

**Erstatningsutmåling ved krenkelser av immaterielle
rettigheter
- med utgangspunkt i opphavsretten**

Kandidatnummer: 573

Leveringsfrist: 25. april 2007

Til sammen 15 338 ord

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Utgangspunktet	1
1.2	Oppgavens problemstilling	2
1.2.1	Problemstillingens overordnede forhold	2
1.2.2	Innholdet i problemstillingen	4
1.2.3	Forutsetningene	5
1.3	Avgrensning	6
1.3.1	Oppreisning	6
1.3.2	Utbetaling av nettofortjeneste	7
1.4	Metodikk og rettskildene	7
1.4.1	Loven	8
1.4.2	Internasjonale rettskilder	8
1.4.3	Domstolene	9
1.4.4	Juridiske teorien	9
1.5	Den videre fremstilling	9
<u>2</u>	<u>DET RETTSLIGE GRUNNLAGET FOR SANKSJONER</u>	<u>11</u>
2.1	Opphavsretten	11
2.2	En skisse av det immaterielle sanksjonssystem	13
2.3	Markedsføringsloven	14
2.4	Internasjonalt perspektiv	16
2.5	Tvistemålsloven	17
<u>3</u>	<u>NOEN OVERORDNEDE BETRAKTNINGER PÅ SITUASJONEN I DAG</u>	<u>18</u>

3.1	Skaden	19
<u>4</u>	<u>ERSTATNING FOR ØKONOMISK TAP</u>	<u>19</u>
4.1	Hensyn bak erstatningsreglene	19
4.2	Erstatningsnivået	21
4.3	Konkretiseringen av det økonomiske tapet	22
4.3.1	Omsetningstapet	23
4.3.2	Markedskorrigeringer	26
4.3.3	Interne kostnader	28
<u>5</u>	<u>BEVISKRAV</u>	<u>29</u>
5.1	Generelt om bevisbedømmelse og beviskravene	30
5.2	Årsakskategorier	32
5.3	Krav til årsakssammenheng, herunder hypotetiske hendelsesforløp	34
5.3.1	Bevisbyrde ved årsakssammenheng	37
5.4	Omfanget av tap	38
5.5	Et tilbakeblikk	40
<u>6</u>	<u>SKYLDKRAV</u>	<u>42</u>
<u>7</u>	<u>VEDERLAG</u>	<u>43</u>
7.1	Hensynet bak vederlagsbestemmelsene	43
7.2	Vederlagsprinsippet på opphavsrettens område	44
7.3	Det kvasikontraktsrettslige synspunkt	46
7.4	Vederlagskravets preventive effekt	49

8	<u>DEN OPTIMALE KOMPENSASJON, FINNES DEN?</u>	50
9	<u>ALTERNATIVE HANDLINGSMÅTER VED KRENKELSE</u>	52
9.1	Kommentar til problemstillingen	52
9.2	Fastsettelsesdom	52
9.3	Midlertidig forføyning	53
10	<u>ET SKRÅBLIKK PÅ DEBATTEN RUNDT OPPHAVSRETTE DENNE VÅREN</u>	54
11	<u>LITTERATURLISTE</u>	56
11.1	Litteraturliste	56
11.2	Artikler	57
11.3	Lover	59
11.4	Forarbeider	59
11.5	Dommer	59
11.6	Internasjonale kilder	60
11.6.1	EU-direktiv	60
11.6.2	Traktat	60
11.7	Internettsider	61

1 Innledning

1.1 Utgangspunktet

Andelen av produktutvikling og verdiskapning i samfunnet som er knyttet til utviklingen av immaterielle verdier, er økende.¹ Med dette følger det et større marked også for de som urettmessig benytter seg av andres eneretter. Ny teknologi gir nye muligheter, også på opphavsrettens område. Åndsverk og arbeider, hvor innholdet er det sentrale, kan enkelt tilbys i digital form, og er av den grunn særlig sårbare for ulovlig kopiering og distribusjon.² Diskusjoner om ulovlige nedlastninger av musikk eller filmer fra internett er sterkt økende. Såkalt piratkopiering kan synes svært utbredt, spesielt hos de yngre forbrukerne.

Foreligger det en immaterialrettskrenkelse, vil krenkelsen kunne føre til en rekke sanksjoner, blant annet straff, erstatning og tilintetgjørelse. Sanksjonene avhenger av krenkelsen og innen hvilken disiplin innen immaterialretten som berøres. Immaterialretten kan anses å ha tre hoveddisipliner; patent, varemerke og opphavsrett.³ Lovverket i disse disiplinene er beslektet, men ikke ensartet når det kommer til de enkelte sanksjonshjemlene. Det immaterielle sanksjonssystem har vært diskutert og ikke funnet formålstjenelig fra en nær sagt samlet juridisk litteratur.⁴ Like fullt har ikke lovgiver gjort tiltak for å endre den nåværende situasjonen. Verken i forhold til at det ser ut til å være et såpass lavt erstatningsnivå eller at hjemlene fremkommer så forskjelligartet som de gjør.

¹ Mestad, Ingvild ”Erstatning ved krenkelse av markedsføringslovens bestemmelser til vern om immaterielle verdier” I: Lov og Rett. 2001 s. 611

² Ot.prp. nr 46 (2004-2005) Om lov om endringer i åndsverkloven mm

³ Kockvedtgaard, Mogens I: NIR. Årg. 2000. s.538

⁴ Stenvik, Are og Rognstad, Ole Andreas, ”Hva er immaterialretten verd?” Festskrift til Peter Lødrup. Bonus Pater Familias. Oslo 2002 s. 512

Man kan spørre seg hvorfor hjemlene på immaterialrettens område er så lite homogene. Enn forklaring kan være at krenkelsene er av så forskjellig art og at det avhenger av hvilken immaterialrettslig krenkelse det er tale om. En annen kan være at lovverket har kommet til og er utviklet på forskjellig tidspunkt.

På den ene side kunne det kanskje vært ønskelig med en viss harmonisering av reglene, men man kan spørre seg om det er nødvendig. Det synes som at domstolene anvender de samme prinsippene på hele området, særlig når det kommer til erstatningens fastsettelse, det vil si prisnippene for erstatningsutmålingen og størrelsen.⁵ Krav om erstatning synes å være en av de mest praktiske sanksjonsformene for rettighetshaver i etterkant av krenkelse, ved siden av krav på vederlag.

Erstatningen skal som hovedregel ta utgangspunkt i de alminnelige erstatningsrettslige prinsipper. Vurderingsmomentene og vilkårene for å konstatere erstatningsplikt skal således ikke skille seg fra erstatningsprinsnippene som gjør seg gjeldende på alle andre rettsområder. På immaterialrettens område ser det, på tross av dette utgangspunktet, ut til å være et svært lavt erstatningsnivå, særlig hvor man ser hen til og sammenligner med erstatningsutbetalinger på andre områder.

1.2 Oppgavens problemstilling

1.2.1 Problemstillingens overordnede forhold

Man kan karakterisere oppgavens problemstilling til å være todelt. For det første vil jeg se hen på erstatningskravet slik det tradisjonelt gir seg uttrykk, ved at man ikke kan komme unna det faktum at en skade må hatt et økonomisk tap. For det andre kan erstatningskravet

⁵ Kockvedgaard, Mogens *"Lærebog i immaterialrett"* 2.utg. København 1991. s.326 om den danske retssituasjon, som synes sammenfallende med den norske.

også inneholde et krav om vederlag for bruken. Problemstillinger rundt erstatningsutmålingen for begge forholdene vil berøres i det følgende.

Det er gjerne tre momenter som diskuteres rundt begge de to hovedproblemstillingene, som nettopp er nevnt.

For det første har prevensjonsvirkningene, både individuelt og allment, en viktig rolle å spille ved erstatning for krenkelse av immaterialrettigheter.⁶ Erstatningsinstituttet skal med dette ikke bare være et resultat av en atferd i det konkrete tilfelle, men også gjøre terskelen høyere for krenkeren selv eller andre for å urettmessig utytte seg av annens enerett.

For det andre knytter det seg spørsmål rundt dokumentasjonen for, og vurderingen av, økonomisk tap. I dette ligger de vurderinger som gjøres for å sannsynliggjøre årsakssammenhengen mellom den underliggende krenkelse og økonomisk tap - dessuten omfanget av dette.

For det tredje er det stor spennvidde mellom krenkelsens karakter og alvorlighet.⁷ Det vil kunne spille inn på de skjønsmessige vurderingene i sannsynlighetsvurderingen, hvorvidt krenkeren har opptrådt klanderverdig eller med liten grad av uaktsomhet.

Avbalanseringen av disse tre forholdene bør være grunnlaget for å komme til et erstatningsnivå som kan anses som akseptabelt for de impliserte. Dersom bare det dokumenterte tap skal være retningsgivende for erstatningsutmålingen, vil ikke prevensjonshensynet bli tilstrekkelig varetatt. Dessuten må det være tilstrekkelig sammenheng mellom prevensjon og skyldgrad.

⁶ Stenvik og Rognstad s. 520

⁷ Stenvik og Rognstad s. 521

1.2.2 Innholdet i problemstillingen

De verdier som beskyttes av åndsverksloven⁸ er gjerne av abstrakt art. Med åndsverk menes litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk av enhver art og uansett uttryksmåte og uttrykksform jf lovens § 1. Det er da ikke fysisk skade eller ødeleggelser man møter når det er tale om krenkelse av åndsverk men det at en person urettmessig krenker en rettighetshavers enerett.⁹ Å fastsette at det foreligger en krenkelse viser materielt til de vilkår som følger av loven. Misbruket fører til et økonomisk tap ved at den berettigedes egen sjanse til å utnytte seg av verket forringes.

Etter at det er fastslått krenkelse, og man ser på vilkårene for om krenkeren er erstatningspliktig, er det å påvise at det foreligger et *konkret tap* det neste trinn i vurderingen. Dessuten, når det synes godtgjort at krenkelsen har ført til et konkret tap, blir spørsmålet hvilket *omfang* tapet har. Ulemper som ikke på en eller annen måte fører til et økonomisk tap på rettighetshavers hånd, kan i utgangspunktet ikke kreves erstattet. Problemet ved krenkelse av opphavsrettslig enerett er nettopp at misbruket vil kunne ha en økonomisk betydning, men hvilken?

Hvordan sannsynliggjøre et økonomisk tap?

Økonomisk tap er noen ganger et vilkår for et erstatningskrav og andre ganger ikke. Men dette betyr ikke at det mangler et alminnelig erstatningsrettslig utgangspunkt.¹⁰ Det er eksempler på at man ser bort fra det økonomiske tapet når annen kompensasjon er hjemlet i avtale eller i lov. Av åndsverkslovens beslektede lover innehar eksempelvis varemerkeloven¹¹ en bestemmelse som hjemler krav på vederlag.

⁸ Lov om opphavsrett til åndsverk (åndsverkloven) av 12. mai 1961 nr. 2

⁹ Gaarder, Karsten "Erstatningsregler i norsk immaterial- og konkurranserett" I: NIR. Årg 1968. s 247

¹⁰ Stavang, Endre "Økonomisk tap som vilkår for erstatningsansvar" I: Tidsskrift for erstatningsrett 2004, s.250.

¹¹ Lov om varemerke (varemerkeloven) av 3.mars 1961 nr. 4

Domstolene har ikke sett bort fra vederlagskrav som del av erstatningskravet, selv om det ikke er hjemlet i avtale eller lov. I disse tilfellene har man gått utenfor det økonomiske tapet på ulovfestet grunnlag. Det synes som at dette gjøres når det er vansker med å føre bevis for skade og tap.¹²

Følgelig blir det slik at når det ikke kan påvises at rettshaveren har lidt større tap, er det vanlig å beregne hans tap ved den benyttelse av verket som har skjedd uten hans tillatelse, til det vederlag han ville oppnådd for å gi tillatelse.¹³ Å beregne et vederlag kan være problematisk i de tilfeller hvor det ikke foreligger noen form for tariff. Problemstillingen er hva man *faktisk* kunne krevd i vederlag hvis rettighetshaveren hadde tillatt bruken. Denne problemstillingen kan fremstå svært illusorisk for flere av skaperne av åndsverk, likevel blir problemstillingen teknisk ansett å være reell, til tross for at verket aldri har vært ment å brukes mot kompensasjon i form av vederlag.

Hvordan konkretisere et rimelig vederlag?

Praktisk sett blir vederlags- og erstatningskravet gjerne fremmet sammen, men vilkårene for utmålingen av omfanget av kravene er ulike. Vederlagskravet er gjerne grunnlaget for kravet, og erstatningskravets størrelse representerer det ytterligere tap utover det man får utbetalt som vederlag.

1.2.3 Forutsetningene

Det forutsettes på det prosessuelle plan at kravet om erstatning skal føre frem til en fullbyrdsdom, og følger etter et fullbyrdsessøksmål. Kravet som fremmes er at saksøkte skal unnlate å fortsette sine krenkende handlinger, samt betale erstatning for den skade som er voldt. Tvistemålsloven hjemler at en slik sak kan anlegges hvor det foreligger

¹² Se eks Trollheimen, Rt 1981.1215.

¹³ Sray, Anne Lise Sijthof "Opphavsretten. Lov om opphavsrett til åndsverk mv kommentert og supplert" Oslo, 1989 s. 314

”et forfalt krav”, se tvistemålsloven¹⁴ § 53. Forfalt i denne sammenhengen er det samme som misligholdt.¹⁵ Foreligger det fullbyrdsdom kan den tvangsfullbyrdes overfor inngriperen, jf § 240, i tvangsfullbyrdsloven¹⁶.

Rent faktisk forutsettes det at krenkelse er konstatert, og at de materielle kravene til erstatningsplikt foreligger. Dessuten forutsettes det at det kun er den erstatningsrettslige sanksjon som gjør seg gjeldende i det videre.

1.3 Avgrensning

Åndsverkloven inneholder flere alternative sanksjonsmuligheter. Lovens § 56 hjemler at *”alle eksempler av åndsverk eller annet arbeid som ulovlig er fremstilt, innført eller gjort tilgjengelig for allmennheten her i riket, kan inndras ved dom til fordel for den fornærmede (...)*”. Videre hjemles straffesanksjonene i lovens § 54. Dette er sanksjoner som ikke er av økonomisk karakter, og vil ikke bli nærmere belyst.

I det videre vil, som det følger av problemstillingen, erstatning for det økonomiske tapet og vederlagskravet belyses. I dette ligger at også andre sanksjoner av økonomisk art ikke blir tema for oppgaven. Det synes likevel hensiktsmessig å gjøre kort rede for de her, da man kan se konturene av de økonomiske sanksjonsmuligheter som er gjeldende på opphavsrettens område i dag.

1.3.1 Oppreisning

I åndsverkloven § 55 1. ledd følger det: *”er opphavsmannens eller en utøvendes kunstners rett (...) krenket forsettelig eller grovt uaktsomt, kan retten dessuten tilkjenne ham et pengebeløp som oppreisning for skade av ikke økonomisk art*”. Oppreisning er med dette

¹⁴ Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13.aug 1915 nr. 6

¹⁵ Midelfart, Arne *”Forbud, erstatning og straff for inngrep i industrielle rettigheter- med hovedvekt på patentinngrep*” I: NIR 1986 s.405

¹⁶ Lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdsloven) av 26. juni 1992 nr. 86

en selvstendig økonomisk reaksjon. Den kan ilegges i tillegg til andre reaksjoner, men også som den eneste reaksjonen. Man sier gjerne at erstatning er en kompensasjonsform, mens oppreisning er av en mer pønalt karakter. Hvor det er vanskelig å sannsynliggjøre et økonomisk tap glir gjerne erstatning og oppreisning over i hverandre. Det kan spørres om oppreisningsinstituttet kan supplere og styrke erstatningssanksjonen, slik at trusselen om en slik sanksjon får en større preventiv effekt.¹⁷ Omfanget av, og grunnlaget, for oppreisning for ikke-økonomisk skade blir likevel ikke belyst i denne oppgaven. Å tilkjenne rettighetshaver oppreisning tilsier en skjønnsmessig vurdering av den "tort og svie" som krenkelsen har medført. *Det økonomiske tapet* skal dekkes ved erstatningen.

1.3.2 Utbetaling av nettofortjeneste

I åndsverksloven er det eksplisitt hjemlet at uavhengig av om gjerningsmannen har handlet i god tro, "*kan den fornærmede uansett skadens størrelse kreve utbetalt nettofortjenesten ved den ulovlige handling*", jf § 54 2. ledd. Følgelig utelukker erleggelse av fortjenesten plikt til erstatning for økonomisk skade ved samme overtredelse på opphavsrettens område. Det er den merinntekt som er en følge av rettskrenkelsen, som kan kreves utbetalt¹⁸.

Denne typen utbetaling av nettofortjeneste, eller krav på berikelse, blir ofte vurdert i videreførelsen av vederlagskravet. Ellers på de andre immaterialrettsområdene synes det som det er en flytende overgang mellom vederlagskravet og kravet om berikelse. Det kan diskuteres om berikelseskravet og vederlagskravet er sammenfallende. Likevel vil oppgaven rette seg mot vederlag isolert, uten å se nærmere på berikelseskravet.

1.4 Metodikk og rettskildene

Denne redegjørelsen har til hensikt å være et utgangspunkt for de drøftelser som blir gjort videre i oppgaven, hvor det faller naturlig.

¹⁷ Ringnes, Arne "Erstatning (oppreisning) for ikke-økonomisk skade" I: NIR. Årg 2005. s. 619

¹⁸ Sijthof Stray viser til forarbeidene på s. 317

1.4.1 Loven

I det videre vil åndsverksloven, altså problemstillinger rundt erstatnings- og vederlagskrav på opphavsretten område, være utgangspunktet for drøftelsene. Ved siden av dette synes det hensiktsmessig å se hen til markedsføringslovens bestemmelser omhandlende vern om immaterielle verdier. Mange av de produkter eller åndsverk som skapes, beskyttes av den enerett som hjemles i åndsverkloven. På grunn av frembringelsens form og innhold og på grunn av hurtigheten i utviklingen og utnyttelsen av de økonomiske verdiene, vil ikke de immaterielle rettighetene bestandig være beskyttet gjennom enerettene.¹⁹ Som alternativt hjemmelsgrunnlag kan markedsføringsloven være med å beskytte disse verdiene.

Fremstillingen av åndsverkloven vil likevel bli fremstilt også komparativt i forhold til de andre immaterialrettslovene. Med dette kan man se hva som skiller opphavsretten fra de andre immaterialrettslige disiplinene, og med utgangspunkt i dette vurdere hvorvidt dette har noen praktisk betydning. Man kan også se hen til om erstatningsbestemmelsene kan brukes om hverandre og på den måten virke i sammenheng.

1.4.2 Internasjonale rettskilder

Problemstillinger rundt opphavsrettslige krenkelser er internasjonale av natur. Med den teknologiske utviklingen, er landegrensene ikke begrensende for det omfanget krenkelsen kan få. Som følge av dette har det enkelte lands myndigheter i fellesskap forsøkt å skape internasjonale traktater, som kan beskytte verk på internasjonalt nivå. Med dette vil også internasjonalt avtaleverk være relevante kilder ved tolkning av og vurderinger i den konkrete nasjonale sak.

¹⁹ Mestad s.610

1.4.3 Domstolene

Til tross for at det ikke følger av ordlyden i åndsverkloven, synes det ikke lenger tvilsomt at det også innen opphavsretten er hjemlet krav på vederlag. Utviklingen av vederlagsinstituttet som del av erstatningskravet er et eksempel på hvordan fast og langvarig domspraksis kan være med på å skape gjeldende rett. Dette vil bli nærmere belyst nedenfor.

Det er en rekke domstolsavgjørelser på opphavsrettens område. En stor del av disse er underrettspraksis. Dels kan det tyde på at partene er fornøyd med dommens utkomme, dels kan man spekulere i om det lave erstatningsnivået kan prege viljen til å anke. Har man fått konstatert krenkelse, kan det å anke dommen mer bære preg av et ønske og en vilje til å sette et eksempel. Vurderinger av dette moment vil også komme nedenfor.

1.4.4 Juridiske teorien

Når det kommer til erstatningsutmålingen av krenkelse av immaterialrettslig art generelt, er det i dagen at det er sprikende holdninger mellom domstolenes praksis og det nivå den samlede juridiske litteratur synes å finne tilstrekkelig. Det er et paradoks at situasjonen er på denne måten, i og med at det stadig henstilles til lovgiver om å ta grep om situasjonen. Det er således ikke samsvar mellom teoretikerne, lovgiver og domspraksis. Det at det som hevdes å være det lave erstatningsnivået til dels oppettholdes, er et godt eksempel på at den juridiske teorien ikke anses å ha tilstrekkelig vekt i forhold til rettspraksis.

1.5 Den videre fremstilling

Det rettslige grunnlaget for drøftelsen er opphavsretten, og det synes hensiktsmessig å se nærmere på loven og dens utvikling. Som nevnt vil det gjøres en komparativ fremstilling av loven i forhold til de andre immaterialrettsdisiplinene. Markedsføringsloven vil presenteres isolert, da denne er av en annen karakter enn lovene som bygger på rettighetshavers enerett.

Samtidig synes en redegjørelse for det internasjonale lovverket å være hensiktsmessig, slik at fremstillingen av rettskildene blir tilstrekkelig opplyst. Dette gjøres i kapittel 2.

Kapittel 3 stiller opp noen momenter om situasjonen slik den er i dag. Videre vil erstatning generelt og dens formål blir gjort rede for i kapittel 4. Herunder vil en nærmere beskrivelse av tapspostene bli fremstilt, for å se de problemstillinger som kan springe ut ved konkretiseringen av det økonomiske tap. Det kan anses som en smakssak om man kaller tapspostene i erstatningskravet som "økonomisk skade". Det er ikke tvilsomt at det er av økonomisk karakter, selv om det ikke lar seg måle i penger. Heretter vil tapet likevel betegnes som økonomisk tap.

I kapittel 5 vil det gjøres nærmere rede for de beviskrav som gjør seg gjeldende på opphavsrettens område.

Fullt erstatningsrettslig vern forutsetter at det er utvist skyld, altså at saksøkte forsto eller burde forstått at han begikk inngrep. Spørsmålet om det foreligger skyld kan reise vanskelige spørsmål, selv om det likevel er erstatningsutmålingen som regelmessig skaper de store problemene. Om skyld og skyldgraden i kapittel 6.

I kapittel 7 vil krav på vederlag, og således den andre delen av problemstillingen bli gjort rede for, før kapittel det i kapittel 8 vil forsøkes å stille spørsmål ved om det finnes en optimalkompensasjon.

I og med vanskelighetene som gjør seg gjeldende ved å konkretisere det økonomiske tapet og vederlagskravet, kan det stilles spørsmål om det finnes alternative tiltak som kan virke tilfredsstillende for rettighetshaver. Dette gjøres rede for i kapittel 9. Til slutt, og i kapittel 10 vil jeg i korthet se på noen praktiske og hverdagslige problemstillinger på opphavsrettens område.

2 Det rettslige grunnlaget for sanksjoner

2.1 Opphavsretten

Før den nå gjeldene åndsverklov, var det loven om åndsverker av 1930 som utgjorde lovsgrunnlaget på opphavsrettens område. Da den kom var det et epokegjørende lovarbeid som ble lagt til grunn, og den var senere modell for resten av de nordiske landene. I forarbeidene til åndsverkloven av i dag, fremkommer det en del informasjon som kan være nyttig å se tilbake på før man går videre til loven slik den gjør se gjeldende i dag.

Det første lovutkastet som kom før åndsverkloven var et resultat av et felles-nordisk samarbeid på området. Det hadde allerede i lengre tid vært en felles oppfattelse at et samarbeid på dette området var ønskelig. På et møte i "Det nordiske forfatterråd" i Stockholm ble det vedtatt å rette en henstilling til de nordiske regjeringene om å ta opp arbeid for å utarbeide en ensartet nordisk forfatterlovgivning. Den svenske regjeringen inviterte de nordiske landene til en slik konferanse med tanke på å utarbeide et ensartet lovutkast for de nordiske landene. Dette ble det såkalte Stockholmsmøtet og det ble avholdt sommeren 1938. Likheten i språk og kulturfellesskapet for øvrig gjorde at en felleslovgivning på kunstens og lovgivningens område måtte fortone seg praktisk og ønskelig. Krigen gjorde sitt til at det ble en stillstand i arbeidet. Etter at både Danmark og Sverige hadde hatt sine høringsutkast, kom også Norge på banen i 1957. Høringsutkastet ble sendt til en rekke institusjoner og utvalg.

Samtidig med dette arbeidet skjedde det også diskusjoner om opphavsrettens grunnproblemer. Gjennom diskusjonene som pågikk ble det kastet lys over mange sider ved åndsverket, som realitet og som gjenstand for subjektive rettigheter, og over

opphavsrettens egenart og plassering i rettssystemet. Grunnsynet ble imidlertid opprettholdt. Den løsningen som blir brukt i en rekke andre land ble forkastet, altså at opphavsmannens rett blir begrenset til en lisensordning som ikke gir han noen eksklusiv rett. Man ble stående med det utgangspunkt at opphavsmannen skal ha enerett til visse måter å bruke verket på, til den rådighet som verket av ikke tvingende samfunnsmessige grunner må unndras han. Dette får følger for den sanksjonsformen som blir valgt. Man kan spørre seg om det faktum at man ikke ønsket lisensordninger, slik man kan se for seg innen patentretten, er grunnen til at man ikke har en egen vederlagsregel utformet og presisert i lovens ordlyd.

Det vern som åndsverksloven gir, består i prinsippet i at opphavsmannen har enerett til å råde over sitt verk på hvilken som helst måte som ikke er særskilt unntatt. Praktisk sett gjelder dette reproduksjon og offentlig fremføring, men på den annen side enhver måte dette kan skje på.²⁰ Utviklingen av de opphavsrettslige reglene har alltid vært knyttet til den teknologiske utviklingen på den måten at reglene har kommet som følge av de tekniske mulighetene for masseutnyttelse av åndsverk.²¹ Sett fra samfunnet side er det viktig at den skapende og utøvende virksomheten på opphavsrettens område er sikret med rettsregler som gjør det mulig for opphavsrettshavere å ha kontroll med og kreve vederlag for bruk av deres verk og arbeider. Dette økonomiske utkomme skal sikre og stimulere til ytterligere kreativ innsats. På den annen side, og som det fremkommer i forarbeidene til ny endringslov av åndsverkloven, er det kommet nye områder hvor det gis anledning til fri utnyttelse av visse åndsverk, uten å måtte kreve samtykke fra rettighetshaver. Dette vil ikke bli nærmere belyst i oppgaven.

²⁰ Gaarder s. 248

²¹ Ot.prp nr.46 (2004-2005) s. 3

2.2 En skisse av det immaterielle sanksjonssystem

Åndsverkloven § 55 hjemler de økonomiske sanksjonene og viser til at skade erstattes etter de alminnelige erstatningsregler. Det følger av patentlovens²² § 58 at den som har begått et patentinngrep er pliktig til å betale for utnyttelsen av oppfinnelsen, samt for ytterligere skade som inngrepet har medført. Erstatningskravet isolert synes å være det samme i både åndsverkloven og varemerkeloven, men etter patentloven faller likevel ikke erstatningsplikten bort hvor den urettmessige bruken har skjedd i god tro. Da skal det gjøres en rimelighetsvurdering om hvorvidt inngriperen må betale erstatning. Det er med dette adgang til å sette erstatningen ned hvis det er lite å legge inngriperen til last. Etter den tradisjonelle ulovfestede erstatningslære må det foreligge skyld for å kunne kreve erstatning, hvor ikke et objektivt ansvar er spesielt hjemlet. Det man kan merke seg ved erstatningskrav på patentrettens område er at ytterligere krav om erstatning gjerne faller bort hvis oppfinnelsen utelukkende er ment å brukes til å selge ved lisenser. Vurderingen av skyldkravet som må foreligge for å kunne kreve erstatning vil bli nærmere diskutert nedenfor.

Åndsverkloven er, som nevnt tidligere, den eneste immaterialrettsloven som åpner for å tilkjenne oppreisning. Oppreisning kan tilkjennes hvor det foreligger forsettelige eller grovt uaktsomme krenkelser. Det kreves dermed en viss skyldgrad for å kunne kreve oppreisning etter loven.

Skyldkravet som avgjørende vilkår er sprikende innad i de forskjellige lovene. Etter åndsverkloven kan man fremsette krav om berikelse, på tross av at det ikke foreligger skyld. Altså skal man ikke kunne tjene på en krenkelse av åndsverkloven, uansett om den er gjort i god tro.

Det fremkommer ikke etter ordlyden i åndsverkloven at man kan kreve tapt vederlag ved krenkelse, slik det gjør i varemerkeloven. Ved krenkelse av varemerkeloven kan man ha et

²² Lov om patenter (Patentloven) av 15.des 1967 nr. 9

krav om vederlag tilsvarende en rimelig lisensavgift for bruken, se varemerkeloven § 38. Lisenssynspunktet er skjøvet i forgrunnen også på patentrettens område, på den måten at erstatningen normalt skal settes til minst det beløp som en passende lisensavgift ville utgjøre.²³ På tross av at det ikke følger av ordlyden i åndsverkloven er det ikke lenger tvilsomt at man har et krav på vederlag for urettmessig bruk, også på opphavsrettens område. Til grunn for vederlaget ligger en slags vurdering av hva kostnaden ved en lisensavgift kunne vært, hvis man hadde måttet betale for den urettmessige bruken.

2.3 Markedsføringsloven²⁴

Markedsføringsloven inngår ikke i det batteri av lovbestemmelser som beskytter eneretter, vil den kort bli fremstilt isolert.

Markedsføringsloven avløste den gamle konkurranseloven om utilbørlig konkurranse, og de materielle bestemmelsene bygger i stor grad på denne. Markedsføringsloven regulerer både forholdet mellom forbruker og forholdet næringsdrivende imellom. Det er jo i denne sistnevnte relasjonen markedsføringsloven får relevans på immaterialrettens område.

Vår kulturelle og teknologiske utvikling er i prinsippet grunnlagt på etterligning og all teknisk fremgang bygger på det forgjengerne har skapt. Lovens formål er heller ikke å hindre den sunne konkurranse eller den naturlige videreutvikling av produkter og ideer. Like fullt ville det kunne medføre stagnasjon i utviklingen hvis uhemmet etterligning var lovlig. Den økonomiske stimulans vil gå tapt, og man våger ikke gå i gang med dyre forskningsprosjekter og kapitalkrevende eksperimenter. Formålet blir i det videre at det er i

²³ Gaarder s.255

²⁴ Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven) av 16.juni 1972 nr. 47

samfunnets interesse å stimulere til utvikling ved å beskytte mot illojal og urimelig utnyttelse av andres innsats.²⁵

Når det er et gode som ikke er gjenstand for enerettsbeskyttelse vil markedsføringsloven § 8 a om produktetterligningsvern, rettsstridig utnyttelse av know-how §§ 7 og 8 og dessuten generalklausulen om forbud mot handlinger i strid med god forretningsskikk, være et alternativt grunnlag.²⁶ Markedsføringsloven kan særlig hevdes på subsidiært grunnlag i opphavsrettssaker.²⁷ Lovens ordlyd hjemler ingen spesielle erstatningsregler, men det anses som sikker rett at erstatning kan kreves også på basis av denne lovs regler.

Det at markedsføringsloven kan brukes som et alternativ til åndsverksloven, ved konstateringen av krenkelse er den såkalte CIRR-saken²⁸ et eksempel på. Her ble ikke krenkelse av tegninger til et skipsbygg ansett å være åndsverk, jf kravet til verkshøyde, men det ble ansett som brudd på god forretningsskikk næringsdrivende imellom å bruke andres tegninger til skipsbygging.

Det viser altså at den som er påført tap som følge av en lovstridig handling, kan anlegge søksmål mot den som foretok handlingen eller som var ansvarlig for den, for å få erstattet det tap man er påført. En alminnelig betingelse er at skadevolderen har utvist forsett eller uaktsomhet.²⁹

²⁵ Torvald C. Løchen og Grimstad, Amund "Markedsføringsloven med kommentarer". Oslo 1997 om markedsføringslovens formål s. 150

²⁶ Mestad s. 611

²⁷ Sejersted, Nils J. "Erstatning som sanksjon på immaterialrettens område- fyller den sin funksjon?" NIR 2000 s. 129

²⁸ Rt 1997.199

²⁹ Løchen og Grimstad s.209

2.4 Internasjonalt perspektiv

Etter vedtagelsen av åndsverkloven i 1961, har den vært gjennom en rekke endringer. Dessuten har den vært preget av internasjonalisering. Det har vært nye og endrede konvensjoner. De fleste av konvensjonene på opphavsrettens område administreres av FN-organisasjonen WIPO, herunder Bern-konvensjonen. World Intellectual Property Organization ble grunnlagt i 1967 etter mandat fra FNs medlemsstater. Formålet med organiseringen av et eget organ er at de skal utvikle et balansert og tilgjengelig felles opphavsrettslig vern, som setter kreativitet i fokus, stimulerer til innovasjon og bidrar til økonomisk utvikling.³⁰ Bernkonvensjonen ble første gang vedtatt atskillig tidligere enn dette. Det fremkommer i WIPOs håndbok om immaterielle rettigheter³¹ at samarbeidet oppsto allerede 1886. Norge tiltrådte i 1896. Etter dette har det selvsagt vært flere revisjoner for å holde tritt med utviklingen som er på området, særlig i lys av den teknologiske utviklingen. I dag er Bernkonvensjonen tiltrådt av 158 land. WIPO har en sentral rolle i forvaltningen av konvensjonen.

Ved siden av dette ble det 1994 vedtatt et selvstendig internasjonalt vern via den del av WTO-avtalen som omhandler opphavsrett og immaterialrett for øvrig; TRIPS-avtalen, Trade-related aspects of Intellectual Property Rights.³²

De internasjonale regelsettene på immaterialrettens område inneholder normalt ikke bestemmelser om kompensasjon i tilfelle av krenkelse, men henviser i stedet til de relevante nasjonale regler.³³ TRIPS-avtalen inneholder imidlertid noen kortfattede

³⁰ www.wipo.int. Den offisielle nettsiden til organisasjonen.

³¹ WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and use s. 262-268

³² av 1. januar 1995

³³ Riis, Thomas "Enerettigheter og vederlagsrettigheter- Håndhævelse af immaterialrettigheder i økonomisk perspekt" Fredriksberg 2005 s.203

bestemmelser i avtalens artikkel 45. Det viser til at man skal ha nasjonale myndigheter som har legitimitet til å illegge sanksjoner ved krenkelse av immaterialrett.

EU, og den utviklingen som har skjedd på immaterialrettens område innad i unionen, har likevel fått størst betydning for norsk opphavsrett- særlig gjennom den harmonisering som har funnet sted via kasuistiske direktiver. EU har siden 1989 utvist stor aktivitet på opphavsrettsfeltet, og det er vedtatt en rekke direktiver for å harmonisere reglene innenfor det indre marked. Direktivene er gjort til en del av EØS-avtalen, og reglene gjelder følgelig også i Norge. Det siste av avgjørende direktiver er det såkalte opphavsrettsdirektivet³⁴ om harmonisering av visse aspekter ved opphavsrett og nærstående rettigheter. Direktivet har resultert i en ot.prp³⁵ om endring av åndsverkloven, slik at den sammenfaller med resten av EØS-landene, og representerer det siste som ble endret. Opphavsrettsdirektivet ble implementert i Åndsverkloven 17.juni 2005, i kraft 1.juli 2005.

2.5 Tvistemålsloven

Tvistemålsloven kan ikke brukes som rettslig grunnlag for å konstatere erstatningsplikt. Loven kan brukes som hjemmel for den skjønnsvurdering som ligger til grunn for omfanget av erstatningen. Der hvor det er umulig eller uforholdsmessig vanskelig å føre bevis for størrelsen av en skade, eller for verdsettelse for øvrig, hjemler tvistemålsloven § 192 at retten skal treffe avgjørelse om størrelsen etter eget skjønn. Bestemmelsen gjelder kun størrelsen av kravet, og ikke bevis for kravets eksistens.

Dette burde kunne åpne for at retten i større grad enn det synes som at gjøres, å legge til grunn et skjønn hvor man ser bevisproblemene for konkret tap og bruke skjønn til å fastsette omfanget av størrelsen. Det kan diskuteres om dette kan være hjemmelen for at det utmåles skjønnsmessig oppreisning, men i utgangspunktet kan bestemmelsen hjemle at

³⁴ Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2001/29/EF om harmonisering av visse aspekter vedrørende opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet. Ble vedtatt 22.mai 2001 og publisert 22.juni 2001.

³⁵ Ot.prp nr 46 (2004-2005) Om lov om endringer om åndsverkloven

domstolene kan bruke skjønn hvor det virker fornuftig at det tilkjennes erstatningsbeløp i større målestokk enn det anses bevist.

3 Noen overordnede betraktninger på situasjonen i dag

TRIPS-avtalen har en rekke bestemmelser med sikte på å beskytte selve enerettsposisjonen, og det for å unngå at denne reduseres kun til en ”vederlagsrett”.³⁶

I dette ligger det et utgangspunkt om at man må kunne kreve erstattet det ytterligere økonomiske tapet. Eneretten som institutt er med dette med på å legitimere at det kan hefte ytterligere krav ved bruk av annens rett enn kun krav på vederlag. Erstatning er den eneste, i praktisk forstand, sanksjonen med preventivt potensial i praktisk forstand. Særlig fordi straffesanksjonene så å si ikke brukes i domstolene.

Det lave erstatningsgrunnlaget kan synes noe underlig med tanke på at man i samtlige immaterialrettslover har regler om erstatning, som i stor grad bygger på alminnelige erstatningsrettslige prinsipper. Rognstad og Stenvik stiller spørsmål ved om de alminnelige erstatningsrettslige prinsippene ikke egner seg på immaterialrettens område. Kan det være en av årsakene til det tilsynelatende lave erstatningsnivået? Fornyingen av immaterialrettens erstatningsregler har vært ønsket fra flere hold, men ikke fra lovgivers side.

En annen hypotese som lanseres av forfatterne som kan begrunne det lave erstatningsnivået, er at domstolene ikke har maktet å utnytte potensialet i de gjeldende regler ved utmåling av erstatning for krenkelse.³⁷ Skadeobjektene er mindre håndgripelige og i dagen enn ved personskader og skader på fysiske ting. De spør seg om domstolene kan mangle forståelse for rettighetenes verdi.

³⁶ Stenvik og Rognstad s.512

³⁷ Stenvik og Rognstad s.513

3.1 Skaden

Hva er det egentlig som gjør at en krenkelse utgjør et økonomisk tap? Det er jo ikke det konkrete produktet eller det enkelte åndsverk som blir skadet. Det er det landskapet verket og produktet skal leve i som gjør seg gjeldende. Det er produktets markedsverdi, og rettighetshavers markedsposisjon som blir skadelidende. Dette vil bli vesentlig nærmere beskrevet nedenfor.

4 Erstatning for økonomisk tap

4.1 Hensyn bak erstatningsreglene

Det er vanlig å si at erstatningsretten blir begrunnet av to hovedhensyn; gjenoppretting, hvor man skal stilles i den økonomiske situasjonen man var i før skade ble voldt, og prevensjon, at erstatningen skal virke forebyggende i forhold til overtredelsen.³⁸ Tapet som skal erstattes vil i denne sammenheng, hvor det ikke er en fysisk skade som gjør seg gjeldene, være for eksempel avsetningstapet³⁹ Det anses som rimelig at innehaveren av et formuesgode, som blir utsatt for et rettsstridig angrep, holdes skadesløst i økonomisk henseende.⁴⁰ I dette ligger en forståelse av at dette ikke bare er et hensyn som skal begrunne en erstatningsplikt ved krenkelse, men at det samme hensyn skal ligge til grunn for selve erstatningsutmålingen. Det vil da si at skal rettighetshaver stilles i den samme økonomiske situasjonen han var i før krenkelse, må hele hans økonomiske tap kompenseres. Dette er et moment ved de problemer som gjør seg gjeldende ved

³⁸ Lødrup, Peter "Lærebok i erstatningsrett" Oslo, 1999 s. 85

³⁹ Eskildsen s 364

⁴⁰ Stenvik og Rognstad s. 517

sannsynliggjøringen av det økonomiske tapet. Hensynet til gjenoppretting kan kanskje være et moment som kan tale for at kravet til sannsynliggjøring av det økonomiske tapet i den konkrete sak må revurderes.

Det erstatningsrettslige synspunktet er at det ikke skal lønne seg å begå inngrep i en immaterialrettslig enerett. Skal immaterialrettens formål realiseres, er det nødvendig at rettighetene blir respektert.⁴¹ Det kan ved dette hevdes at prevensjonshensynet er ekstra aktuelt på dette aktuelle området. Erstatningsansvaret kan være det ”riset bak speilet” som næringsdrivende overveier når det gjøres en vurdering av hvor tett opp mot andre produsenters produkter man skal legge seg, eller hvorvidt man ulovlig benytter seg av annens enerett til åndsverk. Det kan være et spørsmål om risiko ved å etterligne eller bruke, fremfor å skape noe eget selv.⁴²

Forholdet til prevensjonshensynet kan virke i sammenheng med risikoen for å bli oppdaget. Man kan hevde at sjansen for å bli tatt i å ulovlig laste ned musikk på internett er forsvinnende liten, slik at et erstatningskrav ikke vil virke preventivt nok. Størrelsen på kravet vil kanskje kunne kompensere noe for det, men nivået er ikke på et slikt nivå pr dags dato.

Sammen med forholdet til erstatningens størrelse, fremmer Stenvik og Rognstad at man må se prevensjonshensynet sammen med skyldgraden til saksøkte. De mener at det er hvor skyldgraden er grov, der inngriperen bevisst har holdt seg uvitende om rettighetssituasjonen, eller der hvor han har tatt en kalkulert risiko, at erstatningssummen må settes tilstrekkelig høyt, slik at det i seg kan virke både individual- og allmennpreventivt. Disse tre forholdene må ligge til grunn ved den senere drøftelsen rundt

⁴¹ Stenvik og Rognstad s. 519

⁴² Se Stenviks og Rognstads betraktninger s. 519

problemene ved utmålingen. Kravet til skyld, oppdagelsesrisikoen og risikoen for domfellelse vil være avgjørende momenter, og vil bli nærmere vurdert nedenfor.

To forhold trekkes frem som momenter som taler mot å sette erstatningsutmålingene svært høyt. For det første kan et inngrep i et immaterialrettslig gode være samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk. Det kan rett og slett føre til positiv verdiskapning. I disse dager hvor miljøhensynene har blitt fokusert på i såpass omfattende omfang, kan effektiv ressursbruk være et gode i samfunnmessig perspektiv. Dessuten mener de at man må ta i betraktning risikoen for overprevensjon, på den måten at tredjemann kan avholde seg fra å iverksette fullt lovlig virksomhet i frykt for at man skal komme i et erstatningsansvar. Disse forholdene kan være hensyn som må moderere erstatningsutmålingen.

4.2 Erstatningsnivået

Som nevnt er det en felles oppfattelse i juridisk litteratur på området, at erstatningsnivået innen immaterialretten er beskjedent i forhold til det som oppfattes som reelle tap for rettighetshaver. Flere har forsøkt å komme med forklaringer som kan gjøre rede for hvorfor det er på denne måten.

En av forklaringene kan være at domstolen ikke har forståelse for immaterialretten som disiplin. Det er vanskelig å beregne skaden da den er av en slik abstrakt art som gjerne krenkelser av et immaterialrettslig gode er. Som videreføring av dette trekkes det fram at det kan være slik at de alminnelige erstatningsrettslige prisnippene ikke er egnet for immaterialretten, eller sågar at domstolene ikke har utnyttet det potensialet som ligger i de gjeldende regler for erstatningsutmåling.⁴³ Om det er med grunnlag i dette eller som eget utgangspunkt, hevdes det også at erstatningsspørsmål ikke prosederes med særlig styrke. Hovedvekten av prosedyren til rettighetshaver er rettet mot å sannsynliggjøre at den bruk

⁴³ Stenvik og Rognstad s. 513

som saksøkte gjør, er en krenkelse av saksøkers enerett. Dette kan også ha psykologiske årsaker.⁴⁴

At det er et lavt erstatningsnivå synes å være en felles forståelse i Skandinavia. Enigheten om at det er for lavt erstatningsnivå har ikke, tilsynelatende, resultert i noen antagelser eller konkretiseringer på hvor mye høyere nivået må ligge på for at det skal være akseptabelt erstatningsnivå.

For å nå et nivå som kan anses som det ”riktige” ut fra skadens art og hvilket gode det er tale om, er det noen avveininger som må ligge til grunn. Prevensjonshensynet er jo et hovedhensyn for sanksjonssystemet. Dette må likevel avveies i forhold til det krav til dokumentasjon som må anses å i rimelig grad kunne konkretisere og sannsynliggjøre det tapet som fremmes, og dessuten den skyldgraden som må være utgangspunktet for å kunne kreve erstatning. Disse tre forholdene vil jeg komme tilbake til nedenfor og vil være de momentene som må veies mot hverandre når det kommer til å fastsette det erstatningsnivå man finner hensiktsmessig.

4.3 Konkretiseringen av det økonomiske tapet

Det er gjennom rettspraksis og juridisk teori fremmet forskjellige kategoriseringer av det tap som kan følge av krenkelse av enerett. Det springende i vurderingene av det økonomiske tapet er jo at tapsindisiene er til dels luftige, og vanskelig å få konkretisert.

Det synes som at det er tre hovedgrupper av økonomisk tap som legges til grunn, og tapspostene subsumeres under disse. I det følgende vil jeg gjøre en kort fremstilling av disse.

⁴⁴ Sejersted s.121

4.3.1 Omsetningstapet

Omsetningstapet, også kalt avsetningstapet, er normalt hovedposten i erstatningskravet. Omsetningstapet forutsetter at man står i forhold til en påbegynt eller planlagt produksjon, at denne ikke kan omsettes så hurtig som planlagt, og at dette begrunnes i forhold som krenkeren kan styre. I de tilfeller man definerer et *fremtidig* omsetningstap bør dette karakteriseres som markedsforstyrrelser. Det vil med dette si at omsetningstapet omfatter det tap som har gjort seg gjeldende frem til dags dato.⁴⁵

Markedsfortrengning er et begrep som gjør seg konkret gjeldende ved omsetningstap. Rettighetshaverens produkt fortrenses ut fra det markedet det hadde i utgangspunktet. Som et grunnlag og rent logisk er det lett å se at det er en naturlig sammenheng mellom omsetningsnedgang og graden av markedsfortrengning. Likevel er det jo en del usikkerhet rundt andre forhold som påvirker hvordan et produkt fungerer i markedet. Det er en rekke variabler som kan gjøre seg gjeldende.

Hvor benyttelse kommer i konflikt med rettshaverens egen utnyttelse av verket, vil hans skade normalt bestå i tap ved å få sitt marked redusert.⁴⁶ Tapet består av differansen mellom den krenkedes faktiske omsetning og den omsetning han hadde hatt dersom den rettsstridige handling ikke hadde funnet sted⁴⁷. Det er nærliggende i etterligningssaker, men også i saker av opphavsrettslig karakter, å se hen til hvor mange kopiprodukter som er solgt, med det utgangspunktet at den krenkede ville solgt tilsvarende antall dersom kopien eller etterligningen ikke var kommet på markedet.⁴⁸

En kalkulering av omsetningstapet forutsetter følgelig at man setter opp et anslag av to faktorer: Antallet ikke-solgte enheter og rettsinnehaverens dekningsbidrag pr enhet.⁴⁹

⁴⁵ Riis s. 251

⁴⁶ Sijthof Stray s.315

⁴⁷ Mestad s.612

⁴⁸ Mestad s.612

⁴⁹ Koktvedtgaard, Mogens.1991 s.332

Rettighetshaverens tapte omsetning i antall enheter multiplisert med rettighetshaverens fortjeneste pr enhet. Erstatning skal utmåles på grunnlag av rettighetshaverens tapte omsetning, fratrukket de omkostninger som rettighetshaveren har spart.

Hvor mange enheter er det sannsynlig at rettighetshaveren hadde solgt hvis man tenker seg krenkelsen bort? Beregningen blir selvsagt svært hypotetisk. Den såkalte Napster- saken omhandlet tilgjengeliggjøring av musikk på internett. Den siktede ble vurdert til å ha medvirket til tilgjengeliggjøring, jf åndsverkloven § 2. Saken gikk helt til Høyesterett⁵⁰, men utmålingen av erstatningssummen som ble gjort av lagmannsretten, ble lagt til grunn også i Høyesterett. Lagmannsretten⁵¹ uttalte *”utgangspunktet er at erstatningen skal settes lik det påregnelige og adekvate tapet saksøkerne har hatt som følge av As aktivitet”*. Altså ble erstatningsberegningen gjort ut fra hvor mange cd-singler som ikke ble solgt og denne vurderingen ble tatt utgangspunkt i antall nedlastede sanger fra nettsiden.

Det knytter seg en del usikkerhetsmomenter til å hevde at det antallet rettighetshaveren ikke har fått solgt er tilsvarende det antall som er solgt av en kopi eller en ulovlig nedlastet sang fra nettet. Det er mange forhold som spiller inn i en prosess som handel av eller tilegnelse av et gode er. Hvordan har prisnivået spilt inn i den konkrete handelen? Kjøpekraft, kunder og lanseringsområder er eksempler på andre momenter som forskyver på det statiske utgangspunktet. Krenkerens omsetning som fasit på omsetningssvikt kan ikke være en størrelse man fremmer med sikkerhet. Det er problematisk å formode at disse to størrelsene er like store. Man er derfor henvist til å foreta en hypotetisk beregning.

Skjer det et fall i omsetningen av et produkt etter at det har blitt utsatt for en immaterialrettslig krenkelse, kan det legges til grunn en formodning om at fallet skyldes krenkerens atferd. Like fullt må det gjøres en konkret vurdering av produktet.

⁵⁰ Rt 2005.41

⁵¹ TSGUD 2002.203

Det er flere spørsmål som i den sammenheng blir aktuelle. Er det et etablert produkt med et fast segment eller er produktet nytt i markedet? Har produktet nådd et metningspunkt når det kommer til omsetning, eller er produktet fortsatt levedyktig på markedet? Nettopp en vurdering av markedet rundt et produkt, og hvorvidt det var en såkalt markedsmetning i forhold til produktet, ble avgjørende i en sak fra Drammen byrett.⁵² Det var en produsent av klatrenisser som hadde lagt seg for nær opp til originalproduktets utseende, slik at det ble ansett å være en krenkelse av markedsføringsloven § 8a. Omsetningen av originalproduktet var gått ned, men retten fant likevel ikke nedgangen til å skyldes krenkerens produkter på markedet: *”Hovedårsaken til nedgangen til saksøkers omsetning i 1998 er etter rettens mening at markedet begynte å bli mettet”*.

Som en videreføring av tanken på at ikke all omsetningsnedgang trenger å skyldes krenkerens inntreden i markedet, kan man ikke slutte at manglende omsetningstap betyr at det *ikke* har foreligget økonomisk tap. Det kan jo være tilfelle at et produkt ville hatt en økning i omsetningen i den samme perioden. I en lagmannsrettsavgjørelse⁵³ ble Brio as funnet å krenke Thomas Dams ”lykketroll” som var opphavsrettslig beskyttet. Retten uttalte ; *”Man kan ikke av den omstendighet at Troll Company i 1999 hadde den høyeste omsetningen av lykketroll i Norge siden 1993 trekke den slutning at selskapet ikke er blitt skadelidende ved ankemotpartens salg”*. Dette viser hvor de vanskeligheter som gjør seg gjeldende i den underliggende sak.

I tilfeller hvor omsetningen går ned, men det er vanskelig å vurdere hvorvidt nedgangen skyldes markedet som sådan, eller krenkerens aktivitet, har det vært foreslått å snu

⁵² RG 2000.787

⁵³ RG 2001.676

bevisbyrden.⁵⁴ Da måtte krenkeren ha bevist at omsetningsfallet ikke skyldes hans inntreden på markedet. Dette vil jeg komme nærmere inn på nedenfor.

4.3.2 Markedskorrigeringer

Mer eller mindre påviselige forstyrrelser av markedssituasjonen kan føre til uberegnelige skader. Markedsforstyrrelse omfatter annen skade enn omsetningssvikt. At en krenkelse har slike skadevirkninger har en intuitiv appell, men det er vanskelig å konkretisere.⁵⁵

Som det ble nevnt innledningsvis er det svært viktig for de som har det originale produktet, at det ikke blir distribuert flere lignende produkter på markedet. Frykten som knytter seg til å bli kopiert er at kopiene kan svekke, og til og med ødelegge, originalproduktets kommersielle verdi. Slik det synes som at markedet fungerer, vil en utvanning av et produkts rykte kunne svekke originalproduktets verdi. Den jobben som nedlegges i merkevarebygging, og ellers reklame, er et tegn på viktigheten av at produktet får stå alene uten at andre påvirker det negativt.

Det kan oppstilles tre former for markedsforstyrrelser som et utgangspunkt for systematikk.⁵⁶ For det første forekommer det krenkelser som gjør at noen nærmest ”flyter på” andres allerede opparbeidede goodwill, og tilegner seg og tjener på det allerede bestående. For det andre kan krenkeren ved dette *skade* den goodwill som er opparbeidet av rettighetshaver. Forskjellen på disse to forholdene er at ved det første tilfelle kan man forveksles med originalproduktet, og på den måten oppnå salg. Da vil det typisk foreligge et konkurranseforhold. Et eksempel kan være at man har innarbeidet et godt rykte for et produkt som innehar god kvalitet, som etterlignes og selges billigere av en annen leverandør.⁵⁷

⁵⁴ Eskildsen s.364

⁵⁵ Riis s. 263

⁵⁶ Riis s. 263

⁵⁷ RG 2000. 787

Skade på goodwill kan forekomme også hvor det ikke er et direkte konkurranseforhold mellom rettighetshaveren og krenkeren. Eller hvor man er konkurrenter, men det ene produktet er uomtvistelig av bedre kvalitet enn det andre.⁵⁸ Dette skiller seg fra avsetningstap som blir gjort rede for nedenfor, ved at det begrenser inntjeningsmulighetene i fremtiden.

Den tredje formen for markedsforstyrrelser retter seg mot de skader som følger av krenkelsen, men som er av mer indirekte art. Det retter seg mot andre deler av rettighetshaverens virksomhet, for eksempel markedsføring. I saken med legen som skrev vitenskapelig litteratur om seksualitetens historie, og hvor dette ble omskrevet av en tredjemann, ble hans økonomiske tap tatt i forhold til nettopp denne typen problemstillinger.⁵⁹ At han opphørte etter hendelsen med fagvitenskapelig litteratur, fordi han fant det vanskelig å gjøre et troverdig arbeid, gjorde at hans inntjeningsmuligheter ble snevret inn. Dette er følger av en mer indirekte art, men reelt kunne det vise tilbake til krenkelsen.

De mer indirekte skadevirkningene trenger ikke å være konkret knyttet til skaden, men får likevel en annen mer indirekte påvirkning på produktet. For eksempel parallell- import av varer. Inntjeningsmulighetene forringes i kraft av et svekket distribusjonssystem.

Tap som følge av markedsforstyrrelser er ubestemmelig tap i *fremtidens* omsetning av et produkt. Det kan alternativt betraktes som et tap av kundekrets. Dette kan ha blitt følgene til tross for at krenkelsen har opphørt. Begrepet er jo blitt et juridisk begrep som ikke har annet innhold enn det domstolen tillegger i det konkrete tilfelle, og typisk vil et fremtidig forventet omsetningstap delvis kompenseres ved hjelp av et rimelig vederlag for

⁵⁸ Eks RG 1998.277. Mag Instrument Inc fikk medhold i sine krav om forbud mot markedsføring og salg av kopilykter og fikk bla erstattet sitt tap av goodwill.

⁵⁹ RG 1990. 843

utnyttelsen.⁶⁰ Det karakteristiske med tapsposten er at den krenkede ikke kan hen vise til konkrete forventede transaksjoner som ikke blir gjennomført på grunn av krenkelsen. Tapet er dermed av abstrakt art og kan strengt tatt ikke dokumenteres i tradisjonell forstand, men sannsynliggjøres i større eller mindre grad.

Når det kommer til hvilke kriterier man skal legge for selve utmålingen ved markedsforstyrrelser vil dette tapet måtte være større enn omsetningstapet. Det normative kriterium for utmåling som følge av markedsforstyrrelse bør være krenkelsens synlighet i den relevante kundekrets.⁶¹ I de sakene hvor det faktisk utbetales erstatning for økonomisk tap er domstolene tro mot den erstatningsrettslige tradisjon og unnlater å gi en nærmere begrunnelse for utmålingsprinsippene som faktisk begrunner utfallet - altså den summen man kommer til. De henviser til at summen skjønnsmessig settes dit den gjør. Det er på den måten vanskelig å se hvordan retten gjør vurderinger i den konkrete sak.

Det er også svært vanskelig å gjenoppbygge et svekket renommè og man kan tenke seg at det vil føre til massive reklame- eller andre markedsføringsskritt. Det at utmålingen er av en slik skjønnsmessig art, kan det synes som at det er i dette henseende det vil skje en flytende overgang mellom erstatning og oppreisning. Å konkretisere et tap av goodwill, slik at det av retten anses tilstrekkelig sannsynliggjort, har vist seg svært vanskelig. Dessuten er balansegangen mellom vederlag og erstatning på dette området forholdsvis flytende.

4.3.3 Interne kostnader

Erstatningsbeløpet skal dekke rettighetshaverens utgifter til å påvise lovovertrедelsen, herunder å oppspore den.⁶² Dessuten vil en kunne vise til store kostnader ved

⁶⁰ Riis s. 266

⁶¹ Riis s. 271

⁶² Sijthof Stray s.316

skadebegrensning, eksempelvis å måtte kjøre motkampanjer for å gjenopprette sin markedssituasjon. Det kan vises til en del kostnader også til det å få konstatert krenkelse. For eksempel prøveinnkjøp osv. Hvor dette ikke forutsettes dekket av saksomkostningene må det være adekvat årsakssammenheng mellom kostnaden og det tap krenkelsen har skapt. Men det er ikke gitt at man får alt dekket, og beregningsgrunnlaget er gjort forskjellig. I tysk rett legger man det dobbelte av det lisens ville kostet, som erstatning for det apparatet som mobiliseres for å kontrollere at det ikke finnes misbruk.

Det er de interne kostnadene som man har størst mulighet til å identifisere med tilstrekkelig grad av sannsynlighet. Likevel kommer det et ekstra moment inn i vurderingen av den konkrete utgifte. Det kreves en viss proporsjonalitet når det kommer til de utgifter man bruker til mottiltak. Samtidig foreligger det en tapsbegrensningsplikt, slik at kostnadene må vurderes også i forhold til dette. I Osram-dommen⁶³ kommenterte retten det på denne måten: *”i utgangspunktet må det være opp til skadelidte selv hvordan han mest hensiktsmessig bør begrense skaden og hvilke tiltak som synes nødvendig”*. Likevel gjør de etter dette en konkret vurdering og fant at det i denne sammenhengen var et forsvarlig forhold mellom formålet og de tiltak som ble satt i verk.

5 Beviskrav

I det følgende vil jeg redegjøre for de beviskrav som gjør seg gjeldende når man skal fastsette et faktum eller sannsynliggjøre at noe konkret har gjort seg gjeldende. I underliggende tilfelle vil disse generelle tilnærmingene være det utgangspunktet som gjør seg gjeldende i vurderingen av det sannsynlige økonomiske tapet som følger av en opphavsrettslig krenkelse.

⁶³ RG 2000. 1355

5.1 Generelt om bevisbedømmelse og beviskravene

Den krenkede har bevisbyrden for at det er lidt tap og hvilket omfang tapet har. I utgangspunktet foreligger det fri bevisbedømmelse – retten skal fritt ta en skjønnmessig vurdering av bevisenes holdbarhet og vekt. Beviskravet varierer etter de konkrete omstendigheter i den enkelte sak. Ved mer ubestemte erstatningsposter, som jo er typisk på immaterialrettens område, er beviskravet forholdsvis lempelig. Det antas at det er tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt. Dessuten ser det ut til at det lempes på beviskravet hvis skadevolder har handlet grovt uaktsomt.

Med grunnlag i vederlagserstatningen kan det synes som at behovet for å sannsynliggjøre økonomisk tap har blitt mindre, i og med at vederlagsinstituttet ikke har økonomisk tap som vilkår.

Hvis en person har valgt krenkelse fremfor å gå frem på rettmessig vis, må han bære risikoen for det. Ved å gjøre dette plasserer man risikoen hos den personen som kan kontrollere de relevante forhold. I et samfunnsøkonomisk perspektiv virker et slikt moment umiddelbart hensiktsmessig, på den måten at han i fremtiden kanskje vil vise en større aktsomhet når han håndterer verk eller produkter som er beskyttet ved enerettsinstituttet. Hensynet til både allmenn- og individual prevensjon kan trekkes frem i så henseende.

Rettighetshaver har bevisbyrden for at han har lidt tap, dessuten for tapets størrelse. Det gjentagende problem er som nevnt tidligere at den krenkede er stilt overfor problemet med å føre bevis om i seg selv vanskelige spørsmål og dessuten godtgjøre omstendigheter av nesten hypotetisk karakter eller hvor parten mangler full adgang til bevismidlene - alt med bevisbyrden.⁶⁴ I problemstillingen rundt å bevise at det foreligger tap, vil bevisbyrden for årsakssammenhengen mellom skaden og det økonomiske tapet være det sentrale. Denne bevisbyrden fører jo unektelig til at det blir vanskelig for rettighetshaver å få godtgjort sitt

⁶⁴ Eskildsen s.364

tap. Absolutt bevismessig tvil går utover rettighetshaveren. Med dette vil den absolutte tvil om rettsbruddet gjøre at krenkeren eller produktetterligneren vil bli frifunnet.⁶⁵

Ved utilbørlig konkurranse og usann skade kan det godt foreligge skade uten at dette kan påvises. Om skade er lidt er gjerne et bevisspørsmål. Spørsmålet var oppe i Glamoxdommen.⁶⁶ Et firma reklamerte med at dets belyningsarmaturer som var behandlet på en særegen metode, hadde enestående ”refleksjonskoeffisient” på 96 %. Etter dette gikk firmaet over til nye metoder, med mattere armaturer. ”Refleksjonen” var da på 82 %. Det samme som alle andre. Domstolen fant at reklamen var i strid med konkurranseloven, og uttalte: *”Konkurranseloven har ingen bestemmelse om erstatning for det tilfelle som her foreligger. Men de vanlige erstatningsreglene må komme til anvendelsen jfr. uttalelse herom i Ot.prp. nr 36- 1992 2.spalte. Da de øvrige erstatningsvilkår etter det som er sagt er tilstede, må avgjørelsen av erstatningskravet bero på om ankemotpartene ved den ulovlige reklame er blitt påført tap, eller annerledes uttrykt, om det er godtgjort at de på grunn av denne reklame har tapt omsetning og fortjeneste som de ellers ville hatt”*.

Utgangspunktet for bevisbedømmelse i domstolene er at det er vurdering av bevisene i den konkrete sak som er utgangspunktet, altså fri bevisbedømmelse. Prinsippet er at det er opp til retten, etter en samvittighetsfull prøvelse av det som er kommet frem under forhandlingen, å vurdere hva som kan utledes av de enkelte bevismidler, hvilken vekt de skal tillegges, og hvordan de skal samordnes med andre bevismidler, se tvistemålsloven § 183.

Bevisvurderingen i den konkrete sak, vil skje på grunnlag av de generelle kunnskaper og erfaringer dommeren sitter inne med. Det at bevisbedømmelsen er fri og ikke bundet,

⁶⁵ Monsen, Lars ”Berikelseskrav ved inngrep i det markedsføringsrettslige etterligningsvernet etter mfl §§ 8a jf. 1” 2006 s.52

⁶⁶ Rt 1964.65

innebærer at det ikke er mulig å angi noen rangorden mellom ulike former for bevismidler.⁶⁷

Det optimale hadde vært om man på best mulig måte var så sikker som mulig på at det faktum som legges til grunn faktisk er som det skal være. Det er sjeldent at saken blir oppklart fullstendig slik at det er 100 % klarlagt hvordan faktum i saken forholder seg.⁶⁸ Siden partene i sivile saker er kontrære, må utgangspunktet i sivile saker være at retten må legge til grunn det faktum som den finner mest sannsynlig.⁶⁹ Dette prinsippet kalles også *overvektsprinsippet*, og er altså prinsippet om at man må finne det godtgjort det som er overveiende sannsynlig.

Når overvektsprinsippet er lagt til grunn, må man vurdere hvem som har risikoen for at en omstendighet ikke er blitt klarlagt fullt ut. Med et slikt utgangspunkt er det den som har dette ansvaret som har bevisbyrden, altså at det vil være denne parten som må bære ansvaret hvis han ikke kan sannsynliggjøre sitt ståsted.

Det er sikker rett at det er den som krever erstatning altså rettighetshaver, som har bevisbyrden for at det foreligger årsakssammenheng. Dette gjelder både om handlingen var årsak til skaden, og om en alternativ handlemåte ville ha hindret den.⁷⁰ Det er altså rettighetshaver som saksøker, som har bevisbyrden for at krenkelsen har fått de økonomiske konsekvensene den hevdes å ha fått.

5.2 Årsakskategorier

Som nevnt tidligere i oppgaven er det gjerne tre vilkår som ligger til grunn for et erstatningskrav. Det må foreligge skyld hos skadevolder. Det må være en adekvat

⁶⁷ Skoghøy, Jens Edvin A "Tvistemål" 1998 s. 653

⁶⁸ Skoghøy s. 654

⁶⁹ Skoghøy s. 656

⁷⁰ Lødrup s. 317

årsakssammenheng mellom handlingen og den skade som har oppstått, og det må være et økonomisk tap. I vårt tilfelle er det lagt til grunn at det er fastslått at handlingen er en krenkelse av et opphavsrettslig beskyttet gode. Da står man igjen med utfordringen med å godtgjøre at det foreligger årsakssammenheng mellom krenkelsen og det økonomiske tapet som rettighetshaver hevder foreligger. Dessuten må omfanget av tapet isolert sett sannsynliggjøres.

Nils Nygaard⁷¹ gjør en nøye redegjørelse for de krav som stilles til vilkårene for å finne saksøkte erstatningsansvarlig, og de momentene som gjør seg gjeldende i selve utmålingen av kravet.

Han delte kravene opp i tre kategorier årsaksregler, og jeg vil i det følgende gjøre rede for de disse tre kategoriene.

Nygaards første kategori dreier seg om kravet til faktisk årsakssammenheng. Vurderingene retter seg inn på å se hvorvidt det er en sammenheng i det som anføres å være krenkelse og tap som følge av denne. Denne kategorien omfatter både krav om årsakssammenheng i det hele tatt foreligger og de rettslige kravene til en slik årsakssammenheng. Bevisene for årsakssammenheng gjør seg gjeldende i denne kategorien. Dessuten de rettslige kravene til sammenheng, med vesentlighetskrav og grenser mot fjerne og avledede skader.⁷² Dette kommer jeg tilbake til i pkt 5.3.

Den andre kategorien går på hypotetisk sammenheng mellom de tilfeller hvor ansvarsgrunnlaget bygger på skyld eller feil. Dette kravet kommer *i tillegg* til det foregående. Det stiller altså et krav til den alternative handlingen som kunne vært gjennomført av vedkommende, altså en konkret handling som ville ha innfridd kravet om forsvarlig handling på det konkrete område.⁷³ Man ser altså for seg en handling som kunne

⁷¹ Nygaard, Nils "Plassering av tvilsrisiko for hypotetisk årsak" I Lov og Rett 2000.s. 516

⁷² Nygaard s. 516

⁷³ Nygaard s.516

vært gjort, fremfor den skadelidende handling som er valgt. Den må ha vært effektiv, på den måten at den ville ha forhindret den skade som har oppstått. Effektivitetsspørsmålet går med dette på en tenkt eller hypotetisk sammenheng. Det må foreligge en hindringssammenheng. Dette momentet gjør seg ikke gjeldende som moment i den videre drøftelsen. Det vil vanskelig kunne hevdes at man ikke hadde anledning til å velge en annen handling, enn å bruke annens enerett. Vilkåret egner seg mer i forhold til erstatningsprinsipper ved eksempelvis personskader.

Nygård fremhever at de to foregående inneholder vilkår for ansvar. At man i det hele tatt blir fastsatt til å være erstatningsansvarlig i forhold til skadelidte. Ansvar avhenger med dette av om man svarer ja eller nei på de situasjonene som er nevnt ovenfor. Er det årsakssammenheng og det finnes alternative handlemåter som ikke ville ført til det økonomiske tapet, vel da er men erstatningspliktig

Den siste kategorien dreier seg om *omfanget* av erstatningen og er således ikke et vilkår for at det foreligger et erstatningsgrunnlag.

Ved ansvar for tap i arbeidsinntekt eller driftinntekt er det viktig å finne differansen mellom situasjonen *med* skaden og situasjonen *uten* skaden.⁷⁴ Det er jo slik at å godtgjøre situasjonen med skaden er å se hen til det som faktisk har skjedd, mens å skissere hvordan situasjonen ville ha vært går på hypotetiske hendelsesforløp, som må sannsynliggjøres. Dette vil bli nærmere gjort rede for under pkt. 5.4.

5.3 Krav til årsakssammenheng, herunder hypotetiske hendelsesforløp

Som allerede nevnt flere ganger vil det alminnelige krav i erstatningsretten om årsakssammenheng mellom handling og skade gjelder naturligvis også ved immaterialrettskrenkelser.

⁷⁴ Nygaard s.517

Den påståtte krenkelse av enerett, og fastsettelsen av dette kravet, går inn under ansvarsgrunnlaget. Samtidig danner krenkelsen utgangspunkt for årsakssammenhengen som fører frem til den konkrete skade.⁷⁵

I praksis er det slik at årsakssammenhengen blir den påståtte krenkers viktigste forsvarslinje. Her kan tvilen knytte seg til flere forhold på den måten at årsakskjeden kan ha flere usikre ledd. Spørsmålet om det foreligger årsakssammenheng må anses som bevistema.⁷⁶ Den vurderingen som dommeren til slutt må foreta, er skjønnsmessig og helhetlig. Tvil på flere punkter i en årsakskjede vil da naturlig nok samlet sett bli tillagt betydning ved bevisvurderingen.

Bevisproblemet blir hvorvidt den påstått ansvarlige årsaksfaktoren alene eller i sammenheng med andre har evne til å gjøre en slik skade og om denne årsakssammenhengen har realisert seg.⁷⁷ Samtidig må man se bort fra krenkelsen hvis det må anses som at dennes bidrag, til eksempelvis en omsetningsnedgang, er av uvesentlig art.

Det er i denne sammenhengen at de forskjellige alternative påvirkninger på et produkts posisjon i markedet gjør seg gjeldende som alternative årsaker til eksempelvis en nedgang i omsetning. Etter P-pilledom II⁷⁸ anses det som sikkert at det ikke er tilstrekkelig at det ene alternativet er mer sannsynlig enn de andre, men at vedkommende årsak er mer enn 50% sannsynlig.⁷⁹ Retten uttalte at P-pillen måtte være *”mer sannsynlig som årsak enn de øvrige alternativene til sammen”*

De betingelsene som gjør seg gjeldende som årsaker til økonomisk skade på rettighetshavers hånd, må som regel karakteriseres som alternative betingelser. De er altså

⁷⁵ Nygaard s. 521

⁷⁶ Skoghøy s. 324

⁷⁷ Nygaard s. 522

⁷⁸ Rt 1992. 64

⁷⁹ Lødrup s. 321

uavhengige av hverandre. De kan virke sammen uten at de utelukker hverandre. At det skjer en nedgang i salg av et produkt, kan skyldes både at det selges kopier billigere annet sted, og at markedet er mettet på produktet. Skoghøy viser hvordan man kan beregne sannsynligheten for at i alle fall èn betingelse er oppfylt.⁸⁰ Han setter opp en vurdering hvor summen av sannsynligheten for hver enkelt betingelse trekkes fra produktet av sannsynligheten for de enkelte betingelsene.

En slik teoretisk resonnement kan kanskje virke kunstig i den konkrete sak. Hvordan man skal gå frem når man vurderer de faktiske spørsmål er noe ganske annet enn å vurdere hvor omfattende et bevisstema skal være. Det er et rettslig spørsmål og må løses på grunnlag av vanlig juridisk metode.⁸¹ Dessuten gjør det seg igjen gjeldende at domstolene sjelden gjør rede for hvordan de har kommet frem til det faktum som de legger til grunn. Metoden som domstolene brukes kan med dette vanskelig etterprøves.

I vurderingen av hvorvidt krenkelsen er en sannsynlig årsak til det økonomiske tapet som rettighetshever hevder han har lidt, må sannsynligheten for at omsetningsnedgang ville inntrådt som følge av krenkelsen sammenholdes med sannsynligheten for at nedgangen kan være forårsaket av andre forhold.⁸²

For dommeren må det fremstå som mer sannsynlig at det foreligger årsakssammenheng enn at det ikke gjør det.⁸³ Hvis dommeren er i absolutt uvisshet, altså at ett alternativ ikke er mer sannsynlig enn et annet skal den som er tiltalt for krenkelse av eneretten frifinnes. Har skadelidte oppfylt sin bevisbyrde så snart årsakssammenhengen er mest nærliggende, eller kreves det en høyere grad av sikkerhet for at den påståtte skadevolder skal dømmes til å betale erstatning?

⁸⁰ Skoghøy s. 670

⁸¹ Se Skoghøy s. 671

⁸² Skoghøy s. 675

⁸³ Lødrup s. 319

5.3.1 Bevisbyrde ved årsakssammenheng

Om det til slutt er tvil om det er sannsynlighetsovervekt for årsakssammenheng, kan bevisspørsmålet løses ved bruk av bevisbyrdereglene, også kalt tvilsrisikoen. Når det kommer til å sannsynliggjøre årsakssammenhengen er den store hovedregelen at skadelidende har bevisbyrden. Krenkeren blir ansvarlig med mindre det er sannsynlighetsovervekt for at krenkelsen ikke har ført til noe økonomisk tap.⁸⁴

Ved andre tilfeller, kan det være grunnlag for å la tvilen gå utover skadevolderen. Det er ikke tvilsomt at omvendt bevisbyrde krever særskilt hjemmelsgrunnlag. Det er gjerne hensyn som å sikre bevis som kan være grunnlag for å snu bevisbyrden i den underliggende sak. Med dette kan man forstå det dit hen at bevisbyrden kan plasseres hos den som har krenket en annens enerett, særlig hvis det bygger på klanderverdige forhold. Da er det han som må bære risikoen for at årsakssammenhengen fremstår så uklar.

Et eksempel kan tas fra en dom fra Høyesterett⁸⁵, hvor en mann ble funnet ansvarlig for ikke å ha gruset utenfor leiegården han eide, slik at en leietaker falt og skadet seg. Var fallet en adekvat og påregnelig følge av at eieren ikke hadde gruset gården? Retten uttalte: at huseieren måtte *”ta ansvaret for at det hele har fått drive på denne måten, og selv bære risikoen for de økede bevisvanskeligheter som dette kan ha medført”*.

Et annet forhold som kan gjøre det naturlig å snu bevisbyrden, er hvor omstendighetene legger til grunn en årsakspresumsjon.⁸⁶ Hvis rettighetshaver kan påvise at hendelsesforløpet

⁸⁴ Lødrup s. 327

⁸⁵ Rt 1960.1201

⁸⁶ Nygaard s. 524

i seg selv gjør det sannsynlig at det er årsakssammenheng, kan dette være en presumsjon for årsakssammenheng, og krenkeren må sannsynliggjøre en annen årsak.

En annen type situasjon står vi overfor når det foreligger et ansvarsbetingende forhold som har medført en skade, men hvor det kan herske tvil om ikke skaden likevel ville ha inntrådt. Tvil om en slik hypotetisk utvikling må normalt ramme skadevolderen, som må ha bevisbyrden for at skaden også ellers ville ha skjedd.⁸⁷

Et eksempel i denne sammenheng kan vises til at dommen hvor skadevolder ikke innfridde bevisbyrden for at en skade ville ha inntrådt uavhengig av hans skadelidende handling. Det lå en presumsjon om at nakkeskaden var påført skadelidende på grunn av en påkjørsel.⁸⁸

På opphavsrettens område kan det vises til lagmannsrettsdommen⁸⁹, som nevnt tidligere, hvor BRIO as ble funnet å krenke annens opphavsrett. Det ble springende vurderinger ved det faktum at Troll Company, rettighetshaver, hadde en rekordstor omsetning det avgjørende år. Med dette som utgangspunkt ble det vurdert om situasjonen ikke ville vært annerledes hvis man tenkte seg krenkelsen bort. Retten uttalte *”Lagmannsretten finner etter bevisførselen klar sannsynlighetsovervekt for at omsetningen av Dams lykketroll ville vært ikke ubetydelig høyere uten BRIOs troll på markedet. Dette har ikke bare en naturlig formodning for seg, men styrkes også av vitneforklaringen fra Anne Møller”*. Det ble altså, på tross av at omsetningen var økt, funnet at omsetningen ville vært enda høyere hvis ikke krenkelse forelå.

5.4 Omfanget av tap

Når man har konstatert at det foreligger årsakssammenheng og går inn på å finne grunnlag for å sannsynliggjøre et visst *omfang* av tap, har konsekvensene materialisert seg. Det

⁸⁷ Lødrup s. 329

⁸⁸ Rt. 2000. 418

⁸⁹ RG 2001.676

foreligger krenkelse, den nødvendige grad av skyld og årsakssammenheng. Spørsmålet nå gjelder omfanget av det økonomiske tapet.

Uansett hvilket kriterium som anvendes til utmåling av kompensasjon for immaterialrettskrenkelse, vil det være et problem med manglende informasjon om rettighetshaverens lidte tap, krenkerens gevinst eller andre relevante forhold.⁹⁰ Hvem skal bære risikoen for dette? Domstolen må kanskje ta hensyn til dette og fordele risikoen for utilstrekkelig informasjon mellom de involverte parter. Krenkeren vil ha lettest for å frembringe bevis for *sin* gevinst med krenkelsen og rettighetshaveren for skaffe informasjon om *dennes* tap. Hvis dette skulle være det selvfølgelig utgangspunkt, vil det kunne være vel risikabelt for rettighetshaveren, da det vel neppe vil legges det store arbeidet i å frembringe bevis for sin berikelse. Dette problemet har blitt foreslått løst ved at det opplyses om krenkerens samlede omsetning av produktet og deretter lar det være krenkerens ansvar å bevise hva som *ikke* kan føres tilbake til krenkelsen. Dette vil særlig gjøre seg gjeldende på etterligningssaker, hvor bevisførselen vil kunne rette seg mot de omkostninger ved å selge produktet og dels hvis ikke krenkelse var fastsatt. Det kan nærmest anses som en variant av omvendt bevisbyrde.

Her må man igjen se hen til en hypotetisk situasjon, hvor man må legge til grunn en hypotetisk økonomisk utvikling på den ene siden, og nivået med krenkelsen på den andre siden. Man må altså tenke seg krenkelsen bort og tenke seg hvordan situasjonen ville ha vært hvis det ikke var gjennomført en slik krenkelse.⁹¹ Man kan se hen til den vurderingen som ligger til grunn ved personskader. Bevisvurderingen når det kommer til den hypotese som skal legges til grunn om hvilken inntekt rettighetshaver ville hatt på det konkrete området, er bevis for underbyggelse av en hypotese, *ikke* et bevis for faktum. Man stiller seg spørsmålet; hvordan ville situasjonen vært hvis skade ikke var skjedd?

⁹⁰ Riis s.206

⁹¹ Nygaard s. 532

Som nevnt innledningsvis kan man lempe på kravene til bevis der bevisvanskelighetene av forskjellige grunner store. Man kan bruke tvistemålsloven § 192 som utgangspunkt for en slik lempeligere anvendelse av bevisreglene, og med dette kunne se bort i fra det tradisjonelle utgangspunkt om at det kreves sannsynlighetsovervekt. Hensynene for å lempe på sannsynlighetskravet er gjerne kompensasjonshensynet.⁹² Kompensasjonshensynet tilsier i disse tilfellene en justering av hovedregelen om bevisføringsplikt. Dessuten vil forhold som skyldgraden hos krenkeren kunne spille inn ved lempelsen av beviskravene. Dette gjelder særlig hvor krenkelsen er grov.⁹³

Plasseringen av bevisbyrden for situasjonen uten krenkelsen, er det i utgangspunktet rettighetshaver som har. Det vil si at tvil om omfanget av det økonomiske tapet går utover rettighetshaver.⁹⁴ At det kan være avgjørende hvem som har bevisbyrden, gjør seg særlig gjeldende hvor det foreligger absolutt tvil. Absolutt tvil vil si at det ikke er sannsynlighetsovervekt for noen av alternativene.⁹⁵ Det hender likevel at skadevolderen påstår at særlige forhold gjør at det hypotetiske nivået i inntekt ville vært lavere enn det skadelidende påstår. Da kan tvilen gå utover skadevolderen.

5.5 Et tilbakeblikk

Det kan umiddelbart se ut til at problemene ved å dokumentere det økonomiske tapet er knyttet til at det vanskelig kan anses å være sannsynlighetsovervekt for omfanget av tapet. Det kan hjelpes ad ved å skyve bevisbyrden over på krenkeren. Eskildsen⁹⁶ skriver om omvendt bevisbyrde i dansk rett og fronter at det ikke er et godt alternativ å endre bevisbyrdereglene. Han mener men kan ha som utgangspunkt, hvor saksøker har fått medhold i erstatningskravet, at han kan stille med et bedre utgangspunkt når det kommer til

⁹² Stenvik og Rognstad s. 537

⁹³ Stenvik og Rognstad s. 537

⁹⁴ Nygaard s. 534

⁹⁵ Skoghøy s. 658

⁹⁶ Eskildsen s.100

selve bevisførselen ved beregningen av omfanget. På den måten vil man ikke komme til så begrensede resultater som man gjør i domstolene nå. Det kan nesten synes som at han ikke ønsker at overvektsprinippet skal ha så avgjørende betydning som nå, men at man skal tendere å lempe på kravet. I norsk rett ville i så tilfelle tvistemålsloven § 197 være et utgangspunkt for en slik lempeligere bevisvurdering.

Det har vært hevdet at domstolene ikke har maktet å utnytte potensialet i de gjeldende regler ved utmåling av erstatning for krenkelse av immaterialrettigheter.⁹⁷ Det kan kanskje begrunnes i at det er en sviktende forståelse for gjenstandenes verdi, og at tapspostene og ”skadeobjektet” er mindre håndgripelig enn ved personskader.⁹⁸

Det kan være at det på immaterialrettens område kan være hensiktsmessig å se hen til teorier fra andre faglige disipliner for å belyse et marked. Det at omfanget av tapet bygger på til dels luftige indisier, gjør det så problematisk å vurdere hvilke faktorer som gjør at et produkt går ned eller øker i omsetning. Å bruke teorier som er utarbeidet innen annet fagfelt, kan være med på å konstruere et system som gjør det smidigere å anslå et økonomisk tap. Som et kort eksempel kan jeg vise til den såkalte BCG-matrisen. Den er en hyppig brukt analysemodell for vurderinger av en bedrifts produktportefølje. Hensikten med matrisen er å vurdere sammenhengen mellom lønnsomhet og produktenes posisjon i livssyklusen/markedsposisjonen.⁹⁹ Kan det være slik at i de sammenhenger hvor omsetningstapet som hovedkrav i erstatningskravet er til dels vanskelig å identifisere, at man må støtte seg til teorier og retningslinjer for rettens skjønn som ikke har ligget i dagen til nå? Fremveksten av immaterialrettslige produkter er økende, og det landskapet som produktene skal fungere i må kanskje justeres etter andre vurderingsvariabler, eksempelvis andre utradisjonelle fagdisipliner, enn det som ser ut til å ha blitt brukt til nå.

⁹⁷ Se for eksempel Stenvik og Rognstad s. 513

⁹⁸ Videre Stenvik og Rognstad

⁹⁹ The Boston Consulting Group, 1972 I: Framnes, Runar og Thjømøe, Hans Mathias “Markedsføringsledelse”. Oslo 2002 s. 282

6 Skyldkrav

Vilkårene for å kunne kreve erstatning er at det foreligger ansvarsgrunnlag, at det foreligger et økonomisk tap og at det er en adekvat årsakssammenheng mellom handlingen og tapet. Når det gjelder konstateringen av skyld er det vesensforskjeller mellom opphavsretten på den ene side og for eksempel patent- og varemerkeretten på den annen side. Opphavsretten gir ikke prioritetsvern, men bare etterligningsvern¹⁰⁰. Forskjellen består med dette i at i patentretten er du beskyttet også mot den som i god tro gjør den samme oppfinnelse. Utslaget dette gir seg når det kommer til beviskravene er jo at det ligger en annen bevisbyrde til grunn ved krenkelse av en opphavsrettslig enerett, i forhold til patent- og varemerkeretten. På opphavsrettens område må man også sannsynliggjøre at krenkelse ikke er gjort i god tro, men at det i minste fall må foreligge uaktsomhet.

Erstatningsregler forstås i den sammenheng som atferdsregulering, på den måten at det skal ligge et ”riset bak speilet” om å handle i tråd med de forsiktighetsregler som gjør seg gjeldende. Etter culperegelen regulerer dette seg nærmest selv på den måten at det kreves en viss aktsomhet.

Betoningen av det pønale elementet i erstatningen har kommet til uttrykk i et synspunkt om at erstatningen bør være større ved grov uaktsomhet enn ved liten, og størst ved forsett. Ved erstatning innen kontrakter synes det som det er en innarbeidet praksis at kravene til sannsynliggjøringen av det økonomiske tapet lempes, hvis debtors skyld ligger i dagen.¹⁰¹ Dette er således en lempelse av beviskravet til det adekvate tap. Dette kan virke som rettferdig på de fleste, men det er likevel problematisk. Prosessen kan deles i to forhold. I den første å konstatere ansvar, og deretter i den andre å gjøre opp en vurdering av hvor omfattende erstatning som skal utmåles. Akkurat hvordan dette gjøres i praksis er vanskelig å gjøre rede for, da nettopp prinsippet om fri bevisførsel er utgangspunktet.

¹⁰⁰ Gaarder s 248

¹⁰¹ Hagstrøm, Viggo ”Skjønn over erstatningsutmåling i kontrakt” I: Festskrift til Bernhard Gomard, 2001 s.149

Graden av skyld kan påvirke kravet til sannsynlighet. I kontraktsforhold har Hagstrøm vist at sannsynligheten av at kreditorene har lidt et tap og av tapets størrelse, kan lempes hvor debtors skyld er åpenbar eller grov.¹⁰² Skyldforholdet kan også fått betydning ved fastsettelsen av erstatningen hvor omsetningen har gått ned, men det er uråd å si hvor den hadde vært.¹⁰³ Hagstrøm viser til Rt. 1930. 685 ”*Det vilde ogsaa kunne faa betydning ved bedømmelsen av provisjonskravet, hvis man maatte gaa ut fra at (verftets) kontraktsbrudd hadde vært mer graverende enn man finner at det er, spesielt om hensikten hadde vært at skade ”kontraktsinnehaveren”.*

Hensynet til prevensjon og kompensasjon vil kunne gjøre seg gjeldende i denne sammenhengen. Hvor krenkeren systematisk og med overlegg har tilgjengeliggjort opphavsrettslig beskyttet materiale, vil disse hensynene tilsi at man kan lempe på beviskravene. På den annen side vil det motsatte gjøre seg gjeldende hvor det foreligger liten uaktsomhet hos krenkeren. Hensynet til individualprevensjon vil ikke kunne forsvare å lempe på beviskravene i den sammenhengen.

7 Vederlag

7.1 Hensynet bak vederlagsbestemmelsene

Et formål generelt i immaterialretten er å sikre rettighetshaveren et vederlag for den innsatsen som har resultert i det immaterialrettslige godet.¹⁰⁴ Det er ved dette slik at man finner det formålstjenelig å tilkjenne et vederlag til tross for at det ikke har skjedd noen

¹⁰² Hagstrøm viser til Gomards uttalelser på s.90

¹⁰³ Hagstrøm s. 151

¹⁰⁴ Rognstad og Stenvik s.518

skade som har forårsaket et økonomisk tap. Arbeidet som er gjort blir likevel brukt til noe det ikke er gitt tillatelse til. Denne anerkjennelsen av et arbeid kan trekkes frem som et svært viktig moment. Et rettsbrudd foreligger jo, selv om dette ikke har gitt seg utslag i et økonomisk tap for rettighethaver. Innsatsen i arbeidet er allerede gjort, og det er en anerkjennelse av dette som kan ligge som hensyn bak vederlagsreglene.

Dessuten kan man hevde at det ikke skal lønne seg å krenke annens rett, uten at det får noen konsekvens. Et grunnleggende synspunkt er at skadevolder ikke må komme bedre ut av det økonomisk enn dem som opptrer lovlydig.¹⁰⁵ Hvis man kan komme seg unna med at det ikke har utgjort noen forskjell for rettighetshaver, er det allmenn rettsoppfatning at rettsbrudd ikke kan godtas. Vederlagsreglene kan også hevdes å ha til formål å løse noen av de bevisproblemer som oppstår ved det økonomiske tapet. Det tar jo bort det dokumentasjonsproblemet med hensyn til det økonomiske tapet. Likevel blir ikke problemet løst fullt ut, ettersom rettighetshaveren skal sannsynliggjøre størrelsen så det kan anses som et rimelig vederlag.

7.2 Vederlagsprinsippet på opphavsrettens område

Etter alminnelige erstatningsrettslige prinsipper skal krenkeren alene erstatte rettighetshaverens dokumenterte konkrete tap, men dette vil ofte være mindre enn vederlagskravet.¹⁰⁶ Åndsverkloven hjemler ikke vederlagsprinsippet som økonomisk sanksjon etter ordlyden. Likevel fremkommer det i ordlyden at man kan kreve utbetalt nettofortjenesten av den ulovlige handling. Dette vil altså si en berikelsesregel som er eksklusiv på opphavsrettens område. Denne er det gjort kort rede for i innledningen.

At det likevel legges vederlagsbetraktninger til grunn også på opphavsrettens område er ikke tvilsomt. Det fremkommer i en rekke dommer. Den såkalte Coll-dommen regnes gjerne som den første dommen fra Høyesterett hvor erstatningens innhold ble belyst

¹⁰⁵ Monsen s.34

¹⁰⁶ Riis s. 205.

gjennom vederlagsprinsippet.¹⁰⁷ Coll var en arkitekt som hadde utarbeidet et sett tegninger for en byggherre, med avtale om at han skulle få betalt hvis tegningen ble benyttet. Han skulle med dette *ikke* få betalt hvis tegningene ikke ble benyttet. Byggherren valgte å ikke bruke Coll, men mye av det han valgte å gjennomføre kunne knyttes til Colls tegninger. Høyesterett la til grunn at når forholdet var det at tegningene var avvist, men likevel til dels brukt i oppføringen av huset har byggherren tilegnet seg en økonomisk fordel som han måtte vite at Coll ikke ville overdra vederlagsfritt. Høyesterett avgjorde etter dette at det var *"rett og rimelig"* at det måtte betales et vederlag for den utnyttelsen av tegningene som var gjort. Mindretallet sluttet seg til resultatet men la en annen utregningsmåte til grunn. Han brukte berikelsesregelen som følger av ordlyden i § 55 for å komme til samme resultat. Det kan kanskje anses som uvesentlig på hvilket grunnlag man fant at det forelå vederlagskrav etter loven, om det var etter alminnelige erstatningsrettslige prinsipper eller at man ser det i sammenheng med berikelsesregelen. Likevel er det interessant at man har funnet vederlagsprinsippene til å sammenfalle med erstatningsrettens prinsipper.

I en sak omhandlende samers rett til reinbeite¹⁰⁸ uttalte Høyesterett: *"Et vederlag for rettsstridig bruk må kunne tilkjennes uavhengig av om eieren er blitt påført noe tap, da også uavhengig av størrelsen av det tap som måtte være påført. Også et slikt krav må anses som erstatningskrav"*. Dette kan anses som en endelig bekreftelse på at vederlagsprinsippene inngår i det alminnelige erstatningsrettslige perspektivet, altså at økonomisk tap i så henseende ikke er avgjørende for å bli tilkjent pengebeløp.

Andre eksempler er den såkalte MOCS-saken¹⁰⁹, hvor retten uttaler: *"..erstatning etter åndsverkloven skal utgjøre et beløp som tilsvarer et rimelig vederlag for utnyttelsen, når ikke annet økonomisk tap kan påvises"*. Fredrikstad tingrett uttaler i dommen, avsagt i mars dette år, om ulovlig nedlasting og spredning av en film via internett at *"Retten legger til*

¹⁰⁷ Rt 1940.48

¹⁰⁸ Rt 1981.1215

¹⁰⁹ RG 1993.330

*grunn som festnet rettsoppfatning at erstatning på immaterialrettens område skal utmåles etter vederlagsprinsippet, selv om det ikke kan påvises noe økonomisk tap”.*¹¹⁰

Begrunnelsen som fremkommer i denne dommen er at vederlagsprinsippene anses som en del av de ”alminnelige erstatningsregler”, og at dette faller naturlig når disse skal tilpasses immaterialrettens område.

Den siste store dommen på opphavsrettens område fra Høyesterett er Napsterdommen.¹¹¹ Saken omhandlet ulovlig utlegging av lenker på internett av beskyttede verk- musikkfiler i mp3-format. Spesielt for denne saken var at det også ble prosedert på erstatning etter vederlagsprinsippet, men ble utmålt etter vurdering av det økonomiske tap. Dette sto seg også i Høyesterett, men da kom ikke spørsmålet om erstatning på spissen. I tingretten¹¹² ble det kort konstatert at ”*det i tillegg ikke er grunnlag for å idømme erstatningsansvar i form av vederlag*”. Det ble altså ikke vurdert vederlagsbetraktninger på eget grunnlag.

I dommen også kalt Skiglede¹¹³ ble det uttalt følgende: ”*Lagmannsretten er under tvil kommet til at erstatning etter vederlagsprinsippet må ansees som en del av den alminnelige erstatningsrett(...)*” Dommen falt etter Napsterdommen var i tingretten, men før det ble tatt stilling i Høyesterett.

7.3 Det kvasikontraktsrettslige synspunkt

Fredrik Stang fremmet et ”quasi-kontraktsrettslig” synspunkt for krav på vederlag allerede i 1935, under benevnelsen rettsbrudd som rettshandel. Han legger med dette til grunn at hvis det har skjedd et brudd på en tenkt kontrakt, må en kunne kreve vederlag uavhengig av at det foreligger noe økonomisk tap. Dette har blant annet Hov sluttet seg til. Et hovedpoeng i så måte er at konkludent atferd tolkes til et dispositivt utsagn, selv om aktøren åpenbart

¹¹⁰ TFRED-2006-1777576

¹¹¹ Rt 2005.41

¹¹² TSGUD-2002.203

¹¹³ RG 2006.1302

ikke har ment å forplikte seg. Skoleeksempelet er blindpassasjeren som blir oppdaget og pålegges å betale billettprisen.¹¹⁴

Dette kvasikontraktsrettslige vederlagssynspunkt ble lagt til grunn hvor en vitenskapelig artikkel var bearbeidet og trykket i en banal og vulgær form.¹¹⁵ Lagmannsretten uttalte: *”Lagmannsretten viser når det gjelder utmålingen av erstatningen, til det kvasikontraktsrettslige vederlagssynspunkt som legges til grunn i rettspraksis. Ut fra dette bør den ankende part tilkjennes en erstatning tilsvarende det honorar som i tilfelle ville vært betalt for bruk av den ankende parts artikkel”*. Henry John Mæland mener at det ikke er nødvendig å gå veien om denne kontraktskonstruksjonen han mener er en fiksjon.¹¹⁶ Han begrunner vederlagskravet på alminnelige rettsgrunnsetninger. I følge han anses et krav på vederlag som rettferdig på tross av at det ikke foreligger noe løfte eller avtale. På den måten må man i hvert fall kunne kreve det som må anses som et rimelig lisensvederlag for bruken.

Forskjellen er kanskje mer teoretisk enn materielt forskjellig. Det synes som at prinsippet kan begrunnes moralsk og som rettferdig, i det et annet resultat kan være direkte støtende mot andre moralske personer som handler etter det regelsett som foreligger. Til tross for at en som sniker på toget må betale for billetten eller en som ulovlig laster ned og tilgjengeliggjør film på nettet¹¹⁷ viser med sin atferd at de ikke har hatt til hensikt å betale for tjenesten, legger man en tenkt avtale til grunn. Denne vurderes til å stemme overens med kontraktsrettens regler om gjensidig bebyrdede kontrakter og at krenkeren ved dette må betale markedspris for den tjenesten eller det produkt han har brukt urettmessig.¹¹⁸

¹¹⁴ Monsen s.37

¹¹⁵ RG 1990.843

¹¹⁶ Mæland, Henry John *”Retten til eget bilde og forografilovens § 15”* I: Lov og rett 1985 s.221

¹¹⁷ TFRED-2006-177576

¹¹⁸ Riis s. 228

Det kan stilles spørsmål ved at markedspris er blitt et utgangspunkt for utmålingen.

For det første kan man spørre seg hvor preventivt en trussel om å måtte betale kun vederlaget er. Det eneste man risikerer ved å urettmessig gjøre bruk av annens enerett er å betale det man ellers ville gjort på lovlig måte. Dessuten, og særlig på opphavsrettens område, vil en slik markedspris være av en hypotetisk størrelse. Verket trenger ikke ha en markedspris, og det trenger ikke å ha vært meningen at verket skal ha en slik pris. Et slikt kontraktsrettslig synspunkt krever med andre ord en tilbudssituasjon. At det foreligger et tilbud som en benytter urettmessig. Dette er jo ikke nødvendigvis tilfelle ved opphavsrettslige verk. Da kan det falle mer naturlig å konstatere et rettsbrudd og ta utgangspunkt i det.¹¹⁹

En annen side av kontraktssynspunktet for prisfastsettelse er å ta utgangspunkt i den prisen rettighetshaver krever med mindre prisen er urimelig. Urimelighetsvurderingen av prisfastsettelse kan konkret vurderes i forhold til pristiltaksloven¹²⁰. En nærradio som var drevet av en ideell organisasjon ble dømt til å betale erstatning til TONO etter dennes minstevederlag.¹²¹ Nærradioen mente at denne var i strid med pristiltaksloven § 2 som setter forbud mot å ta, kreve eller avtale priser som er urimelige. Lovens forarbeider viser at vurderingen må, for at det skal anses å være overtrådt et *”klart og ikke ubetydelig avvik fra det rimelige”*. I den nærværende sak innså retten at det ikke var lett å finne frem til den rette prisen, ettersom markedspris på den måten ikke var lett tilgjengelig. Likevel var denne prisen fastsatt etter reelle forhandlinger

Regelen om rimelig vederlag for ulovlig utnyttelse virker som en slags minimumserstatning. Det viktigste ved vederlagsutbetalingene er at utmålingen skal

¹¹⁹ Diskusjonen om det kvasikontraktsrettslige synspunkt er at Hov eksempelvis tar utgangspunkt i at det ikke foreligger noe annen sivilrettslig sanksjon å tillegge, mens Monsen blant andre hevder at rettsbruddet i seg selv er grunnlag tilstrekkelig. Se mer om dette i Monsens doktorgradsavhandling.

¹²⁰ Lov om pristiltak 11.juni 1993 nr. 66

¹²¹ LB 2000.699

begrunnes i å finne rimelige lisensbetalinger for den krenkede rettighet. Hvor det ikke er en fast lisens, må man gjøre rede for en tenkt kostnad. Utgangspunktet blir da ikke å sannsynliggjøre et økonomisk tap, men å sannsynliggjøre *størrelsen* på et vederlag. Det kan ikke være meningen at man skal kunne oppnå dobbelkompensasjon ved krenkelse av en opphavsrettslig enerett. Det kan hevdes at hvis man krever vederlag som kompensasjon, kan man ikke i tillegg til dette kreve erstatning, så fremt vederlaget dekker hele tapet.¹²² Ut fra dette vises det tilbake til lovteksten i åndsverksloven at man kan få erstatning for det ”*ytterligere tap*”.

7.4 Vederlagskravets preventive effekt

Ved å tenke seg at krav på vederlag også skal ha en preventiv effekt, vil domstolene måtte sette vederlagsutbetalingen høyere enn det skadevolder i utgangspunktet måtte betalt hvis han hadde gått frem på lovlig vis. Det er tross alt en ulovlig handling som ligger til grunn og ikke en lovlig inngått avtale. Dette viser at det i mange tilfeller ikke vil føles tilfredsstillende for rettighetshaver å få betalt vederlag for bruken, men at det vil føles rettferdig å få en ytterlig kompensasjon. Det er når man beveger seg på dette området at man kan diskutere de flytende overgangene mellom erstatning og vederlag, og vederlag og oppreisning.

I forholdet mellom erstatning og vederlag vil dette kunne komme på spissen hvor kravet til vederlag ikke dekker de faktiske omkostningene krenkelse har gitt seg utslag i. Det vil altså si at vederlaget ikke er tilstrekkelig. Dessuten er det vanskelig å påpeke hvorvidt man i det konkrete tilfelle har et vederlagskrav som går utover det man med rimelighet kunne vært avkrevd eller om man holder seg innenfor den summen. I en sak omhandlende en logo som ble utnyttet uten at det var hentet samtykke fra rettighetshaver¹²³ uttalte lagmannsretten ”*Når man utnytter opphavsmannens rett uten å innhente samtykke på forhånd, foreligger det etter lagmannsrettens mening en slik særlig situasjon som gir opphavsmannen rett til*

¹²² Riis s.206

¹²³ LB 2004.6608

vederlag(...). Lagmannsretten setter skjønnsmessig dette vederlaget til 50.000 kr”.

Hvordan lagmannsretten kom frem til nettopp denne summen, blir ikke gjort nærmere rede for. Slike skjønnsmessige vurderinger, som ikke henviser til hvilke reelle hensyn som er tatt med i vurderingen, er svært vanskelig å analysere. Det fremkommer ikke hvilke momenter retten vektlegger når den skjønnsmessig utmåler omfanget av vederlaget.

Det kan kanskje hevdes at hva man kaller deler av summen som utmåles ikke er avgjørende, men snarere er det viktig at det faktisk blir utbetalt tilstrekkelig. Like fullt kan det være en mulighet for at en bevisstgjøring av hvilke krav som faktisk vurderes, kan summen av de økonomiske sanksjonene komme på et høyere nivå. Det vil kanskje være enkelt å slå dette sammen til en sum som anses rimelig, og med dette blir ikke postene tilstrekkelig utredet konkret.

I denne sammenheng vil likevel erstatning måtte anses som ett krav. Til tross for de innbyrdes forskjellene mellom erstatning for økonomisk tap, vederlag og oppreisning, må den økonomiske sanksjonen anses som ett krav for domstolene. I motsatt fall vil medhold i et vederlagskrav, men ikke eksempelvis i et krav om oppreisning, kunne medføre at man ikke blir ansett å vinne saken fullstendig, og på den måten måtte dele saksomkostningene.¹²⁴

8 Den optimale kompensasjon, finnes den?

Innen opphavsretten er det eneretten man søker beskyttet ved hjelp av erstatningsreglene. Eneretten har på denne måten et sterkere vern enn eksempelvis vederlagsrettigheter som

¹²⁴ En artikkel omhandlende problemstillingen er skrevet av advokat Hanne Strand og er publisert på nettstedet jusnytt.no 7.november 2005.

ligger til grunn ved oppfinnelser som skal selges ved lisenser til hvem som måtte ønske produktet. Dette i seg er et moment om at vederlagssummen må vurderes til en viss størrelse. Videre er det et økonomisk incitament som ligger til grunn for hele det immaterialrettslige område. Det må anses lønnsomt å produsere produkter i denne kategorien, og det gjøres ved at man kan beskytte produktet mot ”snylting” av det arbeid som ligger til grunn. For å bevare det økonomiske incitamentet må nivået ligge slik at det motsvarer den reduksjon av inntjening rettighetshaver lider på grunn av krenkelsen.¹²⁵ Dette må gjøres etter en vurdering av at det er en juridisk krenkelse som er gjort, ikke at det kun er den økonomiske verdien av godet som vurderes. Hvis det kun er dette som legges til grunn, forminskes den enerett som rettighetshaver besitter og verdien i å inneha en enerett vil forvitte. Det kan ikke være markedsverdien som skal styre på hvilket nivå vederlag skal ligge.¹²⁶

På opphavsrettens område kan man også hevde at den allmennyttige verdien av produktene ikke er av samme art som de andre immaterialrettslige didiplinene. Åndsverk er i større grad noe som skapes ut fra kreativitet og mer kunstnerisk arbeid, enn industriprodukter. Opphavsretten er rett og slett av en mer ideell karakter. Hensynet til ressursøkonomiske hensyn som kan veie tungt i et samfunnsperspektiv, kan hevdes å ikke veie fullt så tungt når det kommer til opphavsretten. På denne måten må rettighetshavers enerett stå sentralt, og prevensjonshensynet stå sterkt for å forebygge rettsstridshandlinger.

¹²⁵ Riis s. 208

¹²⁶ Riis gjør en vurdering av dette i kapittel 8, hvor han presenterer normative kriterier for utmåling av kompensasjon.

9 Alternative handlingsmåter ved krenkelse

9.1 Kommentar til problemstillingen

I og med at den faktiske erstatningsutmålingen etter forholdene er lave, kan det stilles spørsmål ved hvor hensiktsmessig det er å fremsette krav om erstatning for domstolene. Søksmål kan fortone seg svært kostbare sammenlignet med den økonomiske kompensasjonen rettighetshaver sitter igjen med etter en tvist. Kostbart både i form av den økonomisk usikre utgangen av tvisten, men også i forhold til de ressursene en rettssak krever. Prinsippavgjørelser kan være avgjørende rettslig sett, men det er gjerne ikke ressurser for å gå gjennom prosessen hos de små og mellomstore produkthavere.

Tilkjente saksomkostninger kan spille en rolle i forbindelse med oppfattelsen av domstolens effektivitet. Det kan vel ikke være tvil om at forventningen til eventuelle tilkjente saksomkostninger vil ha innflytelse på de rettslige skritt som rettighetshaver vurderer å ta i bruk for å håndheve sine rettigheter.¹²⁷ Dette blir illustrert i saker hvor rettighetshaveren tilkjennes en forholdsvis høy kompensasjon, men dog mindre enn de tilkjente saksomkostninger. Det er en utbredt erfaring i Skandinavia at saksomkostningene ved å føre en immaterialrettssak kan være store, slik at de tilkjente kostnader langt fra dekker de faktiske omkostninger ved saken.¹²⁸

Kan det være andre tiltak som kan være vel så hensiktsmessig for en rettighetshaver å gjennomføre som kan sette en stopper for krenkelsen?

9.2 Fastsettelsesdom

Krav om erstatning er et fullbyrdelseskrav og rettighetshavers ønske er med dette å få en fullbyrdelsesdom. Et alternativ, slik at man ikke må gå inn på de vurderingstemaene oppgaven har gjort rede for, er å gå til et fastsettelsessøksmål. Et fastsettelsessøksmål

¹²⁷ Riis. s.329

¹²⁸ Riis s.329

anlegges for å få fastslått hva som *er* rett mellom partene.¹²⁹ Man kan med dette få fastslått at eneretten til åndsverket tilhører rettighetshaver. Ved hjelp av straffeloven¹³⁰ § 344 settes det straff for den som ”*vedblir å utøve en rett som er ham fratjent ved endelig dom*” På den måten kan, hvis ikke rettighetshaver ønsker å fremsette krav om sanksjoner, en fastsettelsesdom få endelig fastslått hvem som har enerett til verket, eller at en bruk av verket er rettsstridig.

9.3 Midlertidig forføyning

Selv om den typiske saken om krenkelse av en immaterialrettslig rettighet er langvarige og kostbare, er det normalt av betydning at de innledes så fort som mulig. Visse krenkelser er uopprettelige og på den måten blir en senere eventuell erstatningsutmåling kun et plaster på såret.¹³¹ Denne kompensasjonen har jo også blitt presentert i det foregående som svært beskjeden. Krenkelsen ønskes dermed å bli stoppet så tidlig som mulig slik at man begrenser det økonomiske tapet. Dessuten kan jo en rettighetshavers passivitet kunne ende i at eneretten delvis eller helt faller bort.

Hjemmelen for midlertidig forføyning følger av tvangsfullbyrdsloven § 15-1: ”*Den som har krav som går ut på annet enn betaling av penger, kan begjære midlertidig forføyning etter dette kapitlet, dersom det foreligger sikringsgrunn*”.

Ved midlertidig forføyning kan man få satt saksbehandlingen på vent slik at en eventuell krenkelse inntil videre bringes til opphør. Fordelen med midlertidig forføyning er at mens det som formodes å være en opphavsrettslig krenkelse er brakt midlertidig til opphør, kan det gjøres vurderinger om hvorvidt det i det hele tatt foreligger en krenkelse. Det kreves ofte sakkyndige for å komme til en riktig løsning i det konkrete tilfelle. Det knytter seg også til immaterialrettens abstrakte art.

¹²⁹ Hov, Jo ”*Rettergang III. Sivilprosess*” Oslo 2000 s. 35

¹³⁰ Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10

¹³¹ Kektevedtgaard 2.utg s.327

Å få innvilget midlertidig forføyning betinges, som det følger av lovteksten, at det foreligger tilstrekkelig sikringsgrunn. Innholdet i krav til sikringsgrunn følger av lovens § 15-2, og det oppstilles to alternative vilkår, hvorav ett må være til stede for at midlertidig forføyning skal kunne besluttes.¹³² Flere av de samme problemene som gjør seg gjeldende når man skal sannsynliggjøre et krav om sikringsgrunn, sammenfaller med de problemene man møter ved sannsynliggjøring av tap. Det er utenfor oppgavens tema å gå inn på momentene i denne sammenhengen.

10 Et skråblikk på debatten rundt opphavsretten denne våren

Debatten om fildeling og opphavsrett har gjort seg gjeldende i mediene denne våren, og det har vært flere kronikker omhandlende temaet. Man kan nesten stille seg spørsmål ved hvem som oppfattes som "skurker" og hvem som er "helter" når det kommer til denne typen lovbrudd. Det synes som en trend å ønske å legalisere fildeling og forby DRM¹³³. I Sverige har det oppstått politiske organisasjoner, der i blant noe som kalles "Piratbyrå". De har til formål å vise hvilke muligheter internett har og endre det de kaller restriktive holdninger til nett som distribusjonskanal. De ønsker å være en motpol mot den antipiratororganiseringen som stadig har vokst seg sterkere.¹³⁴ "The Pirate Bay" er et av verdens største nedlastingsnettsteder, hvor det meste av materialet er opphavsrettsbeskyttet. Dette nettstedet ble startet av "Piratbyrå". I et intervju med Dagbladet uttaler representanter for gruppen, etter at svensk politi i mai i fjor slo til mot en rekke steder for å ta dem som står bak "The Pirate Bay", at på grunn av deres gode relasjoner i internett-samfunnet kunne siden være oppe og i drift igjen kun 3 dager etter razziaen og konfiskeringen av maskiner.

¹³² Falkanger, Flock, Waaler *"Tvangsfullbyrdelsesloven Kommentarutgave"* 2002 s.1041

¹³³ Digital Rights Management

¹³⁴ Artikkel på dagbladet.no 09.04.2007

De er online fra 6 land samtidig, slik at hvis det skjer noe i ett land, merker ikke brukerne noe til det.¹³⁵

Dette er et bilde på de utfordringer som vil gjøre seg gjeldende i fremtiden, særlig ved det faktum at den teknologiske utviklingen er i en slik rivende utvikling. Jussen og sanksjonsmulighetene vil stadig henge i etterkant. Kan dette være et reelt hensyn til å tolke lovhjemlene dynamisk og utvidende i den konkrete sak?

Selv det norske politiske partiet Venstre vedtok på partiets landsmøte i år at: *”Det foregår i dag t utbredt og systematisk misbruk av opphavsretten fra de store distributørenes side, som motvirker både utbredelse og skaping av ny kultur. Venstre vil derfor gjeninnføre balansen i opphavsretten gjennom følgende endringer: Fri fildeling, fri sampling, kortere kommersiell opphavsrett og forbud mot DRM”*

Med et slikt utgangspunkt også hos representanter for lovgiver, kan det vokse frem en manglende offentlig legitimitet for å sanksjonere misbruk av opphavsrettslig enerett. Hvilke konsekvenser dette får for domstolene gjenstår å se.

¹³⁵ Artikkel på Dagbladet.no. 09.04.2007

11 Litteraturliste

11.1 Litteraturliste

Lødrup, Peter *Lærebok i erstatningsrett* 6.utg. Oslo, 1999

Lassen, Birger Stuevold *Oversikt over norsk varemerkerett*. 2.utg. Oslo, 1997

Lasse, Birger Stuevold, *Åndsretten, I: Knophs oversikt over Norges rett*. 12.utg. Oslo 2004.
side 468- 505

Stray, Anne Lise Sijthoff *Opphavsretten "lov om opphavsrett til åndsverk m.v"*
kommentert og supplert 1. utg. Oslo.1989

Løchen, Torvald C og Grimstad, Amund *Markedsføringsloven med kommentarer* 6.utg.
Oslo, 1997.

Køktvedtgaard, Mogens *Lærebog i immaterialrett* 2. utg. København 1991

Riis, Thomas *Enerettigheter og vederlagsrettigheter-Håndhævelse af immaterialrettigheder i økonomisk perspektiv* Fredriksberg 2005

Monsen, Lars *Berikelseskrav ved inngrep i det markedsføringsrettslige etterligningsvernet etter mfl. §§ 8a jf. 1* Bergen 2006

Framnes, Runar og Thjømøe, Hans Mathias *Markedsføringsledelse*. Utg. 6 Oslo 2002.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvistemål*. Oslo 1998

Hov, Jo *Rettergang III Sivilprosess* Oslo 2000

Falkanger, Thor, Flock, Hans og Waaler, Thorleif ”*Tvangsfullbyrdelsesloven. Kommentartutgave*” 3. Utg. Oslo 2002

11.2 Artikler

Stenvik, Are og Rognstad, Ole-Andreas, *Hva er immaterialretten verd?* Festskrift til Peter Lødrup. Bonus Pater Familias Oslo 2002

Ringnes, Arne *Erstatning (oppreisning) for ikke-økonomisk skade I*: Nordisk Immaterielt Rättsskydd. Årg 2005 s 615-622

Hagstrøm, Viggo *Skjønn over erstatningsutmåling i kontrakt*. I: festskrift til Bernhard Gomard, København 2001.

Sejersted, Nils J. *Erstatning som sanksjon på immaterialrettens område- fyller den sin funksjon?* I: Nordisk Immaterielt Rättsskydd. Årg. 2000 s. 121-131

Stavang, Endre ”Økonomisk tap som vilkår for et erstatningskrav” I: Tidsskrift for erstatningsrett 2004, nr 04.

Mestad, Ingvild *Erstatning ved krenkelse av markedsføringslovens bestemmelser til vern om immaterielle verdier* I: Lov og rett 2001

Gaarder, Karsten *Erstatningsregler i norsk immaterial- og konkurranserett* I: Nordisk Immaterielt Rättsskydd. Årg 1968 s.245- 260

Mæland, Henry John *Retten til eget bilde og fotografilovens § 15* I: Lov og rett 1985 s. 195-224

Olaf Eskildsen *Erstatningsberegning i immaterialrettslige tvister* Vennebog til Mogens Kockvedtgaard . Stockholm 1993

M. Kockvedtgaard I: Nordisk Immaterielt Rättsskydd. Årg. 2000. s.536- 541

Eskildsen, Olaf *Skadestånd i immaterialrätten. Anföranden vid Svenska Föreningens för Industriellt Rättsskydd konferens i Stocholm januari 2000.* I: Nordisk Immaterielt Rättsskydd Årg. 2000 s. 116

Nygaard, Nils *Plassering av tvilsrisiko for hypotetisk årsak* I: Lov og Rett 2000

Midelfart, Arne ”*Forbud, erstatning og straff for inngrep i industrielle rettigheter – med hovedvekt på patentinngrep*” I: Nordisk Immaterielt Rättsskydd Årg. 1986

11.3 Lover

1902 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10

1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (Tvistemålsloven) av 13. aug 1915 nr.6

1961 Lov om varemerke (Varemerkeloven) av 3. mars 1961 nr 4.

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

1967 Lov om patenter (Patentloven) av 15.des 1967 nr. 9

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

1992 Lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring (Tvangsfullbyrdelsesloven) av 26. juni 1992 nr. 86

1993 Lov om pristiltak (Pristiltaksloven) av 11.juni 1993 nr. 66

11.4 Forarbeider

Ot.prp.nr 46 (2004-2005) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m

11.5 Dommer

Rt 1930.685

Rt 1940. 48

Rt 1960. 1201 (Skiendommen)
Rt 1964.65 (Osramdommen)
Rt 1981.1215 (Trollheimdommen)
Rt 1992. 321
Rt. 1997.199
Rt 2000.418
Rt 2005.41 (Napsterdommen)

RG 1990.843
RG.1993.330
RG 1998.277
RG 2000.787
RG 2000.1355
RG 2001.676
LB 2000.699
LB 2004.6608
RG 2006.1302
TSGUD 2002.203
TFRED-2006-1777576

11.6 Internasjonale kilder

11.6.1 EU-direktiv

Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2001/29/EF om harmonisering av visse aspekter vedrørende opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet.

11.6.2 Traktat

TRIPS Agreement on Trade-related aspects of Intellectual Property Rights, 1. januar 1995

11.7 Internett sider

www.wipo.net Den offisielle nettsiden til WIPO.

WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use. Publisert på www.wipo.net

Jusnytt.no

Dagbladet.no 09.04.2007

