

UiO • **Det juridiske fakultet**

Originalitetskravet i EU-retten

- herunder om kravet er harmonisert og dets betydning for norsk rett

Kandidatnummer: 707

Leveringsfrist: 25. april 2014

Antall ord: 15 004



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling	1
1.2	Rettskildebildet	2
1.2.1	Direktivene i EU-retten	2
1.2.2	Rettspraksis fra EU-domstolen.....	4
1.2.3	Bernkonvensjonen	4
1.2.4	Norsk rett	5
1.3	Oppgavens videre fremstilling	6
2	REGULERINGEN AV ORIGINALITETSKRAVET I EU-RETTE	6
2.1	Direktivene.....	6
2.2	EU-domstolen	7
3	ORIGINALITETSKRAVETS INNHOLD.....	8
3.1	Innledning	8
3.2	Frie og kreative valg	9
3.3	Den nærmere implikasjonen av originalitetskravet	11
3.3.1	Terskel for kreativitet	12
3.3.2	Opphavsrettslig vern basert på andre kriterier enn kreativitet.....	14
3.4	Sammenfatning	18
4	EN EUROPEISK HARMONISERING AV ORIGINALITETSKRAVET.....	19
4.1	Innledning	19
4.2	Et felles europeisk originalitetskrav.....	20
4.2.1	EU-rettspraksis med horisontal rekkevidde.....	20
4.2.2	EU-rettspraksis med sektorbasert rekkevidde	23
4.3	Er kravet fullstendig eller bare delvis harmonisert?	23
4.3.1	Innledning	23
4.3.2	For at alle verk omfattes	24
4.3.3	Innvendinger mot et fullstendig harmonisert grunnkrav	25
4.4	Sammenfatning	31

5	HARMONISERINGENS BETYDNING FOR NORSK RETT	32
5.1	Innledning	32
5.2	Norges forpliktelser ovenfor EU	32
5.3	Er det norske verkshøydekravet i samsvar med EU-rettens krav til originalitet?.....	34
5.3.1	Åndsverksloven	34
5.3.2	Forarbeider.....	35
5.3.3	Rettspraksis fra Høyesterett.....	35
5.4	Sammenfatning	44
6	AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER.....	44
7	KILDER.....	46
7.1	Lover	46
7.2	Forarbeider	46
7.3	Internasjonale avtaler og konvensjoner	46
7.4	EU-direktiver	47
7.5	Norske rettsavgjørelser	48
7.6	Utenlandske rettsavgjørelser	49
7.7	Avgjørelser fra EU-domstolen	49
7.8	Litteraturliste.....	51
7.8.1	Bøker	51
7.8.2	Tidsskriftsartikler	51
7.9	Internettsider	52

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Tema for oppgaven er originalitetskravet i EU-retten. Problemstillingen er om originalitetskravet har blitt harmonisert og dets betydning for norsk rett.

Originalitetskravet er et av kravene som må være oppfylt for at et verk skal kunne nyte opphavsrettslig vern. Siden 2009 har EU-domstolen avsagt seks dommer som alle omhandler originalitetskravet, og spørsmålet om ulike verk oppfyller dette kravet til opphavsrettslig beskyttelse.¹ I alle de seks dommene har EU-domstolen kommet frem til at kravet til opphavsrettslig vern er originalitet, herunder at verket må være et uttrykk for opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse. Mye taler således for at originalitetskravet med grunnlag i disse dommene har blitt harmonisert i EU (Den europeiske union). Det reiser seg imidlertid et spørsmål om kravet til originalitet er blitt fullstendig harmonisert, i den betydning av at det gjelder det samme kravet for alle former for verk eller om det fortsatt er noen verk det kan stilles et annerledes krav til. Dommene er også interessante i forhold til vurderingen av om et europeisk originalitetskrav nå er det eneste kravet som kan anvendes i vurderingen av om et verk har opphavsrettslig vern, eller om det finnes andre former for krav som fortsatt kan aksepteres. Dersom originalitetskravet nå er det eneste kravet til opphavsrettslig vern, må det gjøres rede for hva kravet egentlig betyr. Legger EU-domstolen her noen føringer for hvordan kravet skal forstås og praktiseres, eller har de nasjonale domstoler i en vurdering av om et verk har opphavsrettslig beskyttelse stor selvbestemmelsesrett?

Dersom kravet er harmonisert og kanskje til og med fullstendig harmonisert, blir det også spørsmål om hvilken betydning et slikt krav vil få for norsk rett. Samsvarer norsk rett med et europeisk harmonisert originalitetskrav, eller er Norge nå forpliktet til å endre sin regulering av det opphavsrettslige kravet til vern? Huldra-dommen² er i denne sammenheng interessant. I denne dommen stiller Høyesterett strengere krav til opphavsrettslig vern for verk som er iscenesettelser, enn det som opprinnelig følger av loven om opphavsrettslig beskyttelse.³ I Huld-

¹ Sak C-5/08 (Infopaq), sak C-393/09 (BSA), forente saker C-403/08 og C-429/08 (FAPL), sak C-145/10 (Painer), sak C-604/10 (Football Dataco) og sak C-406/10 (SAS).

² Rt. 2007 s. 1329

³ Åndsverkloven § 1

ra-dommen⁴ er Høyesteretts konklusjon om at opphavsmannens valgmuligheter kun er momenter i en helhetsvurdering også av interesse, der det kan synes som at EU-domstolen i *Painer-dommen*⁵ har et annerledes syn. *Tripp Trapp stol-dommen* er også interessant der Høyesterett i et spørsmål om norsk verkshøyde mener at de ikke er bundet av EU-domstolens rettspraksis som omhandler originalitetskravet.⁶

1.2 Rettskildebildet

I utgangspunktet er området for opphavsrett territorielt, der hver enkelt stat selv bestemmer over hvordan de vil utforme sin lovgivning og håndhevingen av denne. Opphavsretten er likevel i stor grad preget av internasjonal rett, gjennom internasjonale konvensjoner og gjennom EU-retten. Den internasjonale dimensjonen er et naturlig element, da åndsverkene som opphavsretten skal beskytte ikke nødvendigvis har karakter av å være territoriale. Litterære og kunstneriske verk har lenge vært gjenstand for deling mellom forskjellige land. Som en følge av den teknologiske utviklingen som har skjedd de siste ti årene, har åndsverk i enda større grad enn før blitt utvekslet fritt over landegrensene.⁷ Internettet har for eksempel ført til at det nå finnes enklere og raskere metoder for å kunne dele ulike typer av åndsverk.

1.2.1 Direktivene i EU-retten

I EU-retten foreligger det nå ni direktiver som regulerer området for opphavsrett.⁸ Disse ni direktivene er gitt for å realisere hovedformålet, som er en harmonisering av opphavsretten i Europa.⁹ En harmonisering vil bidra til å gjennomføre de fire friheter på det indre marked,¹⁰ noe som igjen vil være med på å sikre konkurransen gjennom å skape et felles verkshøyde-

⁴ Rt. 2007 s. 1329

⁵ Sak C- 145/10 premiss 89

⁶ Rt. 2012 s. 1062

⁷ Rognstad (2009) s. 41

⁸ Infosoc-direktivet (dir. 2001/29/EF), utleie- og utlånsdirektivet (dir. 92/100/EØF), programvaredirektivet (dir. 2009/24/EC), databasedirektivet (dir. 96/9/EF), satellitt- og kabeldirektivet (dir. 93/83/EØF), følgerettsdirektivet (dir. 2001/84/EF), vernetidsdirektivet for fotografiske verk (dir. 2011/77/EU), hitteverksdirektivet (dir. 2012/28/EU), kollektiv rettighetsforvaltningsdirektivet (dir. 2014/26/EU).

⁹ Rognstad (2009) s. 54

¹⁰ Utrykket "de fire friheter" går i korthet ut på fri bevegelse av personer, varer, tjenester og kapital mellom medlemslandene i EU. Se mer i EØS-RETT (2011) s. 284 flg.

krav for alle medlemslandene. Av disse ni direktivene er det kun et direktiv¹¹ som ikke er implementert i EØS-avtalens vedlegg, de andre åtte direktivene er implementert og gjelder derfor som norsk lov. I denne oppgaven har jeg valgt å fokusere på fire av de ni direktivene. Disse fire direktivene er programvaredirektivet¹² - også kalt edb-direktivet, databasedirektivet,¹³ vernetidsdirektivet for fotografiske verk¹⁴ og Infosoc-direktivet.¹⁵ Begrunnelsen for at jeg har valgt å ta utgangspunkt i disse fire direktivene er at det kun er disse direktivene som regulerer originalitetskravet, som er tema for oppgaven. Programvaredirektivet,¹⁶ databasedirektivet¹⁷ og vernetidsdirektivet for fotografiske verk¹⁸ omhandler originalitetskravet direkte, mens Infosoc-direktivet¹⁹ regulerer kravet indirekte.

Databasedirektivet²⁰ ble innlemmet i EØS-avtalens vedlegg i april 1999, programvaredirektivet²¹ i april 2011 og vernetidsdirektivet for fotografiske verk²² i juni 2007. Disse tre direktivene er sektorbaserte, noe som betyr at de kun regulerer spesifikke verkskategorier og ikke alle former for verk.

Infosoc-direktivet²³ ble innlemmet i EØS-avtalens vedlegg i 2005, og gjelder derfor også som norsk lov. Direktivet er horisontalt, noe som betyr at det har anvendelse for alle former for verk. Hovedmålsettingen for direktivet er harmonisering av visse sider ved opphavsretten. Av direktivets fortale fremgår det at en harmonisering av medlemsstatenes lover om opphavsrett og beslektede rettigheter "(...) vil bidra til å gjennomføre de fire friheter på det indre marked og dreier seg om overholdelse av grunnleggende rettsprinsipper(...)En harmonisert rettslig

¹¹ Europaparlaments- og rådsdirektiv om kollektiv rettighetsforvaltning av opphavsrett og nærstående rettigheter samt grenseoverskridende lisensiering av rettigheter i musikkverk for onlinebruk i det indre marked (dir. 2014/26/EU).

¹² Dir. 2009/24/EC (programvaredirektivet) (før dir. 91/250)

¹³ Dir. 96/9/EF

¹⁴ Dir. 2011/77/EU (før dir. 93/98)

¹⁵ Dir. 2001/29/EF

¹⁶ Dir. 2009/24/EC

¹⁷ Dir. 96/9/EF

¹⁸ Dir. 2011/77/EU

¹⁹ Dir. 2001/29/EF

²⁰ Dir. 96/9/EF

²¹ Dir. 2009/24/EC

²² Dir. 2011/77/EU

²³ Dir. 2001/29/EF

ramme for opphavsrett og beslektede rettigheter vil gjennom økt rettssikkerhet, samtidig som den sikrer et sterkt immaterialrettslig vern, oppmuntre til betydelig investering i kreativitet og nyskaping (...)".²⁴

1.2.2 Rettspraksis fra EU-domstolen

EU-domstolen (Den europeiske unions domstol) har i betydelig grad bidratt til den rettsutviklingen som har skjedd på området for opphavsrett i EU-retten. Rettspraksis fra EU-domstolen er med på å klargjøre forståelsen og tolkningen av de EU-rettslige direktivene. EU-domstolen forstår selv sin kompetanse som en enerett til å tolke EU-retten autorativt. Dette innebærer at de andre institusjonene i EU, de nasjonale domstoler og myndigheter plikter å rette seg etter EU-domstolens tolkninger.²⁵ Ved tolkningen av de materielle bestemmelsene i EU-retten prøver domstolen i størst mulig grad å oppnå målet om integrasjon.²⁶

I perioden 2009 til 2012 har EU-domstolen som nevnt avsagt seks dommer som alle omhandler originalitetskravet, og hva som skal til for å få opphavsrettslig beskyttelse i EU-retten.²⁷ De verk som ble behandlet i dommene var litterære verk herunder korte utdrag fra avisartikler, et programs grafiske brukergrenseflate, dekodekort, et portrettfotografi, kampprogrammer fra en database og edb-programmer.

1.2.3 Bernkonvensjonen

Av internasjonale konvensjoner vil det i denne fremstillingen bli redegjort for Bernkonvensjonen. Begrunnelsen for dette valget er at EU-domstolen henviser til denne konvensjonen i noen av sine avgjørelser, og fordi det er denne konvensjonen som er av interesse for oppgavens tema.

Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk av 9. september 1886, er en internasjonal konvensjon om opphavsrett. Konvensjonen har flere ganger blitt endret, der siste endring skjedde i Paris 24. juli 1971. Det er WIPO som administrerer konvensjonen, noe den har gjort fra 1974.

²⁴ Dir. 2001/29/EF fortale punkt 3 og punkt 4.

²⁵ Se nærmere om dette temaet i EØS-RETT (2011) s. 55

²⁶ *ibid.*

²⁷ Sak C-5/08 (Infopaq), sak C-393/09 (BSA), forente saker C-403/08 og C-429/08 (FAPL), sak C-145/10 (Painer), sak C-604/10 (Football Dataco) og sak C-406/10 (SAS).

Bernkonvensjonen regulerer ikke hvordan et land skal behandle egne opphavsmenn og nasjonale vern, men regulerer hvordan en stat skal behandle utenlandske opphavsmenn og deres verk. Konvensjonens bygger på to prinsipper som er prinsippet om nasjonal behandling og prinsippet om et minimumsvern. Prinsippet om nasjonal behandling går ut på at alle åndsverk uavhengig av hvilket unionsland de opprinnelig stammer fra, skal ha samme beskyttelse som andre verk i det aktuelle unionslandet, jf. konvensjonens artikkel 5 nr. 1. Det betyr at norske verk skal ha samme vern som det italienske verk har i Italia, og at italienske verk skal ha samme vern som det norske verk har i Norge. Prinsippet er med på å forbygge at en medlemsstat favoriserer sine egne verk, fremfor utenlandske. Prinsippet om et minimumskrav går ut på at verk tilhørende utenlandske opphavsmenn uansett skal få vern etter Bernkonvensjonens minimumsgrenser, noe som betyr at en utenlandsk opphavsmann i praksis kan få et bedre vern sammenlignet med det medlemslandets egne opphavsmenn kan ha.

Per 20. mars 2014 har 164 land ratifisert Bernkonvensjonen.²⁸ Norge sluttet seg til Bernkonvensjonen den 13. april 1896, og var da alene om å gjøre dette blant de nordiske landene. Av de europeiske landene er det kun San Marino som enda ikke er tilsluttet konvensjonen.²⁹ EU har derimot ikke tiltrådt Bernkonvensjonen, noe som innebærer at konvensjonen ikke har direkte virkning for EU.

1.2.4 Norsk rett

På grunn av at jeg senere vil komme tilbake til hvilken betydning det europeiske originalitetskravet har for norsk rett, vil det her redegjøres kort for det norske rettskildet bildet.

I norsk rett er originalitetskravet regulert av Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverksloven) av 12. mai 1961. Loven ble til gjennom et tett nordisk samarbeid, der målsettingen var nordisk rettsenhet.³⁰ Som en konsekvens av dette tette nordiske samarbeidet, vil de andre nordiske landenes forarbeider og til en viss grad rettspraksis være av betydning ved tolkningen av norsk lov.

Det lovforarbeidet som er mest relevant for denne oppgavens tema er Ot.prp.nr. 26 (1959-60) Om lov om opphavsrett til åndsverk, som ble gitt i anledning at åndsverkloven ble vedtatt. I

²⁸ www.wipo.int, hjemmesiden til WIPO

²⁹ Rognstad (2009) s. 45

³⁰ Rognstad (2009) s. 28

dette lovforarbeidet fremgår det nærmere hvordan originalitetskravet skal forstås etter åndsverkloven.

Rettspraksis fra Høyesterett har stor betydning for hvordan kravet til opphavsrettslig vern skal forstås og praktiseres i norsk rett. Det finnes en rekke høyesterettsdommer der spørsmålet om forskjellige former for verk oppfyller kravet til originalitet blir behandlet.

I kapittel 5.3 vil jeg komme nærmere tilbake til hvordan originalitetskravet er utformet i åndsverkloven, forarbeidene og høyesterettspraksis.

1.3 Oppgavens videre fremstilling

I denne fremstillingen vil det først bli redegjort for hvordan originalitetskravet er utformet i de EU-rettslige direktivene som omhandler opphavsrett, for deretter å se på hvordan originalitetskravet er utformet i rettspraksis fra EU-domstolen. Videre vil det bli sett nærmere på innholdet av originalitetskravet, herunder om EU-domstolen har lagt noen føringer for hvordan kravet skal forstås og praktiseres. Således vil den nærmere implikasjonen av originalitetskravet bli vurdert, der det vil bli sett på hvor stor selvbestemmelsesrett de nasjonale domstoler har i en vurdering av kravet til det opphavsrettslige vern. Deretter vil jeg vurdere om det europeiske originalitetskravet er harmonisert, for så å se på om kravet er fullstendig harmonisert for alle former for verk. Det vil således bli vurdert om det europeiske originalitetskravet samsvarer med det norske verkshøydekravet, for så å se nærmere på om rettspraksis fra Høyesterett er i samsvar med EU-retten. Helt til slutt vil jeg komme med noen avsluttende betraktninger.

2 Reguleringen av originalitetskravet i EU-retten

2.1 Direktivene

I både programvaredirektivet,³¹ databasedirektivet³² og vernetidsdirektivet for fotografiske verk³³ blir det redegjort for hva som kreves for at et verk skal kunne nyte opphavsrettslig vern. I programvaredirektivet³⁴ står det i art. 1 nr. 3 at et dataprogram er originalt dersom det er uttrykk for opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse, og at ingen andre kriterier

³¹ Dir. 2009/24/EC (programvaredirektivet) (før dir. 91/250)

³² Dir. 96/9/EF

³³ Dir. 2011/77/EU (før dir. 93/98)

³⁴ Dir. 2009/24/EC

kan anvendes. Det følger videre av dette direktivets fortale punkt 8 at det ved vurderingen av om et verk har opphavsrettslig beskyttelse, skal det ikke legges vekt på hverken kvalitet eller estetikk. I databasedirektivet³⁵ er originalitetskravet forankret i art. 3 der det står at databaser har opphavsrettslig vern dersom det "*ut fra utvalget eller ordningen av innholdet er opphavsmannens eget intellektuelle verk*". I direktivets fortale punkt 16 utdypes det at det "*ikke bør anvendes noe annet kriterium enn originalitet*" og at det særlig ikke bør anvendes "*estetiske eller kvalitative kriterier*". I vernetidsdirektivet for fotografiske verk³⁶ art. 6 heter det at fotografier er originale dersom de er "*ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse*". Av disse tre direktivene kan det derfor utledes et krav til opphavsrettslig vern som er "*originalitet*", og at dette kravet er oppfylt dersom verket er opphavsmannens "*egen intellektuelle frembringelse/verk*".

I motsetning til programvaredirektivet, databasedirektivet og vernetidsdirektivet for fotografiske verk inneholder Infosoc-direktivet ingen egen regulering av kravet til opphavsrettslig vern. Det står altså ikke eksplisitt noe sted i direktivet at grunnkravet til opphavsrettslig vern er originalitet, herunder at verket må være opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse. At originalitetskravet ikke er forankret i direktivet var heller ikke meningen blant medlemsstatene da direktivet ble utformet.

Fra de opphavsrettslige direktivene i EU-retten kan det for databaser, datamaskinprogrammer og fotografiske verk utledes at kravet til opphavsrettslig beskyttelse er originalitet, herunder opphavsmannens eget intellektuelle verk/frembringelse. For andre typer av verk er det foreløpig EU-domstolen som er drivende for rettsutviklingen.³⁷

2.2 EU-domstolen

I Infopaq-dommen³⁸ fastsatte domstolen grunnkravet for opphavsrettslig beskyttelse til å være et krav om originalitet, herunder at verket måtte være et uttrykk for "*ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse*".³⁹ Grunnkravet til originalitet i Infopaq-dommen⁴⁰ ble også fulgt

³⁵ Dir. 96/9/EF

³⁶ Dir. 2011/77/EU

³⁷ Schovsbo (2010) s. 587

³⁸ Sak C-5/08 premiss 37

³⁹ *ibid.*

⁴⁰ Sak C-5/08

opp i BSA-dommen der EU-domstolen uttaler at en grafisk brukergrenseflate kan ha vern etter Infosoc-direktivet⁴¹ dersom den er "*ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse*".⁴² I FAPL-dommen uttaler domstolen at verket må utgjøre "*ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse*", og at sportsbegivenheter ikke tilfredsstilte dette kravet.⁴³ I Painer-dommen uttalte retten at opphavsretten kun kan anvendes i relasjon til en gjenstand dersom den er "*ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse*".⁴⁴ I Football Dataco-dommen uttalte retten om originalitetskravet at verket etter databasedirektivet⁴⁵ må være "*ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse*".⁴⁶ I SAS-avgjørelsen⁴⁷ ble det fastslått at programmeringsspråk og datafilformat ikke var programmer som var vernet av programvaredirektivet,⁴⁸ men at de kunne beskyttes som andre typer verk dersom de oppfylte kravet til "*egen intellektuell frembringelse*" jf. Infosoc-direktivet.⁴⁹

Dommene viser at EU-domstolen har kommet frem til det samme kravet til opphavsrettslig vern i alle de seks forannevnte avgjørelsene. Kravet de har kommet frem til er originalitet, der verket må utgjøre opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse.

3 Originalitetskravets innhold

3.1 Innledning

Kravet til opphavsrettslig vern har til nå vært praktisert på ulike måter i de forskjellige medlemslandene. I kontinental-Europa har forståelsen av originalitetskravet vært at det må være uttrykk for opphavsmannens personlighet, herunder at det skal være "*kreativt*", eller at det skal avspeile "*individualitet*".⁵⁰ I tysk rett sier man blant annet at verket skal avspeile opphavsmannens "*individuelle Eigenart*". I engelsk rett har kravet imidlertid stilt seg noe anner-

⁴¹ Dir. 2001/29/EF

⁴² Sak C-393/09 premiss 44 flg.

⁴³ Forente saker C-403/08 og C-429/08 premiss 96 flg.

⁴⁴ Sak C-145/10 premiss 87 flg.

⁴⁵ Dir. 96/9/EF

⁴⁶ Sak C-604/10 premiss 37 flg.

⁴⁷ Sak C-406/10 premiss 45 og 65

⁴⁸ Dir. 2009/24/EC

⁴⁹ Dir. 2001/29/EF

⁵⁰ Schovsbo og Rosenmeier (2013) s. 80

ledes, her har man stilt krav til at opphavsmannen enten har nedlagt "*skill and labour*", "*skill and effort*" eller "*skill and judgment*" i verket.⁵¹

EU-domstolen⁵² har som nevnt fastslått at kravet til opphavsrettslig vern er originalitet, og at et verk er originalt når verket er et uttrykk for opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse. Men hva betyr egentlig kravet om originalitet og kravet om egen intellektuelle frembringelse? Foreligger det fra EU-domstolen noen nærmere veiledning eller presisering av hva som ligger i kravet til originalitet og egen intellektuell frembringelse, eller er det helt opp til den nasjonale domstol å vurdere innholdet av dette kravet?

3.2 Frie og kreative valg

I Painer-dommen⁵³ som ble avsagt i 2011 konkretiserer EU-domstolen kravet til egen intellektuell frembringelse noe nærmere. Partene i saken var Eva-Maria Painer mot Standard VerlagsGmbH m.fl. (heretter Standard). Standard hadde i sine aviser og internettsider offentliggjort portrettfotografier som Painer hadde tatt, uten å innhente samtykke fra henne. Det rettslige spørsmålet i dommen var om portrettfotografier hadde opphavsrettslig vern. Standard anførte at den opphavsrettslige beskyttelsen for portrettfotografier var snever eller ikke-eksisterende på grunnlag av at det var så få valgmuligheter i utformingen av verket.⁵⁴

EU-domstolen viste først til Infopaq-dommen⁵⁵ og fastslo at kravet til opphavsrettslig vern for et portrettfotografi var at det måtte være "*original i den forstand, at den er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse*".⁵⁶ Videre viste retten til at kravet var oppfylt, når verket uttrykker personligheten til den som frembringer verket. Kriteriet om personlighet hentet domstolen fra vernetidsdirektivet⁵⁷ for fotografiske verks syttende betraktning, der det står at "*(...) et fotografisk værk som defineret i Bernekonventionen betragtes som originalt, hvis det er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse og afspejler hans personlighed*". Retten la så til grunn at dette er tilfelle dersom opphavsmannens har kunnet "*udtrykke sine kreative*

⁵¹ *ibid.*

⁵² Se blant annet Infopaq C-5/08 premiss 37

⁵³ Sak C-145/10

⁵⁴ Sak C-145/10 premiss 85

⁵⁵ Sak C-5/08

⁵⁶ Sak C-145/10 premiss 87

⁵⁷ Dir. 2011/77/EU

evner ved frembringelsen af værket på grundlag af frie og kreative valg".⁵⁸ Kravet om at det måtte foreligge frie og kreative valg hentet domstolen fra FAPL-dommen,⁵⁹ og videreutviklet denne dommens krav om "*kreativ frihed*".

Kravet om frie og kreative valg har også blitt fulgt opp i senere rettspraksis fra EU-domstolen ved blant annet Football Dataco-dommen. I denne dommen kom retten til at en database oppfylte kravet til originalitet dersom opphavsmannen "*udtrykker sine kreative evner ved at foretage frie og kreative valg*".⁶⁰

Domstolen konkretiserer nærmere i Painer-dommen⁶¹ hva som skal til for at det foreligger frie og kreative valg. Retten uttaler her at det for portrettfotografier foreligger kreative og frie valg fordi opphavsmannen på det forberedende stadium vil kunne velge "*udformningen, den portrætteredes holdning eller belysningen. Når portrettfotografiet bliver taget, vil han kunne vælge billedudsnittet, vinklen eller stemningen. I forbindelse med fremstillingen af aftrykket vil ophavsmanden kunne vælge mellem forskellige fremkaldelsesteknikker eller, som i denne sag, anvende et computerprogram*".⁶² Opphavsmannen setter dermed sitt personlige preg på verket gjennom å foreta forskjellige valg.⁶³ Da domstolen kom frem til at det ved portrettfotografier forelå kreative og frie valg, kunne ikke de saksøktes anførsel om at beskyttelsen for slike verk var snever eller ikke-eksisterende tas til følge. Portrettfotografier hadde således rett på samme beskyttelse som andre typer av verk, der det avgjørende i vurderingen var om opphavsmannen hadde kunnet foreta frie og kreative valg i utformingen av verket.

EU-domstolen har også uttalt noe om når det ikke foreligger frie og kreative valg. I FAPL-dommen kom retten frem til at sportsbegivenheter ikke kunne nyte opphavsrettslig vern.⁶⁴ Dette begrunnet retten i at fotballkampene hovedsakelig blir regulert av spilleregler, noe som ikke gir stor plass til kreativt frihet.⁶⁵ I Football Dataco-dommen uttalte retten at kriteriet om at opphavsmannen må ha kunne foretatt kreative og frie valg ikke var oppfylt "*når oprettelsen*

⁵⁸ Sak C-145/10 premiss 89

⁵⁹ Forente saker C-403/08 og C-429/08 premiss 98

⁶⁰ Sak C-604/10 premiss 38

⁶¹ Sak C-145/10

⁶² Sak C-145/10 premiss 91

⁶³ Sak C-145/10 premiss 92

⁶⁴ Forente saker C-403/08 og C-429/08 premiss 98

⁶⁵ *ibid.*

af databasen er dikteret af tekniske hensyn, regler eller begrænsninger, der ikke giver plads til kreativ frihed".⁶⁶ Viktigheden av at valgmulighetene er kreative ble også vektlagt av domstolen i BSA-dommen.⁶⁷ I denne dommen konkluderte retten med at det ikke forelå kreativitet siden verkets uttrykk var bestemt av tekniske funksjoner.⁶⁸ EU-domstolen viser i de forannevnte dommer således viktigheden av at opphavsmannen ikke bare må ha hatt valgmuligheter i utformingen, men at det også må ha foreligget et kreativt spillerom.

Ved vurderingen av om et verk er originalt, herunder at verket er et uttrykk for opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse, må det etter rettspraksis fra EU-domstolen også vurderes om opphavsmannen hadde muligheter til å foreta kreative og frie valg i utformingen av verket. Det faktum at valgmulighetene må være kreative, har således blitt en forutsetning for at originalitetskravet er oppfylt.

Det kan imidlertid stilles spørsmål om hvor kreative opphavsmannens valgmuligheter må være for at et verk skal kunne få opphavsrettslig beskyttelse. Dette spørsmålet bringer oppgaven videre inn på neste tema, som er den nærmere implikasjonen av originalitetskravet.

3.3 Den nærmere implikasjonen av originalitetskravet

EU-domstolen har som nevnt fastslått at grunnkravet i opphavsretten er originalitet, herunder at verket må utgjøre opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse. I Painer-dommen redegjorde domstolen nærmere for hva som lå i kravet til egen intellektuelle frembringelse, og kom frem til at opphavsmannen må ha kunnet foreta kreative og frie valg i frembringelsen av verket.⁶⁹ Domstolen redegjorde også noe nærmere for hvilke momenter som kunne tillegges vekt ved vurderingen av om det forelå kreative og frie valg ved portrettfotografier.⁷⁰ Statene som medlemmer av den europeiske union plikter å følge rettspraksis fra EU-domstolen, noe som tilsier at de må forholde seg til domstolens forståelse av kravet til det opphavsrettslige vern.

Selv om domstolen legger noen føringer for hvordan originalitetskravet skal forstås, konkluderer de med at den nærmere subsumsjonen av om verket oppfylte kravet til egen intellektuell

⁶⁶ Sak C-604/10 premiss 39

⁶⁷ Sak C-393/09

⁶⁸ Sak C-393/09 premiss 48 og 49

⁶⁹ Sak C- 145/10 premiss 89

⁷⁰ Sak C-145/10 premiss 91

frembringelse og var et uttrykk for opphavsmannens frie og kreative valg, var opp til "(...) den nationale domstol at etterprøve i hvert enkelt tilfælde".⁷¹ Det er ikke bare i Painer-dommen at EU-domstolen legger subsumsjonen til den nasjonale domstol for å avgjøre, dette gjør den også i blant annet Infopaq-dommen,⁷² BSA-dommen⁷³ og Football Dataco-dommen.⁷⁴

Unionslandene må altså følge EU-domstolens krav til opphavsrettslig vern, men kan selv foreta den endelige vurderingen av om verket det er tale om i den konkrete saken oppfyller vilkårene til originalitet. Hva som ligger i denne delegasjonen av subsumsjonsvurderingen fra EU-domstolen til den nasjonale domstol er imidlertid noe usikkert, der det kan stilles spørsmål til hva den nasjonale domstol nå kan avgjøre på egenhånd.

3.3.1 Terskel for kreativitet

EU-domstolen bestemmer at valgmulighetene til opphavsmannen må være kreative, men uttaler ikke noe konkret om hvor kreative disse valgmulighetene må være.⁷⁵ Står de nasjonale domstoler her fritt til å avgjøre om en valgmulighet er kreativ, eller har EU-domstolen satt en minimumsterskel for hva som må til for at valget oppfyller kravet til kreativitet? I så fall kan det stilles spørsmål om terskelen for kreativitet er høy, eller om det skal lite til for at et valg oppfyller kravet til kreativitet.

I Infopaq-dommen⁷⁶ kom EU-domstolen frem til at et utdrag på elleve ord samlet sett kunne nyte opphavsrettslig vern, dersom verket var et uttrykk for opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse. Et tekstutdrag bestående av elleve ord kan ikke anses å være av et betydelig omfang, noe som kan gi en indikasjon på at EU-domstolen har fastslått at det foreligger en lav terskel for kreativitet for litterære verk. Dette betyr igjen at det skal lite til for at et litterært verk oppfyller kravet til opphavsrettslig beskyttelse. Det må på en annen side bemerkes at det på det litterære området i utgangspunktet kan sies å foreligge en lav terskel for å oppnå opphavsrettslig beskyttelse, sammenlignet med andre verk. Dette kan begrunnes i at det foreligger utallige variasjonsmuligheter på området, der språket kan utformes på mange forskjellige må-

⁷¹ Sak C-145/10 premiss 94

⁷² Sak C-5/08 premiss 51

⁷³ Sak C-393/09 premiss 47

⁷⁴ Sak C-604/10 premiss 43

⁷⁵ Se blant annet sak C-145/10 premiss 89

⁷⁶ Sak C-5/08

ter. Uttrykksformen vil også i stor grad kunne variere fra en opphavsmann til en annen. Når EU-domstolen i Infopaq-dommen⁷⁷ konkluderer med at elleve ord kan være opphavsrettslig beskyttet, tilsier det at terskelen kanskje er noe hevet fra det den opprinnelig var. Da en opphavsmann før kanskje kunne få vern for et tekstutdrag bestående av under elleve ord. Det er likevel vanskelig å fastslå noe sikkert om hvordan terskelen skal forstås. Domstolen uttaler for eksempel ikke noe om hvor originale disse elleve ordene må være, der et tekstutdrag kan bestå av elleve helt vanlige ord eller elleve uvanlige ord.

Et annet spørsmål er hvorvidt medlemslandene har adgang til å kunne fastsette et strengere eller svakere krav til opphavsrettslig vern for enkelte former for verk. Dette er en vurdering av om originalitetskravet er totalharmonisert. I Painer-dommen kommer EU-domstolen frem til at portrettfotografier ikke skulle ha dårlige opphavsrettslig beskyttelse enn det andre verk hadde.⁷⁸ Domstolen konkluderte altså med at det ikke var adgang til å fastsette et strengere krav til opphavsrettslig vern for portrettfotografier. Dommen kan etter min mening tas til inntekt for at originalitetskravet er totalharmonisert, i den betydning av at medlemslandene ikke har adgang til å stille forskjellige krav til opphavsrettslig vern for ulike verk.

I Infopaq-dommen forankret EU-domstolen originalitetskravet i Infosoc-direktivet.⁷⁹ Formålet til dette direktivet er som nevnt harmonisering av medlemslandenes opphavsrettslige lover. Dersom medlemslandene har mulighet til å stille forskjellige krav til ulike verk, vil det føre til lovgivningsmessige forskjeller og dermed en rettslig uvisshet for tredjemann. Lovgivningsmessige forskjeller i de ulike medlemslandene vil være med på å sette Infosoc-direktivets formål i fare, noe som taler imot at en slik adgang gis.⁸⁰

Selv om formålet til Infosoc-direktivet kan blir forringet av at medlemslandene selv kan bestemme over terskelen til kreativitet, har EU-domstolen bestemt at den nærmere subsumsjo-

⁷⁷ Sak C-5/08

⁷⁸ Sak C-145/10 premiss 98

⁷⁹ Sak C-5/08 premiss 37

⁸⁰ Svensson-dommen (sak C-466/12) er et eksempel på at EU-domstolen ikke ville gi medlemslandene større selvbestemmelsesrett enn det som allerede fulgte av infosoc-direktivet. I denne saken var spørsmålet om medlemslandene kunne gi en opphavsmann mer vidtgående rettigheter enn det som allerede fulgte av Infosoc-direktivet art. 3 nr. 1. Domstolen konkluderte med at en slik adgang ikke kunne gis, og begrunnet konklusjonen sin i at en slik adgang kunne sette infosoc-direktivets formål om integrasjon og rettsenhet blant unionslandene i fare.

nen av om et verk er opphavsrettslig vernet skal vurderes av medlemslandene. Fremtidige avgjørelser fra EU-domstolen vil kanskje være med på å klargjøre hvordan terskelen skal forstås, men i påvente av fremtidige dommer er rettstilstanden nå at subsumsjonen er lagt opp til de nasjonale domstoler for å avgjøre.

3.3.2 Opphavsrettslig vern basert på andre kriterier enn kreativitet

3.3.2.1 Innledning

England har til nå operert med et annet originalitetskrav enn det som finnes i EU-retten. I England kan man få vern for verk som ikke oppfyller kravet til kreativitet, men der opphavsmannen har nedlagt betydelig arbeidsinnsats i verket. Kriteriene for opphavsrettslig vern i England har i utgangspunktet gått ut på at verket ikke må være en kopi av et annet verk og må til en viss grad være resultat av "*skill, labour and judgement*". At verket utgjør opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse er således et krav som ikke trenger å være oppfylt for at verket skal få opphavsrettslig vern. Forståelsen av originalitet i England er dermed nært beslektet med "*sweat of the brow*" – doktrinen.⁸¹ Verk som kan nyte beskyttelse basert på disse vilkårene er for eksempel nedskrivning av folkesanger og fortellinger. Et klassisk prejudikat på et slikt verk er *Walter v. Lane* [1900] A.C. 539, der en journalist fikk opphavsrett til sitt verk der han uendret hadde nedskrevet Lord Roseberrys taler.⁸² England er dermed det landet som har et krav til opphavsrettslig vern som skiller seg mest ut fra de andre kontinental-europeiske landenes krav.

I *Infopaq*-dommen kom domstolen som nevnt frem til at et verk er opphavsrettslig beskyttet dersom det er originalt, i den forstand at det er opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse.⁸³ Originalitetskravet ble presisert noe nærmere i *Painer*-dommen, der opphavsmannens valgmuligheter måtte være frie og kreative.⁸⁴ I hverken *Infopaq*-dommen eller *Painer*-dommen uttaler EU-domstolen uttrykkelig at Englands krav om betydelig arbeidsinnsats ikke lenger kan anvendes som et krav til opphavsrettslig vern. EU-domstolens krav til opphavsrettslig vern bygger imidlertid på kreativitet, noe som betyr at dommene kan gi en indikasjon på

⁸¹ "Sweat of the brow"- doktrinen går i korthet ut på at et verk kan få opphavsrettslig beskyttelse dersom opphavsmannen har nedlagt betydelig arbeidsinnsats i verket, verket trenger ikke å oppfylle kravet til kreativitet.

⁸² Schovsbo og Rosenmeier (2013) s. 81

⁸³ Sak C-5/08 premiss 37

⁸⁴ Sak C-145/10 premiss 89

at betydelig arbeidsinnsats ikke lenger er tilstrekkelig for at et verk skal kunne nyte opphavsrettslig beskyttelse. I Football Dataco-dommen⁸⁵ som ble avsagt i 2012 blir spørsmålet behandlet noe nærmere. Det må derfor vurderes om England i lys av senere rettspraksis fra EU-domstolen, herunder Football Dataco-dommen,⁸⁶ fortsatt kan operere med et vern basert på hvor mye arbeid opphavsmannen har nedlagt i verket.

3.3.2.2 Football Dataco-dommen

Partene i dommen⁸⁷ var Football Dataco mot Yahoo. Football Dataco lagde en database med kampprogrammer for de engelske og skotske fotballmesterskaper, som Yahoo benyttet seg av uten deres samtykke. Det rettslige spørsmålet som ble forelagt EU-domstolen fra Court of Appeal (England og Wales) var om Football Datacos database hadde opphavsrettslig vern etter databasedirektivet.⁸⁸ EU-domstolen konkluderte med at det kun fantes et krav til opphavsrettslig vern, og at dette kravet var originalitet.⁸⁹ EU-domstolen uttalte videre at dette kravet var til hinder for at medlemslandene ga verk opphavsrettslig beskyttelse på grunnlag av andre vilkår enn EU-domstolens forståelsen av originalitet.⁹⁰

Ved vurderingen av om databasen hadde opphavsrettslig vern viste domstolen først til databasedirektivet,⁹¹ der kravet til vern er at innholdet gjennom utvelgelsen eller struktureringen må utgjøre "*ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse*".⁹² Kravet til originalitet ble nærmere konkretisert gjennom at retten viste til BSA-dommen⁹³ og Painer-dommen,⁹⁴ herunder at kravet er oppfylt dersom opphavsmannen uttrykker sine kreative evner ved å foreta frie og kreative valg.⁹⁵

⁸⁵ Sak C-604/10

⁸⁶ *ibid.*

⁸⁷ *ibid.*

⁸⁸ Dir. 96/9/EF art. 3 nr. 1

⁸⁹ Sak C-604/10 premiss 50

⁹⁰ *ibid.*

⁹¹ Dir. 96/9/EF art. 3 nr. 1

⁹² Sak C-604/10 premiss 29

⁹³ Sak C-393/09

⁹⁴ Sak C-145/10

⁹⁵ Sak C-604/10 premiss 38

Et av spørsmålene som var forelagt EU-domstolen var om en database kunne ha vern etter databasedirektivet, dersom det fra opphavsmannens side var nedlagt en betydelig arbeidsinnsats i verket. Den foreleggende rett i Storbritannia hadde kommet frem til at databasen kunne beskyttes av opphavsretten. I dommens premiss 42 presiserte retten at det var uten betydning om opphavsmannen hadde nedlagt "*et betydeligt arbejde*" i frembringelsen av verket. Ifølge dommen kunne et opphavsrettslig vern basert på et krav om betydelig arbeidsinnsats fra opphavsmannens side ikke tillegges vekt dersom "(...) *dette arbejde og denne kunnen ikke udtrykker nogen form for originalitet i udvælgelsen eller struktureringen af dataene*".⁹⁶ Spørsmålet er dermed om domstolens "*betydeligt arbejde*" referer seg til Storbritannias "*sweat of the brow*"-doktrine. Dersom dette er tilfelle betyr det at domstolen indirekte forkaster bruk av denne doktrinen som er et av kravene for å få opphavsrettslig vern for et verk i England.

EU-domstolens uttalelse i Football Dataco-dommen⁹⁷ bringer dermed spørsmålet om England i fremtiden fortsatt kan operere med et krav som ikke krever noen form for kreativitet, men som baserer seg på hvor mye arbeid og innsats opphavsmannen har lagt ned i verket ("*labour and skills*"). EU-domstolen konkluderer ikke uttrykkelig i dommen med at "*sweat of the brow*"-doktrinen forkastes som opphavsrettslig terskel i medlemslandene. EU-domstolens forkastelse av vilkåret "*betydeligt arbejde*" kan imidlertid tolkes som at kravet om opphavsrettslig beskyttelse basert på opphavsmannens arbeidsinnsats kun har relevans, dersom det aktuelle verket samtidig innfrir det europeiske originalitetskravet. Et moment i dommen som jeg mener støtter dette synspunktet, er domstolens svar på spørsmålet om databaser kunne vernes på bakgrunn av andre kriterier enn kravet til originalitet.⁹⁸ Domstolen konkluderte her med at databaser som var omfattet av definisjonen i databasedirektivet art. 1 nr. 2 ikke kunne få opphavsrettslig beskyttelse på grunnlag av andre vilkår enn originalitet.⁹⁹ Domstolen konkluderer altså med at andre vilkår som for eksempel "*sweat of the brow*" ikke kan gi opphavsrettslig vern. Dersom resultatet er at "*sweat of the brow*"-doktrinen kun kan anvendes i tilfeller der verket også oppfyller kravet til originalitet, kan det stilles spørsmål om hva som egentlig blir igjen av "*sweat of the brow*"-doktrinen. Da doktrinen som nevnt går ut på at et verk

⁹⁶ Sak C-604/10 premiss 42

⁹⁷ Sak C- 604/10

⁹⁸ Sak C-604/10 premiss 47

⁹⁹ Sak C-604/10 premiss 50

skal kunne nyte vern på bakgrunn av opphavsmannens arbeidsinnsats, og ikke på bakgrunn av om verket er et uttrykk for hans egen intellektuelle frembringelse.

Football Dataco-dommen¹⁰⁰ kan derfor etter min mening tas til inntekt for at "*sweat of the brow*"-doktrinen/betydelig arbeidsinnsats ikke lenger kan anvendes som et krav til opphavsrettslig vern i EU-retten.¹⁰¹

Et annet spørsmål er hvor stor betydning en innføring av et originalitetskrav i England egentlig vil ha i praksis. For de fleste musikalske og dramatiske verk vil en endring av grunnkravet til vern ikke ha så stor betydning i praksis, da disse verkene som regel oppfyller kravet til kreativitet. Annerledes blir det med verk som ikke automatisk oppfyller kravet til kreativitet, slik som for eksempel tabeller som ikke er databaser eller bruksanvisninger/brosjyrer for legemidler.¹⁰² Dersom England ikke lenger kan operere med "*sweat of the brow*"-doktrinen kan det også stilles et spørsmål om hva som skjer med verk som eksisterte før Infopaq-avgjørelsen. Vil de kunne nyte vern etter doktrinen, eller vil de også måtte oppfylle kravet til originalitet?

England har ikke en lov som forhindrer illojal konkurranse, noe som har ført til at deres opphavsrettslovgivning også har regulert tilfeller som kunne falt inn under en slik lovgivning. Dersom kravet til betydelig arbeidsinnsats ikke lenger vil kunne anvendes, vil det medføre at opphavsmennene til de verk som ikke oppfyller kravet til kreativitet/originalitet vil stå uten noen form for vern i England. De fleste europeiske land som har en slik konkurranselov krever imidlertid at det foreligger sannsynlighet for at kunden forveksler reproduksjonen med originalen, for at et søksmål om illojal konkurranse skal vinne frem. Det hjelper lite at det foreligger en reproduksjon av et verk, dersom det ikke foreligger en mulighet til å bevise at kunden forveksler reproduksjonen med originalen.¹⁰³

¹⁰⁰ Sak C-604/10

¹⁰¹ Tøien mener også at Football Dataco-dommen kan tas til inntekt for at "*sweat of the brow*"-doktrinen ikke lenger er anvendelig som opphavsrettslig terskel i NIR Tøien (2012) s. 412. Jens Schovsbo er også enig i dette synet, noe han viser til i sitt foredrag "*Er værksbegrebet EU-harmoniseret? - og hvad så, hvis det er? - med EU-domstolen i Undreland ...*" 23.05.2012. Se også Dr. Christian Handig som i sin artikkel "*The "sweat of the brow" is not enough! – more than a blueprint of the European copyright term "work"*" konkluderer med at "*sweat of the brow*" ikke lenger er nok.

¹⁰² E.I.P.R Derclaye (2010) s. 249

¹⁰³ E.I.P.R Derclaye (2010) s. 250

Som en følge av Football Dataco-dommen¹⁰⁴ tyder mye nå på at England som medlem av EU ikke lenger kan operere med et krav om betydelig arbeidsinnsats, men må innføre et krav som er mer i tråd med det europeiske harmoniserte originalitetskravet. Meltwater-dommen viser imidlertid at England kan være på vei i retning av å tilnærme seg det europeiske originalitetskravet.¹⁰⁵ I denne dommen viser retten til Infopaq-dommens krav om originalitet og uttaler at “(...) *the author’s skill and labour (...) must now be considered in the light of the Infopaq case*”.¹⁰⁶ Domstolen uttaler likevel at “*In my judgment the test of quality has been re-stated but for present purposes not significantly altered by the Infopaq case (...) I say that in the knowledge that the decision may sit awkwardly with some provisions of English law, that many questions remain unanswered by the Court of Justice and that the full implications of the decision have not yet been worked out*”.¹⁰⁷ Det blir derfor interessant å se hvordan England i fremtiden stiller seg til det europeiske kravet til opphavsrettslig vern, og om de forkaster kravet til betydelig arbeidsinnsats eller ikke.

3.4 Sammenfatning

EU-domstolen gir de nasjonale domstoler en viss veiledning i hvilke kriterier de må legge vekt på i en vurdering av om et verk har opphavsrettslig vern. Med grunnlag i Football Dataco-dommen kan det også konkluderes med at medlemslandene ikke kan gi et verk opphavsrettslig vern på bakgrunn av andre kriterier, enn det som følger av det europeiske originalitetskravet.¹⁰⁸ Etter min mening medfører dette at England ikke lenger kan operere med et opphavsrettslig vern basert på betydelig arbeidsinnsats. Den nærmere vurderingen av om et konkret verk oppfyller kravet til opphavsrettslig vern overlater EU-domstolen derimot til de enkelte medlemsstatene å avgjøre. Når selve subsumsjonen blir overlatt til de nasjonale domstoler, kan det stilles spørsmål til om selve originalitetsvurderingen også blir overlatt til de nasjonale domstoler for å avgjøre. I en slik vurdering kan medlemslandene selv bestemme hvor kreative opphavsmannens valgmuligheter må være for at et verk skal kunne nyte opphavsrettslig beskyttelse. En konsekvens av denne delegasjonen er at de nasjonale domstoler til tross

¹⁰⁴ Sak C-604/10

¹⁰⁵ Sak [2011] EWCA Civ 890; [2012] Bus. L.R. 53) s. 69 flg.

¹⁰⁶ Meltwater-dommen premiss 75

¹⁰⁷ Meltwater-dommen premiss 81

¹⁰⁸ Sak C-604/10

for EU-domstolens føringer, vil ha stor selvbestemmelsesrett i vurderingen av om ulike verk skal beskyttes opphavsrettslig.

Av hensyn til Infosoc-direktivets formål som er integrasjon og rettsenhet, burde kravene til opphavsrettslig vern være mest mulig like i de forskjellige medlemsstatene. Det taler igjen for at de nasjonale domstoler ikke bør stå for fritt i en vurdering av om kravene til det opphavsrettslige vern er oppfylt. Det er imidlertid vanskelig å fastslå med sikkerhet hvordan de avgitte avgjørelsene fra EU-domstolen skal forstås, og hvordan kompetansefordelingen mellom de ulike domstolene skal fordeles. Det gjenstår derfor å se om fremtidige avgjørelser vil bringe mer klarhet rundt tema.

4 En europeisk harmonisering av originalitetskravet

4.1 Innledning

Gjennom programvaredirektivet,¹⁰⁹ databasedirektivet¹¹⁰ og vernetidsdirektivet for fotografiske verk¹¹¹ er det for verk som dataprogrammer, databaser og fotografier allerede fastslått at det opphavsrettslige kravet til vern er originalitet, og at dette kravet er oppfylt dersom verket er et uttrykk for opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse. I seks avgjørelser omhandlet forskjellige former for verk har EU-domstolen fastslått at kravet til opphavsrettslig vern er det samme originalitetskravet som kan utledes fra de tre forannevnte direktivene.¹¹² På bakgrunn av rettspraksis fra EU-domstolen reiser det seg dermed et spørsmål om det kan sies å ha utviklet seg et harmonisert europeisk krav til opphavsrettslig vern, og at dette kravet er originalitet.

¹⁰⁹ Dir. 2009/24/EC

¹¹⁰ Dir. 96/9/EF

¹¹¹ Dir. 2011/77/EU

¹¹² Programvaredirektivet (dir. 2009/24/EC), databasedirektivet (dir. 96/9/EF) og vernetidsdirektivet for fotografiske verk (dir. 2011/77/EU).

4.2 Et felles europeisk originalitetskrav

4.2.1 EU-rettspraksis med horisontal rekkevidde

4.2.1.1 Infopaq-dommen

Infopaq-avgjørelsen¹¹³ ble avsagt 16. juli 2009, og var den første av de seks dommene som ble avsagt av EU-domstolen. Sakens parter var Infopaq International AS (heretter Infopaq) mot Danske Dagbladets Forening (heretter DDF). Infopaq er et firma som driver med overvåkning og analysering av medier i trykt form. Gjennom en database velges det etter kundens preferanser ut resonnementer fra forskjellige aviser og tidsskrifter som sendes til kunden på e-post.¹¹⁴ DDF er en bransjepolitisk organisasjon for de danske dagblader, som bistår sine medlemmer i opphavsrettslige spørsmål. Det rettslige spørsmålet i saken var om et utdrag på elleve ord som først ble scannet inn og deretter omgjort til tekstfiler, var reproduksjonshandlinger som krenket opphavsmannens enerett jf. Infosoc-direktivet art. 2, eller om de var midlertidige reproduksjoner som omfattes av unntaket i direktivets art. 5 nr. 1.¹¹⁵ For å avgjøre om det forelå en krenkelse måtte det først vurderes om utdraget på elleve ord hadde opphavsrettslig beskyttelse. For å få opphavsrettslig beskyttelse etter Infosoc-direktivet¹¹⁶ art. 2 bokstav a, uttalte domstolen at verket måtte være "*original i den forstand, at den er opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse*".¹¹⁷ Dette kravet forankret domstolen også i Bernkonvensjonens alminnelige oppbygning, herunder blant annet dens art. 2, nr. 5 og nr. 8.¹¹⁸

Domstolen kom til at det forelå en krenkelse av opphavsretten i saken, der reproduksjonene ikke var omfattet av unntaket i direktivets art. 5 nr. 1.¹¹⁹ Ordene i seg selv utgjorde ikke elementer som var gjenstand for beskyttelse,¹²⁰ men samlet sett så var elleve ord tilstrekkelig til å kunne oppfylle kravet om "*egen intellektuell frembringelse*".¹²¹

¹¹³ Sak C-5/08

¹¹⁴ Sak C-5/08 premiss 13

¹¹⁵ Dir. 2001/29/EF

¹¹⁶ *ibid.*

¹¹⁷ Sak C-5/08 premiss 37

¹¹⁸ Sak C-5/08 premiss 34

¹¹⁹ Dir. 2001/29/EF

¹²⁰ Sak C-5/08 premiss 46

¹²¹ Sak C-5/08 premiss 37

I Infosoc-direktivet¹²² finnes det som nevnt ingen reguleringer om hvordan kravet til opphavsrettslig beskyttelse skal forstås. Til tross for denne manglende reguleringen velger allikevel EU-domstolen å utlede et krav om originalitet fra Infosoc-direktivets art. 2 bokstav a.¹²³ Denne bestemmelsen omhandler eneretten til eksemplarfremstilling, men inneholder ingen ting om et originalitetskrav. Det er usikkert hvorfor domstolen velger å forankre originalitetskravet i dette direktivet, men det kan sees på som et ønske om en harmonisering av originalitetskravet slik at det samme kravet til vern skal gjelde i alle medlemsstatene. Ved å utlede kravet om originalitet fra et horisontalt direktiv, slik som Infosoc-direktivet, bidrar det til en harmonisering av originalitetskravet for alle typer av verk.¹²⁴

Kravet til originalitet og opphavsmannens egen intellektuell frembringelse blir av domstolen hentet fra databasedirektivet,¹²⁵ programvaredirektivet¹²⁶ og vernetidsdirektivet for fotografiske verk.¹²⁷ Valget begrunnes i at Infosoc-direktivet hviler på det samme prinsipp som det disse tre direktivene gjør, nemlig at *"det oppstiller en harmonisert retlig ramme for opphavsret"* jf. fjerde, niende til ellevte og enogtyvende betraktning til Infosoc-direktivet.¹²⁸

Infosoc-direktivet¹²⁹ er som nevnt horisontalt som betyr at det kommer til anvendelse for alle typer av verk. Når domstolen velger å forankre et krav om originalitet i Infosoc-direktivet, medfører det at dette kravet også gis en horisontal anvendelse,¹³⁰ som igjen kan tas som inntekt for at det per dags dato foreligger et europeisk harmonisert originalitetskrav.

4.2.1.2 FAPL-dommen

EU-domstolen avsa FAPL-dommen¹³¹ i 2011, der to saker ble forent i en og samme dom. Sakens parter var i den ene saken Football Association Premier League Ltd (heretter FAPL)

¹²² Dir. 2001/29/EF

¹²³ *ibid.*

¹²⁴ Rosenmeier mener domstolen her går langt i å nå sitt mål om harmonisering, se Schovsbo og Rosenmeier (2013) s. 77

¹²⁵ Dir. 96/9/EF

¹²⁶ Dir. 2009/24/EC

¹²⁷ Dir. 2011/77/EU

¹²⁸ Sak C-5/08 premiss 36

¹²⁹ Dir. 2001/29/EF

¹³⁰ Schovsbo (2010) s. 588

¹³¹ Forente saker C-403/08 og C-429/08

mot QC Leisure, og i den andre saken Karen Murphy mot Media Protection Services Ltd (heretter MPSTL). FAPL driver med tilretteleggelse for filmopptak av Premier League-kamper, og lisenser som omhandler retten til å sende dem.¹³² Rettighetene til lisensene er geografisk oppdelt og varer i en periode på tre år.¹³³

I sak C-403/08 var spørsmålet om utenlandske dekodekort som var kjøpt på lovlig vis kunne brukes i England for å få direkte adgang til Premier League-fotballkamper gjennom utenlandske satellitt-transmisjoner.¹³⁴ To av søksmålene var rettet mot leverandører av utstyr og satellittdekodekort til puber og barer, og det tredje søksmålet var rettet mot frie pubeiere. Sak C-429/08 gjaldt Karen Murphy rett til å anvende greske dekodekort til å vise Premier League-kamper i sin pub.¹³⁵ I den forenede behandlingen av de to sakene oppstod det derfor to spørsmål. Det første var om ulike leverandører kunne selge utstyr og satellittdekodekort til barer og puber i England slik at de kunne vise Premier League-kamper gjennom utenlandske satellitt-transmisjoner. Det andre var om pub- og bareiere kunne vise fotballkampene for sine gjester, selv om sendingene opprinnelig var ment for et annet geografisk område.

EU-domstolen behandlet to opphavsrettslige spørsmål. Det første de tok stilling til var om fotballkampene var opphavsrettslig vernet etter Infosoc- direktivet¹³⁶ art. 2 bokstav a. I denne vurderingen viste domstolen til Infopaq-avgjørelsen¹³⁷ sin tolkning av originalitetskravet om at verket må utgjøre "*ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse*".¹³⁸ Fotballkamper kunne etter rettens mening ikke anses å være intellektuelle frembringelser, da de i stor grad ble regulert av spilleregler som medførte lite rom for kreativitet.¹³⁹ Domstolen kom imidlertid frem til at den innledende videosekvensen, Premier League-hymnen, filmopptak med høydepunkter fra de seneste kampene og diverse former for grafikk hadde opphavsrettslig vern.¹⁴⁰

¹³² Forente saker C-403/08 og C-429/08 premiss 31

¹³³ Forente saker C-403/08 og C-249/08, premiss 33

¹³⁴ Forente saker C-403/08 og C-249/08, premiss 39

¹³⁵ Forente saker C-403/08 og C-249/08, premiss 42

¹³⁶ Dir. 2001/29/EF

¹³⁷ Sak C-5/08

¹³⁸ Forente saker C-403/08 og C-429/08 premiss 97

¹³⁹ Forente saker C-403/08 og C-429/08 premiss 96 og 98

¹⁴⁰ Forente saker C-403/08 og C-429/08 premiss 149

I likhet med i Infopaq-dommen utledet EU-domstolen også i denne dommen originalitetskravet fra Infosoc-direktivet art. 2 bokstav a, som omhandler eneretten til eksemplarframstilling og ikke kravet til opphavsrettslig vern. Gjennom at EU-domstolen utleder originalitetskravet fra Infosoc-direktivet får FAPL-dommen¹⁴¹ også en horisontal anvendelse. FAPL-dommen¹⁴² støtter således argumentet om at det foreligger et harmonisert europeisk originalitetskrav.

4.2.2 EU-rettspraksis med sektorbasert rekkevidde

I de fire andre dommene¹⁴³ forankrer EU-domstolen originalitetskravet med grunnlag i sektorbaserte direktiver, som blant annet databasedirektivet,¹⁴⁴ vernetidsdirektivet for fotografiske verk¹⁴⁵ og programvaredirektivet.¹⁴⁶ Disse direktivene gjelder kun for enkelte grupper av verk, noe som betyr at det ikke kan utledes et felles europeisk originalitetskrav fra disse dommene slik som det kan med grunnlag i Infopaq-dommen¹⁴⁷ og FAPL-dommen.¹⁴⁸ Fremstillingen viser imidlertid at kravet til opphavsrettslig vern for databaser, edb-programmer og fotografier allerede er fastslått til å være originalitet, herunder at verket må være uttrykk for opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse.¹⁴⁹

4.3 Er kravet fullstendig eller bare delvis harmonisert?

4.3.1 Innledning

Drøftelsen ovenfor viser at det med grunnlag i rettspraksis fra EU-domstolen er stor grunn til å anta at det på opphavsrettens område foreligger et fullstendig europeisk harmonisert originalitetskrav.

Det finnes imidlertid flere som mener at originalitetskravet ikke er fullstendig harmonisert, der spesielt verk som er brukskunst ikke kan anses å være omfattet av dette kravet.¹⁵⁰ Syns-

¹⁴¹ Forente saker C-403/08 og C-429/08

¹⁴² *ibid.*

¹⁴³ Sak C-393/09, sak C-145/10, sak C-406/10 og sak C-604/10

¹⁴⁴ Dir. 96/9/EF

¹⁴⁵ Dir. 2011/77/EF

¹⁴⁶ Dir. 2009/24/EC

¹⁴⁷ Sak C-5/08

¹⁴⁸ Forente saker C-403/08 og C-429/08

¹⁴⁹ Jf. programvaredirektivet (dir. 2009/24/EC), databasedirektivet (dir. 96/9/EF) og vernetidsdirektivet for fotografiske verk (dir. 2011/77/EU).

¹⁵⁰ Se blant annet Axhamn NIR (2010) s. 342 flg. og Kopp NIR (2012) s. 262 flg.

punktet om at brukskunst som verk ikke er omfattet det europeiske originalitetskravet er be-
grunnet i blant annet Bernkonvensjonen art. 2 nr. 7. Av denne bestemmelsen følger det at
“*Subject to the provisions of [Article 7\(4\)](#) of this Convention, it shall be a matter for legisla-
tion in the countries of the Union to determine the extent of the application of their laws to
works of applied art and industrial designs and models, as well as the conditions under which
such works, designs and models shall be protected*”. Bestemmelsen viser at medlemslandene i
utgangspunktet har stått fritt til å fastsette vilkårene og innholdet av det opphavsrettslige ver-
net for brukskunst. Som et resultat av denne selvbestemmelsesretten har vernet for brukskunst
utartet seg noe forskjellig i de enkelte medlemslandene. Spørsmålet er dermed om medlems-
statene i lys av den senere rettspraksis fra EU-domstolen fortsatt står fritt til å bestemme over
det opphavsrettslige vernet til brukskunst, eller om dette verket nå også er omfattet av det
harmoniserte originalitetskravet.

4.3.2 For at alle verk omfattes

Mye taler således for at det etter den nåværende praksisen fra EU-domstolen kan utledes et
originalitetskrav som gjelder for alle typer av verk. Dette begrunnes i at originalitetskravet i
både Infopaq-dommen¹⁵¹ og FAPL-dommen¹⁵² forankres i Infosoc-direktivet, som er et hori-
sontalt-basert direktiv.¹⁵³ Når et krav om originalitet forankres i et horisontalt direktiv, betyr
det at kravet også får anvendelse på alle verkskategorier. I Painer-dommen konkluderte doms-
tolen med at kravet til opphavsrettslig vern for portrettfotografier var originalitet, og at slike
verk ikke skulle ha dårligere beskyttelse enn det andre verk hadde.¹⁵⁴ Dommen kan tas til inn-
tekt for at det skal stilles samme krav til opphavsrettslig vern for alle former for verk, noe som
igjen taler for at brukskunst også omfattes av det harmoniserte originalitetskravet.

I Infopaq-dommen¹⁵⁵ begrunner EU-domstolen kravet til originalitet i blant annet Bernkon-
vensjonens alminnelige oppbygning.¹⁵⁶ Den begrunner kravet ikke bare i Bernkonvensjonens

¹⁵¹ Sak C-5/08

¹⁵² Forente saker C-403/08 og C-429/08

¹⁵³ Rosenmeier støtter synspunktet om at det foreligger et originalitetskrav for alle typer av verk. Se mer i Imma-
terialret (2013) s. 78. Det samme synes å fremgå av Lionel Bentlys presentasjon "Harmonization By Stealth: The
Role of the ECJ" (2012). Eleonora Rosati mener også at det europeiske originalitetskravet etter rettspraksis fra
EU-domstolen er fullstendig harmonisert, Rosati (2013) s. 169 flg.

¹⁵⁴ Sak C-145/10 premiss 98

¹⁵⁵ Sak C-5/08

alminnelige oppbygning, men også i dens art. 2 nr. 5 og nr. 8 som blant annet omhandler "*literære eller kunstneriske verk*".¹⁵⁷ I EU er det som nevnt kun San Marino som ikke har ratifisert Bernkonvensjonen, de andre unionslandene derimot har forpliktet seg til å følge konvensjonen. Det betyr at dersom domstolen mener at originalitetskravet kan utledes fra denne konvensjonen vil det medføre en konvensjonsbunden harmoniseringsforpliktelse for de aller fleste av unionslandene.¹⁵⁸

4.3.3 Innvendinger mot et fullstendig harmonisert grunnkrav

Det har imidlertid vært flere innvendinger mot at det foreligger et fullstendig harmonisert originalitetskrav. Enkelte mener at det ikke kan konkluderes med et fullstendig harmonisert originalitetskrav som gjelder for alle verk, til tross for nyere rettspraksis avsagt fra EU-domstolen. Verkestypen som har vært mest omdiskutert er som nevnt brukskunst, der flere forfattere mener at dette verket faller utenom det harmoniserte kravet til vern. Det har i denne sammenheng blitt argumentert med at EU-domstolen enda ikke har avsagt en dom som uttrykkelig konkluderer med at brukskunst er omfattet av det europeiske originalitetskravet.

4.3.3.1 Direktiv for informasjonssamfunnet

En innvending mot at brukskunst skal være omfattet av et felles grunnkrav har vært forankret i selve tittelen på Infosoc-direktivet.¹⁵⁹ Direktivets fulle navn er "*EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDS DIREKTIV 2001/29/EF AV 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet*".¹⁶⁰ Argumentet har gått ut på at direktivet utfra navnet å bedømme kun gjelder for verk tilknyttet "*informasjonssamfunnet*", og at brukskunst ikke er omfattet av denne definisjonen. Det at brukskunst ikke skal være omfattet av direktivets navn, medfører at originalitetskravet som EU-domstolen¹⁶¹ utleder fra Infosoc-direktivet heller ikke får anvendelse for brukskunst.

I NJA 2009 s. 159 avsa Högsta domstolen i Sverige en dom der spørsmålet i saken var om lommelykten Mini Maglite, som brukskunstgjenstand, var opphavsrettslig beskyttet. Et av

¹⁵⁶ Sak C-5/08 premiss 34

¹⁵⁷ *ibid.*

¹⁵⁸ Schovsbo (2010) s. 590

¹⁵⁹ Axhamn støtter dette synes i Axhamn NIR (2010) s. 247

¹⁶⁰ Dir. 2001/29/EF

¹⁶¹ I sak C-5/08 og forente saker C-403/08 og C-429/08

spørsmålene som retten tok stilling til i dommen var om saken skulle bedømmes på bakgrunn av svensk rett eller på bakgrunn av EU-retten. Retten uttalte i dommen at det ”*Vid en bedømming av rättsutvecklingen finns det skäl att något beröra också de ändringar av reglerna om skydd av upphovsrätt och av mönster och form som följt av gemenskapsrätten. Enligt två EG-direktiv skall sålunda datorprogram och fotografier kunna omfattas av ett upphovsrättsligt skydd, bl.a. under förutsättningen att alstret är originellt i den meningen att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse; det tilläggs att inga andra bedömningsgrunder skall tillämpas för rätten till skydd (direktiven 91/250/EEG och 93/98/EEG). Ett direktiv om rättsligt skydd för databaser har fått en likartad utformning på denna punkt (96/9/EG).*

Den partiella harmonisering som följer av direktiven är alltså begränsad till vissa särskilt angivna alster och får anses motiverad av dessa alsters särskilda art. Det finns inte anledning att i detta mål gå in på frågan vad som ligger i den i direktiven angivna förutsättningen om originalitet. Här kan dock konstateras att stöd saknas i nu gällande rätt för att – under intryck av EG-direktiven – på området för brukskonst avvika från hittills tillämpade krav för upphovsrätt (...).¹⁶²

Domstolen konkluderte med at det forelå en viss harmonisering på bakgrunn av de tre direktivene fra EU, der kravet til opphavsrettslig vern var originalitet – opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse. Siden kravet var forankret i vernetidsdirektivet for fotografiske verk,¹⁶³ programvaredirektivet¹⁶⁴ og databasedirektivet¹⁶⁵ la retten til grunn at det harmoniserte originalitetskravet ikke gjaldt for brukskunst, men kun for fotografiske verk, edb-programmer og databaser. Denne dommen ble imidlertid avsagt før EU-domstolen avsa de seks forannevnte dommene som omhandler originalitetskravet,¹⁶⁶ og viser således hvordan rettstilstanden for opphavsrettslig vern for brukskunst var forut for disse avgjørelsene.

EU-domstolen har konkludert med at kravet til opphavsrettslig vern er originalitet i dommer som blant annet omhandler sportsbegivenheter¹⁶⁷ og portrettfotografier.¹⁶⁸ Disse verkene kan

¹⁶² NJA 2009 s. 159 s. 5

¹⁶³ Dir. 2011/77/EU

¹⁶⁴ Dir. 2009/24/EC

¹⁶⁵ Dir. 96/9/EF

¹⁶⁶ Sak C-5/08 (Infopaq), sak C-393/09 (BSA), forente saker C403/08 og C-429/08 (FAPL), sak C-145/10 (Pai ner), sak C-604/10 (Fotball Dataco) og sak C-406/10 (SAS)

¹⁶⁷ Forente saker C-403/08 og C-429/08

ikke sies å ha mer med informasjonssamfunnet å gjøre, enn det brukskunst har. EU-domstolen har dermed ikke anvendt originalitetskravet kun på verk som omfattes av informasjonssamfunnet, noe som taler for at det harmoniserte originalitetskravet også gjelder for brukskunst.

I Peek-dommen¹⁶⁹ som omhandlet eneretten til spredning, hadde en klesbutikk utstilt møbler både i lokalet og i et utstillingsvindu med det formål at kundene kunne bruke dem til å sitte i. Dette hadde imidlertid blitt gjort uten å innhente samtykke fra opphavsmannen. Spørsmålet som ble forelagt EU-domstolen var om det forelå spredning til allmennheten, selv om det ikke hadde foregått noen form for salg eller overføring av eiendomsretten/besittelsen. I den rettslige vurderingen anvendte EU-domstolen Infosoc-direktivet art. 4 nr. 1 som rettslig grunnlag. Donner-dommen¹⁷⁰ er et lignende eksempel som i likhet med Peek-dommen,¹⁷¹ omhandlet brukskunst. I denne dommen hadde et selskap med hjemsted i Italia, fremlagt tilbud om salg av reproduksjoner av møbler til kunder bosatt i Tyskland. Spørsmålet i saken var om det forelå spredning til allmennheten, men her altså gjennom salg. Også i denne dommen anvendte EU-domstolen Infosoc-direktivet art. 4 nr. 1 som rettslig grunnlag ved behandlingen av de rettslige spørsmål. Dommene illustrerer således at Infosoc-direktivet er blitt anvendt i retts-spørsmål som omhandler brukskunst, noe som viser at EU-domstolen ikke kun anvender Infosoc-direktivet på verk som naturlig faller inn under definisjonen «informasjonssamfunnet». Innvendinger som går ut på at direktivets navn stenger for at det europeiske kravet til opphavsrettslig vern er fullstendig harmonisert, kan derfor ikke vektlegges i betydelig grad.

Det som kan være problematisk ved å fastsette rekkevidden av direktivet på bakgrunn av navnet, er at alle verk også kan utnyttes digitalt. Et eksempel på det kan være å legge ut en opphavsrettslig beskyttet tegning av en opphavsrettslig beskyttet stol på internett. Her vil både opphavsmannen til stolen og opphavsmannen til tegningen kunne påberope seg sine opphavsrettslige rettigheter, for å forhindre at det blir fremstilt eksemplarer av tegningen på internett. Det reiser seg dermed et spørsmål om originalitetskravet som kan utledes fra Infosoc-direktivet, både kan anvendes i forhold til opphavsmannen til stolen og opphavsmannen til tegningen.¹⁷² Eller om det er slik at det kun er tredjedimensjonale verk slik som brukskunst,

¹⁶⁸ Sak C-145/10

¹⁶⁹ Sak C-456/06

¹⁷⁰ Sak C-5/11

¹⁷¹ Sak C-456/06

¹⁷² Schovsbo (2010) s. 589

som ikke er omfattet av originalitetskravet. Dersom man velger en løsning som går ut på at kravet kun omfatter verk som direkte blir utnyttet digitalt, vil det medføre at det kun er tegningen i det nevnte eksempel som omfattes. Her vil man risikere å møte et originalitetskrav online, imens man vil møte et annet krav offline.¹⁷³

Det foreligger ikke rettspraksis fra EU-domstolen der retten uttrykkelig konkluderer med at brukskunst omfattes av Infosoc-direktivet. Til tross for dette viser Peek-dommen¹⁷⁴ og Donner-dommen¹⁷⁵ at både det oppstilte originalitetskravet og selve Infosoc-direktivet har blitt anvendt på brukskunst, selv om slike verk ikke naturlig faller inn under betegnelsen "informasjonssamfunnet". EU-domstolen har også som nevnt konkludert med et krav om originalitet i dommer omhandlet forskjellige verk, som ikke passer mer inn i definisjonen av informasjonssamfunnet enn det brukskunst gjør.¹⁷⁶ Etter min mening taler denne rettspraksisen således for at brukskunst også omfattes av det europeiske harmoniserte kravet til vern.

4.3.3.2 Designdirektivet art. 17

Et mulig hull i harmoniseringen av originalitetskravet er på designrettens område. I designdirektivets¹⁷⁷ art. 17 står det at et mønster som har vern etter direktivet, også skal nyte opphavsrettslig vern i vedkommende land. Videre står det i samme bestemmelse at "*Omfanget av dette vern og vilkårene for å få det, herunder den grad av originalitet som kreves, fastsettes av hver enkelt medlemsstat*". Etter direktivet kan det argumenteres med at det er opp til det enkelte medlemsland å bestemme originalitetskravet for designverk, og at originalitetskravet således ikke er fullstendig harmonisert. Et slikt syn medfører at EU-domstolens krav om originalitet ikke omfatter designverk som har vern etter designdirektivet.

Av designdirektivets fortale fremgår det at "*Så lenge opphavsrettslovgivningen ikke er harmonisert, er det viktig å fastslå prinsippet om kumulativt vern i henhold til lovgivningen om vern av registrerte mønstre og i henhold til opphavsrettslovgivningen, samtidig som medlemsstatene må stå fritt til å bestemme omfanget av det vern opphavsretten skal gi og vilkårene for*

¹⁷³ *ibid.*

¹⁷⁴ Sak C-456/06

¹⁷⁵ Sak C-5/11

¹⁷⁶ Se blant annet sak C-5/08, forente saker C-403/08 og C-429/08 og sak C-145/10

¹⁷⁷ Dir. 98/71/EF

å oppnå slikt vern".¹⁷⁸ Designdirektivets fortale viser at området for opphavsrett ikke i betydelig grad var harmonisert på det tidspunktet designdirektivet trådte i kraft. Det var først når Infosoc-direktivet kom i 2001 at det skjedde en betydelig harmonisering av medlemsstatenes opphavsrettslige lovgivning. Designdirektivet er fra 1998 og er dermed eldre enn Infosoc-direktivet, som kom i 2001. Designdirektivets art. 17 ble dermed laget på et tidspunkt der medlemsstatene i større grad selv bestemte innholdet og vilkårene for det opphavsrettslige vernet, noe som kan være med på å forklare hvordan bestemmelsen er utformet. Etter at Infosoc-direktivet trådte i kraft har det som nevnt kommet en rekke avgjørelser fra EU-domstolen som behandler originalitetskravet. Spørsmålet er derfor om medlemsstatene som følge av blant annet Infopaq-dommen¹⁷⁹ og FAPL-dommen¹⁸⁰ der det kan utledes et harmonisert krav om originalitet, fortsatt kan bestemme over kravet til det opphavsrettslige vernet for designverk jf. designdirektivets¹⁸¹ art. 17.

I Flos-dommen fra 2011 tok EU-domstolen stilling til tolkningen av designdirektivets art. 17.¹⁸² Spørsmålet i saken var om Semeraro Casa e Famiglia SpA hadde krenket Flos SpAs opphavsrettslige rettigheter til lampemodellen «Arco». Domstolen konkluderte med at art. 17 ikke omfattet uregistrerte designverk, og at disse verkene heller ikke kunne nyte opphavsrettslig beskyttelse etter det enkelte medlemslands lovgivning. Designverk som ikke var registrert kunne allikevel oppnå opphavsrettslig vern på andre rettslige grunnlag, som for eksempel etter Infosoc-direktivet.¹⁸³ Retten utalte her at *”Det kan imidlertid ikke udelukkes, at den opphavsrettslige beskyttelse af sådanne værker, som ikke-registrerede mønstre kan udgøre, kan være afledt af andre direktiver om ophavsret, bl.a. direktiv 2001/29 (...).”*¹⁸⁴

EU-domstolen konkluderer i Flos-dommen¹⁸⁵ med at designverk som ikke er registrert etter designdirektivet, kan vernes opphavsrettslig etter Infosoc-direktivet.¹⁸⁶ Da det europeiske originalitetskravet er utledet fra Infosoc-direktivet, betyr det at designverk som ikke er registrert

¹⁷⁸ Dir. 98/71/EF fortale punkt 8

¹⁷⁹ Sak C-5/08

¹⁸⁰ Forente saker C-403/08 og C-429/08

¹⁸¹ Dir. 98/71/EF

¹⁸² Sak C-168/09

¹⁸³ Dir. 2001/29/EF

¹⁸⁴ Sak C-168/09 premiss 34

¹⁸⁵ Sak C-168/09

¹⁸⁶ Sak C-168/09 premiss 34

etter designdirektivet er omfattet av det europeiske harmoniserte originalitetskravet. Spørsmålet er imidlertid om registrert designverk også er omfattet av det europeiske originalitetskravet, eller om medlemslandene her selv kan bestemme hvilket krav til opphavsrettslig vern slike verk skal ha.

Designdirektivet¹⁸⁷ er ikke et direktiv som har til formål å regulere opphavsrett, men et direktiv som regulerer området for designrett. Direktivet omhandler vilkårene for at et verk skal få mønsterbeskyttelse, og denne beskyttelsens innhold, omfang og varighet. Selv om direktivet innehar en bestemmelse som til en viss grad omhandler designverks opphavsrettslige beskyttelse,¹⁸⁸ er formålet til direktivet å styrke vern av mønstre og ikke regulere opphavsrettslige spørsmål. Infosoc-direktivet¹⁸⁹ er derimot et direktiv som i all hovedsak omhandler opphavsrett, og er det direktivet som EU-domstolen utleder originalitetskravet fra.¹⁹⁰ Det faktum at både Infosoc-direktivet og Infopaq-dommen¹⁹¹ kom etter at designdirektivet trådte i kraft, taler for at registrerte designverk også skal omfattes av det europeiske harmoniserte originalitetskravet.

På den andre siden kan det stilles et spørsmål om det med grunnlag i dommen kan trekkes en motsetningsslutning, som besvarer spørsmålet om registrert design er omfattet av det europeiske originalitetskravet. I Flos-dommen¹⁹² konkluderer EU-domstolen som nevnt med at uregistrerte verk kan ha opphavsrettslig vern etter Infosoc-direktivet. Motsetningsslutningen går dermed ut på at siden domstolen ikke uttrykkelig konkluderer med at designverk som er registrert etter designdirektivet også kan vernes etter Infosoc-direktivet, betyr det at registrert design ikke er omfattet av det harmoniserte originalitetskravet. Det er usikkert om det kan trekkes en slik motsetningsslutning, men Flos-dommen¹⁹³ gir etter min mening likevel en indikasjon på at medlemslandene selv kan bestemme over kravet til opphavsrettslig vern for designverk som er registrert etter designdirektivet.

¹⁸⁷ Dir. 98/71/EF

¹⁸⁸ Dir. 98/71/EF art. 17

¹⁸⁹ Dir. 2001/29/EF

¹⁹⁰ Se blant annet sak C-5/08 og forente saker C-403/08 og C-429/08

¹⁹¹ Sak C-5/08

¹⁹² Sak C-168/09

¹⁹³ *ibid.*

I påvente av fremtidige avgjørelser fra EU-domstolen som kan gi et endelig svar på spørsmålet, vil det fortsatt være usikkert om registrerte designverk er omfattet av det europeiske harmoniserte originalitetskravet.

4.4 Sammenfatning

Med grunnlag i rettspraksis fra EU-domstoler tyder mye nå på at det foreligger et europeisk harmonisert originalitetskrav, som gjelder for alle medlemsstatene i EU. Medlemsstatene har i utgangspunktet stått fritt til selv å kunne fastsette vilkårene og innholdet av det opphavsrettslige vernet for brukskunst jf. Bernkonvensjonen art. 2 nr. 7. Mye taler likevel for at det europeiske originalitetskravet etter rettspraksis fra EU-domstolen nå også gjelder for brukskunst, noe som betyr at kravet er fullstendig harmonisert. Et europeisk originalitetskrav for alle typer verk vil bidra til å fremme integrasjon, som er hovedmålsettingen i EU. Et felles originalitetskrav vil også føre til at medlemslandene kan oppnå opphavsrettslig beskyttelse for verk basert på de samme vilkårene. Dette vil igjen være med på å styrke forutberegneligheten, der den enkelte opphavsmann lettere vil kunne forutberegne sin rettsstilling uavhengig av sin nasjonalitet. Felles rettsregler for brukskunst vil også være med på å fremme handel på tvers av landegrensene, og således være med på å bidra til et konkurransedyktig indre marked.

I Football Dataco-dommen konkluderer domstolen som nevnt med at ingen andre kriterier enn originalitet kan anvendes i vurderingen av om et verk har opphavsrettslig vern.¹⁹⁴ Domstolen legger videre til grunn at det ikke er rom for at medlemslandene har et eget nasjonalt krav til opphavsrettslig vern, som er basert på andre regler enn det europeiske originalitetskravet. Dommen kan således tas til inntekt for at kravet er fullstendig harmonisert, noe som innebærer at medlemslandene ikke kan fastsette opphavsrettslig vern for brukskunst på bakgrunn av andre krav enn det som fremgår av EU-retten.

Det foreligger likevel ikke en dom fra EU-domstolen som uttrykkelig konkluderer med at brukskunst omfattes av det harmoniserte originalitetskravet. I påvente av fremtidige avgjørelser fra EU-domstolen vil den endelige konklusjonen av om brukskunst omfattes av det harmoniserte kravet derfor fortsatt være noe usikker. For verk som er brukskunst men som også er registrert designverk etter designdirektivet, gir Flos-dommen¹⁹⁵ en indikasjon på at medlemslandene selv kan bestemme over innholdet og vilkårene for det opphavsrettslige vernet.

¹⁹⁴ Sak C-604/10 premiss 42

¹⁹⁵ Sak C-168/09 premiss 34

Designverk som ikke er registrert etter designdirektivet kan ifølge EU-domstolen i Flosdommen derimot vernes etter Infosoc-direktivet, noe som betyr at dette verket omfattes av det europeiske harmoniserte originalitetskravet.¹⁹⁶

5 Harmoniseringens betydning for norsk rett

5.1 Innledning

Fremstillingen over viser at originalitetskravet i EU-retten i stor grad har blitt harmonisert gjennom rettspraksis fra EU-domstolen. Selv om løsningen fortsatt er noe usikker, taler flere argumenter for at det europeiske originalitetskravet også er blitt fullstendig harmonisert i den betydning av at det gjelder for alle verkskategorier. I flere av EU-domstolens avgjørelser blir kravet til originalitet nærmere konkretisert. I Painer-dommen for eksempel konkluderer EU-domstolen som nevnt med at kravet til originalitet er oppfylt, dersom opphavsmannen har kunnet foreta frie og kreative valg i utformingen av verket.¹⁹⁷

Norge har som medlem av EØS-avtalen plikt til å sørge for at norsk rett så godt det lar seg gjøre samsvarer med EU-retten. I den videre drøftelsen vil det derfor først bli redegjort noe grundigere for hva slags forpliktelser Norge har ovenfor EU/EØS, for deretter å vurdere om norsk rett er i samsvar med det originalitetskravet som kan utledes av EU-retten.

5.2 Norges forpliktelser ovenfor EU

Opphavsretten i Norge er i utgangspunktet regulert av norske rettskilder slik som blant annet åndsverksloven og rettspraksis. Selv om Norge ikke er medlem av EU, er vi likevel forpliktet til å forholde oss til EU-retten. Norges forpliktelser overfor EU er regulert ved EØS-avtalen, som er gjennomført i norsk rett ved EØS-loven. EØS-avtalen ble av Norge undertegnet 2. mai 1992. EØS-avtalen er en avtale mellom medlemslandene i EU og medlemslandene i EFTA, som har til formål å bidra til å styrke handel og økonomisk samarbeid mellom landene.¹⁹⁸

EØS-loven § 2 er en bestemmelse som gir EØS/EU-retten forrang fremfor norsk lov. I praksis fungerer bestemmelsen slik at dersom norske domstoler finner at det foreligger motstrid mellom EØS-avtalen og en norsk lovregel, må norsk rett i utgangspunktet vike. Det betyr at alle

¹⁹⁶ *ibid.*

¹⁹⁷ Sak C-145/10 premiss 89

¹⁹⁸ Mer om EØS-avtalen i EØS-RETT (2011) s. 86 flg.

gjennomførte EU- eller EØS-regler ved motstrid skal gå foran norske lovregler og forskrifter.¹⁹⁹ EØS-loven § 2 løser imidlertid ikke det tilfelle der det foreligger motstrid mellom en EØS-regel som ikke er gjennomført i norsk rett, og en norsk rettsregel som kanskje burde vært endret på grunn av EØS-regelen. I Norge har vi imidlertid presumsjonsprinsippet som går ut på at Norge så godt det lar seg gjøre skal tolke norsk rett i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser.²⁰⁰ I *Finanger I-dommen*²⁰¹ kom Høyesterett til at presumsjonsprinsippet fikk anvendelse i forhold til EØS-avtalen. Om Norge velger å gjennomføre en EØS-regel i norsk rett eller ikke, vil etter presumsjonsprinsippet ikke være av avgjørende vekt, da den uansett vil få betydning som tolkningsalternativ.²⁰²

I EU-retten finnes det et prinsipp om direktivkonform tolkning. Dette prinsippet går ut på at de nasjonale domstoler så langt det lar seg gjøre plikter å tolke nasjonal rett i samsvar med direktiver som ikke er gjennomført. I *Finanger I-dommen*²⁰³ tok ikke Høyesterett stilling til om prinsippet om direktivkonform tolkning gjelder i Norge, da den fant at prinsippet i alle tilfeller ikke var mer vidtgående enn det norske presumsjonsprinsippet.²⁰⁴

Et annet grunnleggende rettskildeprinsipp i EØS-retten er homogenitetsmålsettingen, som er forankret i EØS-avtalens art. 1 og fortalens punkt 16. Homogenitetsmålsettingen er EØS-avtalens hovedmålsetting som går ut på å sikre ensartede regler i hele EØS-området. Formålet med dette rettskildeprinsippet er at reglene i EØS-retten skal tolkes likt som de tilsvarende bestemmelsene i EU-retten. Dette innebærer at EØS-avtalen skal ha samme innhold uavhengig av om den tolkes i lys av de nasjonale domstoler i en EU-stat, en EFTA-stat, EFTA-domstolen eller EU-domstolen.²⁰⁵ Homogenitetsmålsettingen går også ut på at EØS-avtalen skal gi grunnlag for de samme regler som det EU-retten gir, men kun innenfor de områdene som omfattes av avtalen. Etter EØS-avtalens § 6 og ODA-avtalens art. 3 (1) er de norske domstoler forpliktet til å følge relevante avgjørelser avsagt fra EU-domstolen, før undertegnelse av EØS-avtalen som var 2. mai 1992. Begrunnelsen for å innføre et slikt skjæringspunkt

¹⁹⁹ Utenriksdepartementet (2012)

²⁰⁰ Rt. 2000 s. 1811 s. 1828

²⁰¹ Rt. 2000 s. 1811

²⁰² Se EØS-RETT (2011) s. 265 flg. for mer informasjon.

²⁰³ Rt. 2000 s. 1811

²⁰⁴ Mer dyptgående drøftelse i EØS-RETT (2011) s. 206 flg.

²⁰⁵ Se nærmere i EØS-RETT (2011) s. 223 flg.

var av hensyn til statenes suverenitet, der EØS-statene ikke ønsket å gi EU-domstolen ubegrenset makt til å forme rettsutviklingen av EØS-retten. Homogenitetsmålsettingen tilsier allikevel at rettspraksis fra EU-domstolen avsagt etter undertegnelse av EØS-avtalen også bør tillegges vekt. Høyesterett har i en rekke avgjørelser ved blant annet God Morgon-dommen²⁰⁶ konkludert med at skillet ikke får betydning der de uttaler at "*Relevant praksis fra EF-domstolen er yngre enn 2. mai 1992 og er derfor ikke formelt bindende for Norge i henhold til EØS-avtalen art. 6, men det er på det rene at slik senere praksis uansett skal tillegges stor vekt ved tolkningen av norsk lov (...)*".²⁰⁷ EU-domstolens avgjørelser har derfor stor rettskillemessig betydning for norske domstoler ved tolkningen av norsk lov. Når EU-domstolen tolker direktivet som er implementert i EØS-avtalen, vil deres fortolkninger etter min mening derfor være førende for norsk rett.²⁰⁸

5.3 Er det norske verkshøydekravet i samsvar med EU-rettens krav til originalitet?

I dette kapitlet vil jeg redegjøre for om norske rettskilder slik som åndsverksloven, forarbeider og høyesterettspraksis samsvarer med det originalitetskravet som kan utledes fra EU-domstolens rettspraksis. Etter vurderingen av om det norske verkshøydekravet som kan utledes fra Høyesterett sine avgjørelser samsvarer med det europeiske originalitetskravet, vil jeg vurdere om det foreligger eventuelle andre avvik mellom EU-domstolen og Høyesterett sine avgjørelser.

5.3.1 Åndsverksloven

Det følger av åndsverksloven § 1 at "*Den som skaper et åndsverk, har opphavsrett til verket.*" Videre følger det av samme bestemmelse at med åndsverk så menes "*litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk*". Av bestemmelsens annet ledd følger det en ikke-uttømmende liste over eksempler på hva som anses for å være litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk. Det er tre krav som må være oppfylt for at et verk skal kunne nyte opphavsrettslig vern etter åndsverksloven § 1. Disse tre kravene er at det 1) må være skapt noe, 2) som er et litterært,

²⁰⁶ Rt. 2002 s. 391

²⁰⁷ Rt. 2002 s. 391 (s. 395-396)

²⁰⁸ Tøien NIR (2012) s. 403

vitenskapelig eller kunstnerisk verk, og 3) at dette verket må være et åndsverk. Kravet til verkshøyde utledes fra det tredje og siste kravet til at verket må være et åndsverk.²⁰⁹

Ordlyden til åndsverksloven § 1 gir i likhet med Infosoc-direktivet og Bernkonvensjonen ingen nærmere redegjørelse for hva som skal til for at kravet til åndsverk er oppfylt. Nærmere veiledning må søkes i andre rettskilder, slik som forarbeider og spesielt rettspraksis fra Høyesterett.

5.3.2 Forarbeider

Forarbeidene²¹⁰ til åndsverksloven utleder kravene til hva som er et åndsverk fra Ragnar Knophs bok "*Åndsretten*".²¹¹ For at det skal foreligge et åndsverk må verket ifølge forarbeidene og Knoph "*(...) iallfall i noen grad være uttrykk for original og individuelt preget åndsvirksomhet fra opphavsmannens side*".²¹² Forarbeidenes krav til opphavsrettslig vern samsvarer i høy grad med det europeiske originalitetskravet. Begge kravene innehar vilkåret om "*originalitet*", og vilkåret om "*individuelt preget åndsvirksomhet fra opphavsmannens side*" fra forarbeidene er ordlydsmessig likt med vilkåret om "*opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse*" som følger av blant annet Infopaq-dommen.²¹³

5.3.3 Rettspraksis fra Høyesterett

5.3.3.1 Samsvarer Høyesteretts verkshøydekrav med EU-domstolen sitt originalitetskrav?

Høyesterett har i flere dommer konkludert med et krav til opphavsrettslig vern, som i stor grad samsvarer med den forståelsen forarbeidene har av kravet.²¹⁴

I Rt. 1940 s. 327 i den såkalte Hallo-Hallo-dommen var spørsmålet om kringkastingsprogrammer oppfylte kravet til verkshøyde og dermed var opphavsrettslig beskyttet. Høyesterett kom til at programmene ikke hadde opphavsrettslig vern og uttrykte at slike programposter: "*ikke kunne ha rang av individuelt preget åndsvirksomhet*".²¹⁵

²⁰⁹ Se nærmere Rognstad (2009) s. 75 flg.

²¹⁰ Ot.prp.nr. 26 (1959-60)

²¹¹ Knoph (1936) s. 64

²¹² Ot.prp.nr. 26 (1959-60) s. 12

²¹³ Sak C-5/08

²¹⁴ Ot.prp.nr. 26 (1959-60) s. 12

²¹⁵ Rt. 1940 s. 327, s. 329

I Wegners sybord-dommen²¹⁶ var spørsmålet om et kombinert sofa- og sybord hadde opphavsrettslig vern, herunder om det oppfylte kravet til verkshøyde. Om verkshøydekravet utalte retten at *"opphavsmannens idéer har realisert seg på en slik måte at det ved hans verk er skapt noe originalt av kunstnerisk verdi."*²¹⁷

I Huldra-dommen²¹⁸ var spørsmålet om den to minutters lange forestillingen "Huldra i Kjosfossen" tilfredstilte kravene til åndsverk jf. åndsverksloven § 1 annet ledd nr. 3. Om verkshøydekravet uttalte Høyesterett *"For at en frembringelse skal ha karakter av "åndsverk" i åndsverkslovens forstand, må den være resultat av en individuelt preget skapende innsats, og ved denne innsatsen må det være frembrakt noe som fremstår som originalt"*.²¹⁹

Kravet om at verket må være et resultat av en individuelt preget skapende innsats og at det ved denne innsatsen må være frembrakt noe som fremstår som originalt, er således fulgt opp av de to nyeste Høyesterettsavgjørelsene som omhandler kravet til opphavsrettslig vern, herunder Tripp Trapp stol-dommen²²⁰ og Ambassadør-dommen.²²¹ Spørsmålet i Tripp Trapp stol-dommen var om Stokke AS sin Tripp Trapp-stol oppfylte kravet til verkshøyde, og dermed hadde opphavsrettslig vern etter åndsverkloven § 1 annet ledd nr. 10. I Ambassadør-dommen var spørsmålet om typehuset Ambassadør oppfylte kravet til verkshøyde, og således var vernet etter åndsverkloven § 1 annet ledd nr. 9.

Kravet til opphavsrettslig vern i EU-retten er originalitet, herunder at verket må være et uttrykk for opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse. Høyesterett har operert med et krav som blant annet har blitt definert som *"resultat av en individuelt preget skapende innsats, og de denne innsatsen må det være frembrakt noe som fremstår som originalt"*,²²² *"ha rang av individuelt preget åndsvirksomhet"*²²³ og *"at det ved hans verk er skapt noe originalt av kunstnerisk verdi."*²²⁴ Etter en sammenligning av de to kravene kan det etter min mening kon-

²¹⁶ Rt. 1962 s. 964

²¹⁷ Rt. 1962 s. 964, s. 967

²¹⁸ Rt. 2007 s. 1329

²¹⁹ Rt. 2007 s. 1329 premiss 43

²²⁰ Rt. 2012 s. 1062 premiss 58 flg.

²²¹ Rt. 2013 s. 822 premiss 40 flg.

²²² Rt. 2007 s. 1329 premiss 43

²²³ Rt. 1940 s. 327 s. 329

²²⁴ Rt. 1962 s. 964 s. 967

kluderes med at det verkshøydekravet som Høyesterett anvender er svært likt det europeiske originalitetskravets ordlyd, noe som tilsier at det norske kravet samsvarer med EU-retten.²²⁵

5.3.3.2 Et strengere krav til opphavsrettslig vern for enkelte verk

I Huldra-dommen som omhandlet en forestilling sitt vern, uttalte retten om kravet til verks-høyde at *"Siden det sceneverk vi her står ovenfor, ligger nært opp til en iscenesettelse, må det stilles særlige krav til originalitet. I forarbeidene til åndsverksloven blir det fremholdt at sceneinstruksjon "bare under meget bestemte vilkår og rent unntaksvis kan oppfylle kravene til åndsverk", se Ot.prp.nr.26 (1959-60), side 13. Selv om denne uttalelse ut fra dagen oppfatning nok stiller et noe strengt originalitetskrav, må det etter min mening av hensyn til forfatterens opphavsrett stilles særlige krav til originalitet for å gi en iscenesettelse opphavsrettslig beskyttelse"*.²²⁶

Det første som kan bemerkes i forhold til dommen er at Høyesteretts uttalelse om at forestillingen lå *"(...) nært opp til en iscenesettelse"*²²⁷ og at det derfor skulle stilles strengere krav til vern, er blitt kritisert i norsk juridisk teori av blant annet Ole-Andreas Rognstad. Rognstad uttaler at *"Så lenge forestillingen ikke bygger på et åndsverk, men fremstiller en figur kjent fra norsk folketradisjon, er den ingen iscenesettelse av et verk. Dermed oppstår ikke de samme problemene som for sceneinstruksjon, og som har begrunnet den strenge holdningen til åndsverkvern for sceneinstruksjon som kommer til uttrykk i de lovforarbeidene flertallet viser til: Forholdet mellom vernet av sceneinstruksjon som utøvende kunst (jf. åndsverkloven § 42), som forutsetter at det er et verk som fremføres, og vernet av iscenesettelser som bearbeidelser av åndsverk. At huldreforestillingen, etter flertallets oppfatning, ligger «nært opp til» sceneinstruksjon, er slik sett lite relevant"*.²²⁸

Høyesterett konkluderer i dommen med at det må stilles særlige krav til originalitet for iscenesettelser, noe som betyr at det foreligger en høyere terskel for at en iscenesettelse skal kunne nyte opphavsrettslig vern sammenlignet med andre verk. Spørsmålet er om Høyesterett sin

²²⁵ Rognstad er enig i at det norske verkshøydekravet samsvarer med originalitetskravet i programvaredirektivet og databasedirektivet, som igjen samsvarer med originalitetskravet i Infopaq-dommen, Rognstad (2009) s. 85 flg.

²²⁶ Rt. 2007 s. 1329 premiss 47

²²⁷ *ibid.*

²²⁸ Rognstad NIR 2009 s. 214 "Forledet av sceneinstruksjoner, men neppe av huldra. Kommentar til Huldra-dommen (Rt. 2007 s. 1329) II".

konklusjon om at det kan stilles et strengere krav til et enkelt verk samsvarer med EU-retten. Det foreligger som nevnt tidligere i fremstillingen ingen avgjørelser fra EU-domstolen som uttrykkelig gir et svar på om det er adgang til å stille strengere krav til enkelte verk eller om det ikke er det. Painer-dommen kan imidlertid tas til inntekt for at det ikke kan stilles et strengere krav til et enkelt verk, der det skal gjelde samme krav for alle former for verk.²²⁹ Det samme kan utledes fra Football Dataco-dommen der EU-domstolen konkluderer med at det kun finnes et krav til opphavsrettslig vern, og at dette kravet er originalitet.²³⁰ En adgang for medlemslandene til å kunne fastsette forskjellig vern til ulike verk kan også medføre at Infosoc-direktivets målsetning om rettsenhet settes i fare, noe som taler imot at en slik adgang gis.²³¹

Fremstillingen viser imidlertid at EU-domstolen likevel legger subsumsjonen av om et verk oppfyller kravet til opphavsrettslig vern til de nasjonale domstoler for å avgjøre. Dette innebærer at medlemsstatene innenfor det angitte originalitetskravet til en viss grad selv bestemmer hvor strengt vern de vil stille til det enkelte verk. I påvente av fremtidige avgjørelser fra EU-domstolen som kanskje bidrar til en nærmere klargjøring av tema, vil subsumsjonen dermed fortsatt være opp til den nasjonale domstol for å avgjøre.²³² Forutsatt at Høyesterett fortsatt vurderer det opphavsrettslige vernet på bakgrunn av det norske verkshøydekravet som samsvarer med EU-retten, kan Høyesterett etter min mening stille et strengere krav til opphavsrettslig vern for enkelte verk og fortsatt være i samsvar med EU-retten.

I Tripp Trapp stol-dommen anførte den ankende part at det måtte stilles et særlig strengt verkshøydekrav for at brukskunstgjenstander skulle kunne få opphavsrettslig beskyttelse.²³³ Høyesterett var imidlertid usikker på om dette var tilfelle da den uttalte at "*Etter mitt syn kan det imidlertid være uklart om det kan sies å gjelde en strengere norm, eller om vanskeligheten med i disse tilfellene å oppnå den nødvendige verkshøyde snarere er en refleksjon av det faktum at det for produkter som er dominert av de funksjonelle elementer, vil være et mer begrenset spillerom for en selvstendig kunstnerisk utforming.*"²³⁴ I Ambassadør-dommen hadde

²²⁹ Sak C-145/10 premiss 98

²³⁰ Sak C-604/10 premiss 42

²³¹ Se tidligere drøftelse i kapittel 3.3 flg.

²³² *ibid.*

²³³ Rt. 2012 s. 1062 premiss 62

²³⁴ Rt. 2012 a. 1062 premiss 67

den ankende part anvendt Høyesteretts uttalelse i Tripp Trapp Stol-dommen premiss 67 som argument for at Høyesterett vil være tilbakeholden med å oppstille særlige krav til verkshøyde på noen områder. Retten tok i dommen uttrykkelig standpunkt til om det kunne oppstilles et strengere krav til verkshøyde for bygningskunst, men konkluderte med at "(...)det for bygningskunst ikke kan oppstilles et strengere krav til verkshøyde enn det som ellers gjelder".²³⁵

Det er bare i Huldra-dommen²³⁶ at Høyesterett konkluderer med at det foreligger strengere krav til opphavsrettslig vern for en form for verk. I verken Tripp Trapp Stol-dommen²³⁷ eller Ambassadør-dommen²³⁸ konkluderer Høyesterett med at det foreligger strengere krav til opphavsrettslig vern for brukskunst og bygningskunst. I forhold til Ambassadør-dommen²³⁹ som er den nyeste Høyesterettsavgjørelsen som omhandler originalitetskravet, synes det noe underlig at Høyesterett ikke på noe punkt i dommen henviser til de relevante dommene fra EU-domstolen som nettopp omhandler originalitetskravet.

5.3.3.3 Kravet om kreative og frie valg

I Huldra-dommen peker flertallet på at det i teorien og andre lands rettspraksis har vært lagt vekt på om opphavsmannen har hatt muligheter til å kunne foreta valg i utformingen av verket. I dommens premiss 46 gir domstolen uttrykk for at det foreligger valgmuligheter i utformingen av forestillingen om "Huldra i Kjosfossen", der de uttaler at "*Selv om det finnes flere oppfatninger om huldra, og huldrefiguren kan fremstilles på flere måter (...).*" Flertallet kommer imidlertid til at "*Disse retningslinjene vil etter min mening kunne bidra med en viss veiledning, men de kan ikke tas for bokstavelig.*"²⁴⁰ Retten kommer altså frem til at det foreligger valgmuligheter, men at dette kun er veiledende momenter og ikke av avgjørende betydning for om et verk er opphavsrettslig vernet.

I Painer-dommen derimot legger EU-domstolen avgjørende vekt på om opphavsmannen har kunnet uttrykke sine kreative evner ved frembringelsen av verket på grunnlag av "*frie og kreative valg*".²⁴¹ Denne konklusjon blir også fulgt opp i Football dataco- dommen der domstolen

²³⁵ Rt. 2013 s. 822 premiss 64

²³⁶ Rt. 2007 s. 1329

²³⁷ Rt. 2012 s. 1062

²³⁸ Rt. 2013 s. 822

²³⁹ *ibid.*

²⁴⁰ Rt. 2007 s. 1329 premiss 44

²⁴¹ Sak C-145/10 premiss 89

uttaler at *"kriteriet om originalitet er oppfylt, når ophavsmanden gjennom udvælgelsen eller struktueringen af de data, som databasen indeholder, på original vis udtrykker sine kreative evner ved at foretage frie og kreative valg"*.²⁴²

Det faktum at EU-domstolen legger avgjørende vekt på om det foreligger valgmuligheter mens Høyesterett kun anser det som et moment i en helhetsvurdering, trekker i retning av at noen av Huldra-dommens premisser ikke helt er i samsvar med EU-retten. Når Høyesterett kommer frem til at det foreligger valgmuligheter, men at kravet til originalitet allikevel ikke er oppfylt kan det stilles spørsmål til om Høyesterett krever noe mer enn originalitet for at kravet til vern er oppfylt. Det Høyesterett kanskje mener med dette er at valgmulighetene må være mer kreative enn det de var i dommen, noe som i tilfelle ville ført til at dommen samsvarte med EU-domstolens krav til at valgmulighetene må være kreative og frie. Høyesterett legger i sin vurdering vekt på at forestillingen bygger på kjente elementer i folketradisjonen om huldra, noe som medfører at spillerrommet for kreativitet snevres inn. Selv om Høyesterett sin retorikk ikke fult ut samsvarer med EU-domstolens, er det ikke sikkert at begrunnelsen om at den aktuelle forestillingen ikke tilfredsstilte kravet til originalitet avviker i så stor grad fra EU-retten, da valgmulighetene i forestillingen ikke var tilstrekkelig kreative. Det blir heller igjen et spørsmål om hvor stor selvbestemmelsesrett de nasjonale domstoler har i forhold til hvor kreative valgmulighetene egentlig må være.²⁴³

5.3.3.4 Opphavsrettslig vern basert på resultatet eller frembringelsesprosessen?

Gjennom en nærmere undersøkelse av EU-domstolens avgjørelser omhandlet originalitetskravet, ser det ut til at domstolen legger vekt på frembringelsesprosessen fremfor resultatet ved vurderingen av om et verk oppfyller kravet til opphavsrettslig vern.²⁴⁴

I Infopaq-dommen uttaler domstolen at *"Det er først i kraft af valget, placeringen og kombinationen af disse ord, at ophavsmanden kan udtrykke sin kreative ånd på en original måde (...)"*.²⁴⁵ Domstolen legger her vekt på prosessen i skapelsen av verket, og ikke resultatet som prosessen fører frem til. I FAPL-dommen kom retten frem til at fotballkamper ikke kunne vernes på grunn av at de ikke var originale. Begrunnelsen for det manglende vernet var at

²⁴² Sak C-604/10 premiss 38

²⁴³ Se drøftelse av terskelen for kreativitet i kapitel 3.3.1

²⁴⁴ Tøien NIR (2012) s. 415 flg.

²⁴⁵ Sak C-5/08 premiss 45

fotballkamper ”(...) begrenses af spilleregler, som ikke levner plads til en kreativ frihed i ophavsretlig forstand”.²⁴⁶ Fotballspillerne hadde liten mulighet til å utrykke en egen intellektuell frembringelse da spillereglene i stor grad styrte kampene. Retten fokuserte på spillereglene som er med på å skape et resultat som er fotballkampene, noe som igjen betyr at de også her ser hen til frembringelsesprosessen. I Painer-dommen kom retten frem til at portrettfotografier hadde opphavsrettslig vern, og uttalte at opphavsmannen ville kunne ”(...) foreta frie og kreative valg på flere måder og på forskjellige tidspunkter i forbindelse med fremstillingen. På det forberedende stadium vil ophavsmanden kunne velge udformningen, den portrætteredes holdning eller belysningen. Når portrætfotografiet bliver taget, vil han kunne velge billedudsnittet, vinklen eller stemningen. I forbindelse med fremstillingen af aftrykket vil ophavsmanden kunne velge mellem forskellige fremkaldelsesteknikker eller, som i denne sag, anvende et computerprogram”.²⁴⁷ EU-domstolen velger også i denne dommen å se på de valgmulighetene opphavsmannen har hatt i frembringelsen av portrettfotografiet, fremfor å se på resultatet kun i seg selv. EU-domstolen fokuserer videre på frembringelsesprosessen i Football Dataco-dommen, der retten legger til grunn at databasen ikke kunne få vern der den var ”(...) dikteret af tekniske hensyn, regler eller begrænsninger, der ikke giver plads til kreativ frihed”.²⁴⁸ I SAS-avgjørelsen der spørsmålet var om funksjonaliteten til et edb-program hadde opphavsrettslig vern etter edb-direktivet art. 1. nr. 2,²⁴⁹ konkluderte domstolen med at ”Det er først i kraft av valget, placeringen og kombinationen af disse ord, tal eller matematiske formler, at ophavsmanden kan udtrykke sin kreative ånd på en original måde og skabe et resultat (...)”²⁵⁰ som kan nyte opphavsrettslig vern. SAS-avgjørelsen er således også et eksempel på at domstolen vurderer frembringelsesprosessen. Disse dommene avsagt av EU-domstolen viser at retten legger vekt på prosessen fremfor resultatet.

I norsk rett derimot har resultatet vært i fokus, der det har vært vanlig å få opphavsrettslig beskyttelse for et verk dersom det er ”resultat av en individuelt preget skapende innsats”²⁵¹. I flere norske dommer fra Høyesterett har det ved vurderingen av originalitetskravet hovedsa-

²⁴⁶ Forente saker C-403/08 og C-429/08 premiss 98

²⁴⁷ Sak C-145/10 premiss 90 og 91

²⁴⁸ Sak C-604/10 premiss 39

²⁴⁹ Dir. 91/250 nå dir. 2009/24/EC

²⁵⁰ Sak C-406/10 premiss 67

²⁵¹ Rt. 2007 s. 1329 premiss 43

kelig vært fokusert på resultatet fremfor frembringelsesprosessen. I Wegners sybord-dommen for eksempel foretar Høyesterett en vurdering av om selve sybordet/resultatet oppfyller kravet til originalitet.²⁵² Huldra-dommen er et annet eksempel der Høyesterett vurderer forestillingen slik den blir fremført, og ikke skapelsesprosessen som førte frem til forestillingen/resultatet.²⁵³ Høyesterett uttalte likevel i Huldra-dommen at det forelå valgmuligheter og at disse var momenter i en helhetsvurdering, noe som tilsier at dommen ikke bare er uttrykk for et resultatorientert perspektiv.²⁵⁴ I Tripp trapp stol-dommen fokuserer heller ikke Høyesterett kun på resultatet, men legger også en viss vekt på om opphavsmannens har hatt valgmuligheter i utformingen av Tripp Trapp stolen.²⁵⁵ Norsk høyesterettspraksis viser altså at det har vært benyttet et blandet perspektiv, der både frembringelsen og resultatet har vært i fokus.

Til tross for at det i dette tilfelle kan foreligge en forskjell mellom EU-domstolens og Høyesteretts måte i å vurdere originalitetskravet på, kan det stilles spørsmål om denne forskjellen egentlig utgjør noen reell betydning. I vurderingen av om et verk oppfyller kravet til originalitet må det ifølge rettspraksis fra EU-domstolen bedømmes om opphavsmannen hadde mulighet til å foreta frie og kreative valg i utformingen av verket. Selv om man i originalitetsvurderingen tar utgangspunkt i resultatet av verket slik som i Wegner-dommen,²⁵⁶ må man uansett se på om opphavsmannen hadde muligheter til å kunne foreta kreative valg når han for eksempel i Wegner-dommen²⁵⁷ lagde sybordet. Om man velger å starte i resultatet for så å gå tilbake for å se på valgmulighetene eller om man starter i frembringelsesprosessen for å se på valgmulighetene, vil etter min mening ikke utgjøre en stor forskjell. Det er derfor ikke sikkert at resultatet i praksis vil være så forskjellig avhengig av om man velger å legge vekt på frembringelsen eller resultatet. Det som derimot er sikkert er at man ikke kan få opphavsrettslig beskyttelse for en prosess, der man i opphavsretten kun kan få vern for det endelige resultatet av et verk. Betydningen i praksis vil derfor ikke være stor avhengig av om man velger en frembringelsesprosessorientert metode eller en resultatorientert metode. Skillet vil i første rekke ha teoretisk interesse.

²⁵² Rt. 1962 s. 964 s. 968 flg.

²⁵³ Tøien NIR (2012) s. 418

²⁵⁴ Rt. 2007 s. 1329 premiss 44

²⁵⁵ Rt. 2012 s. 1062 premiss 81 flg.

²⁵⁶ Rt. 1962 s. 964

²⁵⁷ *ibid.*

5.3.3.5 Kompetansefordelingen mellom Høyesterett og EU-domstolen

I Tripp Trapp Stol-dommen anførte ankemotparten at "(...) *det følger av EU-domstolens nye praksis at det tidligere relativt strenge krav til verkshøyde er blitt modifisert innenfor de områder som reguleres av særskilte direktiver. Det anføres at denne praksisen nå har fått et slikt omfang at det må anses etablert et felleseuropeisk verkshøydebegrep som stiller mindre strenge krav enn tidligere, og som må få betydning også på andre felt enn der direktivene får direkte anvendelse*".²⁵⁸ Det antas at ankemotparten her sikter til blant annet EU-domstolens avgjørelser i Infopaq,²⁵⁹ FAPL²⁶⁰ og Football Dataco²⁶¹.

Til ankemotpartens anførsel uttalte Høyesterett derimot at "*Det er imidlertid på det rene at det ikke er gitt noe direktiv som dekker verkshøydeproblematikken for brukskunst, og på dette området er det til dels avvikende lovregulering innenfor EU-landene. Selv om det skulle være dekning for ankemotpartens utlegning av praksis, vil denne dermed under ingen omstendighet være bindende for en avgjørelse om verkshøyde for brukskunst basert på norsk rett, og jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.*"²⁶²

For det første konstaterer Høyesterett at det ikke finnes noe direktiv som dekker verkshøydeproblematikken for brukskunst. I både Infopaq-dommen²⁶³ og FAPL-dommen²⁶⁴ utleder som nevnt EU-domstolen kravet til opphavsrettslig vern fra Infosoc-direktivet. Infosoc-direktivet er horisontalt og gjelder for alle typer verk, noe som taler for at brukskunst også omfattes av direktivet. Tidligere i denne fremstillingen har det også blitt vist til at det foreligger flere dommer som omhandler brukskunst, der EU-domstolen har anvendt Infosoc-direktivet som rettslig grunnlag. I Football Dataco-dommen²⁶⁵ konkluderte EU-domstolen også med at det kun fantes et krav til opphavsrettslig vern som var originalitet, og at medlemslandene ikke kunne operere med et eget selvbestemt krav som avvek fra dette.²⁶⁶ Det kan derfor stilles

²⁵⁸ Rt. 2012 s. 1062 premiss 67

²⁵⁹ Sak C-5/08

²⁶⁰ Forente saker C-403/08 og C-429/08

²⁶¹ Sak C-604/10

²⁶² Rt. 2012 s. 1062 premiss 69

²⁶³ Sak C-5/08

²⁶⁴ Forente saker C-403/08 og C-429/08

²⁶⁵ Sak C-604/10

²⁶⁶ Sak C-604/10 premiss 50

spørsmål til Høyesteretts uttalelse om at det ikke foreligger noen direktiv som dekker brukskunst kan anses for å være i overensstemmelse med EU-retten.

Høyesterett uttaler videre at domstolen uansett ikke er bundet av EU-domstolens avgjørelser om verkshøyde for brukskunst. Også her kan det stilles spørsmål til om Høyesteretts uttalelse er i samsvar med våre forpliktelser ovenfor EU. Gjennom homogenitetsmålsettingen som er forankret i blant annet EØS-avtalen § 1, er Norge som nevnt forpliktet til å påse at norsk rett samsvarer så godt det lar seg gjøre med EU-retten. EU-domstolen står for en stor del av rettsutviklingen på området for opphavsrett i EU-retten, og Norge er forpliktet til å tolke norsk rett i samsvar med relevante avgjørelser fra EU-domstolen.²⁶⁷

5.4 Sammenfatning

Det norske verkshøydekravet kan således med grunnlag i norsk lovgivning, forarbeider og høyesterettspraksis, anslås for å være meget innholdsmessig likt som originalitetskravet i EU-retten. Det kan imidlertid stilles spørsmål til om Høyesterett i Huldra-dommen²⁶⁸ og i Tripp Trapp Stol-dommen²⁶⁹ ikke fullt ut kan sies å være i overensstemmelse med EU-retten. I Ambassadør-dommen²⁷⁰ som er den nyeste avgjørelsen fra Høyesterett som omhandler originalitetskravet, konkluderer som nevnt retten med at det ikke kan stilles strengere krav til bygningskunst. Høyesterett henviser ikke på noe punkt i dommen til EU-domstolens avgjørelser omhandlet originalitetskravet, noe som etter min vurdering er meget relevant for vurderingen.

6 Avsluttende betraktninger

Denne oppgaven viser at originalitetskravet i EU-retten i stor grad har blitt harmonisert gjennom rettspraksis fra EU-domstolen. Mye tyder også på at EU-domstolens avgjørelser kan tas til inntekt for at originalitetskravet er fullstendig harmonisert, noe som betyr at kravet gjelder for alle former for verk. Det verket som det fortsatt kan foreligge noe usikkerhet om omfattes av det harmoniserte kravet til vern, er brukskunst. Innenfor verk som er brukskunst har EU-domstolen fastslått i Flos-dommen at uregistrerte designverk omfattes av det harmoniserte

²⁶⁷ Se nærmere om dette i fremstillingens kapitel 5.2.

²⁶⁸ Rt. 2007 s. 1329

²⁶⁹ Rt. 2012 s. 1062

²⁷⁰ Rt. 2013 s. 822

originalitetskravet.²⁷¹ Selv om løsningen for registrert designverk er noe usikker, gir Flosdommen en indikasjon på at medlemsstatene selv kan bestemme innholdet og vilkårene for det opphavsrettslige vernet.²⁷² Etter min mening er originalitetskravet i hvert fall harmonisert når det gjelder verk som ikke er brukskunst. Disse verkene har opphavsrettslig beskyttelse dersom de er opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse, noe de er dersom verkene er et resultat av kreative valg.

Det europeiske originalitetskravet vil ha forskjellige konsekvenser avhengig av hvilket land det dreier seg om. For Norge sin del vil det europeiske originalitetskravet ikke utgjøre så stor forskjell, da det verkshøydekravet som finnes i Norge synes å være i overensstemmelse med det europeiske kravet til originalitet. Det kan allikevel bemerkes at noen av premissene i Høyesterett sine avgjørelser ikke fullt ut samsvarer med EU-domstolens, slik som i Huldradommen²⁷³ og Tripp Trapp Stol-dommen.²⁷⁴ I fremtiden bør Høyesterett etter min mening henvise og vektlegge relevante avgjørelser fra EU-domstolen i større grad enn det de hittil har gjort i sine avgjørelser, jf. blant annet Ambassadør-dommen.²⁷⁵

For England derimot vil originalitetskravet mest sannsynlig medføre større konsekvenser, der Football Dataco-dommen²⁷⁶ etter min mening kan tas til inntekt for at «sweat of the brow»-doktrinen ikke lenger kan anvendes. For England vil dette innebære at de må gjøre om på sitt krav til opphavsrettslig vern dersom deres rett skal samsvare med EU-retten, slik at de igjen kan overholde sine forpliktelser ovenfor EU.

Forhåpentligvis vil det i fremtiden komme avgjørelser fra EU-domstolen som bringer mer klarhet rundt de forskjellige spørsmålene, slik at det for medlemsstatene blir lettere å påse at deres nasjonale rett er i samsvar med EU-retten.

²⁷¹ Sak C-168/09 premiss 34

²⁷² Sak C-168/09

²⁷³ Rt. 2007 s. 1329

²⁷⁴ Rt. 2012 s. 1062

²⁷⁵ Rt. 2013 s. 822

²⁷⁶ Sak C-604/10

7 Kilder

7.1 Lover

1961 Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven) av 12.05.1961 nr. 2

1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27.11.1992 nr. 109

7.2 Forarbeider

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

7.3 Internasjonale avtaler og konvensjoner

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

1992 EØS-avtalen, avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 02. juni 1992

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

7.4 EU-direktiver

Direktiv 92/100/EØF

RÅDSDIREKTIV av 19. november 1992 om utleie- og utlånsrett og om visse opphavsrettsbeslektede rettigheter på området immaterialrett [Utleie- og utlånsdirektivet] [PLR-direktivet]

Direktiv 93/83/EØF

RÅDSDIREKTIV av 27. september 1993 om samordning av visse bestemmelser om opphavsrett og nærstående rettigheter som får anvendelse på satellittkringkasting og videre-sending via kabel [Satelitt- og kabelsendingdirektivet]

Direktiv 96/9/EF

EUROPAPARLAMENTS- OG RÅSDIREKTIV 96/9/EF av 11. mars 1996 om rettslig vern av databaser [Databasedirektivet]

Direktiv 98/71/EF

EUROPAPARLAMENTS- OG RÅSDIREKTIV 98/71/EF av 13. oktober 1998 om rettslig vern av mønstre. [Designdirektivet]

Direktiv 2001/29/EF

EUROPAPARLAMENTS- OG RÅSDIREKTIV 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet. [Infosoc-direktivet - Opphavsrettsdirektivet]

Direktiv 2001/84/EF

EUROPAPARLAMENTS- OG RÅSDIREKTIV 2001/84/EF av 27. september 2001 om følgerett til fordel for opphavsmannen til

	et originalkunstverk. [Følgerettsdirektivet]
Direktiv 2009/24/EC	EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSDI- REKTIV 2009/24/EF av 23. april 2009 om rettsleg vern av datamaskinprogram [Pro- gramvaredirektivet]
Direktiv 2011/77/EU	EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSDI- REKTIV 2011/77/EU av 27. september 2011 om endring av direktiv 2006/116/EF om ver- netiden for opphavsrett og visse nærstående rettigheter. [Vernetidsdirektivet for opphavs- rett]
Direktiv 2012/28/EU	Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2012/28/EU av 25. oktober 2012 om visse tillatte anvendelser av hitteverk
Direktiv 2014/26/EU	Europaparlaments- og rådsdirektiv om kol- lektiv rettighetsforvaltning av opphavsrett og nærstående rettigheter samt grenseoverskri- dende lisensiering av rettigheter i musikkverk for onlinebruk i det indre marked.

7.5 Norske rettsavgjørelser

Rt. 1940 s. 327	Hallo Hallo
Rt. 1962 s. 964	Wegners sybord
Rt. 2000 s. 1811	Finanger I

Rt. 2002 s. 391 God Morgon

Rt. 2007 s. 1329 Huldra

Rt. 2012 s. 1062 Tripp Trapp stol

Rt. 2013 s. 822 Ambassadør

7.6 Utenlandske rettsavgjørelser

NJA 2009 s. 159 Mini Maglite

[2011] EWCA civ 890; [2012] Bus. L.R. 53 Meltwater

[1900] A.C. 539 Walter v. Lane

7.7 Avgjørelser fra EU-domstolen

Sag C-456/06 Peek & Cloppenburg KG mod Cassina SpA, Saml. 2008 p.1-2731

Sag C-5/08 Infopaq International A/S mod Danske Dagblades Forening, Saml. 2009 p. I-6569

Sag C-393/09 Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany mod Ministerstvo kultury, Saml. 2010 p. I-13971

Sag C-168/09 Flos SpA mod Semeraro Casa e Famiglia SpA, Saml. 2011 p. I-181

Forenede sager C-403/08 og C-429/08 Football Association Premier League Ltd

- m.fl. mod QC Leisure m.fl. (C-403/08) og Karen Murphy mod Media Protection Services Ltd (C-429/08), Saml. 2011 p. I-9083
- Sag C-145/10 Eva-Maria Painer mod Standard Verlags-GmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co. KG, Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG, Saml. 2011 p. I-12533
- Sag C-604/10 Football Dataco Ltd, Football Association, Premier League Ltd, Football League Ltd, Scottish Premier League Ltd, Scottish Football League, PA Sport UK Ltd, mod, Yahoo! UK Ltd, Stan James (Abingdon) Ltd, Stan James plc, Enetpulse ApS, ennå ikke i Saml.
- Sag C-406/10 SAS Institute Inc. mod World Programming Ltd, ennå ikke i Saml.
- Sag C-5/11 Straffesag mod Titus Alexander Jochen Donner, ennå ikke i saml.
- Sag C-466/12 Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd mod Retriever Sverige AB, ennå ikke i Saml.

7.8 Litteraturliste

7.8.1 Bøker

EØS-RETTE. Sejersted, Fredrik ... [et al.]. 3. utgave. Oslo, 2011

Knoph, Ragnar *Åndsretten*. Oslo, 1936

Rognstad, Ole-Andreas *Opphavsrett*. 1. utgave. Oslo, 2009

Rosati, Eleonora ORIGINALITY IN EU COPYRIGHT Full Harmonization through Case Law.. 1. utgave. Cambridge, 2013

Schovsbo, Jens og Rosenmeier, Morten *Immaterialret*. 3. utgave. København, 2013

Schovsbo, Jens Mod et harmoniseret ophavsretligt originalitetsbegreb? Nogle tanker i anledning af den mærkelige men dog tankevækkende EU-dom om Infopaq. I RET, INFORMATIK OG SAMFUND. Henrichsen, Carsten ... [et al.]. 1. utgave. København 2010

7.8.2 Tidsskriftsartikler

Axhamn, Johan EU-domstolen tolkar originalitetskriteriet och inskränkningen till förmån för vissa tillfälliga former av mångfaldigande. I NIR 2010 s. 339-353

Derclaye, Estelle Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (C-5/08): wonderful or worrisome? The impact of the ECJ ruling in Infopaq on UK copyright law. I E.I.P.R. 2010, 32(5), s. 247-251

Handig, Christian The “sweat of the brow” is not enough! – more than a blueprint of the European copyright term “work”. I E.I.P.R. 2013, 35(6), s. 334-340

Kopp, Lisa The Evolvement of a European Concept of the protected Work of Authorship. I NIR 2012 s. 249-263.

Rognstad, Ole-Andreas Forledet av sceneinstruksjoner, men neppe av huldra. Kommentar til Huldra-dommen (Rt. 2007 s. 1329) II. I NIR 2009 s. 214-215

Tøien, Irina Originalitetskriteriet i EU-retten – ny kurs? NIR 2012 s. 403-422

7.9 Internettider

Bently, Lionel Harmonization By Stealth: The Role of the ECJ.

http://fordhamipconference.com/wp-content/uploads/2010/08/Bently_Harmonization.pdf

Schovsbo, Jens Er værksbegrebet EU-harmonisert?- og hvad så, hvis det er?- med EU-domstolen i Undreland ...

<http://jura.ku.dk/pdf/ciir/ciir-update-foraar2012/jens-schovsbo.pdf>

WIPO sin hjemmeside

http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?country_id=ALL&search_what=B&bo_id=7

Utenriksdepartementet om Norges forpliktelser ovenfor EU/EØS

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/dok/nou-er/2012/nou-2012-2/8/4.html?id=669445>