norsk rett. At Norge da eventuelt vil gjøre seg skyldig i traktatbrudd er en annen side av saken. Ot.prp. om endring av Åndsverkloven er ventet i november 04, og vil mest sannsynlig gi svaret på om norsk rett i framtiden vil inneholde et prinsipp om regional- eller globalkonsumpsjon av spredningsretten.

Konklusjonen må være at opphavsmannen ikke kan motsette seg en parallellimport av verkseksemplar til Norge hvis hans enerett til spredning etter § 2 er konsumert etter § 19.

4.2 Innførselsforbudet i åvl § 54 første ledd litra c)

I tillegg til at en parallellimport ville være i strid med den generelle regelen om opphavsmannens enerett til spredning i § 2, har vi i norsk rett forskjellige straffebestemmelser for krenkelse av opphavretten i åvl kap 7. Blant disse finnes det både generelle innførselsforbud og spesielle parallellimportforbud, hhv i § 54 første ledd litra c), d) og e). Jeg vil i denne framstillingen, som tidligere nevnt, legge fokus på § 54 første ledd litra c) som lyder; *”Med bøter eller fengsel (...) straffes den som forsettelig eller uaktsomt bryter denne lov ved (...)å innføre eksemplar av åndsverk eller av arbeider og opptak som nevnt i §§ 42, 43, 43a, 45 og 45a i hensikt å gjøre dem tilgjengelige for allmennheten, når eksemplarene er fremstilt utenfor riket under slike forhold at en tilsvarende fremstilling her i riket ville vært i strid med loven (...)*”.

Denne paragrafen gjør det straffbart å innføre et vernet verk som på grunn av eksemplarfremstillingsmåten ville vært forbudt etter norsk rett. Tilsvarende

importforbud finnes i de andre nordiske lands opphavsretslover.¹⁰⁰ Regelen inneholder fem vilkår som jeg vil behandle i det følgende.

4.2.1 Hva er en framstilling i strid med loven?

Utgangspunktet for vurderingen om § 54 første ledd litra c) kommer til anvendelse, er om verkene er framstilt i et annet land enn Norge og at forholdene de er framstilt under ville "være i strid med loven" hvis eksemplarene hadde blitt produsert her. Dette vilkåret reiser noen spørsmål som jeg vil behandle i det følgende. For det første er loven taus om hvorvidt det er relevant om verkseksemplaret er framstilt lovlig i produsentlandet. Schönning¹⁰¹ mener at etter dansk rett vil regelen komme til anvendelse både hvis verket er produsert ulovlig og lovlig i produsentlandet. Dette må nok være gjeldende norsk rett også.¹⁰² Det avgjørende for vurderingen er derimot ikke om hvorvidt framstillingen er lovlig eller ikke i produsentlandet, men om framstillingen ville ha vært lovlig hvis eksemplaret hadde vært framstilt på tilsvarende måte i Norge. Spørsmålet er hvilke produksjonsforhold som etter norsk rett anses ulovlige. I lovforarbeidene gis det noen indikasjoner på hvilke situasjoner som vil kunne rammes av importforbudet. For det første nevnes det tilfellet hvor et verkseksemplar ikke har vern i produksjonslandet, men i Norge, og dermed fritt kan spes utenfor Norge. Man ønsket å hindre spredningen av disse eksemplarene til Norge med importforbudet.¹⁰³ Dette synspunktet støttes opp av både svensk og dansk rett,¹⁰⁴ og av Høyesterett i Electric Circus dommen.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Se URL § 53 3.ledd, OHL § 77, FiURL § 56 a) 2.ledd

¹⁰¹ Schönning, 1998, på s. 599 og 600

¹⁰² Rognstad, 1999, på s. 661

¹⁰³ Ot.prp nr. 26 (1959-60) på s. 109

¹⁰⁴ Rognstad, 1999, på s. 664 og Schönning, 1998, på s. 599

I denne dommen var importen av et fonogram fra USA ulovlig, fordi fonogrammet var produsert under tvangslisens. Denne tvangslisensen var ikke lovlig etter norsk rett.

Et ytterligere spørsmål som må stilles er hvorvidt et samtykke kan fra den opphavsberettigede kan avskjære han i å benytte seg av en § 54 beføyelse. Forbudet i § 54 første ledd litra c) omfatter all import av verkseksemplar som er produsert på en slik måte at tilsvarende produksjon ville vært i strid med norsk lov hadde produksjonen blitt gjort i Norge. Spørsmålet drøftes i Electric Circus dommen.¹⁰⁵ I denne dommen hadde verket "Joy Ride" opphavrettslig vern i Norge jfr åvl § 59 og Verdenskonvensjonen og/eller Bernkonvensjonen. Den omtvistede platen musikkverket var lydfestet på, var produsert under tvangslisens i USA. Retten kom fram til at en produksjon under tvangslisens ikke kunne anses som lovlig produksjon etter norsk rett. Dette begrunnet retten med at det nødvendige samtykket for at produksjonen kan anses som lovlig, ikke forelå. At en produksjon under tvangslisens, som ikke var anerkjent i Norge, var ulovlig framstillingsmåte etter norsk rett, kom ikke fram av de norske forarbeidene. Retten kom likevel til at produksjonen var ulovlig etter norsk rett ved å vise til svenske forarbeider. Der ble det uttrykkelig fastslått at også en produksjon under en tvangslisensbestemmelse som ikke hadde sitt motstykke i svensk rett ville omfattes av innførselsforbudet. At det samme synspunktet måtte være gjeldende norsk rett, begrunnet retten med et harmoniseringshensyn på nordisk nivå. Åndsverk loven var blitt til etter nordisk rettssamarbeid, og man søkte å oppnå nordisk rettsenhet på opphavsrettensområde. På bakgrunn av uttalelsene i de svenske

¹⁰⁵ Rt 1985 s 883 Electric Circus dommen

¹⁰⁶ Rt 1985 s 883 Electric Circus dommen

lovforarbeidene, fant retten at et reelt samtykke ikke forelå og dermed at produksjonen av musikkverket måtte anses ulovlig etter norsk rett.

Kan man trekke en analogi fra denne dommen og si at et samtykke ville ha gjort handlingen lovlig? Det er anerkjent i norsk strafferett at samtykke i enkelte tilfeller kan gjøre en handling straff fri. Dette blir begrunnet med at en straffbar handling omfatter en interessekrenkelse. Hvis et gyldig samtykke foreligger, vil man heller ikke i gitte situasjoner krenke noen sine interesser.¹⁰⁷ I denne forbindelse reises det noen spørsmål. For det første må det avgjøres hvorvidt det i dette tilfellet kan gis straff fritaende samtykke. For det andre må det drøftes hva som må til for at et slikt samtykke foreligger.

I vurderingen av det første spørsmålet er det i norsk strafferettsteori lagt vekt på om straffebudet søker å verne private eller offentlige interesser. Verner straffebudet offentlige interesser, kan ikke en privatperson samtykke i en krenkelse av disse interessene. Søker straffebudet å verne private interesser derimot, kan man i enkelte tilfeller tenke seg at et slikt samtykke kan være straff fritaende. Begrunnelsen for dette er at handlingen ikke lenger er like straffverdigg dersom den krenkede straffebudet søker å verne, har samtykket i den krenkende handlingen.¹⁰⁸ § 54 søker å verne opphavsmannens privatrettslige interesser. Videre har det blitt antatt at særlig to hensyn har vært viktige å veie mot hverandre. På den ene siden må man se på formålet med handlingen og på den annen side må man se på hvor skadelig handlingen vil være. Handlingen i dette tilfellet er selve innførselen av det vernede verket. En innførsel uten opphavsmannens samtykke, vil utelukkende krenke

¹⁰⁷ Eskeland, 2000, på s 248

¹⁰⁸ Eskeland, 2000, på s 249

opphavsmannens rettigheter. Et samtykke fra den krenkende selv vil føre til at innførselen får liten grad av straffverdighet.

Det neste spørsmålet er hva som kreves av opphavsmannens samtykke for at dette kan anses som et gyldig samtykke. Opphavsmannen må ha evne til å avgi et slikt samtykke og samtykket må ikke lide av tilblivelsesmangler så som tvang, svik eller lignende for at samtykket kan anses som gyldig.¹⁰⁹

Konklusjonen må være at et innførselsforbud vil kunne avskjæres hvis opphavsmannen har samtykket i produksjonen som ellers ville ha vært ulovlig dersom produksjonen hadde skjedd i Norge.

4.2.2 Hva er et åndsverk?

For det første må verket tilfredsstillende kravene til et åndsverk etter norsk rett. Hva som menes med et "åndsverk" i norsk rett, kommer fram i § 1 og lang og fast praksis.¹¹⁰ Jeg går ikke nærmere inn på åndsverkdrøftelsen her, men som tidligere nevnt, er det fordi nasjonal rett setter kriteriene for hva som anses som et "åndsverk", kan et åndsverk være vernet i et land men ikke et annet.

I tillegg til verkseksemplarer av åndsverk verner bestemmelsen de fleste nærstående rettighetene i åvl kap 5. De nærstående rettighetene som ikke er vernet etter § 54 første ledd litra c), er § 44 om pressemeldinger og § 45b om

¹⁰⁹ Eskeland, 2000, på s. 251. Dette kan også illustreres med Electric Circus dommen, Rt. 1985 s. 883, hvor Høyesterett la stor vekt på at et samtykke måtte være "reelt", dersom innførselsforbudet ikke skulle komme til anvendelse.

¹¹⁰ Ot.prp nr. 26 (1959-69) på s. 12

tilgjengeliggjøring av utøvende kunstneres prestasjoner i kringkastningssending.

4.2.3 Når er et verkseksemplar "innført"?

Det neste vilkåret er å "innføre" et åndsverk til Norge. Dette må for det første omfatte all import til Norge. Hvem er det som kan importere disse varene? Loveteksten er taus. Så lenge varen er innført, kan det kalles import. Loven setter ikke et krav om at varen må være importert i ervervsøyemed, så innførsel kan da også omfatte den rent private importen. Men når man ser kravet til innførsel i sammenheng med at eksemplaret må være tilgjengeliggjort til allmennheten for å omfattes av forbudet, er den private innførsel ikke i strid med § 54 første ledd litra c).¹¹¹

Det neste spørsmålet som reises, er om å "innføre" bare omfatter fysiske eksemplarer, eller om det også omfatter overføringer i digitale nettverk. Man kan tenke seg den samme situasjonen som i Electric Circus saken, hvor Høyesterett kom fram til at produksjonen ville ha vært ulovlig hvis den hadde vært framstilt her i riket, bare med en liten forskjell. Innførselen til landet hadde funnet sted ved at jeg lastet ned det samme lydsporet som var lydfestet til fonogrammet ned på min datamaskin. Ville det ha vært en "innførsel" i lovens forstand? Denne problemstillingen reiser noen viktige spørsmål. For det første er det i disse tilfellene skjer eksemplarframstilling først når dataene blir lastet ned av mottaker. Det vil i dette henseende være unaturlig å snakke om en framstilling "utenfor riket". For det andre kan man trekke en parallell til spredningsretten. Denne synes ikke å være i behold der man kun har en digital

¹¹¹ Se også Rognstad, 1999, på s. 658

overføring. Og spredningsretten er følgelig forbeholdt spredningen av fysiske eksemplarer.¹¹² Konklusjonen må være at overføringer i digitale nettverk ikke kan anses som innførsel.

Den neste problemstillingen som innførselskravet reiser, er om innførsel også omfatter videreformidling av verkseksemplar. Jeg vil i det følgende skille mellom tre forskjellige situasjoner. Den første situasjonen er der innføreren har en avtale med for eksempel en produsent i et annet land, som produserer et verkseksemplar, om et parti varer som innføres til Norge. Deretter selges varene videre på innførers egen risiko. Den andre situasjonen er der en agent eller en videreformidler reklamerer for en vare og videreformidler bestillinger rett til for eksempel produsenten. Produsenten sender varen og regning direkte til kjøper og agenten eller videreformidleren får en salgsprovisjon etter at oppgjøret mellom kjøper og selger er ferdig. Den tredje og siste situasjonen, er der videreformidleren kun reklamerer for varen. I hvilke av disse tilfellene vil videreformidleren ”*innføre*” et verkseksemplar i lovens forstand?

For å klargjøre problemstillingen vil jeg legge følgende forutsetninger til grunn. I en situasjon der man har ulike kriterier for opphavrettslig vern i EØS-stat P og Norge, kan man tenke seg følgende hypotetiske situasjon. Tripp Trapp® stolen nyter opphavrettslig vern i Norge¹¹³ men ikke i EØS-staten P. I tillegg er det stor ulikhet i kostnadsnivå på produksjonen i de respektive landene. Fabrikken S produserer, lovlig etter staten P sin internrett, identiske stoler, Trippe Trappe stolen, som Tripp Trapp® stolen i Norge.

¹¹² Se Rognstad, 2004, på s. 80

¹¹³ RG 1994 s. 270, Tripp Trapp saken

I den første situasjonen vil videreformidleren ha innført et parti med varer til Norge, og handlingen må klart falle inn under lovens ordlyd. Den siste situasjonen kan heller ikke være særlig tvilsom. Det vil ha formodningen mot seg at en person som kun reklamerer for en vare vil kunne anses som en innfører hvis noen skulle følge reklamens budskap å faktisk innføre varen vedkommende reklamerer for til Norge. Derimot er situasjonen hvor videreformidleren får en salgsprovisjon for salget han har videreformidlet, mer problematisk å klassifisere som innførsel i lovens forstand eller ikke.

Kan man tenke seg en situasjon der en privat person i Norge, X, annonserer for Trippe Trappe stolen og bestillingen av denne stolen vil kunne gjøres via X sine annonserer. Det X gjør, er å videreformidle bestillingen til produsenten av Trippe Trappe stolen i staten P og produsenten S sender varen og regning direkte til bestilleren og ikke via annonsøren. Vil dette være "innførsel" i lovens forstand? Etter en normal forståelse av ordet "å innføre" vil man ikke umiddelbart forstå som "å videreformidle". Rognstad er derimot ikke like enig i dette synspunktet. Han mener at den som videreformidler en import også vil være en "innfører" i lovens forstand.¹¹⁴ Men Rognstad setter en forutsetning til dette standpunktet, og det er at videreformidleren også har den økonomiske risikoen for varen. Her siktes det til tilfellet der videreformidleren tar seg betalt og har risikoen for varen inntil den er levert mottaker. Man kan tenke seg en situasjon der X for eksempel setter opp en internettside med bestilling av Trippe Trappe stolen. Det eneste X gjør, er å videreformidle en bestilling på denne varen direkte til produsenten, uten å ta seg betalt av noen, og varen blir levert direkte til mottaker med vanlige kjøpsrettslige betingelser som risikoovergang ved levering. Vil dette også være "innførsel" i lovens forstand? En direkte forståelse av lovens ordlyd tilsier ikke dette. På den annen side er hensynene

¹¹⁴ Rognstad, 1999, på s. 85

bak reglen nettopp å hindre import av et ulovlig framstilt verk til Norge, og denne importen ville kanskje ikke ha funnet sted uten videreformidlerens innsats som videreformidler. Annerledes ville det nok ha stilt seg hvis videreformidleren bare hadde satt opp en direkte link til produsenten fra sin hjemmeside og ikke hadde hatt noen form for videreformidling av bestillinger. De aktiviteten videreformidleren da ville ha hatt, har større preg av avertering og informasjon, noe som ikke kan sies å dekke ordet "innføre" eller falle inn under bestemmelsens hensiktsvurdering. Dette synspunktet får også til en viss grad støtte av Rognstad som er av den oppfatning at "nett salg" av plater og filmer fra USA til Norge "forbrukere selv bestiller (...) fra utenlandske leverandører over Internett, ikke under noen omstendighet vil rammes av åndsverkslovens regler".¹¹⁵

En siste problemstilling som reiser seg i forbindelse med innførselskriteriet, er i hvilken grad en innførsel i strid med en distribusjonsavtale kan rammes av innførselsforbudet i § 54 førte ledd litra c). Dette kan eksemplifiseres ved at en norsk produsent har en eksklusiv distribusjonsavtale med en distributør i staten P. Distributøren har i hht avtalen bare lov til å distribuere innen staten P, men bryter denne avtalen og distribuerer likevel varene til Norge. Vil dette kunne rammes av innførselsforbudet? Det er en innførsel i lovens forstand. Men verket er produsert med samtykke fra rettighetshaver og distribuert med hans samtykke. Selv om verket er innført i strid med en privatrettslig avtale, er det ikke innført i strid med loven.

Konklusjonen må være at innførsel som et utgangspunkt omfatter all type innførsel. Sett i sammenheng med at hensikten til innførselen er å gjøre eksemplaret tilgjengelig for allmennheten, kan en privat person innføre

¹¹⁵ Rognstad, 1999, på s. 658

verkseksemplar til seg selv uten at dette er i strid med loven, men i hvilken grad den samme personen kan videreformidle en slik innførsel, er mer uvisst.

4.2.4 Når er et verkseksemplar gjort tilgjengelig for allmennheten?

Hensikten til importøren må være å gjøre verkene *"tilgjengelige for allmennheten"* for å rammes av forbudsregelen. Hva ligger egentlig i dette kravet? Det kan uansett settes en grense mot den rent private bruken.¹¹⁶ Dette er også i tråd med den tilsvarende bestemmelsen i dansk rett.¹¹⁷ Hva som menes med *"tilgjengelig for allmennheten"* finnes det en nærmere beskrivelse av i § 2 3.ledd. Den skiller mellom framføring og eksemplarframstilling av et verk. Når det gjelder framføring av verk, gjøres disse *"tilgjengelig for allmennheten"* når de *"fremføres utenfor det private området"*. Et verkseksemplar *"gjøres tilgjengelig for allmennheten (...) når eksemplar av verket frembys (...) eller på annen måte spres (...) utenfor dette området"*.

Hva som omfattes av *"det private området"*, har i praksis blitt tolket til å omfatte *"den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskap, eller omgangsbånd skaper"*¹¹⁸. Dette var en dom etter åvl av 1930, men det fremgår av lovforarbeidene at man ikke ønsket å lage noen realitetsendring på dette punktet, til tross for at man endret ordlyden i loven.¹¹⁹ Det ble i Bedriftsmusikkdommen framhevet at det ikke nødvendigvis var størrelsen på forsamlingen som var avgjørende, men forholdet medlemmene imellom. Spørsmålet var om båndene var så pass nære at forholdet art var av en privat karakter. Men utgjør

¹¹⁶ Rognstad, 1999, på s. 87

¹¹⁷ Schönning, 1998, på s. 599

¹¹⁸ Rt 1953 s. 633, Bedriftsmusikkdommen

¹¹⁹ Inst. O XI (1960-61) s. 15

det noen forskjell hvem disse båndene er mellom? Rognstad (2004) mener at det ikke nødvendigvis er nærheten mellom deltagerne selv som er viktig, men mellom den som står for framføringen eller har tatt initiativet til den, og resten av forsamlingen. Det er dette båndet som ikke kan være for fjernt.¹²⁰ At framføreren, musikeren for eksempel, får en påskjønnelse for oppdraget, kan ikke i seg selv føre til at framførelsen mister sin private karakter. Det kan heller ikke det faktum at tilhørerne betaler en sum for å overvære den samme framførelsen, men begge deler kan være momenter i en helhetsbetraktning.¹²¹ Hvis tilhørerne betaler og framføreren får betalt for oppdraget, vil nok mye tale for at dette er utenfor det private området. Skal en situasjon som denne kunne anses for å være innenfor det *"private området"* må det nok være en klarere grense mot kretsen av personer som danner selskapet.

Det neste spørsmålet man må stille seg, er om grensen for det private området trekkes opp likt for eksemplarframstillinger som ved framføringer. På dette punktet er det noe uenighet i nordisk rett. Inst. O XI (1960-61) synes å mene at det ikke var meningen å hevde en realitetsforskjell i hvor grensen på dette punktet bør trekkes. Mens både i svensk og dansk opphavsrett hevder man det motsatte. Om dette er gjeldende rett i Norge, er ikke helt sikkert. Rognstad (2004) argumenterer for at et slikt skille ikke kan synes å finnes i norsk rett.¹²² Noe av begrunnelsen for en eventuell innskjerpelse på kravene til det *"private området"* ved eksemplarframstilling, er rådigheten enkeltpersonen får til verket. Ved en framførelse kan et musikkverk bli sunget eller et litterært verk deklamert, mens man ved eksemplarframstilling får verket i hånda til odel og eie. Dessuten har vi i § 12 en spesialregel om eksemplartremstillinger til privat bruk. Der er det

¹²⁰ Rognstad (2004) på s 93

¹²¹ Rognstad (2004) på s 93

¹²² Rognstad (2004) på s 92

et tilleggskrav at eksemplarframstillingen ikke må være gjort i ervervsøyemed for at den skal kunne falle inn under det ”private området”. I Pornovideo dommen¹²³ uttalte retten at ”privat bruk” som § 12 bruker, ”ikke var begrenset til eget personlig bruk, men kan også skje til fordel for familie- og vennekretsen”. I dette tilfellet la retten vekt på om forholdet mellom tilbyder og mottaker kunne anses som et vennskapsforhold og en vurdering av den samlede utlånsvirksomheten.¹²⁴

Man kan etter dette konkludere med at kretsen av personer i det ”private området” må trekkes litt snevrere for eksemplarframstillinger av vern enn ved framføringer.

4.2.5 Hva er hensikten bak innførselen av verkseksemplaret?

Det siste vilkåret er hensiktsvurderingen til innføreren. Hensiktsvurderingen må ses i to forskjellige relasjoner. For det første er det et vilkår at hensikten er å gjøre verkene ”tilgjengelige for almenheten”, og for det andre kan det stilles spørsmål ved om tidspunktet for innførselen og hensikten med å gjøre verkene tilgjengelige, må være sammenfallende. Jeg vil drøfte spørsmålene i samme rekkefølge.

Hva som omfattes av kravet om å gjøre et verk ”tilgjengelig for almenheten”, viser jeg til drøftelsen i 4.2.4. Det § 54 første ledd litra c) setter et krav om er at hensikten til innførselen, er å gjøre verket tilgjengelig for allmenheten. Innføreren trenger med andre ord ikke å ha gjort verket tilgjengelig for

¹²³ Rt. 1991 s. 1296, Pornovideo dommen

¹²⁴ Rt. 1991 s. 1296, Pornovideo dommen på s 1299

allmennheten, det er tilstrekkelig at innføreren har til hensikt at dette skal bli resultatet.

Det neste spørsmålet er om hensikten må være tilstede samtidig som innførselen, eller om bestemmelsen også omfatter den situasjonen at man først innfører et verk til privat bruk, og etter en tid gjør det tilgjengelig for allmennheten ved å avsette til salg. Hovedregelen i norsk rett er dekningsprinsippet. Det vil si at handlingen må omfatte alle delene av gjerningsbeskrivelsens innhold for å være straffbar.

4.2.6 Kan spredningsretten konsumeres i forhold til § 54 første ledd litra c)?

Utgangspunktet for at spredningsretten kan bli konsumert er at opphavsmannen har samtykket i at verkseksemplaret viderespres, jfr åvl § 19. De aller fleste tilfellene hvor *"framstilling her i riket ville vært i strid med loven"*, er hvor opphavsmannen nettopp ikke har samtykket i produksjonen¹²⁵. Dette illustreres ved for eksempel en tvangslisensordning. Hvis opphavsmannen ikke har samtykket i noen spredning, kan følgelig heller ikke denne retten konsumeres. Dessuten retter § 54 første ledd litra c) seg mot mottakeren av verkseksemplaret og ikke mot sprederen, slik konsumsjonsreglen gjør. I tillegg er § 54 første ledd litra c) en sanksjonsbestemmelse og ikke en del av eneretten til opphavsmannen som spredningsretten knytter seg opp mot.

¹²⁵ Se f.eks Electric Circus dommen, Rt 1985 s. 883

5 EF-domstolens løsning av motstridsspørsmål

5.1 Prinsippet om fri flyt av varer

EØS-avtalen art 8 første ledd lyder; *"I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det innføres fritt varebytte mellom avtalepartene"*. Denne må ses i sammenheng med art 11, *"Kvantitative importrestriksjoner og alle tiltak med tilsvarende virkning skal være forbudt mellom avtalepartene"*. Disse bestemmelsene har sine tilsvarende motstykker i EF-traktaten.

I rettslitteraturen¹²⁶ skilles det mellom fire forskjellige situasjoner hvor import av opphavrettslig vernede verkseksemplar og prinsippet om fri flyt av varer kommer i konflikt. I det første tilfellet har man et verkseksemplar som er markedsført i et EØS land av rettighetshaveren og i etterkant importert til et annet EØS land av en utenforstående tredjepart. I det andre tilfellet er situasjonen den at et verkseksemplar er på markedet i et EØS land uten rettighetshavers tillatelse og så importert til et annet land av en tredjepart uten rettighetshavers tillatelse. I den tredje situasjonen har vi verkseksemplar som har kommet på markedet utenfor EØS området med tillatelse fra rettighetshaver, og så importert av en tredjepart til EØS-området uten rettighetshavers tillatelse. Den fjerde situasjonen er hvor verkseksemplaret har kommet på markedet utenfor EØS-området og har blitt importert til et land innenfor EØS-området, begge deler uten rettighetshavers tillatelse.¹²⁷ Jeg vil i det følgende se på hvordan denne motstriden har blitt løst i EF-retten og i hvilken grad EF-domstolen har løst motstridsspørsmålet mellom nasjonal rett og EF-retten likt eller ulikt i de forskjellige situasjonene.

¹²⁶ Se Sterling i kapittel 26.11 til 26.14

¹²⁷ Sterling, 2003, på s. 775-776

I det første tilfellet har verkseksemplaret blitt brakt på markedet med rettighetshavers tillatelse. Denne tillatelsen omfatter dog ikke import fra et annet EØS-land av en tredjeperson. Et eksempel på et slikt tilfelle finnes i Deutche Grammophon saken.¹²⁸ I denne saken hadde plateselskapet Deutche Grammophon satt en bestemt pris på produktet i Tyskland. Ville andre importører importere det tilsvarende produktet, måtte disse importørene selge til minimum den samme utsalgsprisen. Hvis andre importører solgte til under den prisen som hadde blitt satt av Deutche Grammophon, ville Deutche Grammophon kunne nekte import av verkseksemplaret. Dette var i tråd med tysk internrett og Deutche Grammophons opphavsrettigheter. Motparten, Metro, bestred den tyske domstolens avgjørelse, og ville få en "preliminary ruling" fra EF-domstolen for å kjenne importforbudet ugyldig i hht konkurranseretten. Dette førte ikke fram i EF-domstolen, men derimot mente EF-domstolen at dette importforbudet var et brudd på den frie varehandelen. Dette til tross for at fellesskapsretten ikke omhandlet de materielle spørsmålene om når og hvorfor en slik rett oppstår, men kun bruken av denne retten.¹²⁹ Når denne bestemte typen bruk av retten blokkerer det frie varebyttet, må restriksjonen være ulovlig. Helt absolutt var regelen dog ikke, en restriksjon krenker ikke den frie varehandelen hvis den er *"justified for the purpose of safeguarding rights which constitute the spesific subject-matter of such property"*¹³⁰. Rothnie er av den oppfatning, at det særlig er to hensyn som har motivert EF-domstolen i denne avgjørelsen. Det første er frykt for at de nasjonale statene skal bruke

¹²⁸ C-78/70 Deutche Grammophon saken

¹²⁹ C-78/70 avsnitt 11. Dette skillet mellom existence og exercise av en immaterialrett ble fastsatt av EF-domstolen første gang i Consten og Grundig saken, C-56/64 og C-58/64, men da på konkurranserettenens område.

¹³⁰ C-78/70 avsnitt 11

opphavsrett som middel for å isolere nasjonale marked innenfor fellesskapet. Det andre hensynet EF-domstolen begrunner resultatet med, er at rettigheten konsumeres når verkseksemplaret har blitt lovlig markedsført i et annet land med rettighetshavers tillatelse.¹³¹ Det første standpunktet går i kjernen av begrunnelsen for den frie varehandelen, mens den andre er mer en materiell regel om hvordan en immateriell rettighet kan utøves. Hvordan EF-domstolen kom fram til at rettigheten ble konsumert er mindre klart fra dommen, men Rothnie mener at dette må ses ut fra synspunktet at hvis en rettighet ikke kunne bli utøvet, kan det vanskelig se ut som om den eksisterer. Sterling er også enig at denne dommen er et eksempel på at EF-domstolen konkluderer med at på grunn av prinsippet om den frie varehandelen ble rettighetshavers rett konsumert og han kunne følgelig heller ikke motsette seg import fra et annet EØS-land.¹³² Konsumsprinsippet har blitt fulgt opp i senere saker, bl.a. Musikk-Vertrieb¹³³ saken, og anses som bindende EU-rett på opphavrettens område.

Med andre ord satte EF-domstolen i denne saken opp to kriterier for at nasjonal rett kunne gå foran fellesskapsprinsippet om det frie varebyttet. Utgangspunktet er at der er opp til nasjonal rett å avgjøre hvorvidt det faktisk foreligger en immateriell rett eller ikke.¹³⁴ Hvis en slik rett foreligger, kan derimot ikke nasjonalrett utelukkende bestemme hvordan denne retten kan bli "exercised", men må følge de fellesskapsrettslige prinsippene jfr Consten og Grundig saken.¹³⁵ Hvis bruken av den immaterielle retten likevel skulle være i strid med

¹³¹ Rothnie, 1993, på s 332.

¹³² Sterling, 2003, på s 777

¹³³ C-55/80 og C-57/80 Musik-Vertrieb Membran

¹³⁴ C-144/81 Keurkoop v Nancy Kean gifts

¹³⁵ C-56/64 og C-58/64, Consten og Grundig sakene

prinsippet om det frie varebyttet, må bruken kun være av en slik art at den "justified" jfr EF-traktatens art 30. Bruken er "justified" bare hvis den utgjør "the specific subject matter" av en immateriell rettighet.

Resultatet EF-domstolen kom fram til i Deutche Grammophon er også gjeldende norsk rett. Begrunnelsen er at Norge for det første er bundet av avgjørelsen da Norge innlemmet EØS-avtalen i norsk rett.¹³⁶ Men kanskje viktigere har vi i norsk rett, som nevnt, i åvl § 19, en konsumpsjonsregel tilsvarende den EF-domstolen løser tvisten etter. Domstolen utdyper spredningsregelen til også å omfatte de tilfellene hvor opphavsmannen har overdratt rettighetene til en fullmektig eller en annen som handler på opphavsmannens vegne.¹³⁷ Dette er samsvarende med norsk rett. Se for øvrig en nærmere drøftelse av spredningsrettens konsumpsjon i 4.1.

Det neste tilfellet gjelder der et verkseksemplar både er brakt på markedet eller er importert av en tredjeperson uten rettighetshavers tillatelse. Vi forutsetter at både opphavsmannen og verkseksemplaret er hhv borger og produsert innenfor EØS-området. Dette må skilles fra de rene piratkopieringstilfellene og omhandler kun de tilfellene der verket er lovlig framstilt etter den nasjonale retten i produksjonslandet, men uten rettighetshavers samtykke. En slik situasjon kan tenkes i de tilfellene der man har ulike nasjonal regulering av verkshøydekravet, slik at et verk har vern i et EØS-land men ikke i et annet. Et eksempel på denne type situasjon er EMI saken.¹³⁸ Denne dommen gjaldt distribusjons- og reproduksjonsrettighetene av en britisk sanger til et tysk firma, EMI, og to andre firmaer, Patricia im- und Export og Luene-Ton. Disse

¹³⁶ Se ODA art. 3 første ledd

¹³⁷ C-78/70, Deutche Grammophon saken

¹³⁸ C-341/87, EMI saken

importerte musikkverk fra Danmark som inneholdt noe av det musikkverket EMI hadde rettighetene til i Tyskland fordi musikkverket hadde falt i det fri i Danmark og kunne benyttes fritt. EMI påstod brudd på den eksklusive distribusjonsavtalen og gikk til sak i Tyskland. Importforbudet var lovlig etter tysk rett, spørsmålet var om det var tillatt etter EF-retten eller om dette var et brudd på prinsippet om fri flyt av varer. EF-domstolen kom fram til at en restriksjon som denne var lovlig så fremt den ikke framstod som vilkårlig diskriminerende "*arbitrary discrimination*", eller var en skjult handelshindring "*disguised measure to restrict trade*".¹³⁹ Det som synes å være utslagsgivende for avgjørelsen i denne dommen er i all hovedsak to synspunkt. For det første var ikke vernetiden regulert i fellesskapsretten da dommen ble avsagt.¹⁴⁰ Men kanskje mer viktig er synspunktet som synes å være det avgjørende for domstolen, er hensynet til opphavsmannen selv. Domstolen anerkjenner at den egentlige rett opphavsmannen har, er eiendomsretten til verket. I dette ligger det at han også har eneretten til den kommersielle utnyttelsen. I EMI-saken, ble beskyttelsen av opphavsretten, eksemplarframstilling og distribusjon av disse, sidestilt. Det avgjørende for at disse rettighetene fortsatt er i behold, er at rettighetshaveren eller noen han har bemyndiget, ikke har overdratt denne rettigheten til noen andre. Med andre ord at spredningsretten ikke er konsumert. At rettighetshaveren i dette tilfellet ikke kunne råde over verkseksemplaret, var fordi det forelå ulik lovgivning i de forskjellige EU-landene som gjorde at rettighetshaveren ikke lenger hadde den beskyttelsen som han engang hadde hatt. Rettighetstilstanden skyldtes ikke hans egne disposisjoner, men lovgivningen. Siden fellesskapsretten ikke hadde enes om hvordan opphavsmennene kunne blitt gitt den beste beskyttelse, ble det opp til den nasjonale lovgivning å regulere dette uten at fellesskapsprinsippene skulle stå i

¹³⁹ C-341/87, EMI saken, avsnitt 13.

¹⁴⁰ C-341/87, EMI saken, avsnitt 11

veien¹⁴¹. Dette synspunktet ble også sterkt underbygget av Generaladvokatens forslag til avgjørelse som konkluderte likt med domstolens avgjørelse.

Resultatet ble at EF-domstolen konkluderte motsatt av det de hadde gjort i Deutche Grammophon saken.

Som nevnt var hovedårsaken til at domstolen kom til dette resultatet at rettighetshaveren ikke hadde samtykket i en rettighetsovergang slik tilfellet var i Deutsche Grammophon saken, men forskjellig lovgivning gjorde at andre enn opphavsmannen kunne benytte seg av verkseksemplaret, og dette var det utslagsgivende for retten. Ville resultatet ha vært det samme om det ikke var noe så konkret som vernetiden som var ulik? Hva blir resultatet i de tilfellene der et verk er produsert lovlig i et land under tvangslisens og eksporteres til et annet land hvor verket allerede har vern? Spørsmålet er om prinsippet fastlagt i EMI saken, om opphavsmannens rett til å nekte en import, også er retningsgivende i de tilfellene hvor framstillingen ville ha vært i strid med nasjonal rett hvis framstillingen hadde skjedd der. EMI saken konkluderte med at et importforbud var legitimt fordi verket hadde blitt brakt på markedet uten opphavsmannens samtykke. At et importforbud i et annet tilfelle hvor heller ikke opphavsmannen har samtykket i at verket har blitt brakt på markedet, synes å være rimelig. At EF-domstolen støttet synspunktet om at en importrestriksjon går foran prinsippet om det frie varebyttet, illustreres i Pharmon dommen.¹⁴² Dommen er fra patentrettsområde, men vil likevel kunne belyse problemstillingen. I denne dommen fant ikke domstolen at rettighetshaveren hadde samtykket til produksjonen av rettighetshaveren sine produkter der disse var blitt produsert under tvangslisens. Dette begrunnet de med at tredjemann var gitt fullmakter av myndighetene i landet der tvangslisensen var gitt, som

¹⁴¹ C-341/87, EMI saken, avsnitt 11

¹⁴² C-19/84, Pharmon-dommen

rettighetshaveren både hadde kunnet forby eller fastsatt de nærmere vilkårene for selv, dersom produksjonen var fri.¹⁴³ Utfallet av saken ville ha vært annerledes hvis patenthaveren selv hadde gitt tredjeparten en lisens. Også i denne saken ble det framhevet at nettopp fordi tvangslisensen var en inngripen i rettighetshaveren sin enerett som han selv eller noen han hadde bemyndiget ikke hadde samtykket til, kunne rettighetshaveren rettmessig påberope seg importforbudet i nasjonal lovgivning uten at dette var i strid med prinsippet om fri flyt av varer.¹⁴⁴

En videre illustrasjon av forrangsspørsmålet ved ulike nasjonale regler angående ivaretagelsen av opphavsmannens enerett til verket, finnes i Laserdisken dommen.¹⁴⁵ Der sa retten at til tross for at rettighetshaveren hadde gitt tillatelse til utlån av et verkseksemplar i en medlemsstat, ble ikke retten til å nekte en tilsvarende utleierett i en annen medlemsstat prekludert. Dette begrunner retten med hensynet til beskyttelsen av den industrielle og kommersielle eiendomsretten,¹⁴⁶ og viser til drøftelsen i Warner Bros. saken.¹⁴⁷ I tillegg viser retten til at en utleierett ikke får de samme rettslige konsekvensene som et salg gjør. Salg utgjør en endelig eiendomsovergang, mens en utleierett ikke gjør det. Da er det irrelevant for forbudet mot utleie av filmbærere at det er blitt gitt tillatelse til uleie av rettighetshaver i en annen medlemsstat. Med andre ord definerer retten nærmere hva som ligger i prinsippet om at dersom rettighetshaver har brakt verket på markedet, blir retten til å nekte andre en utnyttelse av verket prekludert. Konklusjonen er at det å leie

¹⁴³ C-19/84, Pharmon-dommen, avsnitt 25

¹⁴⁴ C-19/84, Pharmon-dommen, avsnitt 27

¹⁴⁵ C-61/97, Laserdisken dommen

¹⁴⁶ C-61/97, Laserdisken dommen, avsnitt 15

¹⁴⁷ C-158/86, Warner Bros. dommen

ut et verkseksemplar omfattes ikke av spredningsrettens konsumpsjon og opphavsmannens enerett er følgelig i behold.

Konklusjonen er at der ulik nasjonal rett fører til at opphavsmannen mister sin enerett til å råde over verket, vil en importhindring som har til hensikt å verne denne eneretten gå foran prinsippet om fri flyt av varer. Forutsetningen for at nasjonal rett i disse tilfellene får forrang, er at importrestriksjonen ikke er en skjult handelshindring eller tilfeldig diskriminering.

Den tredje situasjonen er der verkseksemplaret er brakt på markedet utenfor EØS-området og med tillatelse fra rettighetshaver, og i tillegg importert til EØS-området fra en tredjemann uten denne retten. Vil den lokale rettighetshaveren kunne motsette seg import til det bestemte EØS-landet? Dette er et spørsmål om globalkonsumpsjon. I Deutche Grammophon ble det fastslått at selv om verkseksemplaret var kommet på markedet utenfor EØS-området, mistet ikke rettighetshaver sin rett. Det forelå med andre ord kun regional konsumpsjon innenfor EØS-området.

Enkelte land innenfor EØS, deriblant Norge, har regler om at når en rettighet har blitt konsumert, gjelder det på et globalt plan. Vil dette komme i konflikt med EØS-retten? Silhouette saken¹⁴⁸ omhandler nettopp dette spørsmålet. Saken dreier seg dog om en tvist på varemerkets område, men kan brukes til illustrasjon. I denne saken hadde Silhouette, en Østerriksk brilleprodusent, solgt briller til et land utenfor EØS-området, Bulgaria. Et annet firma importerte så de samme brillene tilbake igjen til Østerrike og tilbød dem for salg der. Spørsmålet ble da om Silhouette hadde rettighetene sine i behold eller om de var blitt konsumert i og med at brillene var blitt rettmessig solgt av rettighetshaveren.

¹⁴⁸ C-355/96, Silhouette dommen

Etter nasjonalrett var retten konsumert etter prinsippet om global konsumpsjon, og Silhouette kunne ikke nekte import av brillene. Spørsmålet var om dette var i strid med EØS-retten. Retten kom fram til at det var regional konsumpsjon som var hovedregelen, ellers ville regelen utgjøre en handelshindring i fellesskapet. Dermed konkluderte retten med at Silhouette hadde anledning til å nekte import av brillen til Østerrike som de selv hadde solgt til Bulgaria.

Det fjerde og siste alternativet er verkeksemplar som er kommet på markedet utenfor EØS-området og som blir importert av tredjemann til EØS-området, begge deler uten rettighetshavers tillatelse. I likhet med det tredje alternativet som er nevnt ovenfor, vil nok rettighetshaver kunne nekte import uten å være i strid i EØS-retten så lenge EF-domstolen kun anerkjenner regional konsumpsjon.

Konklusjonen synes å være at der rettighetshaver selv, eller en han har overdratt rettighetene sine til, har brakt enten direkte eller indirekte verkseksemplaret på markedet, vil importrestriksjon være en handelshindring og i strid med prinsippet om fri flyt av varer. Derimot kan det synes som om EF-domstolen gir importrestriksjoner en forrang der et verkseksemplar har blitt brakt på markedet uten opphavsmannens samtykke, og årsaken til det manglende samtykke er ulik nasjonal regulering av opphavretslovgivningen.

5.2 Ulovlig diskriminering på grunnlag av nasjonalitet

Når det gjelder forbudet mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet, er det regulert i EF-traktatens art 12 og EØS-avtalens art 4; *"Enhver forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet skal være forbudt innenfor*

denne avtales virkeområde, med forbehold for de særbestemmelser den selv gir”.

I forhold til importnektelse ble dette prinsippet aktualisert i to saker. Det er Phil Collins¹⁴⁹ og Ricordi¹⁵⁰ sakene.

I Phil. Collins saken, var det foretatt et uautorisert konsertopptak i USA. Denne ”bootleg” innspillingen ble siden distribuert i Tyskland. Denne distribusjonen ville rettighetshaveren stoppe ved et importforbud. Etter tysk rett hadde han ikke anledning til dette fordi han ikke var tysk borger, men britisk. Illegale innspillinger, ”bootlegopptak”, gjort utenfor Tyskland og utenfor andre Roma-konvensjons land, hadde ikke utenlandske borgere anledning til å stoppe distribusjonen av i Tyskland etter tysk rett. Det hadde rettighetshaveren derimot hatt dersom han var tysk statsborger. Dette konkluderte EF-domstolen med at stred mot diskrimineringsforbudet i EU-retten. En nasjonalstat hadde ikke anledning til å innrømme borgere fra andre EØS-land mindre rettigheter enn deres egne. Etter reglene om forbudet mot nasjonal diskriminering måtte derfor en engelsk statsborger kunne nekte import av et verk inn til Tyskland, selv om dette var i strid med nasjonal rett. Felleskapsretten utvidet den nasjonale retten til å gi større mulighet for importrestriksjoner enn den nasjonale retten i utgangspunktet hjemlet.

Den neste saken er Ricordi saken hvor også forbudet mot nasjonal diskriminering ble brukt til å innrømme en rettighetshaver like stor rett som det ens egne borgere ville ha hatt. At rettigheten oppstod før EF-traktaten trådte i

¹⁴⁹ C-92/92, Phil. Collins saken

¹⁵⁰ C-360/00, Ricordi saken

kraft var irrelevant. I denne saken var det et spørsmål om hvorvidt Ricordi, som hadde opphavsrettighetene til Puccinis La Boheme, kunne gjøre sin rett gjeldende ved oppføring av stykket i Tyskland. Stykket hadde Italiensk opprinnelse og var etter italiensk rett falt i det fri i 1980, men hadde opphavsmannen vært tysk stasborger hadde ikke verket falt i det fri før i 1994. EF-domstolen konkluderte med at dette stred i mot ikke-diskrimineringsprinsippet, og tysk rett måtte innrømme de samme rettighetene til Ricordi som om han var tysk statsborger.

Ricordi saken skiller seg fra Phil. Collins saken på et sentralt punkt. Selv om det i begge sakene var et mål å gi like rettigheter til andre EØS-borgere som om de var nasjonale borgere, er resultatet i Phil. Collins saken at man der utvidet en importhindring som direkte hindrer den frie varehandelen, mens man i Ricordi saken gav opphavsmannen like lang vernetid for hans verk som om han hadde vært nasjonalborger.

Når man ser resultatet av disse sakene i sammenheng, kan det stilles spørsmål ved om den egentlige begrunnelsen for reglenes anvendelse ikke i første rekke er fremme av fellesskaplige prinsipper, men i hvilken grad hensynet opphavsmannens enerett til immaterielle frambringelser best blir ivaretatt i den konkrete saken. Særlig Phil. Collins saken kan tyde på at det ikke utelukkende var fellesskaplige prinsipper som lå til grunn for utfallet av saken, men at andre hensyn var utslagsgivende for utfallet i saken, uten at disse var uttalt fra domstolens side. Etter det domstolen uttalte som sine begrunnelser, kan man trekke den konklusjonen at der nasjonal rett kommer i konflikt med ikke-diskrimineringsprinsippet, må nasjonal rett tolkes utvidende til å gi like rettigheter til andre EØS-borgere. Selv i de tilfellene hvor resultatet blir flere importhindringer i fellesskapet.

6 Løsning av motstrid etter norsk rett

6.1 EØS-loven § 2

For at EØS-retten i det hele tatt skulle kunne få rettsvirkninger i norsk rett, måtte den inkorporeres eller transformeres som alle andre folkerettslige regler. Dette er begrunnet i at Norge bygger på det dualistiske prinsipp¹⁵¹ som betyr at lovgiver må aktivt gjøre folkeretten til norsk rett før den kan få rettsvirkninger. Motsetningen er det monistiske prinsipp som betyr at dersom en stat lovlig har inngått en folkerettslig forpliktelse, blir denne forpliktelsen nasjonal rett direkte. I dette prinsippet ligger det også en forrangs forutsetning mellom folkerett og nasjonal rett som vi ikke har motstykke til i dualistiske systemer som Norge. Fram til nå har jeg drøftet hvordan man kommer fram til en juridisk riktig EØS-rettslig regel og hvordan denne skal tolkes og anvendes. Det neste spørsmålet som reiser seg er hva som må skje hvis en norsk regel strider mot en EØS-rettslig regel. Problemet er hvilken regel som har forrang i et motstridstilfelle. I norsk rett er utgangspunktet at norsk rett presumeres til å være overensstemmende med våre folkerettslige forpliktelser. Men skulle det likevel bli motstrid, søkes dette løst gjennom EØS-loven § 2. Jeg vil i det følgende utdype disse reglene nærmere og se på rekkevidden av dem.

6.1.1 Presumpsjonsprinsippet

Dette prinsippet kom til uttrykk Finangerdommen hvor Høyesterett uttalte at *"norsk lov så vidt mulig skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser"*.¹⁵² Dette prinsippet, var i følge Høyesterett forenlig og på lik linje

¹⁵¹ Ruud & Ulfstein, 1998, på s. 29 flg

¹⁵² Rt. 2000 s. 1811, Finangersaken, på s.1826

med EU-rettens prinsipp om direktivkonform tolkning.¹⁵³ Konsekvensen av et slikt presumpsjonsprinsipp er, at til tross for at en EØS-rettslig regel ikke er gjennomført i norsk rett, vil den norske regelen tolkes i samsvar med den EØS-rettslige. Men den EØS-rettslig regelen må man selvsagt først ha funnet fram til innholdet av. Presumpsjonsprinsippet er kun en tolkningsfaktor, og kan ikke brukes som en forrangs regel, men må avveies mot andre hensyn som gjør seg gjeldende. Hvor langt dette prinsippet rekker, mener Arnesen, vil *"bero på karakteristika ved det enkelte saksforhold"*.¹⁵⁴ Disse karakteristikaene vil normalt knytte seg til rettskildesituasjonene, og prinsippet vil bli anvendt forskjellig. Alt etter om lovgiver har tatt et klart standpunkt til regelens bakgrunn i EØS-retten og der lovgiver ikke har det. Hvis lovgiver mener at norsk rett skal være i overensstemmelse med folkeretten, vil dette tale for å tolke bort en eventuell motstrid mellom reglene i favør av de folkerettslige forpliktelsene. Mens der den norske lovgiveren har tatt standpunkt til om norsk rett ikke er samsvarende med våre folkerettslige forpliktelser må den norske regelen legges til grunn. At Norge da eventuelt gjør seg skyldig i et folkerettsbrudd, synes ikke å være av noen særlig viktighet.

6.1.2 Rekkevidden av § 2 – klarhetsprinsippet

EØS-loven § 2 er en forrangsbestemmelse for EØS-rett der den er i strid med norsk rett. Denne regelen reiser flere spørsmål. Jeg vil starte med å fastslå de mer uproblematiske delene av bestemmelsen. Bestemmelsen volder ikke særlig problemer for bestemmelser i forskrift som allerede eksisterte da Norge undertegnet EØS-avtalen. Disse ville uansett ikke fått forrang ved en eventuell

¹⁵³ Rt. 2000 s. 1811, Finangersaken, på s.1829

¹⁵⁴ Sejersted m.fl, 2004, på s. 243

motstrid begrunnet i enten presumpsjonsprinsippet, lex-posterior prinsippet eller lex-superior prinsippet. Mer problematisk vil det være for lovgivning vedtatt etter undertegningen. Vil Stortinget være bundet av EØS-retten for all framtidig lovgivning? Ordlyden peker i retning av at dette er tilfelle. Derimot er det fortsatt slik at § 2 er en vanlig lovtekst av lovteksts rang, så både lex-superior og lex-posterior prinsippene må kunne komme til anvendelse. § 2 kan endres på lik linje med all annen lovtekst. Lovgiver kan med andre ord, bevisst eller ubevisst, gi lovregler som strider mot EØS-retten, og domstolene må følge disse i sine avgjørelser. At Norge da kan bli dømt for traktatbrudd i EFTA-domstolen er ikke viktig i denne relasjonen, men kun en konsekvens. Etter dette kan man konkludere med at EØS-lovens § 2 ikke er en overnasjonal forrangsbestemmelse, men et lovfestet tolkningsprinsipp som lovgiver nok i stor grad legger vekt på i sin lovgivning. Men er EØS-rettslig regel i strid med en tidligere lov bestemmelse, vil derimot ikke EØS-regelen få forrang, slik man skulle tro etter ordlyden. Dette er begrunnet i at Stortinget ikke ønsket å forme § 2 som en ren derogasjonsklausul. At presumpsjonsprinsippet kommer inn som tolkningsfaktor, er på det rene i disse tilfellene, men noen forrang vil regelen ikke gi EØS-retten over tidligere lover selv om det ved første øyekast kunne synes sånn.

Finnes det et klarhetsprinsipp som avgjør når en folkerettslig regel må vike for internrett? Teorien synes å mene at dersom en EØS-rettslig regel må vike for norsk rett i et kollisjonstilfelle, må den norske regelen være tilstrekkelig klar. Dette synes som å være Høyesterett sitt standpunkt også i Finnangersaken.¹⁵⁵ Der hadde man en klar regel og en avgjørelse fra EFTA-domstolen som sa at norsk rett var i strid med EØS-retten. Likevel kom Høyesterett til at norsk rett måtte gå foran med begrunnelsen at det var lovgivers oppgave å gi lover, og

¹⁵⁵ Rt. 2000 s. 1811, Finnangersaken

ikke domstolens. Det framgår også av Inst.O.nr.14 (1992-93) at dersom lovgiver ønsker at en lov skal gjennomføres og dette er i strid med EØS-rettslige forpliktelser, må domstolene akseptere dette standpunktet, selv om dette kan være et folkerettsbrudd.¹⁵⁶ Konklusjonen må bli at EØS-loven § 2 ikke oppstiller et forrangsprinsipp på lik linje med det som finnes i EU-retten for lover vedtatt etter undertegningen av EØS-avtalen, men kun et tolkningsprinsipp og lovfestet presumpsjonsprinsipp. Men nettopp på grunn av presumpsjonsprinsippet og § 2 må domstolene, så langt det er mulig, søke å tolke norsk rett i overensstemmelse med EØS-retten. Men hvis man står overfor en klar norsk regel, må resultatet bli at denne går foran EØS-retten jfr Finangerdommen og Ot.prp. nr 79 (1991-92) på s. 4.

7 Konklusjon

Det kan synes som om en faktor gjennomgående har vært viktig for EF-domstolen ved løsningen av motstridsspørsmål på opphavsrettens område mellom nasjonale importrestriksjoner og fellesskapsrettslige prinsipper. Det er i hvilken grad opphavsmannen selv reelt sett har brakt verkseksemplaret på markedet eller ikke. Har opphavsmannen reelt sett brakt verkseksemplaret på markedet, mister han også retten til å påberope seg et innførselsforbud, til tross for at nasjonal rett hjemler denne importnektelsen. Annerledes stiller det seg der hvor opphavsmannen ikke har hatt noen reell innflytelse på hvordan verkseksemplaret har blitt brakt på markedet, det være seg fordi

¹⁵⁶ Innstillingen på s. 4

verkshøydekriteriene er ulike, vernetiden ikke var harmonisert eller man hadde ulike tvangslisensordninger. I disse tilfellene gikk nasjonal rett foran prinsippet om fri flyt av varer så lenge opphavsmannen ikke brukte sin rett som en skjult handelshindring eller tilfeldig diskriminerende.

Problemstillingen i denne oppgaven er hvorvidt åvl § 45 første ledd littera c) strider mot prinsippet om fri flyt av varer og ikke-diskrimineringsprinsippet.

Svaret deler jeg i to. For det første vil en importnektelse som er begrunnet av at opphavsmannen ikke hadde noen reell påvirkningsmulighet på at verkseksemplaret ble brakt på markedet, vil ikke være i strid med prinsippet om fri flyt av varer. Dette standpunktet kan utledes fra EMI-saken og Pharmon-saken. EF-domstolen begrunner sitt standpunkt med at nettopp fordi reglene om hva som kreves av et verk for at dette er vernet er ulike, kan ikke EF-domstolen nekte en import av en vare som i utgangspunktet er i strid med opphavsmannens enerett til distribusjon av verket. Hadde derimot opphavsmannen en reell mulighet til å påvirke at verkseksemplaret ble brakt på markedet eller innførselsforbudet var en skjult handelshindring eller vilkårlig diskriminerende, ville et innførselsforbud være i strid med prinsippet om fri flyt av varer.

For det andre kan det tyde på at i saker hvor forbudet mot nasjonal diskriminering er prøvet, vil ikke-diskrimineringsprinsippet trekke i motsatt retning i motstridsspørsmålet enn der hvor prinsippet om fritt varebytte er prøvet. Dette er tilfellet i Phil. Collins-saken hvor de nasjonale reglene er ulike, men i en nasjonalstats regler skal de gjelde likt for alle EØS-borgere. Konsekvensen av at ikke-diskrimineringsprinsippet får forrang, er derimot at virkeområdet for nasjonal rett blir utvidet og ikke at en nasjonal regel direkte må vike for ikke-diskrimineringsprinsippet. En nasjonal regel om for eksempel et importforbud vil på grunn ikke-diskrimineringsprinsippet bli utvidet til å kunne bli påberopt av flere EØS-borgere.

Hvis et innførselsforbud vil stride mot EØS-retten fordi enten at verkseksemplaret er brakt på markedet av opphavsmannen eller at

innførselsforbudet er en handelshindring eller vilkårlig diskriminerende, dukker spørsmålet opp om EØS-retten vil få forrang ved en norsk domstol. Hvorvidt EØS-retten vil få forrang i slike saker ved norske domstoler er ikke entydig. Utgangspunktet er at EØS-retten gis forrang jfr EØS-loven § 2, men etter Finanger dommen har rettsstilstanden muligens endret seg noe. I Finanger dommen presiseres det at der en klar norsk regel er i strid med en EØS-rettslig regel, vil den norske regelen gå foran. Begrunnelsen for avgjørelsen var hensynet til maktfordelingsprinsippet og domstolens dømmende myndighet. Der norsk rett er i strid med EØS-retten, må norsk rett endres av lovgiver for at EØS-retten skal kunne gis forrang dersom man legger Finanger dommen til grunn for resultatet.

8 Litteraturliste

Ole-Andreas Rognstad, 2004, Fragmenter til en Lærebok i opphavsrett, i samarbeid med Birger Stuevold Lassen, Institutt for privatrett, UiO, Stensilserie nr. 165

Peter Schønning, Ophavsretloven med kommentarer, 2.utgave, 1998, GadJura, København

Warwick A. Rothnie, Parallel Imports, 1993, Sweet & Maxwell, London

J.A.L Sterling, World Copyright law, 2003, Sweet & Maxwell, London

Ole-Andreas Rognstad, Spredning av Verkseksemplar, 1999, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo

Mogens Kockvedgaard, Lærebog i Immatrillret, 2002, 6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København

Paul Craig and Gránne de Búrca, EU Law, third edition, 2003, Oxford University Press, Oxford

Ståle Eskeland, Strafferett, 2000, Cappelen Akademisk Forlag

Morten Ruud og Geir Ulfstein, Innføring i folkerett, 1998, Tano Aschehoug

Torstein Eckhoff, Rettskildelære, 5.te utgave v/ Jan E. Helgesen, 2001, Universitetsforlaget

Fredrik Sejersted... [et al], EØS-rett, 2. utgave, 2004, Universitetsforlaget

David T. Keeling, Intellectual Property Rights in EU Law, Volume 1, 2003, Oxford university press, Oxford

Martin Kyst, "Direktivet om ophavsret I informasjonssamfundet", Ugeskrift for retsvæsen, 2001, B, s 305

Ole-Andreas Rognstad, Parallellimport og opphavsretten i et nordisk perspektiv – en oversikt; 2001, Tidsskrift for forretningsjuss nr 1 2001 s 3 - (TFF–2001-3)

Eikíkur Tómasson, "Værk og værkshøyde", NIR 2001, hefte 4, ss 522-534

Gunnar W.G. Karnell, "Europeisk originalitet – en opphovrättslig chimär", NIR 1998, ss 157-166

Egil Guldbrandsen, Juridisk leksikon, 1994, 8. utgave, Kunnskapsforlaget, Oslo

9 Lister over tabeller, figurer m v

Lover

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

Lov om domstolene av 13.august 1915 nr. 5 (Domstolloven-dl)

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske samarbeidsområde (EØS) m.v. av 27. november 1992 nr. 109 (EØS-loven)

Lov om konkurranse i ervervsvirksomhet av 11. juni 1993 nr. 65
(Konkurranseloven-krll)

Lov om rettergangsmåten i tvistemål av 13. august 1915 nr 6 (Tvistemålsloven-tvml)

Forarbeider

NOU 1983:35, "Endringer i åndsverksloven m.v"

NOU 1988:22, "Endringer i åndsverksloven m.v"

Ot.prop. nr 26. (1959-60), "Lov om opphavsrett til åndsverk"

Ot.prop nr 79 (1991-92), "Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv."

Ot.prop. nr. 15 (1994-95), "Om lov om endringer i åndsverksloven m.m"

St.prop. nr 100 (1991-92), "Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS)"

St.prop. nr. 6 (2004-05), "Om samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 110/2004 av 9. juli 2004 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2001/29/EF om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet"

Inst. O XI (1960-61), "Om lov om opphavsrett til åndsverk"

Inst. O. nr. 46 (1994-95), "Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i åndsverksloven m.m."

Traktater

ODA avtalen, Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol av 2. mai 1992 nr. 2

EØS-avtalen, Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992 nr. 1

Bernkonvensjonen, Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk av 9. september 1886, revidert i Paris 24. juli 1971.

TRIPS avtalen, Avtale om handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter av 15. april 1994 nr. 15

EF-traktaten, Traktaten om opprettelse af det Europæiske Fællesskab af 24. december 2002, EF-Tidende nr. C 325

Dommer, Høyesterett

Rt 1940 s 327 Hallo, Hallo dommen

Rt 1953 s. 633, Bedriftsmusikkdommen

Rt 1962 s. 964, Wegner dommen

Rt 1985 s. 883, Electric Circus dommen

Rt. 1991 s. 1296, Pornovideo dommen

Rt. 1997 s 199, Cirrus-dommen

Rt. 1997 s. 1954, EØS-arbeidsretts dom

Rt. 2000 s. 1811, Finangersaken

Dommer, underrettene

RG 1994 s. 270, Tripp Trapp saken

Nordiske lover

Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk SFS 1960:729 (Sverige),
forkortet URL

Lov nr. 395 om ophavsret av 14. juni 1995 (Danmark), forkortet OHL

Upphovrättslag 8.7.1961/404 (Finland), forkortet FiURL

Nordiske dommer

NJA 1998 s. 563, Byggemoduler

UfR 2000 s. 747, Tripp Trapp

EFTA-domstolen

E-2/97, Maglite saken, Mag Instrument Inc. og California Trading Company
Norway

E-9/97, Sveinbjörnsdóttir saken, Erla María Sveinbjörnsdóttir and The
Government of Iceland

EF-domstolen

C-26-62 Van Gend & Loos, NV Algemene Transport- en Expeditie
Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration

C-56/64 og C-58/64, Consten og Grundig saken, Établissements Consten
S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European
Economic Community

C-78/70, Deutsche Grammophon saken, Deutsche Grammophon GmbH v
Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG

C-55/80 og C-57/80 Musik-Vertrieb Membran, Musik-Vertrieb membran GmbH
et K-tel International v GEMA - Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und
mechanische Vervielfältigungsrechte

C-144/81 Keurkoop v Nancy Kean gifts, Keurkoop BV v Nancy Kean Gifts BV

C-283/81, CILFIT, CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health

C-218/82, Commission of the European Communities v Council of the European Communities Lomé Convention - Allocation and administration of a Community tariff quota

C-19/84, Pharmon-dommen, Pharmon BV v Hoechst AG

C-158/86, Warner Bros. dommen, Warner Brothers Inc and Metronome Video Aps v

Erik Viuff Christiansen

C-341/87, EMI-saken, EMI Electrola GmbH v Patricia VmbH

C-41/90, Höfner and Elser v Macroton GmbH

C-92/92, Phil Collins saken, Joined cases C-92/92 and C-326/92, Phil. Collins v IMTRAT Handels-GmbH and Patricia Im- und Export VmbH v EMI Electrola GmbH

C-320/94 m.fl. Reti Televisive Italiane SpA (RTI) (C-320/94), Radio Torre (C-328/94), Rete A Srl (C-329/94), Vallau Italiana Promomarket Srl (C-337/94), Radio Italia Solo Musica Srl and Others (C-338/94) and GETE Srl (C-339/94) v Ministero delle Poste e Telecomunicazioni

C-355/96, Silhouette-saken, Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH

C-61/97, Laserdisken saken, Foreningen af danske Videogramdistributører v Laserdisken

C-324/98, Teleaustria, Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG

C-360/00, Ricordi saken, Land Hessen v G. Ricordi & Co Bühnen- und Musikverlag GmbH

Direktiv

91/250/EØF, Programvaredirektivet, Rådskonferansen om rettslig vern av datamaskinprogrammer.

92/100/EØF, Utleie- og utlånsdirektivet, Rådskonferansen om utleie- og utlånsrett og om visse opphavsbeslektede rettigheter på området immaterialrett.

93/98/EØF, Vernetidsdirektivet, Rådskonferansen om harmonisering av vernetiden for opphavsrett og visse nærstående rettigheter.

96/9/EF, Databasedirektivet, Europaparlamentets- og Rådskonferansen om rettslig vern av databaser.

2001/94/EF, Følgerettsdirektivet, Europaparlamentets- og Rådskonferansen om følgerett til fordel for opphavsmannen til et originalkunstverk.

2001/29/EF, Infosocdirektivet, Europaparlamentets- og Rådskonferansen om harmonisering av visse sider av opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet.

EF-Kommisjonen

"Follow-up to the green paper on copyright and related rights in the information society", Brussels, 20.11.1996, COM(96) 568 final.

T-7/89, Hercules Chemicals

Andre utenlandske dommer

Feist Publications Inc v Rural Telephone Service Company Inc (USA)
All E.R 1964, p. 465 (England)

Konvensjoner

Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969

ICJ dommer

Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project, ICJ Judgement 25
September 1997, Donau-saken

Andre lands lover

Copyright, Designs and Patents Act 1988 (Englands opphavslov)