

VERKSHØYDEKRAVET I OPPHAVSRETTE

Med nettsider som eksempel

Kandidatnummer: 383
Leveringsfrist: 25.04.2007

Til sammen 17862 ord

11.07.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling og aktualitet	1
1.2	Avgrensninger og den videre fremstilling	2
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER OG METODE</u>	<u>3</u>
2.1	Lov og forarbeider	3
2.2	Rettspraksis	3
2.3	Internasjonale rettskilder	4
2.4	Juridisk teori	7
<u>3</u>	<u>NETTSIDER OG VERKSHØYDE</u>	<u>8</u>
3.1	Innledende bemerkninger	8
3.2	Litt om nettsider	8
3.3	Særlige hensyn	11
3.4	Er nettsiden et litterært, vitenskapelig eller kunstnerisk verk?	14
3.4.1	Lovens utgangspunkt	14
3.4.2	Nettsidens enkelte elementer	15
3.4.3	Nettsiden som helhet	15
3.4.4	Nettsidens underliggende kildekode	18
<u>4</u>	<u>GENERELT OM KRAVET TIL VERKSHØYDE</u>	<u>20</u>
4.1	Om begrepet verkshøyde	20

4.2	Hensyn bak verkshøydekravet og opphavsrettslig beskyttelse	22
4.3	Hva er gjenstand for verkshøydevurderingen?	23
<u>5</u>	<u>VILKÅRENE I KRAVET TIL VERKSHØYDE</u>	<u>28</u>
5.1	Krav til subjektiv nyhet	28
5.2	Særlig om nettsiden som helhet og krav til subjektiv nyhet	32
5.2.1	Sammenstillingsmomentet og kravet til et visst helhetlig særpreg	32
5.2.2	Sammenligningen med databaser og samleverk	35
5.2.3	Analogien til reklamekomposisjoner	36
5.2.4	Verket må være menneskeskapt	36
5.2.5	Statiske og dynamiske nettsider	37
5.2.6	Subjektiv nyhet i en konkret krenkelsessituasjon	38
5.2.7	Eksempler fra massemediene	39
5.2.8	Konklusjon	40
5.3	Særlig om nettsidens underliggende kildekode og krav til subjektiv nyhet	40
5.4	Ikke krav til kvalitet	42
5.5	Ikke krav til kvantitet	46
5.6	Dobbeltskapelseskriteriet	48
5.7	Valgfrihetssynspunktet	52
5.8	EU/EØS-rettslige implikasjoner	54
<u>6</u>	<u>OPPSUMMERING</u>	<u>60</u>
<u>7</u>	<u>KILDER</u>	<u>62</u>

1 Innledning

1.1 Problemstilling og aktualitet

Ifølge åndsverkloven¹ § 1 første ledd får den som ”skaper et åndsverk” opphavsrett til verket. Opphavsrett gir den som skaper åndsverket, opphavsmannen, enerett til å fremstille eksemplarer av verket og til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten. Opphavsrett er betinget av tre vilkår. Verket må være:

- Innen det *litterære, vitenskapelige eller kunstneriske* område,
- *skapt*, og
- et *åndsverk*.

Det er tradisjon for å innfortolke krav til såkalt *verkshøyde* i begrepet *åndsverk*. Kravet er forutsatt i lovforarbeidene, rettspraksis og teori. I denne oppgaven vil en drøftelse av det nærmere innholdet i kravet til verkshøyde være hovedtema.

Verkshøydekravet legger i praksis listen for hvilke frembringelser² som er opphavsrettslig beskyttet. Kravet til verkshøyde er ment å sikre at verket har den nødvendige åndsverkkvalitet. Kravet innebærer at det må synes utad at verket er blitt til ved en original og selvstendig skapende innsats. Det er derfor viktig å ha en så klar regel som mulig på dette området. Utfordringen er frembringelser som ligger i det nedre sjikt av beskyttede verk. Hovedinteressen består i å klargjøre hvor den nedre terskel for verkshøyde går.

¹ Lov av 12. mai 1961 nr. 2.

² Begrepet ”frembringelse” brukes som betegnelse på det verk som blir til ved den skapende innsats. Begrepet brukes i det følgende også som synonym til ”åndsverk” eller bare ”verk”.

Nettsider vil i praksis ofte ligge nær den nedre grense for verkshøyde. Nettsider vil derfor bli benyttet som eksempel for å konkretisere innholdet i kravet til verkshøyde nærmere.

1.2 Avgrensninger og den videre fremstilling

Fremstillingens hoveddel tar sikte på å redegjøre for innholdet i verkshøydekravet i opphavsretten slik det følger av åndsverkloven. Rettslig beskyttelse etter designloven³, markedsføringsloven⁴ og varemerkeloven⁵ vil således ikke bli behandlet. Siden kravet til verkshøyde er den sentrale problemstilling, vil heller ikke beskyttelsens omfang og sanksjoner bli behandlet. I forbindelse med nettsider vil jeg også drøfte hvorvidt nettsider faller inn under kategorien ”litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk”, jf. § 1 andre ledd. Vilkåret om at verket må være skapt, avgrenses det mot i sin helhet. Avgrensningen bygger på at det er verkshøydekravet som i praksis skaper problemer ved vurderingen av et verks opphavsrettslige beskyttelse.

Fremstillingen begynner i kapittel 2 med en redegjørelse for rettskildebildet i forhold til verkshøydekravet. I kapittel 3 forklarer jeg hva som forstås med en nettside og på hvilken måte nettsider kan være gjenstand for verkshøyde. I kapittel 4 og 5, hoveddelen, vil jeg ta utgangspunkt i en generell drøftelse av kravet til verkshøyde. De generelle prinsipper eller vilkår verkshøydekravet består av vil jeg underveis i hoveddelen konkret knytte opp mot nettsider. Til slutt, i kapittel 6, oppsummerer jeg konklusjonene i hoveddelen for å gi en kort, men samlet oversikt over innholdet i kravet til verkshøyde.

³ Lov av 14. mars 2003 nr. 15.

⁴ Lov av 16. juni 1972 nr. 47.

⁵ Lov av 3. mars 1961 nr. 4.

2 Rettskilder og metode

2.1 Lov og forarbeider

Åndsverkloven er en utømmende kilde til regulering av opphavsrettslig vern etter norsk rett. Loven selv sier ingenting om kravet til verkshøyde. Det er likevel sikker rett at verkshøydekravet skal innfortolkes i bestemmelsen i åndsverkloven § 1. Kravet er forutsatt i forarbeidene, rettspraksis og juridisk teori.

De relevante lovforarbeider er først og fremst forarbeidene til loven slik den ble vedtatt i 1961, ot.prp. nr. 26 (1959-60). Det finnes også forarbeider til senere lovendringer, men disse kommer med lite nytt i forhold til verkshøydekravet. Jeg vil likevel trekke frem forarbeidene til lovendringene på 1980- og 1990-tallet som kom til for å møte den teknologiske utviklingen. Sentrale i den forbindelse er NOU 1986:18 om opphavsrett og edb og den påfølgende ot.prp. nr. 33 (1989-1990) samt ot.prp. nr. 85 (1997-1998) om gjennomføring av databasedirektivet.

2.2 Rettspraksis

Det finnes flere rettsavgjørelser i norsk rett som stadfester verkshøydekravets generelle anvendelse selv om verkshøyde av Høyesterett bare er vurdert i forhold til noen få typer åndsverk. Særlig sentrale er avgjørelsene i Rt. 1940 s. 327 (Hallo Hallo) om programoversikter, Rt. 1962 s. 964 (Sybord) om et kombinert sy- og sofabord og Rt. 1997 s. 199 (Cirrus) om byggespesifikasjoner. Avgjørelsene gir uttrykk for visse prinsipper som er gjennomgående i vurderingen av verkshøyde. Verkshøydekravet varierer imidlertid i praksis etter hva slags type åndsverk det er tale om. Underrettspraksis vil også være relevant, men har på generell basis betydelig mindre vekt enn rettspraksis fra Høyesterett.

Dommene fra Høyesterett er derimot forholdsvis gamle og angår bare noen få typer åndsverk. Underrettspraksis er derfor nyttig for å supplere, utfylle og illustrere i forhold til kravet til verkshøyde. Det har dessuten skjedd en voldsom utvikling på det teknologiske området de senere år som underrettene i større grad enn Høyesterett har fanget opp.

På opphavsrettens område har det lenge vært tradisjon for nordisk lovsamarbeid. De någjeldene nordiske lover om opphavsrett er et resultat av dette samarbeidet. Følgen er at forarbeider, rettspraksis og teori fra særlig Danmark, Sverige og Finland vil ha en viss relevans ved fastleggelsen av verkshøydekravet i norsk rett.⁶ Selv om de opphavsrettslige lovbestemmelsenes utforming er forholdsvis likeartede i de nordiske land, er de imidlertid tolket ulikt av domstolene. Det er også på det rene at domstolenes spillerom i egenskap av å være rettskaper er ulik i de nordiske land, noe som følgelig vil påvirke utviklingen av rettslige begreper slik som verkshøydebegrepet.⁷ Det eksisterer derfor ingen entydig forståelse av verkshøydekravet i Norden.⁸ Dette gjør at rettspraksis fra andre nordiske land må tillegges mindre vekt selv om praksisen fra spesielt Sverige og Danmark er mer omfattende enn den vi finner i Norge.

2.3 Internasjonale rettskilder

Handel med åndsverk og skapelse av åndsverk skjer på tvers av landegrenser. Ny teknologi slik som Internett er en av årsakene. Det er derfor behov for å beskytte opphavsretten på internasjonalt plan. Internasjonale rettskilder bør derfor tillegges større vekt i opphavsretten enn på andre rettsområder med mer selvstendig nasjonalt preg.

⁶ Eckhoff (2001) s. 290.

⁷ Bjelke (1991) s. 34.

⁸ *ibid.* s. 33 og Rognstad (2004) s. 28-29.

Bernkonvensjonen⁹ og Verdenskonvensjonen om opphavsrett¹⁰ er de viktigste internasjonale konvensjoner på opphavsrettens område. Norge er tilsluttet begge. Dette medfører at konvensjonene i stor grad er styrende for den opphavsrettslige lovgiving i Norge.¹¹ WIPO¹² er en sentral FN-organisasjon på opphavsrettens område og administrerer flere av de opphavsrettslige konvensjonene, herunder Bernkonvensjonen. Spesielt to av WIPO sine egne traktater må nevnes, WCT¹³ og WPPT¹⁴. Disse to tar særlig hensyn til problematikk knyttet til digital teknologi som for eksempel Internett og ligger også til grunn for EUs opphavsrettsdirektiv¹⁵. Av betydning for Norge må i denne sammenheng også TRIPS-avtalen¹⁶ nevnes. TRIPS-avtalen er den delen av WTO-avtalen¹⁷ som omfatter immaterialrett. Bakgrunnen for TRIPS-avtalen er ønsket om å sette immaterialretten inn i et globalt handelspolitisk perspektiv med internasjonal sammenhengende immaterialrettsbeskyttelse. Dette for å bøte på ineffektiv beskyttelse og redusere handelen med piratkopierte og varemerkeforfalskede varer.¹⁸

Ettersom Norge er tilsluttet EØS-avtalen, vil Norge være forpliktet til å gjennomføre en rekke av EUs direktiver i norsk rett.¹⁹ Ved gjennomføringen blir reglene som er implementert del av norsk rett.²⁰ Også ikke-gjennomførte direktiver kan ha betydning i

⁹ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.

¹⁰ Universal Copyright Treaty.

¹¹ Ifølge ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 21 gis de strengeste føringene av Bernkonvensjonen. Bakgrunnen er at Bernkonvensjonen i dag har svært høy oppslutning og samtidig et høyere beskyttelsesnivå enn Verdenskonvensjonen.

¹² World Intellectual Property Organization.

¹³ WIPO Copyright Treaty.

¹⁴ WIPO Performances and Phonograms Treaty.

¹⁵ Rdir. 2001/29/EØF. Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) omtaler de mest sentrale bestemmelsene i WCT og WPPT som ligger til grunn for direktivet.

¹⁶ Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights.

¹⁷ World Trade Organization.

¹⁸ *Immaterialrett* (2001) s. 9 og 10. Se også fortalen til TRIPS-avtalen.

¹⁹ EØS-avtalen art. 3. Norge gjennomførte EØS-avtalen ved lov av 27. november 1992 nr. 109.

²⁰ EØS-avtalen art. 7. For mer om gjennomføring av direktiver, se *EØS-rett* (2004) s. 185-192.

norsk rett.²¹ Selv om direktivene etter gjennomføringen formelt er norsk rett, gjelder spesielle metoderegler for bestemmelser som er et resultat av implementeringen. Det følger av både presumsjonsprinsippet og EØS-avtalen at bestemmelsene må tolkes opp mot EU/EØS-rettens spesielle rettskildebakgrunn. Presumsjonsprinsippet som tolkningsprinsipp innebærer at norske bestemmelser så vidt mulig skal gis et innhold som er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser, herunder EØS-avtalen.²² I følge EØS-avtalen art. 6 skal gjennomførte EØS-direktiver fortolkes i samsvar med den fortolkning direktivene får i EF-domstolen. Særlig rettspraksis fra EF- og EFTA-domstolen har betydning for tolkningen av de EU-regler Norge er forpliktet til å gjennomføre i norsk rett.²³ Også praksis fra medlemslandenes nasjonale domstoler kan ha relevans når det gjelder fortolkningen av direktivbestemmelsene. Vekten vil derimot variere etter forekomsten av EF- og EFTA-praksis og graden av likhet mellom de nasjonale bestemmelser.²⁴

På opphavsrettens område er en rekke direktiver gitt for å harmonisere medlemslandenes åndsverkslovgiving. Hensikten er å imøtekomme EØS-avtalens hovedformål om like konkurranseregler i alle EØS-land for å realisere det indre marked i EU.²⁵ Det er et ønske om å ha et likt nivå for verkshøyde i Europa slik at samme frembringelse kan nyte opphavsrettsvern både i Norge og andre europeiske land. EUs harmoniseringsarbeid på opphavsrettens område kom i gang allerede på slutten av 1980-tallet med grønnboken av 1988.²⁶ Grønnbøkene er en del av det forberedende arbeidet med direktivene.²⁷ Av sentrale direktiver som er gjennomført i norsk rett er programvaredirektivet²⁸, databasedirektivet²⁹

²¹ *EØS-rett* (2004) s. 194-197.

²² Om presumsjonsprinsippet som tolkningsprinsipp se *EØS-rett* (2004) s. 242-244.

²³ Jf. EØS-avtalen art. 6.

²⁴ Wagle og Ødegaard (1997) s. 57.

²⁵ Se ot.prp. nr. 15 (1994-1995) s. 11-12 om bakgrunnen for og oversikt over harmoniseringen.

²⁶ Kommisjonens Green Paper on Copyright and the challenge of Technology av 1988, COM(88) 172. Se også Green Paper on Copyright and related Rights in the Information Society av 1995, COM(95) 382.

²⁷ Wagle og Ødegaard (1997) s. 52.

²⁸ Rdir. 91/250/EØF, jf. EØS-avtalen vedlegg XVII nr. 5.

²⁹ Rdir. 96/9/EØF, jf. EØS-avtalen vedlegg XVII nr. 9a.

og opphavsrettsdirektivet³⁰. Utgangspunktet er at verkshøydekravet i Norge må fastlegges i overensstemmelse med direktivenes verkshøydekrav.

2.4 Juridisk teori

I mangel av verkshøydekravets uttrykkelige forankring i lov har juridisk teori naturlig nok søkt å utpense innholdet i kravet nærmere. Forarbeidene fra 1961-loven viser selv til professor Ragnar Knophs verk "Åndsretten" fra 1936 ved redegjørelsen for verkshøydekravet. Generelt er det skrevet en del om kravet til verkshøyde, men mer begrenset om elektroniske verk. På grunn av det nordiske lovsamarbeid vil også annen nordisk teori være av stor interesse, men varsomhet må her utvises ettersom kravet til verkshøyde er forstått ulikt i Norden.

³⁰ Rdir. 2001/29/EØF, jf. EØS-avtalen vedlegg XVII nr. 9e.

3 Nettsider og verkshøyde

3.1 Innledende bemerkninger

Før innholdet i kravet til verkshøyde drøftes nærmere i kapittel 4, er det nødvendig å spørre om nettsiden er en type frembringelse som i prinsippet kan beskyttes opphavsrettslig etter åndsverkloven. Dersom dette er tilfelle, vil nettsiden være gjenstand for vurdering av om verkshøydekravet er oppfylt.

3.2 Litt om nettsider³¹

Med en nettside menes først og fremst en grafisk presentert side på en dataskjerm som formidler informasjon via det verdensomspennende datanettverket Internett³². Nettsiden kan sammenlignes med en side vist i en bok som formidler informasjon gjennom denne boka.

Selv om nettsiden har elektronisk karakter, vil den være bærer av tradisjonelle åndsverkstyper. Nettsider kan i det hele tatt være alt fra enkle nettsider som består av bare tekst til større multimedieverk bestående av tekst, lyd, bilder, film, og mer tekniske funksjoner med karakter av dataprogrammer. De enkelte elementene på en nettside vil ofte

³¹ Redegjørelsen for de tekniske aspektene i dette kapittel er i hovedsak basert på NOU 1999:26 Sammensmelting av tele-, data- og mediesektorene kap. 3.1.2.2 om Internett og kommunikasjonsprotokoller. Se også NOU 2001:13 Elektronisk handel og forretningsdrift i olje- og gassindustrien, særlig vedlegg 2 om basisteknologier for elektronisk handel – internett og EDI.

³² Jeg taler her om Internett i form av tjenesten World Wide Web (WWW). WWW er særlig egnet til å presentere multimediadokumenter i form av nettsider i et enhetlig brukervennlig grafisk grensesnitt. WWW gjør det mulig å kombinere tekst, bilder, video og lyd, samt legge til rette for interaktivitet på en relativt enkel måte.

utgjøre titler, menyer, hovedtekst, lenker til andre sider, bilder og logoer. Dette vil kunne tilsvare tradisjonelle åndsverk som skrifter, filmverk, musikkverk, fotografiske verk, tegninger, kart, datamaskinprogrammer og databaser, forutsatt at disse elementene har verkshøyde.

Det er også mulig å se nettsiden som en helhet. Det siktes da til nettsidens utseende eller layout. Denne fremstillingen tar for seg opphavsrettslig vern etter åndsverkloven. Definisjonen på design eller utseende, slik det fremgår av bestemmelsen i designloven § 2, kan likevel være til hjelp for å vise hva som menes med en nettsides layout. Ifølge bestemmelsen er utseende til et produkt det som ”særlig følger av de karakteriserende trekkene ved linjene, konturene, fargene, formen, strukturen eller materialet til produktet eller produktets ornamentering”. Layouten kommer først og fremst til uttrykk gjennom måten de ulike elementene nevnt ovenfor er sammenstilt på.

Rent teknisk er nettsiden et elektronisk dokument vanligvis lagret som en HTML-fil³³ på en internettjener³⁴. HTML er det språk, format eller kode som brukes til å strukturere informasjon som tekst og andre elementer ved bruk av markeringer i språkets hovedtekst. Også andre elementer enn tekst kan implementeres i strukturen ved hjelp av markeringene. Det benyttes en nettleser for å kunne presentere den strukturerte informasjonen på en dataskjerm. En nettleser kan sies å være et dataprogram som ”oversetter” HTML-kodene som angir strukturen av tekst og andre elementer, og presenterer dette grafisk på dataskjermen i henhold til disse kodene.³⁵

Selv om nettsidens underliggende kildekode i stor grad er bestemmende for nettsidens layout, taler gode grunner for å gjøre et skille. Samme layout kan oppnås ved ulike måter å

³³ HTML står for HyperText Markup Language.

³⁴ Datamaskin som tilbyr tjenester til andre datamaskiner på Internett.

³⁵ Eksempler på populære nettlesere på markedet er Internet Explorer, Netscape Navigator, Mozilla Firefox og Opera.

sammenstille HTML-kodene på.³⁶ Det kan foreligge en interesse av å verne en enklere versjon av koden selv om layouten er den samme. Nettsidens underliggende tekniske løsning er en sak. Nettsidens ytre grafiske layout er noe annet. Grunnen for å skille nettsidens kildekode fra dens layout blir ytterligere forsterket ved å trekke en parallell til datamaskinprogrammer. Det blir hevdet at ren HTML-kode ikke er et datamaskinprogram,³⁷ men det finnes mange likhetstrekk som gjør det naturlig å trekke analogier. I forhold til datamaskinprogrammer blir det gitt uttrykk for at det må gjøres et skille mellom selve programmeringen og skjermbildet/brukergrensesnittet.³⁸ Sistnevnte antas ikke å være en del av datamaskinprogrammet og må vurderes i forhold til andre verkskategorier. På samme måte er det naturlig å skille kildekoden fra nettsidens grafiske layout.

Selv om det i teorien er antatt at HTML-koden ikke er et dataprogram, kan dette være gjenstand for diskusjon. Avhenging av kildekodens kompleksitet og støtteteknologi kan vi dele nettsider inn i statiske og dynamiske nettsider. Hvor nettsiden er en fil som ligger lagret direkte på internettserverens filsystem, er den statisk og har vanligvis filformatet HTML. Dynamiske nettsider har som regel et filformat som gjenspeiler teknologien som brukes på serveren slik som for eksempel PHP³⁹. En nettleser kan bare behandle HTML. PHP lager derfor HTML som nettleseren kan benytte seg av. Fordelen er at PHP kan brukes til det HTML ikke klarer alene, for eksempel til å knytte nettsiden opp mot databaser og andre filer. PHP er særlig nyttig fordi den tillater større grad av interaktivitet på nettsiden enn det ren HTML kan få til. Med interaktivitet siktes det til muligheten for toveis kommunikasjon mellom en bruker og nettsiden. Eksempelvis kan brukeren selv

³⁶ Bryde Andersen (2005) s. 371.

³⁷ Se f. eks. Wagle og Ødegaard (1997) s. 80-83 og Stoltze (2001) s. 40.

³⁸ Wagle og Ødegaard (1997) s. 351, Bing (1999) s. 285, Rosenmeier (2001) s. 203-204 og Bryde Andersen (2003) s. 371.

³⁹ PHP er forkortelse for PHP Hypertext Preprocessor. PHP er spesielt utviklet for å lage dynamiske nettsider. Det finnes også annen teknologi som lager dynamiske nettsideløsninger slik som for eksempel JavaScript, men til vårt formål er det tilstrekkelig å benytte PHP for illustrasjon.

bestemme nettsidens struktur og innhold, og nettsiden vil respondere på brukerens valg. En dynamisk nettside med PHP kan brukeren selv oppdatere enkelt via nettleseren uten kunnskaper om hvordan endringer i den underliggende kildekoden skal foretas.⁴⁰

Når jeg omtaler nettsider i det følgende, bygger jeg således på et skille mellom nettsidens grafiske uttrykk og dens underliggende kildekode. Rent grafisk må vi igjen skille mellom nettsidens enkelte elementer og nettsiden som helhet. Når det gjelder den underliggende kildekode må det huskes på at den kan bestå av mer enn ren HTML, og kan være styrt av teknologi som har karakter av dataprogram. Dette gjør at vi må skille mellom såkalt statiske og dynamiske nettsider.

3.3 Særlige hensyn

De aller fleste land anerkjenner at opphavsrettslig vern bør komme Internett til gode på lik linje med åndsverk frembrakt gjennom andre medier. Utgangspunktet er at de samme opphavsrettslige problemstillinger og regler gjelder for nettsider på samme måte som de gjelder for tradisjonelle ikke-elektroniske verkstyper. Opphavsretten knytter seg til selve åndsverket som frembringes, ikke til hvilket medium åndsverket fremstilles ved hjelp av.

Selv om det er klart at opphavsrettslig vern bør gjelde for Internett, skaper Internetts elektroniske karakter problemer for opphavsretten for nettsider i form av økt risiko for misbruk. Elektroniske verk er svært enkle å kopiere. En kopi av et digitalt verk vil bli av samme kvalitet som originalen og ofte også rent faktisk umulig å skille fra originalen. Kopien vil derfor kunne ha like stor økonomisk verdi som originalen. Internett som grenseoverskridende datanettverk gjør spredningsmuligheten av nettsider enorm. I tillegg kan elektroniske verk spres meget hurtig. Dette minsker opphavsmannens kontroll over verket og øker faren for utnyttelse som kan skade opphavsmannens økonomiske rettigheter. Det kan ligge store verdier bak utviklingen av en nettside. Et godt eksempel er den økende

⁴⁰ For mer om PHP, se *Programming PHP* (2002).

anvendelse av nettsider som ledd i elektronisk handel.⁴¹ Mens utviklingen av originalen kan være en meget kostnadskrevende prosess, er det billig å ta kopi. At kopien er billig, men samtidig av samme kvalitet som originalen, innebærer større fare for krenkelse av opphavsretten.⁴²

Elektroniske verk bør likevel ikke beskyttes for enhver pris. Beskyttelsesnivået må balanseres mellom opphavsmannens interesser på den ene siden, og den enkeltes behov for å fritt tilegne seg informasjon og utnytte de muligheter den teknologiske utviklingen fører med seg, på den andre siden.⁴³ Det er også tatt til orde for at det ikke er ønskelig med et for sterkt vern av elektroniske verk i forhold til tradisjonelle åndsverktyper.⁴⁴ Helt siden boktrykkerkunsten ble oppfunnet har det vært tradisjon for å la opphavsretten utvikle seg i takt med den teknologiske utviklingen.⁴⁵ Internett som informasjonsbærer innebærer ikke noe nytt i så henseende. Andre motargumenter som bør nevnes er at det i forhold til elektroniske verk finnes andre former for vern som kan ivareta opphavsmannens beskyttelsesbehov. Et eksempel er tekniske beskyttelsessperrer som reduserer brukervennligheten.⁴⁶ Det trekkes også frem at for strenge opphavsrettsregler bør unngås for å sikre en fornuftig utnyttelse av åndsverk.⁴⁷ Strenge regler som ikke er i overensstemmelse med allmenn moraloppfatning vil ikke bli respektert.⁴⁸

Et særlig argument mot å gi nettsider som sådan opphavsrettslig beskyttelse er at det eksisterer andre former for juridisk beskyttelse for nettsider enn opphavsrett. Disse hevdes å gi en mer effektiv beskyttelse i praksis. I mange saker om opphavsrett er eksempelvis

⁴¹ Bryde Andersen (2005) s. 413.

⁴² Dette avsnittet bygger på NOU 1986:18 s. 13-14, ot.prp. nr. 85 (1997-1998) kap. 2.2 og ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 7-8.

⁴³ Ot.prp. nr. 85 (1997-1998) kap. 2.2.

⁴⁴ NOU 1986:18 s. 14.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 7.

⁴⁶ NOU 1986:18 s. 14.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 7.

⁴⁸ Wagle og Ødegaard (1997) s. 67.

også konkurranserettslige og markedsføringsmessige betraktninger brukt som argument for å sikre beskyttelse av en frembringelse. Særlig er markedsføringsloven § 8 a om ulovlig etterlikning av varekjennetegn påberopt. Når det gjaldt spørsmålet om etterlikning av utseende på risposer fra to ulike produsenter, sa Høyesterett i Rt. 2005 s. 1560 i punkt 30 at ”begge sekkene har trykk i rødt og gull på hvit bunn, med en lik plassering av tekst og figurer, og de dominerende figurene - pyramiden og «paraplyen» - fremtrer også som temmelig like”. Da den ene produsenten hadde lagt designet tett opp til konkurrentens på tross av at han hadde ”ubegrensede muligheter for utformingen”, kom retten til at det forelå en etterlignelse som innebar ”urimelig utnyttelse av en annens innsats eller resultater”, jf. markedsføringsloven § 8 a. Det var her snakk om layouten på rissekker og samme bestemmelse må kunne anvendes på nettsiders layout. Forutsetningen er imidlertid at det dreier seg om tilfeller hvor nettsiden er frembrakt i ”næringsvirksomhet”. Et eksempel på dette kan være hvor en nettside er utformet i markedsføringsøyemed i form av en reklameplakat. Selv om ulovlig etterlignelse ble statuert i den konkrete saken, hevdes det at konkurranserettslig beskyttelse er mer effektiv i forhold til frembringelser i næringsvirksomhet, spesielt frembringelser med bruksformål. Et for sterkt opphavsrettslig vern vil kunne skape monopolstillinger og bryte med det konkurranserettslige prinsipp om fri og slagkraftig konkurranse.⁴⁹

Designloven åpner for at konkrete grafiske elementer i skjermbilder kan beskyttes som grafisk design.⁵⁰ Det kan argumenteres for at beskyttelse etter designloven er mer effektiv enn opphavsrettslig vern, ettersom verkshøydevurderingen nok stiller et strengere krav til originalitet enn designloven gjør. Det er derimot ulike vilkår for beskyttelse av design etter designloven og åndsverk etter åndsverkloven. Ikke minst har vernet etter de to lover ulikt innhold. For det første har designloven § 3 andre ledd et objektivt nyhetskrav i motsetning til åndsverkslovens subjektive nyhetskrav. For det andre gir opphavsrett lengre vernetid enn designrett. Opphavsrett varer i hele opphavsmannens levetid og 70 år etter utløpet av

⁴⁹ Kocktvedgaard (2005) s. 65.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 2 (2002-2003) s. 74.

hans dødsår.⁵¹ Designrett varer i maksimalt 25 år.⁵² Designbeskyttelse krever dessuten at frembringelsen registreres.⁵³ Opphavsrettsbeskyttelse oppstår umiddelbart, i det verket blir skapt, og har ingen formelle vilkår. At designloven beskytter en nettsides layout kan i seg selv være et argument for strengt krav til opphavsrettsbeskyttelse. Et strengt opphavsrettslig krav er en nødvendighet for at verkshøyde og opphavsrettslig beskyttelse i det hele tatt skal ha noe for seg. At dobbeltbeskyttelse kan forekomme gir imidlertid åndsverkloven klart uttrykk for i § 10 første ledd.

Selv om det finnes mothensyn, tyder lovendringer i åndsverksloven de senere år på at de hensyn som taler for å gi elektroniske verk et særlig vern har fått en viss gjennomslagskraft.⁵⁴ Noen ytterligere rettspolitisk drøftelse av hvorvidt nettsider bør nyte opphavsrettslig vern tar likevel ikke denne fremstillingen sikte på. Den nøyer seg med å konstatere at elektroniske verk, herunder nettsider, som utgangspunkt bør nyte vern på lik linje med tradisjonelle åndsverktyper, men at de hensyn som er nevnt kan komme inn som momenter i konkrete vurderinger av et verks opphavsrettsbeskyttelse.

3.4 Er nettsiden et litterært, vitenskapelig eller kunstnerisk verk?

3.4.1 Lovens utgangspunkt

Som følge av at det ikke finnes noen særlige regler for nettsider på Internett, må de alminnelige reglene i åndsverkloven følges. Er nettsiden et "åndsverk" i åndsverklovens forstand? § 1 andre ledd sier at for å kunne karakteriseres som "åndsverk" må verket være av litterær, vitenskapelig eller kunstnerisk art. Dette er en forutsetning for at verkshøydevurderingen i det hele tatt er aktuell. Videre i andre ledd er det oppstilt en liste over verk som vil kunne være vernet, men bruken av uttrykket "så som" antyder at listen bare er en eksemplifisering av verk som kan nyte opphavsrettslig vern og således ikke er

⁵¹ Åvl. § 40.

⁵² Dsl. § 23.

⁵³ Dsl. § 1 første ledd.

⁵⁴ Se Wagle og Ødegaard (1997) s. 68-70 for eksempler på dette.

uttømmende.⁵⁵ Lovgiver har også gitt uttrykk for at dette har vært intensjonen med bestemmelsen.⁵⁶

Utgangspunktet er altså at en frembringelse kan være et åndsverk selv om den ikke faller inn under oppregningen i loven, på samme måte som frembringelsen ikke nødvendigvis er vernet selv om den er nevnt. Det er kravet til verkshøyde som vil være det sentrale vilkår for opphavsrettsbeskyttelse. Domstolene har vært varsomme med å nekte vern med begrunnelse i at frembringelsen ikke kan karakteriseres inn under lovens krav om ”litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk”. Hvorvidt en frembringelse kan regnes inn under en av de tre nevnte kategorier er derfor i utgangspunktet vurdert svært vidt.

3.4.2 Nettsidens enkelte elementer

I forhold til de enkelte elementer en nettside består av er utgangspunktet at disse må vurderes i forhold til verkstypen de bærer preg av. Tekst vil eksempelvis kunne være åndsverk i form av lovens uttrykkelige oppregning av ”skrifter av alle slag”, jf. åndsverkloven § 1 andre ledd punkt 1. En filmsnutt vil kunne være ”filmverk”, jf. punkt 5. Et bilde kan være ”fotografisk verk”, jf. punkt 6. Verkshøydevurdering av de ulike elementene en nettside består av på selvstendig grunnlag vil ikke bli behandlet i denne fremstillingen da dette ikke gjelder særskilt for nettsider. Jeg nøyer meg med å slå fast at de enkelte elementene i prinsippet kan være opphavsrettslig beskyttet under forutsetning av at verkshøydekravet er oppfylt.

3.4.3 Nettsiden som helhet

Nettsider er ikke nevnt uttrykkelig i åndsverkloven § 1. Spørsmålet er derfor om nettsidens helhetlige layout er et verk innenfor det ”litterære, vitenskapelige eller kunstneriske” område. Ordlyden i seg selv gir liten veiledning med tanke på hva som faller inn under lovens kategorier. Typer av verk som tradisjonelt er vernet etter bestemmelsen løper over et

⁵⁵ Listen er inspirert av Bernkonvensjonen, men en viktig forskjell fra åndsverkloven er at konvensjonens oppregning anses uttømmende.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 12.

vidt spekter, og det kan følgelig heller ikke være noe i veien for at nettsider kan falle inn under den relativt vide formuleringen.

Nyere forarbeider tar ikke stilling til om nettsider som sådanne kan nyte vern. Det finnes heller ikke eksempler fra Høyesterett eller lagmannsrett hvor nettsider har vært vurdert for opphavsrett, men i en nylig avsagt dom i Trondheim tingrett 17. mars 2006 blir problemstillingen reist.⁵⁷ Hovedspørsmålet i saken var om Supersøk AS sin metasøketjeneste, som gjør det mulig å gjennomføre boligsøk hos flere nettsider, hadde opptrådt i strid med åndsverkloven og markedsføringsloven i forhold til Finn.no AS og Finn Eiendom AS. I dommens punkt 100 gir retten uttrykk for at ”en webside og en database kan kvalifisere til å være åndsverk etter åndsverkloven” uten at det sies noe nærmere om hva som forstås med en nettside. Det er derimot nærliggende å anta at retten her taler om nettsiden som en helhet. Dette på grunn av Finns anførsel som angår nettsidene på finn.no, herunder resultatlisten etter et søk og den enkelte annonse. Retten kommer til at Supersøks metasøketjeneste er i strid med markedsføringsloven og trenger derfor ikke gå inn i vurderingen av om nettsiden tilfredsstiller åndsverklovens krav. Retten nøyer seg med å si at den ”finner spørsmålet om websidene til Finn kvalifiserer til å være åndsverk som tvilsomt” og avklarer ikke spørsmålet om nettsidens verkshøyde konkret.⁵⁸ Saken er uansett en klar indikasjon på at nettsider som helhet kan være et åndsverk forutsatt den nødvendige verkshøyde.

Det finnes også andre eksempler på at verkstyper som ikke uttrykkelig er oppregnet i loven er vernet. Databaser har for eksempel lenge vært anerkjent som åndsverk uten at det uttrykkelig oppregnes i loven.⁵⁹ Loven og rettspraksis tar dessuten for seg flere typer åndsverk som er preget av sammenstillinger og dermed ligner på nettsidens layout. Dette gjør at det i praksis vil være forsvarlig å trekke analogier fra andre verkstyper til nettsiders layout, noe som igjen vil være et argument for at nettsider kan henregnes til lovens tre

⁵⁷ TTRON-2004-85946 [lovdata online].

⁵⁸ Punkt 102.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 85 (1997-1998) kap. 4.1.

generelle kategorier. Som følge av at verkshøydekravet varierer etter hvilken verkstype det er tale om, vil det i praksis ha betydning hvilke verkstyper nettsider kan sammenlignes med eller kategoriseres inn under.⁶⁰ Analogier til lignende verkstyper vil bli nærmere kommentert i den mer substansielle drøftelsen av verkshøyde under kapittel 5 nedenfor.

Det er også på det rene at det i juridisk teori er en utbredt oppfatning om at nettsiders layout anerkjennes som gjenstand for opphavsrettslig beskyttelse.⁶¹ Bryde Andersen sier at ”hvis sammenstillingen af disse elementer [de ulike elementene nettsiden består av] er original, vil der knytte sig ophavsret til selve hjemmesiden som samleverk eller som selvstændigt litterært eller kunstnerisk værk”.⁶² Hvor nettsiden består av ulike elementer som tekst, fotografi, musikkstykke eller en lenkesamling, kan disse elementene på selvstendig grunnlag som nevnt være vernet som åndsverk, forutsatt verkshøyde. Og hvor elementene betraktes som et hele, kan utvalg og sammenstilling av elementene kvalifiseres som preget av tilstrekkelig original og individuell innsats. Dersom elementene nettsiden består av også er åndsverk på selvstendig grunnlag, vil nettsiden kunne være et samleverk, jf. åndsverkloven § 5.

De hensyn som ligger bak opphavsrettslig beskyttelse av nettsider tilsier også at nettsider bør omfattes av kategoriene i åndsverkloven § 1. Nettsider er beskyttelsesverdig på samme måte som andre typer verk og har på grunn av sin elektroniske karakter særlig behov for vern.

Vi har sett at lovens utgangspunkt er en vid tolkning av hva som henregnes til kategorien ”litterære, vitenskapelige og kunstneriske verk”, og at det i praksis viser seg at det er ved verkshøydevurderingen slaget som oftest står. Fravær av rettspraksis som angår nettsiders layout direkte, kan derfor ikke tillegges stor betydning. Dessuten nyter lignende verk vern,

⁶⁰ *Internetjura* (2002) s. 380.

⁶¹ Se f. eks. Bing og Tokvam (1996) s. 91-92, Wagle og Ødegaard (1997) s. 125, Stoltze (2001) s. 39, Schønning (2003) s. 202 og Bryde Andersen (2005) s. 413.

⁶² Bryde Andersen (2005) s. 413.

og det er tradisjon for at ulike sammenstillinger kan ha vern. Teorien tar til orde for at nettsiders layout kan være vernet som litterært, vitenskapelig eller kunstnerisk verk. De hensyn som ligger bak opphavrettslig vern av nettsider støtter opp om dette.

Konklusjonen er at nettsiden som sådan, dens helhetlige layout, kan være ”åndsverk” i åndsverklovens forstand, forutsatt at den tilfredsstillende kravet til verkshøyde.

3.4.4 Nettsidens underliggende kildekode

Ettersom nettsidens underliggende kildekode er noe annet enn nettsiden slik den fremstår grafisk på en skjerm, er det naturlig å stille spørsmålet om den underliggende kildekode også kan være et litterært, vitenskapelig eller kunstnerisk verk.

I forhold til statiske nettsider som vanligvis er basert på ren HTML er det å si at denne kodingen er ren tekst og kodene vil i seg selv ikke være vernet. HTML-koden er uttrykk for ren tekstbehandling, ikke dataprogrammering, og kan henregnes direkte under kategorien litterære verk.⁶³ Verkshøyde må derfor vurderes ut i fra det som gjelder for litterære verk, hvilket innebærer at vi må se på sammenstillingen av kodene eller ordene.

Dynamiske nettsider bærer preg av teknologi som kommer i tillegg til den rene HTML. Denne teknologien er mer avansert enn HTML-språket og har sterkere preg av å være dataprogrammeringsspråk. Det er antatt at teknologi som eksempelvis JavaScript, som har mange av de samme funksjonene som PHP, har karakter av å være datamaskinprogram selv om det råder en viss uklarhet rundt spørsmålet.⁶⁴ Datamaskinprogrammer er i åndsverkloven § 1 andre ledd punkt 12 angitt å være et eksempel på litterært, vitenskapelig eller kunstnerisk verk. Spørsmålet om datateknologien som dynamiske nettsider bærer preg av er et datamaskinprogram, tar imidlertid ikke denne fremstillingen sikte på å redegjøre for. Dette i seg selv har ikke avgjørende betydning for vurderingen av verkshøyde, men har først og fremst betydning for om spesialreglene for datamaskinprogrammer i

⁶³ Stoltze (2001) s. 40.

⁶⁴ Wagle og Ødegaard (1997) s. 83 og Stoltze (2001) s. 41.

åndsverkloven kommer til anvendelse. Jeg nøyer meg med å si at kravet til verkshøyde vil kunne variere, alt ettersom nettsiden er av dynamisk eller statisk karakter.

Konklusjonen er at både kildekode basert på ren HTML og kildekode basert på annen teknologi kan være vernet som litterært verk, og i prinsippet være åndsverk i åndsverklovens forstand.

4 Generelt om kravet til verkshøyde

4.1 Om begrepet verkshøyde

Begrepet ”verkshøyde”⁶⁵ kommer opprinnelig fra tysk juridisk teori og ble tatt inn i nordisk teori på slutten av 1960-tallet som et rettslig hjelpebegrep i håndteringen av realitetene bak selve verksbegrepet.⁶⁶ Selv før innføringen av verkshøydebegrepet var det likevel klart at for å kvalifisere til åndsverk måtte noe mer til enn at verket som var skapt lå innenfor det litterære, vitenskapelige eller kunstneriske området. Det ble ansett nødvendig å kunne trekke en nedre grense for åndsverksbegrepet. Knoph angir kravet til verkshøyde som et krav til at det frembrakte ”må i alle fall i noen grad være uttrykk for original og individuelt preget åndsvirksomhet fra opphavsmannens side”.⁶⁷ Forarbeidene til åndsverkloven bygger på samme formulering.⁶⁸

Tilsvarende krav kommer også til syne i rettspraksis selv om formuleringene kan avvike noe fra Knoph. Allerede i Rt. 1901 s. 877 (Tinglysningsmeddelelser) sies det at det må foreligge et ”væsentlig nyt og selvstændigt Værk”. I Rt. 1940 s. 327 (Hallo Hallo) var det på side 328 spørsmål om programoversikter hadde ”rang av individuelt preget åndsvirksomhet”. I Rt. 1962 s. 964 (Sybord) ble det på side 967 stilt krav om at ”opphavsmannens ideer har realisert seg på en slik måte at det ved hans verk er skapt noe

⁶⁵ Synonymt med ”verkshøyde” er begreper som ”åndsverkkvalitet”, ”åndsverkskarakter” og ”originalitet”. Jeg vil ikke skille mellom disse begreper i denne fremstillingen, men vil for det meste holde meg til betegnelsen ”verkshøyde”.

⁶⁶ Ljungman (1969) s. 179.

⁶⁷ Knoph (1936) s. 64.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 12.

originalt av kunstnerisk verdi”. I Rt. 1997 s. 199 (Cirrus) ble ”verkshøyde” uttrykkelig nevnt som betingelse for beskyttelse etter åndsverkloven.

Ved åndsverkloven av 1961 ble begrepet ”frembringer” fra den gamle lov av 1930 erstattet med begrepet ”skaper”. Begrepsendringen ble foretatt for i større grad å gjøre oppmerksom på at ”det må foreligge en individuell, skapende åndsinnsetning, idet ordet frembringe også lett kan brukes om produkter av rent rutinearbeid”.⁶⁹ Noen endring i det materielle innholdet i vilkårene for opphavsrett var imidlertid ikke tilsiktet. Det kan etter dette virke som om skapelseskriteriet og verkshøydevurderingen går litt over i hverandre. Oppfatningen om at verket må være et resultat av en individuell skapende åndsinnsetning tar jeg likevel med som element i verkshøydevurderingen. Dette har tradisjonelt vært det vanlige i juridisk teori.

Internasjonalt finnes det mange forsøk på å definere verkshøyde eller originalitet. Det er tradisjonelt antatt at det stilles høyere krav til verkshøyde i kontinental-europeisk rett enn i anglo-amerikansk rett. Anglo-amerikansk rett fokuserer på opphavsmannens arbeidsinnsetning (”skill and labour”) rent objektivt, mens det i kontinental-Europa stilles strengere krav til originalitet og individualitet subjektivt sett.⁷⁰ Det er sistnevnte tradisjon som er utgangspunktet for drøftelsen av innholdet i kravet til verkshøyde i denne fremstillingen.

Kravet til verkshøyde virker temmelig abstrakt ved en generell drøftelse av kravet. Ettersom verkshøydekravet kan variere etter hva slags type verk det er tale om, er det hensiktsmessig å knytte verkshøydevurderingen opp mot konkrete praktiske tilfeller for å utpense innholdet ytterligere. Det er i konkrete saker vi virkelig kan si noe om verkshøyde og dens nivå. Domstolene har som hovedoppgave å ta stilling til slike konkrete krenkelsesspørsmål.⁷¹ Derfor vil rettspraksis og andre konkrete eksempler, først og fremst nettsider, bli benyttet i stor utstrekning i det følgende.

⁶⁹ Innst.O. XI (1960-1961) s. 14.

⁷⁰ Rosenmeier (2001) s. 90.

⁷¹ Eckhoff (2001) s. 200. Se kap. 8 for mer om domstolenes rettskapende virksomhet generelt.

4.2 Hensyn bak verkshøydekravet og opphavsrettslig beskyttelse

Verkshøydekravet er den viktigste mekanismen for å ivareta et hensiktsmessig opphavsrettslig beskyttelsesnivå. Det er antatt at ikke all åndelig virksomhet er beskyttelsesverdig. Verkshøydekravet gir uttrykk for hvor beskyttelsesgrensen går. Vi kan si at den opphavsrettslige beskyttelse søker å balansere mellom to grunnleggende samfunnsmessige hensyn, ”hensynet til opphavsmannen selv ... [og] ... hensynet til alle dem som skal få del i den kulturarv som skapes”.⁷²

Opphavsmannen har interesse i økonomisk gevinst for sin innsats, men også i vern av ideell interesse slik som ære og berømmelse. For samfunnet er dette positivt. Anerkjennelse av opphavsmannens innsats stimulerer til kreativ produksjon som alle kan dra nytte av.⁷³

En del virksomhet er derimot antatt å være en del av samfunnets åndelige felleseie som alle bør ha fri rett til.⁷⁴ Samfunnet har en selvstendig interesse av å kunne utnytte opphavsmannens verk til egen nytte og til å fremme den videre utvikling.

Rent praktisk skal det også nevnes at verkshøydekravet bør gjenspeile at det ikke er noe behov for å verne rent banale og rutinemessige frembringelser. Verkshøydekravet vil på denne måten motvirke uforholdsmessig press mot opphavsretten.⁷⁵

Kravet til verkshøyde sørger for at vi får en riktig balansegang mellom de motstridende interesser. Kravet setter en nedre grense for opphavsrettslig vern. Grensedragningen gir uttrykk for en rettferdig avveining mellom opphavsmannens og samfunnets interesser.

⁷² Tidende O. og L. (1960-1961) s. 531.

⁷³ Wagle og Ødegaard (1997) s. 46-47.

⁷⁴ Kocktvedgaard (2005) s. 61.

⁷⁵ Wagle og Ødegaard (1997) s. 111-112.

4.3 Hva er gjenstand for verkshøydevurderingen?

Åndsverkloven gir selv i § 1 første ledd uttrykk for at verket vernes ”uansett uttrykksmåte og uttrykksform”. Dette henspiller på at det ikke er idéen bak åndsverket som skal beskyttes, men uttrykket, altså hvordan idéen konkret er utformet. Det er selve resultatet av den individuelt skapende innsats det stilles krav om verkshøyde til. Det må kunne synes utad at verket er preget av en slik innsats.

At dette er lovgivers intensjon kommer også frem i forarbeidene, både til loven av 1961 og i forarbeider til senere lovendringer. Uttrykket ”uansett uttrykksmåte og uttrykksform” ble inntatt ved åndsverkloven av 1961 som et rent forklarende tillegg til lovens definisjon av åndsverk, men gjorde samtidig klart at gjenstanden for verkshøydevurdering også etter den gamle lov var åndsverkets konkrete uttrykk.⁷⁶ I ot.prp. nr. 85 (1997-1998) heter det på s. 13 at det ikke gis opphavsrett til ideer, metoder og fakta, men at det er den konkrete utformingen av dette som må oppfylle kravet til verkshøyde.

Dette prinsippet er også kommet klart til uttrykk i rettspraksis. Allerede i Rt. 1901 s. 877 (Tinglysningsmeddelelser) ble det gitt uttrykk for at ”Det er den Form, hvori Meddelelsen er givet, der ... kan paastaaes beskyttet”. I Rt. 1962 s. 964 (Sybord) uttalte førstvoterende dommer Nygaard på side 967 at ”således som jeg forstår loven, må det i et tilfelle som dette kreves at opphavsmannens idéer [idéen om et kombinert sy- og sofabord] har realisert seg på en slik måte at det ved hans verk er skapt noe originalt av kunstnerisk verdi [selve utformingen av det kombinerte sy- og sofabord]”. I RG 1999 s. 330 (Regnskapssystemet MOCS) ble det uttalt at når det gjelder programvare, er det programmets ”konkrete uttrykk som er beskyttet, ikke idé, metode, prinsipp eller lignende” og at det er programmets ”nærmere utforming slik det fremkommer ved en ordning av setninger og disses meningsinnhold, som beskyttes”. Eksempelvis kan ikke musikeren Bob Dylan få opphavsrett til idéen om å skrive politiske protestsanger og forfatteren Lars Saabye Christensen til idéen om oppvekstromaner fra Oslo. Dylans vise ”Masters Of War” og

⁷⁶ Innst.O. XI (1960-1961) s. 14.

Saabye Christensens roman ”Beatles” som konkrete uttrykk for slike idéer kan imidlertid være gjenstand for verkshøyde og dermed nyte opphavsrettslig vern.

Internasjonalt har prinsippet om at det er åndsverkets uttrykk som er gjenstand for verkshøydevurdering fotfeste i de store internasjonale konvensjonene på opphavsrettens område som Bernkonvensjonen og Verdenskonvensjonen om opphavsrett. Harmonien på dette punkt ble uttrykkelig påpekt i relasjon til Bernkonvensjonen ved utformingen av åndsverkloven § 1 i 1961.⁷⁷ EU/EØS-retten bygger på samme oppfatning. Direktivene Norge har gjennomført gir uttrykkelig uttrykk for prinsippet.⁷⁸

Et reelt hensyn som taler for å utelukke idébeskyttelse er at slik beskyttelse hindrer at samfunnet blir avskåret fra å bygge på det som gjerne omtales som felles kulturarv og det åndelige felleseie.⁷⁹ Med dette siktes det til at ingen er upåvirket av andres tidligere tanker og idéer ved kreativ utfoldelse på egen hånd. Uten en slik kulturell ballast vil kreative frembringelser være umulig. Det vil derfor være både upraktisk og urimelig å sette et vilkår om total uavhengighet fra dette som vilkår for verkshøyde. Dessuten er det å si at det er først når idéen har materialisert seg at dens virkelige økonomiske verdi kommer til syne, og vernebehovet for alvor kan vurderes.

Dommen fra Gulating lagmannsrett 18. oktober 2006 er et eksempel på en avgjørelse med bemerkninger om kulturarvens betydning.⁸⁰ Et sentralt spørsmål i saken var om forestillingen ”Huldra i Kjosfossen” hadde verkshøyde. Retten uttalte at forestillingen ”består av en rekke elementer som må anses å være en del av den tradisjonelle og allmenne oppfatning av figuren Huldra”. Lagmannsretten legger til grunn at det ikke er noe i veien for at en kunstner tar utgangspunkt i et kjent begrep eller fenomen, for eksempel en myte eller et sagn, så lenge det ved tilførsel av ny og kreativ innsats skapes et subjektivt nytt og

⁷⁷ Innst.O. XI (1960-1961) s. 14.

⁷⁸ Se f. eks. programvaredirektivet Rdir. 91/250/EØF i fortalen og art. 1 nr. 2.

⁷⁹ Rosenmeier (2001) s. 66.

⁸⁰ LG-2005-154809 [lovdata online].

originalt produkt.” Retten gir således uttrykk for at et verk kan ha verkshøyde selv om det bygger på tradisjonelle kjente myter som er en del av felles kulturarv.

Selv om idéen som sådan ikke er beskyttet, vil den naturligvis sette sitt preg på verket som utformes. Sondringen er ikke alltid like lett å gripe og i praksis skjer det ofte sammenblanding. Generelt kan det sies at det abstrakte ikke beskyttes.⁸¹ Inn under dette går idé, stil, teknikk, prosess, metode, konsept, tema o.l. av mindre håndfast natur.⁸² Å finne klare kriterier på hvor grensen mellom den abstrakte idé og det konkret uttrykk går er likevel meget vanskelig på generell basis. Dette har vært gjenstand for mye diskusjon i den juridiske teori uten at grensen har blitt avklart.

Også rettspraksis viser at sondringen ikke er enkel. I Rt. 1962 s. 964 (Sy- og sofabord) gir dommer Thrap uttrykk for at han er enig i førstvoterende dommer Nygaards konklusjon om at sybordet er åndsverk, men har likevel en noe annerledes oppfatning. Dommer Thrap sier på side 971 at man kan ”ikke utelukkende se hen til den ytre form som verket har fått” og at innhold og form på brukskunstområdet ikke godt kan skilles fra hverandre. Videre gis det uttrykk for at idéene er en del av verket og således er beskyttet. Forutsetningen er imidlertid at idéene er blitt gitt en ”selvstendig kunstnerisk utforming”. Det er etter dette vanskelig å se at førstvoterendes og dommer Thraps oppfatning i realiteten skiller seg fra hverandre. Begge mener at det er den konkrete utforming som nyter vern, selve realiseringen av idéene.

På samme måte som idéer som sådan ikke er vernet, vil rent faktiske opplysninger, enklere meddelelser, informasjon og nyheter som sådan heller ikke nyte vern.⁸³ For eksempel vil de enkelte ord en roman består av i seg selv ikke være vernet. Enkelte ord kan bare anses som opplysninger forfatteren trenger for å skape et uttrykk.⁸⁴ I Rt. 1940 s. 327 (Hallo Hallo) ble

⁸¹ Rosenmeier (2001) s. 68.

⁸² WCT art. 2 og TRIPS-avtalen art. 9 nr. 2 nevner dette uttrykkelig.

⁸³ Stray Vyrje (1987) s. 101.

⁸⁴ Wagle og Ødegaard (1997) s. 111.

det eksempelvis uttalt av førstvoterende på side 328 ”at et radioprogram med de nakne data - oppregning av navn og verker, emner og klokkeslett, uten noen kommentar eller vurdering og uten personlig farget stil eller oppbygging - ikke kan oppfattes som en slik «frambringelse på det litterære område» som er forutsetningen for vern etter åndsverkloven”. Selv om de enkelte elementer som ovennevnte er eksempel på i seg selv ikke kan være gjenstand for verkshøyde, kan elementene i sammenstilt form ha vern etter § 1. Det er da en annen type utforming vi ser på, nemlig selve sammenstillingens utforming som er gjenstand for verkshøyde. En database vil typisk være en sammenstilling av informasjon. I den grad informasjonens sammenstilling er preget av original og individuell innsats, vil den være vernet opphavsrettslig. Når det gjelder databaser, kan disse også være beskyttet etter den såkalte katalogregelen i åndsverkloven § 43. Denne bestemmelsen gir databasen et investeringsvern uavhengig av om verkshøydekravet er oppfylt og om databasen er opphavsrettslig beskyttet.

Den originale åndsinnsett trenger heller ikke resultere i noe nytt hva innhold angår. Mange åndsverk er et resultat av en ny og selvstendig variant over et tidligere velkjent materiale.⁸⁵ Så lenge en teateroppsettning av juleevangeliet er preget av original og individuell skaperinnsats er oppsettningen opphavsrettslig vernet, uavhengig av hvor mange ganger juleevangeliet er tematisert i teateroppsettninger tidligere. Dette henger sammen med prinsippet om at det er frembringelsens konkrete uttrykk som beskyttes, ikke tankeinnholdet som ligger bak.

Som en konsekvens av at det er verkets konkrete uttrykk som er opphavsrettslig beskyttelsesverdig, er det i forhold til en nettside som helhet, hvordan nettsidens bestanddeler er arrangert i forhold til hverandre, verkshøyde må vurderes. Nettsidens helhetlige layout utgjøres nettopp først og fremst av sammenstillingen elementene er ordnet etter. Det er ikke idéen bak nettsiden verkshøyde skal vurderes opp mot, men uttrykket, selve layouten eller utseendet. Personen som lager nettsiden, ofte kalt webmasteren, kan for

⁸⁵ Rognstad (2004) s. 26.

eksempel få opphavsrett for tilretteleggelsen av en konkret nettside etter et bestemt ”design-prinsipp” (en spesiell menystruktur f. eks), men ikke for bruken av selve prinsippet ved utvikling av hjemmesider generelt.⁸⁶

Når det gjelder en nettsides underliggende kildekode, vil det i forhold til statiske nettsider skrevet i ren HTML være sammenstillingen av HTML-kodene som må være preget av original og individuell åndsinnsetning. HTML-kodene i seg selv er ikke vernet da disse bare er opplysninger som forklarer nettleseren hvordan nettsiden skal se ut på skjermen.⁸⁷ På samme måte vil ikke faktiske opplysninger som HTML-kodingen består av være vernet.

I forhold til nettsider med dynamisk preg laget ved hjelp av PHP, vil det være selve programmeringen i PHP som er gjenstand for verkshøydevurdering, på samme måte som kildekoden i HTML ved statiske nettsider. Mer presist sagt er det ikke selve programmeringsspråket PHP som sådan som beskyttes, men måten programkodene er strukturert, det vil si programmeringens konkrete utforming.⁸⁸ Dette innebærer eksempelvis at algoritmen, et dataprograms generelle løsningsprinsipp, ikke er gjenstand for verkshøyde og ikke kan nyte opphavsrettslig vern.

Konklusjonen er at det er utelukkende den konkrete utformingen av det skapte verk som er gjenstand for verkshøyde, altså den referanse verkshøyde skal vurderes opp mot. Motsatt kan det uttrykkes at det er et opphavsrettslig prinsipp at opphavsretten mangler idébeskyttelse.

⁸⁶ Bryde Andersen (2005) s. 289-290.

⁸⁷ Wagle og Ødegaard (1997) s. 126 og Stoltze (2001) s. 40.

⁸⁸ Bryde Andersen (2005) s. 362.

5 Vilkårene i kravet til verkshøyde

5.1 Krav til subjektiv nyhet

Jeg har tidligere nevnt at begrepet ”skaper” i åndsverkloven § 1 ble innført for å lede oppmerksomhet mot at frembringelsen må innebære en individuell og skapende åndsinnsett.⁸⁹ Allerede ut i fra lovens ordlyd, sett i lys av forarbeidene, ser vi altså at verkshøyde i hovedsak dreier seg om en individuell subjektiv nyskaping. Mer presist sies det i RG 1999 s. 330 (Regnskapssystemet MOCS) hvor førstvoterende gir uttrykk for at ”Loven forutsetter at det er skapt noe subjektivt nytt, hvilket medfører et krav om originalitet”. Originalitet henspiller på at verket må bære preg av opphavsmannens individualitet. Vi spør om verket fremstår som nytt sett fra opphavsmannens eget ståsted. Dette må ikke sammenblandes med patentrettens nyhetskrav eller varemerkerettens krav om særpreg som er objektive kriterier.

At originalitet skal vurderes fra opphavsmannens eget ståsted innebærer i teorien at åndsverket beskyttes selv om et identisk verk allerede er skapt av en annen. Forutsetningen er at verket ikke er en ren etterlikning av det tidligere skapte verket, men selvstendig utarbeidet av opphavsmannen. En ren avskrift eller kopi av noe som eksisterer fra før vil således ikke være subjektivt nytt.

Enhver påvirkning utenfra kan likevel ikke medføre at kravet til subjektiv nyhet ikke er oppfylt. Reelle hensyn tilsier at åndelig erfaringsmateriale, som opphavsmannen mer eller mindre bevisst bygger på ved skapelsen av noe som fremstår som selvstendig og originalt, ikke bør være beskyttet opphavsrettslig. Opphavsmannen må derfor kunne hente

⁸⁹ Innst.O. XI (1960-1961) s. 14.

inspirasjon fra kulturhistorien eller sitt samtidsmiljø ved skapelsen av et verk uten at verket av den grunn mangler verkshøyde.⁹⁰

Verk som kan sies å være rent håndverksmessige, automatiske, mekaniske, rutinemessige eller dagligdagse produkter er eksempler på frembringelser som mangler den nødvendige originalitet.⁹¹ I RG 1992 s. 359 ble en ferdighustype ansett for ikke å oppfylle verkshøydekravet da den var uttrykk for en rent håndverksmessig frembringelse som gikk ut på å sette sammen kjente elementer til et funksjonelt, men ordinært hele. Resultatet av den skapende innsats må være særegen for å kunne ha verkshøyde, noe utenom det vanlige. På samme måte som rent rutinemessige frembringelser, vil ikke verk hvor resultatet er helt banalt og innlysende tilfredsstillende kravet til subjektiv nyhet.

Det kan i konkrete tilfeller være vanskelig å trekke grensen for hva som er subjektivt nytt. På visse områder kan det også hevdes at verkshøydekravet i praksis er så strengt at det eksisterer et tilnærmet objektivt nyhetskrav, først og fremst i forhold til brukskunst. Jeg sikter da til at rettspraksis som angår brukskunst fokuserer sterkt på vurderingen av om selve formgivingen i seg selv tilfredsstillende kravet til verkshøyde, og at det i den forbindelse finnes uttalelser som indikerer at objektiv sammenligning med andre verk har spilt en viss rolle.

Det er naturlig å ta utgangspunkt i forarbeidene før vi går inn og ser på hvordan verkshøydekravet konkret er anvendt i forhold til brukskunst. Allerede i Innst.O. XI (1960-1961) ble spørsmålet om brukskunst i det hele tatt var egnet for opphavsrettslig vern tatt opp. Dette ble vurdert nærmere i forbindelse med forarbeidene til mønsterloven av 1970⁹². Etter en forutgående drøftelse av verkshøydekravet på brukskunstområdet, kom

⁹⁰ Stray Vyrje (1987) s. 100.

⁹¹ Rosenmeier (2001) s. 126.

⁹² Lov av 29. mai 1970 nr. 33 (opphevet av ny designlov av 14. mars 2003 nr. 15).

mønsterlovkomitéen til at dersom relativt strenge krav til verkshøyde ble opprettholdt ville opphavsrettsbeskyttelse ha noe for seg.⁹³

Selv om det ikke finnes særlig mye rettspraksis vedrørende brukskunst, fanger avgjørelsene på området opp tendensen forarbeidene gir uttrykk for. Fra Høyesterett har vi avgjørelsen i Rt. 1962 s. 964 (Sy- og sofabord). Førstvoterende gav uttrykk for at verkshøydevurderingen var vanskelig fordi formgivingen av sy- og sofabordet ”bevisst er enkel i samsvar med vår tids stil”, men til slutt konkluderte med at formgivingen var preget av den nødvendige ”originalitet og utpreget artistisk evne”. I en dom fra Oslo Byrett i 1967, inntatt i NIR 1968 s. 227, ble det i verkshøydevurderingen gitt uttrykk for at motivet på et smijernsbeslag atskilte seg fra andre kjente former, men også at motivet i seg selv hadde særegen og personlig utforming som innebar kunstnerisk innsats og nyskapning. I RG 1994 s. 270 (Tripp Trapp) uttalte Fredrikstad byrett at barnestolen ”Tripp-Trapp-stolen” måtte være åndsverk da den ”var så spesiell og særegen at den skilte seg totalt fra alt som tidligere var kjent”. De nevnte avgjørelser kan tyde på at det ved vurderingen av verkshøyde er trukket inn hvordan frembringelsen fremstår i forhold til andre lignende verk, en mer objektiv vurdering. Samtidig bærer vurderingene preg av at det i praksis kreves et element av selvstendig og original kunstnerisk innsats.

Fra å operere med en streng linje for verkshøyde til å si at det eksisterer et objektivt nyhetskrav er veien lang. At kravet er strengt har sin praktiske begrunnelse i at brukskunst har bruksformål. Dette vil i praksis redusere variasjonsmulighetene med tanke på utforming og overlate mindre rom til individuell kreativ nyskapning. I tillegg er det særlig i dansk teori trukket frem hensynet til å unngå monopolisering på dette området.⁹⁴ Å bruke objektiv nyhet som en slags hjelpenorm ved vurderingen kan derimot ikke være galt selv om dette i seg selv ikke er tilstrekkelig. Rene funksjonelle løsninger vil vanskelig kunne tilfredsstille kravet til verkshøyde, men ofte som i de sakene vi har vært inne på, foreligger det en kombinasjon av funksjonell og individuell skapende åndsinnsetning.

⁹³ Innstilling 1967 til lov om mønster s. 40-41 og Ot.prp. nr. 40 (1969-1970) s. 11.

⁹⁴ Schönning (2003) s. 117 og Kockvedgaard (2005) s. 65.

Konklusjonen må være at det i forhold til brukskunst og funksjonelt pregede frembringelser ikke gjelder noe objektivt nyhetskrav, men at verkshøydekravet i praksis vurderes relativt strengt.

Verket trenger ikke å ha blitt til ved en bevisst skapelsesakt for å være subjektivt nytt.⁹⁵ I forlengelsen av dette vil heller ikke formålet med frembringelsen spille noen rolle i verkshøydevurderingen.⁹⁶ Ting som er blitt skapt ved rene tilfeldigheter eller i omtåket tilstand kan likefullt være subjektivt nytt. Det kan diskuteres om det er hensiktsmessig å utelukke noe fra opphavsrettsbeskyttelse som ikke er resultat av en bevisst skapelsesakt. Vil for eksempel tilfeldig klatting på et lerret være beskyttelsesverdig? Rent kunstnerisk vil det nok ikke være det, men vi er her over i spørsmålet om hvorvidt estetiske betraktninger bør være styrende for verkshøydekravet. Dette tas opp i kapittel 5.4 og 5.5.

Verket må videre være menneskeskapt.⁹⁷ Dette innebærer først og fremst at rene maskinelle frembringelser ikke vil være vernet. Heller ikke verk skapt av naturen selv slik som bladmønstre, steinformasjoner og blomster vil være vernet. På samme måte vil ikke verk skapt av dyr beskyttes. Et eksempel er sirkusattraksjoner hvor apekatter eller elefanter med pensel i hånd eller snabel maler på et lerret. Maleriet som er resultatet av dyrenes utfoldelse på lerretet vil ikke kunne være opphavsrettslig beskyttet selv om det ikke er utenkelig at eieren av dyrene vil kunne gjøre gode penger. Ytterligere krav stilles ikke til personen som skaper verket. Eksempelvis spiller det ingen rolle om opphavsmannen har rettslig disposisjonsevne eller ikke.⁹⁸

Det er etter denne drøftelsen liten tvil om at det i norsk rett stilles krav til en viss originalitet eller subjektiv nyhet for at en frembringelse skal kunne tilfredsstille kravet til

⁹⁵ Kockvedgaard (2005) s. 63.

⁹⁶ Lund (1961) s. 52 og Stray Vyrje (1987) s. 98.

⁹⁷ Rognstad (2004) s. 19 og Kockvedgaard (2005) s. 63.

⁹⁸ Rognstad (2004) s. 20.

verkshøyde. Subjektiv nyhet må kunne sies å være grunnbetingelsen i kravet til verkshøyde.

5.2 Særlig om nettsiden som helhet og krav til subjektiv nyhet

5.2.1 Sammenstillingsmomentet og kravet til et visst helhetlig særpreg

Det er sammenstillingen av de ulike elementene på nettsiden som i hovedsak utgjør nettsidens helhetlige layout. Analogiske betraktninger hva gjelder verkshøydevurderingen for sammenstillinger i forhold til lignende verkstyper vil følgelig kunne bidra med momenter til vurderingen av hva som skal til for at en sammenstilling er original.

I Rt. 1962 s. 964 støttet retten en av de sakkyndiges syn som gikk ut på at sammenstillingen av klaffer, plate nederst, en kurv og en skuff, ikke gjorde et kombinert sy- og sofabord tilstrekkelig originalt for å kunne være åndsverk da sammenstillingen ble regnet for å være allemannseie. Hvor nettsiden ikke er uttrykk for noe mer en det som er vanlig for nettsider, vil den derfor ikke være original. Det må et visst særpreg til i oppstillingen. I dommen ble det av den sakkyndige også gitt uttrykk for at bordet var preget av en sammenstilling av kjente elementer innen møbelkunsten. Dette kan imidlertid ikke spille noen rolle i forhold til originalitetsvurderingen. Det er selve sammenstillingen det må fokuseres på. Elementene kan være meget velkjente for folk flest, men dersom sammenstillingen av elementene er original, kan verket likevel nyte beskyttelse. Det er derfor viktig å skille de enkelte elementene og elementene som helhet fra hverandre da begge kan være vernet som åndsverk på selvstendig grunnlag.

I RG 2004 s. 206 var spørsmålet om layouten på en silikonpatron kunne være åndsverk. Et mønster for presentasjon av tekst, illustrasjon, logo, avsluttet med bord oppe og nede utgjorde den aktuelle layout. Retten kom til at layouten ikke hadde verkshøyde fordi den ikke tilfredsstilte krav til originalitet. Den var kun et resultat av ”klipp og lim ... og således et arbeid av håndverksmessig karakter” som ikke kunne nyte beskyttelse. Retten fant at tekst og illustrasjon på patronen var inspirert av tekniske datablader og at layouten skilte

seg marginalt fra mønsteret på øvrige patroner i markedet med samme bruksområde. Nettsider som i hovedsak kopierer layouten fra andre kjente nettsider eller utbredte måter å strukturere utseende på vil på tilsvarende måte ikke nyte vern. Det hjelper for eksempel ikke at fargevalget er endret så lenge grunnstrukturen identisk.

I Borgarting lagmannsretts dom av 10. november 2005⁹⁹ ble opphavsrett til logoen ”Jul i Blåfjell” vurdert. Retten slo for det første fast at en logo kunne være åndsverk selv om den ikke nevnes uttrykkelig i oppregningen i åndsverkloven § 1. Videre fant retten at den aktuelle logo tilfredsstilte kravet til verkshøyde. Den ble ansett for å være mer enn tilstrekkelig original til tross for sin enkle uttrykksform. Det ble også gjort et skille mellom logoen i sin helhet (layouten) og et enkelt element i logoen, men samtidig slått fast at både helheten og det enkelte element hadde den nødvendige verkshøyde. At layouten på en nettside er stilren eller enkel i sin uttrykksform vil ikke forhindre verkshøydekravet fra å kunne være oppfylt. Det avgjørende er om layouten har tilstrekkelig særpreg, er preget av en original og individuell skapende innsats. En nettside som består av få elementer, eksempelvis med en enkel menylinje plassert på skrå over siden og med tekst plassert i ulike bokser i forhold til denne, vil kunne ha verkshøyde på samme måte som en mer kompleks nettside bestående av flere elementer. Saken om logoen ”Jul i Blåfjell” ble forøvrig brakt helt til Høyesterett.¹⁰⁰ Lagmannsrettens vurdering av verkshøyde ble lagt til grunn selv om spørsmålet for Høyesterett ikke angikk verkshøyde direkte.

Som vi ser av disse norske avgjørelsene hva gjelder layout og sammensetning av elementer som et hele, er det et gjennomgående trekk at det i praksis stilles krav til at frembringelsen atskiller seg fra det som er vanlig for den type verk det er tale om. Hvor frembringelsen kun er resultat av klipp og lim, vil verkshøydekravet vanskelig være oppfylt i praksis. Vanlig layout må antas å være del av opphavsmannens kjennskap slik at kravet om subjektiv nyhet ikke er oppfylt. Verket må preges av en viss kreativitet med hensyn til sammensetning, form og farge innenfor de valgmuligheter som finnes. I forhold til et

⁹⁹ LB-2004-6608 [lovdata online].

¹⁰⁰ Rt. 2006 s. 752.

datamaskinprogramers skjermbilde eller brukergrensesnitt taler Jon Bing om at dette gjerne er bygget opp etter visse konvensjoner som er gjennomgående for mange dataprogrammer.¹⁰¹ På samme måte er en nettsides struktur ofte bygget opp på samme måte på flere ulike nettsider. Når det gjelder nettsider, vil utgangspunktet derfor være at ”vanlige” nettsider som typisk består av tittel øverst, deretter logo, tekstfelt med noen linjers tekst avbrutt av et bilde eller to, en menyliste til venstre o.s.v. vil ha en relativt høy nedre terskel for verkshøyde.

At det i forhold til nettsiders layout er viktig å holde fokus på nettsiden som helhet samsvarer også godt med det som gjelder på brukerkunstens område hvor fokus er på frembringelsen som helhet og ikke de enkelte elementer i seg selv. Jeg nevner i denne sammenheng en relativt ny dom i RG 2002 s. 1636 som angikk verkshøyde på ferdighus. Flertallet uttalte at ”selv om huset har en rekke elementer som gjenfinnes i relativt typiske ferdighus tilpasset dagens stil og moteretning, oppfattes huset som å ha noe spesielt ved seg. Dette kommer av måten de forskjellige elementer er kombinert på, som gir et gjennomført og helhetlig inntrykk”. Derfor må det ”være tilstrekkelig for å konstatere åndsverkkvalitet at sammenstillingen av disse fra tidligere kjente elementer er ny”.

Lagmannsrettens avgjørelse fra 2006 om ”Huldra i Kjosfossen”¹⁰² bærer preg av samme tilnærming selv om denne angikk verkshøyde i forhold til en forestilling. Det ble uttalt at ”i forhold til forestillingens originalitet og individuelle preg av åndsvirksomhet kan det imidlertid ikke være riktig å se alene på forestillingens enkeltheter. Det relevante må være hvordan forestillingen fremstår som en helhet”.

En må etter dette ikke la seg blinde av at enkelte av delene eller elementene på en nettside ikke er nyskapende. Det har ikke betydning at menyen og tittelen i seg selv ikke er originale. Nettsidens layout vil likevel være det hvor menyen og tittelen er sammensatt på en spesiell måte som gir nettsiden som helhet et originalt preg.

¹⁰¹ Bing (1999) s. 285 flg.

¹⁰² LG-2005-154809 [lovdata online].

5.2.2 Sammenligningen med databaser og samleverk

Databaser er et konkret eksempel på sammenstillinger som kan nyte opphavsrettslig beskyttelse og har således noe til felles med nettsiders layout. Ifølge forarbeidene til gjennomføringen av databasedirektivet knytter verkshøydevurderingen for databaser seg til måten databasen organiseres på, selve sammenstillingen av de opplysninger databasen inneholder.¹⁰³ Sammenstillingen må bære preg av at den er blitt til ved en original og skapende innsats. Forarbeidene tar likevel til orde for at verkshøydevurderingen i forhold til slike oppstillinger som databasen utgjør er forholdsvis streng, og at databaser vanligvis ikke vil oppfylle kravet til verkshøyde. Dette fordi utvelgelseskriteriene sjelden vil være preget av et individuelt kreativt valg, da hensikten ofte er å gi brukeren av databasen en helt ut dekkende samling av informasjon på et område. De samme hensyn gjør seg ikke like sterkt gjeldene overfor oppstilling av elementer på en nettside. Den samme høye terskel for verkshøyde i forhold til databaser kan derfor ikke alltid gjelde i praksis i forhold til nettsider av en viss type. Hensikten bak en nettside kan være på mange flere ulike plan. Nettsiders hensikt er ofte av mindre funksjonell karakter, uten mål om fullstendig presentasjon av informasjon.

Sammenstillinger av elementer har også på generelt plan tradisjonelt vært gjenstand for opphavsrett. Det vil som regel være arbeidet med sammenstillingen av ulike elementer som bidrar til å gjøre et verk preget av en individuell og original skapende innsats. For eksempel innebærer teksten i en roman en sammenstilling av ord. Hvorvidt frembringelsen kan puttes i den ene eller andre båsen av frembringelser er derfor mindre viktig. Fokus vil uansett være på sammenstillingen av elementer uavhengig av hva slags type elementer det er tale om. Sammenstillinger av åndsverk er vernet selvstendig etter § 5 som samleverk, men dette er neppe særlig praktisk i forhold til layout på nettsider. Originalitet etter bestemmelsen om samleverk knytter seg til utvelgelsen eller innsamlingen av de åndsverk som skal være med, ikke hvordan de rent grafisk oppstilles i forhold til hverandre.¹⁰⁴

¹⁰³ Ot.prp. nr. 85 (1997-1998) kap. 4.1.1.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) s. 24.

5.2.3 Analogien til reklamekomposisjoner

Det er også tatt til ordet for at komposisjonen eller layouten på reklame eller annonser som består av for eksempel tekst og bilder i sin helhet må kunne betraktes som kunstnerisk verk eller kanskje mer presist billedkunst.¹⁰⁵ En reklamekomposisjon vil i mange tilfeller kunne ligne på en nettsides layout. Ofte har de samme formål. En nettsides formål vil ofte være å fungere som en reklameplakat, og når det gjelder layout, vil den derfor kunne være identisk med en reklamekomposisjon i form av papirplakat eller lignende. Det er vanskelig å se at det skal være noen forskjell i verkshøydevurderingen i slike tilfeller.

Koktvedgaard sier at reklamen må ha ”usædvanlig (kunstnerisk) utformning” for at opphavsrettsbeskyttelse skal kunne være effektiv og at konkurranseretten er en mer aktuell beskyttelsesform.¹⁰⁶ Denne uttalelsen tyder på at det, i alle fall etter dansk rett, er et nokså strengt krav til verkshøyde for layout i forhold til reklame og at tilsvarende må gjelde for nettsider som utgjør en reklameplakat. Selv om det i Danmark opereres med et relativt strengt krav til verkshøyde i forhold til reklamekonstellasjoner, er det ikke nødvendigvis slik i Norge. De samme konkurranserettslige hensyn vil derimot gjøre seg gjeldene i norsk rett, og i praksis kunne innebære et strengt krav i forhold til reklame på Internett. Utgangspunktet i norsk rett vil uansett være en vurdering av hvor original og nyskapende sammensetningen av de ulike komponentene er.

5.2.4 Verket må være menneskeskapt

I kravet til originalitet eller subjektiv nyhet ligger et krav om at verket må være menneskeskapt. Ved frembringelse av nettsider er opphavsmannen avhengig av en datamaskin for å presentere nettsiden på en dataskjerm. Verket kan likevel anses for å være menneskeskapt. Det er tillatt å bruke tekniske hjelpemidler så lenge det ikke er det tekniske hjelpemiddelet som i seg selv gjør hele den kreative innsats.¹⁰⁷ Sagt på en annen måte vil verk skapt ved assistanse av dataprogram kunne være vernet, men ikke verk utelukkende

¹⁰⁵ Schönning (2003) s. 101 og Lindberg og Westman (1999) s. 208.

¹⁰⁶ Koktvedgaard (2005) s. 79.

¹⁰⁷ Bryde Andersen (2005) s. 293.

generert av dataprogram.¹⁰⁸ De fleste nettsider blir konstruert ved hjelp av dataprogrammer som skriver kildekoden bak nettsiden uten at det er nødvendig med spesiell kjennskap til skriving av kildekode. Microsoft Frontpage, Adobe PageMill og Macromedia Dreamweaver er eksempler på dataprogrammer som lager kode og er teknisk hjelpemiddel ved utforming av nettsider. Ved bruk av slike programmer er det likevel opphavsmannen selv som bestemmer layouten. Nettsidens layout vil således være menneskeskapt, og layouten vil kunne være vernet forutsatt den nødvendige verkshøyde.

5.2.5 Statiske og dynamiske nettsider

Den underliggende teknologi bak nettsiden vil være bestemmende for om en nettside er statisk eller dynamisk. Og selv om den underliggende kildekode kan nyte selvstendig opphavsrettslig vern, vil den kunne påvirke nettsiden layoutmessig. Hvor underliggende teknologi eller kildekode er dynamisk, reiser det seg særlige muligheter med tanke på hvordan en nettside skal se ut. Ved å bruke PHP kan for eksempel innholdet på nettsiden forandres innenfor en viss struktur eller ramme. Dette er eksempelvis vanlig for nettaviser hvor nyheter og bilder i hoveddelen av nettsiden stadig oppdateres og endres, mens meny og tittellinje består uforandret. Hvor bare innholdet endres, vil ikke nettsidens eventuelle verkshøyde påvirkes. Verkshøyde skal vurderes opp mot utforming, ikke innhold. Et annet eksempel er at ulike utgaver av nettsiden kommer opp på skjermen etter som hvilket land siden åpnes i. Nettsidens tekst kan komme opp på engelsk språk hvor siden åpnes på en datamaskin i England, mens sidens tekst kommer opp i norsk språkdrakt dersom siden åpnes på en datamaskin i Norge. Så lenge dette er den eneste endring vil ikke kravet til verkshøyde berøres. Språk er bare fakta eller opplysninger, nødvendige for å frembringe en forståelig tekst. Slik fakta er ikke opphavsrettslig beskyttet og språk i seg selv vil derfor heller ikke være det.

Dynamiske nettsider kan derimot også muliggjøre større endringer enn de rent innholdsmessige, endringer som påvirker selve strukturen eller layouten. Hvor brukeren kan påvirke grunnstrukturen, snakker vi som regel i realiteten om helt ulike datafiler som

¹⁰⁸ Stoltze (2001) s. 41.

gir anvisning på helt ulik layout. Hvilken av filene som presenteres grafisk i nettleseren kommer an på brukeren. Dette innebærer at den ene versjonen av nettsiden kan være vernet, mens den andre ikke nødvendigvis vil være det. Dette til tross for at samme internettadresse tastes inn i nettleseren.

5.2.6 Subjektiv nyhet i en konkret krenkelsessituasjon

I mange tilfeller oppstår spørsmålet om verkshøyde i konkrete krenkelsessituasjoner. En opphavsmann hevder at opphavsretten til hans åndsverk er krenket av en annen opphavsmanns frembringelse. For å kunne statuere krenkelse må en overordnet fremgangsmåte følges. Denne innebærer først en vurdering av om verket som hevdes krenket har verkshøyde og dermed er åndsverk. Hvis dette er tilfelle, blir neste spørsmål om det påstått krenkede verket (verk nr. 1) er så likt det som påstås krenket (verk nr. 2) at det innebærer brudd på opphavsretten. I praksis kan disse to fasene fort gli over i hverandre. Den selvstendige vurderingen av om det påstått krenkede verket har verkshøyde forsvinner ofte litt da det er sammenligning mellom de to verk det fokuseres på.

Et eksempel på en slik fremgangsmåte finner vi fra verkshøydevurderingen for datamaskinprogrammer. Jeg har tidligere nevnt at et dataprograms brukergrensesnitt kan sammenlignes med en nettsides grafiske layout. Det var lenge tradisjon for å vurdere opphavsrettslig krenkelse av datamaskinprogrammer ut i fra en sammenligning av programmets brukergrensesnitt basert på et ”look and feel”-prinsipp, men denne tilnæringsmåten synes nå å være avvirket i nordisk rett.¹⁰⁹ Med ”look and feel” siktes det til at verkshøydevurderingen fokuserer på programmets utseende, hvordan det fremstår utad for en som ser programmet på skjermen. Det kan spørres om slike betraktninger kan være nyttige med tanke på verkshøyde i forhold til en nettsides layout også.¹¹⁰

For eksempel hvor en nettsides layout er kopiert av en annen, bare med mindre endringer når det gjelder fargevalg på elementene nettsiden består av, er det nettopp likheten mellom

¹⁰⁹ Bing (1999) s. 287.

¹¹⁰ Stoltze (2001) s. 71.

nettsidene fokus ligger på i praksis. Skiller verk nr. 1 seg tilstrekkelig fra verk nr. 2 til å kunne oppfylle kravet til verkshøyde? Det tas i praksis ikke utgangspunkt i et subjektivt nyhetskrav, men et objektivt. At noe er likt utad kan selvsagt tyde på at i alle fall det ene verket mangler verkshøyde. Ettersom kravet til subjektiv nyhet innebærer at det er mulig å få opphavsrettsbeskyttelse for to like verk bare de tilfredsstillt kravet til verkshøyde uavhengig av hverandre, kan imidlertid ikke objektiv likhet være avgjørende. Så lenge det ytre sammenligningssynspunktet kun brukes som et praktisk hjelpemiddel eller indikasjon på at det foreligger krenkelse, og at det krenkende verk dermed ikke fyller verkshøydekravet, er det vanskelig å se noen farer ved bruken av det. Utgangspunktet om at originalitet skal vurderes ut i fra opphavsmannens eget ståsted må likevel ligge i bunn for vurderingen. Det må huskes på at verkshøydekravet ikke står i veien for at to like frembringelser begge kan være beskyttet opphavsrettslig.

5.2.7 Eksempler fra massemediene

Selv om det ikke foreligger rettspraksis som drøfter verkshøydekravet til nettsider som sådan, finnes det eksempler fra massemediene i Norge på at problemstillingen er aktuell. I en artikkel i næringslivsavisen NA24.no datert 13. april 2007 omtales en sak hvor en domenespekulant risikerer søksmål for å ha lagt innholdet på nettsidene til startour.no i sin helhet ut på sin egen private nettside under domenenavnet star-tour.no.¹¹¹ Ifølge en uttalelse fra advokat John S. Gulbrandsen, partner i advokatfirmaet Wiersholm, kan det foreligge alvorlige brudd på åndsverkloven og en rekke andre lover uten at det presiseres nærmere hva som er rettstridig. For at det skal foreligge brudd på åndsverkloven må det være en forutsetning at Star Tour sine sider er åndsverk og opphavsrettslig beskyttet. At spørsmålet om Star Tour sine sider har verkshøyde, og dermed er et åndsverk i åndsverklovens forstand, vil bli berørt i en eventuell rettssak er ikke usannsynlig.

Ved å gå inn på nettsiden startour.no vil man kunne se at siden er forholdsvis kompleks og består av mange ulike elementer og løsninger. Ser man dette i sammenheng med den form og farge nettsiden bærer preg av, er det naturlig å anta at den helhetlige layout er

¹¹¹ [Http://www.na24.no/naeringsliv/article927692.ece](http://www.na24.no/naeringsliv/article927692.ece) [sitert pr. 23. april 2007].

tilstrekkelig original for å nyte beskyttelse. Dette på tross av at selve oppstillingen av de enkelte elementene på siden ikke er spesielt nyskapende.

Et annet eksempel fra massemediene er WebInfo-saken.¹¹² Firmaet WebInfo hevdet at Schibsted Nett hadde krenket opphavsretten til deres nettsider blant annet fordi WebInfo påstod å ha gjenfunnet deler av sine nettsider på Schibsted Nett sine sider. Mer konkret var det først og fremst utformingen av informasjonen som var kopiert, men også delvis selve struktureringen av informasjonen. Informasjon og rene faktaopplysninger er i seg selv ikke gjenstand for opphavsrettsbeskyttelse, men det ble reist spørsmål om WebInfo sine nettsider hva angår struktureringen av informasjonen hadde den nødvendige verkshøyde som er forutsetningen for at det kunne være tale om en opphavsrettskrenkelse. Saken er aldri kommet for domstolene.

5.2.8 Konklusjon

Konklusjonen er at det er et relativt strengt krav til subjektiv nyhet eller originalitet når det gjelder nettsiders layout. Mange nettsider er bygget opp etter alminnelige og kjente prinsipper som gjør terskelen for verkshøyde høy i praksis.

5.3 Særlig om nettsidens underliggende kildekode og krav til subjektiv nyhet

Sammensetningen av HTML-kode og eventuell annen kode som PHP må være tilstrekkelig original eller preget av subjektiv nyhet for å kunne ha verkshøyde. Kodene kan settes sammen på mange ulike måter slik at det må kunne antas at nettsider av en viss kompleksitet og størrelse vil kunne oppfylle kravet til verkshøyde.¹¹³ Når dette er sagt, skapes i praksis nettsider som nevnt ofte i tråd med innarbeidede konvensjoner eller maler for utseende. Utseende vil gjenspeiles i kildekoden og motsatt vil kildekoden gjenspeile utseende. Det foretas i praksis mye klipping og liming av kode. Dette tilfører ikke noe nytt

¹¹² Eksempelet er hentet fra Wagle og Ødegaard (1997) s. 126-127. Se de aktuelle sider for en fylldigere redegjørelse for saken.

¹¹³ Wagle og Ødegaard (1997) s. 126.

hva sammensetning angår. Det skal nok derfor en del til før nettsidens kildekode har den nødvendige verkshøyde.

Dynamiske nettsider har kildekode med større preg av å være datamaskinprogram. Forarbeider og rettspraksis er sparsom hva gjelder uttalelser om verkshøydekravet i forhold til datamaskinprogrammer, men i ot.prp. nr. 33 (1989-1990) antar likevel Justisdepartementet på side 14 at "et program av noen kompleksitet, og som har interesse for markedet, er så preget av den eller de som står bak programmet, at det ikke vil være tvilsomt at det tilfredsstillende kravene for verkshøyde". Det samme må kunne gjelde i forhold til mer avansert kildekode som PHP som ligner sterkt på datamaskinprogram.

Jeg nevnte i kapittel 5.2.4 at de fleste nettsider blir konstruert ved hjelp av dataprogrammer. Opphavsmannen bestemmer layout, men programmet genererer selv den underliggende kildekoden som nettleseren er avhengig av for å kunne presenterer siden grafisk. Hvor slike programmer benyttes, vil kildekoden utelukkende være skapt av datamaskinprogrammet, og kan følgelig ikke være opphavsrettslig beskyttet.¹¹⁴ Det menneskelige skapende element mangler. Selv om selve kildekoden i disse tilfellene ikke kan være gjenstand for opphavsrettslig vern, vil layouten imidlertid kunne være vernet som åndsverk ettersom layouten er menneskeskapt. Dette er forøvrig et ytterligere argument for å skille mellom nettsidens layout og dens underliggende kildekode.

Konklusjonen er at det skal relativt mye til før alminnelig HTML-kildekode er vernet opphavsrettslig. Når det gjelder dynamiske nettsider med PHP-teknologi, vil kildekoden ha større karakter av å være datamaskinprogram og subjektiv nyhet vil lettere prege slike sider. Kravet til verkshøyde vil derfor i praksis være relativt noe lavere ved dynamiske nettsider i forhold til statiske nettsider.

¹¹⁴ Schönning (2003) s. 105.

5.4 Ikke krav til kvalitet

I innstillingen avgitt av de delegerte til den nordiske kommisjon som lå til grunn for det nordiske lovsamarbeidet forut for åndsverkloven av 1961 heter det: ”Det avgjørende er i alle tilfelle om opphavsmannen ved åndelig virksomhet har frembrakt et verk som faller innenfor litteraturens eller kunstens område. Det er verkets art, ikke kvaliteten det kommer an på”.¹¹⁵ Lovgivers intensjon er altså i utgangspunktet at estetiske hensyn ikke er tillatt å ta i betraktning ved vurderingen av et verks verkshøyde. Åndsverk, herunder verkshøyde, er et rettslig begrep. Det er tilstrekkelig at verket som frembringes rent faktisk har litterær, vitenskapelig eller kunstnerisk karakter. Hvorvidt noe er populært eller ikke har ingen betydning. Heller ikke har det betydning om folk synes verket er bra eller dårlig, rett eller galt eller lignende kvalitetsbetegnelser. Leonardo da Vincis maleri ”nattverden” er i rettslig forstand like mye et åndsverk som Finn Graffs karikaturtegninger i Dagbladet. At romanen ”Sangen om den røde rubin” av forfatteren Agnar Mykle ble forbudt av byretten i 1957 på grunn av utuktig innhold har ikke betydning for romanens verkshøyde.¹¹⁶

Prinsippet om at det i verkshøydevurderingen ikke ligger noe krav om kvalitet finnes det også belegg for i rettspraksis. I RG 1999 s. 330 (Regnskapssystemet MOCS) ble det ved vurderingen av om et regnskapsprogram var opphavsrettslig beskyttet sagt at ”kravet om verkshøyde medfører ikke at det skal foretas noen kvalitetsvurdering av det frembrakte”. I Oslo byretts dom fra 1967, gjengitt i NIR 1968 s. 323, ble utformingen av Dams lykketroll vurdert. Retten slo fast at det ikke var ”avgjørende om den kunstneriske innsats har større eller mindre kvalitet”.

Rognstad reiser likevel spørsmål om det i norsk rettspraksis finnes uttalelser som tyder på at kvalitative kriterier er tillagt vekt i vurderingen av verkshøyde.¹¹⁷ I Rt. 1962 s. 964 benyttet for eksempel Høyesterett uttrykk som ”kunstnerisk verdi” og ”utpreget artistisk evne” i argumentasjonen for at et sybord var et åndsverk. Dette kan, som Rognstad sier, ha

¹¹⁵ Innstilling 1950 til lov om opphavsrett til litterære og kunstneriske verk, s. 10.

¹¹⁶ Agnar Mykle og forlaget ble frifunnet av Høyesterett, jf. Rt. 1958 s. 479.

¹¹⁷ Rognstad (2004) s. 29-30.

sin bakgrunn i at sybordet som funksjonell brukskunst lettere vil oppfattes som kvalitativt godt fordi brukskunst er en type åndsverk med relativt lite rom for valgfrihet med tanke på utformingen. Verkshøydekravet vil i praksis derfor lettere knytte seg opp mot kvalitetsvurderinger ved slike typer åndsverk. Slik jeg ser det gir ikke Rognstad uttrykk for noe annet enn at det ligger i gode verks natur (verk med høy kvalitet) at de i praksis lettere vil være originale og tilfredsstillende kravet til verkshøyde. Dette betyr ikke det samme som at det i vurderingen av verkshøyde skal legges vekt på kvalitet.

Det har i dansk teori, med støtte i forarbeidene til den danske opphavsrettslov og rettspraksis, mer uttrykkelig vært tatt til ordet for at det i praksis gjelder og bør gjelde et kvalitetskrav i verkshøydevurderingen.¹¹⁸ Rosenmeier hevder at rettspraksis, særlig på området for brukskunst, ofte legger kvalitative betraktninger til grunn. Han kritiserer øvrig rettsteori både nasjonalt og internasjonalt, herunder originalitetskravet i EU/EØS-retten, for ikke å ta til seg denne praksis da et konsekvent og strengt gjennomført kvalitetskrav vil medføre en mye klarere rettspraksis.¹¹⁹ Koktvedgaard anerkjenner at det internasjonalt er en grunnsetning at opphavsrettslig beskyttelse ikke er betinget av kvalitet på generell basis, men argumenterer sterkt for at denne oppfatning ikke er passende på området for funksjonell brukskunst. Argumentet som særlig trekkes frem er at anerkjennelse av opphavsrettsbeskyttelse på dette område vil innebære sterke konkurransemessige begrensinger. Funksjonelle bruksgjenstander er dagligdagse ting med høy kommersiell verdi som er avhengig av å bli fremstilt i tidens smak og stil. Schönning oppsummerer dansk teori når han sier at det sentrale i verkshøydevurderingen av brukskunst er den ”kunstneriske eller æstetiske utformning, der rækker ud over brugsgenstandens tekniske funktion og praktiske anvendelighed”.¹²⁰

Det er etter min mening vanskelig å finne grunn til å oppstille et kvalitetskrav spesielt i forhold til brukskunst og ikke for andre verkstyper. Det synes mer hensiktsmessig å heller

¹¹⁸ Rosenmeier (2001) s. 63-64 og Koktvedgaard (2005) s. 65-67. Se også Weincke (1976) s. 41-43.

¹¹⁹ Rosenmeier (2001) s. 131-132.

¹²⁰ Schönning (2003) s. 117.

justere verkshøydekravet etter hvor sterke de konkurranserettslige hensyn er på det aktuelle området. Verkshøyde er et rettslig begrep og rettspraksis i Norge tar ikke til orde for at det skal gjelde et kvalitetskrav selv om enkelte avgjørelser har noe tvetydige formuleringer. Og selv om teorien har stilt spørsmål ved om det i praksis er et kvalitetskrav i verkshøydevurderingen, gir samtidig mye rettspraksis, også fra andre nordiske land, uttrykk for at verkshøydekravet ikke tar sikte på estetiske vurderinger. I NJA 2002 s. 178 ble det eksempelvis fremholdt av Högsta Domstolen i Sverige at ved bedømmelsen av verkshøyde savner ”bl.a. prestationens kvalitet, kvantitet, stil eller manér” betydning.

Verkshøydekravet i EU/EØS-retten slik det fremgår av ulike direktiver gir også støtte for at det ikke skal være noe krav om kvalitet og kvantitet.¹²¹ Fortalene sier uttrykkelig at kvalitative og estetiske kriterier ikke skal benyttes ved vurderingen. Det fremgår av direktivenes artikler at eneste vilkår for beskyttelse er at verket er ”originalt i den forstand at det er opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse”.¹²²

Reelle hensyn tilsier også at estetiske betraktninger har manglende relevans for verkshøydekravet. Domstolen bør i utgangspunktet holde seg til rettslige vurderinger da den ikke er kvalifisert til å bedømme kvalitet. Hva som er kvalitet på det litterære, kunstneriske eller vitenskapelige område er ofte svært subjektivt. En domstolsvurdering av dette vil fort kunne bryte med hensynet til kunstnerisk frihet og nydannelse.¹²³ En slik subjektiv kvalitetsbedømmelse vil kunne bli meget uforutsigbar og hemme lysten til åndsproduksjon. Dessuten er det opplagt at verk som i manges øyne er dårlig i samtiden vil kunne ha et stort økonomisk beskyttelsesbehov på sikt.¹²⁴ At en forfatters romaner øker i popularitet etter forfatterens død, og således gir økende økonomisk gevinst med tiden, er et eksempel på dette.

¹²¹ Se f. eks. programvaredirektivet rdir. 91/250/EØF fortalen og art. 1 nr. 3 og databasedirektivet rdir. 96/9/EØF fortalen og art. 3 nr. 1.

¹²² Programvaredirektivet art. 1 nr. 3.

¹²³ Kjøttvedgaard (2002) s. 49.

¹²⁴ Wagle og Ødegaard (1997) s. 112.

Et hensyn som tilsier at det ikke bør legges vekt på et verks kvalitet ved vurdering av dets verkshøyde er at sakene som er brakt inn for domstolene viser at verk med dårlig kvalitet også hevdes å være gjenstand for ulovlig ettergjøring. Berndt Godenhielm spør om ikke det at noe ettergjøres i seg selv tyder på at det finnes en kvalitet ved frembringelsen som gir seg utslag i en økonomisk verdi, og som derfor bør nyte beskyttelse uavhengig av om verket anses mer eller mindre kvalitativt godt.¹²⁵

Når det gjelder kvaliteten til utseendet til en nettside som helhet, er det på samme måte som for andre typer verk at det i praksis skal mindre til for at en nettside av god kvalitet har verkshøyde enn for en nettside av lavere kvalitet. Det er gjennomgående rett og slett lettere å se at et uttrykk er resultat av en original og selvstendig skapende innsats hvor uttrykket er kvalitativt godt. I forhold til datamaskinprogrammer og nettsidens underliggende kildekode vil dette kunne stille seg annerledes. Enkelt programmeringsspråk vil som regel også være av god kvalitet, men det vil i praksis være vanskeligere å finne verkshøyde.¹²⁶

Etter norsk rett skal det ikke stilles noe kvalitetskrav og dette kan heller ikke gjelde i forhold til nettsiders layout eller den underliggende kildekode. I praksis vil det likevel være slik at frembringelser med et sterkt funksjonalitetselement vil ha lavere valgfrihet med tanke på utforming. Verkshøydekravet vil som følge av dette være relativt strengt. Det må i praksis noe mer til enn bare funksjonalitet. Verket må også være preget av en viss kunstnerisk innsats uten at dette innebærer noe krav til kvalitet. En rekke nettsider bærer preg av slik funksjonell design. De er sammensatt med det siktemål å gjøre det enkelt for leseren av siden og ta til seg informasjonen visuelt. Nettsiden er eksempelvis oversiktlig bygget opp med tittel øverst, navigasjonsmeny til venstre og tekst og bilder i et hovedområde til høyre for menyen. Hvor nettsidens layout er rent funksjonelt preget, vil det i praksis være mindre rom for å statuere verkshøyde.

¹²⁵ Godenhielm (1981) s. 285-286.

¹²⁶ Rognstad (2004) s. 30.

Konklusjonen er at kravet til verkshøyde er rettslig betonet og frembringelsens kvalitet er uten betydning.

5.5 Ikke krav til kvantitet

Ettersom verkshøyde er et rettslig begrep vil kvantitet på samme måte som kvalitet ikke ha betydning for om en frembringelse kan sies å være et åndsverk i åndsverkslovens forstand. Så lenge et dikt på én strofe rettslig sett er et resultat av en individuell og original skapende innsats vil dette tilfredsstillende kravet til verkshøyde like mye som et dikt bestående av ti strofer vil kunne ha verkshøyde. Et lite frimerke kan ha verkshøyde like mye som en stor reklameplakat, og et lite halssmykke kan ha verkshøyde like mye som en kolossal skulptur.

På samme måte som kvalitativt gode verk i praksis lettere vil kunne tilfredsstillende kravet til verkshøyde gjelder tilsvarende i forhold til kvantitet. En kvantitativ liten frembringelse vil av fysiske årsaker naturlig nok gi mindre spillerom for kreativ utfoldelse enn kvantitativt større frembringelser med flere valgmuligheter med hensyn til utforming.¹²⁷ Hvor frembringelsen har så lite omfang at den praktisk sett ikke er i stand til å tilfredsstillende kravet til verkshøyde, vil ikke frembringelsen nyte vern. Det må likevel utvises forsiktighet med å oppstille kvantitet som vilkår for verkshøyde. Det er hvorvidt en frembringelses utforming bærer preg av en individuell og original skaperinnsats som er spørsmålet, ikke hvorvidt frembringelsen i seg selv er stor eller liten kvantitativt sett.

Et annet eksempel på frembringelser som typisk vil ha så lite omfang at de ikke kan tilfredsstillende kravet til verkshøyde er enkeltord. I en dom avsagt av Oslo byrett fra 1984 (Kon-Tiki)¹²⁸ ble det i et obiter dictum likevel tilkjent opphavsrett til bok- og filmtittelen ”Kon-Tiki”. Dommen har vært kritisert og Stray Vyrje uttaler at ”syv bokstaver er nok i minste laget for å kvalifisere til opphavsrettsvern”.¹²⁹ Uttalelsen står i kontrast til at Stray

¹²⁷ Rognstad (2004) s. 31.

¹²⁸ TOSLO-1983-2278 [lovdata online].

¹²⁹ Stray Vyrje (1987) s. 106.

Vyrje samtidig sier at ”man ikke bør oppstille kvantitetskrav mht. verksbedømmelsen”. Å operere med en nedre grense med hensyn til kvantitet er etter min mening uhensiktsmessig og uriktig, men at enkeltord som består av få antall bokstaver ikke vil ha verkshøyde er ofte en konsekvens i praksis.

I Kon-Tiki-dommen hadde retten fokus på hvorvidt Kon-Tiki-navnet var et resultat av subjektiv nyskaping. Dette må også være det riktige utgangspunkt selv om Stray Vyrje mener at retten vurderte feil i det konkrete tilfellet. Noe annet er at kvantitativt små frembringelser i praksis vanskeligere vil kunne tilfredsstille kravet til verkshøyde. Rent matematisk vil få ord medføre få kombinasjonsmuligheter, og verket vil vanskeligere kunne sies å være et resultat av en individuell og original åndsinnsetning.

Når det gjelder nettsiders helhetlige layout, er det å si at den som regel er forholdsvis enkel i formen og består av få elementer. Utgangspunktet er at uansett hvor få elementer det er tale om vil sammenstillingen av dem kunne oppnå verkshøyde dersom sammenstillingen er preget av en original og selvstendig skapende innsats fra opphavsmannens side. Dette innebærer at verkshøyde kan oppnås uten særlig stor arbeidsinnsats eller kunstnerisk innsats.¹³⁰ Likevel er det slik at vi i dag har et stort mangfold av nettsider og layout. Dette gjør at det i praksis nok er lettere å oppnå verkshøyde i forhold til layout av en viss kompleksitet og størrelse.

Krav til omfanget av kildekode eller programmeringsspråk som ligger til grunn for nettsiden kan på samme måte ikke stilles. I praksis vil det likevel være slik at innenfor rammene av et programmeringsspråk vil kravet til originalitet eller subjektiv nyhet vanskelig oppfylles uten en viss mengde kode.¹³¹

Konklusjonen er at verkshøydekravet ikke stiller krav til en frembringelses kvantitet.

¹³⁰ Stoltze (2001) s. 33.

¹³¹ Bryde Andersen (2005) s. 293-294 og s. 297.

5.6 Dobbeltskapelseskriteriet

Ettersom opphavsretten ikke stiller noe objektivt nyhetskrav vil to frembringelser som er skapt uavhengig av hverandre, men som likevel er helt identiske, i utgangspunktet begge i prinsippet kunne ha verkshøyde og være opphavsrettslig vernet. Opphavsrett gir kun kopierings- og etterlikningsvern, jf. åndsverkloven § 2. Opphavsrett gir ingen prioritetsrett og begge frembringelsene vil kunne få vern avhengig av hvem av dem som ble skapt først.

Selv om muligheten for at to like frembringelser som er skapt uavhengig av hverandre begge kan nyte opphavsrettslig vern er tilstede, har særlig svensk rettsteori operert med et hjelpemiddel som går ut på å legge avgjørende vekt på risikoen for dobbeltskapelse ved vurderingen av verkshøyde.¹³² Mer presist innebærer dette at i et tilfelle hvor det er en viss risiko for at to like verk vil kunne bli skapt uavhengig av hverandre, vil kravet til verkshøyde vanskelig være oppfylt i praksis da frembringelsen ikke kan sies å være et resultat av en originalt og individuelt preget åndsinnsetning.

Hvor stor grad av sannsynlighetsrisiko som må til for å anse en frembringelse for å mangle verkshøyde, er imidlertid noe usikkert. Gunnar Karnell snakker om ”ubestemt risiko för oberoende dubbelskapande”.¹³³ Dobbeltskapelseskriteriet har også fått tilslutning i svensk rettspraksis. I NJA 1995 s. 256 (Nummerbank) ble en database inneholdende opplysninger om over 118.000 elektriske artikler åndsverk. Begrunnelsen som Högsta Domstolen gav var delvis at ”det får betraktas som nära nog uteslutet att resultatet av en likartad arbetsprestation skulle ha fått samma form”. NJA 1998 s. 563 angikk tegninger av byggemoduler. Her ble risikoen for dobbeltskapelse ansett for å være ”påtaglig”. Det må etter dette i alle fall kunne sies at hvor det er tilnærmet helt usannsynlig at en annen opphavsmann vil kunne frembringe et identisk verk, vil kravet til verkshøyde klart måtte anses oppfylt selv om to identiske verk rent faktisk er blitt frembrakt.

¹³² Se f. eks. Ljungman (1969) og *Immaterialrätt* (2001) s. 37. For mer om dobbeltskapelseskriteriets opprinnelige opphav og historie, se Rosenmeier (2001) s. 133-138.

¹³³ *Immaterialrätt* (2001) s. 37.

I Danmark har særlig Rosenmeier argumentert for at det bør legges avgjørende vekt på dobbeltskapelseskriteriet slik det ser ut til å gjøre i Sverige.¹³⁴ Rosenmeier peker på at dobbeltskapelseskriteriet er mer presist og mindre skjønnspreget enn alminnelige oppfatninger av verkshøydekravet og derfor vil være mer anvendelig i praksis. Hensynet til en klarere, mer ensartet og forutberegnelig rettstilstand trekkes også frem. Vi finner også i dansk rettspraksis avgjørelser som bygger på dobbeltskapelseskriteriet. I UfR 1993 s. 17 (Tippesystemer) tok Højesteret ”hensyn til den af skønsmændene nævnte store sandsynlighed for dobbeltfrembringelser”. Idéene og metodene som brukes for å konstruere tippesystemer ble ansett for å være så enkle at to dataprogrammerere som uavhengig av hverandre utformet tippesystemprogrammer med stor grad av sannsynlighet ville utformet programmene likt.

Noe mer presist om hvor stor risikoen må være er det vanskelig å si noe generelt om. Selv om dobbeltskapelseskriteriet vil kunne forenkle den skjønsmessige vurderingen verkshøydekravet tross alt innebærer, vil det fortsatt være skjønsmessige overveielser involvert, og verkshøyden vil kunne variere etter hva slags type åndsverk det er tale om.¹³⁵

Norsk rett gir ikke uttrykk for at et slikt dobbeltskapelseskriterium skal tillegges vekt ved avgjørelsen av spørsmålet om verkshøyde selv om flere forfattere omtaler det og tar til orde for at det kan gi veiledning.¹³⁶ Forarbeidene til mønsterloven av 1970, som nå er erstattet av designloven av 2003, gir dessuten uttrykk for at det relativt strenge verkshøydekrav på brukskunstens område ”praktisk sett må utelukke muligheten av dobbeltfrembringelser innenfor de beskyttede verkenes område”,¹³⁷ men dette er jo ikke noe mer enn å gi uttrykk for en praktisk konsekvens av å operere med et verkshøydekrav i utgangspunktet. Hvor en frembringelse er individuelt og originalt preget, vil samtidig sannsynligheten for at et likt

¹³⁴ Rosenmeier (2001) s. 132-144. Se spesielt s. 143-144.

¹³⁵ Se Nordell (1995) s. 634-635 om problemer knyttet til dobbeltskapelseskriteriets skjønsmessige og udefinerte karakter.

¹³⁶ Se f. eks. Rognstad (2004) s. 27, Wagle og Ødegaard (1997) s. 114 og Sijthoff Stray (1989) s. 33.

¹³⁷ Innstilling 1967 til lov om mønster s. 41.

verk oppstår et annet sted være tilsvarende liten. Så lenge lovgiver ikke har gitt noen klare føringer, og det ikke foreligger rettspraksis som uttrykkelig legger vekt på dobbeltskapelseskriteriet, kan vi i norsk rett ikke oppstille dobbeltskapelseskriteriet som et prinsipp for vurderingen av verkshøydekravet. Selv om domstolene ikke har nevnt kriteriet uttrykkelig, kan det likevel ikke utelukkes at de har hatt kriteriet i bakhodet, men i dag bærer norsk rettspraksis vedrørende verkshøydekravet preg av mer åpne og helhetlige vurderinger uten slike konkrete hjelpekriterier som dobbeltskapelseskriteriet.¹³⁸

Dobbeltskapelser er ikke noe stort praktisk problem i opphavsretten. Statistisk sett er det liten sjanse for at to opphavsmenn skaper det samme åndsverk uavhengig av hverandre dersom de ikke har kjent til hverandres frembringelser.¹³⁹ Som jeg har vært inne på tidligere er det også lettere å få dobbeltskapelser på brukskunstens område da funksjonalitets-elementet innebærer at de kreative valgmulighetene er mer begrenset. Som en konsekvens vil verkshøydekravet på dette området ligge høyere i praksis.

I bunn og grunn er dobbeltskapelseskriteriet et resultat av kravet til subjektiv nyhet. Jo sterkere preg en frembringelse har av opphavsmannens individuelle og originale innsats, jo mindre risiko vil det naturligvis også være for at noen andre på selvstendig grunnlag frembringer noe helt identisk. Det er derfor vanskelig å se at det kan være noen farer ved å anvende en slik test i praksis.

Det er særlig på brukskunstens område domstolene foretar verkshøydevurderingen sammen med selve spørsmålet om opphavsretten er krenket.¹⁴⁰ At det på området for brukskunst og mer teknisk pregede verk slik som datamaskinprogrammer i praksis gjelder et objektiv nyhetskrav, har den konsekvens at risikoen for dobbeltskapelse på dette området er større enn ellers. Det funksjonelle preget reduserer de muligheter opphavsmannen har med tanke på utforming. Det skal mer til før verket skal kunne sies å være resultat av en original og

¹³⁸ Rognstad (2004) s. 27.

¹³⁹ Stray Vyrje (1987) s. 97.

¹⁴⁰ Schönning (2003) s. 108.

individuell skapende innsats. Dette vil kunne gjøre seg gjeldene i forhold til nettsider med bruksformål eller sterkt funksjonelt preg. Risikoen for dobbeltskapelse for slike nettsider vil være relativt høy og verkshøydekravet vanskeligere å tilfredsstille. I utgangspunktet er det utallige oppstillingsmuligheter på en nettside, men risikoen for sammenfall med tidligere nettsider er absolutt mulig. Ikke minst fordi det har utviklet seg konvensjoner eller maler som er gjengse for mange nettsiders oppbygning. Når disse gjengse konvensjoner for oppsetning av en nettsides layout følges, vil verkshøydekravet vanskeligere være oppfylt. Dette vil gjelde både i forhold til nettsidens helhetlige layout utad på skjermen og til nettsidens underliggende kildekode.

Som nevnt er det i konkrete krenkelsestilfeller vanligere å sammenligne de aktuelle frembringelser med hverandre for å finne likheter og forskjeller enn å fokusere på verkshøydekravet. Når det gjelder en nettsides underliggende kildekode, vil denne sammenlignes rent konkret opp mot den påstått krenkede nettsides kildekode for å finne tilstrekkelige likheter som statuerer krenkelse.¹⁴¹ Risikoen for dobbeltskapelse trekkes her et skritt videre. Det spørres egentlig om ikke risikoen for dobbeltskapelse har manifestert seg allerede. Indirekte vil dette kunne si noe om verkshøyde. Hvor likt kan noe være før et verks originalitet er krenket? Er verket likt nok vil det ikke i tilstrekkelig grad være preget av originalitet og individuell åndsinnsetning. Hvor det er snakk om en klar etterlikning, er dette uproblematisk. Hvor det ikke kan påvises at skapelsen av det ene verket er skjedd under innflytelse av det andre, bør det utvises varsomhet med å avgjøre krenkelsesspørsmålet ut i fra en objektiv sammenligning. Det er krav til subjektiv nyhet verkshøyde gir anvisning på. Dette innebærer at to identiske åndsverk i utgangspunktet kan frembringes uten at de krenker hverandre opphavsrettslig. Verkshøydevurderingen skal knytte seg til den aktuelle frembringelse isolert sett. Selve krenkelsesspørsmålet bør derfor holdes atskilt fra verkshøydevurderingen for å unngå forfejling av verkshøydekravets subjektive utgangspunkt. Dobbeltskapelseskriteriet løser dessuten ikke bevisproblemet som kan oppstå hvor en som anklages for å krenke en annens verk hevder å ha skapt det aktuelle

¹⁴¹ Bing (1999) s. 291.

verket uavhengig av det andre.¹⁴² Hvorvidt det er tilstrekkelig uavhengighet ved skapelsen er ofte svært vanskelig å bevise og det vil i praksis alltid eksistere en teoretisk mulighet for dobbeltskapelse.

Konklusjonen er at det i norsk rett, i fravær av lovgivers føringer og festnet rettspraksis, ikke kan oppstilles et dobbeltskapelseskriterium som prinsipp ved vurderingen av verkshøyde. Dobbeltskapelseskriteriet kan med andre ord ikke ha avgjørende betydning i verkshøydevurderingen, men i praksis kan det ikke være farlig å ha det som et hjelpemiddel.

5.7 Valgfrihetssynspunktet

I nær tilknytning til dobbeltskapelseskriteriet er det såkalte valgfrihetssynspunktet. Dette synspunktet ligger implisitt i kravet om originalitet eller subjektiv nyhet. Hvor en opphavsmann har én eller få valgmuligheter med hensyn til utformingen av verket, vil resultatet være ”gitt” på forhånd og lettere mangle originalitet. Hvor de reelle valgmulighetene er flere med tanke på utformingen av verket, vil kravet til verkshøyde lettere være oppfylt. Det vil være større rom for kreativ utfoldelse. Et slikt valgfrihetssynspunkt er godt forankret i den opphavsrettslige teori og allment kjent. Rettspraksis som uttrykkelig tar til ordet for dette synspunktet er derimot sparsommelig, men et eksempel fra Sverige er avgjørelsen NJA 1998 s. 563 hvor valgfrihetssynspunktet hadde avgjørende betydning for verkshøyden til byggemoduler til et ferdighus. Det ble lagt vekt på at ”Utformningen av A-ritningarna synes i stor utsträckning ha varit styrd av de tekniska förutsättningarna genom att mått og dimensioner varit antingen standardiserade eller förutbesämda av de japanska kraven och instruktionerna”, og at tegningene derfor ikke tilfredsstilte kravet til original og selvstendig skapende innsats.

Det er noe uklart hvorvidt valgfrihetssynspunktet er et selvstendig kriterium ved siden av dobbeltskapelseskriteriet eller om de er alternativer. Rosenmeier argumenterer for at

¹⁴² Bryde Andersen (2005) s. 292.

dobbeltskapelseskriteriet og valgfrihetssynspunktet er to sider av samme sak ved at det i situasjoner med få valgmuligheter med hensyn til utforming samtidig også er risiko for dobbeltskapelser.¹⁴³ Kanskje er det mest naturlig å se på disse to kriteriene som ulike formuleringer av det samme argument. Noen avgjørende rolle kan imidlertid ikke dette ha. Den nære sammenheng mellom kriteriene gjør at det som er sagt om hvilken vekt dobbeltskapelseskriteriet har i norsk rett også må gjelde valgfrihetssynspunktet. I norsk rett vil valgfrihetssynspunktet sammen med dobbeltskapelseskriteriet fungere som en praktisk veiledningsnorm uten avgjørende vekt. Så lenge domstol eller lovgiver ikke har lagt vekt på disse hjelpekriteriene er det klare utgangspunkt i verkshøydevurderingen subjektiv nyhet.

Når det gjelder valgmulighetene med tanke på en nettsides utseende, kan disse være mange. Særlig hvor nettsiden er kodet i et dynamisk språk. De ulike elementene på nettsiden kan stilles opp i forhold til hverandre på utallige måter, men sammenfall med andre nettsider er absolutt mulig.¹⁴⁴ Som nevnt tidligere finnes det i praksis faste konvensjoner for hvordan nettsider skal se ut. En nettside som er tradisjonelt bygget opp av tittel, meny og hovedtekst fungerer best rent informativt og brukervennlig. I praksis begrenser dette valgmulighetene noe, selv om det i teorien er utallige muligheter med tanke på utforming. Hvor nettsiden er preget av et slikt funksjonalitetsselement øker terskelen for verkshøyde.

I forhold til elektroniske verk kan valgmulighetene med tanke på utforming være mer begrenset i forhold til verk som ikke er avhengig av elektronikk. Elektronikken, eller nærmere bestemt det elektroniske mediet verkstypen formidles gjennom, kan legge begrensninger for valgmulighetene opphavsmannen har med hensyn til utformingen av nettsiden. Jeg tenker her først og fremst på de begrensninger nettlesere fører med seg. Selv om det underliggende filformatet bak en nettside ikke trenger være HTML, vil nettleseren til syvende og sist basere seg på HTML-protokollen ved den grafiske presentasjonen av siden på dataskjermen. HTML-kodene er standardkoder nettleseren tolker på en

¹⁴³ Rosenmeier (2001) s. 132-133.

¹⁴⁴ Stoltze (2001) s. 34.

forhåndsbestemt måte.¹⁴⁵ Det standardiserte kodespråket vil også til en viss grad prege den grafiske presentasjonen på dataskjermen. Dette taler for at det for nettsiders layout nok er et relativt høyt krav til verkshøyde.

I forhold til en nettsides underliggende kildekode vil det også være slik at jo flere valgmuligheter med tanke på utforming, jo lettere vil i praksis verkshøydekravet være oppfylt. Jeg nøyer meg her med å peke på at ren HTML-kildekode har færre valgmuligheter med tanke på utforming enn mer avansert språk som PHP har. PHPs karakter av å være dataprogrammeringsspråk gir større rom for kreativ utfoldelse.

Konklusjonen er at valgfrihetssynspunktet på samme måte som dobbeltskapelseskriteriet ikke er et prinsipp ved vurderingen av verkshøyde, men kan fungere som et hjelpemiddel i praksis.

5.8 EU/EØS-rettslige implikasjoner

Utgangspunktet er at direktiver som er gjennomført i Norge er norsk rett og at verkshøydekravet skal fastlegges i overensstemmelse med direktivenes verkshøydekrav. I dette kapittel er problemstillingen hvilken konkret betydning direktivene har for innholdet i kravet til verkshøyde i norsk rett. Programvaredirektivet¹⁴⁶, databasedirektivet¹⁴⁷ og opphavsrettsdirektivet¹⁴⁸ anser jeg for å være de mest sentrale direktiver av betydning for kravet til verkshøyde.

Programvaredirektivet er det eldste av de nevnte gjennomførte direktiver og ble implementert ved lov av 4. desember 1992 nr. 128 (nå opphevet) samtidig med

¹⁴⁵ Wagle og Ødegaard (1997) s. 579.

¹⁴⁶ Rdir. 91/250/EØF, jf. EØS-avtalen vedlegg XVII nr. 5.

¹⁴⁷ Rdir. 96/9/EØF, jf. EØS-avtalen vedlegg XVII nr. 9a.

¹⁴⁸ Rdir. 2001/29/EØF, jf. EØS-avtalen vedlegg XVII nr. 9e.

ikrafttredelsen av EØS-avtalen.¹⁴⁹ Implementeringen var forholdsvis ukontroversiell på bakgrunn av at spørsmålet om opphavsrett og edb var drøftet allerede, først og fremst i NOU 1986:18 og den etterfølgende ot.prp. nr. 33 (1989-1990). Datamaskinprogrammer ble tatt med i oppregningen over litterære åndsverk i åndsverkloven § 1 allerede ved lov av 15. juni 1990 nr. 26 (nå opphevet). Datamaskinprogrammer er også beskyttet internasjonalt, blant annet gjennom WCT artikkel 4.

Det ble antatt i forarbeidene til gjennomføringen av programvaredirektivet at norsk rett tilfredsstilte det verkshøydekrav programvaredirektivet gav anvisning på.¹⁵⁰ Programvaredirektivets art. 1 nr. 3 sier at verkshøyde innebærer som eneste kriterium at datamaskinprogrammet skal vernes dersom det er ”originalt i den forstand at det er opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse.” En rent språklig tolkning av ”egen intellektuelle frembringelse” kan tyde på at direktivet oppstiller et noe annerledes krav til verkshøyde enn det tradisjonen er i norsk rett. Formuleringen fokuserer på individualitet og selvstendighet, men noe krav til subjektiv nyhet er vanskelig å trekke ut i fra den. Andre kilder til hvordan formuleringen er å forstå finnes heller ikke. Det kan derfor se ut til at direktivets originalitetskrav har lavere terskel for verkshøyde enn det norske som utvilsomt innebærer et krav om subjektiv nyhet. Hvor stor vekt en slik frittstående fortolkning av ordlyden har, er derimot nokså usikkert så lenge medlemslandenes domstoler og domstolen i EU ikke har kommet med uttalelser som angår innholdet i verkshøydekravet.¹⁵¹ Det er likevel klart at direktivet er innført med fokus på ensartethet både nordisk og internasjonalt, særlig på det teknologiske området.¹⁵² Det søkes å tilpasse nivået etter hva som er vanlig praksis rundt om i EØS-landene. Hensynet til rettsenhet i EØS vil således trekke i retning av at Norge må justere ned sitt krav til verkshøyde i forhold til datamaskinprogrammer

¹⁴⁹ Direktivet inngår i EØS-avtalen jf. st.prp. nr. 100 (1991-1992), særskilt vedlegg nr. 2 bind 7 s. 285.

¹⁵⁰ Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) s. 15.

¹⁵¹ Kjøttvedgaard (2005) s. 77.

¹⁵² Ot.prp. nr. 33 (1989-1990) s. 4.

noe.¹⁵³ Dette fordi Norge hører til de land som opererer med et relativt høyt verkshøydekrav.

Databasedirektivet ble gjennomført ved lov av 16. april 1999 nr. 19. Direktivet er delt inn i to hoveddeler. En del angår opphavsrettslig vern av databaser. Den andre delen angår databaser og vern etter den såkalte katalogregelen/sui generis-vernet.¹⁵⁴ De relevante forarbeider til gjennomføringen finnes i ot.prp. nr. 85 (1997-1998) og den påfølgende innst.O. nr. 37 (1998-1999). Databaser er forøvrig beskyttet gjennom Bernkonvensjonen¹⁵⁵, TRIPS-avtalen¹⁵⁶ og WCT¹⁵⁷.

Databasedirektivet stiller på tilsvarende måte som programvaredirektivet verkshøydekravet som eneste vilkår for opphavsrettslig beskyttelse. Det er tilstrekkelig at databasen ”ut fra utvalget eller ordningen av innholdet er opphavsmannens eget intellektuelle verk”.¹⁵⁸

Formuleringen er tilnærmet lik programvaredirektivets verkshøydeformulering.

Forarbeidene til gjennomføringen av databasedirektivet tar til orde for at når det gjelder den opphavsrettslige delen av direktivet, er dette allerede i samsvar med gjeldene rett.¹⁵⁹

Databaser er vernet som åndsverk under forutsetning av at verkshøydekravet er oppfylt. På samme måte som programvaredirektivet søker databasedirektivet å harmonisere verkshøydekravet innenfor EU. En mulig konsekvens er at verkshøydekravet blir relativt sett noe nedjustert i Norge på sikt. Dette harmonerer imidlertid dårlig med det faktum at begrunnelsen for å innføre katalogregelen i åndsverkloven § 43 delvis var et håp om å unngå at nivået for opphavsrettsbeskyttelse ville endre seg.¹⁶⁰ Katalogregelen verner

¹⁵³ Wagle og Ødegaard (1997) s. 120.

¹⁵⁴ Katalogregelen/sui generis-vernet er et rent investeringsvern og ikke et opphavsrettslig vern. Det avgrensnes således mot dette i denne fremstillingen.

¹⁵⁵ Art. 2 femte ledd.

¹⁵⁶ Art. 10 andre ledd.

¹⁵⁷ Art. 5.

¹⁵⁸ Art. 3 nr. 1.

¹⁵⁹ Ot.prp. nr. 85 (1997-1998) kap. 5.4.

¹⁶⁰ Innst.O. XI (1960-1961) s. 12.

enkelte sammenstillinger som på tross av manglende verkshøyde er beskyttelsesverdige på grunn av den innsats og ressursbruk som er brukt ved frembringelsen. Det er dessuten hevdet at direktivene gjør et nokså uklart kompromiss mellom de ulike retningene innen originalitetskravet.¹⁶¹

Opphavsrettsdirektivet ble gjennomført ved lov av 17. juni 2005 nr. 97. Fortalens pkt. 5 påpeker at den teknologiske utvikling gjør at opphavsretten må ta hensyn til nye former for vern og at manglende harmonisering vil medføre store forskjeller nasjonalt, noe som vil hindre frihandelen i indre marked. Det hevdes i pkt. 2 at felles regelverk på dette område er nødvendig for å fremme utviklingen av informasjonssamfunnet i Europa. I Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) gis det på s. 11 uttrykk for at direktivet innebærer en ytterligere harmonisering av medlemsstatenes lovgiving på opphavsrettens område. Det søkes rettslig klarhet når det gjelder utnyttelse av verk i elektronisk form. Opphavsrettsdirektivet bygger i stor grad på prinsipper fra tidligere direktiver så som det nevnte programvaredirektivet og databasedirektivet, men er av mer generell karakter og angår ikke verkshøydekravet direkte. Det sterke fokus på harmonisering kan derimot styrke argumentet om at EU vil kunne påvirke verkshøydekravet i betydelig grad. Det fremheves i forarbeidene at nordisk rettsenhet også tilstrebes, og at dette vil kunne øke vår gjennomslagskraft internasjonalt.¹⁶²

De nevnte direktiver forplikter Norge til å fremme internasjonal standardisering, noe som særlig kommer til uttrykk ved implementeringen av opphavsrettsdirektivet. Når det gjelder verkshøydekravet mer spesifikt, gir direktivene selv ingen veiledning til innholdet i dette kravet utover at det innebærer at verket må preges av opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse. Forarbeidene til de norske implementeringene gir uttrykk for at verkshøydekravet som fremgår av direktivene er i overensstemmelse med norsk gjeldene rett og gir liten veiledning utover dette. Selv om formuleringen av kravet til verkshøyde i direktivene er i samsvar og ikke nødvendiggjør noen formell endring i Norge, behøver ikke dette å bety at fortolkningen av vilkåret nødvendigvis må bli uforandret etter

¹⁶¹ *Immaterialrätt* (2001) s. 37.

¹⁶² Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 12.

implementeringen. Uansett hva en mener om tolkningen av direktivets originalitetsvilkår er det i mangel av autoritative rettskilder først og fremst opp til domstolene å utpensle innholdet ved avgjørelsen av konkrete saker.

Foreløpig finnes ikke klare spor i norsk rettspraksis som trekker i retning av et endret krav til verkshøyde. Rognstad gir uttrykk for at verkshøydekravet er preget av åpne vurderinger, og at en slik holdning også er riktig så lenge EF-domstolen selv ikke har gitt føringer på hvordan originalitetskravene i programvaredirektivet og databasedirektivet er å forstå.¹⁶³ At direktivene gir liten veiledning er nok tilsiktet. Det er i praksis umulig å stille opp en generell nedre grense. Verkshøydenivået må avgjøres konkret, og her vil domstolene spille en sentral rolle. Kanskje vil avgjørelser fra andre nordiske land om dette også ha en viss innflytelse, men det foreligger så vidt meg bekjent ikke rettspraksis i Norden som sier noe om hvordan originalitetskravet i direktivene forholder seg til de nordiske lands rettsoppfatning vedrørende verkshøydekravet. Skulle vi få noen dommer i Norden om dette vil dessuten vekten av disse variere etter forekomsten av EU- og EFTA-praksis og etter graden av likhet mellom de nasjonale bestemmelser.¹⁶⁴

Direktivene fokuserer spesielt på harmonisering på det elektroniske område. Det kan derfor spørres om direktivene har særlig betydning i forholdet til kravet til verkshøyde for nettsider som elektronisk verk. EU ønsker riktignok å harmonisere beskyttelsen av elektroniske verk, men det finnes ingen holdepunkter for å si at verkshøyde for elektroniske verk står i en særstilling etter direktivene i forhold til verkshøyde generelt. Det sentrale er at elektroniske verk rent faktisk er gjenstand for beskyttelse i alle EU/EØS-land.

Konklusjonen er at det i dag ikke finnes indikasjoner på at verkshøydekravet i Norge er endret som følge av direktiver fra EU/EØS på opphavsrettens område. En fortolkning av EUs verkshøydekrav sett i sammenheng med den harmoniseringstanke som ligger bak

¹⁶³ Rognstad (2004) s. 27.

¹⁶⁴ Wagle og Ødegaard (1997) s. 57.

trekker derimot i retning av at en nedjustering av verkshøydekravet i Norge ikke er usannsynlig på sikt.

6 Oppsummering

Kravet til verkshøyde i opphavsretten stiller først og fremst krav til at frembringelsen er original eller ny sett fra opphavsmannens ståsted. En objektiv likhetsvurdering hører derfor i utgangspunktet ikke opphavsretten til. Ettersom verkshøyde er et rettslig begrep skal ikke vurderingen av verkshøyde beskjeftige seg med vurderinger av kvalitativ eller kvantitativ art. I praksis viser det seg likevel at frembringelser med god kvalitet og stort omfang lettere vil kunne tilfredsstille kravet til verkshøyde enn frembringelser med lav kvalitet og lite omfang.

Som hjelpemiddel ved vurderingen av verkshøyde kan det spørres om det foreligger risiko for at samme frembringelse også blir skapt av en annen opphavsmann. Dersom det eksisterer en slik risiko, foreligger det samtidig en indikasjon på at verket mangler verkshøyde. På samme måte vil den originale og individuelle skapende innsats i et tilfelle med få valgmuligheter med tanke på utforming vanskeligere kunne sette det nødvendige preg på verket. Dobbeltskapelseskriteriet og valgfrihetssynspunktet er likevel ikke prinsipper i vurderingen av verkshøyde, bare hjelpemidler i praksis. De kan således ikke ha avgjørende vekt i spørsmålet om verkshøyde. Subjektiv nyhet er det klare utgangspunkt.

Som følge av økt europeisk harmonisering på opphavsrettens område er det nærliggende å tro at det norske nivået for verkshøyde vil tilpasse seg EU/EØS-rettens verkshøydekrav. Dette taler for en senking av kravet til verkshøyde i Norge på sikt. Foreløpig er det riktignok slik at lovgiver antar at kravet til verkshøyde i Norge er i tråd med EU-retten, og dette må være utgangspunktet i dag ettersom det ikke foreligger rettspraksis som drøfter problemstillingen.

Nettsider er ingen ensartet gruppe åndsverk. Verkshøyde må vurderes selvstendig for de enkelte elementer nettsiden består av, nettsidens helhetlige layout utad og dens

underliggende kildekode. De samme generelle regler og prinsipper for verkshøyde må gjelde i forhold til nettsider som for andre typer verk. I praksis vil nok likevel terskelen for verkshøyde være relativt høy hva gjelder nettsidens layout og nettsidens kildekode. Dette fordi utformingen av nettsider i praksis bygger på nokså faste konvensjoner.

7 Kilder

Litteratur

Bing, Jon og Ole E. Tokvam. *Elektronisk publisering: utvalgte rettslige aspekter*. Oslo, 1996. (Institutt for rettsinformatikk's skriftserie; CompLex nr. 7/1996)

Bing, Jon. *Vurdering av opphavsrettslig krenkelse av datamaskinprogrammer – et praktisk perspektiv*. I: Nordiskt Immateriellt Rättsskydd. Årg. 68 (1999), s. 281-299.

Bjelke, Harald. *The Development of Nordic Copyright in the Light of Court Usage*. I: Nordiskt Immateriellt Rättsskydd. Årg. 60 (1991), s. 33-55.

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

Carlén-Wendels, Thomas. *Nätjuridik – Lag och rätt på Internet*. 3. utg. Stockholm, 2000.

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001.

EØS-rett. Frederik Sejersted ... [et al.]. 2. utg. Oslo, 2004.

Godenhielm, Berndt. *Verkshöjd som allmän förutsättning för upphovsrättslig skydd*. I: Nordiskt Immateriellt Rättsskydd. Årg. 50 (1981), s. 280-297.

Immaterialrätt. Ulf Bernitz ... [et al.]. Stockholm, 2001.

Internetjura. Kasper Heine ... [et al.]. 2. utg. København, 2002.

Knoph, Ragnar. *Åndsretten*. Oslo, 1936.

Koktvedgaard, Magnus. *Lærebog i Immaterialret*. 6. utg. København, 2002.

Koktvedgaard, Magnus. *Lærebog i Immaterialret*. 7. utg. København, 2005.

Lindberg, Agne og Daniel Westman. *Praktisk IT-rätt*. 2. utg. Stockholm, 1999.

Ljungman, Seve. *Något om verkshöjd*. I: Nordisk Gjenklang, Festskrift til Carl Jacob Arnholm. 1969, s. 179-195. Gjengitt i NIR 1970 s. 21 flg.

Lund, Torben. *Ophavsretten*. København, 1961.

Nordell, Per Jonas. *Dubbeltskapande i teori og praktik*. I: Nordiskt Immateriellt Rättsskydd. Årg. 64 (1995), s. 630-639.

Programming PHP. Rasmus Lerdorf ... [et al.]. 1. utg. Beijing, O'Reilly 2002.

Rognstad, Ole Andreas. I samarbeid med Birger Stuevold Lassen. *Fragmenter til en lærebok i opphavsrett*. Oslo, 2004. (Institutt for privatrett stensilserie; nr. 165)

Rosenmeier, Morten. *Værkslæren i ophavsretten*. København, 2001.

Schønning, Peter. *Ophavsretsloven med kommentarer*. 3. utg. København, 2003.

Sijthoff Stray, Anne Lise. *Opphavsretten*. Oslo, 1989.

Stoltze, Lars. *Internet ret*. København, 2001.

Stray Vyrje, Magnus. *Opphavsrettens ABC*. Oslo, 1987.

Tómasson, Eiríkur. *Værk og værkshøjde*. I: Nordiskt Immateriellt Rättsskydd. Årg. 70 (2001), s. 522-534.

Wagle, Anders Mediaas og Magnus Ødegaard jr. *Opphavsrett i en digital verden*. Oslo, 1997.

Weincke, Willi. *Ophavsret. Reglerne – Baggrunden – Fremtiden*. København, 1976.

Lover

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

1961 Lov om varemerker av 3. mars 1961 nr. 4.

1970 Lov om mønster av 29. mai 1970 nr. 33 (opphevet av ny designlov av 14. mars 2003 nr. 15).

1972 Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven) av 16. juni 1972 nr. 47.

1990 Lov om endringer i lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. av 15. juni 1990 nr. 26 (opphevet).

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

1992 Lov om endringer i lov av 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. og enkelte andre lover av 4. desember 1992 nr. 128 (opphevet).

1999 Lov om endringer i åndsverkloven av 16. april 1999 nr. 19.

2003 Lov om beskyttelse av design (designloven – dsl.) av 14. mars 2003 nr. 15.

2005 Lov om endringer i åndsverkloven m.m. av 17. juni 2005 nr. 97.

Forarbeider

NOU 1986:18 Opphavsrett og edb. Delutredning III .

NOU 1999:26 Sammensmelting av tele-, data- og mediesektorene.

NOU 2001:13 Elektronisk handel og forretningsdrift i olje- og gassindustrien.

St.prp. nr. 100 (1991-1992) Særskilt vedlegg nr. 2 bind 7 til St.prp. nr. 100 (1991-1992)
Om samtykke til ratifikasjon av avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde

Ot.prp. nr. 26 (1959-60) Lov om opphavsrett til åndsverk.

Ot.prp. nr. 40 (1969-1970) Lov om mønster.

Ot.prp. nr. 33 (1989-1990) Om lov om endringer i åndsverkloven (opphavsrett og edb).

Ot.prp. nr. 84 (1991-1992) Om lov om endringer i lov 12. mai 1961 nr 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. og i enkelte andre lover som følge av EØS-avtalen.

Ot.prp. nr. 15 (1994-1995) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.

- Ot.prp. nr. 85 (1997-1998) Om lov om endringer i åndsverkloven (gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser).
- Ot.prp. nr. 2 (2002-2003) Om lov om beskyttelse av design (designloven).
- Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.
- Innstilling 1950 til lov om opphavsrett til litterære og kunstneriske verk.
- Innst.O. XI (1960-1961) Innstilling fra kirke- og undervisningskomitéen om lov om opphavsrett til åndsverk. (Ot.prp. nr. 26 1959-60).
- Innstilling 1967 til lov om mønster.
- Innst.O. nr. 37 (1998-1999) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i åndsverkloven (gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser).
- Tidende O. og L. (1960-1961) Lov om opphavsrett til åndsverk.

Domsregister

Norsk Høyesterett

Rt. 1901 s. 877 (Tinglysningsmeddelelser).

Rt. 1940 s. 48 (Etasjeplantegninger).

Rt. 1940 s. 327 (Hallo Hallo).

Rt. 1962 s. 964 (Sybord).

Rt. 1997 s. 199 (Cirrus).

Rt. 2005 s. 1560.

Rt. 2006 s. 752.

Norsk underrettspraksis

RG 1999 s. 330 (Regnskapssystemet MOCS).

RG 2002 s. 1636.

RG 2004 s. 206.

LB-2004-6608 [lovdata online]. Borgarting lagmannsrett – Dom. 2005-10-11.

LG-2005-154809 [lovdata online]. Gulating lagmannsrett – Dom. 2006-10-18.

Oslo byrett dom 1967, gjengitt i NIR 1968 s. 227 (Smijernbeslag).

Oslo byrett dom 1967, gjengitt i NIR 1968 s. 323 (Lykketroll).

TOSLO-1983-2278 [lovdata online] (Kon-Tiki). Oslo byrett – Dom. 1984-07-04.

TTRON-2004-85946 [lovdata online] (Supersøk). Trondheim tingrett – Dom. 2006-3-17.

Sverige

NJA 1995 s. 256 (Nummerbank).

NJA 1998 s. 563.

NJA 2002 s. 178.

Danmark

UfR 1993 s. 17 (Tippesystemer).

EU/EØS-rettslige kilder

Grønnbok 1988	Green Paper on Copyright and the challenge of Technology av 1988, COM(88) 172.
Grønnbok 1995	Green Paper on Copyright and related Rights in the Information Society av 1995, COM(95) 382.
Programvaredirektivet	Direktiv 91/250/EØF av 14. mai 1991 om rettslig vern av datamaskinprogrammer.
Databasedirektivet	Direktiv 96/9/EØF av 11. mars 1996 om rettslig beskyttelse av databaser.
Opphavsrettdirektivet	Direktiv 96/9/EØF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse aspekter av opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet.
EØS-avtalen	Avtale om Det europeisk økonomiske samarbeidsområde. Ratifisert av Norge 16. oktober 1992, gjennomført ved lov av 27. november 1992 nr. 109.

Andre internasjonale kilder

Bernkonvensjonen	Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works av 9. september 1886. Norge er tilsluttet Paris-teksten av 4. juli 1971.
Verdenskonvensjonen om opphavsrett	Universal Copyright Treaty av 6. september 1952.
TRIPS-avtalen	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, 1994.
WIPO Copyright Treaty	WIPO Copyright Treaty av 20. desember 1996.
WIPO Performances and Phonograms Treaty	WIPO Performances and Phonograms Treaty av 20. desember 1996.

Nettsteder

<http://www.na24.no/naeringsliv/article927692.ece> [sitert pr. 23. mars 2007].

http://europa.eu/documents/comm/green_papers/index_en.htm [pr. 28. mars 2007].