

RAGNAR KNOPH

ÅNDSRETTE

OSLO
NATIONALTRYKKERIE
1936

FORORD

Denne boken var oprinnelig tenkt som en utførlig fremstilling av åndsretten, noe i retning av en håndbok. Stoffet var imidlertid så stort — og min evne til å skrive i lapidarstil så liten — at manuskriptet snart truet med å anta en pondus, som en «åndsrett» ikke godt kunne tillate sig. Jeg bestemte mig derfor til å legge arbeidet om.

Som boken nu foreligger, er det bare grunntrekkene av åndsretten den skildrer. Den sikter ikke på å gi praktiserende jurister beskjed om alle detaljregler, men nøier sig med å skaffe dem et grunnlag, så de med utbytte kan studere enkeltspørsmålene i loven eller i rettspraksis. Så forsømt som åndsretten hittil har vært i teorien er kanskje dette vel så nyttig, fordi en håndbok i kjempeformat nok vilde skremme de fleste for sterkt. Den vilde dessuten ikke kunne brukes som lærebok for studentene, sånn som det er meningen at denne boken skal, når enkelte avsnitt av den er sprunget over.

Under utarbeidelsen har jeg fått hjelp fra mange kanter. Særlig har advokatene *F o u g n e r* og *W i n s n e s*, og byråchef i patentstyret, *B a n g*, gjort mig stor tjeneste ved å lese gjennom større eller mindre stykker av boken i korrektur.

I utlandet fins det nu en overveldende litteratur om åndsretten. En oversikt over arbeider som jeg helt eller delvis har lest, har jeg føiet til bak. Men dessuten har jeg forsøkt å gjøre rede for hvad jeg skylder hver enkelt forfatter, enten i teksten eller i notene. Her må jeg dog gjøre et forbehold: Stoffet har ligget så lenge i hodet på mig at jeg nok enkelte steder kan ha bilt mig inn at tanker er mine egne, skjønt jeg oprinnelig har fått dem fra andre.

Boken er litt av et eksperiment, og det kan sikkert reises innvendinger mot den. Skal man ta utsnitt av så stort et stoff som

her, blir det således lett uenighet om hvad man bør ha med, og hvilken vekt det skal legges på de forskjellige delene. Jeg tør ikke håpe at alle vil finne proporsjoneringen heldig og balansen i orden. Men skulde dommen falle altfor ugunstig i så måte, er vel heller ikke en juridisk forfatter helt avskåret fra å søke dekning i en «konst-teori» som G u s t a f F r ö d i n g engang gav form:

*Så jag målar, donna Bianca,
ty det roar mig att måla så!*

Jevnaker, august 1936.

Innhold.

Åndsretten i fortid og nutid.

§ 1.

Åndsretten i fugleperspektiv.

I. Åndsrettighetene er tilsynelatende svært forskjellige	2
II. Men de har felles rettsgrunnlag	3
III. Gjenstanden for dem er ulegemlig	8
IV. De er beslektet i innhold og karakter	9

§ 2.

Åndsretten som egen rettsdisiplin.

I. På tross av all ulikhet bør åndsretten behandles under ett	11
II. På den annen side er den så særpreget at den bør være alene . . .	13
III. Fremstillingsmåten	13

§ 3.

Åndsrettens historie.

I. Åndsproduksjonens rett	18
II. Varemerke- og firmaretten	32
III. Tilbakeblikk	37

§ 4.

Åndsretten i nutiden.

Første del: Ophavsretten til åndsverker.

§ 5.

Område og egenart, lovgivning og litteratur.

I. Hva åndsverker er	51
II. Åndsverker og oppfinnelser	52
III. Ophavsrettens egenart innenfor åndsproduksjonen	54
IV. Fellestrekk ved alle åndsverker	55
V. De norske rettskilder og deres historie	56
VI. Litteraturen	59

§ 6.

Hvilke verker beskyttes?

I. Alle åndsverker er beskyttet	60
II. Hva forstås ved et åndsverk?	62
III. Det praktiske formål utelukker ikke beskyttelsen	71
IV. Heller ikke innholdet spiller noen rolle	72

§ 7.

Rettsens tilkomst og subjekt.

I. Ophavsretten oppstår sammen med verket	74
II. Den tilkommer ophavs mannen	76
III. Samarbeide	78
IV. Erhverv av ophavsrett gjennom andre	83

§ 8.

Hvad består ophavsretten i?

I. En enerett til offentliggjørelse og mangfoldiggjørelse	85
II. Denne enerett er helt almindelig	91
III. Rett og enerett	96

§ 9.

Ophavsrettens gjenstand.

I. Åndsverket og dets uttrykksmidler	97
II. Hvilke sider av verket omfatter ophavsretten?	98
III. Eksempler	102

§ 10.

Bearbeidelse.

I. Grensen mot fri benyttelse	105
II. Grensen mot almindelig gjengivelse	107
III. Bearbeiderens rettsstilling	113

§ 11.

Begrensninger av ophavsretten.

I. Noen hovedsynspunkter	115
II. Åndsverker uten rettsvern	117
III. Ekspropriasjonsadgangen	119
IV. Tidsgrensen	120
V. Innskrenkninger i enerådigheten	124
VI. Nye problemer og signaler	132

§ 12.

Rettsens overgang og ophør.

I. Overgang ved avtale	136
II. Arv	144
III. Rettsforfølging	145
IV. Ophør	147

§ 13.

Fortsettelse. Særlig om den ideelle rett.

I. Noen hovedsynspunkter	147
II. Den ideelle rett, mens ophavsmannen er i live	152
III. Under vernetiden etter hans død	157
IV. Etterat verket er falt i det fri	159
V. Er den ideelle rett en del av ophavsretten?	160

§ 14.

Rettsvernet.

§ 15.

Ophavsrettslovgivningens rekkevidde i tid, rum og sak.

I. Tiden	166
II. Territorialitetsprinsippet	166
III. Bare norske åndsverker beskyttes	168
IV. Bernkonvensjonen og dens forløpere	169
V. Hovedpunktene i konvensjonen	171

§ 16.

Rettigheter i slekt med ophavsretten.

I. Retten til fotografier	177
II. Beskyttelse av telegramstoff	180
III. Vern for <i>editio princeps</i> ?	181
IV. Andre avviste pretendenter. (De utøvende kunstnere, grammofonfabrikantene, titlene m. v.)	183
V. Bør ophavsrettslovene ha et eget kapitel om <i>Leistungsschutz</i> ?	187
VI. Tilbakeblikk og fremsyn	190

Annen del: Det industrielle rettsvern.

§ 17.

Det industrielle rettsvern og dets styre.

I. Navnet	191
II. Styret og dets virksomhet	192

Opfinnerretten.

§ 18.

Patentrettens egenart, lovgivning og litteratur.

I. Egenarten	196
II. Avvikende meninger	197
III. Norsk patentretts utvikling	200
IV. Litteratur	204

§ 19.

Opfinnelsen.

I. Hva er oppfinnelser	205
II. Opfinnelsen som teknisk idé	206
III. Opfinnelsen som åndsprodukt	211
IV. Den sociale side ved oppfinnelsen	215
V. Definisjonens karakter	217
VI. Forskjellige slags oppfinnelser	219

§ 20.

Nyheten.

I. Kravets begrunnelse og karakter	221
II. Den norske patentlovs formulering	223
III. Undtak	227
IV. Nyhetskravet virker inn på hele oppfinnelsesbedømmelsen	229

§ 21.

Patentkravet og dets skjebne.

I. De forskjellige patentsystemer	230
II. Patentkravet og dets avgjørelse	332
III. Ugyldighet og frakjennelse	239

§ 22.

Patentrettens subjekt.

I. Det er oppfinneren som har rett til patent	244
II. Blandt flere oppfinnere, den som først har anmeldt kravet	246
III. Personlige egenskaper hos oppfinneren	247
IV. Opfinnelsen skyldes samarbeide	249
V. Oppfinnelser i andres tjeneste	250

§ 23.

Hvad består patentretten i?

I. Almindelig rådighet eller særskilte beføielser?	261
II. Den gjelder bare i «nærings- eller driftsøiemed»	263
III. De forskjellige slags rådighet, retten gir	264
IV. Når begynner patentretten å virke?	267
V. Patentrettens karakter	267
IV. Tilleggspatenter	270

§ 24.

Patentrettens gjenstand.

I. Patentets tolkning	272
II. Gjenstand for patentet er oppfinnelsen	274
III. Gjenstanden har betydning i mange retninger	277
IV. Nærmere belysning av oppfinnelsen som gjenstand for patentretten .	278
V. Avhengige oppfinnelser	281

§ 25.

Begrensninger av patentretten.

I. Noen hovedsynspunkter	283
II. Oppfinnelser som ikke kan patenteres	285
III. Tidsgrensen og patentavgiftene	288
IV. Innskrenkningene i enerådigheten	291

§ 26.

Overgang og ophør.

I. Hovedregelen er fri overdragelighet	301
II. Overdragelse ved avtale	301
III. Lisensavtalen	303
IV. Det indre forhold	306
V. Patentrettens ophør	306

§ 27.

Rettsvernet.

§ 28.

Patentlovgivningens rekkevidde i tid, rum og sak.

I. Tiden	310
II. Rummet	311
III. Utlendingers patentrett	312
IV. Pariskonvensjonen og andre konvensjoner	312
V. Noen hovedpunkter i Pariskonvensjonen	313

§ 29.

Opfinnerrett uten patent.

I. Opfinnerens rett til å kreve patent	317
II. Forbenyttelsesretten	320
III. Retten til å holde oppfinnelsen hemmelig	321
IV. Andre rettsregler som verner oppfinnelsen	323
V. Åndsrettighet eller ikke?	323

§ 30.

Rettigheter i slekt med patentretten.**Særlig om den «videnskapelige eiendomsrett».**

I. Retten til <i>Gebrauchsmuster</i>	325
II. Den «videnskapelige eiendomsrett»	325
III. Andre tekniske åndsprodusenter	337

Mønsterretten.

§ 31.

Historie og egenart.

I. Historien	337
II. Egenarten	341

§ 32.

Oversikt over mønsterreglene.

I. Hva et mønster er	343
II. Mønsterrettens stiftelse og subjekt	345
III. Innholdet av retten	349
IV. Mønsterrettens gjenstand	352
V. De andre reglene i M.	353
VI. Forholdet til ophavsrett, patentrett og retten til vareutstyr . . .	354
VII. <i>Gebrauchsmuster</i> ?	358

Firma- og varemerkeretten.

§ 33.

Rettighetenes silhuett.

I. Firma- og varemerkeretten som åndsrettigheter	362
II. Forretningsverdi og goodwill	362
III. Rettighetenes særpreg	366
IV. Deres forhold til navneretten	369

§ 34.

Den personlige navnerett som bakgrunn for firma- og varemerkeretten.

I. Navnerettens grunn og egenart	370
II. Dens anerkjennelse her i Norge	373
III. Nærmere om rettens innhold og gjenstand	376

1. kapitel: Firmaretten.

§ 35.

Firmalovgivningens utvikling og karakter.

I. Hva er firma	385
II. Firmaloven av 1890 og dens forhistorie	386
III. Rettsutviklingen senere	388

§ 36.

Firmaplikt og registrering.

I. Firmaplikts begrunnelse	390
II. Hvem registreringsplikten gjelder	391
III. Hva firmaet må inneholde	391
IV. Registreringen og dens rettsvirkning	396
V. Hva firmaplikten går ut på	398

§ 37.

Firmarettens innhold og gjenstand.

I. Innholdet	399
II. Gjenstanden	401
III. Forsikringslovens § 3	406
IV. Rettsvernet	406

§ 38.

Firmarettens overgang og ophør.

I. Overgangen til andre, og forandringer i forretningen	407
II. Firmarettens ophør	411

2. kapitel: Varemerkeretten.

§ 39.

Lovgivningens utvikling og karakter.

I. Tiden før varemerkeloven av 1884	412
II. Dens forbilleder og grunnprinsipper	412
III. Reformen av 1910	413
IV. Gangen i fremstillingen	417

§ 40.

Hvilke merker kan registreres?

I. Det må være et virkelig merke	418
II. Merket må være distinktivt	419
III. Ikke deskriptivt	423
IV. Ikke deseptivt	425
V. Merket må ikke stride mot eldre rettigheter	427
VI. Der stilles andre krav enn ved åndsverker og oppfinnelser	430

§ 41.

Registreringen og dens betydning.

I. Hvem kan la varemerker registrere?	431
II. Grunnprinsippene for registreringen	432
III. Fremgangsmåten	433
IV. Registreringens ugyldighet og merkets frakjennelse	436

§ 42.

Innarbeidede varemerker.

I. Vilkåret er virkelig innarbeidelse	438
II. Også «okkupasjon» av et merke har en viss rettsvirkning	440
III. Hvilke krav stilles det til slike merkers innhold?	440
IV. Forholdet til de registrerte merker	444

§ 43.

Varemerkerettens innhold, gjenstand og rettsvern.

I. Innholdet	447
II. Gjenstanden	454
III. Rettsvernet	459
IV. Merkeplikt?	461

§ 44.

Rettsens overgang og ophør.

I. Overgangen til andre	462
II. Hvordan retten hører op	466

§ 45.

Fellesmerker.**3. kapitel: Andre forretningskjennetegn.**

§ 46.

Andre varekjennetegn enn merkene.

I. Lovgivningens frontforandring i 1910	471
II. Retten til vareutstyret	472

§ 47.

Andre forretningsnavn enn det registrerte firma.

- | | |
|---|-----|
| I. V. § 26 og dens begrunnelse | 475 |
| II. Nærmere om retten til forretningsnavn | 376 |

§ 48.

Uriktige stedsangivelser.

- | | |
|--|-----|
| I. Regelens plasing i varemerkeloven | 481 |
| II. Dens nærmere innhold | 482 |
| III. Er dette en åndsrettighet? | 483 |

4. kapitel: Samarbeidet mellom kjennetegnene og deres rettigheter.

§ 49.

Sammenhengen.

- | | |
|---|-----|
| I. De henger sammen i livet | 485 |
| II. Også lovgivningen gir uttrykk for dette | 486 |

§ 50.

Samsillet mellom rettsreglene.

- | | |
|---|-----|
| I. Lovreglene | 487 |
| II. Navnerett — firmarett | 490 |
| III. Navnerett — merkerett | 493 |
| IV. Merkerett — firmarett | 494 |
| V. Bestående kjennetegn kommer senere i kollisjon | 496 |

5. kapitel: Kjennetegnenes rett i tiden og rummet.

§ 51.

- | | |
|---|-----|
| I. Tiden | 498 |
| II. Rummet | 499 |
| III. Bare norske forretninger beskyttes | 500 |
| IV. Pariskonvensjonens regler om kjennetegn m. v. | 500 |

Tredje del: Åndsretten og de almene rettsgrunnsetninger.

§ 52.

Broen.

- | | |
|--|-----|
| I. Åndsretten vil ikke være <i>jus speciale</i> | 505 |
| II. Den hviler på alment rettsgrunnlag | 506 |
| III. Henger også sammen med almene rettsregler i den positive rett | 506 |

Åndsretten og konkurranseretten.

§ 53.

Konkurranseretten utviklingsgang.

- | | |
|---|-----|
| I. Den ytre utvikling av lovgivningen mot illojal konkurranse | 510 |
| II. Rettstankenens indre vekst | 516 |

§ 54.

Streiflys over generalklausulen.

- | | |
|---|-----|
| I. Tilkomst og begrunnelse | 519 |
| II. Dens rettslige egenart | 520 |
| III. Analyse av utilborlighetskravet | 523 |
| IV. Et par spesielle «undernormer» | 529 |
| V. Rettsmidlene | 534 |
| VI. Generalklausulens stilling i konkurranseloven | 537 |
| VII. Dens anvendelse overfor utlendinger | 539 |
| VIII. Klausulens anvendelse i rettslivet | 540 |

§ 55.

Generalklausulen og kjennetegnenes rett.

- | | |
|--|-----|
| I. Det rettslige hovedsynspunkt | 540 |
| II. Kan generalklausulen kumuleres med reglene om de særlige kjennetegn? | 541 |
| III. Supplerer den disse regler? | 543 |
| IV. Korrigerer den utøvelsen av dem? | 548 |
| V. Betydningen av samarbeidet | 552 |

§ 56.

Generalklausulen og åndsproduksjonsretten.

- | | |
|--|-----|
| I. Linjene i undersøkelsen | 552 |
| II. Kan generalklausulen kumuleres med de særlige rettigheter? | 554 |
| III. Supplerer den disse regler? | 554 |
| IV. Korrigerer den utøvelsen av dem? | 560 |
| V. Betydningen av samarbeidet | 562 |

§ 57.

Konkurransmomentet innenfor selve åndsretten.

- | | |
|---|-----|
| I. Kjennetegnenes rett | 563 |
| II. Åndsproduksjonens rettigheter | 564 |

§ 58.

Åndsrettighetene og trustloven.

I. Som andre rettigheter der anvendes i erhvervslivet, står åndsrettighetene under kontroll av trustloven	566
II. Hvilke regler i T. kommer særlig i betraktning?	568
III. Betydningen av samarbeidet mellom T. og åndsproduksjonens rettsregler	571

Åndsretten og personlighetens rettsvern.

§ 59.

Almindelig orientering.

§ 60.

Personlighetsretten og åndsrettighetene.

I. Forholdet til kjennetegnene	580
II. Forholdet til åndsverkene	584
III. Personlighetsregelens rekkevidde i rum og sak	593
IV. Personrettslige bånd på ophavsretten til åndsverker	594
V. Åndsrettighetenes «aura»	595

Slutning.

§ 61.

Åndsrettighetenes natur.

I. Litt om spørsmålets betydning	596
II. Karakteristikken	599

§ 62.

Andre opfatninger. Særlig om den «åndelige eiendomsrett».

I. Forskjellige andre karakteriseringsforsøk	603
II. Den «åndelige eiendomsrett»	612

§ 63.

Åndsrettens plass i rettssystemet.

I. Litt forhåndssnakk	623
II. Den horer naturligst hjemme i formueretten	624
III. Men den personlige navnerett?	627

§ 64.

Åndsretten i rettsvidenskapen.

I. Rettsvidenskapen og åndsretten	628
II. Åndsretten og rettsvidenskapen	630

Åndsretten i fortid og nutid.

§ 1.

Åndsretten i fugleperspektiv.

Nevner en ordet «immaterialrett», vil det neppe vekke særlig klare forestillinger hos juristene, iallfall ikke her i Norge. Taler man derimot om «rettigheter med immaterielt objekt», forstår de fleste at det er forfatterretten, patentretten, varemerkeretten o. l. som det dreier sig om. For korthets skyld har jeg allikevel tatt betegnelsen immaterialrett i bruk, idet jeg håpet på at hvad sprogbruken ikke gir borgerrett idag, kan fremtiden kanskje åpne døren for.¹

Jeg er imidlertid sterkt betenkt på å la ordet falle igjen, eller iallfall bruke det så lite som mulig. «Immaterialrett» er nemlig et usedvanlig heslig ord. Jo før jo heller bør det erstattes med et bedre. Og da alt som er immaterielt eller ulegemlig, kan sammenfattes under begrepet «ånd» efter norsk sprogbruk, vil jeg foreslå å bytte det ut med ordet å n d s r e t t. Som alle sproglige nydannelser virker også denne litt kunstig i begynnelsen, men jeg tror man venner sig nokså fort til den.² Begrepet åndsrett står i virkeligheten ganske godt i landskapet, flankert av tingsretten på den ene siden og fordringsretten på den andre.

Slik som jeg oppfatter begrepet, er det en lang rekke rettigheter som faller inn under det. Først og fremst ophavsretten til åndsverker, patentretten og firma- og varemerkeretten. Dernest retten til mønstre, fotografier og det personlige navn. Det er altså store og viktige sider av moderne samfundsliv vi her står overfor.

¹ Se min «Oversikt over Norges Rett», særlig s. 275 ff.

² Ordet «åndsrettigheter» svarer nokså noie til *droits intellectuels* som belgieren P i c a r d har innført, og som har vunnet stor anklang i romanske land.

I. Stryker man i lav høide over åndsrettighetene i en åndelig flyvemaskin, er det tilsynelatende helt uensartede landskaper man ser under sig. Rettighetene er ikke samlet i en felles lov, men reglene om dem er spredt rundt omkring. Åndsverkene har sin lov, og fotografiene sin. Patenter, mønstre og varemerker er ganske visst ordnet av lovgiveren til samme tid, men i tre forskjellige lover. Om firma har man en del bestemmelser i loven om handelsregistre, firma og prokura, mens den personlige navnerett igjen har sin egen lov.

Som rettskildene er spredt, er også rettighetenes fysiognomi uensartet: Ophavsretten til åndsverker gir en forfatter eller kunstner enerett til å mangfoldiggjøre og offentliggjøre de verker han har skapt. Den oppstår uten formaliteter straks åndsverket er ferdig, og varer i ophavsmannens levetid og 50 år etter hans død. Patentretten hindrer andre i å lage, bruke eller forhandle oppfinnelsens gjenstand, når det skjer i nærings- eller driftsøiemed. Den kommer ikke til verden straks oppfinnelsen er gjort, men først når det er tatt offentlig patent på den, og varer da høist i 17 år. Varemerke- og firmaretten gir innehaveren enerett til å bruke firmaet eller merket til kjennetegn for sin forretning eller for sine varer. Ingen av dem er underkastet noen absolutt tidsbegrensning. Retten til varemerket erhverves enten ved bruk eller ved offentlig innføring i varemerkeregistret, mens firmaretten forutsetter registrering i handelsregistret. Fotografiretten er en enerett til å gjengi fotografier, mønsterretten til å bruke mønstret som forbillede i industri eller håndverk, mens den personlige navnerett gir adgang til å kalle sig ved navnet og hindre at andre tar det. Både med hensyn til vilkårene for erhverv, innhold og varighet er det stor forskjell mellom rettighetene, og også når det gjelder overdragelse, arv eller utlegg er billedet rikt på sjettringer.

Det kan heller ikke påstås at alle disse ulikheter er grunnløse og bare beror på historiske tilfeldigheter eller manglende innsikt hos lovgiverne. Tvertom må det innrømmes at også inni er det stor forskjell mellom åndsrettighetene, slik at den ulike rettslige behandling ikke alene kan forsvares, men er likefrem nødvendig. Den dypeste skillelinjen går nok mellom *å n d s p r o d u k s j o n e n s r e t t i g h e t e r* på den ene siden, og retten til de forskjellige slags *k j e n n e t e g n* på den andre. Bøker, malerier, oppfinnelser, fotografier og mønstre er åndsverker i videre forstand. De er frembragt

ved åndelig produksjon, og rettsreglene sikter på å verne og fremme denne. Derimot er ikke navnet «Jens Olsen» eller varemerket «Ho-ho» frukt av skapergeist, og det er ikke for å stimulere til opfinnsomhet i så måte at firma- og varemerkeretten er gitt, men for å hindre at en forretnings renommé tar skade og kundene går tapt, ved at den selv eller dens varer blir blandet sammen med andre. At denne forskjellen stikker dypt og kan forklare mangen ulikhet i rettsreglene, sier sig selv.

Men heller ikke åndsproduksjonen er så homogen og ensartet at en ubetinget *Gleichschaltung* lar sig gjennomføre. På fløiene står kunstverkene og oppfinnelsene, mens de andre rettighetene ligger midt imellem. Oppfinnelsene beriker menneskenes materielle kultur, diktning og skulptur den åndelige. De psykologiske forutsetninger for de to slags åndsproduksjon er ikke ens, særlig arter samspillet mellom ophavsmannens egen innsats og miljøets medarbeiderskap sig nokså forskjellig. Endelig er måten som verkene kan utnyttes på temmelig ulik, likesom også de sociale motgrunner mot eneretten gjør sig gjeldende med forskjellig styrke. Alt dette kommer vi nærmere tilbake til senere.

Selv blandt de egentlige åndsverker er det nyanser nok. Å ta et fotografi er såvidt forskjellig fra å skrive «Peer Gynt», at det er forklarlig at rettsreglene om de to slags åndsvirksomhet varierer i kantene. Og hvis fabrikanten som overfører en melodi til grammofon, eller sangeren som synger den inn, skal ha ophavsrett til hvad de har prestert, er det på forhånd usannsynlig at retten er den samme som H a m s u n eller M u n c h får, når de skaper verker som kanskje kommer til å leve i århundrer.

Det er derfor ikke til å undres på at mange har funnet det uriktig å samle så megen ulikhet under en hatt, og behandle åndsretten som en enhet. Her i Norge har således advokat M i d d e l t h o n ment at det eneste fellestrekk ved disse rettighetene er at alle sammen er hjemløse i rettssystemet. «Hvad har retten til et firmanavn med en åndsproduksjonsrett å bestille?» spør advokaten. «Og hvilket slektskap er der mellem retten til et fotografi og navneretten?»¹ Jeg kan tenke mig at noen hver vil gjøre disse spørsmålene til sine.

II. Svaret på dem kommer imidlertid av sig selv, når flyve-maskinen løfter en litt høiere fra jorden så billedet av de forskjellige

¹ «Hovedlinjer i norsk navnerett», s. 47.

åndsrettigheter kommer på større avstand. Mange ulikheter som var store og avgjørende på nært hold, taper sig nemlig da betraktelig, mens noen kraftige og markerte fellestrekk isteden trer frem. Når man ikke så lett fikk øie på dem ved første blikk, skyldes det nærheten og størrelsen av synsfeltet som hindret en i å opfatte hele åndsretten på én gang, og samle inntrykket i et eneste stort bilde.

Alle åndsrettighetene har således felles rettsgrunnlag: Dels bæres de oppe av den naturlige rettsbetraktning at nyttig arbeide bør ha sin lønn, og at den som har sådd bør høste fruktene av sitt arbeide.¹ Dels er det prinsippet om respekt for den menneskelige personlighet, overalt hvor den gir sig tilkjenne, som ligger bak rettsreglene om dem. Imidlertid optrer disse grunnleggende tanker i såvidt forskjellig drakt ved åndsproduksjonen og ved kjennetegnene, at det er nødvendig å behandle dem hver for sig.

1. Ved åndsproduksjonen kommer det særlig tydelig frem at retten er innrømmet for å gi ophavsmannen økonomisk vederlag for det samfundsgagnlige arbeide han har utført. Den skapende innsats har jo beriket verden med et nytt åndsverk, og det ligger da nær å gi ophavsmannen enerett til å nytte det ut økonomisk, så han får betaling for det arbeide det har kostet ham. Dette er ikke bare et individuelt rettfærdskrav overfor ophavsmannen, men god politikk når saken sees fra almenhetens side. Ingen kan nemlig nekte at samfundet er interessert i at åndsproduksjonen trives, både av hensyn til den materielle og den åndelige kultur. Rettsreglene bør derfor innrettes slik at produksjonen fremmes og oppmuntres så sterkt som mulig, og her som ellers viser det sig at materiell vinning er en gagnlig stimulans i så henseende. Slik vinning har produsenten utsikt til, når det innrømmes ham en særlig rett over det arbeidsresultat han har skapt.

I prinsippet konvergerer altså samfundshensynet og ønsket om å øve individuell rettferd ganske smukt. Det har derfor ikke stor interesse å reise spørsmålet om det er den ene eller andre betraktning som er avgjørende, og enda urimeligere er det å ville bygge ophavsretten bare på ett av disse to hensyn, når de i virkeligheten arbeider så godt sammen. Med særlig henblikk på ophavsretten

¹ «På denne betraktning er i virkeligheten såvel den industrielle som den litterære og kunstneriske rettsbeskyttelse bygget,» sier patentlovkommisjonen i sitt utkast til monsterlov av 1900.

til åndsverker tar således *Stolfi Kant* i skole, fordi han mente at den tjeneste som er gjort samfundet måtte være grunnlaget for forfatter- og kunstnerretten. Det er selve skapelsesakten, «*la création, le souffle vivifiant la matière morte*», som ifølge *Stolfi* er det virkelige og eneste rettsgrunnlag, eller kanskje rettere «*le respect dû à toute production de l'esprit*» (s. 312). På den annen side er det dem som hevder at det bare er samfundets interesse i å opmuntre åndsproduksjonen som er hjemmelen for de forskjellige immaterialrettigheter, mens ophavsmannens krav om å få høste frukten av sitt arbeide ikke har noen egenverdi som rettsgrunnlag.¹ Så lenge det bare er tale om selve prinsippankjennelsen av en rett for åndsproduksjonen, er det imidlertid ikke spørsmål om et slikt enten — eller, men om et både — og. Og det er heller ikke — mere enn ved eiendomsretten — grunn til å filosofere synderlig over om det er hensynet til ophavsmannen eller tanken på samfundet, som taler sterkest i ophavsrettens favør. Det er først når man kommer til spørsmålet om ophavsrettens omfang og utforming i detaljene, at motsetningen mellom ophavsmannens og almenhetens interesser melder sig, og da kan det være tidsnok å komme inn på den.

Det har imidlertid vært dem som nekter at åndsverker og oppfinnelser overhodet har krav på å beskyttes, og ennå i våre dager klinger leilighetsvis slike toner igjen.² Stundom bestrides det at ophavsmannen har et individuelt rettferdskrav på materiell vinning, stundom hevdes det at samfundet absolutt må holde på at alt som heter åndsverker er fri. Det fremheves således av enkelte — således av ingen mindre enn *Leo Tolstoj* — at åndsarbeidet er sin lønn i sig selv. Det skjenker sine dyrkere slik tilfredsstillelse og glede at det er sort utaknemlighet hvis de krever materiell inntekt ved

¹ Det er særlig for patentrettens vedkommende man stoter på denne tankegang. «*Um der beteiligten Kreise, der namenlosen Gesellschaft willen ist der Patentschutz eingeführt, nicht um des Erfinders willen*» sier *D a m m e* s. 518. I begrunnelsen for det foreliggende nazistiske forfatterlovsutkast heter det: «*Für den nationalsozialistischen Staatswillen, der alles Rechts schafft, ist darum Quell des Urheberrechts das Interesse das der Staat als Träger der Volksgemeinschaft an der Erhaltung und Förderung der individuellen schöpferischen Leistung hat*» (Ufita. 1934 s. 385). — Som teksten Ot.prp. nr. 22 for 1930 og den gamle patentlovkommisjons innstilling s. 12.

² Se nærmere paragrafen om åndsrettens historie, og for nutidens vedkommende *E. H y l l e s t e d* i *T. f. R.* 1910 s. 240 ff.

siden. Utsikten til pengevinning kan lett friste en åndsarbeider til å svikte kunstens hellige fordringer, og isteden «fle for publikum». Undertiden går man endog så langt at en forfatter eller kunstner blir beskyldt for å profanere sitt hellige kall, hvis han overhodet kan tenke på å sette åndens gudegaver om i smussige pengesedler.¹ For å berolige en demrende frykt for at åndsproduksjonens kilder kanskje vil flyte mindre rikt om man nekter dens arbeidere utsikt til materiell vinning, fremhever man at åndens riddere kjemper aller best på tom mave, og at de ikke trenger den spore som utsikten til arbeidslønn gir. Den indre skapertrang og ønsket om ære og berømmelse gir stimulans nok, så samfundet ikke behøver engste sig i den anledning.

Helt uten sannhetskorn er disse resonnementene ikke. Kunstens «merkantilisering» og den senkning av nivået som lett blir følgen, er et alvorlig kulturproblem i våre dager. Det vilde dog være en hestekur å bekjempe faren ved å berøve åndsarbeiderne all utsikt til betaling for sitt arbeide. En sånn tanke har i virkeligheten fått avgjørende svar av Beaumarchais for snart 150 år siden. Da teaterdirektørene vilde henvise forfatterne til å nøie sig med æren og suksessen, svarte han: «*On a raison, la gloire est attrayante; mais on oublie que pour en jouir seulement une annee, la nature nous condamne à dîner 365 fois.*» Denne ernæringsfysiologiske betraktning hører ikke til de sannheter som taper sig med tiden.² Den har såvel på de egentlige åndsverkers område som på oppfinnelsenes vist sig som en *eisernes Lohngesetz*. Årelang erfaring i alle land har lært rettsordnen at samfundet står sig best på å respektere den, og sørge for at også åndens arbeidere får anledning til å høste økonomisk utbytte av det arbeide de presterer, og som samfundet ikke kan undvære. At denne erkjennelsen er universell fremgår vel klarest derav at alle land i nutiden, fra Russland til Tyskland og Italia, har rettsregler som verner åndsproduksjonen, uten hensyn til social struktur eller politisk organisasjon. Men måten som vernet gis på, og

¹ De fleste håndboksforfattere med aktelse for sig selv pleier å citere Boileau's epigram om de diktere som «*mettent leur Apollon aux gages d'un libraire et font d'un art divin un métier mercenaire.*»

² Skal man tro Hyllested, må der dog gjøres undtak for Danmarks vedkommende. Her gjelder det nemlig (l. c. s. 243) at de fleste forfattere skriver «blot for at glimre ved deres Talent, om de saa selv skal betale Publikationen».

omfanget av åndsarbeidernes rett er ganske visst temmelig forskjellig.

Tanken om at åndsarbeideren bør levnes rimelig anledning til å høste økonomisk frukt av hvad han har frembragt er imidlertid ikke den eneste betraktning som holder ophavsretten til åndsverker og oppfinnelser oppe. Sideordnet med denne gjør også personlighetsprinsippet sig gjeldende, med sitt krav om respekt for den menneskelige personlighet, hvor den enn trer frem. Ved åndsproduksjonen artet det sig som en fordring om at ophavsmannen skal ha æren og ansvaret for de verker han virkelig har frembragt og offentliggjort, men ikke for verker som ikke er hans, og heller ikke for verker han ikke har bestemt for offentligheten. Skal disse hensyn tilgodesees, er det nødvendig at ophavsmannen får kontroll både med verkenes første offentliggjørelse og deres senere utnyttelse, og mest effektiv blir kontrollen når ophavsmannen får enerett til å rå over dem. På hele åndsproduksjonens område gjør disse personlighetshensyn sig gjeldende, skjønt med forskjellig styrke, som vi senere skal se.¹

2. At de samme rettstankene ligger bak eneretten til firma, merker og lignende kjennetegn, står kanskje ikke klart ved første blikk. Ikke desto mindre er det tilfellet.

Ganske visst er det ikke frembringelsen av firmaet eller merket som her beskyttes, og retten er derfor heller ikke knyttet til selve arbeidsresultatet, som en enerett til å rå over dette. Det som her skal vernes er arbeidet med å oparbeide en forretning, vinne en kundekrets og erobre det gode renommé for sine varer og for sin person, som forretningens trivsel og fremgang avhenger av.² Som firmaet og merkene kjennetegner forretningen, symboliserer de også de verdier som forretningen representerer. Ethvert angrep på dem er i virkeligheten et angrep på selve forretningen, og truer derfor med å frata eieren verdier som han møisommelig har erhvervet sig ved å arbeide forretningen op.

Og ved siden av tanken om at forretningsmannen bør kunne

¹ Jfr. Eberstein s. 118.

² Ved den personlige navnerett passer ikke dette helt ut. Men da det personlige renommé som bringes i fare ved navneforveksling iallfall til en viss grad skyldes arbeide og god opførsel, mangler resonnementet heller ikke all tilknytning til navneretten. Jfr. Eberstein s. 96.

forsvare det renommé som skyldes hans strev og arbeide, gjør også her personlighetsprinsippet sig gjeldende til støtte for firmanavnets og varemerkets ukrenkelighet. Som merker for forretningen eller dens varer er de nemlig også kjennetegn for innehaverens personlighet, ganske visst ikke i alle retninger, sånn som personnavnet, men for eieren som forretningsmann. I kraft av personlighetens elementære rett, å gjelde for hvad den er og for hvad den gjør, kan da bæreren av navnet eller merket protestere mot at andre bruker kjennetegnet så det inntreffer forveksling. Her er det ganske visst ikke tale om det moralske ansvar og den ideelle ære sånn som ved åndsverkene og oppfinnelsene. Men også ellers har en mann rett til å dømmes efter hvad han er og gjør, og ikke bli forvekslet med andre. Også her ligger derfor personlighetstanken til grunn for beskyttelsen, ved siden av det rent økonomiske rettferdsprinsipp at arbeideren er sin lønn verd, og at enhver har naturlig krav på å høste der han har sådd.

III. Det annet store likhetspunkt mellem åndsrettighetene er at den gjenstand de er knyttet til ikke er til å ta og føle på, men av åndelig eller immateriell karakter.¹ Et dikterverk er nemlig ikke det samme som et eksemplar av boken i trykt stand, og en komposisjon er ikke identisk med den grammofonplaten som gjengir den. Det viser sig bl. a. deri, at et åndsverk kan materialisere sig så ofte det skal være, og i temmelig forskjellige skikkelser, uten å miste sin identitet. På samme måten er det ikke det enkelte telefonapparat, men telefonopfinnelsen som idé der er gjenstand for patentretten, og om man endrer apparatet i enkeltheter, eller gir det en litt annen utførelse, er det ikke en ny oppfinnelse som er gjort. Her står vi ved en fundamental forskjell mellem gjenstanden for åndsrettighetene, og de fysiske, legemlige ting som eiendomsretten har til objekt. «*Die konkrete Sache ist nur einmal da,*» sier D a m m e (s. 216) «*der Erfindungsgedanke dagegen so oft, wie er in einem menschlichen Gehirn Aufnahme findet.*» Ved åndsverkene må det følgelig sondres mellem selve det immaterielle verk som er rettens gjenstand, og dets enkelte eksemplarer eller uttrykksmidler, som er vanlig eiendomsrett underkastet. Denne sondringen går igjen over hele åndsretten. Heller ikke det enkelte

¹ Derfor hører de alle hjemme i «åndsretten», selvom de ikke hviler på virkelig åndsproduksjon.

varemerke eller de enkelte navnetrekk eller firmategninger er nemlig mere enn eksemplarer av den immaterielle gjenstand som rettsbeskyttelsen gjelder. Om man derfor trykker nye utgaver av merket og setter dem på sine varer, er dette direkte brudd på merkehaverens rett, og det samme gjelder om man forandrer uvesentlige sider ved et firmanavn, mens hovedinntrykket av det blir som før.

Dette må dog ikke misforståes derhen at gjenstanden for åndsrettighetene er mindre virkelige enn rettsobjektene i tingsretten, nærmest romantisk hjernespinne eller likefremme fiksjoner. Åndsverkene og oppfinnelsene er realiteter fullt så gode som tingene, skjønt ikke av legemlig natur. Immaterialrettsteoriens far, Kohler, blev aldri trett av å innskjerpe dette. «*Die Meinung dass nur greifbare Dinge existieren,*» sier han i sin *Patentrecht* (s. 18), «*ist auf dem Standpunkt unserer heutigen Weltanschauung und unserer heutigen Technik so hinfällig, dass sie überhaupt keiner Erwähnung mehr bedarf; und dass immateriell nicht gleichbedeutend ist mit spirituell, übersinnlich, versteht sich in einem Zeitalter der Elektrizität und des Lichts von selbst.*»¹

IV. Slektskapet i rettsgrunnlag og i gjenstand gir endelig alle åndsrettighetene et tydelig fellespreg, både hvad innholdet og karakteren angår.

1. Rådigheten over en legemlig ting som «*ist nur einmal da*», kommer ifølge sakens natur til å arte sig nokså forskjellig fra rådhetsretten over et immaterielt gode, som kan materialisere sig så ofte det skal være. De legemlige tingene — og for den saks skyld også fordringene — har nemlig den mindreverdige egenskap fra et økonomisk synspunkt, at de bare kan komme en enkelt tilgode. Når eieren av en potet spiser den op, blir han ganske visst mett selv, men ikke han som står og ser på. Denne beklagelige kjensgjerning må rettsordnen regne med, når eiendomsforholdene skal ordnes.² De andelige verdier er derimot av en annen

¹ Se også den uttalelsen av ham som Ruffini citerer på s. 52.

² Når tingene er tilstede i så store mengder at alle kan forsyne sig fritt, trer forholdet ganske visst mindre i dagen. Likeså når bruken ikke sliter nevneverdig på tingen, f. eks. når man går i utmarken. Endelig er det også legemlige ting som tilsynelatende kan nytes ganske i fellesskap, f. eks. en vakker utsikt, eller vindusutstillingen i en blomsterhandel. I alle disse tilfelle må man dog være klar over forskjellen mellom at alle faktisk kan bli mette, og at nytelsen av godet «begrepsmessig» står åpen i ubegrenset utstrekning. Selv ved utsikten

sort. De kan samtidig nytes av alle uten å gå til grunne. Tvertom, «*l'idée ne devient utile que par son expansion: son triomphe suprême serait de devenir commun à tous les hommes*», sier P r o u d h o n om åndsverkene. Så ærgjerrige er ganske visst hverken varemerkene eller firmanavnene. Men også disse kan dog brukes av hvemsomhelst, uten at de minker eller slites ved bruken.¹

Når derfor den enkelte skal stilles i en særlig preferansestilling i forhold til rettsgodet, kommer den naturlig til å arte sig som en enerett til å rå over det, mens almenheten samtidig stenges ute fra en bruk som det i og for sig kunde ha vært rikelig plass for. Eneretten er da også den rådighetsform som alle åndsrettighetene tenderer henimot. Men om den er den mest fullkomne rettsbeskyttelsen, er den ikke den eneste. Rettigheten kan også tenkes modellert på annen måte, f. eks. som en rett til avgift hver gang godet blir brukt, og også denne variant av rettsbeskyttelse byr åndsrettighetene mange eksempler på.

2. Det dobbelte rettsgrunnlag de hviler på, avsetter sig på en egen måte i å n d s r e t t i g h e t e n e s r e t t s l i g e k a r a k t e r, og gjør dem nokså forskjellige fra de fleste andre rettigheter. De skal sikre arbeideren lønn for hans arbeide; følgelig får de en viktig økonomisk side. Men de skal også verge rent personlige og ideelle interesser, og tar preg av dette. Samspillet mellom økonomiske og ideelle faktorer er visstnok heller ikke ukjent ved andre rettigheter, således ikke ved den almindelige eiendomsrett.² Men styrkeforholdet mellom dem er så forskjellig. For mens de personlige og ideelle hensyn bare setter en viss spiss på eiendomsretten, trenger de helt inn

må man ha en viss plass for sig selv, om man skal ha godt av den. Under alle omstendigheter rokker de nevnte eksemplene ikke den hovedsannhet som teksten understreker, og som lovgiveren må innrette sig efter. Tildels anderledes L i n d v i k i Rt. 1935 s. 601.

¹ Noe annet er at de litt efter litt mister sin individualiserende evne, sånn som navnene Olsen eller Hansen har gjort. Denne forskjellen fra åndsproduktene er i mange retninger betydningsfull. Men den har ingen ting å si i denne forbindelse. Her er det vesentlig om å gjøre å understreke at også firmaer og merker kan mangfoldiggjøres i flere eksemplarer, og ikke mister identiteten ved uvesentlige forandringer. I begge disse henseender skiller de sig fra legemlige ting, men er solidariske med åndsverkene og med oppfinnelsene. Tildels anderledes L i n d v i k l.c.

² Det har bl. a. V i n d i n g K r u s e kraftig innskjerpet.

til margen når det er åndsrettighetene det gjelder. Ja, på sine steder glir åndsretten endog helt over i den almindelige personlighetsrett, som vi senere skal vise.

3. Endelig er det et viktig trekk ved åndsrettighetene at de er internasjonale fra fødselen av. Nytelsen av dem er ikke innskrenket ved lande- eller jurisdiksjongrensener, men i kraft av godenes ulegemlige natur kan de nyles og brukes av den ganske verden. Fra et positivt rettsstandpunkt sett er de derimot i prinsippet territoriale, idet hvert land får nøie sig med å legge bånd på handlefriheten innenfor sitt eget område. Stortinget i Norge kan ikke godt forby australnegrene å lese Ibsen, eller å bruke de nyeste patenterte maskiner til opvasken. Dette misforhold mellom rettighetenes trang til beskyttelse og de enkelte lands evne til å yde den går igjen ved alle åndsrettighetene, og gjør den internasjonale siden av rettsvernet så betydningsfull for dem alle sammen.

§ 2.

Åndsretten som egen rettsdisiplin.

I. På tross av all den ulikheten vi begynte med å nevne, er slektskapet mellom de forskjellige åndsrettigheter allikevel så nært at det lønner sig å behandle dem under ett.¹

Fellesskapet i rettsgrunnlag og gjenstand, og likheten i karakter og innhold, skaper nødvendigvis en masse problemer som er felles for dem alle, eller som iallfall belyses på en lærerik måte hvis man ser dem under ett. Det gjelder først og fremst spørsmålet om rettighetenes gjenstand, som blir et kjernepunkt i all åndsrett, fordi man savner slike grenselinjer i den ytre natur som de legemlige tingene har. Men det gjelder også vanskelighetene ved å strekke vernet ut over fedrelandet, likesom problemene om rettighetenes innhold og forholdet mellom den økonomiske og personlige siden ved dem har samme karakter, iallfall over store deler av åndsretten.

Mindre håndgripelig, men ikke mindre viktig er det, at alt dette skaper en felles rettslig atmosfære, en egen innstilling til rettsstoffet, kortsagt en egen ånd. Å beskrive denne før rettsreglene selv

¹ I Irland har man en felles lov om dem, hvor patenter, monstre, merker og åndsverker har hvert sitt kapitel. D. a. 1928 s. 16.

er skildret lar sig ikke gjøre; man får være glad om man klarer å «materialisere» den så noenlunde, når boken nærmer sig slutten. Men også under selve fremstillingen håper jeg man hist og her skal få en anelse om den, og forstå hvorfor jeg mener dette er et av de bånd som knytter åndsretten sammen.

Endelig vil jeg nevne en siste grunn som taler for å behandle åndsrettighetene under ett. De står alle i nær forbindelse med viktige almene rettsregler i personlighetsretten og konkurranseretten, og kan ikke beskrives tilfredsstillende før denne sammenhengen er klarlagt. Også dette er en følge av at objektet for rettighetene er ulegemlig. Det blir nemlig da ofte et skjønns-spørsmål, om man vil fortette rettsreglene til subjektive rettigheter over egne åndelige goder, eller nøie sig med å verne interessene gjennom den almindelige personlighetsrett, eller loven om utilbørlig konkurranse. Mens således et varemerkes fysiognomi er kraftig nok til at det kan være gjenstand for en egentlig rettighet, er dette tvilsommere når vi kommer til vareutstyret, og ved vernet for stedsbetegnelser o.l. blir gjenstanden for beskyttelsen fullstendig borte for en. Slike grenseproblemer møter man mange av i åndsretten. Og også ellers er det stadig samspill mellom de særlige åndsrettigheter og de almene regler om konkurransens tilbørlighet og om personlighetens rett. Skjønt sammenhengen ikke er like nær over hele linjen, gjelder det om alle åndsrettighetene, at man hverken kan forstå dem eller bygge dem ut praktisk, hvis man ikke har øie for den.

Jeg mener derfor det ikke bare lar sig høre å behandle åndsrettighetene under ett, men at det likefrem er nødvendig hvis stoffet skal komme til sin rett. En stykkevis fremstilling blir en videnskapelig halvhet som må undvære det dype perspektiv som en samlet behandling gir, og det verdifulle lys som rettighetene gjensidig kaster på hverandre. En samlet behandling er ganske visst ikke almindelig, men på den annen side heller ikke ny. Her i Norden har bl. a. Eberstein og Vinding Kruse¹ gått kraftig inn for den, i Tyskland Stobbe, Elster og delvis Riezler, i Frankrike Bry og Pichot, i Italia Ghiron

¹ Efter uttalelsene i «Ejendomsretsspørgsmaal» s. 41 noten, ser det dog ut til at han vil skyte firma- og navneretten ut igjen, og kanskje også varemerkeretten.

o. s. v.¹ Det er overhodet mitt inntrykk at forståelsen av sammenhengen mellom åndsrettighetene er i stadig vekst.

II. På den annen side er åndsretten så særpreget og egenartet at den bør behandles for sig selv, og særlig ikke blandes sammen med eiendomsretten til legemlige ting. Her i Norden har som bekjent *Vinding Kruse* hevdet noe annet i sitt mektige verk om «Ejendomsretten». Etter hans mening er immaterialretten, eller som han sier «den åndelige eiendomsrett», bare en særlig slags eiendom, sideordnet med retten til legemlige ting, til fordringer o. s. v. Jeg gir foreløbig ingen begrunnelse for at jeg ikke følger ham i dette. Nedenfor i § 62, hvor åndsrettighetenes karakter drøftes, skal jeg etter evne innhente det forsømte.

III. 1. Fellesskap i behandling behøver dog ikke bety at stoffet fremstilles som en amorf masse, uten inndelinger og distinksjoner. En slik fremgangsmåte vilde være meget uheldig, fordi den overser den store forskjell mellom åndsverker, oppfinnelser, varemerker etc., og de tilsvarende betydningsfulle ulikheter i deres rettsstilling. I hovedsaken bør de forskjellige hovedgrener av åndsretten skildres hver for sig, men hele tiden må man ha sammenhengen mellom dem for øie, og trekke de analogier og paralleller som stoffet innbyr så rikt til. Man forråder ikke tanken om åndsrettens enhet på denne måten, likeså litt som *Gambetta* forrådet revanchetanken, da han innskjerpet franskmennene aldri å tale om den, men alltid å tenke på den.

Denne fremgangsmåten er *Vinding Kruse* uenig i. Han tar bestemt avstand fra «Skuffesystemet paa Aandslivets Omraade», og vil ikke gjøre forskjell mellom oppfinnelser, åndsverker og varemerker under fremstillingen.² Jeg tror dog at skuffesystemet har avgjørende fordeler fremfor dette annet system, som kanskje passende kunde kalles for sekkesystemet. Alt den positive lovgivnings forskjellige regler gjør det nødvendig å sondre, og gi beskjed om hvilke åndelige goder som går inn under de ulike lovene. Men dessuten er det — som fremstillingen vil vise til overflod — så stor faktisk

¹ I Belgia er det nylig kommet ut et mektig verk om alle de forskjellige «*Droits intellectuels*». Verket er en del av en fremstilling av hele den belgiske rett «*Les Nouvelles*», med undertittel «*Corpus Juris Belgici*» (Bryssel 1936).

² Se således s. 439, 470, 486 o. fl. st.

og rettslig ulikhet mellom rettighetene, at skuffesystemet nok er ganske nødvendig om man vil undgå forvirring.

2. Noc annet er at man naturligvis kunde samle de rettsregler som er felles i en «almindelig del», foran fremstillingen av de enkelte rettigheter. Lenger enn til dette mener *Vinding Kruse* neppe å gå, og han gjennomfører også tanken i praksis, forsåvidt som han beskriver åndsrettighetenes gjenstand under ett. De krav som alltid må stilles for at «åndelig eiendomsrett» skal være på sin plass er nemlig efter hans mening overalt de samme, nemlig *nyhet* og *selvstendighet*: «Saavel efter Sagens Natur som efter de positive Lovbestemmelser maa Fordringen om Værkets Selvstændighed eller Individualitet paa hele den aandelige Ejendomsrets Omraade opstilles som Grundbetingelsen for denne Rets Anerkendelse» (S. 443). En nærmere gjennomgåelse av de forskjellige åndsrettigheter viser dog at dette enten ikke er riktig, eller at kravet iallfall må moduleres og nyanseres på en meget betydningsfull måte, hvis det skal kunne brukes som ledetråd gjennom hele åndsretten. Fremstillingen av rettighetenes gjenstand hører derfor ikke til det som den almindelige del kunde behandle.

Det gjør heller ikke *Riezler* i den *Allgemeiner Teil* som innleder hans interessante bok om «*Urheber- und Erfinderrecht*». Men heller ikke dette forsøk er egnet til å overbevise om metodens fortreffelighet. Hans almindelige del er nemlig så mager at det slett ikke gagnar fremstillingen å trekke reglene ut av sin sammenheng, og fremstille dem under ett. Bortsett fra ophavsrettens natur og stilling i rettssystemet er det særlig læren om rettighetenes subjekt, litt om deres overdragelse og en bred fremstilling av rettsvernet, som har funnet plass i den almindelige del. Og enda har *Riezler* bare de egentlige ophavsrettigheter for øie, mens vi her også tar kjennetegnene med.

Efter min mening blir fremstillingen friere og ledigere om man lar hele den almindelige del falle, og skildrer de enkelte rettigheter hver for sig. Der hvor de rettslige synspunkter er særlig nær i slekt, og hvor en enkelt rettighet kaster ekstra sterkt lys over de andre, kan man isteden smugle en partiell «almindelig del» inn i fremstillingen ved å behandle spørsmålet inngående på et enkelt sted, og så vise til dette når man kommer til de andre rettighetene. Som oftest er det ophavsretten til åndsverker jeg bruker på denne måten; det fører til at den blir bredere behandlet enn den ellers vilde ha blitt.

Men hvis et spørsmål har skarpest brodd og størst praktisk betydning et annet sted, legger jeg tyngden i fremstillingen her. Funksjonærenes rett til de åndsverdier de frembringer i tjenesten blir således grundigst behandlet i oppfinnerretten, fordi det er spørsmålet om de ansattes oppfinnelser som har brent mest i praksis.

3. En viss gruppering av stoffet er imidlertid nødvendig for oversiktens skyld.

En tanke kunde det naturligvis være å legge forskjellen mellom åndsproduksjonens rettigheter og retten til kjennetegnene til grunn for fremstillingen. Jeg foretrekker imidlertid en annen gruppering som har store praktiske fordeler, skjønt de skillelinjer den bygger på kanskje er mindre dype. Det er sontringen mellom ophavsretten til åndsverker og det industrielle rettsvern jeg sikter til. Den første gruppen omfatter hvad norsk lov forstår ved ophavsrett til åndsverker og dessuten retten til fotografier. Den annen rummer de rettigheter som sorterer under styret for det industrielle rettsvern, altså patentretten, mønsterretten og varemerkeretten, og dessuten retten til firma. Den viktigste grunn til at jeg ordner stoffet sånn, er at dette svarer til arbeidsfordelingen mellom de to store konvensjonene som verner åndsrettighetene internasjonalt, nemlig Bernkonvensjonen av 1886 og Pariskonvensjonen av 1883. Men også bortsett fra dette lar inndelingen sig praktisk høre: De rettigheter som sogner til det industrielle rettsvern har nemlig et tydeligere økonomisk tilsnitt, man kan nesten si et mere forretningsmessig preg enn rettighetene over åndsverker, mens den ideelle siden ved dem trer mere i bakgrunnen. Derfor kommer de i et særlig nært forhold til den lovgivning som sikter på å holde den økonomiske konkurranse innenfor tilbørighetens ramme, mens ophavsretten til åndsverker ligger i periferien av denne. Endelig er det et felles trekk ved de «industrielle» åndsrettigheter, at de til full utfoldelse krever autorisasjon av en offentlig myndighet, eller iallfall en registrering, mens retten til åndsverker kommer til verden uten offentlig jormorhjelp. Alt dette skaper en litt annen atmosfære enn den åndsverkene lever i.¹

¹ Jeg synes derfor Eberstein er for streng, når han sier at inndelingen i «industriell eiendomsrett» og «litterær og kunstnerisk eiendomsrett» «uppbares från rättslig synpunkt av mera yttre grunder» (s. 103, noten). Den italienske lov om beskyttelse for den industrielle eiendomsrett av 13 september 1934 behandler patenter, nyttemonstre, smaksmonstre og varemerker sammen.

Som følge av denne tvedelingen faller den personlige navnerett utenfor fremstillingen. Dette tar jeg dog ikke altfor tungt. For ganske visst mener jeg som Eberstein at også navnet med rette kan opfattes som et selvstendig immaterielt gode, og at retten til det er en virkelig åndsrettighet, og ikke bare en del av retten til ens egen personlighet. Men det må på den annen side innrømmes at navneretten står litt i en særstilling, og er en utpost i grensedistriktet mot de almene personlighetsrettigheter. Vi har alt nevnt at dens begrunnelse skiller sig fra de andre åndsrettigheters, fordi den ikke helt ut kan forklares som en forsvarsforanstaltning for å sikre nytelsen av et nedlagt arbeide. Dens økonomiske side er overhodet forsvinnende, mens det offentligrettslige pliktmoment til gjengjeld trer i forgrunnen. Prinsippet om konkurransens tilbørighet har navneretten liten affinitet til. Dertil kommer den praktiske betraktning at navneretten har vært flittig behandlet i Norge i de senere år,¹ og at man ikke i utrengsmål bør gjøre boken tykkere. Helt utenfor synsvidden kan navneretten dog ikke skytes. Hverken firma- eller merkeretten kan forstås uten på bakgrunn av den personlige navnerett, og denne bakgrunn er det derfor nødvendig å risse op. Men også ellers forbeholder jeg mig å trekke navneretten inn i fremstillingen, overalt hvor jeg mener den kan tjene til belysning.

Det skisma som jeg foretar mellom ophavsretten til åndsverker og det industrielle rettsvern er dog bare foreløbig. Mot slutten av boken vil, for å tale med dikteren, «atter det skilte bøie sig sammen». Når det gjelder samspillet mellom åndsretten og de almene rettsprinsipper, fremfor alt grunnsetningen om lojal konkurranse, er det nemlig nødvendig å behandle alle åndsrettighetene under ett. At jeg det gjør, og dertil gir fremstillingen adskillig bredde, er uttrykk for mitt grunnsyn på disse spørsmål — om det er tillatt å bruke et så høitidelig uttrykk.

4. Som avslutning på de innledende paragrafer skildrer jeg dog først åndsrettens historie, og derefter dens stilling i nutidens samfunds- og rettsliv.

Det fremmer alltid begripelsen av en rettsinstitusjon at man

¹ Det motsatte forhold i Danmark har fått B o r u m til å ta navneretten med i sin fremstilling av familieretten.

kjenner dens historie. For åndsrettens vedkommende er slik innsikt imidlertid ikke bare nyttig, men nesten nødvendig. Den letter forståelsen av de legislative problemer, og også mange positivrettslige spørsmål gjelder det samme om. Solidariteten mellom ophavsretten og patentretten illustreres ypperlig gjennom påvisningen av hvor parallell deres historie har artet sig. Og tydeligere enn all verdens teori gir historiens praktiske anskuelighetsundervisning beskjed om, hvordan nasjonale ulikheter har lite å si for åndsrettighetenes utformning, når det gjelder folk på omtrent samme kulturtrin. Men skal en ha det rette utbytte av åndsrettens historie, kan man ikke innskrenke sig til Norge. Det er dens *Universalgeschichte* det gjelder å gjøre levende. I neste paragraf gjør jeg et beskjedent forsøk på dette, mens de nødtørftige data til belysning av vår egen rett blir gitt i forbindelse med hver enkelt rettighet.

Når jeg derefter sier noen ord om åndsrettens stilling i nutidens retts- og samfundsliv, er det dels for å betone emnets dimensjoner, dets aktuelle praktiske betydning. Dels også for å stille det på plass blandt de strømninger som for tiden beveger sig i rettslivet — noe som fremmer forståelsen både av åndsretten og av disse strømningene selv. Endelig kan det være nyttig å gjøre sig klart hvilken sammenheng det er mellom åndsretten og grunnprinsippene for vårt nuværende rettssamfund — bl. a. for å få en mening om hvordan åndsrettens skjebne kan tenkes å arte sig i fremtiden. Om man så ønsker, kan man gjerne betrakte disse paragrafene, sammen med de foregående utviklinger om åndsrettighetenes begrunnelse, innhold og karakter, som en nødtørftig *å n d s r e t t e n s a l m i n d e l i g e d e l*.

5. Det være fjernt fra mig å påstå at den plan for fremstillingen som nu er skissert, er den ene saliggjørende. Under utarbeidelsen har jeg ganske visst funnet at den hadde betraktelige fordeler, men jeg må være forberedt på at ikke alle er enig i dette. Noe ytterligere forhåndsforsvar for anlegget skal jeg dog ikke komme med. Best var det om leserne fant ved slutten av boken, at de ikke hadde mere forklaring eller begrunnelse behov.

§ 3.

Åndsrettens historie.

Åndsrettens historie går ikke svært langt tilbake. I hovedsaken er den blitt til i løpet av de siste par hundre år. Sammenlignet med den ærværdige eiendomsrett og de fleste andre rettighetene som omgir oss, er åndsrettighetene derfor rene parvenyer.

Et visst stamtre har de dog, og skildringen av dette er det praktisk å dele i to deler, slik at man tar ophavsrettighetenes historie for sig, og firma- og varemerkerettens for sig. De mindre grener av åndsretten, særlig mønster- og fotografiretten, går jeg forbi for å lette oversikten; de historiske opplysninger som her er nødvendige vil bli gitt sammen med beskrivelsen av rettighetene selv.

I. Åndsproduksjonens rett. 1. I oldtiden var såvel oppfinnerrett som forfatter- og kunstnerrett ukjent. At man ikke kjente patentretten har sin naturlige forklaring i at teknikken var så lite utviklet, og at oppfinnelser sjelden blev gjort. Men vern for diktning og kunst skulde man tro det hadde vært behov for. Ganske visst savnet man nutidens reproduksjonsmidler og spredningsteknikk, men det blev dog drevet ganske stor avskrivningsvirksomhet ved hjelp av slaver, og teatrets høie utvikling skulde ha skapt trang til iallfall å verne den dramatiske litteratur.

Rettsregler i denne retning forekom dog som sagt ikke. En viss beskyttelse hadde forfatterne i moralen, og i den offentlige opinion som fordømte plagiatet¹ meget strengt, d. v. s. at uvedkommende ikke bare gjengav verket, men også gav det ut for sitt eget. Når rettsordnen imidlertid ikke grep inn, skyldtes det bl. a. forestillingen om at åndsarbeidet vilde profaneres hvis det blev utført for penger. For romerrettens vedkommende spilte det nok også en rolle at den var temmelig materialistisk i sitt anlegg, og hadde liten lyst til å befatte sig med annet enn legemlige ting og andre håndgripelige realiteter, som den til gjengjeld tumlet med på en virtuos måte.

Når kunstnerne og kunsten allikevel holdt liv i sig, kom det til dels av statens store interesse for åndslivet. Offentlige konkurranser, pengebelønninger etc. var ingen sjeldenheter. Viktigere var dog den skikk at forfatterne og kunstnerne ofte stod i en rikmanns tjeneste,

¹ Kommer av ordet *plagiarius*, som betyr menneskerøver.

og stemte sin harpe på hans bekostning — undertiden også til hans pris. En slik kunstens beskytter var *Mæcenas*, som har gitt hele institusjonen — for det var en virkelig institusjon — dens navn.

2. Heller ikke middelalderen bragte forfatterne eller oppfinnerne noe virkelig rettsvern. Tiden utmerket sig ikke ved særlig hektisk kulturutfoldelse, hverken på det tekniske eller det rent åndelige område; snarere kunde man kalle den for en lang kulturpause. Industri og teknikk lå nede, og laugsorganisasjonen innenfor håndverket førte med sig at nye oppfinnelser og metoder likefrem blev motarbeidet. Laugene hadde monopol på alt håndverk, og det var strenge og detaljerte regler for hvordan arbeidet skulde utføres. Blev det gjort en oppfinnelse utenfor laugene, hadde oppfinneren ikke rett til å bruke den i praksis, og ethvert forsøk på dette blev forfulgt fra laugens side. Og selv innenfor laugene så man med skepsis på nye maskiner og metoder, som bragte forstyrrelse i de tilvante forhold. Hvad litteraturen og kunsten angår, hadde den vesentlig tilhold i klostrene — bortsett fra folkediktingen og folkemusikken, som «gjorde sig sjø». Som ophavsmenn var imidlertid munkene gjerne anonyme, og hverken begjærte de eller hadde bruk for noen enerett til å mangfoldiggjøre eller offentliggjøre sine arbeider.

Mot overgangen til den nyere tid endret dog billedet sig. Det veldige kulturfremstøt som da fant sted, både på det åndelige og på det materielle område, bragte de første spirer til rettsbeskyttelse med sig, såvel for kunstnerne og forfatterne som for oppfinnerne. I begge fall skjedde det ved hjelp av såkalte privilegier.

Omkring 1450 blev boktrykkerkunsten funnet op. Litt senere forskjellige nye metoder til å reprodusere kunstverker, kobberstikket, tresnittet, stentrykket etc. Uanede muligheter for å spre verkene blandt publikum, og tjene penger på dem, åpnet sig plutselig for forfatterne og kunstnerne — men ganske visst også for ettertrykkerne. Med stor kraft og bitterhet vendte derfor forfatterne og kunstnerne sig mot disse, og den offentlige opinion gav dem også gjerne medhold.¹ Som et middel til å høste fruktene av sitt arbeide fikk de derfor på begjæring et fyrstelig privilegium, en nådesakt som gav dem enerett til å mangfoldiggjøre boken eller kunstverket i en viss, kortere tid. Det første trykkeprivilegium man kjenner er gitt i Venedig i 1469.

¹ Ved flere anledninger tordner således *L u t h e r* mot ettertrykkerne, «disse stratenrovne og tyver som nærer sig av vår svette».

Et av de eldste malerprivilegier er Albrecht Dürers av 1511. Og også for musikkverker ser man omtrent samtidig privilegier utstedt.¹ I alle Europas land vinner privilegiesystemet utbredelse, også her i Norden. Snart var de «generalprivilegier», som gav trykkeren en almindelig enerett til alle de verker han måtte gi ut, snart knyttet de sig som et «spesialprivilegium» til en enkelt bok eller et enkelt kunstverk.

Disse privilegiene var dog i mangt og meget forskjellige fra våre dagers ophavsrett. Først og fremst berodde de helt på fyrstens nåde. Dernest var det, iallfall i begynnelsen, ikke ophavsmannens interesser de siklet på å beskytte, men forleggerens eller trykkerens, som satte penger på spill ved trykningen, og derfor burde vernes mot utilbørlig konkurranse;² bare som en refleksvirkning nød ophavsmannen godt av privilegiet. Endelig stod systemet i nær forbindelse med en annen institusjon, som også fulgte boktrykkerkunsten i kjølvannet, nemlig censuren. Trykningstillatelse og trykningsprivilegium blev gjerne meddelt under ett.

Skjønt privilegiene således svarte dårlig til hvad ophavsmennene i og for sig kunde ønske sig, var de allikevel spiren til en virkelig forfatterrett. Omtrent samtidig ser man også de første embryonale tegn til oppfinnerretten, likeledes i privilegietankens skikkelse. Som rimelig var, tvang laugenes fiendtlighet oppfinnerne til å venne sig til landsherren med bønn om hjelp, når de vilde skaffe sig adgang til å utnytte sine oppfinnelser. Slik hjelp kunde fyrstene gi, fordi de overalt hadde tilkjempet sig rett til å dispensere fra laugstvangen, og til å innrømme næringsrett utenfor laugene. Gjennem kongelige brev — *literae patentes* — fikk oppfinnerne enerett til å bruke sine oppfinnelser i en viss kortere tid, og samtidig også dispensasjon fra laugstvangen. England er det land hvor oppfinnerprivilegiene er hyppigst. Man finner dem alt midt i det 14. århundre, men riktig almindelige blev de først i det 15. og 16., under den opgangstid for engelsk næringsliv som da satte inn. Nærmest England kommer Frankrike og kanskje Holland, mens Tyskland og de nordiske land kjenner forholdsvis få privilegier av denne art.

Det gjelder imidlertid det samme om dem som om trykkeprivile-

¹ Riezlers s. 205.

² Dette er det interessant å huske på, når vi kommer til sammenhengen mellom åndsretten og nutidens lovgivning mot illojal konkurranse.

giene, at de fjerner sig sterkt fra våre dagers oppfinnerrett: de er vilkårlige gunstbevisninger fra landsherrens side, og skjønt de efter omstendighetene kunde ta sikte på å verne sanne oppfinnerinteresser, var det ikke alltid tilfellet. Alt tidlig blev de således brukt som middel til å lokke driftige utlendinger til landet, eller for å opmuntre til å innføre nye metoder eller produkter. Ikke oppfinnelsen, men innførselen til landet av nye og ukjente ting, var derfor privilegienes grunnlag. Mot slutten av Elisabeths regjering bredte de sig enda lenger. I stor utstrekning blev de gitt som personlig eller politisk gunstbevisning, og omfattet endog så kjente og nødvendige ting som salt, bly, svovl og sild. Privilegiene var m. a. o. blitt et middel ikke bare i kronens almindelige næringspolitikk, men også i finanspolitikken. Tanken på oppfinnerne og deres berettigede interesser holdt ganske på å drukne.

3. Det neste betydningsfulle skritt i utviklingen er at oppfinner- og forfatterretten holder op å hvile på særskilte og vilkårlige privilegier, og rykker inn i den almindelige lov og rett. På begge områder er det England som går i spissen, først for oppfinnerrettens vedkommende, så for ophavsretten til åndsverker.

Verdens første patentlov er Jakob I.s berømte *Statute of Monopolies* fra 1624.¹ Den har fått avgjørende betydning for all senere patentrett, skjønt den paradoksalt nok slett ikke var noe gjennombrudd for oppfinnertanken, men snarere en episode i forfatningskampen mellom konge og parlament. Den privilegiepraksis som er skildret foran følte nemlig både parlamentet og almenheten som et misbruk, og klaget stadig over den. I sitt siste regjeringsår gav Elisabeth forsåvidt etter, som hun ophevet de skadeligste av privilegiene, og uttalte uttrykkelig at landets *common law* skulde avgjøre om et meddelt privilegium var gyldig eller ikke. Under Jakob I tok privilegiene dog til igjen. I en kjent dom blev et privilegium på salg av spillekort kjent ugyldig som brudd på næringsfriheten; men i premissene sies det at patentet ikke vilde ha vært ulovlig, dersom det hadde vært vederlag for en oppfinnelse, eller for å bringe nye og nyttige metoder inn i riket. Gjennom patentloven av 1623, hvis utarbeidelse den store jurist C o k e tok del i, blev så striden bragt til ende. Loven er ikke formet som om det er ny rett den bringer; det er landets gamle *common law* på området den slår fast. Og hovedregelen om monopoler innenfor erhvervslivet er

¹ Den omtales gjerne som loven av 1623, fordi det helt til Georg 3's dager var skikk i England å gi lover årstall efter parlamentssesjonens begynnelse.

etter denne at de er ulovlige og ugyldige. Derimot har kongen adgang til å innrømme patent på oppfinnelser som er «nye», d. v. s. som ikke hadde vært anvendt da patentet blev gitt, men høist for 14 år, og bare til «*the first and true inventor*», hvilket dog i praksis anses for å inkludere den som først innfører oppfinnelsen fra utlandet. Oppfinnelser som stred mot loven eller som skadet almenheten fordi de førte til prisstigning på nødvendighetsartikler, kunde ikke patenteres.¹ Som man ser bestemmer loven bare når kronen hadde adgang til å gi patenter, men gir ikke oppfinnerne noen rett til å få dem. Men i så henseende foregikk det litt efter litt en forskyvning i den almene rettsopfatning, og i tidens løp fikk den sanksjon som virkelig sedvanerett.²

I 1709 skjenket så England verden dens første forfatterlov. Alt lenge hadde forfatterne følt privilegiesystemet som utilstrekkelig og urettferdig, og hadde gjort krav på virkelig rettsbeskyttelse for sitt arbeide. En voksende opinion gav dem også rett i dette. I England kunde de dessuten henvise til patentloven av 1623, slik som denne lov mere og mere blev forstått.³ I 1709 var motstanden brutt, og *An Act for the Encouragement of Learning* så dagens lys. Den gav forfattere og tonedikttere enerekt til å trykke sine verker i 14 år — altså like lenge som patentretten — og hvis de fremdeles var i live, da i 14 år til. For kunstnerrettens vedkommende skjedde gjennombruddet i 1735, ved en lov som gjerne kalles *Lex Hogarth*, fordi den kom til på den kjente malers initiativ. Den verner tegninger, graveringer o. l. i 14 år, men gjelder ikke malerier og enda mindre skulptur.

På kontinentet forhastet man sig imidlertid ikke med å følge Englands eksempel. Et skritt i den retning tok dog Norge og Danmark ved en forordning av 7 januar 1741, som bestemte at «ingen må opplegge, ettertrykke eller ettertrykt innføre eller falholde noen bok eller skrift som en annen på lovlig måte sig har forhvervet». Lenge har vi smigret oss med at denne forordning «for første gang på Europas fastland satte forlagsretten under en almindelig lovs regler og beskyttelse». (O. A. B a c h k e.) Men efter E b e r s t e i n s utviklinger (s. 10 ff.) er det dessverre sannsynlig at det var forlagsretten i betydning av boktrykkernes rett som i virkeligheten lå lovgiveren på sinne.

¹ Om samtidige patentrettslige tillop i Holland, se en artikkel i GRUR. 1932 s. 1085.

² Jfr. O s t e r r i e c h t s. 34. Anderledes P i l e n k o s. 65.

³ Jfr. E b e r s t e i n s. 9—10, som peker på denne sammenheng.

Mere enn en enslig svale var frdn. av 1741 iallfall ikke, og det virkelige gjennombrudd i ophavsrettighetenes historie skulde ikke komme i Norden, men i Frankrike. Det var den store revolusjon som bragte det, skjønt den her som ellers i virkeligheten bare gav form til tanker som alt hadde vunnet seir i den almindelige oplyste opinion. Det er den mektige retts- og samfundsbevegelse som gjerne kalles for naturretten, der dypere sett har æren av å ha skaffet ophavsrettighetene trygg hjemmel i rettsordnen, og det var under navn av «åndelig eiendomsrett» det skjedde. Denne tanken dukket op i Tyskland i det 16. eller 17. århundre, og trengte i det følgende hundreår gjennom også i fransk samfundsfilosofi. Nesten alle opplysningstidens førere holdt på den. Teorien gikk ut på at forfatterne og oppfinnerne hadde en naturlig eiendomsrett til de verker de hadde skapt, like selvfølgelig og billig som den fysiske eiendomsrett, og som denne hjemlet i naturens egen rett. Skulde det være noen forskjell, måtte den nærmest gå i den åndelige eiendomsretts favør, siden objektet for retten er skapt av ophavsmannen selv, mens dette jo ikke er tilfellet ved de legemlige ting. Overalt i landene vant disse tankene anklang.¹ De satte således merke på den amerikanske unionsforfatning av 1787, der bemyndiget kongressen til å gi lover som for en begrenset tid kunde sikre forfattere og oppfinnerne eneretten til sine verker. Men først den franske patentlov av 7 januar 1791, og de to ophavsrettslovene av 19 januar 1791 og 19 juli 1793, bragte den endelige seir i verdensopinionens øine.

Da revolusjonen brøt ut, hadde privilegiesystemet kommet over i nokså faste former. Ialffall på forfatter- og kunstnerrettens

¹ For patentrettens vedkommende var det dog likeså meget tanken om at det blir sluttet en kontrakt mellem oppfinneren og samfundet, som var det teoretiske grunnlag for kravet om beskyttelse. I sin bok «*Die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung der Angestellenerfindung*» s. 7 fremhever Schreiber at det bare er et skinn, når teorien om åndelig eiendom og den beslektede teori om en kontrakt mellem oppfinneren og samfundet, synes å ha hjulpet ophavsrettstanken frem til anerkjennelse. Det er samfundets økonomiske og kulturelle interesse i å gi beskyttelsen, i forbindelse med betydningsfulle befolkningsklassers kamp for sin rett, som i virkeligheten bragte seiren hjem. Selvsagt virket disse momenter avgjørende med, men å frakjenne tanken om åndelig eiendom enhver selvstendig slagkraft er overfladisk. Her som ellers gjelder det, at idéer som ikke bygger på materielle maktfaktorer og interesser, har vanskelig for å trenge gjennom ved egen kraft. Men derfor behøver man ikke nekte at idéen kan være en mektig forbundsfelle i kampen.

område var man nådd frem til å legge hovedvekten på ophavsmannens interesse, og ikke på forleggerens. Tanken om en naturlig, åndelig eiendomsrett var dessuten meget utbredt. Da så revolusjonsnatten 4—5 august 1789 bratt gjorde ende på alle privilegier, og ikke gjorde undtak for forfatterens og oppfinnerens, var det rimelig at ophavsmannens krav om å få anerkjent sin åndelige eiendomsrett ikke lød for døve ører. Det er pussig å se hvordan rapportørene til de tre nevnte revolusjonslovene uttrykker sig omtrent ens. Boufflers forsikrer at oppfinnerretten er «*la plus inattaquable, la plus sacrée, la plus légitime, la plus personnelle des propriétés,*» og det samme sier Chapelier og Lakanal om ophavsretten til åndsverker. Resultatet blev at patentloven erklærte alle oppfinnelser for å være ophavsmannens eiendom. Rettens nærmere innhold var dog nærmest hentet fra den engelske *Statute of Monopolies*, men med enkelte forandringer og suppleringer. Patentretten skulde således vare i 5, 10 eller 15 år, og det blev uttrykkelig sagt at den kunde overdras til andre. Av vesentlig betydning for patentrettens senere utvikling var det at loven krevet oppfinnelsene offentlig beskrevet som et vilkår for at patentretten var gyldig, men ikke satte noen offentlig myndighet til å granske om oppfinnelsen var ny (Meldingsystemet), og at den lot retten falle bort, hvis oppfinneren ikke hadde utøvet den innen 2 år (Utløvelsesvang). Loven av 19 januar 1791 er en særlov for dramatiske forfattere og komponister; de fikk enerett til å fremføre sine verker offentlig så lenge de levet og 5 år efter døden. Helt almindelig formet er derimot dekretet av 19 juli 1793, «*relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs*». De fikk allesammen enerett til å selge og utbrede sine verker mens de levet, og de efterlatte i 10 år efter døden. At denne rett er en *propriété* sier loven imidlertid ikke i selve teksten.

Denne siste loven er revolusjonens store innsats på ophavsrettighetenes område. Mens nemlig patentloven av 1791 for en stor del hvilte på engelske forbilleder, peker dekretet av 1793 langt ut over dronning Annas lov av 1709, og *Lex Hogarth* av 1735. Disse lovene var spesielle, både når det gjaldt hvilke verker som skulde beskyttes, og den rett ophavsmannen fikk. Loven av 1793 er derimot helt almindelig, både i sitt område og i sin utformning av eneretten. De ophavsmenn den nevner er bare representanter for den

skapende kunst, hvis vesen er det samme enten den optrer som diktning, som musikk eller som skulptur. Og eneretten gjelder ikke bare trykning eller radering eller offentlig fremførelse, men alle former for offentlig meddelelse av verket som ophavsmannen kan skaffe sig inntekt av. Disse rettstankene blev dog ikke erkjent i fullt omfang med en gang. Enda mindre trengte de straks gjennom i utlandet. Men det er ikke for meget sagt, at en vesentlig side ved ophavsrettens utvikling i de siste hundre år nettop har vært å føre de tanker ut i livet som det franske dekret av 1793 gav uttrykk for.

I første halvdel av det 19. århundre følger de fleste land i Frankrikes fotspor, og skaffer sig lover både om forfatterrett og patentrett. I U. S. A. hadde man forresten alt fått en patentlov i 1790, som i motsetning til den franske av 1791 lot oppfinnelsens nyhet prøves av det offentlige før patent blev gitt. (Granskingsystemet.) Men det franske eksempel virket så sterkt at man i 1793 forlot denne ordningen og gikk over til meldingsystemet, som man så hadde til 1836. Da vendte man igjen tilbake til granskingsystemet, og opprettet et eget *Patent Office* i den anledning. England holdt i det vesentlige fast ved *Statute of Monopolies* til 1852, da man fikk en ny lov. Den innførte ikke granskingsystemet, men krevet oppfinnelsen beskrevet og offentliggjort, og gav enhver rett til å nedlegge innsigelse mot patentet innen en viss frist. Denne ordningen er spiren til det «lysingsystem» som mange land har innført, bl. a. Norge.

Eftersom tiden gikk viste det sig imidlertid tydelige tegn på at tidsånden ikke lenger var så gunstig stemt overfor oppfinnernes og forfatternes rettigheter. Omkring midten av århundret måtte de likefrem kjempe for livet. Da det særlig var patentene kampen blev ført mot, kaller man den gjerne for *a n t i p a t e n t b e v e g e l s e n*.

4. I de fleste land gjorde denne bevegelsen sig gjeldende. Men det var i Tyskland at kampen var hissigst, og hvor avgjørelsen i virkeligheten falt. Her var laugsystemet urokket langt inn i det 19. århundre, og industriens og hele næringslivets utvikling lå betraktelig efter vestmaktene. Virkelig patentrett var det smått bevendt med, og det var også vanskelig å få den i stand, så splittet som landet var. Omkring 1850 reiste det sig ikke desto mindre sterke krav om en patentlov for hele det tyske folk efter engelsk og fransk mønster. Men dette krav blev møtt med bestemt protest fra socialøkonomisk side. Det var den klassiske, liberale retning i socialøkonomikken som

dengang var den herskende. Og nærmest i den radikale form som har fått navn av Manchesterliberalismen. Denne skolen hadde gjort næringslivets ubetingete frihet til grunnloven for samfundets økonomi. Alle bånd på erhvervslivet, all innskrenkning av den fri konkurranse var forkastelig. I kraft av dette prinsipp hadde skolen med hell ført kampen mot den gamle, nedarvede laugsordning, og alt som smakte av privilegier og monopoler hadde i manchestermennene forbitrede motstandere.

Men monopoler var jo nettop hvad patentene var. Jevnføringen med eiendomsretten, som mangesteds hadde åpnet dem dørene til den positive lovgivning, var bare en talemåte, eller likefrem et bedrag. Patentretten gav oppfinneren enerett til å bruke oppfinnelsen i sin næring, og betød følgelig likeså mange bånd på andres fri næringsvirksomhet. Og når det på denne måten var godtgjort at patentene var en slags monopoler, var de dermed dømt. Som naturrettsmennene hadde funnet problemet løst ved å beskrive patentretten som en eiendomsrett, anså patentmotstanderne det tilstrekkelig å vise at de var monopoler, uten å bry sig med å undersøke om de ikke likevel kunde forsvare sin plass. For at alt som hette monopoler var vederstyggelig, og en levning fra middelalderens økonomiske mørketid, var sikkert som bibelen for en rettroende manchestermann. *«Die Patente sind reif zum Fallen, und werden mehr und mehr als eine faule Frucht am Baume der menschlichen Kultur erkannt,»* forkynte således økonomen v. B ö h m e r t i 1869. Og noen år i forveien, på en socialøkonomisk kongress i 1863, var det vedtatt med stor majoritet at patenter var av det onde og burde avskaffes helt. I U. S. A. hadde C a r e y alt tidligere blåst til kamp mot patentene, og i Frankrike C h e v a l i e r og M a l a p e r t. Selv i England begynte man å bli betenkelig; man nedsatte iallfall en komité som skulde overveie spørsmålet. Holland tok endog det radikale skritt å opheve hele sin patentlov i 1869.

Men hermed stoppet antipatentbevegelsen også op. Den engelske undersøkelseskomitéen kom i 1872 til det resultat at patenter bidrog til industriens fremskritt, og at prisbelønninger e. l. ikke kunde erstatte dem. I Tyskland henviste ingeniørene til landets industrielle underlegenhet, som bl. a. hadde trådt klart frem under verdensutstillingen i London i 1857, og satte denne kjensgjerning i forbindelse med at Tyskland ikke beskyttet sine oppfinnere. På den internasjonale patentkongress i Wien, som blev holdt sammen med verdensutstil-

lingen i 1873, blev det nesten enstemmig vedtatt at alle land burde beskytte oppfinnelser gjennom patenter, fordi det er rettfærdig overfor oppfinneren, og dessuten det beste middel til å stimulere til fremskritt, og til å nyttiggjøre oppfinnelsene for samfundet. Samtidig tapte de ultraliberale økonomers argumenter overalt i kurs. En overbevist frihandelsmann som Stuart Mill fremholdt således at fri næringsvirksomhet ikke var det samme som fribytteri, og holdt det for å være i samfundets interesse at oppfinneren fikk adgang til å høste fruktene av sitt arbeide gjennom et tidsbegrenset patent. Som et synlig tegn på antipatentbevegelsens nederlag kom den første tyske rikslov om patenter av 1877. I alt vesentlig hviler den på de samme tanker som hadde godtgjort sin livskraft i engelsk, fransk og amerikansk lovgivning. På sin side er loven blitt forbillede for en rekke andre patentlover, således for de skandinaviske.¹

Samtidig med at antipatentbevegelsen stod på, hadde også forfatter- og kunstnerrettens stillinger vært utsatt for angrep, skjønt ikke av så alvorlig art. Det var de samme åndsstrømninger som førte angrepet, tildels også de samme menn. Carey fremholdt således at et forfattermonopol var uberettiget, fordi ophavsmannen i virkeligheten henter sine idéer og impulser fra de åndelige forrådskamre som er hele menneskehetens felleseie; med samme rett kunde en mann som plukker blomster på fremmed grunn kreve eiendomsrett til buketten (Ruffini s. 16). Proudhon fører kampen mot «de litterære majorater» på et litt annet grunnlag. Mens patentretten kan forsvares, fordi oppfinnelsen fører til produksjon av fysiske gjenstander der har økonomisk verdi, må forfatterretten forkastes, fordi dens gjenstand er ideelle verdier, som er bestemt til menneskehetens åndelige og moralske fremgang. Man selger ikke slike åndsverdier, man deler dem ut gratis.² Enda mere «idealistisk» er den italienske frihetsmann Mazzini's syn på ophavsretten: «*Le soufflé de l'âme humaine ne peut constituer un monopole. Tous ont le droit d'encourager, personne*

¹ Tyskland fikk en ny patentlov i 1891 som igjen er erstattet med den nuværende av 5 mai 1936.

² Ruffini s. 17. Noe annet er at åndsarbeideren har et berettiget krav på understøttelse av samfundet, så han kan leve. — Det er ganske interessant, at mens Proudhon godtar patentretten men forkaster forfatterretten, var Michel Chevalier omtrent samtidig av stikk motsatt opfatning (Bry s. 8).

n'a le droit d'entraver ni de restreindre la circulation de la vérité.» (R u f f i n i s. 18.) Alt dette var dog forholdsvis spredte røster, og da kampen mot patentene ikke viste sig å føre frem, døde også angrepene på ophavsretten praktisk talt bort.¹

Antipatentkampen hadde imidlertid ikke vært ført forgjeves. Truet på livet hadde både patentretten og ophavsretten vært nødt til å opby alle sine krefter for å rettferdiggjøre sig, og hadde derunder falt tilbake på et rettsgrunnlag som både var bredere og tryggere enn det de opprinnelig hadde seiret på. Bak de første ophavsrettslover, og bak teorien om den åndelige eiendom, lå først og fremst tanken på å øve individuell rettferd overfor ophavsmannen. Antipatentbevegelsen tvang oppfinnerne og kunstnerne til å godtgjøre at det også er i samfundets interesse at de får rettsbeskyttelse for sitt arbeide. Og denne dobbelte begrunnelsen har gitt dem sånt feste i den almindelige rettsbevissthet, at det iallfall foreløbig har vist sig å være urokkelig. På en lykkelig måte har ophavsrettighetene derfor kunnet ta til inntekt den forskyvning som har funnet sted i rettsordnens syn på de subjektive rettigheter, først og fremst på eiendomsretten, og som har forvandlet dem fra å være individuelle prerogativer for den enkelte, til også å være redskaper i samfundsnyttens tjeneste.²

5. Siden antipatentbevegelsen ebbet ut i 1870-årene, har både patentretten og ophavsretten til åndsverker utviklet sig rolig og harmonisk, og i en atmosfære som gjennomgående har vært forståelsesfull. Særlig er det påfallende hvordan ophavsretten til åndsverker har vokset både i bredden og i dybden i de aller fleste land. I bredden, forsåvidt som stadig nye former for åndsvirksomhet er trukket inn under beskyttelsen. I dybden, forsåvidt som ophavsmannens enerett inneslutter flere og flere av de måter som han kan dra fordel av verket på, og mangesteds har en tendens til å gå over til en helt almindelig rådighet. Også varigheten av ophavsretten er blitt forlenget, så den

¹ Også i våre dager lyder det av og til stemmer som nekter at ophavsretten er berettiget. Således stiller H y l l e s t e d sig meget tvilende til den i T. f. R. 1910 s. 240 ff. Mere universell opsikt har dog L e o T o l s t o i s gjentatte angrep på forfatterretten vakt. «*De toutes les propriétés,*» skal han engang ha sagt, «*celle qui m'est le plus incompréhensible et la plus antipatique est le droit aux honoraires. Comment? Voici un auteur qui a exécuté une œuvre et qui a retiré de son travail un grand bénéfice esthétique et moral, et il réclamerait encore par la suite 500 roubles par feuille d'impression pour le plaisir qu'il a goûté!*» (D. a. 1925 s. 24.)

² Se herom min bok: «Utviklingslinjer i moderne formuerett» s. 20 ff.

nu gjerne rekker til 50 år etter ophavsmannens død. Interessant er det også at ophavsmannens personlige og ideelle interesser i verket har vakt lovgivningens oppmerksomhet, og at denne siden av ophavsretten stadig trer mere i forgrunnen. Ikke minst tiden etter verdenskrigen har vært en rik utviklingsperiode for ophavsretten. Den økonomiske krisen som fulgte etter krigen har i særlig grad ramt åndens arbeidere, og det måtte stå som en naturlig tanke å motvirke dette ved å styrke ophavsmannens rett til sitt arbeidsresultat. En lang rekke stater har i denne tid revidert sin ophavsrettslovgivning, og visstnok alle til ophavsmennenes gunst. Et utslag av samme tankegang er også de forsøk som er gjort på å skape en såkalt «videnskapelig eiendomsrett» for de videnskapelige opdagere, som vi nedenfor kommer tilbake til.

Det mest betydningsfulle fremskritt i den senere tid er allikevel at man er nådd frem til en effektiv *i n t e r n a s j o n a l b e s k y t t e l s e* både for oppfinnelser og for åndsverker. Det skjedde gjennom *P a r i s k o n v e n s j o n e n* av 1883, som verner den såkalte industrielle eiendomsrett, og *B e r n k o n v e n s j o n e n* av 1886, som verner åndsverkene. De nærmere regler om hvordan beskyttelsen er ordnet skal senere bli fremstillet. Her skal vi bare peke på samspillet mellom de internasjonale konvensjoner og de nasjonale lovene, som i høi grad har bidradd til den utvikling som har funnet sted: Et lokalt fremstøt i det ene eller annet land fører nemlig naturlig med sig at der reises krav om en bedre internasjonal utbygning av beskyttelsen. Og omvendt har de periodiske revisjoner av konvensjonene vært en sterk spore for etterliggere til å bringe sin lovgivning *up to date*.

Det siste decennium har imidlertid igjen bragt uro inn i ophavsrettighetene. Den harmoniske, fremadskridende utvikling er slutt, særlig for forfatterrettens vedkommende. Skildringen av dette hører imidlertid ikke med til åndsrettens historie, men til dens stilling i samfundslivet idag. En viktig side av den historiske utviklingsgang står imidlertid tilbake: Den russiske immaterialretts historie siden revolusjonen. Jeg tror det er praktisk å skildre denne for sig selv.

6. Siden revolusjonen av 1917 har Russland som bekjent løpt gjennom tre perioder. Først «krigskommunismens» tid, fra 1917—1922. Så årene fra 1922—1927, da man slo inn på den såkalte «nye økonomiske politikk», og gav privatkapitalismen visse midlertidige innrømmelser, fordi landet ennå ikke var modent for den fullstendige kom-

munisme, som man fremdeles holdt for idealet. Endelig tiden fra 1927 til nu, fem-årsplanens og den ny fem-årsplans tid, hvor de privatkapitalistiske elementer i samfundslegemet drives ut igjen, og et rent kommunistisk samfund søkes skapt. Det er klart at disse endringene i samfundets grunninnstilling måtte trekke betydningsfulle rettslige konsekvenser efter sig. Også i forhold til forfatterretten og oppfinnerretten viser dette sig.¹

I krigskommunismens epoke slo et dekret av 1918 fast at alle åndsverk er kunde gjøres til statseiendom ved ordre av kommissæren for folkeoplysningen. I motsetning til annen nasjonalisering av eldre privateiendom skulde dog erstatning betales. De verker som ikke blev nasjonalisert kunde ikke offentliggjøres uten ophavsmannens samtykke, sålenge denne var i live. Under N.E.P.-perioden kom så et dekret av 1926, som innrømmet forfatterne og kunstnerne ophavsrett til sine verker efter vesteuropeisk mønster, men svært kortvarig og under mangelhånde innskrenkninger og betingelser. Dekretet av 1926 blev derefter i sin tur avløst av dekretet av 16 mai 1928 som fremdeles gjelder. Skjønt det er blitt til under fem-årsplanens herredømme, er det tilsynelatende nokså privatkapitalistisk orientert, og lar endog ophavsretten vare lenger enn dekretet av 1926 gjorde. Retten omfatter alle slags åndsverker, og gir en almindelig formet enerett til offentliggjørelse. Den varer i ophavsmannens levetid og 15 år efter døden. Det er ikke bare den økonomiske, men også den ideelle siden av retten som loven interesserer sig for og vil verne om. De innskrenkninger i ophavsretten som loven finner nødvendige av hensyn til almenheten er dog, som man måtte vente, meget betydelige. Fremfor alt er eneretten til å fremføre åndsverkene offentlig sterkt begrenset, og enerett til oversettelse helt ukjent. Også ellers må ophavsmannen finne sig i en rekke innskrenkninger i sin enerett, dels mot betaling, dels uten. Som en ekstra sikkerhetsforanstaltning bestemmes det også at ophavsretten kan eksproprieres, hvis det er nødvendig.

Summa summarum kan det ikke sies at ophavsretten i Sovjet-russland, slik som den består på papiret, betegner noe prinsipielt brudd på de prinsipper som den «borgerlige» ophavsrett bygger på.

¹ Kilden til det følgende er særlig artikler av Heifetz i GRUR. 1928 s. 904 og Targonski i GRUR. 1931 s. 823 og 1932 s. 979.

Det sociale drag i rettsreglene trer bare sterkere frem, og fører til flere innskrenkninger i almenhetens interesse. Derimot er oppfinnernes rett utformet helt anderledes enn vi er vant til fra de privatkapitalistiske samfund.

Til krigskommunismens epoke svarte dekretet av 1919, som overhodet ikke kjente noen patentrett, men erklærte alle nyttige oppfinnelser for å være statens eiendom. Oppfinneren hadde dog krav på et ophavsce r t i f i k a t, som også gav ham rett til en viss erstatning av det offentlige. En russisk oppfinner kunde ikke patentere sine oppfinnelser i utlandet uten statens samtykke. Under N.E.P. kom så et dekret av 1924, som i betydelig utstrekning var bygget på privatkapitalistiske patentprinsipper. Dets regler trengte dog neppe gjennom i praksis og blev iallfall snart foreldet. Den lov som nu gjelder er av 9 april 1931, og er tilsynelatende et kompromiss mellom dekretene av 1919 og 1924. Den gir oppfinneren valget mellom å beskyttes ved et ophavsce r t i f i k a t eller ved et patent. Velger han det første, får staten rett til å bruke oppfinnelsen, men hvis oppfinnelsen erkjennes å være nyttig, får oppfinneren en viss betaling for den, fra 50 til 100 000 rubler. Ved siden av den honnør som ligger i ophavsce r t i f i k a t e t, og den økonomiske fordel som erstatningen betyr, nyter imidlertid den oppfinner som velger å utnytte sin oppfinnelse gjennom et ophavsce r t i f i k a t en rekke sociale fordeler: Hans godtgjørelse har arbeidslønnens privilegerte stilling, han nyter en viss skattefrihet, har fortrinsadgang til undervisningsanstalter og videnskapelige stillinger for sig og sine barn, kan få permisjon til studie- eller utenlandsreiser, har fortrinsadgang til sanatorier o. s. v. Hvis oppfinneren foretrekker dette, kan han imidlertid også ta patent på sin oppfinnelse. Han vinner da enerett til å bruke oppfinnelsen i 15 år, mot visse gebyrer, og med slike innskrenkninger som også vesteuropeisk patentrett kjenner, i form av utøvelsestvang, tvangslisenser etc. De sociale fordeler som ophavsce r t i f i k a t e n e bringer med sig, nyter patentinnehaveren ikke godt av. Den patentrett som således består på papiret ved siden av ophavsce r t i f i k a t e n e, er imidlertid nokså illusorisk. Når all industri er på statens hånd, og private kapitaler omtrent ikke eksisterer, har jo oppfinneren i virkeligheten ingen chance til å utnytte sin oppfinnelse utenom staten. Når dertil kommer at ophavsce r t i f i k a t e n e tydelig er stillet op som det ønskelige, og fører med sig sociale fordeler som ikke er å kimse ad i Russland, er det forståelig at patenter hører til sjelden-

hetene. Det er nesten bare utlendinger som løser dem, idet ophavs-
certifikatene ikke står åpne for disse.¹

Og skjønt lovgivningen skulde synes å tyde på noe annet, er det i virkeligheten heller ikke rart bevendt med ophavsretten til åndsverker, betraktet som en privat og utelukkende rett. I Russland gjelder mere enn de fleste steder at man skal være forsiktig med å tro at den rett som står i lovene alltid er den som praktiseres i livet.² Og ophavsrettsloven av 1928 hadde nesten straks besvær med å trenge gjennom i rettslivet, fordi den i så stor utstrekning er skrevet i privatkapitalistisk ånd. Slik som utviklingen senere har artet sig, hvor forlagsvirksomhet, aviser, teatre, radio etc. er overtatt av staten, blir også av denne grunn den private ophavsrett mere og mere illusorisk. Faktisk blir det staten som tar hånd over hvad det skal offentliggjøres og hvad ikke, og som vilkårlig bestemmer ophavsmannens godtgjørelse. Under disse omstendigheter kommer forfatterens og oppfinnerens rettsstilling til å ligne hverandre sterkt i praksis; begges rett består i virkeligheten i å bli nevnt som ophavsmann, med den honnør som følger av dette, og dessuten få en økonomisk godtgjørelse, som rimelig arbeidslønn for det åndsarbeide de har præstert.

De rettsreglene som nu er gjennomgått er imidlertid ikke de eneste som tar sikte på å verne og fremme åndsarbeidet i Russland. Ingensteds understrekes det sterkere hvilken betydning oppfinnelser har for samfundets økonomiske utvikling, og åndsverker for den åndelige. Derfor opfattes det som en statsoppgave av første rang å organisere rekrutteringen på disse områder, for å finne og støtte de talenter landet rår over. Denne oppgaven ligger i hendene på offentlige organer, som gjennom skoler, stipendier, laboratorier etc. søker å mobilisere hele nasjonens åndelige skaperkraft og ta den i landets og utviklingens tjeneste. Sammenlignet med dette arbeide trer betydningen av de ophavsrettslige reglene nokså sterkt i bakgrunnen.

II. Også firma- og varemerkeretten er i sin moderne form et barn av den nyeste tid, skjønt den har gamle aner. Helt tilbake i den mest primitive tid finner man således merker og tegn anvendt

¹ Targonski l.c. mener derfor nærmest at hele patentretten er spillfakteri, og at det vilde være ærligere å stryke den helt, og vende offisielt tilbake til dekretet av 1919.

² Noen av grunnene til dette nevner Targonski l.c.s.

til mangt og meget.¹ Som eiendomsmerker f. eks. eller for å markere at tingen er laget av merkets eier, eller iallfall står i et særlig forhold til ham eller hans forretning. Slik brukte kunstnerne sine merker, når de fra eldgammel tid signerte sine arbeider, og alt i romertiden ser man at handelsmenn og håndverkere gjorde det samme. Hvad firmanavnet angår, er det tydelig av latinsk rot; det kommer av det latinske *firmare*, som betyr å bekrefte et dokument, særlig ved å skrive under det.

Men skjønt både merker og firma var i bruk, hadde man i oldtiden ingen særlige rettsregler til å beskytte dem. Som romerne ikke kjente ophavsrett til åndsverker og patentrett, stod de også uforstående overfor tanken om at andre immaterielle goder, som navn eller merker, kunde være gjenstand for virkelige rettigheter. Delvis må dette skrives på regning av deres noksom kjente «realisme», som grenset til det jordbunne, og deres nøkternhet som ofte gikk over til fantasiløshet og tørrhet. Slik som handelen dengang blev drevet må det dog erindres at behovet for å ha navn og merker for sig selv ikke var så stort som i våre dager.

I middelalderen tar derimot bruken av firma og merker opsving. Nu ser man for første gang firmaet optre som eget forretningsnavn, forskjellig fra personnavnet. Først for de ansvarlige handelselskaper som gjør sitt inntog på denne tid, men undertiden også for enkelte næringsdrivende, som bruker det ved siden av sitt egentlige «borgerlige» navn.² De fleste firmanavn var dog selskapsnavn, som gjerne bestod av et av medlemmenes navn med tillegget «et Co.» eller lignende. Det varte dog lenge før lovene rundt om i landene begynte å beskjeftige sig med firmaet og dets bruk. Det seilet gjerne sin egen sjø sammen med det almindelige personnavn, bare behersket av skikk og bruk. Først i det 19. århundre, under det veldige handelsopsving som da fant sted, har rettsregler overalt grepet ordnende inn.

Da hadde imidlertid varemerkeretten alt en lang historie bak sig. Under den blomstringstid som handel og håndverk hadde mot overgangen til den nyere tid, fikk merkebruken stor betydning, og drog også lovgivningens oppmerksomhet til sig. Det var imidlertid laugsordningen som helt ut preget den. Dels hadde laugene sitt eget merke som alle medlemmene brukte, dels hadde de enkelte håndver-

¹ Osterrieth s. 261 ff., Kohler W. s. 3 ff.

² Aubert s. 371.

kere eller handelsmenn hvert sitt. I begge tilfelle var det merkenes oppgave å understøtte laugsordningen i dens forsøk på å skape orden i næringslivet og beskytte publikum og næringen mot fribytterkonkurransen. Ut fra dette synspunkt er det forklarlig at rettsreglene ble svært «*gewerbepolizeilich*» anstrøket, som Osterrieth sier. Laugets medlemmer hadde ikke bare rett til å bruke sitt eller laugets merke; de hadde også plikt til det. Mere enn ett merke hadde den enkelte næringsdrivende sjelden rett til å føre, og dette måtte skille sig fra alle andres. For å gjøre merkene kjent var det ofte påbudt at de skulde føres inn i offentlige registre — enten de almindelige handelsregistre eller særlige merkeregistre som laugene selv førte.¹

Oprinnelig var varemerkene strengt personlige; det sier sig nesten selv, siden det var merkeplikten og ikke merkeretten som dominerte. Men ennu mens laugene stod i full blomst, begynte det å demre en forestilling om at man hadde en virkelig rett til merket, en *property* i videre forstand.² Som følge av dette ser man snart at merket går i arv og blir overdradd, leilighetsvis endog uten at bedriften selv følger med. Sålenge varemerkene imidlertid var knyttet til laugene, var den privatrettslige siden av retten dog bare rudimentær. Og da så laugene mistet sin makt, og derefter helt forsvant, var ikke varemerkeretten moden til å bli stående på sine egne ben. I denne overgangstiden var derfor rettstilstanden overalt høist usikker og utilfredsstillende for varemerkens vedkommende. Men «*aus den Trümmern eines alten Rechtes ist nach manchen Umwegen Ende des 18. und im Laufe des 19. Jahrhunderts ein neuer, wesentlich veränderter, dem modernen Leben angepasster Zustand hervorgegangen*» (Kohler W. s. 39). Under handelslivets veldige ekspansjon, etterat laugstvangen og de andre båndene på næringsfriheten var kastet av, blev nemlig trangen til å beholde sitt firma og sine merker for sig selv stadig sterkere i alle land. Og overalt var man klar over at dette både fra de næringsdrivendes og fra publikums synspunkt var et rimelig forlangende. Men når det gjaldt å komme det imøte, slo man inn på veier som var nokså forskjellige, og som kan gi anledning til interessante betraktninger — også av folkepsykologisk art.

¹ Særlig kjent i varemerkens historie er knivsmedlauget i Sheffield: «*The Cutlers' Company*».

² Kohler W. s. 28 ff., Bryn s. 12 ff.

I England øste man som så ofte før av de uuttømmelige rikdommer som landet har i sin *common law*. Der fant man et prinsipp som viste sig i stand til å beskytte både firmaet, varemerket og de andre forretningskjennetegn som efter hvert dukket op, prinsippet om *passing off*. Det brøt gjennom i noen avgjørende dommer i første av det 19. århundre,¹ og gjengis i en senere dom slik av lord K i n g s d o w n: «*The fundamental rule is that one man has no right to put off his goods for sale as the goods of a rival trader, and he cannot, therefore, be allowed to use names, marks, letters or other indicia, by which he may induce purchasers to believe that the goods which he is selling are the manufacture of another person.*» Hverken firmaet eller merket behøver å være registrert, for å gi anledning til en *action for passing off*. Men søksmålet er betinget av at det er reelle interesser som er krenket, idet den goodwill som en forretningsmann har oparbeidet sig er utsatt for å ta skade eller for å utnyttes av andre.

Også i Frankrike bygget domstolene beskyttelsen for forretningskjennetegnene på almene rettsbetraktninger. Teoretisk forklarte man de nye rettigheter som en særlig slags *propriété*, som blev erhvervet ved merkets eller firmanavnets «okkupasjon». Tilknytning til den gjeldende positive rett fant man i den almindelige erstatningsregel, som *code civil* § 1382 uttaler på sånn vidunderlig uttrykksfull, eller om man vil innholdslos måte. Støttet på den fant nemlig de franske domstoler frem til det store prinsipp om *concurrence déloyale*, som bruk av andres firmanavn og merker er typiske eksempler på. På den ene siden kaster nemlig slik bruk blår i øinene på publikum, og på den annen snylter den på det renommé som den hederlige forretningsmann har vunnet sig ved møisommelig arbeide.

I tidens løp fant ganske visst både engelsk og fransk lovgivning det praktisk å gi særlige regler om forretningskjennetegn, særlig om varemerker. Foruten straffereglene i *code pénal* fikk Frankrike således en lov av 1824 om misbruk av forretningsnavn og om uriktige stedsbetegnelser på varer, og en av 1857, om varemerkets beskyttelse og registrering. Og fra 1862 og utover kom en rekke engelske lover om registrering av varemerker; den nugjeldende *Trade Marks Act*

¹ Muligens har tanken også funnet uttrykk i eldre dommer, K e r l y s. 2, K o h l e r W. s. 51.

er av 1905 med flere senere tilleggslover, den viktigste fra 1919. Både i England og Frankrike gjelder det imidlertid at disse lovene ikke gjør de regler overflødige som domstolene hadde kommet til på grunnlag av almene rettsforestillinger. Hverken firma- eller varemerkeretten har derfor karakter av en særrett, med et vilkårlig og formelt tilsnitt. En viss motsetning mellom den rett som hviler på registrering og den som støtter sig til bruk og innarbeidelse, er det naturligvis. Men ikke større enn at både firma- og varemerkeretten bevarer sin kontakt med almene rettsgrunnsetninger, og i grunnen bare virker som særlige anvendelser av disse. På samme måten ligger forholdet an i de land hvis rett gjerne tar den engelske eller franske til mønster, U. S. A., Belgia, Spania, Italia o. s. v.

Helt anderledes har utviklingen artet sig i Tyskland, og også i Norden, fordi man her — som på de fleste andre områder av åndsretten — har hatt blikket nokså ensidig rettet mot *das grosse Vaterland*. Etterat laugene langt om lenge var ophevet, var rettstilstanden i Tyskland temmelig kaotisk på firma- og varemerkerettens område, som på patentrettens og ophavsrettens. De enkelte stater ordnet sig som de fant for godt, og noen større evne til å bygge op en brukbar rett på alment grunnlag viste domstolene gjennomgående ikke. Etter sterke henstillinger fra handelsstanden blev så firmaretten ordnet ved H. G. B. av 1867, og varemerkeretten ved en rikslov av 1874. Ingen av disse lovene søker sine forbilleder i den vest-europeiske firma- og merkerett, der vesentlig var en «naturgrodd» ordning som livet selv hadde skapt. Derimot gav de gode uttrykk for prøisserånden som hadde sveiset riket sammen. Både firma- og navneretten fikk et strengt formelt, man kan nesten si militært preg. All rett var betinget av registrering, i firma- eller i varemerke- registret. Til dette siste register hadde bare de adgang som var meldt til handelsregistret. Ordmerke kunde ikke registreres. Noen prøvelse av om et anmeldt merke var verdig til registrering, fant ikke sted. Såvel merke- og firmaretten var således formet som en positiv-rettslig og nokså vilkårlig særrett, med et sterkt formelt eller formalistisk preg.

Dette drag ved lovgivningen vakte dog straks kritikk, først og fremst fra Kohlers side. Han fremhevet det gale i å se firma- og varemerkeretten som isolerte foreteelser, istedenfor å søke sam-

menhengen med almene rettsprinsipper, sånn som engelsk og fransk rett gjorde. Særlig skarp blev kritikken, efterat Reichsgericht hadde slått igjen en dør som tross alt hadde stått åpen, ved å erklære at firma- og varemerkelovene måtte opfattes som *u t t ø m m e n d e*, slik at enhver supplerer fra almene rettsprinsipper var utelukket.

Denne rettstilstand blev dog ikke Tysklands siste ord. Snart kom både lovgivning og rettspraksis på andre tanker, stimulert av en sterk strømning innenfor rettsvidenskapen, og av den ånd som viste sig å herske innenfor Parisunionen, som jo var blitt skapt i 1883. Fra da av har utviklingen i tysk firma- og varemerkerett gått sterkt og ufravendt i retning av å løse det formelle preg som reglene hadde, og gjøre slutt på deres tidligere isolasjon ved å knytte forbindelsen med mere almene rettsprinsipper, først og fremst med lovgivningen mot illojal konkurranse. I denne utviklingen har også de nordiske land slått følge, skjønt i ulike grad. Detaljene i den rettsutvikling som har ført Tyskland til et lignende syn på firma- og varemerkeretten som det der forlengst hadde trengt gjennom i Vesteuropa, skal vi dog foreløpig la ligge. Da nemlig Norge nokså trofast har gjort Tysklands bevegelser etter, passer det best å gjengi dem sammen med den særlige oversikt over de norske rettsreglers historie.

III. Det er i mange henseender lærerikt å kaste et blikk tilbake på den historiske utviklingsgang som nå er skildret.

Det man først og fremst må bli slått av, er hvor parallell utviklingen av oppfinnerretten og forfatterretten har artet sig. Begge er av nokså ny dato, og begge har måttet kjempe sig frem skritt for skritt, før de nådde dit de står idag. Stadiene på deres livsens vei er nøiaktig de samme: De begynner som særlige nådesbevisninger, privilegier, og når omtrent samtidig frem til anerkjennelse som virkelige rettigheter, under påberopelse av den samme rettstanke, prinsippet om den åndelige eiendomsrett. I den trengselstid som senere fulgte delte de også skjebne, forsåvidt som de begge var utsatt for skarpe angrep, og med noenlunde samme argumenter. I de senere lykkeligere tider har de gått fremover omtrent i samme takt, og enhver seir som ophavsrettstanken vant på det ene rettsområde, har automatisk hatt tilbøielighet til å komme det annet tilgode. Nesten samtidig vant de også frem til den internasjonale rettsbeskyttelse som er nødvendig for å gjøre vernet effektivt. Så ensartet er ikke

rytmen i to rettigheters utviklingsgang, slik deler de ikke skjebne i medgang og motgang, om det ikke er det næreste slektskap mellom dem.

Mindre tydelig er sammenhengen mellom ophavsrettighetenes historie og firma- og varemerkerettens. Her er det ikke tale om noen kamp, om seir og nederlag. Også her har utviklingen gått skritt for skritt, men ikke gjennom forbitret interessekamp, men gjennom fredelig fremgang i rettserkjennelse og retsteknikk. Forklaringen ligger i et forhold som gir et viktig bidrag til disse rettigheters særpreg, og som vi nu for første gang rører ved: Firma- og varemerkeretten beror ikke som ophavsrettighetene på noe kompromiss mellom rettighetshaverens og almenhetens interesse, men på en lykkelig forening av begge. Den enkelte forretningsmann er interessert i at hans varer ikke forveksles med andres gjennom merkemisbruk, og det samme er publikum og dermed også samfundet. Men når denne forskjellen er notert, kan vi sette fingeren på viktige likhetspunkter:

Firma- og merkerettens utvikling er foregått omtrent parallelt med åndsproduksjonens. Heller ikke disse rettighetene er særlig gamle, og det er i virkeligheten først i de siste 100—150 år at de er nådd frem til full anerkjennelse. En vesentlig grunn til dette er deres immaterielle karakter. Erkjennelsen og behandlingen av rettigheter med ulegemlig objekt forutsetter en rettskultur og teknisk overlegenhet som tidligere tider ikke hadde. Den voksende evne til å tumle med immaterielle verdier, og den økende forståelse av at også disse faller inn under rettsordnens interessessfære, kom derfor ikke bare ophavsrettighetene, men alle åndsrettigheter tilgode.

Også i andre henseender har felles skjebne bidradd til å slutte dem sammen: Som nykomlinger i retten har de vært betraktet som mere eller mindre vilkårlige særdannelser, og har hver på sitt område måttet kjempe for å bringe dette isolasjonsforhold til ophør, ved å søke tilknytning til de almindelige grunnsetninger i retten. Den internasjonale rettsbeskyttelsen de trenger har de også omtrent samtidig skaffet sig; i så måte er det interessant at firma- og varemerkeretten beskyttes internasjonalt av samme konvensjon som oppfinnelsene og mønstrene, under fellesbetegnelsen «den industrielle eiendomsrett». Det universelle drag i åndsrettighetene er endelig felles for dem alle: Det er ikke større forskjell på reglene fra land

til land. Det skyldes naturligvis særlig at de interesser og behov som de svarer til, er vesentlig de samme hos alle moderne kulturfolk. Men litt virker det nok med at rettighetene er nokså nye. Deres røtter går ikke så langt tilbake at overtro og alskens mystiske forestillinger har kunnet prege dem synderlig, og skape så mange «nasjonale eiendommeligheter», som f. eks. tingsretten utmerker sig ved.

Som åndsretten nu trer frem, er den ikke bare en frukt av den voksende rettskultur, men også en målestokk for denne. Den er «*ein Ruhmestitel des modernen Rechts*», sier Heinrich Dernburg (s. 2).

§ 4.

Åndsretten i nutiden.

I. Det er ikke alle som er klar over hvilken praktisk betydning åndsretten har i våre dager. For de faste eiendommer og deres rettsregler bøier man sig i ærefrykt, og de fleste jurister vil iallfall på papiret være enig i at også arbeidskontrakten og dens problemer er en viktig side av nutidsretten. Men at det samme må sies om åndsretten er ikke så umiddelbart innlysende. Derfor er det kanskje ikke av veien å peke på hvilken rolle åndsproduktene og de merkan- tile kjennetegn spiller i samfundslivet, og hvilke verdier det kan være knyttet til dem.

1. At diktning og kunst betyr livsverdier for den enkelte og for kulturen er alle enig om som ikke mener at mennesket lever best av brød alene.

«Der Menschheit Würde ist in eure Hand gegeben.

Bewahret sie!

Sie sinkt mit euch. Mit euch wird sie sich heben,»

sier Schiller til kunstnerne. I disse ordene ligger et kulturelt program som de fleste lovgivere bekjenner sig til, iallfall med lebene. Statistisk lar det sig ikke gjøre å gi noe bilde av hvad åndsverkene betyr for samfundet. At der produseres overveldende mengder av dem vet alle. Men verdien er ikke proporsjonal med antallet, og lar sig overhodet ikke måle eller veie med denne verdens måleredskap. Heller ikke kan man slå fast empirisk hvad gode og rettfærdige rettsregler betyr for den litterære og kunstneriske åndsproduksjon.

Det er sikkert at de beste rettsregler ikke er i stand til å frembringe et eneste skapende geni, og ikke mindre sant at selv geniet trenger penger for å leve og sette blomst. Mellem disse to ytterpunktene får da enhver tilmåle rettsreglene betydning for åndsproduksjonen, efter sin personlige mening om ytre forholds innflytelse på indre, skapende aktivitet.

2. Heller ikke oppfinnelsenes innsats i kulturutviklingen er det lett å angi i eksakte tall, skjønt det her er tale om verdier som er mere mottagelige for statistisk behandling. Hele vår materielle kultur er nemlig skapt av oppfinnelser, og hver ny oppfinnelse bringer menneskene nærmere frem mot det herredømme over naturkreftene som er den materielle kulturs idé. Den franske sociolog T a r d e fremholdt stadig i sine skrifter at fremgangen i kultur beror på spillet mellom *l'invention* og *l'imitation*, og om andre sociologer ikke tillegger efterligningen fullt så stor vekt, vil ingen redusere den rolle som de tekniske oppfinnelser har spillet. Det kan være nok å peke på at 3—4 store oppfinnelser skapte den «industrielle revolusjon» i slutten av det 18. århundre, som omkalfatret samfundet langt sterkere enn den «store» franske, og at den merkelige ekspansjonsperiode for materiell kultur som vi nu befinner oss i, også vesentlig skyldes en serie av oppfinnelser. Hermed være det ikke sagt at oppfinnelser bare er til velsignelse for menneskeheten, eller at de har bragt den et positivt verdioverskudd, når alle deres virkninger tas i betraktning. Ingen vil lenger underskrive D i d e r o t s ord i Encyklopedien om at *«les inventions font le bien commun, sans nuire à personne. L'inventeur n'aurait point à redouter les remords inséparables d'une gloire mêlée de crimes et de malheurs»*. Man kan bare tenke på oppfinnelsen av kruttet eller av flyvemaskinen for å forstå at denne lovsangen er forhastet. Og den forflatelse og «mekanisering» av sjelslivet som mange mener er karakteristisk for vår tid, må også tas med i betraktning, når oppfinnelsenes totalbalanse skal gjøres op.

Alt dette kan dog ikke fordunkle oppfinnelsenes veldige betydning i samfundslivet. Lovgivere i alle land forener sig da også i ønsket om å elske dem frem, og utnytte dem så godt de kan. Da laugs-systemet hersket og landene var som festninger der søkte å være sig selv nok, var industriens og lovgivningsmaktens innstilling til oppfinnelsene og til oppfinnerne derimot ikke så velvillig. Alle brudd med det tilvante var laugsånden en vederstyggelighet, og mangen

en oppfinner blev likefrem forfulgt eller jaget ut av landet. Helt anderledes ser den kapitalistiske erhvervsordning på saken. Dens ideal er størst mulig ekspansjon, nasjonalt og internasjonalt, og oppfinnelsene er virksomme hjelpemidler til dette. I sin bok om kapitalismen snakker S o m b a r t med rette om «*die Freude der Kapitalismus über jede neue Erfindung die gemacht wird.*¹ *Die geistige Atmosphäre ist heutzutage gleichsam von Technik, technischen Problemen, technischen Ideen durchschwängert. Die Zeit wartet auf Erfindungen. Der Technik werden «Ruhmeskränze» geflochten: Der Erfinder wird gefeiert und geehrt. Nicht wie in früheren Kulturen ignoriert, missachtet oder gar gekreuzigt und verbrannt.*»² Og selv om nutidens økonomiske liv igjen er svunget over i en periode av selvforsyning og materiell og åndelig proteksjonisme, er det så langt fra at oppfinnelsene er mindre i skuddet enn før. Snarere har den knivskarpe konkurransen mellom landene ført dem alle til å legge enda større vekt på å forsere frem oppfinnelser, men riktignok for å ha dem for sig selv.

Et bilde av patentvesenets omfang får man når man hører at alt i 1905 var det gitt over to og en halv million patenter her i verden, og siden har utviklingen fortsatt med sånn fart, at det i årene 1911—1924 blev tatt ut en halv million nye patenter bare i U. S. A., som ganske visst var og er patentenes forjettede land.³ Her i Norge er det gitt over 56 000 patenter siden 1886. Og ser man på «verdensproduksjonen» av patenter i et enkelt år, er det ikke småting det dreier sig om. I 1934 blev det således i 36 av de viktigste industriland gitt ialt 167 167 patenter, derav 44 800 i U. S. A., 19100 i Frankrike, 17 011 i Tyskland, 16 890 i England, 3 041 i Sverige, 1 490 i Danmark og 1 354 i Norge. (P. i. 1936 s. 14). Hvad patentrettighetenes pengeverdi angår, regnet man i 1933 i U. S. A.⁴ at minst 50 patenter innbrakte over en million dollars om året, 300

¹ Denne gleden har dog sine grenser. Hvis en ny oppfinnelse vil føre til at store eldre anlegg mister sin verdi, søkes oppfinnelsen nok fremdeles undertrykt. Jfr. S c h r e i b e r: «*Die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung der Angestellten-erfindung*» (1930) s. 31.

² Citert efter S c h r e i b e r l.c. s. 25.

³ Når man ser på disse tallene, kan man nesten forstå kontoristen i det amerikanske *Patent Office*, som tok avskjed for noen år siden fordi han mente at alle tenkelige oppfinnelser var gjort, så byrået snart måtte slutte. Derfor vilde han i tide se sig om efter noe annet.

⁴ W r i g h t: «*Inventions, Patents and Trade-Marks*» s. 10.

mere enn en halv, og 15—20 000 mere enn 100 000. På sin barbermaskin sies King C. Gillette å ha hatt en inntekt av over to og en halv million dollars i adskillige år.

Hvilken betydning gode patentregler har på oppfinnelsesfrekvensen er naturligvis ikke godt å si. Noen tillegger den stor, andre liten. Det er iallfall sikkert, at den tyske industris underlegenhet på verdensutstillingene i London og Wien blev tilskrevet patentvesenets slette forfatning, og at dette førte til at Tyskland fikk en moderne patentlov. En kjensgjerning er det også at industrien i Tyskland senere har kommet sig ikke uvesentlig.

2. Mønstervernets betydning for samfundslivet må naturligvis skrives med meget mindre bokstaver. Men heller ikke her dreier det sig om rene *quantités négligeables*, som juristen og rettspolitikkeren kan se bort fra. Efter den statistikken som jeg ovenfor gjorde utdrag av, blev det i 30 forskjellige land gitt tilsammen 242 830 mønsterrettigheter bare i året 1934. 100 218 var tyske, 42 950 franske, 26 909 schweiziske, 17 830 engelske, 3 033 danske og 1 177 norske. (Siden 1911 over 12 000.)

3. Med firma- og kanskje især med varemerkeretten kommer vi igjen op i de storfinansielle høider. Dette er nemlig ting, hvis verdi og betydning for omsetningslivet man nesten må være forretningsmann for å gjøre sig riktig begrep om. Alt antallet av registrerte varemerker i de forskjellige land er interessant. I 1934 blev det således i 41 land registrert tilsammen 99 349 nye varemerker, derav i Frankrike 15 948, i U. S. A. 13 782, Tyskland 9 704, England 5 533, Sverige 1 589, Danmark 1 229 og Norge 996.¹ (Siden 1886 over 23 000.)

Når varemerket er kommet sånn i forgrunnen i handelslivet, henger det sammen med visse typiske trekk ved moderne omsetningsforhold: Forretningene er blitt stadig større og deres virkekrets utvidet; landegrenser er ukjent i den moderne storhandel. Men følgen av dette er at det blir vanskeligere og vanskeligere for lederne å følge varene personlig, og få i stand det tillitsforhold til kunden som skal være garanti for kvaliteten. Isteden må de utstyre varen med merker eller emblemer. Og skjønt disse oprinnelig skulde representere bedriften, går de litt efter litt over til å bli selvstendige symboler på varen som til en viss grad erstatter fabrikantens eller handels-

¹ Statistikken i P. i. sier 1015.

mannens personlige garanti for den. Varemerkene er med andre ord nesten blitt selvstendige vesener som taler for sig selv, eller rettere, de er blitt «det ansikt hvormed varen taler til publikum». (Alfred J. Bryn s. 16.) Denne funksjon hos merket understrekes ved andre sider av den moderne handelsteknikk. Fra vareomsetning i løs vekt med innpakning i butikken, er man i stadig større omfang gått over til salg i ferdige pakninger, tilpasset etter de praktiske behov. Det bidrar sterkt til å gjøre varene til frittstående, individuelle «personligheter», som både i navn og utstyr trer selvstendig frem overfor verden. Men først og fremst er det reklamens veldige opsving som har gjort varemerkene og deres rettsregler til et centrum i forretningslivet. Skal alle nutidens reklamemidler få riktig tak, når de søker å lokke, suggerere eller nesten true publikum til å kjøpe, må de arbeide med navn og merker som de kan dunke inn i bevisstheten. Og skal de penger ikke være bortkastet som årligårs legges ned i reklame,¹ må rettsreglene ordnes slik at den reklamerende virkelig får beholde kjennetegnene for sig selv. Ellers risikerer han at den goodwill som han har fått knyttet til dem tar skade, eller kommer konkurrentene til gode, hvilket nesten er enda verre.

Det er ikke bare de egentlige varemerker, men også firmanavnet og hele vareutstyret som tjener til å hindre dette. Og det er ikke småsummer rettighetene til alt dette representerer i nutidens storbedrifter. Da den amerikanske tobakkstrust en gang blev oppløst ved domstolene — det hendte noen ganger med visse mellomrum — blev verdien av dens merker etc. således anslått til 45 millioner dollars, mens hele formuen «bare» var 227 millioner. Og omtrent samtidig blev goodwill og merker hos American Cotton Oil Company anslått til 23 millioner dollars, hos Remington Typewriter Company til 13 millioner o. s. v., (Wright s. 9), tall som må betraktes med respekt, selv i skyggen av Wall Street.

4. De objektene åndsrettighetene gir herredømme over utgjør m. a. o. en betydningsfull faktor i samfunds- og kulturlivet. Det er ingen overdrivelse å si at deres rolle stadig er blitt større. Men det er viktig å peke på visse sociale forskyvninger som har funnet sted i våre dager, særlig på åndsproduksjonens

¹ I årene 1918—27 blev det anvendt ca. 27 millioner dollars for å gjøre reklame for «Palmolive».

område, og som ikke har kunnet undgå å sette merker i den rettslige behandling av problemene.

I oppfinnelsenes verden er det således foregått en omfattende organisering av oppfinnerarbeidet. Som et ledd i den rasjonalisering av produksjonen som har bragt så store resultater i de senere år, har industriens menn innsett at også arbeidet på å skape nye oppfinnelser måtte organiseres og drives mere systematisk. Eldre tiders «naturgenier» som puslet med sine idéer for sig selv, ofte med primitive hjelpemidler, har veket plassen for de profesjonelle oppfinnere, som er knyttet til en industriell bedrift, og driver sine forsøk på videnskapelig basis og med egne laboratorier til disposisjon. Denne «industrialisering» av oppfinneryrket har nesten utryddet tidligere tiders fri oppfinnelser, og gjort det til et centralproblem i patentretten hvem som har retten til de oppfinnelser som blir gjort i andres tjeneste. Det annet iøinefallende trekk ved patentretten er en følge av den proteksjonistiske handelspolitikk og dens metoder. Konkurranseskampen, særlig landene imellem, har ført til en ondartet jakt på hverandres oppfinnelser i form av handels- og bedriftsspionasje i et tidligere ukjent omfang. Og sammen med den kjensgjerning at ikke alle lands patentrett gir full garanti mot at oppfinnelsene blir utnyttet av andre, har den nye tidsånd ført med sig en viss uvilje mot å ta ut patent. Særlig viktige oppfinnelser forsøker man isteden å dra nytte av ved å holde dem hemmelig. Det er neppe noe tilfelle at antallet av patenter nesten overalt har vist tilbøielighet til å gå ned de siste årene.

Heller ikke de egentlige åndsverker har industrialiseringen gått forbi. Fremskritt i teknikk og i forretningsmetoder har gjort utnyttelsen av dem avhengig av et større og større industrielt og finansielt apparat, samtidig som tidsånden og smaken har ført med sig at produksjonsprosessen ofte fortoner sig anderledes enn før. Undfangelsen i inspirasjon og ekstase som man gjerne holder for karakteristisk for diktning og kunst, er trådt i bakgrunnen, eller har iallfall fått en farlig konkurrent i det jevne solide slit, som minner mere om fabrikkenes presisjonsarbeide.¹ Dessuten har tre revolusjonerende oppfinnelser — grammodfonen, filmen og radioen — helt omkalfatret utnyttelsesmulighetene for mange slags åndsverker, først og fremst

¹ Jeg driver ikke min fabrikk pr. inspirasjon, skrev en norsk dramatiker for noen år siden.

for musikken og for den dramatiske kunst. De har også gitt støtet til at ophavsmennene har sluttet sig sammen for å utnytte sine rettigheter, og dannet store organisasjoner i den anledning, som endog rekker ut over landegrensene. Også dette er en meget viktig side ved ophavsrettssituasjonen idag, når den betraktes under sociologiske synsvinkler.

II. Skal man så si noen ord om åndsrettens status i rent rettslig henseende, må man begynne med å slå fast at den historiske utvikling overalt har ført frem til et resultat som både er sikkert og gledelig: Over hele linjen er de blitt anerkjent som *virkelige rettigheter*, som har like sikkert feste i rettsopfatningen og i sakens natur som selve eiendomsretten til legemlige ting.¹ All tale om privilegier eller om vilkårlige nådesakter er forstummet. Det vilde ikke være tenkelig i våre dager at en forfatter kunde skrive som f. eks. Brandt i sin Tingsret (s. 556), at ophavsretten til åndsverker «alene er et monopol der ganske hviler på den positive lovgivning», og at ettertrykk «i sig selv ikke er noen rettskrenkelse, da idéenes gebet er fritt».²

Ja ser man på den utvikling som særlig ophavsrettighetene har gjennomgått i den senere tid, kunde man endog fristes til å tro at de hadde større livskraft og rikere utviklingsmuligheter enn eiendomsretten selv. For mens denne, og de fleste andre subjektive rettigheter er blitt skåret ned og beklippet ganske kraftig i den senere tid, har patentretten, men fremforalt ophavsretten til åndsverker, stadig utvidet sig og befestet sin stilling. Det fins også dem som trekker den slutning av dette at på åndslivets område har den eksklusive eiendomstanke vist sig særlig levedyktig, og levert erfaringens bevis for at her må alle «sociale» begrensninger og reguleringer vises tilbake. I Tyskland sier således Riezler om ophavsretten til åndsverker og opfinnelser: *«Schon seine Existenz und noch mehr*

¹ I Weimarforfatningen av 1919 (Salig ihukommelse!) var ophavsmennenes rett endog konstitusjonelt garantert (art. 158).

² Jfr. også Platon: Priv. alm. del s. 34. En slem etterklang av svunne tiders rettsopfatning gjør sig dog leilighetsvis gjeldende i patentretten. Som en anakronisme betrakter jeg også HRD. i Rt. 1906 s. 603, hvor det hevdes at omfanget av en åndsrettighet alltid må tolkes så snevert som mulig, i kraft av «den almindelige regel at man hvor det gjelder et lovbud som gjør innskrenkning i den almindelige frihet, må velge den fortolkning der medfører det minste inngrep i denne».

sein Ausbau bedeuten einen bemerkenswerten und erfreulichen Sieg des Individualismus in einem Zeitalter in welchem den stets vorhandenen Tendenzen zur Vergemeinschaftung der Lebensgüter mehr als je auch ernste wissenschaftliche Unterstützung zuteil wurde.» Og i nordisk rett har *Vinding Kruse*, særlig i sine eldre arbeider, tatt sterkt til orde for å avvise alle samfundsmessige begrensninger og beskjæringer av ophavsretten.¹

Dette turde dog være forhastet. Tanken på almenheten og dens interesser kan aldri stenges ute fra ophavsretten, fordi opfinnelsene og åndsverkene ikke bare er frukter av kulturlivet, men også elementer av dette, som enn ikke ophavs mannen kan skjære helt ut og beholde for sig selv. «*Aus der Fülle des geistigen Lebens des Volkes hat der Urheber das Werk empfangen,»* sier de *Boor* i Ufita. 1934 s. 439. «*Er wäre nichts und hätte das Werk nie schaffen können, wenn er nicht an diesem Leben teilhätte. So soll es auch als Teil in das geistige Leben wieder eingehen, wieder neu weiterhelfen, befruchten, ein Tropfen sein in dem grossen Strom. Das Recht am Werk ist also nie ein so volles Recht gewesen wie das Eigentum, und wird es nie sein können.»* En betraktning av historien viser tydelig at de *Boor* har rett. Til alle tider er ophavsrettighetene blitt til som en utjevning mellom ophavs mannens og almenhetens interesser, som aldri har villet finne sig i at retten blev formet som en helt ubetinget og utelukkende «eiendomsrett». For patentrettens vedkommende ligger dette i dagen;² den korte vernetiden og kravet om at oppfinnelsen alltid skal beskrives offentlig, er vidnes-

¹ I T. f. R. 1907 s. 213 fremholder han således at da forfatterrettens opgave er å tjene åndslivet, trenger den et kraftigere vern enn eiendomsretten. Full frihet og uinnskrenket rådighet må forfatteren ha. Innskrenkninger og inngrep horer bare hjemme på det økonomiske område. «De personlige Interesser (hvoriblandt forfatterretten) bør være et fredhelligt Omraade, paa hvilket ingen begrænsende, eller regulerende Samfundshensyn griber ind.» (s. 233). Lignende tanker gir *Vinding Kruse* også uttrykk for hos *Grundtvig* s. 38—39. I «Ejendomsretten» er dog dette standpunkt vesentlig modifisert. Det sies riktignok (s. 99) at den åndelige eiendomsrett betyr «en Raaden af den Enkelte over hans Ejendom af en langt mere udelukkende og ubetinget Karakter end den Samfundet giver den private over hans materielle Ejendom». Men det advares også (s. 103) mot å overdrive den private, utelukkende eiendomstanke.

² Hele dens historie gir overveldende vidnesbyrd om at «*dem Patent wohnt trotz seiner individuellen Hülle ein erheblicher sozialer Charakter inne.*» (D a m m e s. 518).

byrd nok. Men heller ikke ved de egentlige åndsverker står saken anderledes. Også her har ophavsmannens enerett alltid vært begrenset av hensyn til almenheten.¹ Når tendensen har gått så sterkt i retning av å utvide retten i de senere år, kommer ikke dette bare av at forståelsen av ophavsmannens innsats er blitt større. Man må ikke glemme at utgangspunktet var en så forkrøplet rett, at også samfundets velforståtte interesse i åndsproduksjonen måtte støtte ophavsmannens krav om bedre rettsvern.² Men når disse to hensyn ikke trekker sammen lenger, men det oppstår virkelig kollisjon mellom dem, vil det nok vise sig at den enkeltes rett her som ellers må finne sig i å bli begrenset og regulert, sånn som almenvellet krever. Ingen kan da heller være blind for at spørsmålet om slike begrensninger av ophavsretten er kommet sterkt i forgrunnen i den senere tid, særlig i forbindelse med retten til å spre åndsverker ved de nye populære spredningsmidler, og med tendensen til å samle alle ophavsrettighetene hos enkelte store organisasjoner.³

Dette er dog ikke den eneste strømning som for tiden går gjennom ophavsretten. Det er nok av tegn på at ophavsrettstanken er så levende som noensinne, og at den kommer til å gjøre erobringer også i fremtiden. Interessen for ophavsmannens «moralske» rett over verket, og forsøkene på å utvide rettsbeskyttelsen til nye grupper av åndsarbeidere, f. eks. til de videnskapelige opdagere og de utøvende kunstnere, er talende vidnesbyrd om dette. Men heller ikke disse bevegelser står i den eksklusive individualismes tegn. Når det så sterkt understrekes at ophavsmannen må ha midler til å forsvare sin interesse i at hans navn nevnes, og at verket ikke forvanskes eller vanskeliggjøres, skjer dette ikke bare av hensyn til ham selv, men også til almene kulturinteresser og til den historiske sannhet. Og når det demrer for den positive rett i de fleste land at alt skapende åndsarbeide har krav på beskyttelse mot utbytning, tar heller ikke denne tanken ensidig hensyn til ophavsmannen, men likeså meget til samfundet som har interesse i å opmuntre til åndelig produksjon.

Blandt Europas ledende kulturland gjør det sig forresten gjel-

¹ Elster i Ufita. 1931 s. 216: «*Der Schutz des Geisteswerkes als Ausgleich zwischen Urheber und Allgemeinheit*».

² Jfr. Elster l.c. s. 230.

³ Se nedenfor i § 11 og i § 57.

dende en interessant uenighet om hvor aksenten egentlig skal legges, på ophavsmannens interesse eller på samfundets. Frankrike har i mange år gjort det til sin offisielle politikk å optre som *champion des droits de la pensée* ved enhver anledning, og pleier å være lite tilbøielig til å høre på at innskrenkninger av ophavsretten kan være på sin plass. Det motsatte, anti-individualistiske ytterpunkt, representeres av Italia og Tyskland,¹ altså de land som særlig demonstrativt og vedholdende forsikrer at fellesnyttens må gå foran egennyttens. I den rapport som Italia la frem på Romkonferansen i 1928 blev det sterkt fremhevet at systemet med enerett for ophavsmannen ikke var det eneste det kunde være tale om, men at også en ordning med tvungne lisenser eller med fri benyttelse mot avgift kunde vise sig å bli praktisk i fremtiden.² Enda skarpere understreker man almenhetens interesser og krav i Tyskland.³ Under arbeidet med å skape en ny tysk ophavsrettslov i nazistisk ånd gjentas det til kjedsommelighet at forfatter- og kunstnerretten er en *sozial gebundenes Recht*, og at hovedproblemet nettop er å finne den utligning mellom ophavsmannens og almenhetens interesser som tiden — og Hitler — krever.⁴ Midt mellom disse to ytterpunktene ligger så de fleste demokratiene i Europa, hvor man hadde opdaget at *Gemeinnutz geht vor Eigennutz* lenge før Mussolini og Hitler blev født, og i stillhet innrettet store deler av sin lovgivning efter denne tanken, før den dukket op som en ny og epokegjørende fascistisk idé.

Under alle omstendigheter er det galt å si at det er fremmarsjen av individualistiske rettstanker som setter sterkest preg på ophavsrettssituasjonen idag. Derimot tør det være riktig å fremheve som

¹ Jeg taler her bare om de «kapitalistiske» statene.

² Se også de Sanctis i Ufita. 1934 s. 236.

³ Hoffmann gikk lenge før nazirevolusjonen så langt at han fremstillet almenhetens rett i de beskyttede verker som selve hovedproblemet i ophavsretten. GRUR. 1930 s. 747.

⁴ En særlig ivrig forkjemper for beskjerping av ophavsretten er Hoffmann. Se f. eks. hans artikler i GRUR. 1930 s. 747 og 1931 s. 707, foruten det lovutkast som vi omtaler nedenfor i § 16. Hoffmann går dog så langt at hans italienske venn og meningsfelle de Sanctis finner å burde bremse ham, og naturligvis med et citat fra *il Duce*: «*Ich bin unversöhnlich auf dem Gebiet des Privateigentums, aber noch viel unversöhnlicher auf dem Gebiet des geistigen Privateigentums.*» («*Urheberrecht und Interesse der Allgemeinheit*», Ufita. 1934 s. 258). En diktator har mange privilegier. Et av de kosteligste er retten til ustraffet å kunne motsi sig selv.

et viktig trekk i bildet, at rettsreglene for tiden befinner sig i nokså sterk uro, vesentlig på grunn av de sosiologiske forskyvninger og nydannelser som vi snakket om i slutten av forrige romertall. Patentretten strever med spørsmålet om funksjonæropfinnelsens rettsbeskyttelse, som er blitt så brennende fordi andre oppfinnere nesten ikke eksisterer lenger. Bedriftshemmelighetene og deres rettsvern er også sterkt på tapetet, sammen med andre vanskelige spørsmål som melder sig i forbindelse med den skjerpede konkurransekrig mellom landene. Ophavsretten til åndsverker lider ikke mindre under den nye egoistiske og proteksjonistiske ånd, som gjør all internasjonal beskyttelse vanskeligere.¹ Som følge av åndsproduksjonens «industrialisering» har spørsmålet om retten til funksjonærenes åndsprestasjoner også her fått større interesse enn før. Viktigere er det dog at alle de industrielle hjelpere og medlemmer er blitt skjøvet sterkt i forgrunnen, og at mange av dem forlanger ophavsrett eller iallfall beslektede rettigheter til sine produkter. Ved flere slags åndsverker er det heller ikke lett å si hvor ophavsretten egentlig ligger, fordi de er blitt til etter en innviklet industriell produksjon, hvor mange hender har hjulpet til. Dertil kommer alle de vanskelige problemene som ophavsrettsorganisasjonene reiser: Retten til verket får en annen karakter på deres hånd enn på ophavsmannens, og faren ved den ubetingede enerett trer så meget tydeligere frem, fordi de legger store deler av samfundets åndsskatter under sin kontroll, og fordi de nye spredningsmidlene har så stor kulturell betydning.

Alt dette gir forklaring til at det er liv og bevegelse innenfor ophavsrettighetene for øieblikket, og at diskusjonens bølger kan gå høit. En virkningsfull bakgrunn for dem er den kjensgjerning at man i Russland har et praktisk eksempel på hvordan «åndsretten» kan tenkes å forme sig, i et samfund som ikke bygger på det rettsgrunnlag som verden ellers gjør. Hvis man ikke visste det før, får man nemlig der beskjed om at også andre former for ophavsrettsvern er tenkelige, enn de som har utviklet sig historisk på privatkapitalismens grunn.² Dette er ikke så rart. Mellom den fysiske og den

¹ Bernbyråets direktør *Ostertag* har sikkert rett når han tviler på om man i våre dager hadde kunnet få i stand en Bernkonvensjon.

² At den gjeldende ophavsrett henger sammen med det privatkapitalistiske system fremhever også *Isay*: «*Wirtschaftskrise und gewerblicher Rechtsschutz*» (1933) s. 30.

«åndelige eiendomsrett» er det nemlig tross alt så utpreget slektskap, at når man fornekte den første, er det ikke mulig å oprettholde den siste i den skikkelse vi nu kjenner den. Et vesentlig element i den almindelige eiendomsretts grunnlag er jo tanken om at produksjonen bør sikres og stimuleres, ved at arbeideren får rett til å beholde arbeidets frukter for sig selv. På åndslivets område fører den samme tanken til å gi ophavs mannen enerett til å bruke sin oppfinnelse eller meddele sine åndsverker til andre. Når et rettssamfund imidlertid ophever den private eiendomsrett, og isteden gir arbeidet oppmuntring og stimulans i form av arbeidslønn, er det ikke mere enn rimelig at også åndsarbeiderens rettsbeskyttelse kommer til å arte sig på samme måten. Som vi så var da også det nye Russlands ophavsrett tydelig orientert i denne retning.

En henvisning til det russiske eksempel er undertiden på sin plass, overfor dem som uten videre går ut fra at den nuværende utformning av ophavsrettsvernet er den eneste det kan være tale om. Å være klar over at det «paa Forhaand ingen Grund er til at benægte, at der her overhovedet skulde blive Brug for kommunistiske eller socialistiske Ejendomsordninger» (Vinding Kruse s. 103), skaffer albuerum for diskusjonen og fjerner meget forbenet dogmatisme. Men også innenfor en åndelig «eiendomsordning» som holder de overleverte rettstanker fast som grunnlag, er det rikelig plass for nybrott og omdannelser for å tilpasse åndsretten til samfundsforholdene idag. Det må ikke være noen hindring for dette om gamle rettstanker må begraves, skjønt man engang holdt dem for viktige kulturerobringer. Også i rettslivet gjelder det nemlig at bare hvor der er graver er der opstandelse (Zarathustra).

Første del: Ophavsretten til åndsverker.

§ 5.

Område og egenart, lovgivning og litteratur.

I. Ordet «åndsverk» brukes undertiden som fellesbetegnelse for resultatene av all skapende åndelig virksomhet, enten den foregår på det tekniske område eller i det rene åndsliv. I denne forstand er oppfinnelser og mønstre like gode åndsverker som malerier, bøker eller musikkverker.

Norsk lovgivning tar imidlertid ordet i en snevrere betydning. Loven om åndsverker av 6 juni 1930 nr. 17 forbeholder det nemlig for «frembringelser på det litterære, videnskapelige eller kunstneriske område», mens den holder såvel oppfinnelser som mønstre utenfor.¹ I denne betydningen bruker også jeg ordet. Leilighetsvis fremgår det dog av sammenhengen at det er den videre mening jeg tenker på.

II. Mellem den virksomhet som skaper åndsverker og den som frembringer oppfinnelser eller mønstre er det, som foran nevnt, tydelige likhetspunkter. Begge er former for åndelig produksjon, sikter altså ikke på å lage ytre, materielle gjenstander, men ulegemlige goder som en oppfinnelse eller et kunstverk. Begge krever også sann og ekte skaperinnsats fra ophavsmannens side. Men som vi alt løselig var inne på i § 1, er det allikevel så stor ulikhet mellom åndsverkene og oppfinnelsene at de ikke godt kan ha felles rettsregler.² Forskjellen viser sig både når man betrakter dem utenfra, som sociale fenomener, (a) og når man søker å analysere den åndsvirksomhet de er sprunget frem av (b).

¹ Det tyske *Geisteswerke* betyr vel nærmest åndsverker i snevrere forstand, mens det franske *œuvres de l'esprit* og det italienske *opere dell'ingegno* visstnok dekker begge deler.

² Jfr. f. eks. Stolfi (s. 426) som advarer mot å tro at alt åndsarbeide alltid er «*de même nature, et donne par suite naissance au même droit*».

a) De har for det første hvert sitt område: opfinnelsene beveger sig i teknikkens verden, åndsverkene i det rene åndsliv, hvor det er estetiske og moralske verdier det gjelder. «*In jenem waltet das Princip der Nützlichkeit, in diesem das der Schönheit. Wirtschaft und Geschmack, Kraft und Form sind die Antithesen*» (Dammes s. 73). Måten verkene kan utnyttes på, når det gjelder å skaffe sig utbytte av det arbeide som er nedlagt, arter sig også forskjellig: Åndsverker kan bare gjøres fruktbare ved å meddeles til andre, og når dette gir ophavsmannen inntekt, er det fordi folk er villig til å betale for å få del i det åndsinnhold som boken eller filmen rummer. Ved oppfinnelser derimot betaler man ikke for den intellektuelle nytelsen ved å lære en flott oppfinnelse å kjenne. Det er dens praktiske anvendelse som har interesse, man vil bruke maskinen i sin fabrikk, eller lage og selge de produkter metoden gjelder. Hermed henger det også sammen, at de sociale motgrunner som gjør sig gjeldende mot ophavsmannens enerett også får forskjellig styrke. På en måte er de sterkest ved oppfinnelsene, fordi tekniske fremskritt er eller synes å være så viktige at alt som kan hindre deres fulle utnyttelse betraktes med skepsis; men også ønsket om å skaffe folket lett adgang til åndslivets skatter er et hensyn som ingen lovgiver kan se bort fra.

b) Også når man ser på hvordan de forskjellige åndsprodukter blir til, viser det sig viktige ulikheter som rettsreglene må ta hensyn til. All menneskelig åndsvirksomhet beror på samspill mellom to faktorer: Den skapende ophavsmann og det kulturmiljø som har utdannet ham og formet hans åndelige personlighet. Denne grunn sannhet preger hele åndsproduksjonens rett, oppfinnerretten såvel som retten til åndsverker. Men den relative innsats av de to komponenter er ikke den samme over hele linjen.

Ved åndsverkene har «miljøets medarbeiderskap» gjennemsnittlig minst å si, mens innsatsen av den skapende ophavsmanns personlighet er forholdsvis større. Enkelte går endog så langt at de vil frakjenne kulturmiljøet all betydning når det gjelder diktning og kunst, men dette strider mot psykologisk og sociologisk erfaring. Så rik er ingen at han kan skape åndelige storverk på bar bakke, la dem springe ut av hjernen som Minerva av Jupiters. Selv den største kunstner står i gjeld til sine forgjengere og til samtiden, ja særlig den største, fordi han har det rikeste og

mest mottagelige sinn. Det er derfor ikke falsk beskjedenhed, men uttrykk for dyp livsvisdom, når Goethe i en samtale med Eckermann sier: «Det største geni gjør intet storverk, hvis han bare lever på sine egne resurser. I hvert av mine skrifter har jeg fått vink av tusenvis av personer, av tusenvis av forskjellige gjenstander: Den lærde og ignoranten, den vise og den gale, barnet og oldingen har hjulpet mig i mitt arbeide. Mitt verk har bare vært å binde sammen elementene, som alle er trukket ut av virkeligheten. Det er denne syntesen som bærer navnet Goethe.»¹ — Langt mere iøinefallende er dog betydningen av miljøet, i form av tidens samlede tekniske og videnskapelige innsikt, når vi kommer over i oppfinnelsenes verden. Hvis oppfinneren ikke helt ut har gjort sig til herre over disse, har han ikke stor chance til å nå resultater i våre dager. Engang var det ganske visst sånn at en enkelt genial foregangsmann kunde gjøre epokegjørende oppfinnelser, omtrent uten hjelpemidler eller teknisk utdannelse. Nu er derimot oppfinnervirksomheten et strengt og metodisk videnskapelig arbeide som gjerne er organisert i store laboratorier, og de enkelte «legmannsoppfinnere» som fremdeles forekommer fører gjerne en sørgelig tilværelse. Så avgjørende er betydningen av det kollektive, organiserte oppfinnararbeide, at når teknikken er nådd frem til et visst punkt er det likesom bestemte oppfinnelser ligger i luften: gjør ikke den ene dem, blir de før eller senere gjort av en annen. — Også efterat åndsverket er ferdig henger det nærmere sammen med ophavsmannens personlighet enn oppfinnelsen gjør. Selv om verket nok løser sig ut fra skaperen og lever sitt eget selvstendige liv, klippes navlestrengen aldri helt over. Alle angrep på åndsverket, og all forvanskning og undertrykkelse av det rammer derfor langt dypere i personlige følelser og interesser, enn når det er en oppfinnelse det gjelder.

Den forskjellen vi her har fremhevet betyr naturligvis ikke at man lager en rangorden mellem de forskjellige ånds-frembringelser, hvor åndsverkene får beste karakter og oppfinnelsene en ringere. En slik tanke vilde være like flat som uriktig.² En genial

¹ Jeg tror derfor ikke man kan si med Vinding Kruse (s. 433) at «al den megen Tale om Betydningen af den aandelige Baggrund, af *le milieu* er en Frugt af det stigende Antal af trætte Hjerner i Nutidens Samfund». Citatet fra Goethe viser iallfall at talen ikke er ny, og at den også har hatt tilhold i en hjerne som ikke hørte til de trettete.

² Med rette polemiserer Vinding Kruse mot den.

opfinnelse kan være en like imponerende åndsprestasjon som noe kunstverk, mens det kan være like liten grunn til å falle i staver over en kombinert portnøkkel og korketrekker som over en adressekalender eller et reklamedikt. Men dette hindrer ikke iakttageren i å fremheve at åndsverkene — de være store eller små — gjennomsnittlig blir sterkere preget av ophavsmannens personlighet, og at gjelden til kulturmiljøet følgelig er tilsvarende mindre.¹ Denne sannhet belyses godt ved et tankeeksperiment man pleier å foreta: Hvis *Shakespeare* ikke hadde levet, hadde verden sikkert vært uten «Hamlet», mens det er overveiende sannsynlig at om *Watt* ikke hadde oppfunnet dampmaskinen, hadde en annen gjort det. Også praktisk erfaring taler sterkt i samme retning: Mens det nemlig er en sjeldenhet at to åndsverker er identiske når de oppstår uavhengig av hverandre,² hører «dobbeltopfinnelser» formelig til dagens orden. En lang rekke av de mest kjente oppfinnelser i våre dager er det således fremdeles strid om farskapet til.

III. Det kan ikke forundre at de ulikhetene vi nu har pekt på virker inn på rettens regler, slik at patentreglene i mangt og meget kommer til å skille sig fra forskriftene om de egentlige åndsverker. Det er ikke praktisk å foregripe fremstillingen ved å regne alle ulikhetene op. Men det kan være nyttig å feste oppmerksomheten ved at grunntonen i ophavsretten kommer til å bli forskjellig fra patentrettens, og for den saks skyld også fra mønsterrettens. Det er det sterke personlige preg ved ophavsretten som setter den i en særstilling. Mens oppfinnelsene beveger sig i et miljø hvor teknikk og økonomi er dominerende, står de kunstneriske og ideelle interesser ved åndsverkene personlighetssfæren nærmere. Og i forbindelse med dette kommer også det sterkere kollektive islett i oppfinnelsene til å gi patentretten et stempel som skiller den fra ophavsretten, hvor den individuelle innsats er relativt betydeligere.

Nettop nå gjør den ideelle, eller som den ofte kalles den «moralske» siden ved ophavsretten sig særlig sterkt gjeldende. I nesten alle land

¹ Jfr. *Eberstein* s. 100 og en rekke andre forfattere.

² Det kan nok tenkes ved åndsverker som ligger i periferen av hvad det i virkeligheten kan kalles for skapende åndsvirksomhet. Her glir i virkeligheten vernet for åndsverker og for annen nyttig arbeidsinnsats over i hverandre, jfr. nedenfor.

arbeider man på å skaffe den større vern enn før. Skulde man angi de trekk som utmerker ophavsretten i øieblikket, måtte dette bli det ene. Det annet er den uro som den for tiden befinner sig i. Det viser sig særlig i to retninger. Som boktrykkerkunsten, kobberstikket og tresnittet i sin tid gav støtet til at ophavsretten blev anerkjent, er grammofonen, filmen og kringkastingen — sammen med de sociale omgrupperinger som de har gitt høve til — i god gang med å forme adskillige av dens regler om. Men også selve ophavstanken har vist sig å kunne bli en farlig fiende for forfatternes og kunstnerens posisjoner: Så mange og så forskjellige slags åndsvirksomhet reiser nemlig i våre dager krav om å bli delaktig i ophavsretten, at den står i fare for å sprenges hvis man ikke ser sig for i tide. Begge uromomentene skal vi senere komme tilbake til.

IV. Heller ikke mellom de forskjellige åndsverker innbyrdes er det identitet. Ingen påstår at et dikt er det samme som et maleri, eller at film og arkitektur faller sammen. Mange lands lover trekker den slutning av dette at ikke alle åndsverker kan behandles i en og samme lov, men at de må deles i flere eller færre grupper som får hver sin. Det gjør man f. eks. i Sverige og i Tyskland, mens den danske loven nøier sig med å behandle forfatterretten (derunder retten til musikkverker) og kunstnerretten i hvert sitt kapitel.

Den norske lov om åndsverker av 6 juni 1930 n r. 17 tar derimot alle åndsverker under ett, og mener at dette både er det prinsipielt riktigste og det mest praktiske. Den bygger på hvad estetiserende jurister kaller grunnsetningen om kunstens enhet,¹ som sier at alle åndsverker har et fundamentalt fellespreg, fordi de allesammen er utslag av individuell, skapende åndsvirksomhet i skjønnhetsidealets tjeneste.² Ethvert forsøk på å dele dem inn i grupper blir derfor mere eller mindre vilkårlig; musikkretten f. eks. regnes snart under forfatterretten (Sverige og Tyskland), snart under kunstnerretten (Mexico). Og i praktisk henseende viser det sig at

¹ Se bl. a. Marcel Plaisant: «*La création artistique et littéraire et le droit*» s. 28 ff.

² Dagliglivets sprogbruk bekrefter denne sammenheng på en interessant måte. Man sier om Vigeland's livssøile at den er et epos i sten, Skredsvig kaller et av sine malerier «Et dikt om døden», man nyter musikken i Heines «*Auf Flügeln des Gesanges*», og priser de malende bilder i Wergeland's poesi.

de forskjellige slags åndsverker i hovedsaken er så like, og reiser så ensartede juridiske og sociale problemer, at den rettslige behandling av dem både kan og bør være felles. Naturligvis må det bli forskjell i detaljene. Men «de særregler som de forskjellige åndsvirksomheters egenart betinger lar sig med letthet innpasse i loven, uten at denne taper sitt ensartede preg». (Mot. Å. s. 16). Når Å. tok dette skritt, var den da også i god overensstemmelse med hvad utviklingen pekte på, både hos oss og annetsteds.¹

V. Denne utviklingen har vi alt skildret i store trekk under fremstillingen av åndsrettens historie. Den norske forfatter- og kunstnerrett har i grunnen ikke gått egne veier, men en litt næiere skildring av dem er kanskje allikevel på sin plass.

1. Det første tilløp til lovgivning på ophavsrettens område var som alt nevnt den felles norsk-danske forordning av 7 januar 1741. Mere enn et tilløp var den dog ikke — dens virkelige karakter ufortalt. Den handlet bare om litteratur, altså ikke om musikk, og kunstnerens rett lå helt utenfor synskretsen. Selv m. h. t. bøker var den uklar og omstritt, og den enerett den gav omfattet bare trykning, mens annen offentliggjørelse, f. eks. gjennom avskrift eller dramatisk fremførelse, var fri.

Efterat foreningen med Danmark var opløst, flikket man i enkelt-hetene på den gamle forordning i 30—60-årene. Viktigere var det at gjennom l. 12 oktober 1857 blev *kunstnerretten* for første gang anerkjent i vårt land, idet bestemmelsene om ettertrykk blev utvidet til å gjelde kobberstikk, stentrykk, tresnitt og «deslike avbildninger». Ved l. 29 april 1871 blev så billedhuggeres og modellørers originale arbeider beskyttet mot eftergjørelse, derimot ikke maleres. Og endelig gav l. 22 mai 1875 forfattere og tonediktere enerett til offentlig fremførelse av dramatiske arbeider og scenemusikk. Det rettsvern som disse lovene bød det produktive åndsliv var dog såre ufullstendig. Og da både litteraturen og den bildende kunst nettop da tok sig mektig op, kom det snart krav om at lovgivningen om forfatter- og kunstnerretten måtte tas op til revisjon. «I en tidsalder i hvilken der hos oss er opstått store forfattere, der har tatt plass i verdenslitteraturen og kastet glans og berømmelse over vårt

¹ Også forarbeidene til den svenske forfatterlov innrømmer at en samlet behandling «tvivelsutan rent teoretiskt sett är den mest tillfredsställande». I Tyskland holder man nu på å slå inn på denne vei.

fedreland og folk, kan så store mangler i vår lovgivning ikke bli stående,» heter det i et reformforslag til stortinget fra 70-årene.

Snart bestemte regjeringen sig for å komme kravene imøte. Etter offentlig oppdrag utarbeidet O. A. B a c h k e en inngående og for-tjenstfull avhandling «Om den såkalte litterære og kunstneriske eiendomsrett», og dertil to lovutkast, som i stor utstrekning søkte sitt forbillede i den ophavsrettsreform som like i forveien var blitt gjennomført i Danmark. Med små forandringer blev utkastene vedtatt som lov av 8 juni 1876 om beskyttelse av den såkalte skrifteien-domsrett, og l. 12 mai 1877 om beskyttelse av kunstnerisk eiendomsrett. Disse lovene var utvilsomt et fremskritt, men det varte ikke lenge før ophavsmennene forlangte dem endret. Forfatterne klaget især over det dårlige vern mot oversettelser, komponistene over at musikk fritt kunde fremføres o. s. v. I forbindelse med arbeidet med Norges tiltredelse til Bernkonvensjonen blev det så gitt en ny lov, av 4 juli 1893, som smeltet forfatter- og kunstnerretten sammen i en eneste lov, men med hvert sitt kapitel. Utkastet til loven skyldes F r e d r i k B æ t z m a n n, som etter oppdrag arbeidet sammen med Danmark, hvor en lignende lov blev vedtatt. Også loven av 1893 utvidet ophavsmennenes rett. Den trakk muntlige foredrag inn under ophavsretten, og gav regler om offentlig fremførelse, som særlig for musikkens vedkommende var et fremskritt. Til oversettelse skulde en forfatter ha enerett i 10 år.

Heller ikke denne loven blev dog stående lenge. Den 25 juli 1910 blev den endret i forskjellige henseender, forat Norge kunde slutte sig til Bernkonvensjonen i den skikkelse den hadde fått på et møte i Berlin i 1908. Men novellen var i mangt og meget et tilbake-skritt, kanskje særlig for tonekunstens vedkommende, takket være en forståelsesløs behandling i stortinget. Under den økonomiske krise etter krigen, som ramte alle åndsprodusenter særlig hårdt, lot så kravene om revisjon av loven sig snart høre på ny, og der blev nedsatt en komité med K l a u s H o e l, senere R a g n a r K n o p h som formann, som gav sin innstilling i 1925. Den 6 juni 1930 blev l o v e n o m å n d s v e r k e r vedtatt i en form som på forholdsvis få punkter avvek fra komitéens forslag.¹

¹ Loven og dens forarbeider gjøres til gjenstand for omtale av E b e r s t e i n: Im. rätt s. 7 ff. og T. f. R. 1927 s. 379. Likeledes i D. a. 1931 s. 41 og 50. Den finske lov av 3 juni 1927 bygger i stor utstrekning på det norske utkast av 1925. Den er omtalt i D. a. 1928 s. 89.

Fotografier faller utenfor loven. De står fremdeles under herredømme av l. 11 mai 1909, som i sin tid avløste vår første fotografilov av 12 mai 1877.

2. Å. er uten sammenligning den viktigste rettskilden på forfatter- og kunstnerrettens område. Den betegner ikke noe helt nytt innslag i ophavsretten, men fortsetter den utvikling som alt hadde funnet sted. Undertiden skaffer den også rettstanker gehør, som tidligere forgjeves hadde forsøkt å gjøre sig gjeldende.

Når alle grenene av ophavsretten blev s a m l e t i e n e n e s t e l o v, er det således tydelig at det var dette sluttresultat utviklingen hadde arbeidet sig henimot. Først hver sine lover, så hvert sitt kapitel i samme lov, så en eneste lov. Og når loven gir ophavsrett til a l l e å n d s v e r k e r, og ikke nøier sig med å regne op enkelte begunstigede klasser av dem, er dette også bare å fullbyrde en utvikling som er nesten like gammel som forfatterretten selv. Det samme kan sies om den a l m e n e b e s k r i v e l s e a v r å d i g h e t e n s i n n o l d som loven gikk over til, mens den gamle loven regnet op de beføielser som ophavs mannen hadde enerett til: å trykke, skrive av, lese op, overføre til grammofon o. s. v.; også her har den historiske utviklingsgang vært skrittvis, idet de ulike offentliggjørelsesformer efter tur er blitt innlemmet i ophavsretten. Når jeg så føier til at loven er kort og knapp,¹ og slett ikke sikter på å gi en u t t ø m m e n d e b e h a n d l i n g av alle de emner den berører, er Å. i grunnen tilstrekkelig karakterisert, rent ytre sett.

Hvad dens ånd og karakter angår, springer det straks i øinene at den sterkt understreker det berettigede i o p h a v s r e t t s t a n k e n, og søker å sikre den en trygg plass i rettslivet. Til gjengjeld holder den sig strengt til de virkelige «åndsverker», og setter sig ikke til formål å verne all samfundsgagnlig åndsvirkosomhet. Motivene slår fast at ophavsretten er en virkelig rettighet, som har et like sterkt grunnlag som eiendomsretten til legemlige ting. Mange overleverte begrensninger i retten, som i virkeligheten berodde på ophavsrettens tidligere husmannsstilling, sløifer den derfor. Dette

¹ Det er pussig hvordan meningene kan divergere her i verden. Mens Bernbyrået skriver om loven at *«les professionnels de la technique législative ne manqueront pas d'en admirer l'étonnant laconisme»*, var det i stortinget dem som mente den var for lang, og «i stor utstrekning befattet sig med enkeltheter som ikke hørte hjemme i lovgivningen».

betyr imidlertid ikke at loven er særlig individualistisk innstillet. Tvertom er det dens neste viktige karaktertrekk at den tillegger den sociale siden ved ophavsretten betydelig vekt. Forarbeidene fremhever (Ot.prp. 22, 1930, s. 3) at en sterk ophavsrett er like meget i samfundets som i ophavsmenneskes interesse. Men er det virkelig interessestrid tilstede, må fellesnyttens også her gå foran egennytten: «Heller ikke de åndelige produsenters rett kan heve sig over de begrensninger som samfundshensynet med styrke tilsier. I en tid som vår, da alle de subjektive rettigheter, og eiendomsretten ikke minst, i stadig større grad formes og preges efter hvad samfundshensynet tilsier, vilde det jo være en fullkommen anomali om åndsarbeiderne skulde være de eneste som kunde hevde en rett der i steil individualisme nektet samfundshensynet enhver konsesjon.» (Mot Å. s. 14.) At loven gjør alvor av dette sitt grunnsyn, fremgår såvel av dens bygning som av dens enkelte regler. Mens de fleste fremmede lover oppfatter de samfundsmessige begrensninger av ophavsretten som mere eller mindre vilkårlige undtagelser fra en tenkt absolutt rett, stiller Å. innskrenkningene i ophavsretten op som det annet kapitel i loven, likeverdig med det første som beskriver ophavsmannens rett. Og hvad særreglene angår, kommer lovens innstilling særlig tydelig frem i ekspropriasjonsbestemmelsen og i forskriften om kringkasting.

Noen større rettspraksis har det ikke fått tid til å danne sig omkring Å. Vi har heller ikke mange eldre dommer av betydning. Et par avgjørelser av prinsipiell natur beholder dog sin vekt også efter den nye loven. P. g. a. ophavsrettens internasjonale karakter vil også utenlandske dommer ha interesse. Jeg trekker derfor adskillig dansk og svensk rettspraksis inn i fremstillingen, leilighetsvis også andre lands.

For enkelte sider av ophavsretten, særlig for forlagskontrakten og hvad dermed står i forbindelse, spiller sedvanerett og især kutymer stor rolle. Men da disse vanskelige og nyanserte rettsforhold gjennomgående må holdes utenfor boken, får jeg ikke stor anledning til å beskjefte mig med dem.

VI. Den eneste større fremstilling av ophavsrettens problemer i norsk litteratur er den foran nevnte avhandling av O. A. B a c h k e: «Om den såkalte litterære og kunstneriske eiendomsrett.» (Særtrykk av Rt. for 1871—1875.) I Danmark har T o r p gitt en kort skil-

dring av dem i «Læren om den ideelle Produktions Beskyttelse» (Tillæg til den danske Formueret) av 1898. Senere har Grundtvig skrevet en «Kort Fremstilling af Forfatterretten» (2. utg. 1918), likesom Vinding Kruse behandler mange av ophavsrettens grunnproblemer i sitt verk om Ejendomsretten (1928—1933). En kommentar til den danske forfatterlov har Torben Lund gitt ut (1933). Av svenske forfatterrettslige arbeider må nevnes Ask: «Om författarrätt företrädesvis enligt svensk lagstiftning.» (1893) og Ebersteins ennu ufullendte «Den svenska författarrätten» (1923—1925) og «Immaterielt rättsskydd» (1927). Ellers foreligger det i alle de nordiske land mindre arbeider og avhandlinger om forfatterrettslige spørsmål, som vil bli nevnt hver på sitt sted.

§ 6.

Hvilke verker beskyttes ?

I. Når lovgiveren skal angi hvilke åndsverker han vil ta under sine vinger, er det to veier å gå: Enten regne op positivt hvad loven skal omfatte, eller forme reglene generelt, sånn at alt som åndsverk heter faller inn under beskyttelsen.

Historisk sett er det overalt den første fremgangsmåten man opprinnelig grep til. Gruppe for gruppe har åndsverkene kjempet sig frem til beskyttelse, til forskjellig tid og gjerne i forskjellige lover, litteraturen, musikken, den bildende kunst, arkitekturen o. s. v. Ennu i nutiden er det mange land hvis lovgivning regner de beskyttede verker uttømmende op, slik at åndsverker som faller utenfor registret også faller utenfor ophavsretten.

Eftersom listen over de beskyttede verker blir mere og mere rikholdig, nærmer man sig imidlertid i praksis til det annet system. Flere og flere land er i våre dager også i formen gått over til dette, som for øieblikket visstnok er det mest utbredte.¹ Det har også avgjørende fordeler: Det er det eneste som har prinsipiell holdning,

¹ Foruten hos oss gjelder det i Finland, Frankrike, Italia, Romania, Tsjekkoslovakia, Jugoslavia, Polen, Spania o. s. v. Derimot ikke i Danmark, Sverige, Schweiz, Bulgaria, Tyskland og England.

og gir en naturlig avslutning på utviklingen. Det har videre den praktiske fordel at nye kunstarter ikke blir stående rettløse, inntil loven får øie på dem. Det sparer endelig både lovgiveren og rettspraksis for å trekke de vanskelige sondringer innenfor åndsverkene som vi foran har talt om, og som alltid er lite tiltalende og ofte likefrem umulige.

Disse betraktningene høide man sig for då Å. av 1930 blev utarbeidet. Den forlot derfor det gamle opregningssystem fra loven av 1893, og sier isteden i § 2 at «ved åndsverker forstås i denne lov enhver frembringelse på det litterære, videnskabelige eller kunstneriske område.» Men for å gi et anskuelig billede av hvad loven hovedsakelig gjelder, føier paragrafen til en nokså rikholdig eksempelsamling, hvor de viktigste slags åndsverker er nevnt. Lovens formulering ligger på dette punkt nær op til Bernkonvensjonen (art. 2), som ved revisjonen i Berlin i 1908 også gikk over til en almen beskrivelse av hvad den omfatter.

Blandt de ti slags åndsverker der nevnes som eksempler finner man skrifter, muntlige foredrag, film, musikkverker, bildende kunst, arkitektur, kunsthåndverk, tekniske tegninger o. s. v. Da reglene i det vesentlige er felles for dem alle, har det heldigvis ingen større interesse å undersøke hvor grensen skal trekkes mellom de forskjellige numre. De forsøk som har vært gjort i denne retning — og som er nødvendige hvis de faller inn under forskjellige lover med ulike regler — virker ikke overbevisende, skjønt de kan være skarpsindige nok. Grundtvig (53-54) søker således å angi tre karakteristiske egenskaper som utmerker litteratur og musikk i motsetning til den bildende kunst, og fra fremmed rett er Kohlers juridisk-estetiske undersøkelser om det samme tema særlig kjent. Mens forfatterrettens gjenstand er «*ein künstlerisches Gebilde der Sprache*» (s. 128), er kunstverket «*ein subjektives, menschliches Raumgebilde, welches darauf abzielt, den menschlichen Sinnen eine Welterschöpfungsidee darzustellen*» (K. s. 25.) Med all respekt for disse og lignende sondringsforsøk, tror jeg vi kan være glad for at vår lovgivning tillater oss å undvære dem. For det må alle gi Vinding Kruse rett i, at i utrenghet må l bør ikke skuffesystemet anvendes på åndslevets område.

Ikke desto mindre er det en sondring som må gjøres innenfor åndsverkene, fordi den har adskillig praktisk betydning, og fordi flere av lovens regler bygger på den: Noen åndsverker taler til publi-

kum ved hjelp av sinnbilleder, sproglige eller musikalske; de eksemplarer av verket som rummer disse sinnbilleder er derfor gjerne like gode. I motsetning til dem står den bildende kunst som «ohne Symbolismus unmittelbar auf den Geist des Beschauers wirkt» (K o h l e r, K. s. 52), og hvor det derfor blir forskjell på originaleksemplar og reproduksjoner. Forskjellen ligger dog ikke i at «ved Kunstværket er selve Meddelelsesmidlet det egenlige Aandsværk». ¹ Åndsverket er også her immaterielt, og ikke identisk med originaleksemplaret, men originalen står i et særlig nært forhold til åndsverket, fordi den legemliggjør verket på en mere fullkommen måte enn noen reproduksjon kan gjøre. Derfor opstår det her problemer som man ikke har maken til ved bøker og musikk, særlig om rett over originaleksemplaret også gir rett over selve åndsverket. Dem kommer vi senere tilbake til.

II. Mens det altså er unødig å skille skarpt mellom de enkelte åndsverker innbyrdes, er det viktig å bringe klarhet over hvilke krav der må stilles til en åndelig prestasjon, forat den med rette skal kunne kalles et åndsverk. Som Mot. Å. sier (s. 24) kan nemlig ikke «enhver sammensetning av skrevne ord, enhver samling farver eller streker på et lerret være gjenstand for forfatter- eller kunstnerrett». Det vilde være i strid med rettsgrunnlaget for ophavsretten: den skal jo tjene som belønning og oppmuntring for dem som bringer samfundet virkelig åndelig næring, og øker almenhetens kulturskatt.

1. I utlandet ser man leilighetsvis at loven selv formulerer de krav som må stilles til virkelige åndsverker. Den polske loven sier således at gjenstanden for ophavsrett er «*toute manifestation de l'activité de l'esprit, portant le caractère d'une création individuelle*». Å. har ingen tilsvarende bestemmelse. Den fant det vanskelig å forme en abstrakt regel, som på engang var rammende, passet for alle åndsverker og gav tilstrekkelig plass for den kombinasjon av juridisk takt og praktisk-kunstnerisk skjønn, som til syvende og sist må trekke grenselinjen i enkelthetene. Imidlertid inneholder lovens tekst adskillig veiledning for rettsanvendelsen. Det som kan kreve beskyttelse må nemlig være: a) en frembringelse; b) på det litterære, videnskabelige eller kunstneriske område, og c) av den art at det rettelig kan kalles for et åndsverk.

¹ V i n d i n g K r u s e s. 441. Uttalelsene i noten til dansk HRD. U. f. R 1935 s. 292 er heller ikke uangripelige.

ad a):

I dette krav ligger for det første at det må foreligge en virkelig åndsproduksjon fra ophavsmannens side, slik at verket, som Mot. Å. uttrykker det (s. 25) «representerer en innsats av skapende åndsarbeide». Å. beskytter m. a. o. slett ikke alt åndsarbeide i fleng, selv om det har kostet både møie og penger, og selv om det utvilsomt betegner en nyttig innsats, samfundsmessig sett. Den som møisommelig samler folketoner eller folkeviser og redder dem fra glemsel, erhverver ikke i den anledning noen ophavsrett, og det gjør heller ikke den som finner et gammelt manuskript og gir det ut.¹ Gunstigere er heller ikke videnskapsmannen stillet når han opdager en ny stjerne, en ny naturlov eller et nytt kontinent, selv om hans opdagelse gir støtet til tekniske oppfinnelser som innbringer millioner. I alle disse tilfelle mangler nemlig det moment av nyskapelse som ligger i frembringelseskravet, og som ikke er tilfredsstillet fordi om eksisterende ting er trukket frem fra glemselen, eller erobret for den menneskelige erkjennelse for første gang.

Men dernest kan man heller ikke tale om virkelig frembringelse, hvis det ikke er skapt en ytre realitet som kan løses ut fra ophavsmannens personlighet, og dertil har en viss blivende karakter, slik at den kan reproduseres eller meddeles til andre. En forutsetning i denne retning ligger også i Å. § 1, som nettop fremhever eneretten til mangfoldiggjørelse som en vesentlig side av ophavsretten. «Kreasjonen» av en rolle, en skuespillers eiendommelige mimikk eller gestikulering, en musikers opfatning av en komposisjon, en filmtype som *Chaplins* er således ikke gjenstand for ophavsrett, og heller ikke et regissørinnfall som å spille «Hamlet» i smoking.²

ad b):

Men selv om det foreligger en virkelig «frembringelse» av åndelig natur, er det ikke sikkert ophavsrett blir følgen. Det er bare når den ligger på det litterære, videnskapelige eller kunstneriske område at dette er tilfellet, d. v. s. når det er den menneskelige erkjennelses- eller skjønnhetstrang verket tar sikte på å tjene.

¹ Enkelte fremmede lover gir derimot forfatterrett til en sånn *editio princeps*, se nedenfor § 16.

² I LRD. i U.I.R. 1926 s. 1003 blev noen historiske optog og ridderturneringer til minne om Helsingors grunnleggelse ikke ansett som kunstverker.

Derimot ikke når det beveger sig på teknikkens felt, eller overhodet bare vil være til praktisk nytte. I så tilfelle er det oppfinnerretten som må gjøre tjeneste, og hvis også denne svikter p. g. a. de fordringer som stilles til virkelige oppfinnelser, faller den innsats som er gjort utenfor de særlige lovene om åndsproduksjonen.¹ En gartners eller en hesteopdretters kryssingsresultater hører således til denne kategori. Og også andre åndsprodusenter som ofte smykker sig med kunstnernavnet, kjøkkenkunstnerne f. eks., lider samme vanskjebne.² Selv om en vellykket saus med rette kan sammenlignes med et dikt, nyter opskriften allikevel ikke det samme rettsvern som diktet. Og selv om Brillat-Savarin har rett i at opdagelsen av en ny rett mat betyr mere for menneskehetens lykke enn opdagelsen av en stjerne, honoreres den allikevel ikke med ophavsrett. Dette stikker dog ikke i noen underkjennelse av kokkekunstens betydning, individuelt og sosialt, men beror på at verker av denne art ikke hører hjemme på det område ophavsretten er bestemt til å beskytte. Til kokkekunstnerens trøst får det tjene, at de som vi hørte deler skjebne med de videnskapelige opdagere fra Arkimedes til Einstein.

ad c):

Endelig må det som er frembragt være et å n d s v e r k: det må iallfall i noen grad være uttrykk for original og individuelt preget åndsvirksomhet fra ophavsmannens side. Dette kravet har gyldighet over hele ophavsretten. Det gjelder for film, dans og arkitektur, som for bøker og bildende kunst. Men den individuelle skapende innsats kan likeså gjerne legge sig for dagen i åndsverkets form eller ytre komposisjon, som i selve innholdet. Derfor kan det godt være et åndsverk å lage en samling av artikler, folkeviser eller bilder, skjønt de enkelte delene ikke er beskyttet, eller ikke skriver sig fra utgiveren.

Dette betyr imidlertid ikke at rettsordnen foretar en v u r d e r i n g a v å n d s v e r k e n e før den gir dem sin beskyttelse, slik at det bare er gode eller fremragende verker som nyter godt av den. Tvertom er det en grunnsetning i ophavsretten at åndsverkene be-

¹ Om disse og de under a) nevnte åndsprodusenter helt mangler rettsbeskyttelse, får vi senere anledning til å drøfte.

² Se bl. a. D. a. 1923 s. 44.

skyttes uten hensyn til sin litterære eller kunstneriske verdi.¹ «Den guddommelige komedie» har ikke større rettsbeskyttelse enn «Rocambole». Heller ikke er det ubetinget riktig å si med Mot. Å. (s. 25), at et åndsverk alltid må være uttrykk for en selvstendig og bevisst kunstnerisk virksomhet fra ophavsmannens side. Selv for kunstverkenes vedkommende er dette for sterkt et krav, idet det iallfall ikke er resultatet, men den kunstneriske intensjon det kommer an på.² Og på de områder av ophavsretten hvor det ikke er estetiske virkninger som tilsiktes — faglitteratur, tekniske tegninger, karter o. s. v. — blir det likefrem uriktig å opfatte kravet om originalitet og personlig skaperinnsats som ensbetydende med at den må være av kunstnerisk art.³

Enda galere vilde det være å trekke kvantitative betraktninger inn i definisjonen av åndsverkene. Ordet «åndsverk» inneholder ganske visst en fristelse til dette, idet det har noe monumentalt ved sig, og nødig brukes om dagliglivets små åndelige nips-gjenstander. Men denne sprogbruken er ikke lovens. For den er leilighetsvers og bordtaler like gode åndsverker som «Brødrene Karamasov», og en karikaturtegning eller en miniatyrskulptur like beskyttelsesverdige som *Vigeland's* kolossalanlegg på Tørtberg.

2. Det lar sig ikke gjøre å presisere åndsverksbegrepet så klart og absolutt at en automat kan settes til å anvende det. Som rimelig er bruker da også de forskjellige forfattere og lovgivere tildels ulike ord når de skal angi hvor nedergrensen for åndsverkene skal trekkes. Mens den polske lov, som vi så, krevet en «*création individuelle*», sier *Stolfi* (s. 408) at åndsverket må være frukt av «*activité personnelle de la part de l'auteur*», *Riezler* at det må være en «*eigentümliche Geistesschöpfung*» (s. 213) og *Dernburg* «*ein Erzeugnis selbständiger, geistiger Tätigkeit*» (s. 97). Bak de ulike ordene ligger dog praktisk talt samme tanken; det er i virkeligheten fordringen til individuell, skapende åndsvirksomhet de alle tar sikte på å uttrykke.

¹ Det må dog innrommes, at fordringen om at verket skal være frukt av original, skapende virksomhet gjør en viss vurdering nødvendig. Og som all menneskelig vurdering får også denne et subjektivt preg. *Cahn-Speyer* har derfor rett, når han konstaterer litt av en motsigelse, «*zwischen dem Willen zur Objektivität und der Unmöglichkeit ihrer Verwirklichung*» (GRUR. 1930 s. 756).

² Således også *Köhler*, K. s. 28, som forøvrig legger for stor vekt på det kunstneriske moment i hele ophavsretten.

³ Med rette har *Dernburg* og *Vinding Kruse* fremhevet dette.

Derimot synes de fordringer som *Vinding Kruse* stiller til et åndsverk å være litt andre. Han mener at det her må gjelde det samme som ved annen «åndelig eiendomsrett», nemlig at verket skal være nytt og selvstendig. Og disse kravene er etter sin natur ikke absolutte men relative, idet både nyheten og selvstendigheten må sees dels i forhold til de fri åndsverker, dels til verker som alt nyter beskyttelse på andre hender. I de fleste tilfelle vil denne formuleringen ikke føre til andre resultater; men den er ikke desto mindre litt skjev, iallfall etter *Å.*'s mening. At åndsverket skal være «nytt» i objektiv forstand — sånn som en oppfinnelse må være for å bli patentert — er således ikke absolutt nødvendig.¹ (Vanligvis vil det dog være tilfellet, fordi en virkelig skaperinnsats er så individuelt preget at dubletter er lite tenkelige, såvel i fortid som nutid.) Og hvis man bare tar nyhetskravet subjektivt, er det både klarere og mere betegnende å forme det som en fordring om originalitet, eller som jeg har gjort om «individuell skapende åndsvirksomhet». Hvad dernest selvstendighetskravet angår, er det klart at selve den del av verket hvor skaperinnsatsen gir sig tilkjenne, alltid må være «selvstendig», ellers var den jo ingen sann *création*. Men det vilde være for strengt å kreve selvstendighet i den forstand at intet i åndsverket skal være tatt fra andre, enten det nu er fri åndsverker eller verker som andre har ophavsretten til. Det skal vi komme tilbake til i paragrafen om bearbeidelse.

3. Men hvor stor må den være den dosis av individuell skapende åndsvirksomhet som etter det foregående er nødvendig for at et åndsverk kan sies å foreligge? Ser man spørsmålet historisk; viser det sig at kravene gjennomgående er gått nedover; flere og flere utslag av åndelig virksomhet har fått plass innenfor ophavsretten, og også ellers har tiden vannet åndsverksbegrepet ut, idet enkelte slags teknisk og industriell virksomhet har fått smuglet sine produkter inn under det. I mange land regnes således fotografier som åndsverker, og enkelte lover gir også ophavsrett til fabrikanten som fører et musikkstykke over på en grammofonplate. Hvis denne utviklingen får

¹ Jfr. *Eberstein* i S.J.T. 1928 s. 7, som — i en annen forbindelse — advarer mot å blande sammen ophavsrettens originalitetsbegrep og det nyhetsbegrep som har borgerrett på andre områder av åndsretten, f. eks. i patentretten. — *Elsler* (s. 300) mener visst at heller ikke ved åndsverker får «*Originalschöpfer*» nr. 2 ophavsrett til det han har frembragt.

fortsette, står de karakteristiske grenser for åndsverkene i fare for å viskes helt ut, og man glir over i en rettstilstand hvor alt arbeide har ophavsrettsvern, hvis dets resultat er ulegemlig og ikke en fysisk ting.

Dette faller sammen med den retningslinjen *V i n d i n g K r u s e* anbefaler (437, 444-5). Han går varmt inn for å sikre all åndsproduksjon beskyttelse i rikest mulig omfang, og holder det for en fordel at kravene til åndsverker settes dyktig lavt, så den «åndelige eiendomsretts» velsignelser kan bli flest mulig tildel. Jeg mener derimot at tendensen er farlig, ikke minst for åndslivet selv.¹ Som jeg oftere får anledning til å komme inn på, tror jeg det er riktig å trekke *n o e n l u n d e* stramme grenser for den egentlige ophavsrettsbeskyttelse, og sørge på særlig måte for annen nyttig åndsvirksomhet som trenger vern. Denne tankegangen er heller ikke *Å. fremmed*. Den lukker således fotografiene ute fra loven, på tross av de krav fotografene reiste, og lar mønstrene beholde sin egen lov, fordi ikke enhver estetisk innsats fortjener navn av et kunstverk. Videre er det et interessant symptom på dens grunnsyn, at den strøk bestemmelsen i den gamle lovs § 5, som gav ophavsrett til den som «gjengir et verk ved mekaniske instrumenter», fordi den kunde gi anledning til å tro at også rent slavisk overføring av verket var tilstrekkelig grunn for retten. På den annen side har dog loven bestemmelser som gir nokså beskjedne åndsprestasjoner ophavsrett. Man kan f. eks. tenke på § 2 nr. 10 som regner oversettelser som åndsverker, og § 7 som gir utgivere av aviser og tidsskrifter ophavsrett til verket som helhet.

4. Generelle betraktninger om hvor nedergrensen for åndsverkene skal trekkes blir dog aldri synderlig illustrerende. Et eneste eksempel fra det tvilsomme grenseområde kan gi dommeren mere praktisk veiledning enn adskillige sider abstrakt teori. Jeg skal derfor nevne en del tilfelle hvor avgjørelsen kan stille sig tvilsom, og vise hvordan de er blitt avgjort her hjemme eller i utlandet.

a) Lovregelen om at *s k r i f t e r* av alle slags hører med til åndsverkene, er kanskje den som oftest gir anledning til tvil. At private brev faller inn under den er klart, men oftest vil de hverken ha eller pretendere slik litterær verdi at de er virkelige åndsverker.

¹ Jfr. også *H o f f m a n n* i GRUR. 1931 s. 706 ff. og *Ufita*. 1932 s. 102, *M a r w i t z* i *Ufita*. 1928 s. 4.

Om de av andre grunner kan interessere almenheten, som f. eks. Napoleons brev til Marie Louise, er ikke nok.¹ Men ellers er det ganske andre former for litteratur som gjennomgående har foreligget til avgjørelse for domstolene i de forskjellige land. I Tyskland har man således regnet både adressebøker og museums kataloger for virkelige *Schriftwerke*, og likeså byplaner, reklamedikt, lotterilister, formularer for sakførere og notarar, bruksanvisninger, fremmedførere, kontraktsformularer o. s. v. (G o l d b a u m s. 4 ff.) I Frankrike almanakker, årbøker, veivisere, kataloger, statistiske planer og tavler (P o u i l l e t s. 42 ff.) I Italia betalingsbøker for arbeidere, skjemaer for kvitteringer, museums kataloger, guider, almanakker (S t o l f i s. 410 ff.)

Skjønt de åndsverkene som her er nevnt ikke just hører til de olympiske, er det ikke utelukket at avgjørelsene vilde være riktige også her i Norge. Men forutsetningen må være at adressekalenderen eller kontraktsformularen røper et visst personlig og originalt tankearbeide, iallfall i anlegg og arrangement, skjønt spillerummet for dikterisk frihet og skapende fantasi her nødvendigvis er begrenset. Hvis heller ikke disse beskjedne krav er fylt, kan skriftet ikke kalles for et åndsverk.² Av dommer som belyser spørsmålet kan nevnes HRD. i Rt. 1901 s. 877, som nektet «Thinglæsningsbladet» vern mot ettertrykk av de tinglysinger som hadde funnet sted, men forutsatte at f o r m e n for meddelelsen hadde krav på vern. Videre en dom av Trondheims handelsrett av 12 juli 1916, som etter omstendighetene anerkjente skjemaer og blanketter som beskyttede «skrifter». Derimot kom Haldens byrett engang til et annet resultat i en lignende sak.³

Fra nabolandenes rettspraksis hitsettes noen eksempler på hvordan kravene til åndsverker anskues. Særlig i Danmark har man adskillige dommer om spørsmålet. Et kart i et dagblad (U. f. R. 1913, s. 866) og en samling legeanekdoter (1933, s. 1150) er således holdt

¹ De riktige synspunktene kommer frem i en svensk HRD. i N.J.A. 1921 s. 579 om retten til Fr ö d i n g s brev. Derimot er den finske loven temmelig prinsippstridig, når den beskytter brev hvis de «i avseende till sitt innehåll e l l e r b r e v s k r i v a r e n s p e r s o n ä r o av litterär natur» (§ 2).

² Således ikke de nakne kringkastingsprogrammene. Dette resultat er også den tyske Reichsgericht kommet til. D. a. 1934 s. 131.

³ Forsåvidt denne dom er tilbøielig til å sondre mellom formularer og skjemaer, og til å nekte de siste beskyttelse fordi de er beregnet til direkte praktisk bruk ved utfylling, er den under enhver omstendighet gal. Se III.

for virkelige åndsverker, mens dette ikke var tilfellet med teksten til en prisliste (1913, s. 331), et skjema for en kredittforening (1918, s. 839), en «bestillingsbok for frisører» (1932, s. 1138), en katalog (1931, s. 285), et arrangement av en annonse (1932, s. 211), og forskjellige slags blanketter (1932, s. 893 og 1933, s. 713). Også i Sverige er karter bedømt som åndsverker (N. J. A. 1915, s. 500), men ikke adressekalendre (1927, s. 357).

b) I utlandet har det vært meget diskutert om også t i t t e l e n på et åndsverk — et skrift, en film eller et maleri — nyter godt av ophavsrettsbeskyttelsen. Enkelte lover som Italias (§ 3), Ungarns (§ 6), Finnlands (§ 30), Canadas (§ 12) og Portugals (§ 17), tar uttrykkelige titler med blandt de «verker» som er beskyttet. Det gjør den norske loven ikke. Følgen av dette blir at en tittel bare gir ophavsrett, hvis den fyller de krav som ellers stilles til åndsverker. Det kan tenkes at den gjør dette, fordi tittelen er en del av verket, nemlig dets begynnelse. Det kan også hende at tittelen er et selvstendig åndsverk når den — som en belgisk dom uttrykker det — «*par suite d'un effort créateur de l'esprit, constitue une combinaison ingénieuse de termes, une trouvaille heureuse de mots, une originalité enfin, résumant dans sa brièveté la pensée de l'auteur ou l'idée maîtresse de son oeuvre*» (D. a., 1925, s. 22.) Da det imidlertid er sjelden at en tittel er komponert med sånt mesterskap, vil det regelmessig ikke være Å. som beskytter tittelens skaper mot at andre tar den. Derimot vil han, som vi senere kommer tilbake til, ha et ganske effektivt vern i loven om utilbørlig konkurranse, idet den som gjør bruk av andres titler gjerne gjør det for å skape forveksling eller for å utnytte det gode rykte som det første verket har vunnet sig. Og begge deler strider mot grunnsetningen om lojal konkurranse.¹

c) På kunstverkenes område er det for det første klart at også skisser og utkast kan være virkelige åndsverker, og følgelig ha samme vern som ferdige arbeider. Like klart er det naturligvis at de ikke alltid er det.

Om avstøpninger, dødsmasker o. l. skal kalles kunstverker har det vært en del tvil. Det er dem som blankt nekter dette, fordi sanne kunstverker ikke kan frembringes ved mekaniske midlers hjelp.

¹ Slik løses også tittelsspørsmålet vanligvis i fremmed teori og praksis. Se f. eks. Marwitz-Möhrling s. 35 ff., Goldbaum s. 122 ff. og artikler og dommer i D. a. 1929 s. 81, 1930 s. 130 og 1932 s. 34, og Ufita. 1932 s. 187.

I Frankrike har domstolene således nektet Napoleons dødsmaske kunstnerbeskyttelse i den anledning (B r y s. 593). Dette er dog efter min opfatning for strengt. Ganske visst foreligger ikke noe kunstverk, hvis de mekaniske midlene har arbeidet helt på egen hånd, eller ophavsmannens medvirkning har vært rent underordnet; at fotografier er utelukket fra Å. er et klart uttrykk for lovens syn i så måte. Men selv om kunstneren tar mekaniske hjelpemidler i sin tjeneste, kan det godt hende at han har tilført verket så meget av sin kunstneriske personlighet, at det likevel er et individuelt kunstverk. At dette k a n være tilfellet såvel ved dødsmasker som ved andre avstøpninger er ikke tvilsomt.¹

Særlig vanskelige grensespørsmål oppstår når det kunstverk som gjør krav på rettsvern skal være «forbillede for kunsthåndverk eller kunstindustri» (Å. § 2, pkt. 8). Altså en ovn, en lampefot, en stol o. s. v. Her bør domstolene være temmelig forsiktige med å tillegge slike bruksgjenstander kunstverkskvalitet, hvis ikke hele beskyttelsen skal gli ut (B. R. D. VI s. 14). Nylig nektet således Danmarks høiesterrett at en modell for stålørstoler var et virkelig kunstverk.²

d) At film er en selvstendig slags åndsverker sier Å. § 2 uttrykkelig. Den gamle loven føiet forsiktigvis til, at dette bare var

¹ Til dette resultat kom en østerriksk dom i D. a. 1923 s. 82. I Danmark har man anvendt kunstnerretten overfor verker som var laget ved hjelp av en «skulpturmaskin», men etterpå var gjenstand for personlig ettermodellering. U. f. R. 1903 s. 264. At også kolorering av fotografier k a n være kunstverker er sikkert. Tvilende HRD. i Rt. 1925 s. 712, som dog antok at i det tilfelle som da forelå var mekaniske hjelpemidler ikke brukt.

² Også ellers er praksis i våre naboland både innholds- og lærerik. Foruten i den i teksten nevnte dom (U. f. R. 1935 s. 692), har domstolene nektet kunstnerrettsvern i 1925 s. 487, hvor det var en reklametegning det gjaldt, og i 1930 s. 556, hvor det dreiet sig om et reklameskilt som var laget etter bestillerens anvisning, nærmest etter et eldre skilt. I en lang rekke dommer er spørsmålet om kunstnervern derimot besvart i motsatt retning: 1934 s. 161 (voksmannequiner), 1931 s. 376 (P.H.-lamper) 1931 s. 1109 (omslagstegning for reklame, hvor underretten kom til annet resultat), 1926 s. 251 (forskjellige bruksgjenstander laget av Den kgl. Porselænsfabrik efter kunstneres tegninger) 1925 s. 199 (billeder av vaskemaskiner i et reklamehefte), 1924 s. 588 (kapselåpner i form av en «havhest»), 1915 s. 892 og 1911 s. 947 (illustrasjoner i motekataloger), 1911 s. 867 (en kunstnerisk utført sofa).

Fra Sverige kan nevnes en HRD. i N.J.A. 1916 s. 1 hvor tegningene i en priskurant ikke blev holdt for kunstverker, og en annen i 1931 s. 506, hvor retten kom til det motsatte resultat for Orreforsglassets vedkommende.

tilfellet når de «ved sitt arrangement eller forbindelsen av de fremstilte begivenheter danner et vesentlig nytt og selvstendig verk». De såkalte «naturfilm» som bare gjengir landskaper eller scener direkte fra naturen, skulde derimot holdes utenfor. Denne tilføielsen blev strøket i Å., men i realiteten var dette ikke noen forandring. Som ethvert annet åndsverk må også filmene være resultat av individuell, menneskelig skapervirksomhet, og de film som bare gjengir naturen mekanisk tilfredsstillende ikke dette krav; de får nøie sig med det vern som fotografiloven gir dem.

e) Når Å. former sin beskyttelsesregel helt almindelig, er det klart at det aldri kan angis uttømmende hvilke verker som er åndsverker. Nye verker kommer stadig til, eftersom kulturen går fremover. Blandt de åndsprodusenter som i den senere tid har meldt sig med krav om ophavsrett, kan nevnes teatermalerne som krever vern for sine kulisser, fabrikanter av voksmannequiner og artistiske dukker, regissører og isenesettere, motekunstnere o. s. v. Om dem alle gjelder at deres arbeider ikke i prinsippet faller utenfor åndsverkens krets, men at det må bedømmes konkret om de fyller lovens krav i så måte. Som foran nevnt mener jeg denne bedømmelsen ikke bør være for slapp.¹

III. Flere av de eksemplene som er nevnt i det foregående viser at også åndsverker som har praktisk formål går inn under Å. En reklametegning beskyttes like godt som et veggmaleri, og en skulptur mister ikke karakteren av et kunstverk fordi om den skal brukes til penneskaff eller til lampeholder.

Dette at åndsverkets formål og praktiske bestemmelse ikke spiller noen rolle for beskyttelsen, er en av grunnsetningene i Å. Det sies ganske visst ikke uttrykkelig, som i den franske og italienske loven, der tilsier åndsverkene vern «*quels que soient le mérite et la destination de l'oeuvre*». Men Mot. Å. s. 27 gir sin fulle tilslutning til den «hovedregel i læren om ophavsrettens beskyttelse, at verket beskyttes uten hensyn til den anvendelse som gjøres av det». Og også selve teksten er tydelig nok i så måte. Skulde

¹ Om motens kreasjoner er kunstverker har det vært stor strid. I Frankrike er det slått fast at de kan være det (D. a. 1934 s. 104), mens de engelske domstoler har tatt et annet standpunkt. Her i Norge vilde man nok betenke sig lenge, før en kjole blev karakterisert som et kunstverk, når det da ikke gjelder selskapskonversasjon.

åndsverker falle utenfor loven fordi de var bestemt til praktisk bruk, måtte dette ha vært sagt uttrykkelig. Isteden stilles en så utpreget praktisk kunstart som arkitektur som nr. 7 i rekken av åndsverkene, og som nr. 8 kommer «kunsthåndverk og kunstindustri, så vel forbilleder som selve verket».

Både i teori og praksis har det imidlertid stått strid om dette, og gjør det i grunnen fremdeles. Særlig er det K o h l e r som har tatt sterkt til orde for å vise verker med praktisk formål ut av ophavsretten, og la andre lover verne dem, særlig mønsterlovgivningen. Ifølge K o h l e r er det nemlig fremfor alt «die Zwecklosigkeit» som særkjenner kunsten, og som stiller den i motsetning både til oppfinnelsen og til mønstrene. Mens disse tar sikte på å tjene praktiske nytteformål, hylder kunsten prinsippet om *l'art pour l'art*.¹ K o h l e r s betraktninger har dog ikke vunnet videre tilslutning i teorien, og heller ikke i de fleste lovgivninger. Når også den anvendte kunst får plass blandt åndsverkene, er det imidlertid slått en tydelig bro over til mønsterretten, og i det hele til de deler av åndsretten hvor det ikke er erkjennelses- og skjønnhetsgleden som tilfredsstillles, men praktiske og økonomiske nyttehensyn. Hvordan samspillet arter sig mellem kunstnerretten og mønsterretten kommer vi senere inn på.

IV. Et åndsverks kunstneriske verdi spiller altså ingen rolle for rettsbeskyttelsen, og heller ikke minker den om verket har praktisk formål. Men åndsverkets i n n h o l d, har da ikke det noe å si? Gjelder beskyttelsen også verker som er moralsk skadelige, eller som gjør propaganda for idéer som samfundet tar avstand fra? Strekker den sig endog så langt at den også kommer verker til gode som har et u s e d e l i g eller likefrem ulovlig i n n h o l d?

1. I gamle dager, dengang åndsverkene fikk sin rettsbeskyttelse i form av privilegier, dukket sånne spørsmål sjelden op. Det er ved skriftverkene de særlig er aktuelle, og for å gi ut slike krevet man at de hadde passert censuren, og fått tillatelse til å bli trykt. Da censuren blev avskaffet, var man imidlertid i alle land klar over at skulde reformen gjennomføres i ånd og sannhet, kunde man ikke ramme de verker som makthaverne av en eller annen grunn ikke likte ved å nekte dem rettsbeskyttelse som åndsverker. Det var derfor en selvsagt ting — og mange trodde også en endelig kulturvinning — at alle åndsverker fikk samme beskyttelse, enten innholdet

¹ Som bekjent er dette langt fra ubestridt i våre dager.

var riktig eller galt, nyttig eller skadelig, fra et moralsk eller socialt synspunkt. Slik er forholdet fremdeles i Norge.

I de stater som har sagt farvel til liberale og demokratiske idéer på alle livsområder, ser man imidlertid anderledes på saken. I Tyskland f. eks. fremheves det hvordan statens liberale politikk overfor åndslivet har ført til nedgang i smaken, forflatet litteratur og kunst,¹ og gitt skadelige åndsretninger anledning til å forgifte folkesjelen. Også på dette område må den nasjonalsocialistiske stat derfor ta skjeen i en annen hånd. Likeså litt som det økonomiske liv kan åndslivet overlates til sig selv. En aktiv kulturpolitikk må det til. Litteraturen og kunsten må innblåses nasjonalsocialismens ånd. Bare på den måten kan de komme i sånn kontakt med folkets dypeste krefter og instinkter, som er uomgjengelig nødvendig om de skal fylle sin kulturoppgave. For å sikre dette går man energisk frem. Skrive i aviser — være *Schrijtleiter* — får ingen lov til som ikke hører til den fagforening som her er opprettet, og som har en egen avdeling i et av de mange *Reichskulturkammer*.² Også forfatterne og kunstnerne har sin egen organisasjon, sitt eget kulturkammer, hvis ledelse har stor myndighet, og hvor også forleggerne er med. All økonomisk utnyttelse av verket av andre enn ophavsmannen forutsetter medlemskap her. De ophavsmenn som ikke er arier eller som av en eller annen grunn anses for uheldige, kan støtes ut av organisasjonen. At selve ophavsretten ikke er begrenset til dennes medlemmer, men i prinsippet kommer også de misliebige åndsverker tilgode, er under disse omstendigheter forholdsvis betydningsløst.

2. Også i land som holder fast ved sin «liberale» innstilling overfor åndslivet, kan det imidlertid være litt av et problem om man skal drive liberaliteten så langt at også usedelige eller ulovlige verker får nytte godt av ophavsretten. A. sier ingenting om spørsmålet, og ved første blick kunde det synes rimelig å tolke tausheten som om ophavsrett var utelukket. At rettsordnen ikke kan holde sin hånd over verker

¹ At dette «zum grossen Teil» skyldes den tidligere liberale og demokratiske ophavsrettslovgivning «muss festgestellt werden», sier Kopsch i Ufita. 1934 s. 386. Han citerer også en uttalelse av Göbbels som viser hvordan den kunst må være, der skal kunne regne på rettsbeskyttelse i det tredje rike: «Gut muss die Kunst sein, darüber hinaus aber auch verantwortungsbeusst, volksnahe und kämpferisch.»

² At alle som skal være medlemmer her må være ariske adskillige generasjoner tilbake, sier sig nærmest selv.

som den fordømmer og bekjemper, høres jo nesten selvsagt ut. Og i patent- og mønsterloven er det uttrykkelig sagt, at når oppfinnelsen eller mønstret strider mot lov eller sedelighet, kan det ikke bli tale om å erverve enerett til dem.

Allikevel er det den motsatte opfatning som er lovens. Analogien fra patent- og mønsterretten bærer ikke frem, som vi senere skal vise. Og hvis man nekter å beskytte det ulovlige eller usedelige åndsverk ut fra en i og for sig berettiget, moralsk indignasjon, vil resultatet ikke svare til hensikten. Da vilde nemlig ophavs mannen miste enhver kontroll over verket. Han kan ikke hindre at det blir offentliggjort, og kan heller ikke sette stopper for den fortsatte skandale, om han omvender sig og kommer på bedre tanker. Nekter man ham ophavsrett, blir altså følgen at man letter utbredelsen av det usedelige produkt. Men dette var jo — som presten S a n g vilde ha sagt — ikke meningen.¹

§ 7.

Rettens tilkomst og subjekt.

I. Siden Å. stiller visse vilkår forat et åndsverk skal foreligge, kunde det kanskje synes rimelig at den krevet dem offentlig konstatert før den lot ophavsretten tre i kraft. Det vilde også gi andre åndsprodusenter autoritativ beskjed om hvilke åndsverker som er beskyttet, og som de må holde sig klar av. Slik er jo forholdet ordnet ved patentretten og tildels ved retten til mønstre.

Heller ikke for åndsverkenes vedkommende har sånne formaliteter vært ukjent. Den første forfatterlov vi kjenner, dronning Annas av 1709, gjorde således rettsvernet avhengig av at verket var meldt til «*The Company of Stationers*» register. Og også senere har det noe hvert sted vært satt som vilkår for full rettsbeskyttelse, at verket var registrert hos en eller annen offentlig myndighet.

¹ I Tyskland har Kohler tatt et annet standpunkt (s. 160 ff.), mens Riezler (s. 217) og Dernburg (s. 103) ser på saken som Å. gjør. I Italia har kassasjonsretten løst problemet om de usedelige kunstverkers rettsbeskyttelse på en likeså elegant som forbløffende måte: Er verket usedelig, kan det umulig være noe virkelig kunstverk, og omvendt, hvis det er uttrykk for ekte kunstnerisk inspirasjon, er det bornert å kalle det usedelig. (Ufita. 1936 s. 175.)

I våre dager er man imidlertid nokså enig om at sånne formaliteter ikke er på sin plass som vilkår for rettsbeskyttelsen.¹ Åndsverkene er så utpregede individualiteter at de ikke trenger offentlig presisering og konstatering, og det er hverken påkrevet eller gjørlig å gi noen beskrivelse av hvilke elementer av verket ophavsretten egentlig er knyttet til. Å. krever derfor hverken undersøkelse eller registrering, overhodet ikke formaliteter av noen art. Gjennom art. 4 i Bernkonvensjonen er dette prinsipp også gjort obligatorisk for alle unionens medlemmer.

Heller ikke er det nødvendig at ophavsmannen uttrykkelig forbeholder sig sin rett, f. eks. ved å sette «Eftertrykk forbudt» eller lignende foran i boken. I eldre tid var det derimot svært almindelig at lovene forlangte dette, iallfall ved enkelte åndsverker og ved visse slags offentliggjørelse. Den norske forfatterlov av 1893 lot således både oplesning og fremførelse av musikk være fri, hvis ikke ophavsmannen uttrykkelig hadde forbudt det, og skjønt novellen av 1910 strøk kravet for musikk, blev det stående for litteraturens vedkommende. Å. lot det derimot helt falle som en levning fra de tider da ophavsretten ikke var jevngod med andre rettigheter. Man tillater jo ikke innbrudd fordi om eieren har forsømt å sette «tyveri forbudt» på døren, og heller ikke åndelige innbruddstyver bør kunne forsvare sig med at en slik plakate mangler. Et eneste undtak har regelen: aktuelle presseartikler om økonomiske, politiske eller religiøse spørsmål kan trykkes av i andre aviser, hvis eftertrykk ikke uttrykkelig er forbudt. (§ 9, pkt. 5). Dette undtaket har imidlertid sin særlige grunn, som vi senere skal forklare.

Det er ikke engang noen betingelse for beskyttelsen at åndsverket skal være offentliggjort. «*Rezitiert der Lyriker ein Gedicht einsam im Waldesfrieden für sich, und findet er einen Lauscher der es veröffentlicht, so begehrt derselbe Nachdruck.*» (D e r n b u r g.) Tvertom minker ophavsmannens rettsbeskyttelse i flere retninger efterat han har bestemt sig til å publisere verket. Offentliggjørelsen fjerner nemlig verket fra ophavsmannens personlighet, og samtidig får almenheten et visst krav på ikke å bli berøvet hvad den engang har fått del i.

¹ Noe annet er at anmeldelse og registrering kan være nyttig i andre retninger, for å kontrollere oplagens størrelse, tvangsavståelsen til biblioteker o. s. v. I så henseende har den franske lovgivning om *Depôt légal* adskillig interesse. Se bl. a. D. a. 1930 s. 59 og s. 80.

Derimot kan ikke åndsverket gjøre krav på beskyttelse før fra det øieblikk det er skapt, d. v. s. har fått en såvidt bestemt ytre form at det kan sies å eksistere som egen åndelig realitet.¹ At formen skal være endelig kreves derimot ikke; også skisser og utkast nyter ophavsrettsvern. Heller ikke er det noen betingelse at verket er fiksert på varig og holdbar måte, f. eks. gjennom skrift. Det gjør samme nytten om det bare er meddelt muntlig, ved oplesning i familiekretsen eller improvisasjon på pianoet. Om balletter og pantomimer sies det ganske visst i Bernkonvensjonens art. 2, at de bare beskyttes når *«la mise en scène est fixée par écrit ou autrement»*. I Å. finner man imidlertid ikke denne innskrenkningen igjen; man vilde ikke stille noe ekstravilkår for den stumme kunst. (Mot. Å. s. 26.)

Sålenge åndsverket befinner sig på undfangelsesstadiet, og ophavsmannen ennå tumler med idéer, planer og muligheter, blir det derimot ikke tale om ophavsrett. Hvis derfor en forfatter skisserer idéen til et drama, eller en musiker skildrer toneinnholdet i en påtenkt symfoni, er det ingen ophavsrettskrenkelse, om en gesjeftig tilhører benytter sig av hvad han har hørt for egen regning. Derimot vil slik mangel på delikatesse få sin moralske dom. Og som vi senere skal vise, er det mulig at ophavsmannen også har rettslige midler til å forsvare sig mot den, nemlig i reglene om utilbørlig konkurranse, eller i personlighetsretten.

II. 1. Ifølge Å. § 1 er det «ophavsmannen til et åndsverk» som har retten til å rå over det. Denne regel var noenlunde selvsagt. Og ophavsmannen er den som har foretatt det personlige skapende åndsarbeide som gir åndsverket dets preg.

Som oftest trer ophavsmannen offentlig frem og merker verket med sitt navn. Undertiden har han dog sine grunner til å la det være. Dette ønske respekterer loven, og gir anonyme og pseudonyme åndsverker samme rettsvern som andre.

2. «Som ophavsmann anses inntil annet bevises den hvis navn på vanlig måte er angitt på verket,» sier Å. § 6. I et fornuftig prosesssystem vilde vel denne regelen følge av sig selv, men loven har tatt den med, fordi Bernkonvensjonen for sikkerhets skyld uttaler den

¹ Jfr. Köhler s. 223: Vernet opstår *«mit dem Augenblick, wo das Werk sich in der Art verselbständig hat, dass es ausserhalb des Verfassers ein objektives Dasein erlangt»*, jfr. Riezler s. 214.

i art. 15. Også annet ledd i § 6 har Å. hentet fra konvensjonen, men dette har selvstendig betydning: «Er et åndsverk utgitt navnløst eller under dekknavn, anses forleggeren eller utgiveren for å være bemyndiget til å optre på ophavsmannens vegne, inntil denne har navngitt sig.» Den legale fullmakt som forleggeren har fått, rekkes som man ser meget langt. Den gir ham ikke bare rett til å forsvare ophavsretten, men også til å disponere over den ved overdragelse, tillatelse til oversettelse eller dramatisering o. s. v.¹ Men det sier sig selv at han kommer i ansvar, hvis han bruker fullmakten anderledes enn ophavsmannen har gitt ham lov til. Og når denne siste navngir sig offentlig, faller fullmakten bort.

3. Å skape et åndsverk er ingenlunde en rettshandel, skjønt Kohler i sin tid mente noe annet. Umyndige og sinnssyke kan derfor vinne ophavsrett akkurat som myndige og friske, men de kan regelmessig ikke disponere over retten på egen hånd. Juridiske personer kan vanskelig prestere den skapende virksomhet som er forutsetning for ophavsrett; om de allikevel er i stand til å erhverve sånn rett på opprinnelig vis, skal vi undersøke i IV.

4. I moderne privatrett er det som bekjent regelen at utlending og innlending har samme rettsbeskyttelse,² og like adgang til å erhverve privatrettslige rettigheter. Som foran nevnt er imidlertid åndsretten et undtak for såvidt. Den er i stor utstrekning forbeholdt landenes egne borgere, akkurat som den romerske civilretts velsignelser i oldtiden var de virkelige borgeres privilegium. For åndsverkenes vedkommende står dette i Å. § 31: «Denne lov kommer til anvendelse på alle verker av norske undersåtter, og på fremmede undersåtters verker som første gang utgis her i landet» — en regel som vi senere skal komme tilbake til.

5. En forskrift som strengt tatt ikke har noe med tilkomsten av retten å gjøre, men med rådigheten over den, gir siste ledd av Å. § 6: «Er ophavsmannen gift, har han alltid enerådigheten over sin ophavsrett, uten hensyn til den måte som formuesforholdet mellom ektefellene er ordnet på.»

Både når det er fullstendig særeie mellom ektefellene, og sånt

¹ I dette stykke går loven lenger enn f. eks. den franske lov, og lenger enn Bernkonvensjonen.

² Likeså kjent er det at somme land, f. eks. Tyskland, reagerer overfor denne rettstilstand på det ene punkt etter det annet.

felleseie som l. 20 mai 1927 bygger på, er bestemmelsen overflødig. Hvis derimot mannen styrer fellesboet etter l. 1888, kunde det spørres om han også har rett til å rå over hustruens åndsverker. Ifølge Mot. Å. s. 38 skulde «en riktig opfatning av ophavsrettens rettslige karakter» også her føre til at dette blev nektet ham. For å avskjære tvil har Å. dog sagt det uttrykkelig. At det pengeutbytte som retten kaster av sig følger de samme reglene som andre formuesgoder, sier sig selv.

III. Et åndsverk behøver ikke å være skapt av en enkelt ophavs- mann; det kan også være frukt av et s a m a r b e i d e mellom flere. Isåfall blir det naturligvis spørsmål hvor ophavsretten til verket skal være.

Først må man imidlertid skille ut de tilfelle hvor det visstnok har vært flere om arbeidet, men hvor det bare er e n e n k e l t som er den virkelige ophavsmann. Om en billedhugger bruker hjelpere til å grovhugge kunstverket, eller en forfatter har sekretærer som sanker sammen materialet og legger det tilrette, er det allikevel bare ham selv som er ophavsmannen. De andre gjør ganske visst nytte, men tar ikke del i selve det skapende åndsarbeide som verket står frem av. Det gjør heller ikke den kritikker som retter feil eller gir vink om arbeidets anlegg, og enda mindre stenografen som korrigerer et mangelfullt stenogram, eller korrekturleseren som plukker ut trykkfeilene. Men også det ekte samarbeide om et åndsverk, hvor alle deltagerne er virkelige ophavsmenn, kan i rettslig henseende arte sig temmelig forskjellig.

1. Det kan således være at de lager h v e r s i n d e l av verket, som så settes sammen rent mekanisk. A. skriver f. eks. teksten til en bok, mens B. derefter illustrerer den. Eller A. skriver første bind av en litteraturhistorie og B. det neste. Når sammenhengen er slik, faller rettsreglene av sig selv: Hver enkelt av medarbeiderne har ophavsretten til sin egen del, og ikke til de andres, mens spørsmålet om felles utgivelse må ordnes ved kontrakt. Noen særlig rettsregel om et sånt forhold har Å. derfor ikke.

2. En annen slags samarbeide består i at e n m a n n l e g g e r p l a n e n til et verk og trekker op innholdet i store linjer, mens han overlater til a n d r e å u t a r b e i d e e n k e l t h e t e n e. Såsant som det skapende og originale likesåvel kan bestå i planleggelsen og opbyggingen som i utførelsen, er det ikke bare medarbeiderne

som her er ophavsmenn, men også lederen.¹ Etter det tyske *Sammelwerke* taler man på norsk ofte om «samlerverker» i slike fall. Som eksempler kan nevnes konversasjonsleksika, festskrifter, antologier o. s. v.

Hvis loven ikke hadde sagt noe, vilde ophavsretten til disse verkene ha stillet sig sånn, at de enkelte medarbeidere fikk ophavsretten til hver sin del. Men dernest måtte også lederen ha ophavsrett, når hans arbeide har vært skapende og personlig, og gjenstanden for denne ophavsrett kunde ikke være annet enn verket som helhet. Men da hans innsats i dette ikke kan løses ut fra de enkelte deler som verket består av, blir lederens og medarbeidernes ophavsrett bundet uløselig sammen, og deres utøvelse a v h e n g i g a v h v e r a n d r e: Hvis utenforstående offentliggjør verket, krenkes både medarbeidernes og lederens ophavsrett. Derimot kan ingen av dem offentliggjøre hele arbeidet uten samtykke fra de andre, fordi den enes ophavsrett lammer de andres. Den knute som skapes ved at gjenstandene for de forskjellige ophavsrettigheter er filtret inn i hverandre, kan bare løses ved avtale. Slik avtale vil også alltid være truffet, uttrykkelig eller stilltiende — hvis da ikke «føreren» på egen hånd har plukket sammen beskyttede åndsverker og formet dem til et hele.

Denne ordningen som «sakens natur» tilsier, er nettop den som Å. gir uttrykk for i § 7: «Utgivere av aviser, tidsskrifter og andre verker som består av selvstendige bidrag fra forskjellige medarbeidere, har ophavsretten til det samlede verk, mens medarbeiderne har ophavsretten til sine enkelte bidrag.» Det er altså en ren *ex tuto*-bestemmelse vi har for oss,² og dette må man huske på under tolkningen. Det sies således bare at utgiveren har ophavsrett, når enkeltbidragene skriver sig fra forskjellige medarbeidere; men selvsagt kan vilkårene for hans ophavsrett også være tilstede, om det bare er en enkelt forfatters verker utvalget er gjort av. Og like sikkert er det at utgiveren får ophavsrett selv om alle bidragene er fri, så det ikke blir tale om noen sånn rett for medarbeiderne. På den annen side er det her som ellers vilkåret for ophavsretten, at det

¹ At den som bestiller et kunstverk ikke er medarbeider er klart, selv om han samtidig har angitt sujettet. Se en dom i U. f. R. 1925 s. 206.

² Det samme sier G o l d b a u m (s. 28) om den tilsvarende bestemmelsen i den tyske lov.

virkelig ligger et personlig åndsarbeide bak helheten, og at delene ikke bare er satt mekanisk sammen (Mot. Å. s. 38).¹ Har man dette for øie, kan man heller ikke tvile på at «utgiveren» betyr den som har planlagt og ledet utarbeidelsen, og ikke de som bærer den økonomiske risiko, altså bladeieren eller forleggeren. Dette hindrer naturligvis ikke at kontrakten med redaktøren gjerne fører ophavsretten over til dem, helt eller delvis.

Av hvad art samlerverket må være sier loven intet om. En hvilkensomhelst kombinasjon av åndsverker kan i og for sig komme i betraktning. Således er det ikke utenkelig at en tonfilm kan presentere sig i denne skikkelsen. Det vanlige er dog at der bak denne ligger en tredje slags «samarbeide», som vi nu går over til.

3. Ved denne siste form for samarbeide² er det overhodet ikke mulig å si hvad det skyldes den ene og hvad den annen, så intimt har det gått for sig. «De enkelte bidrag lar sig ikke skille ut fra hverandre», som Å. § 8 uttrykker det. Mens det samarbeide vi først talte om kan sammenlignes med en mekanisk blanding, inngår bidragene her snarere en kjemisk forbindelse med hverandre. Et godt eksempel på sånt samarbeide er når to forfattere reiser på landet sammen og lager et lystspill under gjensidig inspirasjon og stimulans.

Av gode grunner blir det her ikke tale om ophavsrett til de enkelte bidrag, men bare om ophavsretten til hele verket. Og om den bestemmer Å. § 8, at når det dreier sig om å offentliggjøre verket for første gang, eller på annen måte eller i annen form enn tidligere, må alle medarbeiderne gi sitt samtykke. Dette er nemlig så alvorlig en sak for hver eneste ophavsmann, at han ikke bør kunne tvinges til det mot sin vilje, selv om han derved hindrer de andre i å tre offentlig frem med verket. Hvis offentliggjørelse derimot alt har funnet sted, og det bare er tale om å gi ut verket påny på samme måten, kan hver enkelt av dem gjøre krav på dette.

Regelen om at ophavsmennene ellers må være enige er dog ikke

¹ For avisers vedkommende vil det være forholdsvis sjelden at dette kravet er skjedd fyllest.

² På en måte er det også en form for samarbeide at en enkelt ophavsmann først skaper verket, og så en annen bearbeider det. Denne slags «samarbeide» behandler vi imidlertid i en egen paragraf (§ 10).

så farlig som den ser ut til. Samtykke er nemlig ikke nødvendig, «når det uttrykkelig eller stilltiende er gitt på forhånd». Og nesten i alle avtaler om samarbeide vil det iallfall «stilltiende» være forutsatt at verket skal publiseres når det er ferdig.¹

4. Alt dette er enkelt og greit. Vanskeligheten ligger bare i å avgjøre når samarbeidet er en slik mekanisk blanding som forutsatt under 1, og når det er en virkelig kjemisk forbindelse som faller inn under Å. § 8. Når to revyforfattere sitter sammen ved et glass, og den ene vitsen tar den annen og pointene til slutt nesten kommer av sig selv, er det naturligvis klart at den enes bidrag «ikke lar sig skille ut» fra den annens. Omvendt er det sikkert at dette kan gjøres, når en maler illustrerer en bok som alt lenge har foreligget i trykken. Men hvad skal man si, når en lyrisk dikter og en tonekunstner lager en opera sammen?

Vår gamle forfatterlov mente at man i sånne tilfelle kunde skille bidragene ad, og gav følgelig både tekstforfatteren og komponisten rett til å offentliggjøre sine bidrag på egen hånd (§ 7). Slik ser også den tyske loven på forholdet,² mens man i Frankrike holder sterkt på at tekst og musikk er en enhet, så ingen av dem kan offentliggjøres særskilt uten at begge ophavsmennene er enige. Etter Å. avhenger løsningen av hvordan samarbeidet faktisk har gått for sig. Regelmessig vil vel en nøktern betraktning føre til at komponistens bidrag kan skilles ut fra forfatterens. Men det kan nok også forekomme at «de to ophavsmenn har virket så inspirerende og gjensidig befruktende på hverandre, at man må si at forfatteren direkte er delaktig i musikken og tonekunstneren i teksten» (Mot. Å. s. 41). Og da blir resultatet at operaen eller operetten også hos oss blir betraktet som en enhet, og bedømt etter Å. § 8.

5. En særlig omtale fortjener det samarbeide som ligger bak en film, og kanskje også bak visse teaterforestillinger, utstysrevyer o. l. Hvordan ophavsrettsforholdet til film egentlig arter sig, har

¹ Det skal imidlertid ikke så meget til, for en medarbeider kan hevde at forutsetningene for hans samtykke er falt bort, fordi verket er mislykket. Helt vilkårlig rett til å ombestemme sig har han derimot ikke.

² Dens § 28 bestemmer forøvrig at komponisten kan gi samtykke til opførelse av operaen — altså inklusive teksten — uten å spørre forfatteren. Denne vurdering av operatekster er dog nu forlatt, jfr. K o h l e r s. 288, G o l d b a u m s. 13.

vært livlig diskutert i de senere år, såvel fra teoretiske som fra praktiske synspunkter. Det er dem som mener at den gamle forestillingen om at et verk alltid har en individuell ophavsmann ikke stemmer når det gjelder filmen, og at det heller ikke hjelper å henwise til at farskapet er delt mellom en hel rekke medarbeidere, som alle har ydet sin selvstendige skjerv, og som derfor har krav på sin ideelle part av ophavsretten til det ferdige åndsverk, filmen. Disse rent individualistiske forestillinger slår — sies det — klikk, når man står overfor det kjempemessige apparat som en moderne storfilm er. Det er ikke tekstforfatteren, komponisten, regissøren, instruktøren, skuespillerne etc. etc. der gir sine individuelle bidrag som så lappes sammen. Hver av dem går med sin person og sitt arbeide op i en høiere kollektiv enhet, hvis arbeide filmen tilslutt springer frem av. Og den virkelige ophavsmann kan da ikke være annen enn *bedriften selv*, som juridisk person, og som teknisk og økonomisk produksjonsenhet.

I praktisk henseende motiveres dette resultat ved at en annen ordning er ubrukelig. Skulde hver eneste av medarbeiderne ha en egen ophavsrett som de kan rå over efter reglene om samarbeide, vilde resultatet bli at utnyttelsen av filmen blev lammet. Gjennom kontrakter med forfatter, komponist etc. kan naturligvis rettighetene gå over til selskapet, men dette er tungvint og undertiden umulig, f. eks. når komponisten på forhånd har overdradd opførelsesretten til en «Tonø»-sammenslutning. Som filmen selv er en enhet, må også ophavsretten samles på et enkelt sted, og det må bli hos bedriften, som er filmens produsent. I Polen (art. 10) er dette slått uttrykkelig fast. Men ellers er det særlig i Tyskland disse tankene har vunnet gehør. Der har de også fått uttrykk i det nazistiske utkast til Å. som sier i § 3: «*Als Urheber eines gewerbmässig hergestellten Filmkunstwerkes gilt der Hersteller, auch wenn dieser eine juristische Person ist.*»¹ Og den nye østerrikske lovens § 38 bestemmer i realiteten det samme, idet de ideelle elementene i ophavsretten dog er medarbeiderne forbeholdt.

Jeg vil ikke påstå at det ikke kan være noe i dette resonne-

¹ Under *l'ancien régime* gjorde bl. a. Goldbaum (s. 20) sig til talsmann for en lignende opfatning, jfr. også Erlanger i GRUR. 1930 s. 391. I Ufita. for de par siste årene finnes en rekke artikler med samme tendens. Jeg nevner i fleng Kopsch i 1936 s. 110 og Ruszkowski l. c. s. 168.

mentet, og mener spesielt ikke at man kan drepe det ved å pukke på at en juridisk person er «begrepsmessig» utelukket fra ophavsrett, fordi det bare er fysiske mennesker som kan frembringe åndsverker.¹ Derimot er det nok en overdrivelse at en annen ordning er praktisk umulig. Iallfall er det sikkert at Å. ikke er av denne mening. Siden den ikke gir noen særregel om ophavsretten til film, får de vanlige reglene om samarbeide anvendelse: Alle som gir sånne bidrag til filmen at de fyller kravene til åndsverker, har andel i ophavsretten i overensstemmelse med Å. § 8, idet den enkeltes bidrag ikke lar sig skille ut fra de andre. Som en av medarbeiderne står også lederen av innspillingen og kanskje også av bedriften, hvis han har grepet aktivt inn i planleggelsen eller i utførelsen. Når ikke disse reglene fører til fullstendig anarki, kommer det av at de forskjellige medarbeidene alltid p r. k o n t r a k t er forpliktet til å føre sine rettigheter over på selskapet (se herom under IV). Men denne retten går naturligvis ikke lenger enn kontrakten sier. Hvis derfor en komponist som har overdradd «Tono» alle sine utførelsesrettigheter, samtykker i at hans musikk blir anvendt i en tonfilm, kan filmselskapet mangfoldiggjøre filmen så ofte de vil i kraft av dette samtykke. Men vil de føre den frem offentlig, må de ha «Tonos» tillatelse.²

IV. Ved alle åndsprestasjoner er det et viktig spørsmål, hvem som skal ha ophavsretten til de verker som blir frembragt i a n d r e s t j e n e s t e. I patentretten er ordningen av retten til funksjonær-opfinnelser likefrem et kjernepunkt, så praktiske er de. Men også når det gjelder åndsverkene har spørsmålet adskillig betydning. Journalister, tegnere i aviser eller reklamebyråer, kunstnere som lager modeller og mønstre i fabrikker, medarbeidere i leksika og film o. s. v. berøres alle av det.

Som utgangspunkt må det betones at det — i motsetning til hvad det har vært hevdet i patentretten — ikke kan være tvil om at det er funksjonæren og ikke arbeidsherren som i Å.'s øine er op-

¹ Et lignende spørsmål dukker op i patentretten i forbindelse med funksjonær-opfinnelsene.

² En eiendommelig beskyttelse for film har man i Spania (l. 26 juli 1929). Her har de sitt eget kapitel i loven om den i n d u s t r i e l l e eiendomsrett, og beskyttes gjennom registrering i perioder på 5 år, ved siden av det vern som forfatterlovgivningen gir. (D. a. 1933 s. 13.)

havsmannen. Det er følgelig ham og ikke bedriften som erhverver ophavsretten i første hånd, og skal den allikevel gå over på bedriften, blir det på kontraktsmessig vei, idet spesiell avtale eller selve arbeidsforholdet gir hjemmel for dette.¹ Slike avtaler er det også full adgang til, som vi senere skal se. Det må bare gjøres det forbehold, at «ærbarmheten» undertiden står i veien for at en mann binder sig til å la andre få retten til de åndsverker han lager i fremtiden. Men da må verkene ha temmelig fremragende kvalitet, og avtalen må også gjelde for meget lang tid (jfr. nedenfor i § 12 og § 60).

Men når feltet forøvrig er fritt, og avtalen nettop går ut på at funksjonæren skal lage åndsverker, er det klart at prinsipalen får rett over dem i kraft av tjenesteforholdet. Hvor langt denne retten går, kan det dog ofte være vanskelig å si. Synspunktet må være at prinsipalen vinner den rett over åndsverket som er nødvendig og rimelig, hvis arbeidsavtalen skal nå sitt formål, men heller ikke mere. En avis må derfor ha rett til å trykke op sin journalists eller sin tegners arbeider så ofte den vil, men får ikke rett til å selge dem til andre,² eller til å gi dem ut i bokform eller som mappe. Et reklamebyrå har på samme måten rett til å bruke sine folks idéer og tegninger til hvem av kundene de vil, og formodentlig også til å selge dem til andre byråer. Et filmselskap har antagelig temmelig fullstendig rett over de enkelte medarbeideres bidrag.

Hvad angår retten til de originaltegninger, manuskripter m. v. som funksjonæren leverer, er det også her arbeidsavtalens ord og tankegang som må bli avgjørende. I samnhøve med hvad det gjelder om annen overgang av ophavsrett, må utgangspunktet være at når det bare er reproduksjonsretten som arbeidsherren har interesse av, forblir eiendomsretten til originalen hos kunstneren. Således antok en HRD. i Rt. 1919 s. 669, at redaksjonen av et vittighetsblad ikke hadde eiendomsretten til de originaltegninger som en medarbeider hadde levert, bare retten til å gjengi dem i bladet. Men dreier det sig

¹ Å. § 18 forutsetter ganske visst at det kan tenkes «verker som en juridisk person har den opprinnelige ophavsrett til». Det må dog bli rent undtaksvis at det blir plass for denne bestemmelsen. Vesentlig når det gjelder arbeider hvis karakter av individuelle åndsverker er utvisket, og hvor det — som ved det parallelle spørsmål ved funksjonærøppinnelsene — ikke kan pekes ut noen enkelt av bedriftens folk som har prestert egentlig ophavsrettslig innsats fremfor de øvrige.

² Hvis hele avisen går inn i en annen, kan saken stå anderledes.

om en tegner som er ansatt i et reklamebyrå, der er interessert i å ha reklametegningene i sitt arkiv for å kunne bruke dem ved gitt anledning, kan forholdet lett stille sig anderledes.

All den rett som ikke går over på arbeidsherren i kraft av arbeidsavtalen, beholder funksjonæren. Men det er tenkelig at han ikke kan nytte den som han vil, av hensyn til arbeidskontrakten. Ophavsmannen må således aldri bruke åndsverker som er frembragt i tjenesten til å konkurrere med sin prinsipal. Her kan der opstå vanskelige grensespørsmål, f. eks. når det gjelder å avgjøre om en medarbeider i en avis, et tidsskrift eller et «samlerverk» har rett til å trykke sine artikler annetsteds, eller gi dem ut i bokform.¹

Et særlig spørsmål er det hvordan det går med ophavsmannens ideelle rett i verket, særlig med retten til å motsette sig forandringer, og til å få sitt navn nevnt. Det må avgjøres efter de reglene som gjelder om den ideelle rett ved annen slags overdragelse, dog under tilbørlig hensyn til arbeidskontrakten og forholdenes særlige natur. Å gå inn på dette før selve reglene om den ideelle rett er fremstillet, lar sig dog ikke gjøre.

§ 8.

Hvad består ophavsretten i?

I. 1. Som andre rettigheter må naturligvis også ophavsretten formes efter de interesser og behov som den skal tjene. Altså både med tanke på å gi ophavsmannen våben til å forsvare verket mot vandalisering, og på å sikre ham adgang til å høste økonomisk vederlag for det arbeide det har kostet ham. Enkelte lover søker å dekke disse behov ved å definere ophavsrettens innhold så abstrakt og vidtgående som overhodet mulig, f. eks. den polske, som bestemmer at *«l'auteur dispose de son œuvre exclusivement et à tous égards»* (art. 12).

¹ Den tyske forlagslovs § 41 gir nokså inngående regler om forholdet. Om journalistenes rett til sine arbeider foreslår Bernbyrået å ta inn følgende nye artikkel i Bernkonvensjonen: *«Sauf stipulation contraire, l'auteur d'une œuvre publiée dans un journal ou un recueil périodique conserve le droit de la faire reproduire et de l'exploiter sous quelque forme que ce soit, pourvu que cette exploitation ne soit pas de nature à faire de la concurrence à ce périodique.»* (Art. 9 bis.)

Hvis en slik bestemmelse blev tatt på ordet, vilde den imidlertid, som K o h l e r sier (s. 171), være en uhyrlighet, idet den *«würde die menschlichen Verhältnisse knechten, und die Freiheit der Persönlichkeit zerstören»*. Dikteren kunde isåfall kreve at ingen kalte hans dikt frem igjen i erindringen, og maleren at erindringsbilledet av hans maleri blev visket ut. Men selv om man ikke går så langt, men — som den italienske loven — nøier sig med å gi ophavsmannen rett til å dra økonomisk utbytte av verket, blir ophavsrettens innhold for diffust.¹ En nærmere presisering av hvad retten går ut på må der til.

For å vinne grunnlag for denne, må man ta utgangspunkt i en kjensgjerning som vi flere ganger har vært inne på, nemlig at åndsverker bare kan utnyttes ved å meddeles til andre, som derved får adgang til å bli kjent med verkets tanke- eller stemningsinnhold. Hvis ophavsmannen derfor får eneretten til å gjøre dette, har han fått så full en ophavsrett som han overhodet kan forlange. Ikke alene skjerner eneretten de ideelle interesser i verket, men den åpner også anledning til økonomisk gevinst, fordi folk er villig til å betale for å få del i de åndsverdier som ophavsmannen sitter med nøkkelen til.

Men om eneretten er den fulleste form for ophavsrett, er den ikke den eneste. Også når han får en avgift hver gang verket blir forelagt almenheten, får ophavsmannen en rettighet som ikke er å forakte. Det kan gjøres i mange former, men som et fellesnavn på dem alle kan *tantième-systemet* tjene. Historisk er dette system ganske visst yngre enn enerettstanken, som er like gammel som ophavsretten selv. Men det er vilkårlig og doktrinært, når enkelte holder eneretten for den eneste form for virkelig ophavsrett. Den beskyttelse som ophavsmannen vinner gjennom et *tantième-system* er dog ikke så effektiv som den eneretten byr ham. Økonomisk sett kan nok systemet formes slik at ophavsmannen holdes fullt skadesløs, men det gir ikke de personlige og ideelle interesser det vern som eneretten gjør. Gjennom forbud mot forvanskning, mot å stryke ophavsmannens navn etc. kan dog også her utrettes adskillig.

Efter øieblikkets positive rett, både hos oss og annetsteds, er

¹ Jfr. Dernburg s. 57, Stolfi s. 319, Elster i Ufita. 1931 s. 228, 240 o. fl. st.

det imidlertid eneretten som er den normale, eller om man vil den adekvate form for ophavsretten. For Å.'s vedkommende skyldes dette ikke bare historiske grunner; den mener også prinsipielt at eneretten fremdeles forsvarer sin plass og gir riktig uttrykk for ophavsmennenes berettigede krav. Bare når særlige grunner tilsier det, lar loven tantièmesystemet komme til orde, og bestemmelsene herom former sig derfor som innskrenkninger i den enerett som loven går ut fra.

2. En viktig prinsipiell begrensning må eneretten imidlertid tåle: Det er bare den offentlige meddelelse som ophavsmannen har enerett til, ikke den som skjer innenfor hjemmets fire vegger, eller idethele innenfor privatlivet. Grunnen til dette er dels uviljen mot å bryte inn i privatlivets fred, og erkjennelsen av at selv rettens arm her ofte er for kort. Dels kommer det av at privat gjengivelse av åndsverket i virkeligheten ikke skader ophavsmannen synderlig, idet den gjerne mangler det moment av erhvervs-hensikt og konkurranse som han har rimelig krav på å være beskyttet mot. Grunnsetningen om at privat bruk og tilegnelse faller utenfor rettighetshaverens enerett er et gjennomgående trekk i hele åndsretten, og et interessant symptom på det *wettbewerbliche* preg som den har over hele linjen, skjønt mere eller mindre utpreget.

Dette at privat bruk av åndsverkene faller utenfor eneretten, er etter Å. en del av ophavsrettens prinsipielle struktur, ikke en innskrenkning eller begrensning av retten.¹ Det fremgår av selve den definisjon av ophavsretten som loven begynner med: Det er

¹ Jeg legger forøvrig liten vekt på om man ser saken på denne måten, eller beskriver ophavsretten som en almindelig enerett til å meddele åndsverket til andre, men begrenset av regelen om at privat gjengivelse er tillatt. Særlig tror jeg ikke at en lovs teknikk i så måte er avgjørende for hvem der har bevisbyrden for om bruken har den ene eller den annen karakter. Anderledes *Vinding Kruse*: «Ejendomsretsspørgsmaal» s. 45 og *Kopsch i Ufita*. 1935 s. 131, i forbindelse med det nazistiske lovutkastet.

Selv om man holder det for å ligge i ophavsrettens prinsipp at den ikke gjelder privat bruk, er det imidlertid ikke noe i veien for å lempe på regelen, når den private bruk har sann karakter at den naturlig bør falle inn under eneretten. I Å. § 4 har man eksempler på dette ved kopiering av tekniske tegninger og ved bygging av private hus. Men det er mulig at eksemplene burde forfleres, f. eks. hvis det blev almindelig å ta op kringkastet musikk på private grammofonplater. Se *Hurwitz i U. f. R.* 1933 B s. 361 ff.

bare til å gjøre verket «tilgjengelig for offentligheten», ophavsmannen har enerett. Slik oppfatter også de fleste fremmede lover forholdet, og gjennomgående også teorien.

3. Når en ophavsmann ønsker å tre frem for offentligheten med sitt verk, er det imidlertid to måter han kan gå frem på: Enten kan han meddele dets tanke- eller toneinnhold direkte, gjennom konserter, teaterforestillinger eller lignende. Eller han kan som det heter mangfoldiggjøre verket, og spre eksemplarene blandt publikum. En bok, et maleri eller et notehfte er således eksemplarer av åndsverket, og det samme er en grammofonplate eller negativet til en film; forskjellen mellom dem er bare at det kreves forskjellige tekniske eller mekaniske hjelpemidler for å gjøre åndsverket levende.

Selve mangfoldiggjørelsen er imidlertid ingen offentliggjørelse av verket; den kan godt skje i privatlivets dypeste fred. Og hvis loven derfor hadde latt det bero med å gi ophavsmannen enerett til offentliggjørelse, vilde det ikke ha vært noe i veien for at uvedkommende trykte op hans bok. I høiden kunde dette være forsøk på — eller rettere en forberedende handling til — en krenkelse av ophavsretten. I likhet med alle andre ophavsrettslover ser Å. imidlertid anderledes på saken. Den tar retten til mangfoldiggjørelse med i selve ophavsretten, og gir følgelig ophavsmannen enerett også til denne. Dette er tildels en innrømmelse til den historiske utvikling: ophavsretten har jo utviklet sig av forleggernes trykkeprivilegier, som nettop hadde front mot ettertrykket, og også i nutiden er det mange som ser eneretten til mangfoldiggjørelse som kjernen i ophavsretten.¹ Men også gode praktiske grunner taler for å trekke reproduksjonsadgangen inn i selve ophavsretten. For ganske visst er ettertrykket uskadelig, så lenge de eftergjorte eksemplarer ikke er kommet lenger enn til kjelleren; men chansen for at de blir liggende der er ikke stor, og det vilde være et altfor lett skalkeskjul for lyssky trafikk, om en eftertrykker skulde gå fri ved å forklare at noen offentliggjørelse hadde han da slett ikke tenkt på.

Som en naturlig følge av at ophavsmannen har enerett til mangfoldiggjørelse bestemmer § 20 videre, at man heller ikke har lov til

¹ Et talende vidnesbyrd om dette er sprogbruken i England, hvor all ophavsrett kalles for *copyright*, kort og godt.

å i n n f ø r e beskyttede åndsverker hit til landet, dersom hensikten er å utbre dem, og de er mangfoldiggjort uten lov.

4. Når eneretten i prinsippet er innskrenket til offentliggjørelsen av åndsverkene, blir det en viktig oppgave å avgjøre hvad det ligger i dette. Noen forklaring av hvad det menes med offentlig og offentliggjørelse gir Å. ikke. Motsetningen må imidlertid være den «private bruk» som loven taler om i § 4, og ved å ta utgangspunkt i denne faller det ganske godt lys over spørsmålet. Hvis gjengivelsen av et åndsverk skal ha privat karakter, må den nemlig skje innenfor den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskaps- eller omgangsbånd skaper. Det som faller utenfor denne krets er efter lovens mening skjedd offentlig, enten alle og enhver har hatt adgang til gjengivelsen, eller en begrenset forsamling som ikke er valgt ut med private og personlige forhold for øie.

På ytterpunktene er forskjellen klar nok: En sanger foredrar en sang ved en offentlig konsert, mens en annen synger den for sin familie eller i et aftenselskap. Om sangeren får betaling eller ikke, er i prinsippet likegyldig. Heller ikke spiller det noen rolle om hans publikum betaler for å høre sangen eller nyter den gratis.¹ Men at fremførelsen skjer i erhvervsøiemed vil alltid ha stor symptomatisk betydning. Fremførelse av musikk i kaféer, teatre eller stormagasiner for å underholde kundene, er således ubetinget offentlig,² og det samme gjelder om hoteller og kursteder, selv om det bare er de faste gjestene som har adgang til konserten. Om selve tilegnelsen skjer hjemme i stuen, sånn som ved kringkasting, er det allikevel en offentliggjørelse som foretas, når det nettop er tanken å nå flest mulig med den. Omvendt er det ikke offentlig fremførelse når en sanger øver sig for åpne vinduer, selv om det danner sig en anselig folkeforsamling utenfor. Men hvis dette nettop er hensikten, står saken igjen anderledes; således når en butikk installerer høttaler i sitt utstillingsvindu for å få folk til å stanse og se på varene. Når åndsverker blir fremført i klubber og foreninger av noenlunde sluttet

¹ Ved private tilstelninger er det dog et sjeldent undtak at der optas kollekt blandt gjestene, for å dekke utgiftene til kunstnerisk underholdning.

² I Frankrike er det slått fast at man må ha samtykke fra komponisten for å glede kundene i en skobutikk med hans musikk. (D. a. 1933 s. 70.) Derimot har en dansk H R D. i U. f. R. 1932 s. 1010 rett i, at det ikke er offentliggjørelse når en radioforretning spiller musikk forat kundene kan prøve apparatene.

karakter, kan saken være tvilsom nok. Vilkårene for optagelse, antallet av medlemmer, møtenes mere eller mindre «familiære» karakter, er momenter som her får betydning, likesom det i tvilstilfelle må legges vekt på om sammenslutningen har erhvervsmessig formål eller ikke. Efter Å.'s ånd og hensikt vil det være riktig å trekke grensen for private fremførelser temmelig trangt.¹

Om privat mangfoldiggjørelse av åndsverker gir Å. § 4 følgende regel: «Når det ikke skjer i erhvervsøiemed, kan enhver til privat bruk gjengi eller eftergjøre de i § 2 nevnte verker» — dog med undtak av tekniske tegninger som kopieres til praktisk bruk, eller hus som bygges efter. Også eneretten til mangfoldiggjørelse, som efter § 1 tilsynelatende var absolutt, må altså finne sig i å begrenses når det er privat bruk det gjelder. Men forat ikke dette skal bli farlig for ophavsmannen og skaffe ham virkelig konkurranse på halsen, setter loven som betingelse at det ikke må skje i erhvervsøiemed. Man har således lov til å kopiere et maleri og henge det på veggen eller gi det bort, men ikke til å etablere sig som profesjonell eftermaler, og ta imot bestillinger. Heller ikke til å ta kopier som er bestemt for en krets der ikke kan kalles privat, slik som dette foran er utviklet. En skolebestyrer kan således ikke mangfoldiggjøre beskyttede lærebøker til bruk for sine elever, og en dirigent ikke ta avskrift av noter og dele dem ut til orkestret, hvis musikken skal spilles offentlig.

5. Også en annen almindelig begrensning må ophavsretten finne sig i, skjønt Å. ikke gir uttrykkelig hjemmel for den: Gjengivelse av åndsverker i form av karikaturer og parodier er ikke noe inngrep i ophavsmannens enerett. Det er såvidt jeg vet alle forfattere enig om, og jeg kjenner intet land hvor domstolene har tatt et annet standpunkt.

Forklaringen til dette er at slike gjengivelser ikke har til hensikt å tilegne sig de økonomiske fruktene av ophavsmannens arbeide

¹ Kan alle og enhver bli medlem bare man betaler aftenens inngangspenger, er forholdet derimot klart, selv om man aldri så meget kaller sig for en «privat bokseklubb» eller lignende. — En dansk L R D. i U. f. R. 1935 s. 834 er efter min mening problematisk. Der anså man musikk for å være fremført privat, skjønt det skjedde på en tilstelning som var arrangert av 3 forskjellige foreninger, hvis medlemmer med hustruer var tilstede, foruten enkelte utenforstående, til sammen 216 personer.

eller å stjele hans kunstneriske laurbær. Det er for å gjøre narr av ham og hans verk at gjengivelsen skjer, og det ligger ikke i ophavsrettens tanke å verge dem mot dette.

II. Innenfor den ramme som således er trukket melder det sig imidlertid et nytt spørsmål, hvis besvarelse setter preg på hele ophavsretten. Skal ophavsmannen ha enerett til all offentliggjørelse og mangfoldiggjørelse av verket, eller er det bare særlige former for dette som loven forbeholder ham?

1. Som nevnt foran i § 3 var det nesten overalt denne siste veien lovene opprinnelig slo inn på. Først fikk forfatterne enerett til å mangfoldiggjøre sine verker i trykken; derefter blev opførelsesretten anerkjent for dramaer og musikkverker, og langt om lenge også eneretten til oplesning. De bildende kunstnere fikk som regel først enerett til raderinger og kobberstikk, mens eneretten til å kopiere originale malerier eller skulpturarbeider er av nyere dato. Særlig sterk kamp har det like til det siste stått om retten til oversettelser, og idethele om retten til å gjengi verket i bearbeidet skikkelse, eller overført fra en litterær eller kunstnerisk form til en annen. Også i våre dager er det flere land som holder fast ved at ophavsmannen bare har eneretten til de offentliggjørelsesmåter som uttrykkelig er regnet op. Men registret over disse er de fleste steder så rikholdig at spranget til en almindelig enerett ikke er langt. Efter mønster av den franske forfatterlov av 1793 og Belgias av 1886 har de fleste moderne ophavsrettslover også våget spranget, blandt dem den norske Å. av 1930.¹

Ifølge Mot. Å. s. 18—19 gir opregningsmetoden ganske visst et interessant billede av den utvikling ophavsretten har gjennomgått; dens enkelte stadier har nemlig bunnfelt sig i de paragrafer som regner op hvad ophavsmannen har enerett til. Som uttrykk for ophavsrettens stilling nuomstunder er metoden imidlertid uheldig. Prinsipielt sett gir den «et feilaktig inntrykk av rettens karakter, og leder tanken hen på at det fremdeles er positive og vilkårlig anstrøkne innrømmelser fra lovgiveren vi står overfor. Likeså litt som den fysiske eiendomsrett vilde få et riktig legislativt uttrykk ved at man regnet op alt det som eieren, og han alene, hadde rett til å foreta sig med sin ting, likeså litt bør dette skje med forfatterens

¹ Danmark gjorde det samme i 1933, idet man føiet til ordet «saasom» i lovens § 1, for å vise at opregningen ikke skulde være uttømmende.

og kunstnerens rett». Så langt fra å bryte med den historiske utvikling, måtte en almindelig formet ophavsrett anses som dens naturlige sluttsten og logiske konsekvens. Og også praktisk hadde en sånn ordning avgjørende fordeler: Efter opregningsmetoden faller nye måter for mangfoldiggjørelse eller offentliggjørelse alltid utenfor ophavsretten. Fra den siste tid er det nok å minne om oppfinnelser som grammofon, film og radio. Følgen av dette blir at «loven ustanselig kommer til å distanseres av den fremadskridende utvikling, istedenfor å være på høiden av denne. Og ofret for lovgivningens klossete og utilstrekkelige form blir uvegerlig forfatteren og kunstneren, som i beste fall blir uten beskyttelse i den tid det tar inntil lovgiveren har opdaget det nye fenomen, og flikket på sine gamle regler for å kunne beherske det».

Riktignok kan det også ha sin betenkelighet at ophavsretten er almindelig, så nye former for mangfoldiggjørelse og offentliggjørelse av sig selv faller inn under den. Det er nemlig mulig at de nye meddelelsesmidler har så stor social betydning at det er nødvendig å lempe på den vanlige ophavsrettsregel. Men skulde et sånt tilfelle forekomme, er det allikevel mere praktisk å foreta tilpasningen etterpå, enn at man ved hvert nytt fremskritt i reproduksjonsteknikk må ta loven op til revisjon. Som regel stiller interesseavveilingen mellom ophavsmann og almenheten sig nemlig på samme måten, enten det er det ene eller annet gjengivelsesmiddel det er tale om.

Resultatet av disse overveielser er blitt at både eneretten til mangfoldiggjørelse og eneretten til selve offentliggjørelsen er helt almindelig beskrevet i lovens § 1. Ophavsmannen får her «enerett til å rå over sitt verk ved å mangfoldiggjøre det i hvilken som helst skikkelse, og på hvilken som helst måte gjøre det tilgjengelig for offentligheten».

2. Måten mangfoldiggjørelsen skjer på er altså likegyldig, bare den resulterer i et eksemplar av verket. Trykning og avskrift av bøker eller noter, kopiering med hånden eller ettertrykk av et maleri, fiksering av et drama på film, overføring av musikk til grammofon, fremstilling av bruksgjenstander efter et kunstnerisk forbillede, kopiering av karter, nedtegning av muntlige foredrag — alt dette faller inn under ophavsmannens enerett. Om verket gjengis i mange eksemplarer eller bare i et eneste, spiller ingen rolle.

Også når verket blir meddelt offentligheten direkte, uten å

formidles gjennom fysiske eksemplarer, er det likegyldig i hvilken form det skjer. Eneretten omfatter således oplesning av litteratur, fremførelse av musikk på konsert, opførelse av film, teaterstykker og operaer, utstilling av malerier, fremvisning av lysbilleder, kringkasting av ord, musikk eller bilder — overhodet all den offentlige meddelelse som nevnes kan. I alle tilfelle er det i prinsippet betydningsløst om det er hele verket eller bare en del av det som blir offentliggjort uten ophavsmannens samtykke.¹ Og retten krenkes like godt, enten offentliggjørelsen skjer for å tjene penger eller i filantropisk øiemed.

I enkelte fremmede lover, f. eks. i den tyske, nevnes det som et særlig utslag av ophavsretten at ophavsmannen har eneretten til «*das Werk gewerbmässig zu verbreiten*». Ophavsretten krenkes m.a.o. ikke bare når verket mangfoldiggjøres ulovlig, men også når slike ulovlige eksemplarer blir solgt, leiet ut, og formodentlig også stillet ut offentlig i erhvervsøiemed. Slik som Å. er formet, var det ikke nødvendig å si dette uttrykkelig. Alt det som nettopp blev nevnt gjør nemlig utvilsomt verket «tilgjengelig for offentligheten», og er derfor et nytt brudd på ophavsretten ved siden av den ulovlige mangfoldiggjørelsen. Når lovens § 20 retter en særlig straffetrusel mot den som «forhandler, utleier, utlåner eller på annen måte utbrer eksemplarer av et i strid med denne lov mangfoldiggjort eller innført verk, eller utstiller sådanne offentlig», kommer dette av at den ikke vilde knytte straffen til en så generelt formet regel som lovens § 1, men fant det praktisk å spesifisere hvilke handlinger den siktet på. Hvordan det forholder sig med retten til å utbre de eksemplarer som er fremstillet på lovlig vis, kommer vi til om et øieblikk.

3. Det lar sig ikke nekte at spørsmålet om ophavsrettens grenser kan stille sig noe uklart i forskjellige henseender. Ikke så meget når det gjelder den direkte offentlige meddelelsen av åndsverket, skjønt det også her kan dukke op vanskelighet, f. eks. når verket kringkastes. Er det da en ny, og følgelig utillatt offentliggjørelse, når sendingen tas op av en relestasjon som kringkaster den videre, eller når en restaurant eller et danselokale monterer en høttaler og underholder gjestene med radioprogrammene? Det første spør-

¹ En LRD. i U. f. R. 1922 s. 352 fant således at Karl Larsens oversettelse av «Alt — Heidelberg» var rettsstridig benyttet, idet en rekke karakteristiske vendinger og uttrykk var tatt efter.

målet må sikkert besvares med nei; at sendingen foreløbig passerer en relestasjon som så sender den videre, betyr bare et teknisk forsterkelse og fullkommengjørelse av hovedsendingen, som i og for sig var beregnet på alle lyttere. Men anderledes står saken ved høttaleren; her fanges nemlig et nytt publikum inn, og dette er en ny offentliggjørelse av verket, som må likestilles med at restauranten hadde latt musikken foredra på annen måte, f. eks. ved orkester eller ved gramfon.¹

Langt større er dog vanskelighetene når åndsverkene er legemliggjort i fysiske eksemplarer, og gjøres tilgjengelig for almenheten ved hjelp av disse. Har da den som kjøper et sånt eksemplar rett til å selge det videre, leie det bort eller stille det ut offentlig, eller er alt dette ulovlig offentliggjørelse av åndsverket? Man kan ikke uten videre løse spørsmålet ved å henvise til at ophavsretten er «konsumert» ved at vedkommende eksemplar av verket lovlig er overdradd, og at det derfor ikke skjer noen ny offentliggjørelse om det blir leiet ut eller solgt. Heller ikke finner man svaret ved å undersøke ophavsmannens vilje, da overdragelsen av eksemplaret fant sted. Man står i virkeligheten overfor en av de mange kollisjoner mellom ophavsretten til verket og eiendomsretten til de enkelte eksemplarer, og løsningen ligger hverken i eiendomsrettens eller i ophavsrettens natur, men må bestemmes av den positive lovgivning under hensyn til interessene på begge sider.

Hvad den norske *Å.* angår, er det klart at om eieren av et lovlig mangfoldiggjort eksemplar selger det videre, er han i sin gode rett. Det har man alle dager antatt, det går *Mot. Å.* ut fra (s. 62, jfr. *Ot. prp.* 22 1930 s. 16), og det fremgår også av lovens § 20, som lar et slikt tilfelle falle utenfor straffetruselen. Derimot var lovgiveren lenge i tvil om ikke utleie av sånne eksemplarer burde opfattes som en del av ophavsretten og forbeholdes ophavsmannen. Man blev imidlertid stående ved at det for tiden ikke var grunn til å trekke retten til utleie inn under ophavsretten. Men da man på den annen side fant at dette slett ikke fulgte av sig selv, når ophavsretten blev beskrevet så almindelig som i § 1, sa man uttrykkelig i § 10 pkt. 3, at «offentlig utlån og utleie av eksemplarer av et åndsverk kan finne sted uten ophavsmannens samtykke». Og det samme sa man om-

¹ Slik har domstolene løst spørsmålet i Danmark (*U. f. R.* 1930 s. 646), Sverige (*N. J. A.* 1933 s. 639) og visstnok i alle andre land undtagen Tyskland, Holland og Italia. (*D. a.* 1933 s. 71, 1932 s. 22 og særlig 1935 s. 25.)

offentlig utstilling av dem. I begge disse henseender faller Å. sammen med den polske lov, som dog bare tillater offentlig utstilling når den ikke skjer «*en vue d'un bénéfice*».

4. Hvor lenge lovgivningen kommer til å holde sin opfatning fast i dette siste stykke, er dog ikke godt å si. I mange land gjør det sig nemlig gjeldende en sterk bevegelse for å trekke retten til å leie ut lovlige eksemplarer inn under ophavsretten, eventuelt også for å få offentlig utstilling av dem betraktet på samme måten.

Forfatterne klager nemlig over at deres inntekt av boksalget går ned, når bøkene kan leies eller lånes istedenfor å kjøpes, og finner det rimelig at de får en godtgjørelse for dette. Særlig er det naturligvis de offentlige biblioteker som interessen rettes mot, og forskjellige former for biblioteksavgift har i den anledning vært foreslått. I den aller siste tid har forøvrig også utgiverne av visse tidsskrifter begynt å røre på sig. De finner sine interesser truet ved at regelen om fri utleie blir brukt til å organisere fullstendige «leiecirkler», hvor man får tidsskriftene til avbenyttelse en kort tid, og mot en betaling som synker med vedkommende heftes alder.

Alle slike reformforslag kan sikkert ikke vises tilbake, bare ved å si at utleie av lovlige eksemplarer faller utenfor ophavsretten efter sakens natur. Ikke minst for bøkene vedkommende taler sterke grunner for at ophavsmannen blir holdt skadesløs, hvis et enkelt eksemplar ved utlån eller utleie stiller en hel rekke litteraturhungrende sjeler tilfreds. Men måten det skal gjøres på kan det nok være delte meninger om. Problemet kan enten løses ad rent ophavsrettslige linjer ved å gi forfatteren enerett til utleie eller til å få en liten avgift for hver gang.¹ Saken kan også ordnes mere kollektivt ved at hver låntager i offentlige biblioteker betaler en årlig avgift, som blir fordelt mellom forfatterne efter forskjellige prinsipper. Eller man kan finne det rimelig at staten *en bloc* holder forfatterne skadesløs ved en større årlig bevilgning, fordi den av hensyn til folkebibliotekene finner det nødvendig å minske forfatterens utsikt til å tjene på sine bøker.² Noen stilling til disse muligheter eller til reformtanken i det hele vil jeg ikke ta for øieblikket.

¹ I Tyskland er forholdet ordnet sånn, ved en kollektiv avtale mellom leiebibliotekene og forfatterne (D. a. 1933 s. 60).

² Her har man et av de mange eksempler på at ophavsmannens interesser ikke bare kan tilgodesees ved individuelle rettigheter, men også ved aktiv kulturpolitikk.

Også et annet interessant forsøk på å utvide ophavsmennes rettigheter kan nevnes i samme forbindelse. Det gjelder i hovedsaken bare den bildende kunst, og innskrenker på eiendommelig vis eiendomsretten over originaleksempelret, av hensyn til ophavsmannen. Hver gang kunstverker selges ved offentlig auksjon, skal nemlig kunstneren kunne gjøre en såkalt *droit de suite* gjeldende, og i kraft av den ha rett til en avgift av salgssummen. Denne retten er anerkjent av lovgivningen i Frankrike (1920) Belgia (1921), og Tsjekkoslovakia (1926), skjønt utformningen av den er nokså forskjellig. Den hviler hovedsakelig på den betraktning at det er urettferdig at kunstverkets verdi skal stige på grunn av kunstnerens senere arbeider og stigende berømmelse, uten at denne selv skal få minste del i dette. Men man behøver ikke slutte av dette at det er en slags «värdestegringskatt till förmån för konstnären» som skal lanseres, og at retten «icke har någon speciellt konstnärsrättslig eller ens auktorrättslig grundval att stöda sig på». (E b e r s t e i n: Im.rätt. s. 24.) Den bryter ganske visst de gamle rammene for ophavsrett og ophavsbeskyttelse, men det forekommer mig ubestridelig at den er i slekt med ophavsrettens tankegang: Utad markerer den at båndet mellom ophavsmannen og verket aldri slites helt over, og innad hviler den på at det oftest er den skapende personlighets utvikling og produksjon som har virket tilbake på de eldre verkene, og gitt dem en verdi — og undertiden også et innhold — som de ikke hadde fra begynnelsen av.¹

Sånn som omsetningsforholdene for kunst ligger an her i Norge, kan det imidlertid ikke sies at *le droit de suite* er noe stort eller brennende problem. Forfatterlovkomitéen foreslo i sin tid instituttet innført, men Ot.prp. nr. 22, 1930 tok det ikke op. På Romkonferansen i 1928 blev det vedtatt et vagt *voeu* i favør av *droit de suite*, og det offisielle program for den anstundende Brysselkonferanse foreslår å gi den plass i Bernkonvensjonen som en ny artikkel 14 bis. Men det kan sies med sikkerhet at forslaget ikke blir vedtatt.

III. At ophavsmannen har enerett til å mangfoldiggjøre og offentliggjøre verket, betyr for det første at han kan *f o r b y a n d r e* å gjøre dette. Men det betyr også at han selv har rett til det.

¹ D. a. 1933 s. 57 anser *le droit de suite* for å stå på linje med ophavsretten, i forhold til prinsippet om nasjonal behandling i Bernkonvensjonen.

Det er dog dem som mener at det bare er det negative element, adgangen til å hindre andres rådighet over verket, som er selve ophavsretten, mens det følger av den almindelige handlefrihet at ophavsmannen selv kan publisere verket, siden forbudet ikke gjelder overfor ham. Det er ikke bare ved åndsverker, men ved alle åndsrettighetene denne opfatningen gjør sig gjeldende, og særlig har den vært hevdet energisk for patentrettens vedkommende. Da spørsmålet i begge fall ligger ens an, utsetter jeg derfor drøftelse til da.

Men om den positive offentliggjørelsesrett er en del av ophavsretten, betyr ikke dette at man ikke lenger kan tale om virkelig ophavsrett, hvis den mangler eller det er lagt bånd på den. Eienomsretten forsvinner ikke, om den positive rådighetsadgang er innskrenket, og ophavsretten er ikke dårligere i dette stykke. Vi har alt nevnt at også usedelige eller lovstridige bøker er undergitt ophavsrett, skjønt det også for ophavsmannen er ulovlig å publisere dem. I samme stilling står privatbrev som ikke kan offentliggjøres, fordi de dreier sig om personlige forhold eller krenker privatlivets fred. Båndet på ophavsretten kan også skrive sig fra avtale eller nærmest følge av sig selv, f. eks. når en arkitekt ikke kan bygge et dusin andre hus efter tegninger han har levert en særlig kunde. I alle disse tilfelle er ophavsmannen avskåret fra selv å offentliggjøre sitt verk. Men dette hindrer ikke at han skrider inn med straff og erstatningskrav overfor andre som rår over verket uten hans samtykke. Og den retten han isåfall gjør gjeldende kan ikke være noen annen enn ophavsretten.

§ 9.

Ophavsrettens gjenstand.

I. Gjenstanden for en rettighet er det ytre objekt som retten gir herredømme over. Når dette er en legemlig ting, er den gjerne forholdsvis lett å beskrive. Tingene er hvad de er, formerer sig sjelden og forvandler sig ennu sjeldnere. Grensene for dem er oftest gitt i den ytre natur. Bare når rettsobjektene henger sammen, sånn som ved faste eiendommer, kan det være vanskelig å trekke dem op, men det er da iallfall virkelige linjer i den fysiske verden det gjelder.

I åndsretten er derimot spørsmålet om rettens gjenstand et kjerneproblem. Stundom savner rettigheten all tilknytning til en legemlig ting, f. eks. ved muntlige foredrag eller musikalske improvisasjoner. Oftest får man dog også her å gjøre med ting man kan ta og føle på, således når en bok er trykt, en film tatt op på negativet, eller et maleri og et skulpturarbeide er ferdig. Men det er ikke disse fysiske tingene som er rettighetens gjenstand. I hele åndsretten må man skille mellom selve rettsobjektet — åndsverket, oppfinnelsen, varemerket — og de enkelte legemlige eksemplarer, som Kohler kaller for dets *Verwirklichung* og Elster for dets *Ausdrucksmittel*. Det er åndsverket og ikke eksemplarene som er gjenstanden for retten. Undertiden gir dette sig av sig selv; ingen vil således falle på at et enkelt av en boks 10 000 eksemplarer er identisk med åndsverket. Når man har originaleksemplaret til et maleri for sig, er fristelsen større; men også her vil et øieblikks eftertanke overbevise om at heller ikke dette er selve åndsverket, som godt kan leve videre om originaleksemplaret brenner op. Med rette sier derfor Elster (s. 98) at i åndsretten *«handelt es sich nicht um Äusseres, sondern um Geistiges. «Werk» ist ein philosophischer Begriff»*.

Denne egenskap ved rettsobjektene reiser en rekke vanskeligheter. Særlig fordi de kan mangfoldiggjøres i det uendelige, uten at de enkelte eksemplarene er absolutt like. Mens skikkelige, legemlige ting holder sig identitetsgrunnsetningen etterrettelig, gjelder i åndsretten det tilsynelatende paradoks, at rettsobjektene *«in mannigfacher Weise verwirklicht werden kann, und doch eines und dasselbe bleibt»* (Kohler). Derfor er spørsmålet om ophavsrettens gjenstand slett ikke tilfredsstillende belyst ved å si at det er alle de verker som går inn under Å.'s § 2. Særlig i to retninger må man ha nærmere forklaring: Først og fremst må en vite om det er alle sidene ved åndsverket, slik det gir sig tilkjenne i et ytre eksemplar, der omfattes av ophavsretten. Og dernest trengs det veiledning til å avgjøre om man har et nytt åndsverk for sig, eller samme åndsverket i nytt kostyme. Det er spørsmålet om bearbeidelse av åndsverkene jeg her er inne på; skjønt de to ting henger nøie sammen, gjemmer jeg det siste spørsmålet til neste paragraf, fordi det er så viktig.

II. Man behøver ikke være spesialist i åndsrett for å forstå at

det ikke kan være alle sider ved et beskyttet åndsverk som ophavsmannen får eneretten til. Skriver man en lærebok i geografi eller holder foredrag om «teknikkens vidundere», kan man ikke derfor forby andre å beskrive de samme egner, og fortelle om de samme oppfinnelser.

Leilighetsvis forsøker selve loven å trekke den grensen som alle føler er nødvendig. Equadors forfatterlov art. 7 sier således at filosofiske eller andre videnskapelige systemer ikke beskyttes som sådanne, men bare i den ytre form de er fremsatt. Og Englands ophavsrettslov § 35 fremhever at når den verner byggverker mot ettergjørelse, gjelder dette ikke «*processes and methods of construction*». Slik veiledning pleier dog ophavsrettslovene ikke gi, og heller ikke Å. gjør det. For å avgjøre hvilke elementer i åndsverket ophavsretten omfatter, er det da, som Mot. Å. fremhever, bare en vei å gå: Man må «ta utgangspunkt i rettens grunnlag. Ophavsretten er innrømmet fordi det er ophavsmannen som har skapt det åndsverk det er tale om, og den bør da rekke så langt at den omfatter resultatene av nyskapningen» (s. 21).

Denne betraktning hjelper oss straks til å skille ut forskjellige sider av et åndsverk, som ophavsmannen ikke har enerett til: Således en dikters stil, en malers særegne teknikk, eller en komponists musikalske «manér». Alt dette kan ganske visst være oppfunnet av kunstneren, og være uttrykk for hans kunstneriske personlighet. Men om de preger verkenes utførelse er de ikke selv individuelle åndsverker, med en tilværelse uavhengig av ophavsmannen. H a m s u n eller W i l d e n v e y kan derfor ikke protestere om andre forfattere søker å etterligne deres stil og rytme, og heller ikke M u n c h, om hans malemåte blir etterapet.¹ Men også ting som virkelig er deler av selve det individuelle åndsverk faller utenfor eneretten: Således subjettet eller motivet ved et kunstverk, og idéen ved et dikterverk eller et byggverk. Et motiv som den hellige familie eller Susanna i badet er ingen enkelt kunstners eiendom, og heller ikke Faustmotivet eller den idé som «Gjengangere» behandler. Å finne gode og takknemlige motiver krever ganske visst kunstnerisk evne. Men selve sprogbruken viser at ophavsrett allike-

¹ V i n d i n g K r u s e s ord om at «enhver Form af aandelig Selvstændighed eller Individualitet beskyttes» (s. 443) skal visstnok ikke forstås i annen retning.

vel ikke er på sin plass: Man finner de gode motivene, man skaper dem ikke.

En ting er imidlertid å skille ut sider ved åndsverket som faller utenfor ophavsretten; noe annet og vanskeligere å angi positivt hva det egentlig er som er rettens gjenstand. I litteraturen er det først og fremst Kohler som inngående har drøftet dette spørsmålet. Såvel fra rettslige synspunkter som fra estetiske og filosofiske har han søkt å kaste lys over det, og skjønt flere av hans resultater idag betraktes som «überholt»,¹ tror jeg allikevel at undersøkelsene rummer så stor kjerne av sannhet at jeg vil gjengi dem i korte trekk: Ifølge Kohler må man ved alle åndsverker skille mellom innholdet og formen, og denne siste kan igjen deles i den ytre og den indre. Såsant verket er et virkelig åndsverk, vil dets ytre form alltid være beskyttet. Selv om innholdet er funnet på landeveien, er det nemlig ophavsmannen som har gitt det ytre drakt, og når verket gjengis nøiaktig i samme skikkelsen, er dette en krenkelse av hans rett. Til ophavsretten hører videre verkets indre form, f. eks. et skrifts bygning og argumenteringsmåte, eksposisjonen i et drama, komposisjonen av et maleri. Også denne del av verket er nemlig frukt av individuelt skaperarbeid fra ophavsmannens side. Hva endelig innholdet angår, er forholdet ikke så enkelt. Ofte er det ikke ophavsmannen som har skapt det, og da er det naturligvis fritt. Det gjelder således ved de fleste videnskapelige arbeider. Men stundom er også innholdet i verket frukt av ophavsmannens skapende fantasi, som ved skjønnlitteratur og bildende kunst. Og for å få frem hva ophavsretten isåfall er knyttet til, vil Kohler i alle åndsverker krystallisere ut noe han kaller for «det imaginære billede» i verket, og som Mot. Å. s. 21 beskriver som «den kunstneriske inspirasjon, utformet til en definitiv komposisjon for ophavsmannens indre blick». Hvis det tross forskjell i enkeltheter er det samme imaginære billede som finnes igjen i et tilsynelatende nytt åndsverk, er ophavsretten allikevel krenket.

Helt uangripelige er disse utviklingene sikkert ikke. Når de forutsetter en sontring mellom et åndsverks form og innhold, har det således vært innvendt at en slik sontring skiller ting som hører uløselig sammen, fordi form og innhold ikke kan tenkes hver for

¹ Elster: GRUR. 1930 s. 929.

sig.¹ Videre har begrepet «indre form» vært kritisert, fordi det hverken skiller sig klart ut fra den ytre form eller fra selve innholdet. Og endelig har man funnet hovedbegrepet «det imaginære billede» uklart og udefinerbart, og lite skikket til å gi veiledning om hvor grensen for ophavsretten går. Disse innvendingene har noe på sig. Men på den annen side skal man huske at man umulig kan trekke skarpe linjer og operere med matematiske begreper i disse forhold, hvor avgjørelsen til syvende og sist må treffes etter et estetisk-juridisk skjønn. Iallfall er Kohlers syn å foretrekke for en annen oppfatning som ikke mangler tilhengere,² og som hevder at det bare er formen, men aldri i innholdet som ophavsretten er knyttet til. Hvis dette ikke skal bli direkte uriktig, må formbegrepet ikke alene strekkes så langt at også den indre form faller innenfor det, men også den beskyttelse som åndsverkets innhold i mange tilfelle nyter må gis ut for en særlig slags vern for formen, hvis ikke skjemættet skal gå i stykker. Dertil kommer at man på denne måten konstruerer op en motsetning mellom ophavsretten til åndsverker og patentretten som ikke eksisterer, og uten grunn deklasserer ophavsretten i den almindelige rettsopfatning ved å late som om det ved åndsverkene bare er skallet som vernes, men ikke kjernen.

Vil man imidlertid samle problemet om ophavsrettens gjenstand i en eneste formel, kan man kanskje si at beskyttelsen gjelder åndsverket i den individuelle form og skikkelse som ophavsmannen har gitt det. Beskyttet er etter dette ikke bare den ytre og indre form, men også selve tankeinnholdet i verket, men vel å merke ikke som abstrakt idé, men bare i den indi-

¹ Cahn-Speyer i GRUR. 1930 s. 778.

² Her i Norden f. eks. Eberstein s. 94 noten. I Tyskland har bl. a. Goldbaum (s. 156) opponert mot tanken om at det bare skulde være formen som ophavsretten beskytter. I en anmeldelse av hans «*Urheberrecht und Urhebervertragsrecht*» uttrykker Bernbyrået sin egen mening om ophavsrettens gjenstand: «*En somme, les éléments protégés dans l'oeuvre littéraire ou artistique ne sont pas constants. Au pôle de la protection nous trouvons la forme; au pôle de la non-protection la conception tout à fait générale de l'ouvrage. Entre ces deux pôles, la zone de la création comprend une gamme de phénomènes qui serait les uns saisis, les autres abandonnés par le droit d'auteur.*» (D. a. 1927 s. 122). Dette er riktig, og diplomatisk uttrykt; men ikke meget veiledende. I D. a. 1932 s. 24 tas det mere bestemt avstand fra tanken om at det aldri er annet enn formen som beskyttes. Jfr. også Streissler: «*Das Recht des Ungreifbaren*» (1932) s. 46, og Elster s. 93.

viduelle utforming som nettop skyldes ophavsmannen. Denne formuleringen faller omtrent sammen med den Elster har gjort sig til talsmann for i flere bøker og artikler.¹ Det som vernes er ifølge ham ikke idéen, men «*die Formgebung*», hvilket betyr «*die geformte Idee*». Ikke mellom innhold og form, men mellom «*Idee*» og «*Formgebung*», er det derfor sontringen må trekkes; idéen som sånn er fri, men den nyter vern i den individuelle form ophavsmannen har gitt den.

Noen forskjell i realiteten er det dog neppe mellom de forskjellige formuleringene av hvad der er ophavsrettens gjenstand. Selv om man blir stående ved en slik formel som jeg har gjort, vil derfor Kohlers inntrengende analyse av åndsverkene beholde sin veiledende betydning. Mere enn veiledning kan heller ingen teori gi. Den kan aldri erstatte den kunstneriske forståelse og det juridiske skjønn under enkeltavgjørelsene.

III. De foregående betraktninger over ophavsrettens gjenstand er unektelig nokså abstrakte. For å gjøre dem mere levende skal jeg nevne noen eksempler på hvordan prinsippene arter sig i praksis.² Jeg undersøker først hvad ophavsmannen har eneretten til ved et drama, så ved bildende kunst og til slutt ved arkitektur.

At selve stoffet til et drama faller utenfor ophavsretten er klart. Om Schiller og Bjørnson hadde behandlet Maria Stuart

¹ Se særlig «*Formgebung und Ausdrucksmittel in ihrer Bedeutung für das Recht des Urhebers*» (Ufita. 1929 s. 595) og «*Idee und Formgebung*» i Ufita. 1935 s. 44.

² Fra rettspraksis kan følgende dommer tjene til belysning: HRD. i Rt. 1901 s. 877 nektet «*Thinglæsningsbladet*» beskyttelse mot at «*Merkantil Oplysningstidende*» forsynte sig med stoff som «*Thinglæsningsbladet*» inneholdt, i form av meddelelser om de tinglysinger som hadde funnet sted.

I Danmark anså LRD. i U. f. R. 1906 s. 896 det tillatelig, at en «*veiviser*» hadde brukt de opplysningene en annen veiviser gav, når den bare ikke fulgte den første «*ved valget og ordningen av stoffet*». Lignende avgjørelser i 1913 s. 394, hvor en «*Kredittbok*» som blev utgitt av Kredittreformforeningen, brukte opplysningene fra en «*Soliditetsbok*», som et kredittoplysningsbyrå hadde laget i stand. I 1912 s. 870 ansåes et filmskuespill vesentlig å være tatt fra et folkeskuespill, hvilket var rettsstridig. 1927 s. 776: En forkortet, novellistisk gjengivelse av en roman blev ansett for en ophavsrettskrenkelse i forhold til romanen. 1927 s. 1063: Det samme antokes i forhold til en film hvis innhold blev gjengitt på 24 sider.

Fra Sverige kan nevnes HRD. i N.J.A. 1913 s. 520, hvor et handelstidsskrift blev frifunnet for å ha tatt en konkurrents meddelelser om eksekusjoner, dommer, kjøp, konkurser etc., skjønt ettertrykk var forbudt, og N. J. A. 1927 s. 357, hvor det var på det rene at selve stoffet i en adressekalender ikke var beskyttet.

samtidig, vilde ingen av dem ha kunnet klage på den annen. Likeså klart er det at forfatteren kan protestere når en konkurrent bemektiger sig hans drama med hud og hår, replikk for replikk. Også om han gjør sig den umak å endre disse, men beholder opbygningen av dramaet og løsningsen av konflikten, er ophavsretten sikkert gått for nær. Med K o h l e r kan man isåfall si at det er den indre form han har bemektiget sig. Men selv om heller ikke dette er tilfellet, kan det hende at drama nr. 2 krenker det førstes ophavsrett. Nemlig når problemet er behandlet og belyst på samme karakteristiske måten, f. eks. fordi karaktertegningen og hele konflikten utvikling er overført temmelig slavisk fra det ene verk til det annet. Isåfall vilde K o h l e r ha sagt at det imaginære billede er det samme. Bruker man den formel jeg har antydnet, må man si at ikke alene er det første dramas idé ført over til det nye, men nettop i den samme individuelle, personlige utformning.¹

Eksemplet fra malerkunsten henter jeg fra det virkelige rettsliv, nemlig fra en HRD. i Rt. 1899 s. 339: Maleren N i e l s B e r g s l i e n hadde malt noen julekort som forestilte nisser som gjorde sig tilgode med julekost. Maleren H o l c k hadde derefter laget lignende kort, som Bergslien påstod var en rettsstridig gjengivelse av hans. Under- og overrett gav ham medhold i dette, idet man fremhevet at det ikke bare var motivet som var det samme, men «også den måte hvorpå motivet er utført». Flertallet i HR. mente imidlertid at Bergsliens ophavsrett ikke var krenket. At subjettet eller motivet var det samme kunde ikke være avgjørende. Heller ikke at de to arbeider hadde adskillige enkeltheter tilfelles, idet påvirkning og inspirasjon fra andre er tillatt. «Det vesentlige ved kunstnernes fremstilling er nissenes karakteristikk, men i denne henseende er der ingen likhet mellom deres arbeider, hvilket lettelig faller i øinene.» Med tilslutning citerer retten en uttalelse fra maleren U c h e r m a n n, hvori det heter, at «tross den omstendighet at Holck har benyttet Bergs-

¹ Som eksempel på utillatt plagiat av lyriske dikt, tenker K o h l e r sig følgende efterligning av G o e t h e s vidunderlige «An den Mond». («Das literarische und artistische Kunstwerk» s. 126):

*Füllest wieder Busch und Thal
still mit Nebelglanz,
Lösest endlich auch einmal
meine Seele ganz.*

*Mondlich wurde still erfüllt
Busch und Thal mit Nebelglanz,
Löst das Herz, das nie gestillt
endlich einmal ganz.*

Om plagiat av film se B.R.D. V. s. 31.

liens komposisjoner i sine rent ytre trekk, har han dog ikke rørt ved denne komposisjons kjerne, nemlig karakteristikken av selve hovedfiguren, den briljante nisse, der i salig henrykkelse over juletraktamentet så å si fyller rummet med den høieste fryd og festglede.» Og én fra H a n s G u d e: «Den maleriske virkning i Bergsliens bilder som gjør dem til det de er — musikken i dem om jeg så må si — er jo hr. Holck ganske fri for å ha villet efterligne.» Oversatt til et mere juridisk og nøkternt sprog blev altså resultatet, at idéen med de spisende nisser ansåes for å ha fått en annen individuell og kunstnerisk utformning hos Holck enn hos Bergslien, og da kunde ikke denne sistes ophavsrett være gått for nær.

Fra arkitektens verden tar jeg endelig følgende tilfelle: Ved en konkurranse om en stor Oslo-gård blev førstepremien delt mellem to arkitekter som hadde løst opgaven temmelig forskjellig. Den ene hadde lagt kino- og kammermusikk i dybden, og kontorene i høiden, den annen omvendt. Kinosalens åpning var lagt hver sin vei, hovedinngangen, som var betinget av terrengets utnyttelse, likeså. Ved omkampen mellem de to la den ene arkitekt sitt bygg om i alle disse retninger, slik som den annen tidligere hadde gjort. Sålenge det bare var tale om å kopiere den første arkitekts idéer — at kontorene burde ligge i høiden, at kinosalen burde vende i den og den retning — kunde man her ikke tale om ophavsrettskrenkelse. Anderledes derimot om det hadde vært selve idéenes individuelle utformning som var efterlignet, f. eks. trappearrangementet, garde-robeanordningen, sirkulasjonssystemet for publikum o. s. v.¹

§ 10.

Bearbeidelse.

Både i teoretisk og praktisk henseende står spørsmålet om bearbeidelse i ophavsrettens centrum. Teoretisk fordi de ophavsrettslige prinsipper her brytes på en særlig interessant måte, som kaster klart lys over dem. Praktisk fordi de aller fleste angrep på ophavsretten blir maskert som tillatt benyttelse, idet man forsiktigvis ikke gjengir åndsverkene helt uforandret, men retter på dem hist og her.

¹ Nærmere m i n artikkel i «Byggekunst» 1931 s. 276 ff., og for et slaktehus vedkommende dansk LRD. i U. f. R. 1934 s. 958.

Slik er det forresten over hele åndsretten, og grunnen er overalt den samme: Da gjenstanden for retten ikke er en legemlig ting, mener man å kunne komme klar av eneretten ved å retusjere litt på rettsobjektet, og så gi det ut som nytt.

Men også når bearbeidelsen ikke har sånn lyssky karakter, reiser den vanskelige problemer. Man får ganske god oversikt over dem når fremstillingen deles i tre: Først undersøker vi hvor langt ophavsretten beskytter ophavsmannen mot bearbeidelse, d. v. s. vi analyserer grensen mellom bearbeidelse og «fri benyttelse» av åndsverket. (I.) Dernest ser vi på forskjellen mellom virkelige bearbeidelser og rene gjengivelser av andres åndsverker (II), og endelig drøfter vi bearbeiderens egen rettsstilling, hvilken rett han får i anledning av det åndsarbeide han har prestert. (III.)

I. At ophavsmannens enerett må rekke så langt at han i noen grad kan sette sig imot at det blir gitt ut bearbeidelser av hans verk, er alle ophavsrettslover enige om. Det vilde jo også være en skral rett, om man kunde komme forbi den ved å flytte på en strofe i et dikt, eller sette en sky på himmelen i et maleri. Både den gamle og den nye Å. har bestemmelser som hindrer dette. Men mens den gamle plaserte dem i avsnittet om «krenkelser av forfatterretten» (§ 13, jfr. § 31), flytter Å. dem frem i § 1, hvor det er selve ophavsrettens prinsipp som blir slått fast. I umiddelbar tilknytning til forskriften om at ophavsmannen har enerett til å rå over verket fortsetter den: «I kraft av sin ophavsrett har han s å l e d e s også enerett til å gjengi¹ verket i omarbeidet skikkelse, i oversettelse, i annen størrelse eller andre materialer, overført fra en litterær eller kunstnerisk form til en annen etc. Derimot kan han ikke sette sig imot at andre benytter hans verk på en slik måte at nye og selvstendige åndsverker opstår.»

Delte er mere enn en redaksjonsforandring, det er en prinsipputtalelse. Både plassen og formuleringen viser at loven ser reglene om bearbeidelse som en likefrem følge av hva d e t i d e n s ø i n e er ophavsrettens gjenstand, slik at de vilde være overflødige hvis man kunde stole på at dette begrepet blev riktig opfattet (Mot. Å. s. 22). Bestemmelsen gir også bekreftelse på hvad vi fremholdt i forrige paragraf, om at det er den individuelle

¹ Det er altså ikke selve bearbeidelsen som er ulovlig, men den offentlige gjengivelse av den.

utformning av åndsverket som ophavsretten er knyttet til: Hvis verket nemlig bare er oversatt, dramatisert eller forandret i dimensjonene, er det fremdeles det samme åndsverk, fordi det ikke er skjedd noen ny individuell utformning av dets åndsinnhold. Anderledes derimot, når det nye verk visstnok er påvirket eller inspirert av det gamle, men utformningen er ny og original, skjønt tankene eller motivene er de samme. Mens den slaviske efterligning er forbudt, står loven ikke i veien for kunstnerisk befruktning, som løser ut nye åndsverker.¹

I litteraturen og i lovgivningen er det sjelden at reglene om vern mot bearbeidelse blir satt så energisk i forbindelse med grunnforestillingen om ophavsrettens gjenstand. D e r n b u r g (s. 75) nøier sig således med å si at et åndsverk ikke kan anerkjennes som selvstendig, når det er «*wesensgleich mit seinem Vorbild*». Englenderne klarer distinksjonen mellom bearbeidelser og nye åndsverker ved å undersøke om det er *substantial identity* tilstede. (K o h l e r, s. 154). Uriktige kan det ikke sies at disse formuleringene er, men de er ikke svært opplysende. Derimot vilde det være skjævt å legge vekten på om de to åndsverkene kan sies å «ligne hverandre» sånn at de er utsatt for å forveksles av publikum. Dette synspunktet er avgjørende i andre deler av åndsretten, først og fremst i firma- og varemerkeretten. I åndsproduksjonens rett hører det derimot ikke hjemme.

Det vil ofte være et vanskelig skjønnsspørsmål, om et verk som bygger på et annet bare er en ny versjon av dette, eller har et så egenartet preg at man med rette kan tale om en ny individuell utformning av tankeinnholdet i det eldre verk. I ikke liten grad vil målestokken avhenge av dettes karakter. Hvis det eldre arbeide nemlig er originalt og særpreget, må det kreves temmelig stor forskjell i behandlingen, hvis ikke nr. 2 skal dømmes som en utillatt bearbeidelse av nr. 1. Isåfall har fantasien nemlig så stort spillerum ved behandlingen av stoffet, at det ikke er ubillig å kreve at man holder sig på god avstand fra den første ophavsmanns individuelle opfatning av det. Er det derimot en adressekalender, kokebok eller oversettelse som påstås «plagiert», trengs det ikke så markert en forskjell mellom

¹ Det er nemlig ikke bare i teknikkens verden at påvirkning og efterligning er tillatt, fordi de er kulturfaktorer av første rang. Også for åndsverkene gjelder det samme, selv om man kanskje ikke behøver å gå så langt som F r i e d e l l i sin kulturhistorie, som fremstiller plagiatet som livsnerven i alt sunt åndsliv.

de to arbeider. Dels er det første åndsverks egenverdi forholdsvis beskjeden, og dels gir temaet så liten plass for skapende originalitet, at man ikke kan kreve svært stor forskjell i den individuelle utformning, hvis ikke hele emnet skal forbeholdes den første ophavsmann som monopol.¹

De eksemplene loven selv gir, har man også adskillig veiledning i. Å. forutsetter således at det er samme åndsverk, selv om det er oversatt, gjengitt i annen størrelse, eller overført fra en litterær eller kunstnerisk form til en annen. En forfatter kan følgelig protestere mot at hans roman blir dramatisert eller filmet, og en komponist behøver ikke finne sig i at hans sørgemarsj blir satt om til vals eller jazz. Hvis derimot en lyriker blir inspirert av et maleri — som A. M u n c h av «Brudeferden i Hardanger» — og gjengir det i ord eller toner, kan man ikke nekte at et nytt åndsverk er skapt. Vanskelige grensespørsmål kan opstå når et maleri blir «oversatt» til skulptur eller omvendt. Enkelte fremmede lover sier uttrykkelig at dette skal betraktes som nye kunstverker, og det vil regelmessig være riktig også etter Å. Men stundom kan det nok tenkes at saken står anderledes, f. eks. når et maleri blir gjengitt i et ganske lavt relieff.

Som en almindelig regel gjelder det at man i k k e m å v æ r e f o r s n a r med å si at det «nye» åndsverk er så forskjellig fra modellen, at det bare foreligger tillatt påvirkning og ikke bearbeidelse. Her har ophavsretten nemlig et av sine såreste punkter, særlig hvad litteratur og musikk angår. Dramatisering, filming, omdannelse til hørespill, gjengivelse pr. grammofon etc. forutsetter alltid større eller mindre endringer i verket, og senker man kravene til fri benyttelse for sterkt, kan man komme til å gjøre et følelig skår i ophavsmannens rett. Det er ikke fritt for at det noe hvert sted gjør sig farlige tendenser gjeldende i denne retning. «*Was man früher Plagiat nannte, heisst heute Bearbeitung*» sier G o l d b a u m (s. 159) bittert, og det er heller ikke sjelden at foretaksomme snyltere tar enda et skritt, og presenterer sine plagiater som tillatt fri benyttelse.

II. Når grensen mot den tillatte påvirkning eller den fri benyttelse er bragt på det rene, er dermed o v e r k a n t e n av bearbeidelsesbegrepet bestemt. Men det er ikke mindre viktig å fikse u n d e r k a n t e n av begrepet, d. v. s. å trekke grensen mellom de virkelige bearbeidelser og de rene og skjære gjengivelser.

¹ Jfr. HRD. i Rt. 1901 s. 877. Lignende synsmåter finner vi igjen i patentretten, varemerkeretten o. s. v.

Tilsynelatende gir Å. ingen pekepinn om hvor denne grensen ligger. Den sier bare ganske kort i § 2, pkt. 10, at også «oversettelser og andre bearbeidelser av de foran nevnte verker» står under lovens beskyttelse. Men denne tørre bemerkning er i virkeligheten svar nok. Når loven nemlig stiller bearbeidelser ved siden av alt det annet som den forstår ved åndsverker, har den tydelig sagt fra at det gjelder samme krav til dem alle: Bare hvis bearbeideren har prestert det minstemål av skapende originalitet som alle åndsverker må være preget av, kan han fordre vern etter loven. Likeså litt som enhver ordansamling er et skrift, eller enhver farveklatt et maleri, likeså litt er all klussing med andres åndsverker beskyttet bearbeidelse. Bearbeider er bare den som har gjort et eget skapende innslag i verket,¹ uten at forandringen dog går så vidt at et virkelig nytt verk er kommet i stand. Men denne hovedregel trenger adskillig belysning i enkelthetene, hvis den skal få den rette praktiske anskuelighet.

1. I prinsippet kan man ikke sette mindre krav til bearbeiderens åndsinnsetning enn til andre åndsverker.² Snarere kunde det være grunn

¹ Mot. Å. s. 29: «Bearbeidelsen må representere en ny og selvstendig åndelig innsats i tillegg til det gamle åndsverk.» Regelen i den østerrikske lovs § 5 (1936) dekker fullstendig hvad også Å. mener: «*Übersetzungen und andere Bearbeitungen werden, soweit sie eine eigentümliche geistige Schöpfung des Bearbeiters sind, unbeschadet des am bearbeiteten Werke bestehenden Urheberrechtes, wie Originalwerke geschützt.*»

² At oversettelser er nevnt som en egen form for bearbeidelser, må ikke forlede en til å tro noe annet. Oversettelse av lyrikk f. eks., kan være hoit kvalifisert åndsarbeide, og som nevnt i teksten er det ikke alle oversettelser der fyller åndsverkskravene, likeså litt som f. eks. all arkitektur gjør det. Den svenske loven taler om oversettelser og bearbeidelser, og Eberstein (S. J. T. 1928 s. 1 ff.) legger den viktige realitet i dette, at oversettelse ikke er bearbeidelse, men en «självständig art för verkets transformerande» (s. 9). Forskjellen skal ligge i at mens oversettelsen bare endrer verkets ytre form, men lar den indre urort, er det karakteristisk for bearbeidelsen at den også virker inn på denne siste. Vår lov er — som fleste andre — fremmed for denne tankegang. Den regner oversettelser med til bearbeidelsene, fordi den her som ved originalverkene anser det likegyldig hvilken del av verket den skapende innsats gir sig tilkjenne i, den ytre form, indre form eller eventuelt selve utformningen av idéinnholdet. Jeg er heller ikke overbevist om at Ebersteins sonndring mellom oversettelser og bearbeidelser er praktisk brukbar, og tror spesielt ikke at det kan settes som vilkår for andre bearbeidelser, at de ikke bare omdanner den ytre, men også den «indre form».

til å skjerp kravene, for å beskytte både ophavsmennene og publikum mot alle de «bearbeidere» som det kryr av for tiden, og som holder på å bli en virkelig fare for åndsretten. Det blir nemlig mere og mere almindelig at åndsverker går gjennom mange hender, og krever samvirke av mange medarbeidere, før de forelegges for publikum. Skal hver eneste av disse ha slik ophavsrett til sin andel som en medarbeider har (jfr. under III), blir rettsforholdene utrolig komplisert, og åndsverket blir belemret med en hel serie av ophavsrettigheter, før det når frem til offentligheten. At dette er en fare for de oprinnelige ophavsmenn, hvis gode rett tilslutt kan bli rent kompromittert, begynner flere og flere å innse. Elster (s. 112) mener endog at det er en av de viktigste programpostene i en fremtidig reform av ophavsretten, å befri de virkelige «*Originalurheber*» fra likestillingen «*mit den Zweihändigen oder den Helfern*», og meget taler for at han har rett. Hvis ophavsretten ikke skal gli helt ut, får man iallfall betrakte de forskjellige medarbeideraspiranter med en viss mistenksomhet, og skjulte ut dem hvis innsats er for ubetydelig til å kvalifisere til virkelig ophavsrett, eller ligger i et annet plan enn åndsverkene, selv om den som prestasjon kan være fortreffelig nok. En del slike pretendenter skal vi nevne i det følgende.

2. Først og fremst de utøvende kunstnere, sangere, skuespillere, musikksekretører og oplesere. Om disse har eller bør ha ophavsrett til sine prestasjoner på linje med forfattere og komponister, har det stått livlig strid i de siste 20-30 år.

De som mener at også utøvende kunstnere bør ha virkelig ophavsrett til sine prestasjoner, henviser gjerne til at eksekutøren kan være en stor kunstner, og at dikteren eller komponisten som blir tolket, undertiden ikke rekker ham til støvlene. De hevder at det å gjengi et åndsverk på teatret eller konsertribunen er en virkelig bearbeidelse av verket, såsant som dette tar sig forskjellig ut i ulike individuelle tolkninger. Ja den bearbeidelse som her er foretatt er i virkeligheten mere inngripende enn mangen oversettelse eller ytre forandring. Verket er i grunnen ikke fullført før det foreligger i en bestemt ytre tolkning, som det ikke er ophavsmannens, men den utøvende kunstners sak å gi det. Av disse grunner fremstilles det som et oplagt rettferdskrav at også den utøvende kunstner får beskyttelse, og ingen ringere beskyttelse enn dikteren og komponisten. Altså en virkelig ophavsrett til det åndsverk som tolkningen av verket er.

Så berettiget som disse bestrebelsene er i sin tendens er imidlertid de fleste enig om at de hviler på sviktende teoretisk grunnlag, og skyter over målet i praktisk henseende. Ingen vil bestride at tolkningen av åndsverker kan være en prestasjon av høi kunstnerisk kvalitet, men det er nu engang ikke verdien, men *a r t e n* av åndsprestasjonen det kommer an på i ophavsretten. Ikke enhver åndsprestasjon honoreres med ophavsrett, men bare den *s k a p e n d e* *i n n s a t s*, det er grunnloven for alle ophavsrettigheter.¹ Og her er det nettop de skapende ophavsmenn skiller sig fra de utøvende, som så å si pr. definisjon har sin oppgave begrenset til å levendegjøre andres verker, og utfolde alle deres muligheter.² Jo fullkomnere den utøvende kunstner løser sin oppgave, jo lødigere og mektigere hans kunstneriske og menneskelige innsats arter sig, «*um so mehr wird er Interpret des Vorhandenen, um so weniger wird er Schöpfer des Neuen sein*» (M a r w i t z i GRUR. 1926, s. 575, jfr. også i Ufita. 1930, s. 299, og E l s t e r sammesteds s. 574). Det er misvisende å si at det først er gjennom utøvelsen at åndsverket virkelig blir fullført, slik at «*der wiedergebende Künstler erst aus dem Torso des Geisteswerkes ein Reales machen kann*». «*Der Schöpfer hat in ovo (immanent) alles das geschaffen was aus dem Werke normalerweise zu machen ist*» (E l s t e r, s. 115), og alle tolkninger er mere eller mindre vellykkede forsøk på å gi uttrykk for det kunstverk som i ideal form har sett lyset i ophavsmannens sinn. Skulde en hvilken som helst forandring av uttrykksmidlet være en bearbeidelse av verket, vilde alle faste grenser for ophavsretten forsvinne, så sant som det ikke er to mennesker der oppfatter og gjengir et åndsverk presis på samme måten.

Hvad den praktiske side av saken angår, vilde en ophavsrett for de utøvende kunstnere gi anledning til en lang rekke vanskeligheter, og stor forvirring i de tidligere vedtatte regler. Den vilde også rekke lengere enn kunstnerne har bruk for, når den gir enerett til offentlig gjengivelse av prestasjonen helt til 50 år efter ophavsmannens død. Alt dette skal vi dog ikke gå inn på, idet hverken vår eller noe annet

¹ «*Leistung ist nicht gleich Schöpfung, und mag die Leistung auch künstlerisch beachtlich oder gar bedeutsam sein.*» (E l s t e r s. 116.)

² Deri skiller den kunstneriske utøvelse sig også fra oversettelsen, som utvilsomt setter sig til mål å gi verket en *a n n e n* form, iallfall i det ytre. (Anderledes E b e r s t e i n i. s. s. 9.)

lands lov beskytter de utøvende kunstners prestasjoner som virkelige åndsverker, altså på linje med bøker, med musikk og med bildende kunst. Derimot hører det ikke til sjeldenhetene at de enkelte henseender nyter en beskyttelse som faller sammen med åndsverkenes. Det gjelder særlig når en utøvende kunstners foredrag blir ført over til grammofon. Den tyske lovs § 2 sier således, at *«wird ein Werk der Literatur oder der Tonkunst durch einen persönlichen Vortrag auf Vorrichtungen für Instrumente übertragen, die der mechanischen Wiedergabe für das Gehör dienen, so steht die auf diese Weise hergestellte Vorrichtung einer Bearbeitung des Werkes gleich.»* Og også lovene i flere andre land har fulgt eksemplet, således den schweiziske, tsjekkiske, finske m. fl.¹

Vi skal dog ikke gå inn på denne mere beskjedne beskyttelse for de utøvende kunstnere. Vi kommer nemlig tilbake til problemet i en annen og videre forbindelse, nemlig om de ikke har — eller bør ha — beskyttelse efter andre rettsregler enn de ophavsrettslige. Det erkjennes nemlig mere og mere i nutiden at dette er spørsmålets rette forum.

3. Det samme kan med enda større sikkerhet sies om en annen gruppe åndsprodusenter, som også har aspirert til stillingen som virkelige åndsverksbearbeidere, skjønt ikke fullt så sterkt, nemlig gram m o f o n f a b r i k a n t e n e.

Hvis et åndsverk skal føres over til grammofon, må det ofte tilpasses og beskjæres, instrumenteres om eller på annen måte omformes. At dette er virkelige bearbeidelser av verket har det naturligvis aldri vært tvil om. Men også den rent mekaniske overføring på grammofonplaten har fabrikantene hevdet var bearbeidelse, fordi det skal stor teknisk innsikt og behendighet for at innspillingen skal bli vellykket. Dette viser sig best i den store forskjell det kan være mellom to grammofonplaters kvalitet, skjønt de kunstnere som har spillet eller sunget inn platene er de samme. Gjennom den «bearbeidelse» som i virkeligheten ligger i overføringen, mener grammofonfabrikantene derfor å ha erhvervet en veritabel ophavsrett, og i kraft

¹ Vinding Kruse forstår den danske loven på lignende måte (bl. a. i «Ejendomsretsspørgsmaal» s. 36 ff.), men domstolene synes ikke å ha gitt ham medhold, se U. f. R. 1928 s. 688, 1933 s. 555 og 1934 s. 163, og Hurwitz i U. f. R. 1933 B s. 357 ff.

av den forlanger de vern mot at andre kopierer de plater de har laget, eller fører dem frem offentlig.

Også denne opfatning fikk første gang medhold i den tyske forfatterlov av 1901. Like efter regelen om at de utøvende kunstnere skal «gjelde som bearbeidere» når deres prestasjoner tas op på grammofofon, sies det nemlig: «*Das gleiche gilt, wenn die Übertragung durch Lochen, Stanzen, Anordnung von Stiften oder eine ähnliche Tätigkeit geschieht, und die Tätigkeit als eine künstlerische Leistung anzusehen ist.*» Isåfall er det den «*welcher die Übertragung bewirkt*», som gjelder som bearbeider. Også denne regelen er efterlignet bl. a. i Schweiz, England og Tsjekkoslovakia, likesom den danske lovs § 5 innrømmer den som «overfører et verk til mekaniske instrumenter samme rett som en forfatter» for overføringens vedkommende. En lignende regel hadde også Norge før Å.,¹ men den blev ikke tatt op i denne.

Det kan heller ikke være stor tvil om at dette standpunktet er det rette. Ganske visst kan også grammofofonfabrikantens arbeide være en fin prestasjon, og det vilde være en dårlig rettsstilling som lot snyltere tilegne sig den ved å gjøre platen efter. Men når man i den anledning innrangerer grammofofonfabrikantene blandt åndslivets skapende kunstnere, virker det noe anstrengt; sånn som når den tyske loven går ut fra at det kan være «*eine künstlerische Leistung*» å manipulere med «*Lochen, Stanzen, Anordnung von Stiften, oder eine ähnliche Tätigkeit,*» eller når T o r b e n L u n d forklarer at fabrikanten har gitt verket «den bestemte kunstneriske Iklædning» ved å velge ut en kunstner til å gjengi det, og i den anledning mener at regelen «i nogen Grad kan forenes med Forfatterlovens almindelige Grundregel om at kun den originale, selvstændige Indsats paa det aandelige Omraade beskyttes» (s. 79).

Alt dette er bare fromme forsøk på å redde skinnen, og dekke over realiteten som kort og godt er denne: For å komme grammofofonfabrikantenes berettigede krav imøte, har man ført en rent t e k n i s k v i r k s o m h e t inn under åndsverkslovgivningen. At dette er en forkjørt fremgangsmåte erkjennes i nutiden omtrent av alle, uten at man i den anledning behøver å slå hånden av de betregnte grammo-

¹ Mot. Å. s. 29 tolker den dog sånn, at den ikke skulde gjelde «den rent tekniske overførelse av et musikkverk til grammofofon, uten noen kunstnerisk omdannelse eller tilpasning av dette.»

fonfabrikanter som vi senere skal se.¹ Og mere utsikt til hell har sikkert heller ikke de spredte forsøk som har vært gjort fra kringkastings side på å smugle også kringkasting inn under bearbeidelsesbegrepet, fordi den forlanger en betydelig teknikk og et godt senderarrangement om resultatet skal bli bra.²

4. Heller ikke regissøren eller instruktøren ved en teaterforestilling kan gjøre krav på å ha bearbeidet det åndsverk de fører frem. I prinsippet skulde noe annet heller ikke gjelde den som står for regien eller instruksjonen av en film, der spilles inn etter åndsverket. Men her ledsages vel dette nesten alltid av så mange og så betydningsfulle endringer av selve originalverket, at saken nok kan stille sig anderledes.

III. Når en virkelig bearbeidelse er foretatt, vinner bearbeideren o p h a v s r e t t til den i kraft av Å. § 2, pkt. 10, som nevner «oversettelser og andre bearbeidelser av de foran nevnte verker» som eksempler på hvad loven regner som åndsverker. Og denne ophavsrett er forsåvidt s e l v s t e n d i g, som den opstår ved bearbeidelsen og varer 50 år etter bearbeiderens død, hvad enten retten til hovedverket varer lenger eller kortere. Det er overhodet ikke noe vilkår for ophavsrett at hovedverket er beskyttet;³ også oversettelser og bearbeidelser av fri åndsverker gir ophavsrett, skjønt det naturligvis står enhver fritt å lage nye. (Mot. Å. s. 28.) Hvis det derimot ikke er noe virkelig åndsverk man tar utgangspunkt i, kommer ingen «bearbeidelse» i stand, men muligens et eget beskyttelsesverdig «hovedverk».⁴

¹ Den engelske Copyright Act av 1911, sect. 19 beskytter ikke grammofonfabrikanten på bearbeidelsens konto, men sier likefrem at «*copyright shall subsist in records, perforated rolls and other contrivances by means of which sounds may be mechanically reproduced, in like manner as if such contrivances were musical works.*» Retten er dog avhengig av den oprinnelige ophavsmanns, og varer dessuten bare i 50 år. Også Argentinas nye lov av 26 september 1933 regner grammofonplater som åndsverker.

² *Association littéraire et artistique internationale* har merkelig nok foreslått at både «fonografiske og radiofoniske verker» skal tas med blandt de beskyttede verker, når Bernkonvensjonen blir revidert i Bryssel. Mot dette har dog Bernbyrået og den belgiske regjering som sammen forbereder konferansen, nedlagt bestemt protest.

³ Jfr. D. a. 1934 s. 24.

⁴ Således når man setter en adressekalender om på vers, eller lager en «kunstnerisk» oversettelse av en beskrivelse av en vaskemaskin. Noe avvikende for de egentlige oversettelsers vedkommende E b e r s t e i n l. c. s. 11 ff.

På den annen side har bearbeideren ikke større ophavsrett enn andre åndsprodusenter. Han må som andre nøie sig med å rå over hvad han selv har skapt, og la fremmede åndsverker i fred. Nu er imidlertid forholdet at han bare har skapt en del av verket, der det foreligger i bearbeidet skikkelse, mens offentligjørelsen av det forutsetter at det også disponeres over resten, som hovedmannen har skapt og har ophavsretten til. Denne faktiske situasjon kommer nødvendigvis til å legge visse bånd på bearbeiderens ophavsrett. Fordi om han har bearbeidet verket har han ikke dermed ekspropriert hovedmannens rett, men må utøve sin ophavsrett «med forbehold av den oprinnelige forfatters rettigheter», som den gamle forlatterlov sa, og som Å. mener faller av sig selv. (Mot. Å. s. 28.) Bearbeiderens ophavsrett blir m. a. o. avhengig av hovedmannens.¹ Omvendt er det klart at heller ikke denne siste kan offentliggjøre det bearbeidede verk på egen hånd. Da disponerer han nemlig også over bearbeiderens ophavsrett, og det har han ikke lov til.

Stillingen er altså omtrent som når to ophavsmenn har skapt et åndsverk sammen, uten at den enes bidrag kan skilles fra den annens: Utad har begge ophavsrett, og kan forsvare verket mot krenkelser uavhengig av hverandre; men innad holder den enes ophavsrett den annens i sjakk, slik at verket ikke kan offentligjøres uten at begge er enig om det. En slik beltespenning er ikke så heldig, samfundsmessig sett. Men i de fleste tilfelle vil bearbeideren ha sikret sig s a m t y k k e til å disponere over hovedmannens ophavsrett, enten uttrykkelig eller stilltiende.² Det er meget sjeldent at man gir sig til å bearbeide andres verker «på vona». Derfor har Å.

¹ Denne sprogbruken er kanskje ikke helt kurant. Men i patentretten taler en i analoge situasjoner alltid om «avhengige patenter», og Foto. sier i § 1 at eneretten til fotografier av kunstverker er «avhengig av samtykke fra kunstnerrettens innehaver».

² Også uten et slikt samtykke har bearbeideren dog ophavsretten til det han har skapt, og kan nekte at det bearbeidede verk blir offentliggjort, av utenforstående eller av hovedmannen. Vår gamle lovs § 2 satte derimot ved kunstverker det vilkår for bearbeiderens ophavsrett, at bearbeidelsen var «lovlig», d. v. s. utført med samtykke av ophavsmannen. Var den ikke det, kunde hovedmannen fritt forsyne sig av bearbeidelsen, og offentliggjøre verket i endret skikkelse. En slik regel er imidlertid urimelig, og derfor strøk Å. kravet om at bearbeidelsen må være «lovlig». Den stemmer i dette stykke med de fleste andre lover, og også med Bernkonvensjonen, sånn som den lyder efter 1908.

ikke følt trang til en sånn regel som P. § 9, der gir den som har fått patent på en avhengig oppfinnelse rett til å bruke hovedopfinnelsen mot et visst vederlag.¹

§ 11.

Begrensninger av ophavsretten.

I. Når man ser på ophavsretten fra et lovgivningssynspunkt, faller det straks i øinene at ophavsmannens og almenhetens interesse i reglernes utformning ikke faller ganske sammen.² Som den der har skapt åndsverket krever ophavsmannen full rådighet over det; han vil ha enerett til å offentliggjøre verket og til å trekke det tilbake igjen, og han vil selv kunne bestemme vederlaget, hvis ophavsretten

¹ *Vinding Kruse* oppfatter ikke ophavsrettsforholdet ved bearbeidelse ganske som teksten. Han mener (s. 477) at bearbeideren bare har en «virkelig Forfatterrett» når han har hovedmannens samtykke, men ikke når den er rettsstridig i forhold til ham. (Det rettsstridige ligger forøvrig regelmessig ikke i bearbeidelsen, men i offentliggjørelsen av den, akkurat som det ikke er rettsstridig å ta ut et avhengig patent, men å bruke det.) Da har bearbeideren nemlig visstnok rett til å forby andre å offentliggjøre verket, men han kan ikke gjøre det selv, og det er bare når begge befoielsene er forenet, at den virkelige forfatterrett er tilstede. Det er dog ikke almindelig — og heller ikke praktisk — å nekte å tale om ophavsrett, så snart det er lagt bånd på den positive siden av retten, f. eks. fordi verket henger uløselig sammen med et annet. En lang rekke verker vilde da bli uten ophavsrett, f. eks. de som er blitt til ved samarbeide uten avtale, alle avhengige oppfinnelser eller oppfinnelser som ikke kan utnyttes p. g. a. et statsmonopol, brev som ikke kan offentliggjøres fordi de berører adressatens personlige forhold, portretter som det samme gjelder om p. g. a. retten til det personlige bilde o. s. v. Bedre er det da å si som *Torben Lund* (s. 72—73) at det ikke består noen full eller fullstendig forfatterrett i alle disse tilfelle, som man også kan si at eiendomsretten ikke er full eller fullstendig, når det hviler pant på eiendommen. Men heller ikke denne sprogbruken er særlig heldig.

Jeg forstår forøvrig ikke riktig hvorfor *Vinding Kruse* legger sånn vekt på at den «rettsstridige» bearbeidelsen ikke skal hjemle noen «virkelig Forfatterret». Setningen anføres visstnok som et bevis på at det bare er *selvstendige* åndsprodukter som honoreres med ophavsrett, idet de rettsstridige bearbeidelser alltid er «uselvstendige». Men enten bearbeidelsen skjer a) med samtykke eller b) uten samtykke eller c) uten å behøve samtykke fordi verket er fritt, må da det nye verks «selvstendighet» i forhold til hovedverket være ganske den samme?

² At de følges ad et godt stykke er noe annet. Jfr. § 1.

overdras til andre. Almenheten har derimot stor interesse i at adkomsten til åndsverkene er så lett og billig som mulig. Det er jo folks åndelige føde det gjelder, og alt som bidrar til å gjøre den dyrere eller sparsommere er i og for sig av det onde.

Så lenge åndsverket ennu ikke er sluppet ut i verden, må dog ophavsmannens interesse ubetinget gå foran. De verker publikum ikke kjenner har det regelmessig heller ingen trang til, og dessuten vilde det være så sin sak å underkaste de skapende ophavsmenn tvangsforløsning, for å mette almenhetens kulturbehov. Men når verket først er offentliggjort av ophavsmannen, blir forholdet vanskeligere. Ethvert betydelig åndsverk er nemlig en åndelig impuls som ophavsmannen ikke lenger har fullt herredømme over, når han først har gitt den. Tvertimot fører åndsverket fra da av sitt eget liv; det preger de mennesker det trenger inn i, samtidig som det også selv formes og farves av omgivelsene. Der oppstår, som det har vært sagt, «*eine dynamische Verknüpfung*»¹ mellom åndsverket og samfundet. De som lærer det å kjenne «*erfüllen sich mit dem Gedanken des Werks, seine Formung erzeugt Formungen in ihnen, jührt die einzelnen Menschen zu neuen Entwicklungen, zu neuem formalen Erfassen der Welt, der Dinge und Menschen, verändert selbst die Stellung des Menschen zum Menschen, und damit die geistige und zuweilen auch soziale Struktur der Menschheit.*» Skulde ophavsmannen allikevel ha eneheredømmet over verket, vilde dette derfor ikke bare bety at almenheten kunde gå glipp av betydelige åndsverdier. Når ophavsmannen trekker verket tilbake, etterat han har satt det ut i verden og latt det øve sin gjerning, skjærer han direkte i det levende åndsliv.

Tilsynelatende tar dog hverken norsk eller fremmed lovgivning hensyn til dette; også etterat verket er offentliggjort har ophavsmannen enerett til å rå over det. Hans egne økonomiske og personlige interesser anses nemlig som tilstrekkelig garanti for at åndsverkene stadig holdes tilgjengelig for almenheten, og blir spredt videst mulig. Det hindrer imidlertid ikke at der leilighetsvis kan oppstå konflikter mellom ophavsmannens og almenhetens interesser, og problemet om en b e g r e n s n i n g av ophavsretten blir isåfall aktuelt.

I likhet med alle andre ophavsrettslover inneholder også Å. en rekke slike begrensninger. Viktigst er regelen om at ophavsretten ikke varer evig, men faller bort når en tid er gått. Men også forskriften

¹ L i n d e m e y e r i Ufita. 1931 s. 394.

om at eneretten ikke gjelder privat bruk av åndsverkene, og at enkelte verker faller utenfor den er utslag av samme tankegang. Det samme er paragrafen om at åndsverker kan eksproprieres hvis de ikke holdes tilgjengelige for almenheten, og hele det viktige annet kapitel i loven, som trekker visse grenser for ophavsrådigheten. Det fremgår ganske visst ikke av lovens systematikk at alle disse reglene er i slekt, og må sees som begrensninger av ophavsretten. Tidsgrensen står i kapitlet om rettens varighet, ekspropriasjonsregelen i avsnittet om rettens overgang til andre. At privat bruk av åndsverkene er tillatt følger av selve ophavsrettsbeskrivelsen i § 1, mens forskriften om at enkelte verker faller utenfor retten står i § 3. Derimot er overskriften til annet kapitel tydelig nok: «Innskrenkninger i ophavsretten.» En slik ordning kan være rimelig i en lov, men i en teoretisk fremstilling bør alle de forskjellige begrensningene fremstilles under ett.¹ Først da kommer sammenhengen mellom dem klart frem, og først da ser man tydelig hvilken betydning de har for ophavsrettens fysiognomi, rettslig og socialt.²

II. Åndsverker uten rettsvern. I § 3 regner Å. op forskjellige litterære produkter som faller utenfor ophavsrettsvernet, selv om de fyller de krav man ellers stiller til åndsverker. Grunnen til dette ligger ikke i deres egen natur, og heller ikke i at de har praktisk formål;³ dette er jo som foran påvist ingen hindring for ophavsrett. De «verker» § 3 nevner har imidlertid ikke synderlig bruk for ophavsrett, fordi de søker den videst mulige utbredelse, samtidig som ophavsmannen gjerne får sitt arbeide betalt på annen måte. Men selv om en privat ophavsrettsinteresse skulde bestå, krysses den av samfundets interesse i at det ikke er hindringer av noen art for å utbre dem.⁴ Listen har tre numre:

¹ Den grunnleggende regel om at eneretten ikke gjelder privat gjengivelse av åndsverkene har vi dog alt behandlet, og skal ikke gjenta det.

² I nazistisk ophavsrettslitteratur fremheves det, bl. a. av Hoffmann i Ufta. 1935 s. 1, at man gir klare uttrykk for ophavsrettens sociale begrensning ved å si i selve loven at det ikke er ophavsmannen som beskyttes, men verket. Dette fremstilles som en betydelig forbedring ved det nye nazistiske lovutkast, i motsetning til den «individualistiske» opfatning i den gamle lov og i Bernkonvensjonen, som setter sig til opgave å beskytte ophavsmannen.

Jeg kan med min beste vilje ikke innse at forandringen er så epokegjørende.

³ Dette var Kohlers forklaring (s. 162).

⁴ Jfr. Riezler s. 222.

1) «Lover, administrative kunngjørelser og andre offentlige aktstykker.»

2) «Skriftlige og muntlige forhandlinger i konstitusjonelle, kommunale, kirkelige eller andre offentlige representative forsamlinger, i rettene samt ved offentlige, politiske og lignende forhandlingsmøter.»

Det er den offentlige diskusjonsfrihet loven vil verne om ved denne regelen. Det fremgår tydelig av det følgende punktum i paragrafen, som forbeholder ophavs mannen hans vanlige ophavsrett, når det er tale om en samlet utgave av en offentlig manns taler; en slik samling er nemlig ikke noe innlegg i dagens aktuelle diskusjon. — Som man ser er det ikke alle uttalelser på offentlige møter som faller utenfor ophavsretten, bare forhandlingene ved «offentlige, politiske og lignende forhandlingsmøter». Antagelig betyr dette alle offentlige møter hvor praktiske samfundsspørsmål behandles, og hvor det er adgang til diskusjon. Ellers er møtet nemlig ikke noe forhandlingsmøte, men et «muntlig foredrag», som er beskyttet på vanlig måte etter § 2. Det samme gjelder når forhandlingene ved et offentlig møte hverken er politiske eller «lignende», men gjelder f. eks. Oxfordbevegelsen eller verdens snarlige undergang. I slike tilfelle må derfor referater av forhandlingene ikke være stenografiske, men nøie sig med å gjengi innholdet. At dette siste alltid er tillatt, hadde forfatterlovkomitéen funnet det sikrest å si uttrykkelig: «Innholdet av offentlige taler og foredrag er det tillatt å gjengi offentlig i form av referat.» Ot.prp. nr. 22, 1930 s. 8 holdt imidlertid denne bestemmelsen for overflødig, og strøk den. Selve innholdet av en tale hører regelmessig til de deler av åndsverket som det ikke er ophavsrett til, og stenografiske referater ønsket man ikke å gi ubetinget fri.

3) «Dagsnytt og andre journalistiske meddelelser i aviser, tidskrifter og radio». Selv uten en sånn regel vilde slike ting sjelden ha vært ophavsrett undergitt. Eneretten omfatter aldri selve innholdet av nyheten, og det er ikke ofte at det er ofret så meget arbeide på den formelle utformningen, at ophavsrett er på sin plass. Men «for å skape klare linjer, og for at pressens menn kan vite hvilke ettertrykk er tillatt og hvilke forbudt», har loven i alle tilfelle stillet dem utenfor ophavsretten (Mot. Å. s. 32).

III. Ekspropriasjonsadgangen. Vi sa foran, at når lovgiveren gir ophavsmannen hals og hånd over de åndsverdier som almenheten skal leve på, er det i tillit til at hans egen interesse vil tilsi ham å holde dem tilgjengelig for publikum. Hvis dette ikke blir gjort, er det et misbruk av ophavsretten i lovens øine, og det er rimelig at den ser sig om efter midler til å hindre det. På lignende vis arter saken sig forøvrig også når det gjelder eneretten til oppfinnelser, bare at problemet her er langt mere praktisk, av forskjellige grunner.

Det er mange slags midler loven her kan gripe til: Den kan, som den rumenske lovs § 5, la eneretten falle bort hvis et åndsverk holdes borte fra offentligheten i en viss tid. Eller man kan med englenderne åpne adgang til tvangslisenser i slike høve (art. 4), akkurat som man gjør i patentretten, når «oppfinnelsen ikke blir brukt i rimelig omfang» innen tre år. (P. § 9.)¹ Man kan imidlertid også ta skrittet fullt ut, og gi det offentlige rett til å ekspropriere åndsverker som blir holdt borte fra publikum.² Bestemmelser i denne retning finnes bl. a. i Portugals og Italias³ lover, og i § 16 går Å. i deres fotspor: «Når almene hensyn gjør det påkrevet, kan kongen bestemme at ophavsretten til et verk hvis skaper er død, ved ekspropriasjon skal gå helt eller delvis over til staten, når dette er nødvendig for å gjøre verket tilgjengelig for offentligheten.»

Det er som man ser først når ophavsmannen er død at loven åpner adgang til ekspropriasjon; å ta ophavsretten fra ham i levende live vilde stride mot den respekt loven ellers viser for ophavsmannens personlige og ideelle interesser. Men overfor arvingene kan ekspropriasjon alltid skje, uten hensyn til om verket tidligere er offentliggjort, og på tross av testamentariske bestemmelser om at offentliggjørelse skal være forbudt. Vilkår for ekspropriasjonen er dog alltid at åndsverket ikke holdes tilgjengelig for almenheten i rimelig omfang, og at «almene hensyn» tar skade ved dette. Rent ubetydelige verker kan man ikke si dette om, og vanskelig om verker som aldri har vært

¹ Isåfall kommer reglene utvilsomt til å forme sig som virkelige begrensninger av ophavsretten, mens dette muligens kan bestrides, hvis man åpner adgang til å ekspropriere retten.

² Se oversikten hos Lindemeyer: «*Enteignung und gesetzliche Lizenz auf dem Gebiete des Urheberrechts*» Ufita. 1931 s. 385 ff.

³ Her blev bestemmelsen i sin tid brukt til å sikre utgivelsen av Leopardis verker.

offentliggjort, fordi almenheten da ikke vet hvad den går glipp av. Dessuten må hensikten med ekspropriasjonen være å offentliggjøre verket, ikke å undertrykke det. Er disse vilkårene fylt, kan verket imidlertid eksproprieres såvel helt som delvis, f. eks. bare retten til å filme det eller opføre det på teatret. At der skal betales erstatning for tvangstilegnelsen sier ikke Å. uttrykkelig, fordi dette følger av grl. § 105.

Synderlig stor praktisk betydning kommer ekspropriasjonsregelen i Å. § 16 neppe til å få, og det var heller ikke meningen med den. Mot. Å. kaller den for «en slags sikkerhetsventil, som man i samfundets interesse har anbragt for å beskytte sig mot misbruk av ophavsretten» (s. 51). Men som et vidnesbyrd blandt mange om at tanken på almenheten aldri er glemt under utformningen av ophavsrettens regler, har § 16 ikke ubetydelig s y m p t o m a t i s k i n t e r e s s e.

IV. Tidsgrensen. Nesten i alle land er ophavsretten b e g r e n s e t i t i d. For øieblikket er det bare Meksiko og Portugal som lar den vare evig. Men det er ikke lenger siden enn 1877 at samme regel også gjaldt i Sverige. Fra tid til annen søker enkelte ophavsmenn eller ophavsmannsorganisasjoner å påvirke opinionen til fordel for at tidsbegrensningen bør falle bort.¹ Det er analogien fra eiendomsretten som er det stående argument for dette. Men denne analogi er overfladisk, fordi retten til åndsverkene på avgjørende punkter ligger anderledes an enn retten til legemlige ting.²

1. Som vi nettopp så, fører åndsverkene sitt selvstendige liv etterat de er offentliggjort. Noen vokser med tiden, andre blir mindre. Men hvis de ikke synker rent i glemsel, lever de sig stadig fastere inn i åndslivet, og blir en mere og mere selvfølgelig del av samfundets hele kulturskatt. For hvert år som går blir det derfor betenkeligere å la ophavsmannen trekke verket tilbake, eller overhodet ha ene retten til det. Den adkomst som skapelsen gir utkonkurreres litt efter litt av den rett til åndsverket som almenheten har vunnet ved å ta det inn i sig og la det øve sin virkning på sinnene. — Og som tiden knytter båndet mellem verket og almenheten fastere, løsner den samtidig forbindelsen med ophavsmannen. Også han er undergitt forvandlingens lov, og den skapende yngling som engang frembragte verket er kanskje temmelig forskjellig fra den mimrende olding som

¹ Også patenter har man foreslått skulde være evigvarende. Se Patent. bet. s. 91.

² Se Ernst Heymann: «Die zeitliche Begrenzung des Urheberrechts». (1927)

femti år senere forferdes over hvad han har skapt, og vil ta verket med sig i graven. Og når det ikke engang er ophavsmannen selv, men hans arvinger som krever fortsatt enerett, på tross av almenhetens ønske om at verket må være fritt, er det klart at tyngden i kravet er enda mindre. Ophavsmannens egen rett er sterk og uomtvistelig, fordi det er ham som har skapt det. Men arvingenes adkomst til eneretten er iallfall ikke sterkere enn arvekrav flest, snarere svakere. En opplysning om at «den store Corneilles etterkommere er død i fattigdom!» vilde neppe gjøre samme inntrykk i våre dager, som da L a k a n a l i sin tid rystet Nasjonalkonventet med den.

Men også en annen, på en måte mere prinsipiell betraktning taler sterkt for å begrense ophavsmannens enerett i tiden: Selv den originaleste ophavsmann står i gjeld til det kulturmiljø som omgir ham. Om skapergnisten aldri så meget er hans egen, vilde dog verket ikke være tenkelig, hvis han ikke hadde suget næring av andres tanker, og vokset på dette. Det er derfor et riktig uttrykk for samspillet mellom ophavsmann og miljø, at ophavsmannen nok får eneretten over verket, men bare i en begrenset tid. Derefter faller det vederlagsfritt «i det fri», og blir en del av almenhetens felles kulturfond, som ophavsmannen i sin tid øste av, og som kommende ophavsmenn skal gjøre efter ham.¹

2. Hvor lenge eneretten skal være kan det imidlertid være delte meninger om. Ved første blikk synes det rasjonelt å fikserer den til et bestemt antall år, slik som ved patentretten, og ikke la vernetiden avhenge av om ophavsmannen lever lenge eller kort. Slik ordnet også verdens første forfatterlov saken, da den satte vernetiden til 14 eller 21 år fra verket kom til, åbenbart med patentbeskyttelsen som mønster. Og i nutiden er det fremdeles land som har samme ordning, bare at vernetiden gjerne er lenger.

Den alt overveiende hovedregel er imidlertid at beskyttelsen varer i ophavsmannens levetid, og et visst antall år etterpå. Man finner det nemlig prinsipielt riktig at ophavsmannen beholder ophavsretten så lenge han lever, siden den er så sterkt personlig preget. Og når den dessuten varer en del år til, er dette ikke bare for arvingenes skyld, men også for ophavsmannens egen: han må kunne overdra sin ophavsrett til andre, med sikkerhet for at den ikke når som helst kan falle

¹ Andre rettstanker og institusjoner som tildels har samme grunnlag er arveavgiftsreglene, forskriftene om «hjemfallsrett» i konsesjonslovene o. s. v.

bort. Knytter man terminen til dødsåret, undgår man også de praktiske ulempene ved at en ophavsmanns verker blir fri til forskjellig tid.

Hvor mange år efter døden man skal bli stående ved, er et praktisk skjønsspørsmål. De fleste land lar vernet vare i 50 år, og Bernkonvensjonen art. 7 stiller også dette op som et ønskemål. Andre nøier sig med 30 år, og meget taler for at dette kunde være passelig. Efterat Østerrike og Tyskland nylig har forlatt 30 år-grensen og gått over til 50 år, er det imidlertid vesentlig Sverige og Schweiz som holder på denne grensen her i Europa.

Også andre alternativer kunde naturligvis tenkes. F. eks. å la vernetiden variere efter åndsverkenes karakter og betydning, noe som særreglene om fotografier gir en nærliggende støtte for, og som for øieblikket er under alvorlig debatt i mange land.¹ Faren ved å la altfor mange «åndsverker» nyte godt av den eksklusive og langvarige ophavsrett vilde delvis bli nøytralisert på denne måten. Det kunde også tale adskillig for å la selve eneretten vare kortere, men gi ophavsmannen rett til å kreve avgift for verkets offentliggjørelse noen år efterpå. Dette system kalles gjerne *domaine public payant*, og er bl. a. lovfestet i England. Her varer den fulle enerett bare i 25 år efter ophavsmannens død; men i de neste 25 kan arvingene kreve avgift hver gang verket blir offentliggjort.

3. I Norge gjelder det imidlertid om alle verker som faller inn under Å., at de beskyttes i ophavsmannens levetid og 50 år efter utløpet av hans dødsår (§ 17). Hvis verket er utgitt navnløst eller under dekknavn, slik at man ikke vet hvem forfatteren er, varer retten bare i 50 år efter utgivelsesåret. Men hvis ophavsmannen navngir sig på en bestemt måte, inntreer det fulle vern som loven hjemler (§ 19). Det samme gjelder, når alle vet hvem dikternavnet skjuler, f. eks. Anatole France, Georges Sand eller Peter B e n d o w.

I alle tilfelle skal dog ophavsretten vare «i minst 10 år efter verkets offentliggjørelse». Tanken er at om ophavsmannens arvinger ikke har offentliggjort det før vernetiden er forbi eller nærmer sig sitt utløp, skal de allikevel få ophavsrett en viss kortere tid, for å ha opfordring til å gi verket ut.² Stor praktisk betydning har bestemmelsen

¹ Det tyske utkast lar således eneretten til film vare i 30 år.

² En lignende regel har den tyske lov (§ 29). K o h l e r angriper den sterkt, mens f. eks. d e B o o r forsvaret den.

ikke; det er særlig når man kommer over etterlatte manuskripter at det kan bli bruk for den.¹ Men i prinsipiell henseende er den interessant: Den gjør i virkeligheten ophavsretten *e v i g v a r e n d e* for de ikke-offentliggjorte verkers vedkommende. I enkelte land kommer man til samme resultat, fordi man betrakter retten til å motsette sig offentliggjørelse som en personlig rett der aldri foreldes. Å. anser derimot her som ellers offentligjørelsen som en del av ophavsrådigheten, og lar den følge samme regel som annen ophavsrett.

4. Særlig for noen år siden var det sterk stemning i forfatter- og kunstnerkretser for å få vernetiden for åndsverkene forlenget. Ikke så meget til fordel for de enkelte rettighetshavere, som for ophavsmennene i almindelighet, og dermed for hele kulturlivet. I den anledning foreslo man dels å lage en *domaine public payant* når den ordinære vernetid var slutt, dels også en *domaine d'État*, hvor ophavsretten gikk over til staten istedenfor å falle i det fri. Tanken var i begge tilfelle at åndsverkene skulde utnyttes til beste for landets samlede åndsliv, som enten fikk det utbytte statens ophavsrett bragte, eller en del av de avgifter som skulde betales. Disse planene blev ikke bare støttet på praktisk-politiske betraktninger, men også på ophavsrettslige: Som ophavsmannen selv hadde nytt godt av den næring landets åndsliv gav ham, er det ikke urimelig at hans arbeide kommer dette selvsamme åndsliv tilgode når den egentlige ophavsrett er forbi. På den måten betaler hver generasjon av ophavsmenn tilbake til den kommende generasjon, hvad de i sin tid har fått av den foregående.²

Lengere enn til lovforslag er disse tankene dog ennu ikke nådd.³ Men slike forekommer det til gjengjeld adskillige av. Under utarbeidelsen av Å. foreslo således forfatterlovkomitéen at de fri åndsverker skulde gå over til staten, som skulde bruke inntekten av dem til et «fond til åndslivets fremme». I Å. blev tanken imidlertid sluppet, og heller ikke som *domaine public payant* fikk den innpass i loven.⁴

¹ F. eks. i et slikt fall som da *A n d r é s* dagbok blev funnet oppe i ishavet.

² Se bl. a. *Vilbois* store verk «*Domaine public payant*» (1929).

³ Italias lov §§ 34 og 35 er dog et undtak, forsåvidt angår offentlig fremførelse av fri åndsverker. Den er bare lovlig når det betales en viss avgift til staten. Til gjengjeld bevilger denne hvert år et større beløp til støtte for kunst og kunstnere.

⁴ Stortinget uttrykte imidlertid sin sympati for en slik ordning, og henstillet til departementet å utrede den.

V. Innskrenkninger i enerådigheten. Nesten enda tydeligere kommer det frem i lovens kap. II, at ophavsmannens enerådighet over verket må tåle visse innskrenkninger av hensyn til almenheten. Det er dog mindre de enkelte bestemmelsene enn bygningen og begrunnelsen av kapitlet, som taler så høyt om dette.

Slike regler som dem i kap. II finnes nemlig i alle lover om ophavsrett, og har alltid gjort det. Men både i lovgivningen og i litteraturen behandles de gjerne som spredte og vilkårlige undtak fra en tenkt, almindelig ophavsrett, og det er heller ikke fritt for at de også i rettspraksis frister undtaksreglens Askepott-tilværelse. Å. samler dem derimot i et eget kapitel som følger like etter det grunnleggende kapitlet om ophavsrett, og står som et naturlig motstykke til dette. Alt i det ytre gir loven altså uttrykk for at innskrenkningene i ophavsmannens enerådighet ikke er tilfeldige og vilkårlige undtak, som må smugles inn bakveien. De hviler som Mot. Å. fremhever (s. 56—57) på det almindelige prinsipp at ophavsretten som andre rettigheter må finne sig i å beskjæres og begrenses, når hensynet til almenheten og til samfundet gjør det påkrevet. De positive reglene om ophavsretten kommer derfor til å bli resultatene av to likeverdige komponenter, tanken på ophavsmannen og tanken på almenheten, og som et naturlig uttrykk for dette er Å.'s to første kapitler bygget op.¹ Enhver tanke på at reglene i kap. II er undtak som må tolkes strengt eller endog «innskrenkende», må derfor være utelukket.

Men om loven således understreker innskrenkningenes prinsipielle berettigelse sterkere enn de fleste andre lover,² følger ikke herav at den gjør flere og større innhugg i enerådigheten enn disse. Snarere tvertom. Både i forhold til eldre rett og til de fleste utenlandske lover er Å.'s innskrenkninger få og moderate. Samtidig som Mot. Å. fremhever nødvendigheten av en begrensning når virkelige samfunds-

¹ I dette stykke betegner den visstnok en nydannelse blandt forfatterlovene. «*Das norwegische Urheberrechtsgesetz ist hierbei bahnbrechend vorausgegangen*» sier Willy Hoffmann i GRUR. 1931 s. 708. — Venezuelas nye forfatterlov (titre IV) samler alle innskrenkningene under overskriften: «*Extension du domaine public en matière de propriété intellectuelle.*»

² Uten derfor å gå så langt som nazistene vil, og opfatte ophavsretten som en rett der er betrodd ophavsmannen som «*Treuhänder der Volksgemeinschaft*» (Kopsch i Ufita. 1935. s. 131). Her klenger Comtes og Duguits lære om rettighetene som sociale funksjoner tydelig igjen.

hensyn krever det, understreker de nemlig sterkt at ophavsretten er dypt berettiget, både for ophavsmannens skyld og for samfundets. Derfor måtte det være et absolutt krav at alle innhugg i den kunde «godtgjøre sin nødvendighet eller rimelighet fra samfundets synspunkt. Den historiske kjensgjerning at denne eller hin innskrenkning i retten består i vår gjeldende lov, er ikke tilstrekkelig grunn til at de bør bibeholdes, hvis de ikke kan rettferdiggjøre sin eksistens overfor nutidens rettsopfatning» (s. 14). Og under det kritiske gjensyn av den gamle lov som derefter blev foretatt, fant man at flere av innskrenkningene ikke forsvarte sin plass. De var i virkeligheten ikke uttrykk for berettigede samfundskrav, men bare rester av gammel tids manglende forståelse av ophavsretten. De innskrenkningene som er blitt stående i loven hviler forøvrig ikke på akkurat samme hensyn. Det vil vise sig når vi nu går gjennom de viktigste av dem.

1. Citatretten. § 9 begynner med å si at «det er tillatt å citere enkelte steder eller mindre avsnitt av et tidligere offentliggjort skrift, foredrag eller musikkverk». En slik regel gjelder overalt. Retten til å citere er en nødvendig forutsetning for meningsutveksling, og denne kan et kultursamfund ikke undvære i lengden. Citatretten er i virkeligheten heller ikke generende for ophavsmannen, må snarere betraktes som en «uskyldig nyttesrett» for almenheten, enn som en besværlig innskrenkning i eneretten.

Som vilkår for citatretten krever loven at det verk der citeres er offentliggjort, og at det bare er «enkelte steder eller mindre avsnitt» av det som gjengis. Enkelte fremmede lover trekker grensen mere bestemt, til et visst antall ord eller linjer. Å. mener derimot at «den nødvendige og tilstrekkelige begrensning av retten ligger i ordet citere» (Mot. Å. s. 57). Derved trekkes nemlig ikke bare en kvantitativ grense for hvad man kan forsyne sig med hos andre, men det forutsettes også at citatet blir anbragt i et annet, selvstendig åndsverk, som den citerende selv har frembragt.¹ I dette stykke må man være nokså mistenksom. Blir citatene særlig mange og særlig omfangsrike, er det nemlig fare for at det er dem som er hovedsaken, og at den ramme de puttes inn i nærmest er et fikenblad som skal skjule ophavsrettskrenkelsens nakenhet. Og slike «citer» tillater Å. ikke.

¹ På tross av ordlyden må vel åndsverkene også kunne citeres *in extenso*, når de er svært små.

Ved bildende kunst kan man vanskelig tale om citater. Men også her er beslektede behov tilstede, og loven har derfor gitt punktet om citatretten følgende tilføielse: «Likeledes er det tillatt å gjengi tidligere offentliggjorte kunstverker og byggverker i kritiske eller videnskabelige fremstillinger, når det skjer til forklaring av teksten og i forbindelse med denne.» Som ved citatene er det også her forutsetningen at gjengivelsen knytter sig aksessorisk til en selvstendig og alvorlig ment «fremstilling», og ikke bare er et kamuflert forsøk på å slå mynt på andres åndsverker. Akkurat som man ikke kan lage fødselsdagskalendre som citerer et lyrisk dikt til hver av årets dager, kan man heller ikke lage billedbøker av en rekke maleres verker, selv om man gir dem noen likegyldige ord med på veien.

2. Den neste innskrenkningen i ophavsretten er til fordel for «bøker som er bestemt til skole- eller kirkebruk». Her er det samfundets kulturinteresser i bredeste forstand, hensynet til ungdommens opplæring og til menighetens kultus, som har ført loven til å begrense ophavsretten. Mot. Å. skildrer patetisk hvor skjebnesvangert det vilde være, om man p. g. a. eneretten skulde kunne «risikere at de lesebøker hvorfra barn og ungdom henter sine første litterære inntrykk, var avskåret fra å meddele impulser fra landets aktuelle åndsliv, men måtte søke sitt stoff fra en fjern fortid, hvis litterære frembringelse alt var falt i det fri. På lignende vis vilde saken også stille sig for de bøkens vedkommende som er bestemt til kirkebruk». (s. 58) For å besverge disse farer gir loven tillatelse til både å ta inn mindre stykker av litteratur og musikk i sånne bøker, og å gjengi kunstverker til forklaring av teksten og i forbindelse med den. Men forat dette ikke skal være ubillig overfor ophavsmannen, stiller den visse vilkår for lærebokforfatterens rett til å forsyne sig:

a) Bøkene må ikke bare være bestemt til kirke- eller skolebruk, men de må også bestå av et større antall forfatteres verker. En enkelt forfatter skal ikke kunne tvinges til å være skoleføde ganske alene. b) Det må være gått minst 10 år siden verket kom ut, eller blev stillet ut første gang. Det første decennium beholder ophavsmannen markedet helt for sig selv. c) Det skal betales en rimelig godtgjørelse for bruken som fastsettes av kirkedepartementet hvis partene ikke blir enig om den.¹ Denne siste regelen er ny i Å., og

¹ Lånets rettsmessighet er derimot ikke betinget av at honorarspørsmålet er ordnet på forhånd.

ukjent i de fleste land. Ikke desto mindre er den helt rasjonell. For mens ophavsmennene må finne sig i at samfundets åndskapital står til rådighet for undervisningen og for gudstjenesten, er det ingen grunn til å ofre deres økonomiske interesser, forat læreboksforfatterne skal tjene penger eller salmebøker bli billigere (Mot. Å. s. 59).

3. Pressens lånerett. Det stoff som aviser og tidsskrifter inneholder er dels «åndsverker», dels ikke. Under II. fremholdt vi således at nyhetsstoffet sjelden fyller de krav som må stilles til åndsverker, og at det iallfall er satt utenfor ophavsretten ved positiv bestemmelse i Å. § 3. Også størstedelen av avertissementsstoffet faller efter sin natur utenfor ophavsretten; det er ikke noe åndsverk å meddele verden at man har poteter tilsalgs. Men ellers vrimler det av åndsverker både i avisene og i tidsskriftene. Kravene til selvstendig skapende innsats er nemlig ikke større enn at en hvilken-somhelst «original» artikkel kan gjøre krav på benevnelsen, for ikke å snakke om alt billedstoffet. Både i teksten og i annonsene finner man virkelige åndsverker; reklamedikt og reklametegninger står ikke i annen stilling enn artikler og illustrasjoner med ideelt formål.¹

Fra gammel tid har imidlertid pressens åndsverker stått i en særstilling. Enten har de vært helt utelukket fra ophavsrettsvernet, eller man har iallfall forlangt visse formaliteter iaktatt, som «eftertrykk forbudt» eller lignende. I noen grad kan vel dette komme sig av at man ikke har estimert pressens prestasjoner så høyt som de har krav på, men nektet å anerkjenne dem som virkelige åndsverker fordi de regelmessig fører døgnfluenes tilværelse. Men hovedgrunnen er dog at pressen selv har følt trang til en *i n n b y r d e s l å n e r e t t*, som bare er mulig på bekostning av ophavsretten. Hvilken betydning pressens særlige lånebehov må tillegges er kanskje ikke helt klart, selv ikke for pressens egne menn. I de forskjellige ophavsrettslover, såvelsom i Bernkonvensjonens utviklingsfaser,² finner man nokså ulike regler om den. Men tendensen synes å gå i retning av at det påståtte lånebehov er overdrevet, og at også pressen i virkeligheten er best tjent med at de almindelige ophavsrettsreglene blir anvendt over hele linjen. Forfatterlovkomitéen foreslo derfor i sin tid at alle særregler om presseinnholdet skulde forsvinne. Men efterat

¹ Se foran s. 71 og *W i n s n e s*: «Om rettsbeskyttelse for reklamekunst» s. 11, og «Omriis av norsk presserett» s. 67 ff.

² Se Mot. Å. s. 30 ff.

stemningen på pressehold hadde samlet sig om den bestemmelsen i Bernkonvensjonen som blev vedtatt ved revisjonen i Rom, fikk loven en forskrift som svarte til denne: «Avisers og tidsskrifters artikler om dagens økonomiske, politiske eller religiøse spørsmål kan avtrykkes eller oversettes i andre aviser eller tidsskrifter, hvis ettertrykk ikke er uttrykkelig forbudt.»

Bakgrunn for forskriften er selvsagt hovedregelen om at pressens åndsverker står på linje med alle andre, hvad beskyttelse angår. Den lånerett som pkt. 4 i § 9 hjemler er derfor strengt begrenset til det område den selv angir: a) Den gjelder bare for og imot pressen, d. v. s. aviser og tidsskrifter.¹ Annen gjengivelse av presseinnholdet, f. eks. i kringkastingen eller i bokform, er utelukket. b) Den omfatter bare «artikler om dagens økonomiske, politiske eller religiøse spørsmål», altså artikler om emner som i særlig grad optar øieblikkets aktuelle diskusjon. Overfor veritable avhandlinger og selvstendige teoretiske undersøkelser² kan låneretten derimot ikke utøves. Enda mindre overfor føljetonger, noveller o. l., eller overfor billedstoffet. Og det samme gjelder de egentlige artikler, når deres emne hverken er økonomisk, politisk eller religiøst, men f. eks. kunsthistorisk. c) Endelig er det et vilkår for den fri gjengivelse at ettertrykk ikke er forbudt, og at kilden blir tydelig nevnt (§ 5). Forbeholdet mot ettertrykk kan tas i den form man vil, bare det er «uttrykkelig» nok. Det må derfor stå på et sted hvor det er naturlig å søke det, enten ved selve artikkelen, eller i spissen for avisen eller tidsskriftet.³

4. Offentlig fremførelse av litteratur og musikk. At også dette hører naturlig med til ophavsmannens enerett har det kostet lang kamp å få anerkjent.⁴ For oplesningsrettens vedkommende er det fremdeles land som ikke anerkjenner den, eller iallfall lar oplesning av utgitte verker være fri, f. eks. Sverige. Hos oss hadde alt den gamle forfatterloven gitt ophavsmannen enerett til å fremføre både musikk og litteratur offentlig, men med så mange innskrenkninger at

¹ Den vanskelige grense mellom disse behøver man ikke innlate sig på.

² For grensen mellom artikler og avhandlinger har omfanget stor, men ikke avgjørende betydning. De såkalte «artikkelserier» må ikke ophøies til avhandlinger, fordi om de journalistisk sett er en uting.

³ Å sette «ettertrykk forbudt» ved nyhetsstoffet gir derimot ikke dette større vern enn det har i forveien.

⁴ Om de forskjellige etapper i norsk lovgivning se Mot. Å. s. 60—61.

retten var lite verd. Å. strøk de fleste av disse, men også nu er det et par begrensninger tilbake. De står i pkt. 5 og pkt. 6 av § 9.

Ifølge pkt. 5 er offentlig fremførelse av litterære verker og musikkverker tillatt, hvis tilhørerne har adgang til dem uten betaling, og fremførelsen heller ikke indirekte skjer i erhvervsøiemed, som i restauranter f. eks. Samme regel gjelder også hvis fremførelsen foretas på sanger- eller musikkstevner, ungdomsstevner eller andre folkefester som ikke arrangeres for å tjene penger. Her er det almeninteressen i dens mest påtagelige skikkelse som fører ordet, ønsket om å gjøre «de brede og bredeste lag» delaktig i litteraturens og musikkens rikdommer, som Mot. Å. uttrykker det (s. 61). Stor praktisk betydning har regelen ikke.¹ Med rette sier Mot. Å. at ophavsmannen ikke har «noen synderlig overbevisende interesse i å motsette sig den».

Derimot er det undtaket pkt. 6 gjør til fordel for k r i n g k a s t i n g e n overmåde viktig, ikke minst i prinsipiell henseende. Siden radioen begynte sin seiersgang for 10—15 år siden, har den gitt anledning til stadig diskusjon innenfor ophavsretten. Det gjaldt å avfinne sig med den efter gjeldende lov, som jo ikke særlig hadde tenkt på den, og det gjaldt å finne en heldig fremtidig lovordning, nasjonalt og internasjonalt. Sitt foreløbige høydepunkt nådde diskusjonen under Romkonferansen i 1928. Efter langvarig debatt, hvor bl. a. Norges representant Arnold Ræstad tok virksom del, fikk Bernkonvensjonen her en ny artikkel, 11bis, som i prinsippet slo fast at ophavsmannens enerett også omfatter offentlig gjengivelse av verket gjennom kringkasting. Hvert enkelt unionsland fikk dog adgang til «å fastsette betingelser for utøvelsen av denne rett», men disse måtte aldri gjøre inngrep i ophavsmannens moralske rett, og heller ikke i hans rett til å få en rimelig godtgjørelse, som skulde fastsettes av «vedkommende myndighet i mangel av minnelig overenskomst».

Før konferansen i Rom var det her i Norge fremsatt forskjellige forslag til løsning av kringkastingsspørsmålet. Å. valgte å bli stående ved en sånn ordning som Bernkonvensjonens art. 11bis peker på, skjønt den i og for sig ikke mente det var synderlig farlig om eneretten til kringkasting helt ut var ophavsmannens (Ot. prp. 22, 1930 s. 13). Den bestemmer derfor at «når 1 år er gått siden et verk kom ut, kan vedkommende departement, under iakttagelse av reglene i

¹ Den dekker ikke fremførelse av musikk på idrettsstevner.

§ 13 siste avsnitt, gi tillatelse til dets offentliggjørelse gjennom kringkasting, dersom ophavsmann og kringkastingselskap ikke blir enige herom. Departementet fastsetter isåfall det honorar ophavsmannen har krav på». Det er m. a. o. en adgang til t v a n g s l i s e n s, loven gir. Det er ikke slik som ved skolebøkene, at kringkastingen fritt kan forsyne sig, og få betalingen fastsatt etterpå (*domaine public payant*). På forhånd må departementets tillatelse være innhentet, men den kan gjelde både litteratur, musikk og bilder. Den må ikke gis, medmindre det først har vært pleiet resultatløse forhandlinger mellom ophavsmannen og selskapet, men behøver ikke å innskrenke sig til et enkelt verk. Loven hindrer ikke engang at den utstrekkes til alle ophavsmannens verker, eller til alle de verker en musikerorganisasjon har retten til. Derimot er det et absolutt vilkår at kringkastingen skjer på sånn måte at ophavsmannens ideelle interesser ikke tar skade.¹

Det har ikke vært lovens tanke at departementets adgang til å gi tillatelse til kringkasting skulde bli hyppig brukt. Som andre sikkerhetsventiler virker den best ved sitt blotte tilvær. Siden loven kom til, har den bare vært i funksjon en eneste gang, og da var komponistenes organisasjon og kringkastingselskapet enig om å bruke den.

5. Vi har alt tidligere vært inne på spørsmålet om utlån, utleie og offentlig utstilling av åndsverkseksemplarer kan sies å falle inn under ophavsretten. Så energisk og almindelig som ophavsretten er formet i § 1, vilde dette spørsmål rimeligvis måtte besvares med ja. Loven har imidlertid funnet grunn til å innskrenke ophavsmannens rett i dette stykke, ved en positiv regel i § 10 pkt. 1. For leierettens vedkommende skjedde det dog under adskillig tvil. Og det er ikke utelukket at forholdene kan utvikle sig sånn at loven tar spørsmålet op til ny drøftelse. Se Mot. Å. s. 62 og Ot.prp. 22, 1930 s. 16.²

¹ T o r b e n L u n d sier i sin kommentar til den danske forfatterlov s. 55 at Norges lov, «som det vil ses», strider mot Bernkonvensjonen på ikke mindre enn 4 punkter. Jeg skal ikke ta denne påstand op til diskusjon, men bare opplyse at forslaget til den norske kringkastingsbestemmelsen var forelagt Bernbyrået på forhånd, og at dette mente det stemte med konvensjonen.

² Hvis en forfatter mener han lider skade ved at bøkene hans finnes i låne- eller leiebiblioteker, kan det spørres om han kan hindre dette ved å trykke foran i boken at lån eller utleie av boken er forbudt. Isåfall er det ikke som forfatter han optrer, men som e i e r av det eksemplar som selges, og som ved salget blir

Adskillig interesse har også regelen i § 10 pkt. 2, om at «åndsverker som varig befinner sig på eller ved offentlig plass eller vei, lovlig kan gjengis ved tegning og annen grafisk kunst, ved maleri eller fotografi. Av byggverker må dog alene det ytre avbildes». Sånne åndsverker er nemlig på en særlig måte blitt nasjonens felles-eie. De er gått inn i gate- og naturbilledet, og bidrar til å forme dette. Og ingen kunstner bør ha enerett til å gjengi naturen, eller idethele den ytre verden vi beveger oss i (Mot. Å. s. 63).

6. Under behandlingen av Å.'s kringkastingsbestemmelse streift vi et spørsmål som i virkeligheten har større rekkevidde: forholdet mellom ophavsmannens ideelle eller «moralske» rett, og den låneadgang eller de tvangslisenser som han må finne sig i. Skjønt problemet er viktig nok, skyter vi det imidlertid foreløbig tilside. Først når den ideelle rett er belyst i sine grunntrekk, kan man reise det med fordel. Og det får vi først høve til, når vi kommer til ophavsrettens overgang til andre.

7. Nesten alle de begrensningene som Å. gjør ophavsretten til gjenstand for, er formet sånn at muligheten for misbruk ligger nær. Citatretten kan brukes som skalkeskjul for å stjele deler av verket, bøker kan gi sig ut for å være til skolebruk uten at de er det, man kan late som musikk fremføres i filantropisk øiemed, mens det i virkeligheten er erhvervshensikt som ligger under o. s. v. For å skjerme ophavsmannen mot denslags sier enkelte fremmede lover om innskrenkningene, at hvis bruken av dem er «*manifestement abusive*» er den ikke tillatt (Schweiz art. 26, jfr. art § 27). Det samme foreslo forfatterlovkomitéen at vi skulde gjøre: «Misbruk av de givne beføielser må ikke finne sted.» (§ 23 i. f.) I Ot.-prp. nr. 22, 1930 gikk forbudet mot misbruk imidlertid ut. Man tok ingenlunde avstand fra tanken, men mente at en slik regel i grunnen var overflødig, og at den iallfall ikke burde ha så snever fatning at den kunde gi anledning til gale antitetiske slutninger: «I moderne rett er det gått dypt inn i bevisstheten at alle subjektive rettigheter må forstås og håndheves *bona fide*, slik at en hår-

pålagt en klausul, som det spørres om kjøperen må respektere. Danmarks høieste-rett har i en kjent dom svart ja på dette (U. f. R. 1930 s. 416). For Norges vedkommende mener jeg at svaret må bli et annet. Det håper jeg å kunne gjøre rede for på et annet sted, idet spørsmålet strengt tatt har mindre med ophavsretten å gjøre, enn med kontraktsretten og eiendomsretten.

trukket forståelse av deres rekkevidde og en chikaneartet utøvelse av deres rådighetsinnhold, neppe vil kunne gjøre regning på domstolens sanksjon. Denne regel har ved utøvelsen av ophavsretten et viktig anvendelsesområde, men er langt fra enestående for disse rettigheter. Og det er heller ikke tilstrekkelig grunn til å fremheve den tilsvarende regel for de beføielsers vedkommende som fremtrer som innskrenkninger i eller begrensninger av den regelmessige ophavsrett» (s. 16).

Selv uten uttrykkelig lovregel må derfor innskrenkningene i ophavsretten ikke misbrukes, men utøves i den ånd loven tenker sig, og til fremme av de formål loven har anerkjent som berettiget. Det kan f. eks. være at bruken av andres åndsverker holdes for uberettiget fordi den skjer i konkurranse med ophavsmannen, mens loven tenker sig den som en uskyldig nyttesrett der ikke kan skade ophavsmannens egen utnyttelse av verket. Hvordan dette synspunkt får betydning ved avgjørelsen av vanskelige grensespørsmål på dette og andre felter av ophavsretten, skal vi komme nærmere inn på når forholdet mellom åndsretten og konkurranseretten behandles (§ 57).

VI. Nye problemer og signaler. Spørsmålet om begrensning av ophavsretten står i øieblikket på dagsordenen i de fleste land, særlig der hvor sociale rettstanker er mest i skuddet. Strømningen i ophavsretten, som gjennom decenniene gikk jevnt og sterkt i ophavsmannens favør, er mangesteds i ferd med å snu. Ennu er det ganske visst ophavsrettslige «diehards», som forsikrer med Catonisk utholdenhet at ophavsretten bør utvides. I Frankrike er dette syn endog offisielt. Men annetsteds i verden lyder andre toner. Fra mange forskjellige hold kreves modifikasjon av ophavsmannens enerett i form av tvungne lisenser, tantièmesystemer e.l., og det ene land efter det annet begynner også å sette fordringen om i praktiske lovbestemmelser.

Det er hovedsakelig tre geniale oppfinnelser som har gitt anledning til dette: grammofonen, filmen og radioen. Takket være dem er utnyttelsen av litteratur og musikk blitt fullstendig omkalfatret. I gamle dager var det reproduksjonsretten, bøkene og notene, som var den viktigste inntektskilde, mens retten til oplesning, fremførelse eller opførelse bare var såkalte *petits droits*, som var gode å ta med, men kom helt i annen rekke. Iallfall ved musikkverkene er rollene nu byttet om. Inntekten av notetrykk er skrumpet inn,

mens avgiftene for grammmofoninnspilling, kringkasting og filming vokser. Denne utviklingen betyr imidlertid ikke bare en ompostering i ophavsmennenes bøker, idet en enkelt rettsgren øker i betydning, mens en annen minsker. Den reiser i virkeligheten selve ophavsrettsproblemet i en ny skikkelse, som man ikke kan komme utenom ved å dekretere at debatten om ophavsretten er slutt.

Grammofonen, filmen og radioen åpner nemlig veldige, nye muligheter for å spre åndsverkene blandt publikum. Såsant som dette ikke er lovgiveren likegyldig, vil han se med mistro på alt som kan tenkes å hindre det, f. eks. en enerådighet fra ophavsmannens side. Særlig for kringkastingsens vedkommende har denne betraktningen gjort sig sterkt gjeldende, også i Norge. Jo mere bevisst og aktiv kulturpolitikk staten driver, desto tyngre virker kravet om at alle bånd som hindrer den må løses. Hvis kringkastingen er en statsinstitusjon, trekker dette i samme retning. Bekjenner så endelig vedkommende land sig særlig energisk til setningen om at fellesnyttten går foran egennyttten, vil man forstå at chansene for ophavsmannens absolutte enerett er mindre enn små; men også i andre land er problemene undersøkelse verd.

Særlig vanskelig er situasjonen blitt fordi de nye spredningsmidler har skapt eller fremmet nye sociale grupperdannelser blandt ophavsmennene, som har bidradd til å tilspisse problemet. Den enkelte forfatter eller komponist kan nemlig umulig føre kontroll med at hans verker ikke blir spillet eller lest offentlig i teatre, varieteer, kinoer og restauranter. Skal rettighetene utnytttes, må der organisasjon til. I alle land ser man derfor at komponistene og delvis også forfatterne slutter sig sammen til store selskaper som overtar medlemmenes ophavsrettigheter, og sørger for at de avgifter blir krevet inn som medlemmene har rett til. Disse selskapene står igjen i internasjonal forbindelse med hverandre, slik at ophavsmennenes organisasjon i virkeligheten er effektiv, praktisk talt så langt beskyttelsen rekker. Som motvekt mot dette har de som søker erhverv ved å spre åndsverkene organisert sig på sin side, hotell-eierne, grammmofonselskapene, kinoene o. s. v. Og som så ofte i moderne samfundsliv er det mellem organisasjonene på begge sider at diskusjonen i øieblikket føres.¹

¹ I Norge heter musikernes organisasjon «Tono», i Sverige «Stim», i Danmark «Coda» o. s. v.

Det stående argument for å begrense ophavsretten er at ophavsmennenes organisasjon har ført til monopolisering av åndsverkene, og at en ubetinget enerett derfor kan utsette «spredningsorganene» og med dem almenheten for åndelig hungersnød, eller iallfall for økonomisk utbytning fra monopolselskapenes side. Og mens ophavsmannens moralske rett i gamle dager var et argument for ubetinget enerett, sies det nu å ha tapt sin vekt, siden medlemmene av de store ophavsmannssammenslutninger gjerne overdrar sine rettigheter til selskapet med hud og hår. Det praktiske reformkrav som i den anledning stilles, er at ophavsretten skal begrenses eller rettere formes om: I stedet for å være en stiv og absolutt enerett, skal den smidiggjøres gjennom tvungne lisenser eller tantièmeordninger, som på den ene siden gir ophavsmennene hvad de har rimelig krav på, men på den annen side sikrer almenheten mot urimelig utnyttelse av ophavsselskapenes monopolstilling.

For grammofonindustriens vedkommende har tvangslisenstanken alt lenge vært knesatt i flere land. Både Tyskland, Østerrike, Bulgaria, England, U. S. A. og Schweiz gir plass for den.¹ Formen er gjerne at en fabrikant kan tiltvinge sig komponistens samtykke til å ta op hans verk på grammofon, mot en avgift som regelmessig bestemmes i selve loven. Forutsetningen er dog at ophavsmannen alt har gitt et annet selskap rett til overføring, slik at dette uten tvangslisens vilde få monopol. Mere almen bærevidda har dog kravene om tvangslisens eller tantièmeordning for kringkastingen. De lot sig høre under Romkonferansen i 1928, og har bl. a. satt spor i norsk ophavsrettslovgivning. Med kringkastingen som parallell har også filmfabrikantenes eller kinoenes organisasjoner reist krav om noe lignende, når det gjelder fremførelsen av film.²

Det vilde være kortsynt å nekte at lovgiveren her står overfor viktige problemer, og at den absolutte enerett som hittil har vært ansett som den normale form for ophavsretten kan gi anledning til farlige misbruk, sånn som samfundsutviklingen i det siste har artet sig. På den annen side skal man ikke undervurdere den bremse

¹ Se artikler i D. d. 1924 s. 75, 1927 s. 137 o. fl. st.

² Under utarbeidelsen av Å. fremsatte grammofonfabrikantene forslag om tvangslisens også her i Norge, men det blev avvist. Efterat loven blev vedtatt har kinematografene foreslått noe lignende for sitt vedkommende. Dette forslag hviler.

som ligger i ophavsmennes egen velforståtte interesse, og heller ikke ta misbrukene på forskudd, her mere enn ellers. Videre må man se med noen skepsis på hotelleiernes, kinematografenes og grammofonfabrikantenes forsøk på å optre på samfundets vegne, idet de uten videre slår fast at de og almenheten er ett. Snarere må man med de B o o r (Ufita. 1934 s. 435) holde ikke to, men tre interessegrupper ut fra hverandre, nemlig ophavsmennene, de profesjonelle «åndsverksspredere» og den forbrukende almenhet. Men alt dette kan bare bidra til å minske vanskelighetene, ikke til å fjerne dem.

Det avhenger naturligvis av forholdene i hvert enkelt land, om det er grunn til å modifisere eneretten i anledning av de foretelser som nu er nevnt. Men selv om lovgiveren kommer til det resultat at noe må gjøres, er det ikke sikkert at det er denne utveien han bør gripe til. Når ophavsmennene nemlig ågrer med sitt pund, er ikke dette noe singulært fenomen, men har sidestykke også på andre livsområder. Og når de slutter sig sammen for å utnytte sine rettigheter, og for å få kontroll over markedet, er sånne sammenlutninger ikke vesensforskjellige fra dem som ellers optrer i næringslivet under navn av karteller, truster o. s. v. For å øve kontroll med disse, og for idethele å ha opsyn med alle rettighetshaveres prispolitikk, har mange land en egen lovgivning, her i Norge t r u s t l o v e n av 12 mars 1926. Om man ved dens hjelp kan besverge misbruksfaren uten å røre ved det tradisjonelle enerettsprinsipp, skal vi undersøke i § 58.

§ 12.

Rettens overgang og ophør.

Den rådighet ophavsretten gir kan ikke alltid nyttes fullt ut av ophavsmannen selv. Fysisk umulig er dette når han er død, mens retten lever videre. Men også i levende live har en ophavsmann ofte trang til å la andre utnytte hans verker, f. eks. fordi han mangler kapital til å gjøre det selv. Ennvidere kan han ha interesse av å bruke ophavsrettens økonomiske verdi som kredittbasis, enten gjennom frivillig pantsettelse, eller ved å vise til den som grunnlag for personlig kreditt. Disse hensyn gjør spørsmålet om rettens o v e r g a n g t i l a n d r e aktuelt. Efter Å. kan det skje både ved avtale, ved arv og ved rettsfølgning.

P. g. a. ophavsrettens eiendommelige dobbeltkarakter er slik overgang imidlertid ikke så liketil. Retten har jo ikke bare en økonomisk, men også en ideell side. Og mens overdragelse av økonomiske rettigheter er kurant, kan personlige og ideelle verdier som regel ikke gjøres i penger og overlates til andre. Det gjelder derfor å ordne reglene om ophavsrettens overgang slik, at dens ideelle elementer ikke tar skade, eller rettere minst mulig skade. For det kan jo ikke nektes at man i noen grad må slå inn på kompromissets vei, når erhververens eller kreditorenes økonomiske interesser kolliderer med ophavsmannens personlige eller kunstneriske. I neste paragraf skal jeg særlig dvele ved denne siden av saken, mens jeg i denne gjør rede for lovens andre regler om ophavsrettens overgang.

I. Overgang ved avtale. Hovedregelen om dette står i første ledd av § 13: «Ophavsmannen kan ved avtale overdra sin rett til andre enten helt eller delvis.» Etter ordene er det altså selve retten og ikke bare dens utøvelse som blir erklært for å være overdragelig, og loven mener hvad den sier.¹

1. Det kreves ingen form til overdragelsen. Den kan skje skriftlig, muntlig eller endog stilltiende. Eksempler på dette siste har vi sett da vi talte om åndsverker som skapes i andre folks tjeneste. Men bortsett fra slike fall må man være forsiktig med å si at ophavsrett stilltiende er overdradd, og ganske særlig ikke tro at overdragelse av eksemplarer innbefatter ophavsretten til åndsverket, selv om det er originaleksemplaret det gjelder. Da det i praksis har vært adskillig konfusjon forsåvidt, har § 13, annet ledd for sikkerhets skyld sagt dette uttrykkelig.² Av § 12 kan det sluttet

¹ Av hensyn til den moralske rett holder mange forfattere og enkelte lover på at det bare er utøvelsen av retten som kan overdras. Således sier Østerrikes lov av 9 april 1936 at «*das Urheberrecht ist unübertragbar*» (§ 23), men at ophavsmannen kan innrømme flere eller færre «*Werknutzungsrechte*» (§ 24) over verket. Slike rettigheter er både «*vererblich und veräußerlich*» (§ 27).

Å. synes det er greiere å si at selve ophavsretten er overdragelig, men med de begrensninger som vi kommer til i neste paragraf.

² Omvendt vinner den som kjøper ophavsretten regelmessig ikke eiendomsretten til det originaleksemplar som mangfoldiggjøres, § 25 i. f. og for avis-tegningers vedkommende HRD. i Rt. 1919 s. 669. Imidlertid kan naturligvis særlige forhold føre til andre resultater (B.R.D. VI s. 14), særlig hvis de har gitt sig utslag i en sedvane. Ved reklametegninger f. eks., kan bestilleren ha en viss interesse av å beholde originaltegningen, for å kontrollere at reproduksjonene

at det ikke gjør noen forskjell at kunstverket er en «bestilt gjengivelse av en annens person».¹ At adressaten til et brev ikke vinner ophavsretten til det, fordi om han får eiendomsretten til selve brevet, har ikke loven funnet det nødvendig å si.

2. Ifølge Å. kan overdragelsen være såvel hel som delvis. Den kan gjelde et eller flere verker, og som vi alt har nevnt i en annen forbindelse, er det heller ikke noe i veien for at ophavsretten til fremtidige verker blir overdradd. Dog vil «ærbarhetens» krav sette en viss grense for slike avtaler, iallfall hvad de fremtidige verker angår. Å gjøre sig til slave av en forlegger for all fremtid er nemlig så sterkt et inngrep i hele personligheten at rettsorden ikke kan tillate det.²

Når ophavsretten er overdradd i sin helhet, oppstår særegne vanskeligheter, hvis den senere utvider sig. En ny slags rådighet kan bli lagt inn under den, andre spredningsmåter oppfunnet, eller vernet utvidet til nye områder, ved traktat eller tilslutning til Bernkonvensjonen. I alle tilfelle blir spørsmålet om den nye rett skal komme ophavsmannen eller erhververen tilgode. Herom kunde det lettelig skrives hele bøker, og det har også vært gjort. Som et vidnesbyrd om Å.s almindelige innstilling skal her bare gjengis § 33, som sier at «forsåvidt loven utvider omfanget av ophavsmannens rettigheter, kommer forandringen ophavsmannen selv tilgode, uten hensyn til om han på forhånd har overdradd hele sin ophavsrett til andre».

Imidlertid er det ikke den «hele» men den delvise overdragelsen av ophavsretten, som har størst praktisk betydning. Begrensningen

stadig er korrekte i linjer og farver, og dette kan muligens ha fort til at branchen oppfatter det slik at eiendomsretten til originaltegningen er bestillerens. En B. R. D. av 25 juni 1936 antok dog ikke at dette var tilfellet.

¹ For bestilte fotografier gjelder en annen regel, Foto. § 3. Når man «bestiller» f. eks. en lærebok eller en lovsamling for å gi dem ut, betyr dette vanligvis at man sikrer sig ophavsretten, jfr. dansk HRD. i U. f. R. 1918 s. 817.

² I eldre tid var mange kontrakter om ophavsrett sikkert på grensen av det ærbare, ikke minst når det gjaldt musikk. Mange fremmede lover søker å komme denne uskikk tillivs ved særlige løvbestemmelser. En HRD. i Rt. 1912 s. 1008 var ikke i tvil om at en forfatter lovlig kan fraskrive sig opførelsesretten for all fremtid til sine dramatiske arbeider. En dansk skiftedesisjon i U. f. R. 1915 s. 509 anerkjente gyldigheten av Herman Bangs overdragelse av samtlige sine verker.

kan ligge i tiden eller i rummet, idet retten overdras for x. år eller for et enkelt land. Eller det kan bare være en enkelt slags rådighetsadgang som overdras, f. eks. retten til å trykke og selge en bok, men ikke til å lese den op eller filme den. Endelig kan det også stiftes særlige rettigheter over åndsverket, innenfor den almindelige ophavsretts ramme. Panteloven av 1857 hindrer imidlertid at der stiftes frivillig pant i ophavsretten, fordi den krever besittelse av pantet som vilkår for rettsbeskyttelse; mens boken eller maleriet kan besittes, lar dette sig nemlig ikke gjøre ved åndsverket selv. Heller ikke blir det tale om bruksrettigheter av den typen som forekommer ved legemlige ting.¹ Men gjennom lisensavtaler kan det stiftes rett over åndsverket som minner ikke så litet om dem.² Det er særlig når det gjelder offentlig fremførelse av åndsverkene, at disse er praktiske. Forskjellen mellom en lisens og en virkelig overdragelse av ophavsretten ligger i, at lisenshaveren nok har fått rett til å offentliggjøre verket, men ikke eneretten til det. Imidlertid kan det også forekomme såkalte «utelukkende lisenser»,³ hvor ophavsmannen binder sig til ikke å utøve retten selv, og til heller ikke gi andre rett til det. Forskjellen fra en virkelig overdragelse av ophavsretten skulde da bli, at innehaveren av den utelukkende lisens ikke har rett til å påtale andres uhjemlede bruk, men må holde sig

¹ Se dog bemerkningene om forlagsretten på s. 142.

Vinding Kruse mener (s. 1393) at «ogsaa over Aandsværker kan Ejeren overdrage ikke blot Ejendomsret, men ogsaa Brugsret og Servitutter, navnlig ogsaa negative, ligesom ved Løsøregenstande». Som eksempler nevner han at en forfatter trykker et forbud mot utleie i sin bok, eller at en fabrikant treffer lignende bestemmelser om bruken av en patentert maskin. I intet av disse tilfelle dreier det sig dog om noen servitutt over åndsverket, og om bånd på ophavsretten som kan sammenlignes med servitutter på eiendomsretten. De er klausuler som er lagt på eksemplarer av åndsverket, ikke i kraft av ophavsretten, men i kraft av eiendomsretten til disse, og det blir som bånd på kjøperens eiendomsrett de i tilfelle kommer til å virke. Om de kan tillegges slik rettsvirkning, skal jeg ikke her innlate mig på å undersøke.

² Kohlers forsøk på å forsere disse parallellene, slik at han f. eks. sammenligner ophavsmannens rett til ulovlige eksemplarer (Å. § 22) med en «fruktrett» (s. 362), er derimot malplasert.

³ Grundtvig (s. 96) beskriver lisensbegrepet noe anderledes, idet han mener at en lisenshaver aldri kan ha utelukkende rett. Ved patenter er dog de utelukkende lisenser velkjent, og de kan nok forekomme ved åndsverkene også.

til ophavsmannen for å få lisensavtalen respektert. Men det vil vel være sjelden at det er en slik ordning partene har tenkt sig.

3. Siden vi ikke har noen særlige lovbestemmelser om det, må man anta at ophavsrettens overgang skjer av sig selv, straks avtalen om den er kommet i stand. Man har ikke her — som ved patenter og varemerker — et register som overdragelsen skal føres inn i, for å stå sig i alle kollisjoner. Både den som har erhvervet selve ophavsretten og den som bare har kjøpt en lisens, er derfor beskyttet mot ophavsmannens kreditorer straks avtalen er sluttet.¹ Og er samme rett overdradd til flere, går nr. 1 ubetinget foran, selv om nr. 2 har vært i aldri så god tro.² Vinding Kruse har visstnok villet hevde noe annet for dansk retts vedkommende, dersom den senere godtroende kjøper av ophavsretten har fått tid til å offentliggjøre verket, før nr. 1 ennå har gjort bruk av retten (s. 1391 ff.). Isåfall sies forholdet å være parallelt med at to mann har kjøpt samme legemlige ting i god tro, men den seneste kjøper har fått besittelsen overdradd. Men denne parallellen er ikke fullstendig. Ganske visst kan man sammenligne den legitimasjon som besittelsen gir ved legemlige ting, med den som følger av selve frembringelsen ved åndsverkene; men det er den vesentlige forskjell at mens kjøperen av en ting kan berøve selgeren hans legitimasjon ved å ta besittelsen fra ham, kan ikke kjøperen av ophavsretten gjøre det samme, og derfor rammer det ham ganske anderledes hårdt, om han allikevel skal miste sin rett. Skjønt våre domstoler ikke pleier å mangle sympati for hensynet til omsetningens sikkerhet, er jeg derfor nokså sikker på at de ikke vil la første kjøpers rett ekstingveres, når man ikke har positiv hjemmel for dette. En slik lovregel burde forøvrig neppe gå i den retning som Vinding Kruse holder for å være dansk rett;³ men det kunde tale en del for å få

¹ Jeg ser ingen grunn til at lisensene bare skulde ha den svakere «obligatoriske» virkning, som ikke skulde klare sig i konkurs. For patentlispensenes vedkommende har spørsmålet vært livlig diskutert, og der kommer jeg tilbake til det.

² Jfr. Grundtvig s. 98, Eberstein s. 115 n. 2.

³ Jeg føler mig heller ikke sikker på at Vinding Kruse ubetinget kan ta dansk praksis til inntekt for sin opfatning. Den dom han bygger på i U. f. R. 1919 s. 638 angikk et salg hvor kjøper nr. 1 ikke endelig hadde kjøpt ophavsretten, men betinget sig rett til dette, hvis han sa fra innen en bestemt

et registersystem for visse slags åndsverker, og la registrering av overdragelsen bestemme prioritet.

4. I hvilket omfang ophavsretten er gått over, blir det naturligvis *tolknings sak* å svare på. Og her som ellers gjelder det at tolkningsmomentene er uuttømmelige, og at det først og fremst er *common sense* og praktisk kjennskap til forholdene det gjelder om. Men ved siden av dette er det ganske visst også nødvendig å ha ophavsrettens grunnleggende prinsipper i blodet. Da man for tiden ikke kan regne med at alle jurister har dette, skal jeg dvele et øieblikk ved et par almindelige synspunkter for tolkningen:

Som en almen tolkningsregel der gjelder alle grenene av ophavsretten, sier Å. § 13, tredje ledd: «Hvis ophavsmannen har overdradd en annen retten til å offentliggjøre et åndsverk på en bestemt måte eller ved bestemte midler, har erhververen ikke rett til å offentliggjøre verket på annen måte eller ved andre midler.» Forleggeren som har sikret sig retten til å trykke en roman, kan derfor ikke tillate den oversatt eller filmet. Grammofonfabrikanten der har betalt for å spille musikk inn på plater, kan ikke gi den ut som noter. Den som har fått retten til å stumfilme «Synnøve Solbakken», kan ikke lage talefilm isteden, og har man bedt om retten til å lage en radering efter et maleri, kan man ikke gi det ut som farvetrykk.

En viktig anvendelse av prinsippet er at retten til å mangfoldiggjøre et verk ikke inkluderer retten til å fremføre det offentlig, og omvendt. Det siste vil vel stå klart for alle, og de fleste vil også skjønne at forleggeren av et drama ikke har opførelsesretten til det. Men at det samme også gjelder grammofonfabrikanten som lar musikk spille inn på grammofon, eller filmselskapet som legger den inn i en tonfilm, viser sig å falle mange tungt for brystet. Ikke desto mindre må man også her holde fast, at retten til mangfoldiggjørelse og retten til offentlig fremførelse er

tid. Og begrunnelsen for at han måtte stå tilbake for nr. 2, som alt hadde latt de sanger det gjaldt spille inn på grammofon, var at det ennu ikke var skjedd noen «overdragelsesrettshandel», slik at nr. 1 bare hadde en «obligatorisk» rett. Jeg kan være enig i at det her i åndsretten er liten grunn til å operere med sondringen mellem kausalrettshandler og overføringsrettshandler. Men det kan ikke bestrides at en kjøper som står i en sånn stilling som i dommen i U. f. R. 1919, ikke har samme sterke krav på beskyttelse for sin rett, som den der ubetinget har kjøpt ophavsretten, og kanskje også betalt den.

to forskjellige sider av ophavsretten, og at man kan ha sikret sig den ene uten derfor å få den annen på kjøpet.¹

Mere enn et utgangspunkt sikter dog ikke disse setningene på å gi. Den fri individuelle tolkning av avtalen på bakgrunn av rettsforholdets særegne natur og behov, og belyst av de sedvaner som har dannet sig, får det endelige og avgjørende ord. Rent generelt kan man kanskje si at jo mere det praktiske formål preger åndsverket, og jo mindre utpreget det individuelt-kunstneriske moment er, desto lettere vil man forlate de rent ophavsrettslige tolkningsmåter som nettop er gjengitt, og falle tilbake på en mere merkan-til opfatning av hvad det er man har «kjøpt og betalt». Ved reklame-tegninger f. eks., er det regelmessig tanken at bestilleren skal ha nytte av dem i sin bedrift, og tegneren kan derfor neppe protestere om fabrikanten bruker tegningen som plakater, selv om den nærmest var tenkt som cigarettpakning.²

5. Et par særlig praktiske avtaler om utnyttelse av andres åndsverker gir Å. noen spredte, supplerende regler om. Den ene er f o r l a g s k o n t r a k t e n, som gjelder mangfoldiggjørelse av bøker, grafiske gjengivelser av kunst, og musikk i form av noter; gjengivelse på grammofonplater faller derimot utenfor lovens bestemmelser. Det er både interessante og innviklede kontraktsforhold vi her står overfor, ikke minst fordi ophavsrettslige og fordringsrettslige synspunkter krysser og supplerer hverandre.

Ophavsrettslig sett er det viktigste trekk ved forlagskontrakten at ophavsretten til verket blir ført over til forleggeren i en viss utstrekning; verker som er fri kan derfor ikke gis i forlag, f. eks. ikke et nyopdaget manuskript. Når ikke annet er sagt, gjelder forleggerens rett bare et eneste «oplag»,³ d.v.s. det antall eksemplarer som tas av samme sats eller samme kobberplate o. s. v. Bortsett fra aviser, tidsskrifter og andre samlerverker, må oplaget for skrifers vedkommende ikke være over 1000, for

¹ En dansk HRD. i U. f. R. 1930 s. 646 slår fast at en tillatelse til å overføre musikk til grammofon ikke gir rett til å spille grammofonplatene offentlig.

² Muligens litt anderledes Winsnes: «Om rettsbeskyttelse for reklamekunst» s. 18—19.

³ Bevisbyrden for at flere oplag er avtalt er forleggerens (Rt. 1902 s. 22). Aviser og tidsskrifter kan dog bruke klisjeene til sine tegninger på ny (§ 25, tredje ledd). Derimot kan tegningene ikke offentliggjøres i en annen avis, hvis ikke den første er slukt av denne.

musikk 300, for grafisk kunst 150. Så lenge oplaget ikke er solgt ut, er det forleggeren som sitter med ophavsretten, og kan forsvare den mot alle,¹ også mot ophavsmannen selv, hvis han gir ut verket i konkurranse med forleggeren. Det sier § 27 for sikkerhets skyld uttrykkelig: «Så lenge det avtalte oplag ikke er utsolgt, er ophavsmannen uberettiget til å foranstalte nytt oplag av sitt verk.» Hvis forlagsretten imidlertid faller bort av en eller annen grunn, utvider ophavsmannens rett sig igjen. Mange forfattere har derfor insistert sterkt på at forlagsavtalen ikke fører til noen overdragelse av selve ophavsretten, men gir forleggeren en selvstendig rett over åndsverket, svarende til bruksretten over legemlige ting. Efter min mening er den ene opfatningen like god som den annen. Stiftelse av en bruksrett kan gjerne opfattes som en begrenset overdragelse av hovedretten; og selv om det er skjedd en begrenset overdragelse av retten, kan denne godt utvide sig igjen, når erhververens rett faller bort.

Fra et fordringsrettslig synspunkt må det understrekes, at forleggeren ikke bare har rett til å offentliggjøre verket, men også plikt til dette: «Erhververen plikter på forsvarlig måte å holde verket tilfals og sørge for dets utbredelse.» (§ 26, første ledd.)² Dette henger sammen med at ophavsmannen ikke bare har interesse av betalingen, men også av at verket blir kjent, og også utenfor de egentlige forlagskontrakter er regelen derfor ofte den samme. Selvom forleggeren har sikret sig rett til flere oplag, er han dog i mangel av annen avtale ikke forpliktet til å gi ut mere enn ett (§ 26, annet ledd); men ønsker han ikke å publisere verket påny, når første oplag er solgt, faller retten tilbake til ophavsmannen. Dennes viktigste plikt er å stå inne for at ophavsretten er i orden og tilkommer ham, altså at verket ikke er noe plagiat, eller retten på forhånd solgt til andre.

Den annen kontrakt Å. beskjeftiger sig litt med er avtaler om å «opføre, fremsi eller på annen måte å fremføre offentlig ett av de verker som nevnes i § 2, numrene 1—4», d. v. s. litteratur, musikk, film, pantomimer og balletter. Om dem

¹ Når en mann har overdradd hele reproduksjonsretten, er det erhververen og ikke han, som kan påtale uberettigede gjengivelser av verket. Rt. 1918 s. 762. Anderledes hvis disse går på den ideelle rett løs, dansk L R D. i U. f. R. 1934 s. 163. Da må ophavsmannen alltid ha rett til å gripe inn.

² HRD. Rt. 1930 s. 1210: Når en komponist hadde overdradd «eiendomsretten for alle land» til en forlegger, måtte det ha formodningen for sig at det var en forlagskontrakt som var ment.

sier § 28, at hvis ikke annet er avtalt er erhververen «berettiget til å fremføre verket overalt og så ofte han vil, men han kan ikke motsette sig at ophavsmannen overdrar lignende rett til andre, eller selv lar verket fremføre offentlig». Det er m. a. o. e n l i s e n s og ingen utelukkende rett som slike avtaler regelmessig hjemler. Men naturligvis kan partene være kommet overens om noe annet, og da oppstår det spørsmål om erhververen også har plikt til å fremføre verket, eller bare rett til å gjøre det. Svaret faller neppe ens ut for alle åndsverkene, og forutsetter inngående undersøkelser av hvert enkelt rettsmiljø og sedvaner. Til støtte for den ophavsmann som har gitt fra sig en utelukkende fremførelsesrett, sier imidlertid § 28 siste ledd, at hvis erhververen ikke har gjort bruk av retten i 3 år i trekk, kan ophavsmannen selv fremføre verket eller gi andre rett til det; den utelukkende rett forandres altså til en blott og bar lisens.¹

Det være langt fra at disse korte bemerkningene sikter på å gi noe virkelig bilde av forlagskontrakten, og avtalen om fremførelse av et åndsverk. I likhet med Å. har vi innskrenket oss til å gjengi «enkelte regler for rettsforholdet mellom ophavsmannen og erhververen av hans rett». Skulde loven ha stillet sig videre mål, vilde dens «*étonnante laconisme*» øieblikkelig ha måttet opgis; det forstår man kanskje når man hører at mens Tysklands forfatterlov har 64 paragrafer, har forlagsloven 50. I og for sig er det imidlertid synd at vi må la forlagskontraktene og beslektede kontrakter ligge, for i juridisk henseende er de usedvanlig interessante. Det samspill mellom ideelle og økonomiske interesser som ophavsretten hviler på, preger også avtalene om dens utnyttelse gjennom andre. Og mangt og meget som vi er vant til å betrakte som almindelige regler for all fordringsrett, må her opgis eller modifiseres, idet det i virkeligheten bare gjelder kontrakter om helt økonomiske rettigheter. Enn ikke setningen om avtalers bindende kraft har ubetinget gyldighet. Og adgangen til å tre tilbake eller kreve avtalen endret p.g.a. bristende forutsetninger, nye forhold eller rent personlige ombestemmelser og meningsskifte er langt videre enn fordringsretten pleier å innrømme. I § 60 kommer vi litt nærmere tilbake til dette.²

¹ Regelen er ikke tvingende, Å. § 29. Et eksempel på at den ansås endret ved avtale gir Rt. 1912 s. 1008.

² I D. a. 1928 s. 7 droftes spørsmålet om en kunstner er forpliktet til å levere et bestilt arbeide som han er misfornøid med.

6. Den del av ophavsretten som ikke er overdradd til andre, blir ophavsmannen naturligvis sittende med selv. Og om han bruker den til dens ytterste grense, kan det aldri bli ophavsrettsbrudd i forhold til kjøperen av en annen del av retten. Men det er meget mulig at det er et kontraktsbrudd overfor ham, idet en naturlig forståelse av avtalen ofte legger bånd på den del av ophavsretten som ikke er med i overdragelsen. Slik er stillingen, dersom en hensynsløs utnyttelse av restretten vilde bety sånn konkurranse for erhververen at hans egen rett blir verdiløs. Isåfall må avtalen naturlig forstås slik at dens negative virkning rekker lenger enn dens positive d. v. s., at den gjør større innhugg i ophavsmannens tidligere ophavsrett, enn erhververens egen positive rådighet over åndsverket strekker sig.

Hvis en maler således har gitt en forlegger rett til å lage julekort efter hans malerier, kan han ikke selv lage raderinger efter dem og selge dem som julemappe. Har en teaterdirektør fått enerett til å opføre et drama i to år, behøver han ikke finne sig i at det samtidig fremføres som lydfilm. Og har en billedhugger levert et gravmonument på bestilling, kan bestilleren protestere, hvis han lager masse eksemplarer av det og fyller kirkegårdene med dem.¹ På samme måte må saken anskues, hvis en mann har erhvervet filmretten til en roman i stumfilmens tid, og så talefilmen dukker op. Selv har han, som foran nevnt, ikke rett til å gjengi verket på denne nye måten, men han kan motsette sig at ophavsmannen selv gjør det, hvis da ikke filmretten i virkeligheten var utslitt og «konsumert», da den nye oppfinnelsen blev gjort.

II. Da ophavsretten til åndsverker også varer efter ophavsmannens død, sier det sig selv at man må vite hvem den da skal gå over til. Den løsning som ligger nærmest er naturligvis å la den gå i arv som andre rettigheter med pengeverdi. Også i dette stykke byr dog ophavsrettens dobbeltnatur en viss vanskelighet: Arverettsreglene er skåret til med økonomiske rettigheter for øie, men til ophavsretten er der også knyttet interesser av personlig og ideell natur. Det kunde derfor spørres om man ikke burde skille disse fra de økonomiske, og sørge for dem på en særlig måte, mens bare pengeverdien av ophavsretten gikk i arv. Eller om ikke rettens

¹ Her er det riktignok bare originaleksemplaret som er overdradd, men ellers er stillingen analog.

blandede natur iallfall gjør det naturlig å opstille egne suksesjonsregler, som tar mere hensyn til de ideelle verdier enn arvereglene ellers gjør.

I fremmed rett har man flere eksempler på at lovene har slått inn på denne vei: I Frankrike har således gjenlevende ektefelle en sterkere stilling overfor ophavsretten enn overfor avdødes øvrige formue. Et lignende standpunkt inntok også norsk rett før forfatterloven av 1893. Denne loven lot derimot de vanlige arvereglene gjelde overfor ophavsretten — med visse modifikasjoner — og det samme gjør Å.s § 14, som bestemmer at «ved ophavsmannens død kommer arvelovgivningens almindelige regler til anvendelse på hans rett». Det er altså o p h a v s r e t t e n i d e n s h e l h e t, både dens økonomiske og ideelle sider som arvingene kommer i besittelse av ved dødsfallet.

M. h. t. utøvelsen av den ideelle rett over åndsverket gjør dog loven visse innskrenkninger som vi skal gjøre rede for i neste paragraf. Og selve arvereglene må av samme grunn finne sig i modifikasjoner: Uten hensyn til livsarvingenes pliktdelsrett kan ophavsmannen nemlig i sitt testament treffe «bindende bestemmelser om sine verkers fremtidige offentliggjørelse eller ikke-offentliggjørelse, når berettigede personlige eller kunstneriske hensyn ligger til grunn herfor. Under de samme vilkår kan han også opnevne en person som skal ha rett til å treffe slike bestemmelser og i det hele våke over ophavsretten på arvingenes vegne». Det økonomiske utbytte som ophavsretten kaster av sig følger derimot fullt ut de vanlige arvereglene, også reglene om barnas tvangsarverett.

Når det er flere arvinger, og ingen særlige testamentsbestemmelser, opstår slikt sameie i åndsverket som § 8 gir regler for (§ 14 i. f.). Hver enkelt arving kan følgelig sette sig imot at verket blir offentliggjort for første gang, eller på annen måte og i annen skikkelse enn før. Også dette er efter lovens mening en garanti mot at de efterlatte åndsverdier blir utsatt for rovdrift. Har ophavsmannen gitt dem ut anonymt, må alle arvingene også være enige, hvis de vil navngi ham med den virkning som § 19 tillegger dette (§ 19 i. f.).

III. Det er som bekjent ikke bare ved avtale og ved arv, at en manns formuerettigheter kan føres over til andre. Det kan også skje mot hans vilje, idet k r e d i t o r e n e l e g g e r b e s l a g på d e m, enkeltvis eller samlet. Heller ikke overfor ophavsretten

er dette utelukket, men også her fører rettens blandede økonomisk-ideelle natur til at der gjøres betydelige innskrenkninger i kreditorenes rett.

Dette er alle nutidslover enig om. Men i enkelthetene er det adskillig forskjell mellom dem.¹ Det er i grunnen ikke så rart, fordi avveilingen av de stridende interesser her er særlig vanskelig og delikat. Det gjelder ikke bare å veie ophavsmannens ideelle og kreditorenes økonomiske interesser mot hverandre, men også ophavsmannens egne økonomiske interesser er i en viss utstrekning kreditorenes naturlige forbundsfelle. Ikke så få forfattere og kunstnere kan nemlig si med Gracchernes moder: *Omnia mea mecum porto*. Hvis da heller ikke deres ophavsrettigheter skal kunne tjene til fyllestgjørelse for kreditorene, forsvinner kanskje det eneste aktivum som de med fordel kunde vise til som basis for personlig kreditt.

Å. tillegger imidlertid ikke dette hensyn avgjørende vekt. Overfor ophavsmannen selv kan kreditorene ikke «ved noen felles eller særskilt rettsforfølgning erhverve adgang til å rå over hans ophavsrett» (§ 15). Er derimot retten på arvingenes hånd, sondres det eftersom verket har vært offentliggjort eller ikke. Bare i siste fall er adgangen til eksekusjon stengt.² Offentliggjort kan et åndsverk være selv om det ikke er mangfoldiggjort og «utgitt»; hvis et stykke har vært spilt på teatret eller et maleri stillet ut offentlig, kan kreditorene ta utlegg i retten til å gi ut stykket i trykken, og til å ta reproduksjoner av maleriet. Når endelig ophavsretten er på fremmede hender, «kommer lovgivningens almindelige regler om rettsforfølgning til anvendelse». D. v. s. man kan ta utlegg i ophavsretten ganske som i andre rettigheter med pengeverdi.³

¹ Se en artikkelserie i D. a. 1927 s. 65 ff.: «*La saisie du droit d'auteur.*»

² Kreditor til en enkelt arving kan selvsagt ikke legge beslag på større rett enn arvingen selv har. Hvis åndsverket derfor er i sameie, må han respektere de regler om fremtidig offentliggjørelse som er fremstillet i II.

³ § 15 i Å. gjør også betydningsfulle innskrenkninger i retten til å ta utlegg i manuskripter og originale kunstverker: «I ophavsmannens levetid kan heller ikke hans manuskript være gjenstand for rettsforfølgning fra hans kreditors side. Det samme gjelder originale kunstverker, så lenge ophavsmannen ikke ved å falby dem eller på annen måte har gitt tilkjenne at han betrakter dem som fullført og bestemt til offentliggjørelse.

Søkes det derimot overfor ophavsmannens arvinger dekning i noen av de

IV. Den hyppigste grunnen til at ophavsretten hører op er uten sammenligning at vernetiden er forbi. Hvor lenge retten varer har vi talt om før, og skal ikke gjenta det.

Da det ikke betales for ophavsrettsbeskyttelsen, er det ikke her som ved patentene noen ophørsgrunn at man ikke holder vernet vedlike ved å betale avgiften. Og heller ikke om ophavsmannen lar være å bruke retten, d. v. s. ikke holder verket offentlig tilgjengelig, faller beskyttelsen bort. I andre deler av åndsretten trekker en slik opptreden viktige følger etter sig. Her i ophavsretten har den bare den virkning at retten etter omstendighetene kan bli gjort til gjenstand for ekspropriasjon.

Svært stor praktisk betydning har det heller ikke at ophavsmannen kan gi op sin rett, og erklære at hans verker er fri for hvermann.¹ L e o T o l s t o i gjorde det ganske visst i sin tid, men noen norsk Tolstoi har såvidt jeg vet ikke forekommet. Og skulde han dukke op, sier det sig selv at det bare er de delene av retten som ikke er overdradd til andre, han har anledning til å stille til disposisjon for almenheten gjennom «dereliksjon».

§ 13.

Fortsettelse. Særlig om den ideelle rett.

I. Gang på gang har vi i det foregående streift inn på den ideelle rett i verket som ophavsmannen har. Vi har ikke forsømt noen anledning til å fremheve at ophavsretten hviler på både økonomiske og ideelle hensyn, og derfor får en egenartet, tvesidig karakter. Først nu har vi imidlertid funnet tiden inne til å gi en samlet fremstilling av hvad det ideelle element i ophavsretten egentlig består i, og hvordan det forholder sig til den økonomiske siden av retten.

1. Det er ikke lenge siden interessen for den ideelle del av ophavsretten begynte å vise sig rundt om i landene. På en måte er dette rart, siden tanken om å verne ophavsmannens ideelle interesser er

i forrige avsnitt omhandlede gjenstander, eller i ophavsmannens etterlatte utkast, skisser eller lignende, kan dette bare nektes, hvis berettigede kunstneriske eller personlige interesser derved vilde krenkes. Opstår der strid om dette mellom kreditorene og arvingene, kan begge parter innbringe saken til endelig avgjørelse av vedkommende departement.»

¹ Da er renonsering på patenter og varemerker hyppigere.

eldre enn alle forsøk på å tilgodese hans pengeinteresser; som nevnt i § 3 reagerte man i det gamle Rom sterkt mot alle forsøk på plagiat og på å stjele ophavsmannens honnør, mens man ikke vilde høre på at han også hadde økonomiske krav. Men da den egentlige ophavsrett kom til verden, først som privilegier og siden som virkelige rettigheter, var det utelukkende økonomiske interesser man førte i marken og krevet beskyttelse for. Og gjennom flere hundreår var det den økonomiske siden ved ophavsretten det blev kjempet om, mens den personlige og ideelle var lite påaktet.

I dette stykke delte ophavsretten forresten skjebne med de andre private rettighetene. Og det omslag som er skjedd i de senere år er ikke minst kommet ophavsretten til gode. Det er ingen overdrivelse å si at *«le droit moral»* er rykket frem i forreste linje i diskusjonen om ophavsrettens problemer. Lovgivere og vitenskapsmenn kappes om å beskjeftige sig med den, og også domssamlingene bærer tydelig preg av den forandring som er foregått. Nesten alle de tallrike ophavsretslover som de siste 10—20 år har bragt, ofrer stor oppmerksomhet på ophavsrettens ideelle side, og på Romkonferansen i 1928 hadde den en fremskutt plass. Etter lange diskusjoner kom det også inn en ny artikkel (art. 6 bis) i den anledning: «Uavhengig av de økonomiske rettigheter, og selv efterat disse er avhendet, skal ophavsmannen beholde retten til å gjøre gjeldende sitt ophavsforhold til verket, og retten til å motsette sig enhver forvanskning, lemlestelse eller annen forandring av verket som vilde skade hans ære og anseelse.» Ved siden av dette vedtok konferansen også følgende «ønske» til fordel for den ideelle rett: «Konferansen uttaler ønskeligheten av at unionens land overveier muligheten av å innføre i sin lovgivning, om den ikke inneholder bestemmelser i den retning, forskrifter som kan hindre at en ophavsmanns verk efter hans død blir forvansket, lemlestet eller på annen måte forandret, til skade for ophavsmannens anseelse og litteraturens, vitenskapens og kunstens interesser.» Nu kan det nok tvistes om hvad det egentlig ligger i art. 6 bis, men jeg tror allikevel at italieneren P i o l a - C a s e l l i, som var Romkonferansens generalrapportør, har rett når han kaller den for et vendepunkt i unionens historie. Uten hensyn til hvordan den nye artikkelen rettelig skal tolkes, var det nemlig i og for sig en milepel i utviklingen at den ideelle del av ophavsretten rykket inn i ophavsmennenes internasjonale grunnlov på like linje med den økonomiske.

2. Hvilke hensyn er det som ligger bak denne «ideelle rett», hvilke interesser hos ophavsmannen skal den verne? Lettest er det å gi svaret negativ form, og si at det er alle de ikke-økonomiske interesser som er knyttet til verket. Positivt uttrykt er det i virkeligheten flere slags hensyn det blir tale om. Først rent kunstneriske; all forvanskning føles som vold mot det kunstverk ophavsmannen har sett for sitt indre blikk, og forsøkt å gi ytre uttrykk. Dernest mere personlige; et åndsverk er en speiling av den personlighet som har skapt det, og derfor er respekten for verket en naturlig følge av den respekt for personligheten som rettsordnen ellers forlanger. Med rette fremheves det av mange — særlig i Frankrike — at også moralske hensyn spiller inn. Å frembringe kunstverker er ikke bare en åndens lek, men «*un acte moral, dans le sens le plus élevé*» (Marcel P l a i s a n t). Ophavsmannen bør føle sig som sitt folks opdrager, som en «*apôtre chargé de répandre à travers le monde la beauté et la bonté*», og er ansvarlig både overfor sig selv og almenheten for de åndsverker han skaper.¹ De forskjellige begrunnelser er dog nesten alle sammen utslag av et større rettsprinsipp, personlighetens mest elementære rett, sannhetsretten i dypeste forstand: Har en mann skapt et åndsverk, har han naturlig krav på at dette regnes ham til ære — eller til skam; og han har også rett til å kreve at det ikke blir forvansket og misdannet, så han blir bedømt på falsk grunnlag i samtid og ettertid.

Bernkonvensjonens art. 6 bis kan ganske visst tydes som om det bare er enkelte av disse interesser, den moralske rett skal tjene. Iallfall er det mange som mener at ordene «ære eller anseelse» alene sikter på ophavsmannens moralske og personlige renommé, men ikke på hans kunstneriske.² Så snevert vil ikke forarbeidene til Å. opfatte konvensjonen. I alle sine regler om den ideelle rett taler loven om «ophavsmannens personlige eller kunstneriske interesser», og mener sig hermed å være i samklang med konvensjonens art. 6 bis (Ot. prp. 22, 1930, s. 17). Den ideelle rett flyter efter dens mening «av to kilder,

¹ I D. a. 1925 s. 76 ff. gis det en oversikt over en rekke forfatteres syn på den moralske retts grunnlag i forbindelse med en anmeldelse av C h a r t i e r s bok: «*Le droit du musicien sur son oeuvre*» (1923).

² Således S m o s c h e w e r i Ufita. 1931 s. 348. Til revisjonskonferansen i Bryssel er det foreslått å forandre ordene «*honneur ou réputation*» til «*ses intérêts spirituels*».

ophavsmannens interesse som menneske og som kunstner. Som personlighet har han krav på at hans navn ikke knyttes til verker, for hvilke han ikke vil eller kan ta det moralske ansvar, som naturlig faller på skaperen av et åndsverk. Som kunstner har han interesse i at hans skapende kunstneriske innsats ikke blir forfusket, eller hans kunstnernavn knyttet til forvanskninger av verket.»

Å finne et enkelt rammende navn på den ikke-økonomiske siden av ophavsretten er ikke lett. I romansk rettsteori som har drøftet den særlig ivrig, er «*le droit moral*» blitt den stående terminologi. I Tyskland taler man gjerne om «*persönlichkeitsrechtliche Befugnisse*», men også her begynner uttrykket «*moralisches Recht*» å få innpass. I Norge passer ikke uttrykket «moralsk rett» synderlig godt; sprogbruken gir det en for utpreget etisk farve, og det dekker under ingen omstendighet alle de ikke-økonomiske sidene ved ophavsretten. Enda uheldigere vilde det være å oversettend et tyske *persönlichkeitsrechtliche Befugnisse*; også dette gjør begrepet for snevert, og tyder dessuten på at de beføielser det gjelder ligger utenfor ophavsretten, hvilket ikke er tilfellet. Et navn må dog retten ha, og skjönt det ingenlunde er ideelt, velger jeg å kalle *le droit moral* for ophavsmannens ideelle rett i verket. I positiv henseende er navnet nokså tomt, men det gir da iallfall tydelig beskjed om at det ikke er økonomiske interesser det dreier sig om.

Det sies undertiden at den økende omsorg for den ideelle rett må skrives på individualistiske rettstankers konto, men det tror jeg ikke er riktig. Ganske visst er det i første rekke hensynet til ophavsmannens personlighet som ligger bak reglene; men også samfundsmessige betraktninger støtter hans krav. At åndsverker ikke blir vandalisert eller tilintetgjort er nemlig også almenheten interessert i, likesom det er et kulturkrav at den historiske sannhet kommer for dagen, og at verkene ikke får seile under falsk flagg. Dette samspillet mellom individualistiske og sociale betraktninger preger utformningen av den ideelle rett over hele linjen, og gir den et temmelig forskjellig utseende i de tre faser den optrer i, nemlig i ophavsmannens levetid, i resten av vernetiden, og når verket er falt i det fri. Det kommer vi senere tilbake til.

3. Men hvad består den ideelle rett egentlig i, hvilke særlige beføielser gir den sin innehaver? For å svare på dette må man forsøke å løse retten op i sine enkelte komponenter, og det er ikke så

lett, særlig hvis man sikter på å være uttømmende. En viss oversikt vinner man dog efter min mening ved å holde den negative og positive siden av den ut fra hverandre. Den første er mest iøinefallende, og vel også den viktigste; dens formål er å verge ophavsmannen mot at hans verk blir offentliggjort i forvansket skikkelse, eller i en form som han ikke lenger vil stå inne for, kunstnerisk eller personlig. I sin positive form munner retten ut i et krav om å sikre ophavsmannen at hans verk også virkelig blir forelagt for offentligheten, og under hans eget navn; alle avtaler og foranstaltninger som hindrer dette, står derfor i strid med en av grunntankene i den ideelle rett.¹

I det enkelte pleier man å fremheve forskjellige beføielser som særlige viktige deler av den ideelle rett: Først og fremst retten til å ta bestemmelse om hvorvidt verket overhodet skal forelegges offentligheten, eller forelegges den påny. Dernest retten til å motsette sig at verket forvanskes, «*le droit au respect*» som franskmennene gjerne sier. Videre retten til å hevde ophavsforholdet eller «paterniteten» til verket, og endelig forskjellige rettigheter som ophavsmannen har interesse av når ophavsretten er overdradd, men han av en eller annen grunn finner at verkets offentliggjørelse krenker ham, «*le droit de retrait*», «*au repentir*» o. l. Denne listen er dog ingenlunde uttømmende.

4. Sålenge ophavsmannen selv sitter med ophavsretten, gjør den ideelle siden av den sig ikke særskilt gjeldende. Eneretten til å ta bestemmelse om verkets offentliggjørelse eller ikke-offentliggjørelse beskytter nemlig også de ideelle interessene mot overlast. Og dette er ikke bare en sidevirkning av rettsbeskyttelsen; tvertimot er det som oftere nevnt nettop de ideelle hensyn der taler så sterkt for at ophavsmannens rett blir formet som en virkelig enerett.

Først når ophavsretten er kommet helt eller delvis på andre hender, blir den ideelle retts problemer virkelig akutte. Det er forklaringen til at Å. behandler dem i kapitlet om rettens overgang til andre, og ikke i åpningskapitlet om dens gjenstand og innhold, og

¹ Andre bestemmer forskjellen mellem positive og negative beføielser på annen måte. Chartier f. eks. regner adgangen til å få verket igjen, skjønt retten er overdradd, til den positive del av retten, fordi ophavsmannen her optrer aktivt krevende. Jeg regner den til den negative, fordi formålet ikke er å sikre offentliggjørelsen, men å hindre den.

det er denne situasjon vi også har for øie i det følgende. Imidlertid må vi dele op undersøkelsesfeltet i tre: Det viser sig nemlig at både lovgivningspolitisk og positivrettslig arter den ideelle rett sig forskjellig, eftersom ophavsmannen er i live (II), eller vernet fortsetter etter hans død (III), eller verket er falt i det fri (IV).

II. Sålenge ophavsmannen selv lever, vil hans ideelle rett vesentlig kunne trues fra dem han har overdradd retten til ved avtale. Som vi har sett foran, har Å. nemlig sørget for at den ikke kan tas fra ham mot hans vilje, ved tvangsforfølgning eller ekspropriasjon. Men også den som har kjøpt ophavsretten må i stor utstrekning respektere den ideelle rett. I lovens øine er åndsverkene nemlig ikke almindelige varer, som skilles definitivt fra eieren når avtalen om kjøp er kommet i stand. På tross av kjøpet sier *E l s t e r*, «*bleibt das geistige Band zwischen der Persönlichkeit und ihrem Werke bestehen*» (s. 22), og denne kjensgjerning trekker viktige grenser for den rådighet over verket som avtalen gir kjøperen. De er dog temmelig forskjellige, eftersom det er 1) den negative eller 2) den positive siden ved ophavsmannens ideelle rett, som er utsatt for å ta skade ved hans optreden.

1. Hovedregelen om ophavsmannens *droit au respect* finner man i første punktum av § 13, tredje ledd: «Erhververen er uberettiget til uten ophavsmannens samtykke å offentliggjøre verket i endret skikkelse.» Denne regelen stod også i den gamle forfatterlovs § 9, og er almindelig anerkjent i fremmed lovgivning og rettspraksis. Den gjelder like godt enten det er hele ophavsretten eller bare en del av den som er overdradd; heller ikke den som har kjøpt ophavsretten i alle retninger, har altså lov til å finge med åndsverket ganske som han vil.¹

Forbudet mot endringer må dog lese *cum grano salis*. Det er ophavsmannens virkelige ideelle interesse loven vil verne om, ikke pedanteri og chikanelyst, og heller ikke sykelig, kunstnerisk selvheldelse, som skriker op ved den ringeste trykkfeil. Hvis derfor de retusjeringer som er foretatt er helt betydningsløse efter en forstandig objektiv betraktning, er verket ikke «gjengitt i endret skikkelse»; men dette skjønn må ganske visst foretas av menn som har forståelse av kunsten og dens krav. Enkelte fremmede lover gir positive uttrykk for dette: «*Zulässig sind Änderungen*», sier således den østerrikske lov av 9 april 1936, «*die der Urheber dem zur Benutzung des Werkes Berechtigten nach den im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten*

¹ Se B. R. D. VII s. 11.

und Gebraüchen nicht untersagen kann, namentlich Änderungen, die durch die Art oder den Zweck der erlaubten Werknutzungen gefordert werden.» Også uten en sånn regel vil man sikkert komme til lignende resultater hos oss. HRD. i Rt. 1903, s. 748 er et godt vidnesbyrd om dette.¹

Et s a m t y k k e fra ophavsmannens side vil dog regelmessig gjøre de foretatte endringer tillatt, slik at erhververen har rett til å gi verket ut i ny skikkelse og under ophavsmannens navn. Sânt samtykke kan være uttrykkelig, som når en romanforfatter går med på at hans bok blir oversatt, dramatisert eller filmet, eller en maler tillater at hans maleri blir gjengitt i sort og hvitt. Men det er heller ikke noe i veien for at samtykket er stilltiende, idet det praktiske formål for gjengivelsen gjør det nødvendig at verket endres, f. eks. når en billedhugger gir tillatelse til å gjengi hans kolossalstatue som turist-souvenirer. Man skal dog være forsiktig med å skrive altfor store endringer av åndsverkene på den praktiske nødvendighets konto. Mange av de strykninger og bearbeidelser som finner sted under innstuderingen av teaterstykker, kan sikkert ikke rettferdiggjøres på denne måten, og det er et klart angrep på forfatterens moralske rett, når en oversetter lager en annen slutt på hans bok, fordi han mener at dette stemmer bedre med bokens virkelige ånd og hensikt.

Men når samtykke virkelig er gitt, er det da alltid b i n d e n d e? Må en kunstner, som i et lettsindig eller bekymringsfull øieblikk har sluppet det fra sig, finne sig i at der offentliggjøres verker under hans navn som hele hans kunstnerpersonlighet protesterer mot, og som setter ham ned i folks omdømme? De mest prinsippfaste forsvarere for kunstens og personlighetens ideelle interesser svarer at et sånt samtykke må være ubetinget ugyldig; man kan ikke selge sin sjel for penger, og heller ikke gi samtykke til at ens kunstneriske omdømme blir ødelagt. Å. tar ikke så sterkt et standpunkt, men ser mere praktisk og prosaisk på saken. Den er enig i at de ideelle interesser må beskyttes — også mot ophavsmannen selv. Men den mener det vilde være hysterisk å holde selv den minste forandring av det minste kunstverk for kunstnerisk helligbrøde, og at det i mange forhold er sterke og legitime behov for temmelig vidtgående for-

¹ Fra Danmark kan nevnes U. f. R. 1928 s. 989, som gjaldt arkitektur, og 1935 s. 292, som dreiet sig om skisser til postkort, der var gjengitt i 4 farver i et barnespill.

andring av åndsverkene, uten å gi slipp på ophavsmannens navn. Disse nøkterne overveielser har resultert i følgende regel: «Selv om slikt samtykke er gitt, har ophavsmannen, hvis hans personlige eller kunstneriske interesser vesentlig krenkes, rett til å forlange at verket ikke offentliggjøres under hans navn, eller at det angis på fyllestgjørende måte at de foretatte endringer ikke skriver sig fra ham. Denne adgang kan ophavsmannen ikke fraskrive sig.»¹ Ophavsmannen kan m. a. o. ikke ta tilbake et samtykke til å endre verket som han kanskje har fått mange penger for å gi; men han kan bringe sitt kunstnerskinn i sikkerhet ved å hindre at verket skilter med hans navn. Forutsetningen er dog at det dreier sig om v e s e n t l i g e krenkelser av de ideelle interesser, og ikke bare om utidige reaksjoner fra overfølsomme kunstnernes side. Hvis selve den kunstneriske og personlige innsats i åndsverket er helt ubetydelig, kan derfor selv temmelig vidtgående forandringer ikke gi ophavsmannen rett til å gå fra det samtykke han engang har gitt.

Selv om verket imidlertid blir offentliggjort med den største pietet, kan det allikevel hende at ophavsmannen gjerne vil kalle sitt samtykke tilbake, fordi han ikke lenger vil være bekjent av verket, personlig eller kunstnerisk. Forfatteren av en «kommunismens bibel» blir således plutselig høremann, og vil gi meget for å slippe å se sine tidligere samfunsbetraktninger på trykk, eller en feiret salongmaler gruer for å se sin ungdoms surrealistiske malerier gjengitt i reproduksjon. At slike interesser kan være respektable og beskyttelsesverdige, og i og for sig faller inn under den ideelle rett innenfor ophavsretten, kan ikke nektes. Mange jurister proklamerer da også *le droit au repentir* som ophavsmannens uavhengelige rett, og enkelte åndsverkslover gir ham den også, regelmessig mot å holde erhververen økonomisk skadesløs (f. eks. Italias art. 15). Å. går imidlertid forbi spørsmålet, som så mange andre sider av forholdet mellom ophavsmannen og erhververen av hans rett. Noen del av ophavsmannens ideelle rett over verket er *le droit de retrait* derfor ikke hos oss, slik som nu Å. engang har skildret den.

2. En viktig positiv bestanddel av ophavsmannens ideelle rett er adgangen til å k r e v e s i t t n a v n n e v n t når verket publi-

¹ Dette forsøk på å forsone motsetningene er i det vesentlige efterlignet i den finske lovs § 22 i. f. D. a. 1928 s. 36 sier om denne: «*Cette dernière disposition est originale et nouvelle: nous la trouvons excellente.*»

seres. At han har rett til dette følger ikke bare av regelen om at verket skal gjengis i uforandret skikkelse, men forutsettes også utvedtydig i siste punktum av § 12, som endog sier at han ikke kan gi avkall på den: «Heller ikke kan han gi avkall på sin rett til å kreve at hans navn blir angitt på vanlig måte, når de verker han har skapt forelegges offentligheten.» Forfatterlovkomitéen var i sin tid meget unådig overfor avtaler som vilde ta fra ophavsmannen hans rett til å tre frem som verkets skaper: «Bør han bindes ved en slik avtale? Ikke efter komitéens mening. Kunstnerens ideelle krav på gjennom offentliggjørelse av sitt navn som verkets ophavsmann å høste den heder og berømmelse som verket kan skaffe ham, faller her helt sammen med publikums og med den almindelige kulturinteresse, å vite med sannhet fra hvem tidens åndelige verdier skriver sig.» (S. 44.) Dette lar sig ikke bestride når det er en Mona Lisa eller et Abelmonument det gjelder, men har ikke samme overbevisende kraft når det gjelder illustrasjonene i en varekatalog, eller et reklamedikt for en vaskemaskin. Skulde også her ophavsmannen ha et ubetinget krav på å se sitt navn nevnt ved hver eneste offentliggjørelse, vilde man ikke bare komme i strid med det praktiske livs sed og behov, men vilde strekke vernet for den ideelle rett ut over rimelighetens grenser.¹ Heldigvis behøver ikke loven forstås slik. Det ophavsmannen kan kreve, og som han ikke kan gi avkall på, er nemlig at hans navn blir angitt på vanlig måte, når hans verk blir gitt ut. Dette betyr ikke bare at navnet skal ha det utstyr og den plass som skikken er; men selve retten til å få navnet nevnt er betinget av at det er vanlig å gjøre dette, ved de åndsverkene og den slags offentliggjørelse det er tale om. På denne måten blir det til syvende og sist livet selv som må gi svar på spørsmålet, om en ophavsmann har rett til å se sitt navn på plakaten. Så omfattende som listen over åndsverkene er, og så beskjedne innsatsen er for manges vedkommende, kan en ikke undres på at det er adskillige av dem hvor ingen faller på å spørre efter ophavsmannen.

Den annen viktige positive faktor i den ideelle rett er adgangen til å sikre sig at åndsverkene virkelig blir offentliggjort, og ikke kvalt i stillhet. Også i denne henseende gir ophavsretten alt det vern som rettsregler kan gi, sålenge den er på ophavsmannens egen hånd. Men når retten er overdradd, dukker problemet op. Da

¹ Således også Eberstein s. 162 og D. a. 1931 s. 51.

vi talte om forlagskontrakten og om avtaler om dramatisk opførelse o. l., nevnte vi at kontrakten enten påla erhververen en virkelig plikt til offentliggjørelse, eller lot ophavsretten falle tilbake til ham dersom erhververen ikke bruker sin rett. I disse tilfelle er ophavsmannens ideelle interesse i å se verket offentliggjort ikke virkelig i fare. Men hvis han med rene ord har gitt erhververen rett til å undertrykke verket så meget han vil, er også en sånn avtale bindende for ham? Tilsynelatende svarer loven ja på dette, siden den ikke bare tillater en delvis overdragelse av ophavsretten, men også en fullstendig. Som vi senere skal se kommer imidlertid også andre rettsregler i betraktning, og de stiller i stor utstrekning saken i et annet lys.

3. Selv i ophavsmannens levetid er det dog ikke bare i forhold til kjøpere at den ideelle rett har trang til vern. I adskillig utstrekning må jo ophavsmannen finne sig i at hans verk blir brukt av andre uten hans vilje. Reglene i § 9 om «innskrenkninger i ophavsretten» er de viktigste eksemplene på dette. Isåfall opstår spørsmålet om de som får adgang til åndsverket i kraft av lovens eget bud må respektere den ideelle siden ved ophavsretten, eller om låneadgangen gir adgang til å disponere også over denne.

Hverken fra et lovgivningspolitisk synspunkt eller i forhold til Å. kan svaret være tvilsomt: Den ideelle rett må respekteres fullt ut. De hensyn som ligger bak innskrenkningene kan nemlig tilgodeses, selv om verket ikke må forandres, og selv om ophavsmannens navn må nevnes. Og flere av reglene i Å. viser tydelig at loven går ut fra som selvsagt at dette er betingelsen: I § 5 sies det at kilden — altså også ophavsmannens navn — skal nevnes tydelig, i alle tilfelle når ettertrykk eller annen gjengivelse av et beskyttet åndsverk er tillatt etter loven. § 9, pkt. 3 krever uttrykkelig, at når dikt gjengis som ledsagende tekst på konsertprogrammer, skal det skje uforandret. Pkt. 5 forlanger at tillatelse til kringkasting alltid må respektere budene om den ideelle rett i § 13. Og i § 11 har man en regel som i helt almindelig form bekrefter den ideelle rett, skjønt den tilsynelatende beklipper den: «Når et åndsverk gjengis i medhold av § 9, pkt. 1 og 2, eller § 10, kan det skje i den størrelse og skikkelse øiemedet krever, dersom verkets karakter ikke derved forandres eller forringes.» Pointet ved regelen er nemlig ikke at man kan gjengi åndsverkene i annen størrelse og skikkelse, når et maleri skal stå i en lesebok eller et skulpturarbeide i en kunsthistorisk avhandling.

Det faller av sig selv, hvis det skal være alvor med gjengivelsesretten. Men innskrenkningen i denne transformasjonsrett gir artikkelen god mening: Hvis låneretten nemlig ikke kan utøves uten at verkets karakter forandres eller forringes ved gjengivelsen, er det overhodet ikke anledning til å bruke den. En tydeligere forutsetning om at alle de legale innskrenkningene i ophavsretten må praktiseres med respekt for ophavsmannens ideelle rett kan man ikke ønske sig.

III. Når ophavsmannen selv er død og borte, skifter problemet om den ideelle rett karakter. Rettens naturlige forsvarer er forsvunnet, men ikke de interesser som bar den oppe. Såvel ophavsmannens kunstneriske eftermæle som samfundets kulturinteresser krever at den ideelle rett ikke blir liggende uten vern. Ifølge Å. er det en naturlig ordning at den dødes arvinger overtar forsvaret av den ideelle rett når ophavsmannen selv er død. Derfor bestemmer den i § 14 at hele ophavsretten går i arv, og ikke bare de økonomiske sidene ved den. Arvingene er dog bundet av testamentariske forskrifter om verkenes offentliggjørelse, og har avdøde opnevnt en verge for ophavsretten, er det ham og ikke arvingene som rår for den ideelle rett.

Når loven lar arvingene være avdødes eftermålsmenn også i ideell henseende, går den ut fra at de vanligvis føler pietet overfor ham og hans verk, og heller ikke mangler forståelse for åndelige verdier. Imidlertid forekommer det dessverre arvinger som er mere pengebegjærlige enn pietetsfulle og kunstforstandige. Hadde loven derfor nøiet sig med å overlate dem ophavsretten helt og fullt, kunde man som Mot. Å. sier (s. 46) komme til å erfare at de «setter en idyllisk slutt på et fra forfatterens hånd dystert drama, for på denne måte å gjøre verket mere innbringende ved opførelse eller filmatisering. Eller de tillater en geskjeftig musikkforlegger å skape sensasjon, og derved inntekt, ved å omsette en berømt tonekunstners musikkverker i jazztakt.» I slike tilfelle krever både tanken på ophavsmannen og på kulturen at verket blir beskyttet mot de selvsamme arvinger som skulde være ophavsrettens vern og forsvar. Så lenge ophavsmannen selv levet, blev det ikke tale om å verge retten mot innehaveren selv. Faren for kunstnerisk selvmord er ikke særlig stor, og dessuten står samfundets kulturinteresse her i skyggen for ophavsmannens egen, fordi han er verkets skaper. Når retten er på arvingenes hånd,

har man derimot ikke slik garanti mot misbruk, og heller ikke har disse slik selvinnlysende rett til å rå over verket på egen hånd at hensynet til ophavsmannens eftermæle og til kulturen må vike. De ivrigste apostler for den ideelle rett krever endog at all forandring av verket fra arvingenes side skal være forbudt; vil de gi det ut, skal det være i nøiaktig den form ophavsmannen har skapt det, eller i høiden med forandringer som er så små og uskyldige at de sikkert var blitt godkjent av ophavsmannen om man hadde kunnet spørre ham.

Å. mener dog at en sånn regel gjør for sterkt innhugg i arvingenes rett også hvad dens økonomiske side angår. Det kan ofte være nødvendig å forandre eller modernisere et åndsverk for å få det solgt, uten at det går på sjelelige verdier løs. Tvertimot kan en lojal og pietetsfull bearbeidelse åpne det ny mulighet for å vinne utbredelse og innflytelse. Det gjelder derfor om å la arvingene beholde den bevegelsesfrihet som er nødvendig, samtidig som man klipper klørne på dem. Det er det Å. forsøker å gjøre ved å bestemme at arvingene ikke kan gi ut arvelaterens verker «i vesentlig forandret skikkelse, medmindre det tydelig tilkjennegis at endringene ikke skriver sig fra ophavsmannen». Mindre vesentlige endringer i verket, som å-jourføring i en lærebok, eller en viss tillem্পning for å føre musikk over til grammofon, har de altså rett til. Men heller ikke vesentlige forandringer er ubetinget forbudt, det skal bare opplyses at de ikke skyldes ophavsmannen. På denne måte blir nemlig ophavsmannens kunstnerminne bragt i sikkerhet; og samtidig har man, som Mot. Å. sier (s. 48), lagt «en ganske kraftig demper på arvingenes lyst til å forvanske verket med økonomisk fordel for øie, idet de iallfall berøves adgangen til å skilte med ophavsmannens navn når de offentliggjør det endrede verk.» Og det er oftest dette som foretagendets økonomiske suksess avhenger av.

Å overlater til arvingene å påse disse reglene respektert, vilde imidlertid være å sette bukken til å passe havresekken. Og da det er uklart hvem som ellers vilde være kompetent til å optre med søksmål, har Å. pålagt kirke departementet å føre tilsyn med at der ikke finner misbruk sted.¹ Til forsvar for ophavsretten kan departementet gjøre gjeldende alle de rettsmidler som ellers står til rådighet overfor

¹ I utlandet har det vært foreslått å gi adgang til popularklage i slike fall.

ophavsrettskrenkelser, med undtak av retten til å kreve erstatning. (§ 14, tredje ledd i. f.)

IV. Når så vernetiden er forbi, og verket som det heter «faller i det fri», skifter problemet om den ideelle rett igjen kulør. Nu skulde jo ophavsretten i prinsippet være slutt, slik at enhver kan bemektige sig åndsverkene og offentliggjøre dem i den form han vil. Også den ideelle siden ved retten skulde følgelig være gitt til pris for hvermann. En slik rettstilstand er dog ikke god. Den slår ganske visst døren til samfundets åndelige skatter helt op, men legger dem samtidig åpne for vandalisering og rovdrift. Under konferansen i Rom blev det da også vedtatt et enstemmig «ønske» om å hindre dette ved hensiktsmessige regler. Å. hører til dem som har lagt sig ønsket på sinne.

For å forstå lovens regel om dette er det nødvendig å kjenne dens grunnsyn på den ideelle rett i denne tredje og siste fase av dens liv. I så måte gir forarbeidene grei beskjed. Når åndsverkene nemlig heller ikke efter 50-års fristen nektes enhver beskyttelse, er det ikke av hensyn til ophavsmannen, eller overhodet ut fra individualistiske betraktninger. Det er almindelige kulturhensyn som ligger bak: «Hensynet til ophavsmannens person er så fjernt og forrynnet, at det vanskelig kan bære en regel om fortsatt vern for den moralske rett. Almenhetens interesse i at kulturelle verdier ikke forfuskes krever imidlertid også her en viss beskyttelse av åndsverkene. En eventuell regel herom bør imidlertid ikke gå videre enn denne virkelige tilsier.» (Ot. prp. 22, 1930, s. 19.) Ut fra denne betraktning fikk § 17 i. f. følgende form: «Selv om vernetiden er forbi, kan åndsverker imidlertid ikke offentliggjøres i endret skikkelse, dersom det under hensyn til verkets betydning og de foretatte endringers art må befryktes at almindelige kulturinteresser vilde ta skade herved. Vedkommende departement påser at så ikke skjer, efter de samme regler som er gitt i § 14, tredje avsnitt.»

Som man ser er det ikke enhver forsyndelse mot den ideelle rett som bringer loven i harnisk, men bare «forvanskninger» av verket. Og heller ikke alle forvanskninger, men bare de som truer «almindelige kulturinteresser». Ikke alene må altså forandringen gå temmelig vidt, men den må også angå åndsverker som nasjonen har interesse av å bevare uforfalsket. Kjøkkenromaner og dusinskilderier kan derfor forvansknes efter behag, mens «Hamlet» og «Faust» ikke kan

det. Og her som overfor arvingene er kirkedepartementet satt til å være lovens — og moralens — vokter.¹

V. Mens det er noenlunde enighet om at ophavsmannens ideelle interesser i verket må vernes, er det mange som mener det er uriktig å opfatte den ideelle rett som en del av ophavsretten. Særlig gikk K o h l e r sterkt inn for at det er galt å tenke sig ophavsretten som en eneste rett med en økonomisk og en ideell side. Tvertom skulde den egentlige forfatterrett være rent økonomisk, mens de kunstneriske og personlige sider ved verket beskyttes av en egen personlighetsrett som er uavhengig av forfatterretten, og følger andre regler enn denne. Dette syn deles også av mange andre forfattere og flere nyere lover, f. eks. den polske.

For Å. ligger en slik tankegang imidlertid fjernt. Både loven og forarbeidene er ellers forsiktige med å ta stilling til spørsmålet om ophavsrettens karakter og egenart; men her toner de rent flagg. Mot. Å. sier således uttrykkelig at «man gjennom bestemmelsene i §§ 10, 11 og 12 (lovens §§ 13, 14 og 15) har søkt å gi uttrykk for at de formuerettslige og de personrettslige rettsvirkninger er to sider av samme rett, og har, når ikke særlige hensyn gjør sig gjeldende, latt de samme rettsregler beherske rettigheten i sin helhet» (s. 15). Og i forbindelse med arveparagrafen fremheves det påny (s. 47) at «ophavsretten er en enhet, skjønt den både har økonomiske og ideelle sider, og at derfor retten bør gå i arv i sitt fulle omfang.» Denne opfatningen gjør loven også alvor av. Både selve hovedregelen om ophavsmannens enerett, og de særlige bestemmelser om rettens overgang, rettsbeskyttelsen og innskrenkningene i retten bygger klart og konsekvent på at den ideelle rett ikke står utenfor ophavsretten, men er en del av denne.

Dette innebærer dog ingen miskjennelse av at det er n æ r s a m m e n h e n g mellom den ideelle rett, og rettsbeskyttelsen for den menneskelige personlighet. Ikke alene kommer den siste til å fylle

¹ Den danske forfatterlov gir siden 1933 et meget effektivt vern for den ideelle rett, særlig efterat ophavsmannen er død. I hans levende live består retten vesentlig i å hevde farskapet og «motsette sig enhver forvanskning eller beskjæring eller annen endring, der må anses at være en vesentlig forringelse av verket.» Efter ophavsmannens død «overgår sistnevnte rett til Undervisningsministeriet, og bortfaller ikke ved forfatterrettens ophør» (§ 9 nr. 5, jfr. § 27 nr. 8). Arvingene spør man derimot ikke efter.

ut de ophavsrettslige bestemmelsene, men mange steder glir de fullstendig over i hverandre. Det får vi anledning til å vise i § 60. Dessuten må det understrekes at det bare er i ophavsmannens levetid, altså i det vi har kalt for dens første fase, at den ideelle rett helt ut kan sees som en ordinær subjektiv rettighet. I annen fase taper dette preg sig adskillig, idet almene eller om man vil offentligrettslige hensyn trenger sig inn i motiveringen, og setter preg på reglens utformning. Og i tredje fase, når åndsverket i hovedsaken er falt i det fri, vilde det være galt å se vernet for de ideelle interesser som en subjektiv rett på almenhetens hånd. Den metamorfose som blev innledet mens arvingene satt med ophavsretten er nu fullbyrdet: offentlig forsorg er trådt istedenfor individuell rett. En slik utvikling tør være vel kjent i våre dager, også utenfor åndsretten.

§ 14.

Rettsvernet.

De midler som står til rådighet til forsvar for ophavsretten, er i stor utstrekning de samme som ved andre subjektive rettigheter. Men fordi retten er knyttet til åndelige goder, og ikke til ting eller fordringer, blir det bruk for enkelte særegne forsvarsmidler, som hverken tingsretten eller fordringsretten har maken til. Derimot finner man dem igjen i alle grenene av åndsretten, omtrent i samme skikkelse.

1. Hvis ophavsmannen mener at hans rett efter loven er krenket, kan han legge an sak for å få uvesenet stoppet.¹ Det sies ikke uttrykkelig i Å., men følger av sig selv. Slik dom har han krav på uten hensyn til om motparten er i god tro; det objektive faktum er nok at han har gått inn på ophavsmannens enemerker.

Det er ingen ting i veien for at ophavsmannen nøier sig med å reise fastsettelsessøksmål, for å få avgjort hvor langt hans rett går. Men som regel er det en aktuell rettskrenkelse han reagerer mot, og som han ønsker å hindre i fremtiden. I Tyskland taler man isåfall om en *Unterlassungsklage*, parallell med den *actio negatoria* som B.G.B. § 1004 gir hjemmel for ved eiendomsretten, og som *«überall da gegeben ist, wo ein Privatrecht irgendwelche auf ein*

¹ Forutsatt at han ikke har overdradd retten til andre, Rt. 1918 s. 762.

Unterlassen gerichtete Ansprüche enthält.» (R i e z l e r, s. 114.) Villkåret for klagen er at retten er krenket, rent objektivt sett, og at det er fare for gjentakelse. Heller ikke hos oss kan det være noe i veien for at dommen formes som et forbud mot fremtidig rettsforstyrrelse, og tvangsl. § 240 gir også anvisning på passende tvangsmidler. Dessuten vil strl. § 344 kunne brukes, hvis domfelte driver på med å krenke ophavsretten. Isåfall fortsetter han nemlig å «utøve en rett der er ham frakjent ved endelig dom».

2. Å. § 20 setter videre b ø t e s t r a f f for den som krenker ophavsretten ved forskjellige handlinger som loven regner op. Forfatterlovkomiteén hadde i sin tid formet straffetruselen helt almindelig, men Ot. prp. nr. 22, 1930, fant det forsiktigst å gi en mere spesifisert beskrivelse av gjerningsinnholdet. I realiteten var det dog ikke meningen å gå fra setningen om at alle ophavsrettskrenkelser er straffbare.

Det loven rammer er først og fremst ulovlig mangfoldiggjørelse og import¹ av åndsverkene, og dernest offentlig fremførelse av dem. Men dessuten truer den for sikkerhets skyld alle med straff som «forhandler, utleier, utlåner eller på annen måte utbrer eksemplarer av et i strid med loven mangfoldiggjort eller innført verk, eller utstiller sådanne offentlig.» (jfr. foran § 8.) Om gjerningsmannen har vært helt uten rett, eller har gått utenfor den, eller latt være å respektere de betingelser som loven setter for utøvelsen, er likegyldig. Hvis forleggeren gir ut flere eksemplarer enn han har sikret sig retten til, begår han ophavsrettsbrudd, og det samme gjør forfatteren når han gir ut verket annetsteds, før oplaget er solgt ut. Men også om forleggeren forvansker verket eller stryker ut ophavsmannens navn, kan han straffes. I begge fall er nemlig verket offentliggjort på annen måte enn erhververen har rett til, og følgelig har han krenket ophavsretten.² På samme vis må saken ansues, når utenforstående misbruker «låneretten» ved å endre verket, når arvingene ikke opplyser at de har foretatt vesentlige endringer i verket, når fri åndsverker blir gjengitt i strid med Å. § 17, og når erhververen nekter ophavsmannen å få satt på verket at viktige endringer ikke skriver sig fra ham.

¹ Import til eget bruk er tillatt, akkurat som privat mangfoldiggjørelse er det.

² Ot. prp. nr. 22, 1930 s. 22 uttrykker samme tanken slik, at «hans rett til å gjengi verket anses rettest betinget av at den ideelle rett blir respektert».

Derimot er det ikke straffbart å bryte de vilkårene for utgivelsen som skyldes kontraktmessige avtaler om utnyttelsesmåten, vederlaget etc. Forleggeren kan således ikke straffes, om han lar være å utbetale forfatteren det honorar han har krav på, og heller ikke om han urettelig venner det døve øre til når forfatteren angrer på boken, og vil ha forlagskontrakten annullert eller endret.

I subjektiv henseende kreves forsett eller grov uaktsomhet fra gjerningsmannens side. Regelmessig må fornærmede selv reise straffesak, men hvis almene hensyn gjør det ønskelig, kan også påtalemyndigheten skride inn når han ber om det (§ 24). Forsøk på ophavsrettskrenkelse er ikke straffbart (Strl. § 49).

3. Ved Å.'s erstatningsregel, som står i 21, er først å merke at den bare blir aktuell når ophavsretten er krenket med forsett eller av uaktsomhet.¹ Slik er det oftest i utlandet også, mens man ved andre rettigheter gjerne blir erstatningspliktig uten hensyn til skyld, når man uhjemlet har utøvet dem. Til gjengjeld gir loven den krenkede et ubetinget berikelseskrav, rettet på «den nettogevinst som den ulovlige handling har skaffet gjerningsmannen». Dernest må det understrekes at det bare er den økonomiske skade som skal bøtes. Om den ideelle rett er krenket aldri så frivolt, ved forvanskninger eller utelatelse av forfatternavnet, skal det ikke gis kompensasjon for dette, hvis ikke ophavsmannen kan godtgjøre at pengepungen er såret, og ikke bare laurbærkransen. Norsk retts «hovedregel» om at det bare er økonomisk skade som skal bøtes, holdes altså helt ut fast.

Før Å. kom så langt som til stortinget, var alle de forberedende instanser enig om at man måtte ha en annen ordning, hvis ikke all talen om ophavsmannens ideelle rett skulde bli vesentlig munnsvær. Mot. Å. (s. 53-54) minner om at prinsippet om å begrense erstatningen til økonomisk skade ikke er selvinnløsende, at det er mange undtak fra det, og at tendensen går i retning av å øke dem. Ved ophavsretten var det særlig god plass for et sånt undtak, fordi den ideelle rett ellers vilde bli omtrent forsvarsløs, og fordi det ofte er så vanskelig å bevise at økonomisk skade er lidt. Man henviste endelig til tallrike paralleller i fremmed rett, og konkluderte med å foreslå at domstolene skulde

¹ Også den som leder teatret, eier restauranten m. v. blir ansvarlig, ikke bare den som har begått ophavsrettskrenkelsen i første hånd. Se danske dommer i U. f. R. 1914 s. 318 og 1929 s. 314, og en svensk i N. J. A. 1930 s. 432.

tilkjenne opreisning i penger for ideell skade, når de fant det rimelig etter gjerningsmannens skyld og forholdene forøvrig. Disse argumentene gjorde dog ikke synderlig inntrykk på universitets- og fagskolekomitéen, som behandlet loven. Med en motivering som kunde ha vært fyldigere, men ikke fyndigere, blev regelen om erstatning for ideell skade avvist: «Nemnda fyreslær at heile andre avsnitt i denne § gjeng ut.» På dette grunnlag blev et viktig ledd i ophavsrettsvernet derefter amputert.¹

4. Det er dog hverken straffen eller erstatningen, men i n n - d r a g n i n g s r e g l e n e i Å. § 22 og § 23 som er særlig karakteristiske for ophavsrettskrenkelser. Når åndsverket er ulovlig mangfoldiggjort, foreligger også rettskrenkelsen i flere «eksemplarer», og hvert av dem er en permanent fare for ophavsmannen. Det samme er de former, klisjeer o. l. som har vært brukt, og som står ferdig til å brukes påny. For å verne ophavsretten bestemmer derfor § 22, at alle ulovlige eksemplarer av åndsverket skal inndras og ødelegges, og det samme skal alle plater, stener, former og klisjeer som utelukkende er eslet til ulovlig eftergjørelse, medmindre de forandres slik at misbruk er utelukket for fremtiden. Selve eksemplarene kan dog bare inndras, når de «befinner sig på hender hvorfra deres videre utbredelse tilsiktes». Den som har kjøpt boken for å ha den, behøver altså ikke levere den tilbake når han har vært i god tro. — Dersom ophavsmannen vil, kan han kreve de inndradde gjenstander overlatt efter takst, som ikke må ligge over hvad de har kostet, og som han kan kreve holdt før han bestemmer om han vil overta dem eller ikke.²

Knytter ulovligheten sig bare til en del av verket, kan den forurettede, som rimelig er, «alene for denne dels vedkommende gjøre sitt krav på utlevering eller tilintetgjørelse gjeldende». (§ 23). Men skulde dette gjennomføres strikte, vilde hele gjenstanden ofte gå tilgrunne, og samfundsmessige verdier spilles. Å drive prinsippene så langt, finner ikke Å. rimelig. Ut fra den tankegang som nabolovens § 8 hviler på, og som gjør sig gjeldende på mange andre steder i mo-

¹ Innst. O. XXV. 1930 s. 8. I Tyskland kan det ved siden av straff også gis dom for en egen *Busse* som kommer den krenkede tilgode, og som utelukker krav på videre erstatning. Om «Bod» som middel til å reparere ideell skade, se særlig *Carl Popp-Madsen: Bod* (København 1933).

² Ved siden av disse reglene gjelder også strl. § 34—36, men de får ikke stor betydning.

derne rett, foretar loven derfor en utligning mellom ophavsmannen og usurpatoren. Ikke alene nekter den å låne øre til inndragningskrav for byggverkere vedkommende, men den bestemmer også helt almindelig, at hvis reglene i § 22 vilde føre til at «betydelige økonomiske eller kunstneriske verdier blev prisgitt, kan domstolene efter omstendighetene vise den forurettedes krav tilbake, og tillate verkets fremtidige offentliggjørelse. Vilkårene herfor er dog at ophavsretten ikke er krenket med forsett, og at fornærmeren, foruten erstatning, betaler ophavsrettens innehaver et pengebeløp som domstolene fastsetter efter billighet i hvert enkelt tilfelle.»

5. Både hos oss og annetsteds er det de almindelige domstolene som må avgjøre all strid om ophavsrett. I mange tilfelle vil de dog føle sig usikre overfor opgaven. Dels er norske jurister ikke synderlig fortrolig med åndsretten og dens problemer, dels krever disse, som oftere fremhevet, ikke bare juridisk forståelse, men også kunstnerisk skjønn. Og mens den første usikkerhetsfaktor kan overvinnes med tiden, hører den siste til de skjebnesvangre som «aldrig går över». Det ligger derfor nær å skaffe domstolene hjelp og veiledning av personer eller institusjoner som er mere sakkynndige på det kunstneriske område enn jurister flest kan forutsettes å være.

Slik hjelp var det meningen at det sakkynndige råd skulde by, som Å. § 30 oppretter. Det oppnevnes av kongen, og skal, foruten av jurister, bestå av representanter for åndsproduksjonen og de erhvervsgrener som knytter sig til den. Rådet har plikt til å gi sakkynndige uttalelser til bruk for domstolene når det blir opfordret til det, likesom det også skal fungere som voldgiftsdomstol i ophavsrettsaker hvis partene er enig om det. Dets organisasjon og virkemåte er bestemt ved res. av 6. februar 1931. I flere fremmede land har man lignende innretninger.¹

¹ Rådet har også til opgave å hjelpe kirkedepartementet med å treffe de avgjørelser som Å. legger til det. Det må således høres når departement skal avgjøre honorarspørsmål efter § 9 pkt. 2, meddele kringkastingstillatelse efter § 9 pkt. 6, løse strid mellom kreditorer og arvinger efter § 15, og sammen med departementet skal det holde oie med at ophavsrettens ideelle side blir respektert efter § 14 og § 17. Endelig er det forutsetningen at rådet også skal uttale sig, dersom det blir spørsmål om å bruke det offentliges ekspropriasjonsrett efter § 16. Hittil har dog rådet ført en forholdsvis rolig tilværelse, hvilket medlemmene bør være glad for, siden det står i loven at de ikke skal ha betaling for sitt arbeide.

§ 15.

Ophavsrettslovgivningens rekkevidde i tid, rum og sak.

I. Når nye ophavsretslover trer i kraft, er det skikken at de blir anvendt på alle åndsverker, også på dem som er eldre enn loven. Det er også Å.'s standpunkt i § 32. Med et såre uheldig uttrykk kalles dette gjerne for prinsippet om ophavsrettslovgivningens «tilbakevirkende kraft». Det er iallfall ikke denne slags tilbakevirkning grl. § 97 nedlegger veto mot. Men her som ellers forlanger grunnloven at nye lover ikke går for hensynsløst frem overfor eldre rettigheter, og overfor dem som har innrettet sig efter den gamle lovgivning, forutsatt at det gjelder interesser som både moralsk og socialt er respektable og beskyttelsesverdige.

Hvis den nye loven i n n s k r e n k e r ophavsmannens rettigheter, må man derfor være forsiktig med å la den gjelde overfor eldre åndsverker, dersom det da ikke dreier sig om uvesentlige reguleringer eller omdannelser av retten. Da Å. ikke gav noen sånne regler, dukket spørsmålet ikke op, da loven kom til. Blir derimot ophavsrådigheten u t v i d e t, må man i overgangstiden huske på dem som har lagt ned penger og arbeide på å utnytte de verker som tidligere var fri, og som ikke kan stemples som moralske snyltere i den anledning. Det er dette Å. gjør i tredje avsnitt av § 32.

All forandring i ophavsretsreglene reiser vanskelige spørsmål når retten helt eller delvis er overdradd til andre. Særlig har det vært livlig diskutert om utvidelser av rådigheten skal komme ophavsmannen selv til gode, eller den som har kjøpt retten av ham. Dette spørsmål har vi imidlertid — for å bruke en onskapsfull studentervits — allerede tidligere forbigått (s. 137), og skal la det bli ved det.

II. 1. Ved alle åndsrettighetene er det hovedregelen at de bare virker i n n e n f o r l a n d e t s e g n e g r e n s e r. *So viele Länder, so viele Rechte*, er derfor en grunnsetning som gjelder dem alle.

Når rettsbeskyttelsen hviler på offentlig bevilling eller registrering, er det særlig innlysende at den ikke kan rekke lenger enn statsautoriteten selv. Styret for Norges industrielle rettsvern kan ikke godt lyse Kinas millioner i bann om de bruker patenter eller varemerker som er registrert oppe i Kirkeveien. Men saken står i virkeligheten ganske ens ved åndsverkene. Også disse kan nyttes av alle

og i alle land, hvis det ikke kommer et rettsbud i veien som innskrenker friheten. Slike rettsbud rekker imidlertid regelmessig ikke ut over landegrensen. At norske ophavsrettsregler får holde sig i Norge, er i virkeligheten like naturlig som at man ikke hos oss kan gi lukningsvedtekter for Buenos Aires, eller påby tvungen vaksinerings av negerbarna i Afrika. Eller som at naboloven eller andre regler om rådgigheten over fast eiendom bare gjelder i Norge og ikke i utlandet.

Å. sier ikke uttrykkelig at den bare har gyldighet i Norge,¹ men går ut fra det som selvfølgelig. Forbudet mot import, ved siden av forbudet mot mangfoldiggjørelse, forutsetter således klart at når ettertrykket er skjedd i utlandet, er man utenfor lovens rekkevidde.² Dette gjelder også om det er en nordmann som fremfører eller gjengir et norsk verk i utlandet, og saken står heller ikke anderledes, om det er den ideelle siden av ophavsretten man gjør attentat på. Det norske sjøterritorium regnes dog med til Norge i denne forbindelsen, og det samme gjør norske skib, iallfall når de er i åpen sjø.

2. Overfor rådgighetshandlinger som er foretatt utenfor riket, får den norske Å. altså aldri anvendelse. Men skal norske domstoler da anvende fremmed rett i et slikt tilfelle, nemlig den som gjelder på gjerningsstedet? Fra et internasjonal-privatrettslig synspunkt skulde dette være det riktige, forutsatt at slike saker overhodet kan ha verneting i Norge. Men det er nettop hvad de ikke har. Alle er enig om at man ikke kan reise sak i Norge om grensene for utenlandsk fast eiendom eller for å få erstatning for skade på slik eiendom, og det samme må gjelde ved fremmede åndsverker, fordi begrunnelsen i virkeligheten er parallell. Det standpunkt har Englands domstoler inntatt, og Kohler (s. 393) er enig med dem. Han nevner særlig en dom av High Court, som avviste en sak hvor det blev krevet forbud mot at en mann som bodde i England lot opføre et musikkdrama i Berlin i strid med den tyske lovgivning. Dommen blev særlig støttet på at selv om engelske domstoler nok efter omstendighetene kunde anvende tysk rett i England, kunde de ikke gjøre det i Tyskland. Dette var særlig klart, fordi det var en *injunction* som blev forlangt, men saken står ikke anderledes når det er tale om å bestemme ophavsrettens grenser med virkning

¹ Svalbard er en del av Norge, jfr. l. 17 juli 1925 nr. 11.

² Ved å holde Å.'s strafferegler sammen med strl. § 12, fremgår det også tydelig at offentliggjørelse og mangfoldiggjørelse i utlandet faller utenfor loven.

for det fremmede territorium, eller å kreve erstatning hvis disse er overskredet.

III. Men selv innenfor Norges grenser er det ikke alle å n d s v e r k e r Å. beskytter. Tvertimot sier den i § 31, at den bare «kommer til anvendelse på verker av norske undersåtter, og på fremmede undersåtters verker som første gang utgis her i landet».

Ved første blick virker denne regelen fremmed, nesten som en atavisme. Mens andre rettigheter, som eiendomsrett eller fordringer, nyter samme rettsvern enten de er på innlendingers eller utlendingers hånd, synes ophavsretten å ha blitt tilbake på det primitive og barbariske stadium, da rettsbeskyttelsen var for borgerne og alle fremmede rettløse. En snev av sannhet er det også i dette; minnelser fra privilegietiden, da man ikke i utide lot utlendinger skjære remmer av statsborgernes rygg, henger fremdeles igjen i ophavsretten. Men det er først og fremst hensynet til den åndelige handelspolitikk, der ligger bak regelen om at fremmede åndsverker ikke beskyttes: Man finner sig i å sette grenser for verkenes fri utnyttelse, for den hjemlige åndsproduksjons skyld. Den utenlandske er man derimot ikke så bekymret for, iallfall ikke før man har sikkerhet for at det fremmede land gjør gjengjeld.

Man har ganske visst gjort forsøk på å drive kremmerånden ut av ophavsretten, og sette tanken på rettferd og på åndslivets internasjonale solidaritet isteden. Det franske dekret av 28 mars 1852 og den belgiske lov av 22 mars 1886 tok begge det generøse standpunkt at de gav vern for alle åndsverker, hvor de enn skrev sig fra. Men eksemplet smittet ikke slik som man hadde håpet, og begge landene har gitt regelen op igjen, Belgia med rene ord, Frankrike gjennom domstolenes bortforklaring. Og jordbunnen for lignende rettstanker er ikke blitt gunstigere siden da. Det var derfor ikke så rart at Å. vek tilbake for å gå foran i en alvorsdyst, og blev stående ved å verne de å n d s v e r k e r s o m e r n o r s k e, enten fordi de er skapt av nordmenn, eller fordi de for første gang er gitt ut i Norge. Er ophavs mannen norsk statsborger, spiller det altså ingen rolle hvor i verden verket er gitt ut, eller om dette aldri er skjedd. Og vinner en utlending norsk statsborgerrett, er hans verker fra selvsamme øieblikk vernet mot mangfoldiggjørelse her i Norge.¹

¹ Omvendt taper nordmannen den hvis han mister statsborgerretten. Se en dansk dom i U. f. R. 1912 s. 756.

Før utlendingers vedkommende er betingelsen at verket skal være gitt ut i Norge for første gang, d. v. s. den offentlige spredning av eksemplarer av verket må først ha funnet sted her. At et kunstverk er stillet ut, en film fremført, eller en komposisjon spillet her i landet, er derimot ikke nok.

Alle andre åndsverker er utenlandske, og de faller i prinsippet utenfor norsk ophavsrettsbeskyttelse. Man kan vanskelig si at A. positivt tillater at man forgriper sig på fremmede åndsverker, den stiller sig snarest nøytral til fenomenet. Om dette også gjelder når den ideelle rett blir grovelig krenket skal vi senere komme inn på, under skildringen av sammenhengen mellom ophavsretten og det almindelige personlighetsvern.

IV. Når beskyttelsen for åndsverkene er knyttet til hvert lands territorium, og forbeholdt for de nasjonale produkter, svarer den imidlertid lite til hvad de har behov for og krav på efter sin karakter. Åndsverkene er like internasjonale som tanken, og det er som å sette gjerder i oceanet (Ruffini), å ville stenge dem inne på et bestemt landområde. De kan utnyttes i alle land til samme tid, og derfor må rettsbeskyttelsen være internasjonal og kosmopolitisk, hvis det skal være alvor med den.

Sålenge samkvemmet mellom landene var sparsomt også i åndelig henseende, og sålenge sprogforskjell og slette kommunikasjoner henviste hvert land til sig selv, gjorde behovet for internasjonal rettsbeskyttelse sig ganske visst ikke så sterkt gjeldende. Men da også åndslivets skranker og murer blev brutt ned i det merkelige 19. århundre, trådte det klart i dagen hvor skrøpelig rettsbeskyttelsen var, når hvert land bare vernet sine egne ophavsmenn, men snyttet friskt vekk på andres. Landene imellem blomstret nemlig ettertrykket som aldri før. I enkelte stater var det som Ruffini sier (s. 60), «une véritable branche de l'industrie nationale». Bryssel var vel det viktigste centrum for denne industrien, men Leipzig lå godt innpå. Snart lød dog den ene protest efter den annen mot denne rettstilstand, først fra bitre enkeltmenn som Balzac og Lamartine, senere med bredere grunnlag i den almindelige opinion, som begynte å tilegne sig ophavsrettstanken for alvor.¹ Et forsøk på å

¹ Den første svale som varslet inn den internasjonale ophavsrettsbeskyttelse, var visstnok en nederlandsk bokhandler, som foreslo på fredskongressen i Aachen i 1748, at man skulde ta med i fredstraktaten en avtale om å bekjempe eftertrykk. (Röthlisberger: «Die Berner Übereinkunft» s. 2.)

komme uvesenet tillivs var Napoleon 3's dekret av 1852 som vi nevnte ovenfor, men som ikke førte frem fordi andre land ikke fulgte eksemplet. En annen vei man forsøkte var å oprette særtraktater land og land imellem, hvor man gjensidig lovet å beskytte hverandres åndsverker. Men mere enn et lappverk kunde det ikke bli på denne måten. Først gjennom *Bernkonvensjonen* av 1886 blev tanken om virkelig internasjonal ophavsrettsbeskyttelse praktisk realisert.

Sammen med sin fetter, Pariskonvensjonen av 1883, er denne konvensjon vel det viktigste fremskritt som blev gjort innenfor åndsproduksjonens rett i det 19. århundre. Den er en frukt av de vidsynte og fordomsfri, i beste forstand kosmopolitiske og liberale åndsstrømninger som dengang gikk gjennom verden, og som også resulterte i mange andre unioner, postunionen f. eks. På de hyppige verdensutstillingene gjorde denne ånd sig særlig sterkt gjeldende, og det var nettop på en av dem, Parisutstillingen i 1878, at tanken om å skape effektivt internasjonalt vern både for åndsverker og for den industrielle produksjon blev holdt over dåpen. I forbindelse med denne utstilling blev der dannet en *Association littéraire et artistique internationale*, hvis første president blev Victor Hugo, og som med kraft tok arbeidet op. Man vaklet først mellem to fremgangslinjer: Noen vilde ha vedtatt en internasjonal mønsterlov om ophavsrett, som alle land skulde anta, slik at retten til åndsverker blev fullstendig ens overalt. Andre mente man fikk nøie sig med en internasjonal union, hvis medlemmer forpliktet sig til å beskytte hverandres åndsverker,¹ og det var denne tanken som seiret da Bernkonvensjonen blev vedtatt i 1886.

Helt fra begynnelsen av var en rekke av de viktigste kulturland med i Unionen, som Tyskland, Frankrike, England, Italia, Belgia og Spania. Senere har mange andre land sluttet sig til: Norge i 1896, Danmark i 1903, Sverige i 1904, Finnland i 1928 o. s. v., inntil unionen nu har 40 medlemmer med tilsammen omtrent en milliard innbyggere. Av de land som står utenfor er U. S. A. og Russland de betydeligste. På flere konferanser, hvorav de to viktigste var Berlinkonferansen i 1908 og Romkonferansen i 1928, er Bernkonvensjonens

¹ Idéen til denne blev visstnok undfanget i 1882 på en trattoria ved foten av Kapitol, hvor nordmannen *Bætzmann*, tyskeren *Schmidt* og franskmannen *Lermina* tok sig en drink. Jfr. *Ruffini* s. 69.

innhold blitt adskillig forandret. For øieblikket stunder det til en ny revisjonskonferanse som egentlig skulde ha vært holdt i Bryssel til høsten, men som er utsatt til 1938.

Ved siden av Bernkonvensjonen fins det også et par andre konvensjoner til vern for ophavsretten, nemlig Montevideokonvensjonen av 1899 og Buenos-Aireskonvensjonen av 1910 som blev revidert i Havana i 1928. Begge gjelder mellem forskjellige amerikanske stater. Det pågår for tiden et energisk arbeide for å smelte Bernkonvensjonen og Havanakonvensjonen sammen på en eller annen måte. Dessuten har mange land sluttet særlige overenskomster med hverandre, f. eks. Norge og De forente Stater.

V. Hovedpunktene i Bernkonvensjonen.¹ 1. Formålet for unionen er ifølge konvensjonens art. 1 «å beskytte ophavsmennenes rettigheter over deres litterære og kunstneriske verker». Hermed forstår art. 2 «alle frembringelser på det litterære, videnskapelige og kunstneriske område, på hvilken måte eller i hvilken form de så uttrykkes, såsom» — og så følger en opregning som i alt vesentlig svarer til vår egen Å. § 2. Disse verkene er alle unionslandene forpliktet til å beskytte (art. 2 pkt. 3). En lignende plikt har de også overfor fotografier ifølge art. 3, men retten til disse står for sig selv, og faller ikke inn under de reglene som gjelder om egentlige åndsverker. Også verker av anvendt kunst står i en særstilling; de skal ifølge pkt. 4 i art. 2 bare beskyttes i den utstrekning hvert lands indre lovgivning tillater det. Unionslandene kan altså beskytte dem, slik som vi gjør, eller de kan la det være. Men er de først beskyttet, skal vernet også komme de andre unionslandene tilgode.

Bernunionen står åpen for alle land, hvis lovgivning fyller de minstekrav konvensjonen setter. Dens administrative organ er det såkalte Bernbyrå eller «*Le bureau de l'Union internationale pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques*». Det gir ut et månedsblad «*Le droit d'auteur*» (D. a.) som vi stadig citerer. For å få konvensjonen endret kreves det enstemmighet.

2. Den viktigste regelen i hele konvensjonen er prinsippet om at alle unionsverker skal ha n a s j o n a l b e h a n d l i n g, d. v. s. at verker som hører hjemme i et av unionslandene skal nyte

¹ Se om denne særlig R æ s t a d: «Bernkonvensjonen» (1929), R ö t h - l i s b e r g e r: «*Die Berner Übereinkunft*» (1906), P o t u: «*La Convention de Berne*» (1914), H o f f m a n n: «*Die revidierte Berner Übereinkunft*» i Ufita. 1935 s. 1. ff.

samme rettsvern i de andre som landets egne forfattere og kunstnere har.

a) Dette prinsipp var naturligvis ikke det eneste det kunde ha vært tale om. Man kunde således ha søkt beskyttelsen i at medlemmene lovet å verne fremmede unionsverker etter de regler som gjaldt i verkets hjemland. Eller man kunde ha gjort den nasjonale rettsbeskyttelsen avhengig av gjensidighet, slik at verket aldri fikk større vern enn de nasjonale åndsverker har i vedkommende fremmede land. Begge disse mulighetene avviser konvensjonen, ut fra en innstilling som samtidig er praktisk og idealistisk, og ikke smålig bundet av frykten for å få mindre igjen enn man gir under utvekslingen av rettsbeskyttelsen. Om et slikt prinsipp kunde ha vært gjennomført nu, er kanskje tvilsomt. I den senere tid har det vist sig tydelige tendenser fra enkelte lands side til å trenge gjensidighetstanken frem på bekostning av prinsippet om nasjonal behandling, men disse forsøkene er heldigvis vist tilbake i hovedsaken.¹

b) De verker som kan kreve nasjonal behandling, er de som hører hjemme i et av unionslandene. Hvis verket ikke er offentliggjort, hører det hjemme der ophavsmannen er statsborger; har han borgerrett utenfor unionen, beskyttes hans verk følgelig ikke. Men er det offentliggjort, gjelder andre regler. Da skal det behandles nasjonalt i hele unionen, hvis det er offentliggjort i et unionsland for første gang, uten hensyn til ophavsmannens egen nasjonalitet (art. 4, 5 og 6). Men «offentliggjørelse» betyr i denne forbindelsen at verket er «gitt ut», sånn at opførelse av et drama eller utstilling av et kunstverk ikke er nok (art. 4, pkt. 4).

c) Når verket skal behandles nasjonalt, er det utelukkende den nasjonale lov man skal ta hensyn til. Det spørres ikke etter loven i verkets hjemland, om beskyttelsen kanskje rekker kortere der, eller svikter helt. Et eneste undtak gjør konvensjonen fra denne grunnsetning, men det er til gjengjeld svært viktig: Vernet behøver ikke å vare lenger enn det gjør i verkets hjemland (art. 7, pkt. 2). Her i Norge er vi eksempelvis forpliktet til å beskytte svenske åndsverker på linje med våre egne; men vi er ikke nødt til å verne dem lenger enn 30 år etter ophavsmannens død, og vi gjør det heller ikke (Res. av 26 juni 1931 § 2).

¹ R a s t a d s. 27—28.

3. Ved siden av grunnsetningen om nasjonal behandling som unionsmedlemmene er forpliktet til å respektere, gir konvensjonen en rekke imperative eller obligatoriske bestemmelser, som er bindende for dem som har undertegnet konvensjonen.

a) Disse reglene har en dobbelt forklaring. Dels føler unionslandene trang til å sikre sig at det tross alt blir en viss likevekt mellom den beskyttelse som de gir fremmede åndsverker, og den de egne verker nyter i utlandet. Dels er sånne regler en sterk spore for etterliggere til å bringe sin ophavsrettslovgivning på høide med tiden, og bidrar til å skape den materielle ensartethet i rettsreglene, som er det internasjonale rettsverns ideal.

b) Hvad innholdet angår er de obligatoriske konvensjonsreglene temmelig uensartet, og de bånd de legger på unionslandene mere eller mindre stramme. Undertiden taler konvensjonen helt ubetinget, og gir ingen frihet for de nasjonale lovene. Det gjelder f. eks. regelen i art. 4 pkt. 2, som sier at den nasjonale behandling og de særlige konvensjonsrettigheter ikke kan gjøres betinget av at noen formaliteter er iaktatt, og er uavhengig av om verket beskyttes i hjemlandet. Av samme typen er regelen i art. 8, om at ophavsmannen skal ha enerett til oversettelse sålenge retten over originalverket varer, art. 9 om presseinnholdets rettsvern, og art. 14, som gir ophavsmannen enerett til å føre sitt verk frem kinematografisk. Andre steder nøier teksten sig med å uttale en regel i prinsippet, mens den overlater til unionslandene å lempe den efter forholdene. Slik går konvensjonen frem i art. 6 bis, som sikrer den «moralske rett», i 11 bis, som gir ophavsmannen enerett til kringkasting, og i 13, som gjør det samme med retten til å føre musikk over til mekaniske instrumenter, og gjengi den offentlig ved hjelp av disse. Endelig hender det at konvensjonen bare uttaler beskyttelsesprinsippet i bred almindelighet, som når den sier i art. 11, at «bestemmelsene i nærværende konvensjon finner anvendelse» på offentlig opførelse av musikk og dramaer, og når art. 2 pkt. 3 og art. 3 pålegger en viss plikt til å «sikre beskyttelsen» av de verker som faller inn under konvensjonen. I slike fall er det klart at de enkelte land har vidstrakt frihet til å forme og modifisere beskyttelsen, sånn som de selv finner for godt.

c) De reglene som nu er gjennomgått er alle sammen minimumskrav. Det er ikke noe i veien for at unionslandene strekker

vernet lenger, og har de gjort dette, kommer det alle unionsverkene til gode, i kraft av regelen om nasjonal behandling.

d) Den særlige konvensjonsbeskyttelsen som er hjemlet i de obligatoriske reglene i konvensjonen, er det dog ikke alle som kan gjøre krav på. Konvensjonen griper således ikke inn i medlemmenes indre forhold, gjelder ikke verker av landets egne borgere som er gitt ut første gang innenlands, eller som ikke er offentliggjort. Dette anser konvensjonen for å følge av sig selv. En nordmann kan derfor ikke klage med Bernkonvensjonen i hånden, om han ikke får så godt et vern i norsk lov, som konvensjonen forutsetter. Det kan heller ikke en unionsborger gjøre, om han gir ut sitt verk første gang i Norge (art. 5), og heller ikke en ophavsmann som står utenfor unionen, hvis han velger å gjøre det samme (art. 6). De som kan påberope sig den særlige konvensjonsbeskyttelsen, ved siden av regelen om nasjonal behandling, blir derfor for det første unionsborgere som ikke har gitt ut sitt arbeide, og dernest ophavsmenn av hvilkensomhelst nasjonalitet, som har gitt ut sine verker for første gang i et annet unionsland enn der beskyttelsen kreves.

Teoretisk skulde det altså kunne forekomme, at et unionsland i kraft av konvensjonen gav utlendinger og utenlandske verker større rettsvern enn innlendingene får. Etter Å. er det imidlertid utelukket at dette kan bli tilfellet hos oss. Det kongen kan gjøre er nemlig å bestemme, at «lovens regler helt eller delvis skal gjøres anvendelige på verker av et fremmed lands undersåtter, og på verker som beskyttes i et annet land som der hjemmehørende» (Å. § 31 II). Gunstigere behandling enn den nordmennene selv får kan han derimot ikke stille utlendinger i utsikt. Det er heller ikke gjort i den res. av 26 juni 1931, som vårt nuværende medlemskap av Bernunionen hviler på. Forutsetningen for at dette skal stemme med konvensjonen er da selvsagt, at norsk lov stiller de krav tilfreds som ligger i de obligatoriske konvensjonsbestemmelsene. Og det gjør Å.

4. Når unionslandene lover å beskytte fremmede åndsverker, garanterer dem visse «utelukkende rettigheter» o. s. v., er det hele tiden det private rettslige plan man beveger sig på. Derimot er det ikke meningen å legge bånd på unionslandenes rett til å regulere ophavsmennenes rettigheter med offentlig rettslig hensyn for øie, eller til å føre kontroll med den måten rettighetene blir utøvet på i samfundslivet.

I konvensjonens art. 17 har dette fått uttrykk, forsåvidt angår rent politimessige forskrifter om «innførsel, opførelse eller utstilling» av arbeider som hører inn under konvensjonen. Men prinsippet har større rekkevidde enn som så. Konvensjonen kan således ikke hindre at et lands lovgivning om karteller og trustar gis anvendelse på de sammenslutninger som ophavsmennene måtte lage, eller at dets almindelige prislovgivning får virkning overfor ophavsmennenes prisansettelser. Heller ikke ar der gis særlige offentligrettslige regler om sammenslutninger av ophavsmennene, f. eks. at de blir gjenstand for et konsesjonssystem, eller settes under kontroll på annen måte. Konvensjonens oppgave er nemlig bare å rette på det misforhold i privatrettslig henseende, at rettigheter som efter sin natur er internasjonale bare nyter beskyttelse i hjemlandet, men ikke annetsteds. Å stille ophavsmennene i en egen og privilegert stilling overfor det offentlige, og gi dem adgang til å sette sig imot sånn kontroll og regulering som alle andre rettighetshavere må finne sig i, har aldri vært Bernkonvensjonens tanke. I samme øieblikk den satte sig slike mål, vilde også dens dager være talt.¹

5. I mange land er traktater direkte bindende for domstolene, og går endog foran loven, hvis det er strid mellom dem. De nordiske land og England ser derimot anderledes på saken. Når en traktat er sluttet, blir det lovgivningens sak å komme i harmoni med den. Dommerne får i alle tilfelle holde sig til loven, selv om det er strid tilstede. Traktatene er altså ikke direkte rettskilder her i landet.

Selv om norsk ophavsrettslovgivning derfor skulde stride mot Bernkonvensjonen eller mot andre av våre traktater, skal de norske domstolene legge loven til grunn. Det folkerettsbrudd som Norge måtte ha begått ved å la være å forandre sin lovgivning, kan bare gi anledning til diplomatiske reklamasjoner. Det samme er tilfellet, hvis utlendinger mener at de norske domstolene gjør sig skyldig i *déni de justice* overfor dem, idet de nekter å anvende de lover de skal, eller fordreier resultatet med vilje.

Slik som konvensjonsreglene er formet skal det dog svært meget til, før en bestemt forståelse av dem kan stemples som så oplagt uriktig at et land har mot til å gå til folkerettslig aksjon i den anledning. Kunde det etableres upartiske og kompetente organer, som gav bindende uttalelser om hvordan konvensjonen skal forstås,

¹ Jfr. Ræstad s. 35, Hoffmann s. 31.

vilde dette være et stort fremskritt i internasjonal rettssikkerhet. På konferansen i Rom i 1928 foreslo Norge og Sverige at det blev satt inn en voldgiftsklausul i konvensjonen, som overlot spørsmålet om dens tolkning til Haagdomstolen, men forslaget vant dengang ikke frem. Tanken er dog ikke skrinlagt, og seirer kanskje en vakker dag.

6. Som Bernkonvensjonen står der, er den et stort og mektig byggverk. Langt fra elegant i linjene og klar i uttrykkene, men effektiv og langtrekkende. Ingen kan imidlertid være blind for at den nettop nu går gjennom en alvorlig krise, den samme som vi har lært å kjenne på ophavsrettens indre front, i de nasjonale lovgivningers rike.

Det fins nemlig dem som fremdeles arbeider på å skyve ophavsrettstanken fremover, også på det internasjonale område. Territoriale landvinninger er det ikke lenger lett å gjøre for konvensjonen. Prinsippet om nasjonal behandling er knesatt i forveien, så der er nye fremstøt utelukket. Det som står tilbake for de ophavsrettslige *diehards* er da å legge sin elsk på de obligatoriske bestemmelsene i konvensjonen, utvide deres antall og gjøre dem mere ubetingede og eksklusive i ophavsrettens favør. I denne retning arbeider bl. a. *Association littéraire et artistique internationale*, og en gruppe unionsland med Frankrike i spissen har gjort foreningens program til sin offisielle politikk.

Betydningsfulle krefter innenfor unionen virker dog i motsatt retning. Særlig må de land hvis lovgivning legger stor vekt på hensynet til almenheten, være betenkelig ved en utbygging av Bernkonvensjonen i ensidig individualistisk retning, som vilde sette stengsel for de nasjonale lovgivningers naturlige utfoldelse. Først og fremst er det vel Italia og Tyskland som er i denne situasjon, men også Norge står i virkeligheten i samme stilling, og gjorde også sitt syn effektivt gjeldende ved Romkonferansen i 1928, særlig for kringkastingsens vedkommende.¹ Disse land må bli motstandere av nye og vidtgående obligatoriske konvensjonsregler, særlig hvis de ikke gir de enkelte unionsland adgang til å modifisere beskyttelsen, med almenhetens interesser for øie. De må også holde bestemt fast ved at det bare er den privatrettslige siden av reglene konvensjonen befatter sig med, mens all offentligrettslig regulering og kontroll av rettsutøvelsen ligger helt i de nasjonale lovgiveres hånd.

¹ Jfr. Ræstad s. 145 ff.

Disse to tendensene innenfor unionen støtte ganske kraftig sammen i Rom, og det er meget som tyder på at motsetningen mellom dem blir enda kraftigere i Bryssel. Etter min mening må alle sanne venner av Bernkonvensjonen advare sterkt mot at man for tiden går syndelig videre på de obligatoriske bestemmelsers vei, selv om man er aldri så overbevist om ophavsmannens hellige rett. Det øieblikk kan nemlig lett komme, da de land som former sin nasjonale ophavsrett mere under hensyn til almenhetens interesse i åndsverkene, føler Bernkonvensjonens bestemmelser som en utålelig tvangstrøie, og heller går ut av unionen enn å gå på akkord med hvad de holder for riktig i sin indre lovgivning. Alt nu har advarende røster latt sig høre, ikke minst i Tyskland. Forhåpentlig vil det vise sig at konvensjonen for fremtiden nøier sig med å forsvare det land som er vunnet, og som har vært til uvurderlig nytte for ophavsretten og ophavsmennene.¹

§ 16.

Rettigheter i slekt med ophavsretten.

Vi har nu fullført skildringen av hvordan de egentlige åndsverk er beskyttet. En enkelt gren av den åndelige produksjon er vi dermed ferdig med, men det står mange andre tilbake.

Særlig må det slå en, at når begrepet åndsverk avgrenses slik som foran er gjort, faller mangel åndsvirksomhet utenfor vernet, selv om den er i slekt med dikterens og kunstnerens, og selv om det i og for sig ikke er rimelig at den skal bli stående tomhendt tilbake når Justitia deler ut sine gaver. I moderne samfundsliv er det adskillige åndsprodukter som her kommer i betraktning. Vi skal i det følgende nevne noen av dem, og undersøke deres rettsstilling.

I. Retten til fotografier. 1. At fotografiske bilder ikke bør være uten rettsbeskyttelse er på det rene. Men hvilken form den bør ha, og særlig om fotografiene skal anses som kunst-

¹ De altfor hyppige revisjonskonferanser er i mine øine en virkelig fare for konvensjonen. De kunde være rimelige da det gjaldt å bygge op konvensjonen, men ikke nu da signalene er andre. Samtlige nordiske land har advart mot de hyppige revisjoner i sine bemerkninger til den anstundende konferanse i Bryssel.

verker og beskyttes på linje med maleri og skulptur, er det stor uenighet om, både i lovgivningen og i litteraturen.

De fleste holder på at fotografier er virkelige kunstverker. Det gjør således både de franske, tyske, engelske, italienske og polske lovene, som mener at også fotografens virksomhet er kunstnerisk, og gir uttrykk for individuell, original åndsproduksjon. Valget av motiv, komponeringen og arrangementet av bildet, den ramme og begrensning man gir det, fordelingen av lys og skygge o. s. v. alt sammen er ting som krever kunstnerisk sans og forståelse, og er skapende åndsvirksomhet så god som mangt et maleri. At fotografen også tar naturen og tekniske apparater til hjelp, setter ham ikke utenfor kunstnerverdenen. Det samme gjør maleren som maler etter naturen, eller billedhuggeren som tar avstøpning av en død.

Alle de fire nordiske land ser derimot anderledes på saken. De verner fotografiene i en særskilt lov, og holder dem følgelig utenfor åndsverkene og kunstnerretten. Ifølge motivene til den svenske loven er dette «tvivelsutan riktigere».¹ Man legger nemlig vekt på at selve frembringelsen av det fotografiske bilde skjer gjennom en mekanisk eller kjemisk prosess, som etter sin natur er åndløs og passiv, og savner det moment av fri skapergeist som gir kunstens adelsmerke. Dertil kommer at fotografiene ikke trenger det langvarige og kraftige vern som ophavsretten byr, og ikke vilde kunne bære så tung en rustning med anstand. Derfor sier Å. § 1 uttrykkelig, at «fotografiske billeders rettsbeskyttelse berøres ikke av denne lov». De vedblir å stå under *Loven om rett til fotografier* av 11 mai 1909, som i sin tid løste av den første fotografilov vi hadde av 12 mai 1877.

Det forskjellige syn på fotograferingen har også satt merke i Bernkonvensjonen, hvor retten til fotografier finner sin viktigste internasjonale beskyttelse. I den grunnleggende art. 2, som regner op hvad konvensjonen forstår ved «litterære og kunstneriske verker» og forplikter unionslandene til å verge dem, er fotografiene ikke med.

¹ Det erkjennes også nu i Tyskland. «Die Photographie ist keine eigentümliche Gestaltung des Geschauten oder innerlich Erlebten, sondern nur eine mit technischen Mitteln bewirkte bildliche Festlegung eines Ausschnittes der Aussenwelt,» sier det tysk-østerrikske lovutkast av 1932, og også det nye nazistiske forslaget er enig i dette, jfr. Hoffmann: «Ein deutsches Urheberrechtsgesetz» (s. 29). Det samme er den nye østerrikske lov av 9 april 1936.

Derimot kommer det mere beskjedent i art. 3: «Nærværende konvensjon gjelder for fotografiske verker, og for verker som er fremstillet ved en fremgangsmåte i likhet med den fotografiske. Unionsland er forpliktet til å sikre beskyttelsen av dem.» Følgen av dette er først og fremst at alle de obligatoriske reglene i konvensjonen som bestemmer minstegrensen for det nasjonale rettsvern, blir uten anvendelse ved fotografier. Unionslandene er visstnok nødt til å verne dem, og til å gi nasjonal behandling til unionsborgerne; men om de vil gjøre beskyttelsen stor eller liten, og gi den i ophavsrettslovene eller i en særlov, blir deres egen sak.

Men enten lovgivningen tar spørsmålet på den ene eller andre måten, blir realiteten dog alltid at fotografiene er en mellomting mellom de rene åndsverker hvor den personlige og kunstneriske innsats er avgjørende, og andre former for åndelig produksjon hvor det er teknisk innsikt eller rent mekanisk behendighet som bestemmer resultatet.¹ Det får naturlige konsekvenser for beskyttelsens utforming.

2. På viktige punkter faller forskriftene om fotografiretten sammen med dem vi kjenner fra ophavsretten. Det er den individuelle, skapende side ved fotografens virksomhet som her setter preg på reglene. I § 1 bestemmes retten således helt almindelig som en «enerett til ved hvilkensomhelst fremgangsmåte å gjengi billedet samt å selge eller på annen måte utbre gjengivelser derav», og det er ophavsmannen, «den som frembringer et fotografisk bilde», der er subjekt for retten. Reglene i § 4 om retten til fotografisamlinger, og § 5 som tillater gjengivelser til personlig bruk, og «enhver selvstendig benyttelse av et fotografisk bilde hvorved der frembringes et vesentlig nytt og originalt verk», stemmer også godt med reglene i Å. Det samme gjør forskriftene om rettsvernet, og budet om at loven bare skal gjelde fotografier av norske borgere, eller som første gang «utkommer» i Norge (§ 17).

På den annen side inneholder loven også en rekke regler som forklares ved at fotografiene ikke er egentlige åndsverker, og at de hensyn som bærer beskyttelsen tildels er av annen art og ringere styrke. Først og fremst opstår ikke eneretten av sig selv, men er «betinget av at hvert av den eneberechtigede frembragt eksemplar

¹ Da grensen her naturligvis er flytende, er det uundgåelig at man i enkelte tilfelle gjør urett hvis man skiller fotografiene helt ut fra åndsverkene.

av fotografiet på selve bildet eller kartongen er forsynt med ordet «Enerett» og den eneberettigedes navn» (§ 2). Dernest er det ved bestilte fotografier ikke ophavsmannen, men bestilleren som får fotografiretten (§ 3).¹ Innskrenkningene i eneretten er forsåvidt mere vidtgående enn ved ophavsretten, som «enhver gjengivelse av enkelte fotografier i bøker til skolebruk samt i videnskabelig øiemed» er tillatt (§ 5 nr. 3). Når det er tale om frivillig eller tvungen overgang til andre, ser Foto. retten som en helt økonomisk affære, mens det ikke er tale om noen *droit moral* for ophavsmannen (§ 9). Aller klarest faller dog forskjellen fra ophavsretten i øinene ved reglene om rettens varighet: Eneretten ophører ikke 50, men 15 år «efter utløpet av det kalenderår i hvilket dens første innehaver er død» (§ 10).²

3. Det interessanteste ved Foto. er dog kanskje ikke dens regler om selve fotografiretten, men de bestemmelser den inneholder om retten til det personlige bildet i §§ 2, 6, 7 og 8. Skjønt de her bare er uttalt med tanke på gjengivelse pr. fotografi, er de i hovedsaken helt almene, og får også betydning når det gjelder å legge bånd på ophavsretten til malerier etc. til fordel for den avbildede personlighet. Det får vi senere anledning til å vise.

II. Beskyttelse av telegramstoff. I forbindelse med spørsmålet om ophavsrettens begrensning nevnte vi foran regelen i Å. § nr. 3, om at «dagsnytt og andre journalistiske meddelelser i aviser, tidskrifter og radio» ikke nyter vern efter loven. Samtidig sa vi, at dette snarere var en anvendelse av den vanlige ophavsrettsregel enn et undtak fra den, idet sånt stoff ikke er resultat av skapende åndsarbeide hvad innholdet angår, og regelmessig heller ikke har slik ytre form at ophavsrett i den anledning er på sin plass.

At aviser eller telegrambyråer skulde stå helt rettløse overfor dem som finner det bekvemmere å stjele andres telegrammer enn å bidra til utgiftene ved å skaffe dem, fant Å. dog ikke rimelig. Derfor føiet den til: «De første 16 timer efter sin offentliggjørelse i Norge er dog utenlandske telegrammer og radiomeddelelser beskyttet mot ettertrykk og enhver offentlig meddelelse. Selv om gjengivelse efter det foregående er tillatt, skal kilden tydelig nevnes.»

¹ Dette er dog under alle omstendigheter en anomali.

² Loven av 1877 gav enerett i 5 år fra fotograferingen, og bare til å gjengi bildet «til salg ad fotografisk vei».

Skjønt regelen har sin plass i Å., er det klart både etter innholdet og etter forarbeidene, at den ikke gir noen egentlig ophavsrettsbeskyttelse. Mot. Å. s. 33 fremhever, at det ikke er de skapende ophavsmenn det her gjelder å verne, men avisenes økonomiske interesse i å beholde det telegramstoff i fred som det har kostet mange penger å skaffe. I de fleste fremmede land får dette uttrykk i at telegrammer verges mot andres utnyttelse gjennom reglene om utilbørlig konkurranse,¹ og dette synspunkt har Mot. Å. heller ikke noe å innvende mot. Imidlertid fant man det greiest å ha en bestemt, fast regel å holde sig til, slik som f. eks. en rekke av de engelske dominions har (foruten Island, Bulgaria, Venezuela og Jugoslavia), og av praktiske grunner satte man den inn i Å., som jo rummer de fleste andre reglene om pressens rettsvern.

Karakteren av bestemmelsen må man være vel oppmerksom på under tolkningen av den, særlig i et punkt hvor ordlyden ellers kunde være tvilsom: Det er ikke selve nyheten² som beskyttes i 16 timer når man har fått den pr. telegram fra utlandet. Det som er forbudt er å bemektige sig nyheten fra denne kilde, og følgelig drive en utiltalende snyltevirksomhet overfor dem som har kjøpt telegrammet. Hvis en annen avis derimot skaffer sig samme nyheten fra annet utenlandsk hold, er det ingenting i veien for at den blir publisert før de 16 timene er gått.

III. Mens det i virkeligheten er den ytre plasing av beskyttelsesregelen som bringer telegramstoffets vern i forbindelse med ophavsrettsreglene, henger disse nærmere sammen med noe som man med et latinsk navn gjerne kaller for *editio princeps*-regelen.

Når en mann samler inn gamle folkemelodier eller folkesagn, får han som vi så foran ingen ophavsrettsbeskyttelse når han gir dem ut, selv om det har kostet både besvær og penger å få fatt i dem. Heller ikke kan han protestere mot ettertrykk om han finner et gammelt manuskript som kanskje revolusjonerer vår erkjennelse,

¹ Et karakteristisk utslag av dette er at man i 1908 avviste tanken om å ta inn slike regler i Bernkonvensjonen, fordi man mente de falt utenfor konvensjonens naturlige ramme. I 1925 foreslo Jugoslavia at nyhetsstoffet i pressen burde beskyttes av *Paris konvensjonen*; men skjønt man i prinsippet var enig, blev forslaget ikke vedtatt. Også på Londonkonferansen i 1934 var tanken fremme, men endte bare i et *vœu* om at unionslandene ytterligere vilde studere spørsmålet.

² Enda mindre den ytre form den er servert i.

og gir det ut for første gang. Med all anerkjennelse av mannens utmerkede og fortjenstfulle *Leistung*, er det nemlig ingen virkelig *Schöpfung* han her kan godskrive sig. Å legge avgjørende vekt på dette faller dog litt tungt for brystet i visse situasjoner, og enkelte fremmede lover har derfor satt sig ut over det strenge skapelseskriterium og knytter ophavsrett til en *editio princeps* som til virkelige åndsverker. Det gjør f. eks. et så honorabelt land som Marokko, hvor «*la publication des manuscrits anciens conservés dans les bibliothèques ou les dépôts d'archives*» sidestilles med egentlige åndsprodukter, uten at dog *l'auteur de la publication* kan sette sig imot at andre publiserer manuskriptet påny efter originalteksten. Den norske A. inntar derimot en avvisende holdning overfor lignende krav, og det gjør praktisk talt alle andre lands rett også.¹

Men selv om dette er riktig og rimelig, er det ikke derfor sagt at den som gjør almenheten en tjeneste ved å støve op ukjente manuskripter, eller hindrer at folketoner og folkesagn går tilgrunne, bør være uten chance til å høste økonomisk vederlag for sitt arbeide, fordi alle og enhver kan trykke verkene av. Det kunde jo tenkes at man honorerte arbeidet med en særlig rett, som nok vilde være i slekt med ophavsretten, men ikke behøvet å ha ganske samme innhold.² Denne vei har Bulgaria slått inn på i sin lov av 11 juli 1921. Ifølge § 3 får den som samler inn folkemusikk eller folkekunst en slags «ophavsrett» til sitt arbeide i 30 år — noe som imidlertid ikke hindrer andre i å publisere de samme tingene «*d'une façon distincte*» — og med den samme reservasjon har utgiveren av et antikt manuskript enerett til sin utgave i 15 år (§ 30). Men heller ikke en slik forskrift har man maken til hos oss, og som regel heller ikke annetsteds.

Det er imidlertid ikke bare dem som opdager gamle manuskripter eller holder liv i folkekunsten, som kan beklage sig over lovgivningens kjølige holdning. Det samme kan andre videnskapelige opdagere, på hvilket område de enn gjør sin innsats. Den som opdager et nytt kontinent eller en ny planet, og gir ut en bok om det, kan ganske visst falle tilbake på forfatterretten

¹ Regelen i § 17 om at ophavsretten varer i minst 10 år efter verkets offentliggjørelse, gir ingen beskyttelse for en *editio princeps*. Det er ikke enhver som sitter med et gammelt åndsverk som nyter godt av retten, men bare de som har arvet den eller fått den overdradd fra ophavsmannen.

² Jfr. Elster: «*Über den Schutz der Editio princeps*» i Ufita. 1936 s. 30.

hvis andre trykker boken av ordrett, men ikke hvis de skildrer opdagelsen i andre og kanskje mere underholdende vendinger, som gjør sig bedre i bokhandelen. Heller ikke kan en videnskapsmann beklage sig om han har opdaget en ny fysisk lov, og så en oppfinner benytter sig praktisk av loven og tar patent på en oppfinnelse som innbringer ham millioner. Det har visstnok vært gjort forsøk på å rette på dette, og skape en såkalt «videnskapelig eiendomsrett», men hittil uten hell. Men da den side av dette problem som vender ut mot patentretten er meget viktigere enn den som via opdagelsen av gamle manuskripter har berøring med åndsverkene, lar vi hele spørsmålet utstå til patentretten er behandlet. (Se nærmere § 30.)

IV. Det er dog ikke bare de videnskapelige opdagere som er tilbøielig til å reise krav om en særrett, fordi ophavsretten til åndsverker ikke står åpen. Det var jo temmelig mange åndsprodusenter som blev vist tilbake av Å., og de fleste av dem lar sig ikke nøie med dette, men speider subsidiært efter hjelp hos andre rettsregler, når Å. er lukket for dem.

1. Det gjelder først og fremst de utøvende kunstnere som det ikke kan være tvil om har beskyttelse behov. Når vi ovenfor nektet at deres prestasjoner var «åndsverker» i den forstand Å. tar ordet, var det forsåvidt med blødende hjerte, som nesten ingen andre åndsarbeidere har slik bruk for en håndsrekning fra rettsordnens side. Mere enn noen andre er de utøvende kunstnere, særlig skuespillere og musikere, blitt rammet av grammofofonen, filmen og radioen, som har satt alle tilvante utøvelsesforestillinger på hodet. Mange av dem er slett og rett blitt overflødige. Men også de som er igjen trues nesten på livet, hvis radioen skal kunne bemektige sig deres prestasjoner, eller grammofofonfabrikantene ta dem op på plater uten deres vidende og vilje. Det er vern mot dette som er de utøvende kunstners praktiske krav idag, og ikke et forbud mot at den ene skuespiller efterligner den annens opfatning av en rolle, eller den ene sanger tar den annens spesielle syngemåte. Dessuten krever de naturligvis, som andre kunstnere, vern for den ideelle siden ved sine prestasjoner, idet kunstnerens renommé tar skade hvis de blir gjengitt på en uverdlig måte. Men disse krav kan godt imøtekommes, uten at man behøver å rykke ut med en veritabel ophavsrett, som passer bedre til «åndsverker» av varigere gehalt og mindre flyktig karakter.

Et viktig skritt i denne retning tok England i 1925 gjennom *Dramatic and musical performers Protection Act* av 31 juli 1925, som ikke har noe med Copyright-loven å gjøre, og som forbød å gjengi en utøvende kunstners prestasjon på mekanisk vei uten kunstnerens samtykke. Mere inngående, og kanskje også mere hensiktssvarende bestemmelser i lignende retning, gir § 56 i Argentinas ophavsrettslov av 26 september 1933: Den utøvende kunstner kan ifølge denne kreve en godtgjørelse hvis hans prestasjon blir gjengitt ved radio eller televisjon uten hans samtykke, eller ført over til mekaniske instrumenter. Videre kan han motsette sig enhver spredning av prestasjonen som skader hans kunstneriske interesser på en grov og urimelig måte. Hvis det er et orkester det gjelder, er det lederen som har denne siste retten.

Det er i disse tre retninger — vern mot optagelse på grammofon, vern mot kringkasting o. l. og vern for *le droit moral* — at de utøvende kunstnere har berettiget krav på beskyttelse. Om den skal gis som en likefrem forbudsrett som i England, eller en rett til godtgjørelse som i Argentina, kan være tvilsomt, og likeså hvor lenge vernet bør stå ved makt. Om reglene plasseres i åndsverksloven eller i særlige lover blir et hensiktsmessighetsspørsmål av underordnet betydning. Det er disse linjer de utøvende kunstnere nu overalt synes å samle sig om, såvel nasjonalt som internasjonalt. I denne siste henseende har kunstnernes sak kanskje lange utsikter. Rom-konferansen i 1928 vedtok riktignok et fromt «ønske» om, at de forskjellige regjeringer vilde «undersøke muligheten av forholdsregler til beskyttelse av de utøvende kunstneres rettigheter», men det er svært usannsynlig at konvensjonen får inn en bestemmelse i denne retning ved den revisjon som står for døren. Forfatternes og kunstnernes organisasjoner har nemlig satt sig absolutt imot en slik forandring, som de mener vilde bety et brudd på konvensjonens naturlige ramme.¹

Den «undersøkelse av muligheten av forholdsregler» o. s. v. som Rom-konferansen anbefalte bl. a. den norske regjering, har dog ikke hittil resultert i noe. De utøvende kunstnere er altså hverken vernet av Å. eller av en særlig lov. Hvis de allikevel ikke skal være helt vergeløse, må det bli mere «almindelige rettsgrunnsetninger» de faller tilbake på. Om de har mere hell med sig overfor disse enn overfor den positive lovgivning, skal vi undersøke senere.

¹ Heller ikke i kunstens verden ser det ut til at frende er frende best.

2. I annen rekke er det gram m o f o n f a b r i k a n t e n e hvis krav det gjelder. De står visstnok i forbindelse med de utøvende kunstneres, forsåvidt som et vern for de siste faktisk vil komme grammofonfabrikantene tilgode, men de har også en helt selvstendig begrunnelse og betydning.

Om det er aldri så riktig at det ikke er skapende åndsvirksomhet å lage mekaniske gjengivelser av andres prestasjoner, følger nemlig ikke derav at man bør nekte dette arbeide all rettsbeskyttelse. Med adskillig rett peker grammofonindustrien på at det ikke bare er en teknisk affære å lage grammofonplater, men at også kunstnerisk forståelse er nødvendig, bl. a. fordi en viss tilpassing av verket nesten alltid må til. Og når de tekniske sider ved fotografiene ikke har hindret lovgivningen i å beskytte dem, ofte endog som virkelige kunstverker, er det ikke rett å behandle grammofonindustrien dårligere, hvis den faktisk har behov for vern. Og det hevder fabrikantene bestemt at de har. Mens grammofonindustrien ustanselig går frem i teknikk, trives den stadig slettere økonomisk, fordi man gjør platene etter uten lov, og fordi offentlig gjengivelse av grammofonplatene ved radio og høttalere tar til, mens selve platesalget går ned. «*Der Schallplatte ist sozusagen durch dieselben Stellen, die sie benutzen, das Lebenslicht ausgeblasen worden,*» sier italieneren Giannini i Ufita. 1934 s. 271.

Hvor langt disse klagemålene holder stikk, vet jeg ikke. Men i prinsippet kan det ikke nektes at grammofonindustrien har rett til å protestere mot en utbytning som hindrer den i å høste rimelig vederlag for det arbeide den presterer. Og jeg er tilbøielig til å tro at vernet ikke bare bør gjelde kopiering av platene, men også offentlig fremførelse av dem — foruten at også fabrikantene har sin *droit moral*, som det er viktig for dem å kunne forsvare. At en slik rettsbeskyttelse ligger midt mellom ophavsrettsbeskyttelsen og den som lovene om industrielt rettsvern og illojal konkurranse gir, er ubestridelig. Det viser sig klart, når man vil kjempe beskyttelsen frem internasjonalt. For mens noen vil ha den inn under Bernkonvensjonen, eventuelt som et appendiks til denne, mener andre det er Pariskonvensjonen den nærmest måtte sogne til.¹ Imidlertid tør det ha lange utsikter begge

¹ Den italienske regjering foreslo ifjor høst å sammenkalle en internasjonal konferanse for å lage en egen konvensjon til vern for grammofonplater, men forslaget falt til jorden.

steder, sålenge ikke de nasjonale lovgivninger gjennomgående beskytter grammofonplatene. Noen slike særregler har vi således ikke i Norge.

3. Heller ikke beskyttelse for tittelen på åndsverker har norsk lovgivning noen særforordninger om. Men også dette har det vært sterke krav om, der hvor ikke de almindelige ophavsrettslovene verner den. (Se foran s. 69.)

Dersom tittelen ikke faller inn under ophavsretten som en del av verket, eller fordi den er et originalt åndsverk i sig selv, er det klarligvis en ny rett man her vil lansere. Den henger sammen med ophavsretten, fordi det er tittelen på åndsverker der skal vernes, og fordi det er forfatterne og kunstnerne som retten i tilfelle skal komme til gode. Men både i innhold og i forutsetninger står tittelbeskyttelsen kjennetegnernes rett nærmere. Det er nemlig ikke for å beskytte tittelens kunstneriske egenverdi ophavsmennene ber om vern. Det er som kjennetegn på verket de har interesse i å beholde tittelen for sig selv, for å hindre forveksling med andre åndsverker som skader deres renommé eller snylter på dem. Og det naturlige vilkår for å innrømme slik rett er ikke at tittelen er original eller individuell, men at den har distinktiv evne,¹ hvilket f. eks. er tilfellet med «Rompabompa», men ikke med «Norsk pante rett» eller «Lærebok i fluefisking».²

Da en eventuell rettsbeskyttelse altså vilde være en mellomform mellom åndsverksbeskyttelse og industriell rettsbeskyttelse, er det ikke underlig at man kommer i samme dilemma ved plasseringen som da det gjaldt grammofonplatene. Ikke minst internasjonalt. Til revisjonskonferansen i Bryssel har Bernbyrået og den belgiske regjering foreslått at Bernkonvensjonen skal få en særlig paragraf om titlers beskyttelse, skjønt de innrømmer at rettsreglene om den «*devera s'inspire des principes qui régissent la répression de la concurrence déloyale*». Den tekst de foreslår lyder sånn: «*Aucun titre d'une oeuvre littéraire ou artistique, s'il présente un caractère distinctif, ne pourra être utilisé par des tiers pour désigner une autre oeuvre, si*

¹ Dette begrep som er grunnleggende i hele kjennetegnernes rett, kommer vi senere nærmere inn på.

² Enn ikke «*La marche funèbre*» og «*Le feu 1914—1918*» er holdt for distinktive av franske domstoler.

cette désignation est de nature à faire naître des confusions entre les deux oeuvres» (15 bis).

4. Endelig hører man nu og da krav om særlige beskyttelsesregler fra en rekke andre åndsprodusenter som i og for sig er respektable nok, men som allikevel ikke går inn under Å. Enten fordi den åndelige innsats er for spinkel, som ved mange skjemaer og formularer, adressekalendre, veivisere, motekunst etc., eller fordi virksomheten ikke er skapende, men snarere opdagende (eller oppfinnende), som kjøkkenchefens eller gartnerens der fremstiller nye plantesorter. Eller endelig fordi virksomheten ikke resulterer i et verk med selvstendig ytre tilværelse, som havearkitektenes, blomsterbindernes, scenearrangørens og dekorasjonsmalerens, reguleringsarkitektens o.s.v. Å drøfte hvordan alle disse særrettighetene burde se ut er det dog ikke grunn til. Dertil ligger kravene den praktiske politikk for fjernt, iallfall for øieblikket.

V. Å etablere nye spesielle rettigheter for hver evige gruppe åndsprodusenter er dog ikke den eneste utvei som står åpen, når man mener at rettsbeskyttelse er på sin plass, men ikke vil bringe forstyrrelse i de ophavsrettslige sirkler.

I en artikkel i Ufita. 1934 s. 345, «*Urheberschutz oder Muster-schutz*», tar således Elster til orde for at man kunde anvende reglene om mønsterbeskyttelse på enkelte av de virksomheter som forgjeves banker på ophavsrettens dør, og at man på denne måten kunde avlaste ophavsretten for enkelte av de «åndsverker» som bare har fått plass der, fordi de ellers vilde være hjemløse. Noen synderlig praktisk betydning vilde dog en slik rokering av stridskreftene neppe få. Derimot er det to andre muligheter som fortjener overveielse, nemlig å gi vernet i form av det tyskerne kaller *Leistungsschutz* (1), eller som et vern mot illojal konkurranse (2).

1. «*Leistungsschutz*» er et begrep som har vært adskillig omtalt i tysk teori i de senere år, og i det forslag til felles tysk-østerriksk ophavsrettslov som blev satt frem i 1932, var det for første gang gjort praktisk anvendelse av det. For Tysklands vedkommende er dette utkastet lagt tilside efter Hitlerrevolusjonen; men *Leistungsschutz* spiller også en fremtredende rolle i det forslag til reform av forfatterretten som er kommet under det nye regime. Forslagets hovedredaktør er Julius Kopsch, men den åndelige ophavsmann

er snarere Willy Hoffmann, som også har virket med under utformningen.¹

Hoffmanns grunntanke er at man i åndslivets og de virkelige åndsverkers interesse må innskrenke ophavsretten til det som med rette kan kalles «*eine geistige Formschöpfung als Ausdruck der Persönlichkeit*» (s. 82). Dette må dog ikke føre til at all annen nyttig åndsvirksomhet nektes beskyttelse. En del av den faller naturligvis inn under patentvernet og hvad dertil hører, fordi det er på det tekniske område innsatsen er gjort. Men dessuten fins det en ikke ubetydelig klasse prestasjoner som hverken hører hjemme det ene eller det annet sted, men som allikevel skiller sig ut fra vanlige industrielle arbeidsresultater: «*Durch die Mischung mit persönlichen oder technischen Formgebungselementen wohnt ihnen ein besonderer Wert inne, der sie als gewerbliche Sonderleistung, bildlich gesprochen in der Wertschala zwischen Schöpfung und Leistung stehend erscheinen lässt.*» Stort sett er dog slektskapet med ophavsretten nærmere enn med patentretten. Derfor foreslår Hoffmann å gi dem et eget kapittel i ophavsretsloven, som derved kommer til å falle i to deler, en om vern for de egentlige åndsverker, og en om *Leistungsschutz*. Denne siste beskyttelsen rekker kortere enn ophavsretten, særlig i tiden, men kan forøvrig nyanseres efter de forskjellige *Leistungen*. Blandt dem som skal nyte godt av den kommer de utøvende kunstnere i første rekke, og dernest grammofonindustrien og kringkastingen, som beskyttes mot at noen utnytter sendingene erhvervsmessig. Men også fotografiene hører naturlig med til gruppen. Og dessuten vil Hoffmann supplere den med en del numre som pleier å figurere i listen over egentlige åndsverker, men som i virkeligheten bare er smuglet inn der fordi de ellers vilde ha manglet vern. Det er efter Hoffmanns mening tilfellet med karter, og med tekniske og videnskapelige tegninger som ikke er kunstverker. Videre med samlerverker, forsåvidt utgiverens arbeide angår, likesom han også finner at pressens nyhetsstoff naturlig kan vernes under denne rubrikk.² Derimot tar ikke Hoffmann med forskjellige andre

¹ Med et forord av Kopsch er forslaget gjengitt i Ufita. 1934 s. 383. Dets nærmere begrunnelse finnes i Hoffmanns: «*Ein deutsches Urheberrechtsgesetz*» (1933). I Ufita. 1934 s. 413 leverer de Boor en kritikk av det, under sammenligning med regjeringsforslaget fra 1932.

² I dette siste stykke følger ikke Kopsch ham.

ting som det nok kunde ha vært tale om i samme forbindelse, som oversettelser, vern for *editio princeps*, regissørarbeidet, kanskje også anvendt kunst o. s. v.

I Østerrike har man arbeidet videre med utkastet av 1932, og resultatet er blitt en ny lov, «über das *Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte*» av 9 april 1936.¹ Som overskriften viser spiller *Leistungsschutz* stor rolle i loven, skjønt ordet ikke forekommer. Mens det første hovedavsnittet handler om *Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst*, gir det annet regler om *Verwandte Schutzrechte*, som faller i fire deler: Vern for utøvende kunstnere, for fotografier og grammofonplater, for brev og det personlige billede, og for pressenytt og titler. De utøvende kunstnere vernes i 30 år mot kringkasting og mot overføring til grammofon, og grammofonfabrikantene like lenge mot eftergjøring av platene og mot offentlig gjengivelse av dem. Kringkastingen har derimot ikke fått noen «med ophavsretten beslektet rett», til å forsvare sig mot at man utnytter dens sendinger.

Hvad som i tilfelle hører naturlig hjemme under den nye ophavsrettslignende *Leistungsschutz*, kan det naturligvis være delte meninger om. Her i Norden har tanken overhodet ikke ennu vært praktisk drøftet. Jeg har allikevel talt så utførlig om den, fordi jeg mener den er det interessanteste innslag i åndsproduksjonens rett på år og dag. Den viser både hvilke vanskeligheter ophavsrettslovgivningen har å kjempe med i øieblikket, og peker på en vei ut av dem som tør ha fremtiden for sig. Jeg er ikke utilbøielig til å gi Hoffmann rett, når han sier om den østerrikske loven at den betegner et stort fremskritt overfor andre ophavsrettslover, vesentlig fordi den «*nebst dem Versuch einer scharfen Herausarbeitung des wirklich schutzwürdigen Urheberrechtsgutes einen Leistungsschutz für benachbarte und verwandte Tatbestände vorsieht, und damit die Bahn für eine Bereinigung des Urheberrechts und zugleich für seine Fortentwicklung frei gemacht hat*» (l. c. s. 271).

2. Men øieblikkelig hjelp til de forskjellige utestengte åndsarbeidere gir tanken altså ikke hos oss. En eneste utvei står da tilbake: Man må undersøke om det ikke i de «almene rettsgrunnsetninger» kan være trøst å finne for dem som ser sig berøvet fruktene

¹ Se Ufita. 1936 s. 272, og artikkelen «*Das neue österreichische Urheberrechtsgesetz*» av Willy Hoffmann l. c. s. 236.

av sitt arbeide, fordi arbeidsresultatet er ulegemlig og ikke en materiell ting. De almene rettsgrunnsetninger som det her kan bli tale om, blir praktisk talt den almindelige regel om personlighetens rettsvern, og dernest prinsippet om konkurransekampens «tilbørighet». Hvilken hjelp disse reglene kan yde skal vi ta op til undersøkelse i bokens tredje del, efterat fremstillingen av de egentlige åndsrettigheter er slutt.

VI. Før vi tar endelig farvel med ophavsretten til åndsverker, stanser vi et øieblikk og kaster et blikk tilbake. Det hovedinntrykk som festner sig, er at vi forlater et rettsområde i bevegelse og gjæring. Ikke alene er det kamp og spenning i det indre, men ganske særlig i grensedistriktene. Nye rettigheter trenger på og vil innenfor, mens de som har sittet benket ved bryllupsbordet fra den sjette eller niende time, nekter å gjøre plass for dem som melder sig i den ellefte eller tolvte.

Det som gjør saken så vanskelig er at begge parter i virkeligheten har rett. De gamle vedtatte kadrene for de ophavsrettslige rettigheter fyller ikke lenger alle berettigede behov, samtidig som de vilde bli helt sprengt, om man lot enhver skranke falle og slapp alle pretendentene inn. Nye tider krever nye rettsformer. At de grenselinjer som historisk har festnet sig for ophavsretten skulde være de eneste mulige og endelige, vilde være urimelig å tro, så meget mere som alle inndelinger av åndsproduksjonen til en viss grad gjør vold på kontinuiteten i det virkelige liv. Det er derfor en periode av nydannelser og fødselsveer ophavsretten står midt oppe i. En viktig årsak til dette har vi ofte pekt på: Tekniske og økonomiske momenter har trengt dypere inn i den rene åndsproduksjon enn man før hadde drømt om, og gjort den industriell og merkantil i tidligere ukjent grad. De har videre alet frem åndsprodukter som man før ikke regnet med, men som er en mellemting mellem de estetiske, ideelle åndsverker, og åndsproduksjonen i t e k n i k k e n s v e r d e n, som fra gammel tid har hatt sin særskilte beskyttelse. Denne erkjennelsen fører oss naturlig over til det neste store avsnitt i fremstillingen, den industrielle rettsbeskyttelse, hvor patentretten står i spissen.

Annen del: Det industrielle rettsvern.

§ 17.

Det industrielle rettsvern og dets styre.

I. Som nevnt i § 2 er det oppfinnerretten, mønsterretten, firma- og varemerkeretten som jeg sammenfatter under navnet det industrielle rettsvern. Gjennem loven om «styret for det industrielle rettsvern» har dette navnet fått innpass i rettsproget; nærmest av tilfeldige grunner faller dog retten til firma utenfor det område som styrets virksomhet omfatter.

I fremmed rett er terminologien litt vaklende. Tyskerne taler gjerne om *Gewerblicher Rechtsschutz*, mens man i romanske og engelsktalende land oftest bruker ordet «industriell eiendomsrett», istedenfor industrielt rettsvern. Denne sprogbruken er også Pariskonvensjonens, som alt i overskriften nevner som sin oppgave å verne *la propriété industrielle*.

Den forskjell er det imidlertid mellom den sprogbruk jeg anvender og den tilsvarende utenlandske, at jeg ikke lar reglene om utilbørlig konkurranse falle helt inn under det industrielle rettsvern. En av grunnene til dette har jeg alt nevnt i § 2: Også ophavsretten til åndsverker henger på mange måter sammen med rettsprinsippene om tilbørlig konkurranse, og dette samspillet vilde ikke komme til sin rett, om man regner de siste helt med til det industrielle rettsvern. Likeså viktig er det imidlertid at kampen mot den utilbørlige konkurranse har bredere front enn de egentlige åndsrettigheter, slik at det vilde være en uholdbar forsnevring om man vilde forpakte den for åndsretten alene. Når dette tilsynelatende er skjedd i Pariskonvensjonen, er det som vi senere skal se bare i rent ytre forstand. Og når vi i et senere avsnitt kommer inn på den utilbørlige konkurranse, holder vi oss til den siden av den som vender ut mot ånds-

retten, mens alle de andre synsvinkler som dette rike og interessante rettsbegrep må sees under, faller utenfor betraktningen.¹

II. Et ytre uttrykk for at patentretten, mønsterretten og varemerkeretten henger sammen er deres felles administrative apparat, Styret for det industrielle rettsvern. Dette styret blev opprettet ved l. nr. 7 av 2 juli 1910. Før den tid lå alle patent-sakene under «patentkommisjonen», og i annen omgang under overpatentkommisjonen. Spørsmål om varemerker blev avgjort av en egen «registrator for varemerker», med handelsdepartementet som ankeinstans. Noe mønstervern hadde man ikke før 1910.

1. Det var misnøien med patentsakenes behandling som gav støtet til at denne ordningen kom i støpeskjeen. Patentloven av 1885 hadde ikke forutsett den sterke vekst i patentsøknadene. Den regnet foreløbig med omtrent 300 pr. år og kalkulerte med en stigning på 10 søknader om året. Å avgjøre disse mente den en enkelt kollegial kommisjon kunde klare, uten noe fast kontor, og nærmest på fyrabend. Isteden fikk man med engang ca. 500 søknader om året, og i 1903 var tallet steget til 1300. Intet under at kollegialordningen sprenget sig selv. Ingen patentkommisjon, den være nokså sakkyndig, kan i våre dager prøve samtlige patentsøknader ut fra sin egen kunnskap alene. Prøvelsen må i stigende utstrekning skje ved hjelp av registre og kataloger over de foreliggende oppfinnelser. Og dette blir mere og mere et kontorarbeide, som forutsetter fast ansatte og spesielt trenede folk, der har gjort disse spørsmål til sin hovedbeskjeftigelse. Det var derfor en reform som utviklingen selv tvang frem, da patentlovkommisjonen i 1904 foreslo at man skulde gi op det tidligere kollegialsystem, og gå over til en annen ordning, med det tyske *Patentamt* som mønster.

Den gikk imidlertid et skritt videre, fremdeles efter tysk forbillede: Den foreslo at også behandlingen av varemerker og mønstre skulde legges inn under patentmyndighetene: «Da de forskjellige arter av industriell rettsbeskyttelse har det felles at de forutsetter en anmeldelse til vedkommende offentlige myndighet, som derefter skal undergi dels anmeldelsen dels det anmeldte behandling og prøvelse overensstemmende med de enkelte lovers nærmere regler, og der i forbindelse hermed er foreskrevet et helt system med regi-

¹ Se den rent skjematiske fremstilling i min «Oversikt over Norges rett», §§ 72—74.

strering, offentlig bekjentgjørelse m. m., taler saklige og praktiske grunner åpenbart for at behandlingen og ledelsen av disse forskjellige saker henlegges under en og samme myndighet.» Mot. S. s. 11. Og for å undgå gjentakelser i særlovene, foreslo man å samle de viktigste reglene om styrets organisasjon og virkemåte i en enkelt lov, Lov om styret for det industrielle rettsvern, som fikk samme dato som patent-, mønster- og varemerkelovene.

Firmaers rettsbeskyttelse la man derimot ikke inn under det nye styres forslag. Her er det fremdeles de almindelige handelsregistre som gjør tjenesten, og de føres på landet av sorenskriveren, og i byene av byfogden eller byskriveren. Heller ikke kunde man lett komme på den tanke at styret for industrielt rettsvern skulde settes til å kontrollere konkurransens tilbørighet i all almindelighet. For det første hadde man dengang ingen særlig lov om tilbørilig konkurranse, og dessuten kan ikke alle reglene om dette knyttes til anmeldelse og registrering, som et styre naturlig stiller med.

2. Ifølge lovens § 1 består styret for det industrielle rettsvern av en chef som utnevnes av kongen som embedsmann, og et visst antall medlemmer, som enten er teknisk kyndige, handelskyndige eller rettskyndige. Chefen kan være jurist, tekniker eller forretningsmann.

Styret deles i en første og en annen avdeling. Første avdeling er meldingsavdelingen, hvor alle krav om industrielt rettsvern får sin foreløbige avgjørelse. Annen avdeling er ankainstans,¹ som kan ta de avgjørelser under prøvelse som første avdeling har truffet (§ 2). I første avdeling skal medlemmene være «faste», d. v. s. de utnevnes av kongen som statstjenestemenn. En av de tekniske medlemmer skal være avdelingens formann. I annen avdeling er styrets chef formann, og medlemmene er enten faste eller beskikket for et visst tidsrum, gjerne 5 år; i siste fall er det forutsetningen at arbeidet i styret skal være en bistilling for dem. I særegne tilfelle kan kongen også opnevne medlemmer til å behandle enkelte saker, når styret selv ber om det (§ 3).

3. Styrets gjøremål er dels rent administrative: Det fører de registre og gir ut de publikasjoner som spesiallovene på området forlanger; dessuten har det almindelig opsikt og kontroll med at lovene blir overholdt. Dets hovedoppgave er dog å behandle og avgjøre alle de krav om industrielt rettsvern som blir reist.

¹ «Beschwerdeabteilung» kalles den i den tyske lov, som ordningen er hentet fra.

Når et krav kommer inn til første avdeling, behandles det først av et enkelt av medlemmene, «*der Vorprüfer*» som tyskerne kaller ham. Ved patentkrav er dette ett av de tekniske medlemmene, ved mønster- og varemerkeretten et rettskyndig. Avgjørelsen treffes dog ikke av ham, men av et utvalg på tre medlemmer, som avdelingens formann eller varaformann skal være med i, foruten granskeren selv (§ 4). I annen avdeling avgjøres sakene også av et utvalg; men her består dette av fem medlemmer, tre teknisk- eller handelskyndige og to rettskyndige. Formannen eller varaformannen må være med i utvalget (§ 5).

Om den «prosessuelle» fremgangsmåten ved behandlingen gir loven en lang rekke regler: Overalt gjelder hvad man i civilprosessen kaller undersøkelsesprinsippet: Styret skal alltid sørge for at saken blir så godt opplyst som råd er (§ 7). Både partene og andre kan forklare sig direkte for styret, skriftlig eller muntlig, men det er også anledning til å få legge frem forklaringer, optatt ved domstolene (§ 8). Det kontradiktoriske prinsipp er gjennomført (§ 9), og det gjelder samme regler om styremedlemmenes ugildhet som om dommeres (§ 6). Også for vedtakenes avfatning har loven tatt domsavgjørelsene til mønster: De skal ledsages av grunner, som gjør rede for hvad det holdes for å være godtgjort som grunnlag for avgjørelsen, og i tilfelle hvilken forståelse av loven man har lagt til grunn (§ 10). Om forholdet mellom styrets to avdelinger bestemmes det at annen avdeling prøver saken påny i hele dens utstrekning, og at den ikke er bundet til det materiale som forelå da første avdeling traff sin avgjørelse (§ 5). Hvis det imidlertid er dukket opp nye kjensgjeringer siden dengang, kan annen avdeling også henvisse saken til ny behandling i meldingsavdelingen.

4. Blir resultatet av styrets overveielser at det avviser kravet om patent-, mønster- eller merkevern, er denne avgjørelsen endelig: Anmelderen kan ikke bringe spørsmålet inn for domstolene, og påstå at hans krav er blitt uriktig bedømt (P. § 32, M. § 18, V. § 20). Slik var også den gamle patentlovs ordning. Patentlovkommissjonen fant det derimot rimelig at den uheldige ansøker fikk rett til å kalle landets almindelige domstoler til hjelp, «forsåvidt angår den lovanvendelse som ligger til grunn for beslutningen». Etter kommisjonens mening var dette en naturlig konsekvens av at det er en virkelig rett loven gir ham. I stortinget sløifet man

imidlertid adgangen til å la domstolene granske patentstyrets lov-anvendelse: «Annen avdeling er i juridisk og teknisk henseende så sterkt organisert at rekurs til domstolene i tilfelle som her synes upåkrevet.» (Innst. O. V., 1910 s. 5.)

En positiv avgjørelse fra styrets side er derimot ikke bindende for domstolene; det er ikke noe i veien for at de patenter o. s. v. som styret har gitt, blir kjent ugyldige av domstolene, fordi de ikke fyller lovens krav. Efter tysk mønster hadde patentlovkom-misjonen oprinnelig tenkt sig at styret burde ha ennu en tredje avdeling, tvistemålsavdelingen («*Nichtigkeitsabteilung*»), som skulde avgjøre all uenighet om ugyldighet, frakjennelse eller ophevelse av de rettigheter som de andre avdelingene hadde meddelt. Dens kjen-nelser skulde dog kunne bringes inn for høiesterett, forsåvidt lov-anvendelsen angikk. Begrunnelsen for forslaget var at «avgjørelsen ofte vil bero på forhold og bedømmelser, der er likeartet med dem som fra første ferd av er bestemmende for rettsbeskyttelsens med-delelse, og som særlig har hensyn til tekniske spørsmål.» (Mot. S. s. 16.) I sitt endelige forslag gav kommisjonen imidlertid op denne tanken, og foreslo isteden at en eneste underrett, Oslo byrett, skulde være rette forum for alle saker som sikter på å få kjent patenter etc. ugyldige eller frakjent innhaveren. Dette blev også lovens ordning.

5. Sålenge patentstyret steller med utgivelsen av sine publika-sjoner, og med det almindelige tilsyn med det industrielle rettsvern, er det et rent forvaltningsorgan.

Når det utsteder patenter, registrerer merker o. s. v. som trenger styrets stempel for å komme til, faller virksomheten inn under den såkalte frivillige rettspleie,¹ som man også ellers har mange eksempler på.

Men også som virkelig domstol kan styret optre, nemlig når det avviser rettskrav om industriell rettsbeskyttelse med endelig virkning. Slike avgjørelser ligger vanligvis under domstolene, men moderne rett kjenner også mange eksempler på at de overlates til myndigheter som har andre ting til hovedoppgave. Selv om dette er gjort, må dog domsvirksomheten øves efter de samme grunn-setninger som ved de almindelige domstoler. Det gjelder således forholdet til loven, til tidligere avgjørelser, til praksis o. s. v. Dette kan det undertiden være nyttig å innskjerpe.

¹ D a m m e s. 77. Selve patentet er en forvaltningsakt, E l s t e r s. 315.

Opfinnerretten.

§ 18.

Patentrettens egenart, lovgivning og litteratur.

I. Hist og her i den foregående fremstilling er det gitt adskillige bidrag til patentrettens karakteristik. Det som står tilbake blir nærmest et mosaikkarbeide: de spredte bemerkningene må samles, og settes sammen til et helhetsbillede.

Fra firma- og varemerkeretten skiller patentretten sig klart ved at den er en *å n d s p r o d u k s j o n s r e t t*. Denne forskjellen skal bli ytterligere utdypet i innledningsparagrafen til neste avsnitt.

Blandt de rettigheter som hviler på virkelig åndsproduksjon, skiller patentretten sig ut både fra ophavsretten til åndsverker og fra mønsterretten. Den er en rettighet med ulegemlig objekt, som sikter på å verne den skapende åndsproduksjon på det tekniske område. Da denne efter sin natur er mere miljøbestemt og mindre personlig enn litteratur og kunst,¹ kommer rettsreglene til å ta farve av dette. Helt blottet for det personlige og ideelle anstrøk som er så karakteristisk for ophavsretten til åndsverker, er patentretten dog ingenlunde; men det er den økonomiske siden ved den som står i forgrunnen. Og da denne er så betydningsfull for samfundet, kommer patentreglene til å få en enda tydeligere social tone enn åndsverksreglene har. Med rette eller urette står det for lovgiveren som viktigere å sørge for at landets økonomiske fremskritt ikke hindres, enn å lette adgangen til litteratur og kunst. Derfor er innskrenkningene i patentretten både flere og mere inngripende, enn når det gjelder ophavsretten til åndsverker.

¹ Edison skal ha sagt at all skapende virksomhet består av 1/10 inspirasjon og 9/10 «transpirasjon» (Ufita. 1935 s. 181).

II. Det er dog ikke alle som er enig i den beskrivelsen av patentretten som nettop er gitt.

1. Således mener noen det er uriktig å regne patentretten med blandt åndsproduksjonens rettigheter, altså blandt ophavsrettighetene i videre forstand. Istedetfor en *urheberrechtlich* begrunnelse av patentvernet stiller de en såkalt *nationalökonomisch*, som ikke ser selve oppfinnelsen, men dens offentliggjørelse som grunnen til patentet.¹ Sålenge oppfinnelsen nemlig ikke er offentliggjort, er dens verdi for samfundet forsvinnende, og det er ingen grunn til å belønne den med enerett. Først når almenheten blir gjort delaktig i oppfinnelsen ved at den blir offentlig beskrevet eller utøvet, har oppfinneren virkelig gjort samfundet en tjeneste, og det er som vederlag eller erstatning for dette at patentet blir gitt. Spisser man denne tankegangen litt til, former patentet sig som en veritabel kontrakt med staten, som gir oppfinneren enerett til oppfinnelsen i en viss tid, mot at han beskriver den offentlig, så almenheten kan bruke den når vernetiden er slutt. «*Le brevet d'invention constitue, en effet, un véritable contrat passé entre la société et l'inventeur.*» sier Pouillet (B. s. 12), og også andre forfattere uttaler sig leilighetsvis i samme retning.²

Nu skal det ingeniende bestrides at den offentlige beskrivelse av oppfinnelsene er meget viktig, og alle dager har vært et vilkår for patentrett. Men vil man derav slutte til en dyptgående forskjell mellem patentrettens og ophavsrettens rettsgrunnlag, tar man feil. For likesom man kan begrunne patentretten både ophavsrettslig og nasjonaløkonomisk, kan man gjøre ganske det samme med ophavsretten til åndsverker: Heller ikke her er det selve fremstillingen av verkene loven har interesse av og vil opmuntre til, men det at folk kan få del i dem. Det er riktig at oppfinneren skal være folkets lærer, og at han ikke fyller sin opgave

¹ «*Die Offenbarung der Erfindung ist Grund des Schutzes und das allein wichtige.*» sier Dammes s. 15 o. fl. st.

² F. eks. Bry s. 219. I England citeres stadig en uttalelse av Lord Eldon i en dom fra 1800 om at patenter «*were considered as bargains between the inventors and the public, by making a fair disclosure of the invention.*» Også den gamle patentlovkommissjon sier at patentet er «det vederlag som samfundet yder individet, oppfinneren, i sin overenskomst med ham om at han skal la samfundet nyte godt av hans oppfinnelse» (s. 9).

når han holder sine tekniske erobringer for sig selv. Men ganske det samme gjelder om forfatterne og kunstnerne, som også skal være folkets lærere, bare på et annet område. Sier man derfor at patentretten er en belønning til oppfinneren, fordi han gjør andre delaktig i det han har skapt, er det ingenting i veien for å se saken på samme måten ved ophavsretten.¹ Og forklarer man patentet som en kontrakt mellom staten og ophavsmannen, hvor begge parter sikrer sig visse fordeler, kan man like godt si det samme om ophavsretten — eller rettene sagt like dårlig, for det er helt foreldede tankebaner man isåfall beveger sig i.

Når allikevel ingen har funnet på å forkaste den ophavsrettslige begrunnelsen ved åndsverkene og sette en «nasjonaløkonomisk» isteden, kommer det sikkert av at offentliggjøringskravet i rent faktisk henseende arter sig så forskjellig ved de to slags åndsvirkosomhet. Ved åndsverkene har ikke ophavsmannen noen annen måte å utnytte verket på, enn å meddele det til offentligheten, og derfor er det ikke nødvendig å sette offentliggjørelse som et særlig vilkår for ophavsrett. Oppfinnelser kan man derimot holde hemmelige og bruke dem for sig selv, og denne fordel må oppfinneren gi slipp på hvis han ønsker patent. Denne forskjellen forklarer at kravet til offentliggjørelse trer i bakgrunnen i ophavsretten. Men den kan umulig forsvare at man ikke alene skyver det helt i forgrunnen, når det gjelder å forklare patentretten, men endog lar det fylle hele scenen, så tanken på den produktive oppfinnerinnsats blir borte! Man må være besynderlig smalsporet i tankegangen for ikke å se at både skapende åndsarbeide og offentlig meddelelse er nødvendige ledd i patentenes rettsgrunnlag, slik som de i virkeligheten også er det i ophavsrettens.² Åndsarbeidet selv er ikke nok; men at heller ikke offentliggjørelse av oppfinnelsen er tilstrekkelig, viser sig klart når anmelderen har stjålet oppfinnelsen, eller ført den inn fra utlandet.

¹ Dette kommer skarpt frem hos Elster (s. 26): «Der Staat gibt, wie das in der Theorie des Patentrechts ganz deutlich hervortritt, aber ebenso auch auf die Theorie des Urheberrechts anwendbar ist, als Lohn für die Hingabe des schöpferischen Gedankens an die Allgemeinheit, dem schöpferischen Gestalter ein wettbewerbles Privileg durch Ausschliessungs- und Verbielungsrecht.»

² Dette gir Mot. P. klart uttrykk for på s. 37 (citert nedenfor på s. 244).

2. Heller ikke når det gjelder å karakterisere patentretten i forhold til de andre ophavsrettighetene, er det full enighet.

a) Det er således ikke alle som skriver under mine uttalelser om at også oppfinnelser beror på individuell skapende åndsvirksomhet, men at innsatsen av ophavsmannens egen skaperkraft er forholdsvis mindre enn ved åndsverkene, fordi gjelden til forgjengere og miljø er forholdsvis større. Vinding Kruse mener at dette siste er en uberettiget deklassering av oppfinneryrket; all jevnførende vurdering av åndsvirksomhetens grener avviser han bestemt, og vil i grunnen helst nekte at der overhodet kan trekkes grenser mellom dem. Jeg har foran søkt å vise hvordan erfaringen godtgjør at det både er mulig og nødvendig å sondre mellom oppfinnelser og åndsverker. Hvordan oppfinnervirksomheten har et sterkt kollektivt og vitenskapelig drag i våre dager, uten at deri ligger noen vurdering av den i forhold til diktning og kunst, generelt eller individuelt. Hvordan endelig erfaringen med dobbeltoppfinnelser er et praktisk vidnesbyrd om at oppfinnelsen forsåvidt er nøytral, som den like godt kan gjøres av den ene som av den annen, mens derimot betydelige åndsverker er preget så sterkt av ophavsmannens personlighet, at dubletter ikke lett kan forekomme.¹

På den annen side har Eberstein uttalt sig som om det bare var diktningen og kunsten som virkelig var «individuellt skapende virksomhet», mens dette ikke skulde være tilfellet med oppfinnerarbeidet (s. 100). Antagelig er dog dette mere en forskjell i sprogbruk enn i realiteten. Ved «skapende virksomhet» forstår jeg i tilslutning til Osterrieth l. c. all «*Erzeugung neuer Kulturgüter*». Og hvis ordet opfattes på denne måten, er det vel ikke tvilsomt at også oppfinnelsen faller inn under det: «*Unter einer unendlichen Zahl von Kombinationen, diejenige Kombination herausfinden, die ein bestimmtes, wirtschaftlich brauchbares Ergebnis liefert, ist ebensogut eine Schöpfung, wie es eine Schöpfung ist, unter der unendlichen Zahl von Tonkombi-*

¹ «*Im Kunstwerk tritt die Persönlichkeit mit besonderem Nachdruck gesammelt auf*,» sier Osterrieth i sin fortreffelige artikkel i GRUR. 1923 s. 49 om «*Das geistige Schaffen in Wissenschaft, Technik und Kunst.*» Såvidt jeg vet er omtrent alle som har skrevet om disse ting enig om å fremheve den viktige forskjell som det her er mellom oppfinnelsene og åndsverkene. Se rent eksempelvis P i e t z c e r, «*Patentgesetz*» (1929 s. 34), E l s t e r s. 276 etc.

nationen eine bestimmte, musikalisch wertvolle Melodie herauszufinden» (Dunkhase).¹

b) Det er heller ikke få forfattere som ser en betydningsfull, prinsipiell forskjell mellom ophavsretten til åndsverker og patentretten i rettighetens eget innhold, eller kanskje rettere i dens gjenstand: Mens ophavsretten bare er knyttet til åndsverkernes form, er det selve oppfinner i idéen patentretten gir enerett til (Eberstein s. 94 noten, Ekeberg s. 46, Dammé s. 73.) Etter min mening er imidlertid forholdet til idéen temmelig ens i de to tilfelle. Som foran påvist er det ikke bare formen som beskyttes ved åndsverkene, men også den idé som ligger til grunn, skjønt bare i den individuelle skikkelse som ophavsmannen har gitt den. Og som vi nedenfor skal forklare beskytter heller ikke patentretten idéen rent *in abstracto*, men bare i dens karakteristiske, individuelle utforming. Jeg er derfor enig med Kohler i at det ikke er rettens forhold til idéen, men idéens egenart som danner forskjellen: Oppfinnelsene ligger på teknikkens område, men åndsverkene på det estetiske, ordet tatt i videste forstand.

c) At det personlige og ideelle element ikke er så sterkt i oppfinnerretten som i ophavsretten til åndsverker, er det almindelig enighet om. Noen går imidlertid enda videre, og nekter at det overhodet forekommer ideelle ingredienser i oppfinnerretten, som efter deres mening er en «rent formuerettslig rett». Jeg er ikke i tvil om at en slik opfatning er uheldig. At den ikke stemmer med norsk rettsopfatning, får vi senere anledning til å vise.

III. 1. Patentretten i Norge har utviklet sig omtrent som annetsteds. Sin første beskyttelse vant oppfinnerne også hos oss i form av særlige næringsprivilegier, utstedt på kortere eller lengere tid.

Gjennom håndverksloven av 15 juli 1839 § 82 fikk patentretten for første gang innpass i lovgivningen: «Patent på oppfinnelser i kunst, håndverk og fabrikkdrift meddeles av kongen, dog ikke

¹ «Der Erfinder ist . . . eben so sehr adlicher Schöpfer wie ein Künstler, Poet oder Gelehrter,» sier Pilenko s. 635. — Vi lever ganske visst i de mekaniske vidunderes tid, men menneskene er dog ikke ennå blitt helt skjaltet ut av maskinene. Den «mekaniske oppfinner», som automatisk frembringer oppfinnelser, uten den livgivende gnist av menneskelig talent eller geni, horer iallfall fremtiden til.

for lengere tid enn 10 år, og imot at vedkommende forinnan patentet meddeles inngir nøiaktig beretning om når oppfinnelsen er gjort, og hvori den består, så at andre derved settes i stand til efter patentets utløp, fullstendig å kunne utøve oppfinnelsen . . . Den der meddeles patent, bør, når det er i en kjøpstad han benytter samme, tage borgerskap, og har forøvrig de samme rettigheter og plikter som håndverksmestre, men er dog under enhver omstendighet fritatt for at avlegge mesterprøve.» Både plassen og innholdet viser at patentet blev opfattet som en særlig fritagelse for håndverksreglene, som det stod kongen fritt om han vilde gi eller nekte. Forholdsvis snart begynte dog opfatningen å skifte i så måte. I praksis blev patent i hvert fall aldri avslått, når oppfinnelsen var ny — forutsatt at den da ikke var rent bagatellmessig eller praktisk ugjennemførlig, som f. eks. et *perpetuum mobile*.

Til hjelp ved behandlingen av patentsøknader hadde regjeringen et utvalg av Selskapet for Norges vels industriklasse, som undersøkte om oppfinnelsen var ny, og gjort av søkeren. Patentet blev så gitt for 10, 7 eller 5 år, og gav efter en stående klausul i den kongelige resolusjon adgang til «med andres utelukkelse selv eller gjennom andre overalt innen riket at utøve oppfinnelsen eller overdra sin patentrettighet til andre.» Patentbeskrivelsen blev først offentliggjort, når halve patenttiden var forbi; det skjedde i «Polyteknisk tidende», det senere «Teknisk ukeblad».

2. Ikke før var håndverksloven kommet, før det blev reist krav om en egen patentlov, som bedre svarte til den plass patentene efter hvert hadde tilkjempet sig i godtfolks rettsbevissthet. Alt 1842 kom det kgl. proposisjon om en slik lov. Men den vant ikke stortingets bifall, fordi den bare gav patent til egne oppfinnelser, og ikke til dem som var innført fra utlandet. I stortinget mente man at dette var en slem feil, idet man holdt innførselspatentene for å være «av vesentligere gagn for vår industri enn meddelelse av egentlige oppfinnelsespatenter.» Regjeringen stod imidlertid på sitt, og ny proposisjon blev ikke utarbeidet.

I 1870-årene kom så saken frem påny — altså omtrent samtidig med at de beslektede spørsmål om forfatternes og kunstneres rett var tatt op for alvor. I 1876 blev det satt ned en kommisjon med advokat J a c o b I h l e n som formann. Den gav sin innstilling i 1883, og på grunnlag av den fikk Norge sin første virkelige

patentlov den 16 juni 1885. Advokat I h l e n s kommisjonsinnstilling er det viktigste dokument i den norske patentretts historie. Den er ikke omfangsrik, men legger allikevel både det prinsipielle grunnlag og de enkelte regler tilrette på en måte som det i hovedsaken ikke er rokket ved senere. Den blev skrevet på en tid da efterdønningene av anti-patentbevegelsen ennå var merkbare, og man fant det derfor naturlig å ta stilling til denne. Med enstemmig tilslutning gjengir komitéen de konklusjoner som den engelske patentkomité var kommet til i 1872, og den internasjonale patentkongress i Wien året efter: Både av hensyn til oppfinneren og til samfundet var det nødvendig at oppfinnerarbeidet kastet økonomisk vinning av sig. Systemet med nasjonalbelønninger som antipatent-mennene hadde foreslått, fant man upraktisk av mange grunner. «Patentbeskyttelse på bestemt tid», — så sier kommisjonen — «er den rettfærdigste lønn for individet, den hensiktsmessigste betaling for oppfinnelsen, den beste spore for fremskrittssarbeide og studium, og en viktig faktor for industriens almindelige utvikling.» (Innst. s. 12.) M. h. t. patentrettens natur understreket kommisjonen at den ikke måtte opfattes som en vilkårlig gunstbevisning, men som en virkelig r e t t. Noen kunstig fortrinsrett for oppfinneren, i likhet med eldre tiders monopoler og privilegier, var det dog ikke tale om. Monopol og patent har i virkeligheten «intet med hinannen å gjøre, men er like forskjellig i grunn som i virkning. Beskyttelse for industrielle oppfinnelser gjør intet inngrep i andres erhvervede eller naturlige rettigheter; den er ikke noen enerett over allerede tilværende samfundsgoder, men idet oppfinnelsen skaper nye tillegg til disse, blir beskyttelsen den lønn som denne forøkelse har krav på.» (S. 9.) Gjennem hele innstillingen tales det om at oppfinnelsen «tilhører» ophavs mannen, men det føies til at man «herved ikke mener å slutte sig til den anskuelse som stiller den intellektuelle eiendomsrett ved siden av den materielle» (s. 11).

Også den nærmere utformning av patentretten stemte i hovedsaken med de linjer som Wienerkongressen av 1873 hadde trukket op, og som den tyske patentloven av 1877 senere hadde gjort til sine: Patent fikk man på nye oppfinnelser som kunde nyttes i industrien, men ikke på annet. Innførselspatenter tok kommisjonen derimot avstand fra. Bare den første oppfinner, eller den som støtter sig på hans rett, hadde adgang til å kreve patent. Det gjaldt i 15 år efterat

ansøkningskommissionen kom inn. Før patent kunde gis, skulde oppfinnelsens nyhet og patentverdighet prøves av en patentkommissjon på seks medlemmer, og hvis den nektet å gi patent, av en overpatentkommissjon, hvis avgjørelse var endelig. Etter mønster fra Tyskland blev dette såkalte *granskingsystem* kombinert med et annet system, som passende kan kalles *lysingsystemet* eller *innsigelsesystemet*: Før patentsøknaden blev innvilget, måtte det ha ligget til offentlig eftersyn i en viss tid, slik at alle som hadde innsigelser å gjøre fikk sagt fra. For å verne samfundet mot misbruk av patentretten gav loven av 1885 to særlige regler: Hvis oppfinnelsen ikke blev utøvet i Norge innen tre år, kunde patentet opheves ved dom (§ 25). Og mot erstatning til oppfinneren kunde kongen tillate oppfinnelsen brukt av det offentlige, eller stille den til rådighet for private, hvis den var av vesentlig betydning for en eller annen næringsgren (§ 9).

3. Patentloven av 1885 var et godt arbeide. Med rette sier forarbeidene til vår nugjeldende patentlov om den, at den «ikke blott har gitt et riktig og for det praktiske behov vel avpasset uttrykk for den utvikling som patentvesenet hadde nådd på den tid da loven utkom; men den har også i det hele og store tatt maktet å tilfredsstille behovet for den følgende tid.» (Mot. P. s. 23). Når det allikevel kom krav om dens revisjon i slutten av 90-årene, var det vesentlig fordi behandlingsmåten for patentsøknadene viste sig å være upraktisk, under den store og uforutsette utvikling som patentvesenet tok.¹ Men også enkelte av lovens materielle regler blev kritisert.²

I 1899 blev det så opnevnt en ny «patentlovkommissjon», som imidlertid ikke bare fikk i oppdrag å revidere patentlovgivningen, men hele den industrielle rettsbeskyttelse. Formann var advokat Fredrik Stang Lund. Den la i 1904 frem forslag til 4 nye lover, nemlig: 1) Lov om styret for det industrielle rettsvern, 2) Lov om patenter, 3) Lov om varemerker og om utilbørlige vare og forretningsbetegnelser og 4) Lov om mønstre. Den 7 juli 1910 blev alle fire lovene vedtatt (Patentloven fikk nr. 4).

¹ Se nærmere § 17.

² Således utformningen av nyhetsregelen i § 2, forskriften om første oppfinner i § 3, § 17 om utleggelsen av patentkravet, §§ 19—21 om fristen for behandlingen, § 22 om overpatentkommissjonen etc.

Senere er det kommet noen mindre endringslover, som dog ikke har stor betydning.¹

Patentloven av 1910 gjør ikke noe brudd med den eldre patentrett. Mot. fremhever uttrykkelig at de henholder sig til den gamle patentlovkommisjons uttalelser om patentrettens prinsipielle grunnlag. Så meget mindre grunn fant man til å ta dette spørsmålet op på ny, som «utviklingen av patentvernet i de siste 20 år viser at motstanderne mot patentbeskyttelse av oppfinnelser overalt har måttet nedlegge sine våben, og at industriens fordring om den best mulige ordning av patentvesenet har satt sine merker i en rekke av nye lovarbeider i de forskjellige land.» (S. 21.) Blandt de nydannelser som loven bragte har vi alt nevnt den viktigste i § 19: Patentkommisjon og overpatentkommisjon forsvant, og styret for det industrielle rettsvern kom isteden. Dessuten blev loven bygget op på en litt annen måte enn før, og de fleste av de paragrafer omredigert, som var blitt kritisert i den gamle lov.

Noe nordisk samarbeide har ikke funnet sted på patentrettens område, skjønt emnet skulde ligge godt tilrette for det, og skjønt det flere ganger har vært på tapetet. Imidlertid har alle de skandinaviske lands patentlover i så høi grad tatt Tysklands lovgivning til mønster, at de faller sammen på de fleste viktige punkter.

IV. Den nordiske patentlitteratur er ikke særlig rikholdig. Her i Norge har A u b e r t skrevet noen sider om patenter i sin «Obligasjonsrettens spesielle del III» s. 411 ff. Mere inngående er A l f r e d J. B r y n s: «Retten i oppfinnelser» (1932) og A l f B. B r y n s doktoravhandling: «Über die Frage der Erfindungshöhe» (1931). I Danmark behandler V i n d i n g K r u s e adskillige patentspørsmål i sitt verk om «Ejendomsretten», likesom V. E. L u n d s f r y d har gitt ut en liten «Haandbog i Patentvæsen» (1927). Fra svensk rett kan nevnes B i r g e r E k e b e r g s doktoravhandling: «Studier i patenträtt» (1904) og Ø s t e n U n d é n s kortfattede «Översikt över den svenska patenträtten» (1915).

Siden 1932 gir de fire nordiske lands foreninger for industriell

¹ L. 28 mars 1919 nr. 2, 27 mai 1921 nr. 2, 9 juli 1923 nr. 3, 8 august 1924 nr. 7 og 1. 12 juni 1936 nr. 8. Novellen av 1924 lempet på regelen om at patentet ubetinget falt bort dersom betalingen ikke blir erlagt i tide, og den av 1923 satte vernetiden op fra 15 til 17 år.

rettsbeskyttelse ut et tidsskrift, «Nordiskt industriellt rättsskydd» (N. I. R.), under redaksjon av Åke v. Zweigbergk. Det inneholder mange artikler om patentrett, ved siden av firmarettslige, varemerkerettslige o. s. v.

§ 19.

Opfinnelsen.

I. Det første en må spørre om når patentretten skal skildres, er hvad som kan patenteres. Akkurat som man i ophavsretten først må vite hvad et åndsverk er for noe. Og likesom Å. svarer på spørsmålet alt i en av sine første paragrafer, gjør P. det samme: «Ved patent vernes efter denne lov nye opfinnelser som kan tilgodegjøres i industrien.» Det er altså *opfinnelsen* patentretten er knyttet til (P. § 1).

En viss forskjell i de to lovenes uttrykksmåte slår en: P. taler om vern for oppfinnelsen, altså for verket, åndsproduktet selv, mens Å. former reglene som et vern for ophavsmannen, hvis person tilsynelatende skytes mere i forgrunnen. Det er dog neppe riktig å slutte av dette at reglene har en forskjellig tone, patentloven samfundsmessig, åndsverksloven mere individualistisk.¹ Dette kan være riktig nok, men har ingenting å gjøre med spørsmålet om patentvernet skal knyttes til verket eller til ophavsmannen i redaksjonell henseende. Det ene kan være like godt som det annet.

Ser man historisk på saken, og sammenligner vår patentlovs uttrykk med andre lovers, styrkes man i denne opfatning. Snart den ene og snart den annen uttrykksmåte har vært brukt og brukes, uten at det har satt preg på innholdet av lovene. Den engelske patentlov av 1623 knyttet således patentretten til oppfinneren, idet den tillot kongen å gi patent til *«the true and first inventor and inventors of*

¹ Foran s. 117 har vi nevnt hvordan man i Tyskland tillegger den subjektive eller objektive redaksjon av rettsbeskyttelsen stor betydning innenfor ophavsretten til åndsverker. — Det er forresten rart med den «nasjonalsocialistiske verdensopfatning». I patentretten sies den å kreve at oppfinnerens person skal trekkes frem på oppfinnelsens bekostning, mens den krever akkurat det motsatte, når det gjelder åndsverkene. Og mens den i patentretten forlanger at alt som heter «bedriftsopfinnelser» forsvinner, forlanger den originær rett for bedriften, når det gjelder ophavsretten til film.

any manner of new manufactures». Og den nugjeldende lov av 1907 gjør det samme, forsåvidt som den sier i art. 1 at «*an application for a patent may be made by any person who claims to be the true and first inventor of an invention*». Lignende uttryksmåte bruker også Amerikas patentlov, som beskytter «*any person who has invented or discovered any new and useful art, machine, manufacture or composition of matter*». Den franske lov av 1844 valgte derimot en redaksjon som trakk selve oppfinnelsen mere i forgrunnen: «*Toute nouvelle découverte ou invention dans tous les genres d'industrie confère à son auteur le droit exclusif etc.*» Og denne tendens er enda tydeligere i den tyske patentloven som begynner med «*Patente werden erteilt für neue Erfindungen, welche eine gewerbliche Verwertung gestatten.*» Denne formuleringen har igjen tjent som mønster for vår lov og for flere andre.

Noen definisjon av hvad det menes med en oppfinnelse inneholder P. dog ikke, likeså litt som andre lover. Det overlater den, som det heter, til «*videnskap og praksis*» å finne ut. Og som et resultat av dette arbeide kan man bestemme oppfinnelsen som en teknisk idé, frembragt ved originalt, skapende åndsarbeide, og med en industriell og social nytteeffekt.¹ Dette skjelett av en definisjon skal vi i det følgende søke å utstyre med det fornødne kjøtt og blod.

II. Oppfinnelsen som teknisk idé. Rent sproglig taler man om oppfinnelser på de forskjelligste områder av livet. Man kan finne op en metode til å spille piano eller bridge, en ny systematikk i en juridisk bok, en ny malemåte eller litterær stil, ja endog intrigen i en roman eller i en film sies stundom å være oppfunnet. Det er imidlertid ikke slike «*oppfinnelser*» man kan ta patent på.

Det patentinstitusjonen omfatter efter sitt sociale formål, er oppfinnelser på det tekniske område. Og med teknikk forstår man da alle de forholdsregler som gir menneskene herredømme over den ytre natur og dens krefter, og gjør dem egnet til å tilfredsstille menneskelige behov.² Oftest er det naturligvis råstoffene, hvis kje-

¹ Jfr. Elster s. 284.

² Patent bet. s. 165 uttrykker det slik at det «*vid oppfinningens utövning sker ett lagbundet tillgodogörande av naturens tillgånger av materia eller energi*». — Undertiden brukes ordet teknikk også i en videre betydning enn i patentretten, idet alle regler som tar sikte på å angi hvilken fremgangsmåte forer til et godt resultat i en eller annen retning, kan sies å være «*tekniske*» i forhold til dette resultat. F. eks. sangteknikk, skiteknikk, lovgivningsteknikk o. s. v.

miske eller mekaniske bearbeidelse oppfinnelsen tar sikte på; men også direkte utnyttelse av kreftene i naturen, f. eks. elektrisitet eller magnetisme, hører teknikkens område til, og det samme gjelder nye anvendelser av stoffer og gjenstander som før er tilstede. Ethvert fremskritt i så henseende er et fremskritt i teknikk. Når oppfinnelsen beskrives som en teknisk idé, betyr det derfor at den gir en regel som setter menneskene i stand til å utnytte naturens krefter og verdier bedre enn før.

At oppfinnelsenes virkefelt er begrenset til teknikkens verden, er alle lands patentpraksis enig om i våre dager. Den tyske Reichsgericht kaller således konsekvent oppfinnelsen for «*ein Regel für technisches Handeln*» (D a m m e s. 144) og det svenske patentlovutkast av 1919 sier likefrem at det bare er «tekniska upfinningar» som kan patenteres. Det blir en lang rekke åndsprestasjoner og åndsprodukter, som i denne anledning faller utenfor det patenterbares område:

1. Først og fremst all virksomhet som ikke sikter på produksjon i den materielle verden, men innenfor åndslivet i snevrere forstand, eller i det politiske, økonomiske og sociale liv. At man ikke kan ta patent på bøker, malerier eller mønstre er således klart. Det følger forresten ikke bare av at de ligger utenfor de materielle verdiers verden, men også av at deres formål ikke er praktisk, men i videre forstand estetisk.

Men selv om formålet er aldri så praktisk, er patent utelukket når «oppfinnelsen» ligger utenfor det område som vi ovenfor kalte det tekniske. Metoder for bokføring eller stenografi, et system som Taylorsystemet eller Dalcrozes dansesystem, lære- og opdragelsesmetoder, reguleringsplaner, en bestemt malemåte eller opstilling i et leksikon, kan ikke patenteres. Heller ikke «oppfinnelsen» av et kunstig verdensprog eller en reklameidé, som å drive lysreklame på kino, eller sette annonser på askebegre. Nu for tiden er alle enige om at denslags ligger utenfor det naturlige område for patentvernet,¹ men historien melder om adskillig vakling i så henseende. Ett av de første patentene efter den franske lov av 1791 gjaldt således en forsikringsinnretning, en såkalt «tontine». Snart strømmet det også inn patentanmeldelser for alskens finansprosjekter og systemer, for banker og vekselforretninger, ja endog for å garantere assignatene. Mot dette uvesen grep den lovgivende forsamling inn, og som et minne

¹ Se Terrell s. 49, D a m m e s. 146 etc.

om fortidens forvillelser har loven av 1844 fremdeles forbud mot å patentere «*les plans et combinaisons de crédit ou de finances*».¹

2. Da oppfinnelsen er en teknisk regel, kan heller ikke de v i d e n s k a p e l i g e o p d a g e l s e r være gjenstand for patent. Også dette er alle patentlover enig om i prinsippet, skjønt teksten i noen av dem peker i annen retning. Frankrikes lov nevner således «*découverte ou invention*» som lovlig gjenstand for patentanmeldelse, og i U. S. A. tales det om den som har «*invented or discovered any new and useful art or machine*».

Dette er jo nokså selvsagt, når opdagelsen ligger på det rent åndelige område. En opdagelse av gamle boplasser, av menneskerasenes vandringer eller av et utdødd sprog, kan ikke patenteres. Det samme gjelder naturvidenskapelige lover, hvis de hverken middelbart eller umiddelbart kan gi støtet til teknisk fremskritt, f. eks. matematiske lover, relativitetsloven, «Mariottes lov» etc. Men selv hvor opdagelsen av en ny kraft eller et nytt stoff eller naturfenomen kan få viktig teknisk anvendelse, får opdageren ikke patent på sin opdagelse. Hvem som helst kan tilegne sig den og bruke den som grunnlag for en virkelig oppfinnelse, slik som M a r c o n i gjorde da han fant op den trådløse telegrafi, på grunnlag av H e r t z' opdagelse av bølgebevegelsene i eteren. Sålenge opdageren bare har gjort erobringer i teoriens verden, men ikke omsatt sine fund i praktiske resultater, har han nemlig ikke gitt verden en sånn teknisk regel som oppfinnelsen er. Han har ikke skapt nytt verktøy i kampen mot naturen, det er vår v i d e n som er blitt utvidet, ikke vår praktiske k u n n e n.²

Derimot er det klart at hvis opdageren setter sin opdagelse om i en teknisk regel, er dette en oppfinnelse som han kan få patent på, selv om det i virkeligheten var selve opdagelsen som var tyngste taket. Opdageren av et nytt stoff legger f. eks. merke til at det inneholder visse sjeldne farvestoffer, og kommer derved på den tanke at det kan brukes i farveindustrien. Eller han opdager at porselen har liten evne til å lede varme og elektrisitet, og finner på å bruke det som isoleringsmateriale. Hvis den praktiske anvendelsen av opdagelsen ligger svært nær, kan det dog opstå vanskelige grense-

¹ Se P o u i l l e t, B. s. 124—125.

² Nærmere om denne forskjell, og om berettigelsen av å holde opdageren rettlos på dette grunnlag, nedenfor § 30.

spørsmål. At et nyopdaget farvestoff kan brukes til farving, behøver en jo ikke å være noen Edison for å komme på. Et kjent eksempel på et vanskelig grensetilfelle byr den såkalte D a v y s sikkerhetslampe. Denne lampen hadde lenge vært anvendt som belysningsmiddel. D a v y opdaget imidlertid at dens konstruksjon gav sikkerhet mot eksplosjon av omgivende gass, så den kunde gjøre tjeneste i gruber. Dette blev holdt for en opdagelse, ikke for en oppfinnelse.¹

3. I kravet til at oppfinnelsen må inneholde en teknisk regel, ligger videre at den må gi en virkelig l ø s n i n g a v d e n o p g a v e n d e n t a r s i k t e p å. Det er ikke nok å stille opgaven, skjønt denne siden av oppfinneryrket ofte kan være den vanskeligste. Den som således fatter den plan å vinne salpeter ut av luften eller havet, har ingen oppfinnelse gjort.² Heller ikke om han danner sig en hypotese om hvordan det skal gjøres, og former en teoretisk tanke om løsningsprinsippet. Selv ikke når han har funnet en virkelig konkret løsningsidé (K i s c h s. 26-27) er oppfinnelsen gjort, men først når den er praktisk gjennomført. Derfor er det heller ingen oppfinnelse når opgaven bare tilsynelatende er løst, mens den i virkeligheten er uløselig, eller iallfall ikke kan mestres med den opskriften oppfinneren har gitt. Et *perpetuum mobile* f. eks. kan ikke patenteres, fordi maskinen ikke holder sig evig i gang sånn som den lover.³ Og bedre skjebne har heller ikke en oppfinnelse av «de vises sten», som skal kunne spalte et hvilket som helst grunnstoff, skjønt det i sin tid blev gitt patent på den i England.

Dernest forutsettes det at oppfinneren virkelig behersker oppfinnelsen, sånn at han kan gjenta den når han ønsker det. Lar ikke dette sig gjøre, fordi resultatet berodde på det rene tilfelle, eller det iallfall virker med krefter som oppfinneren ikke har kontroll over, kan man ikke si at noen oppfinnelse er gjort. Det er imidlertid bare praktisk og empirisk at oppfinneren må ha herredømme over oppfinnelsen, ikke teoretisk og videnskabelig. Kan han bare sette

¹ U n d é n s. 19, P o u i l l e t B. s. 101 ff.

² I Rt. 1933 s. 529 sier forstvoterende med tilslutning av de andre: «I prinsippet er jeg enig i at en abstrakt idé eller oppgave, som ikke er realisert ved angivelse av midler ved hvilke den kan gjøres praktisk brukbar, regelmessig ikke er gjenstand for patentvern efter norsk rett.»

³ Noe annet er at den allikevel kan rumme en oppfinnelse, nemlig når den betraktes som en arbeidssparende kraftmaskin.

prosessen i sving etter ønske, er oppfinnelsen god nok, selv om ophavs-
mannen misforstår de lover og krefter som virker i den, eller åpent
erklærer at han ikke begriper et mukkk av det hele.¹

4. Det har vært adskillig diskusjon om hvorvidt metoder
til behandling av menneskelegemet hører til tek-
nikkens verden, så de kan patenteres. Videre om man kan si det
samme når biologiske prosesser er ledd i den fremgangs-
måten som anvises.

I og for sig skulde ikke menneskelegemet ligge utenfor det om-
råde som teknikken behersker. Det er jo en del av den ytre natur, og
står under dens lover. Allikevel gjør det sig nesten overalt gjeldende
en viss ulyst til å se saken på denne måten, idet man foretrekker å
betrakte mennesket som teknikkens herre, og ikke som objekt for
den. Alle metoder som er beregnet på å virke umiddelbart inn på
menneskelegemet — og altså ikke gir sig tilkjenne i et produkt eller
en maskin — holdes derfor gjerne for å falle utenfor de patenterbare
oppfinnelser. Således skjønnehets- eller massasjemetoder, midler til
tannregulering, helbredelsesmetoder etc.²

Derimot er det ingen almindelig regel at man ikke kan få patent
på oppfinnelser som tar biologiske forhold eller prosesser i sin tjeneste.
Ganske visst vil sånne fremgangsmåter ofte være så uvisse og ubereg-
nelige, at de av denne grunn vanskelig kan patenteres. Således en
metode til å behandle griseputer så de ikke spiser op ungene sine.
Men hvis ikke denne siden av saken kommer i veien, kan man ikke
nekte patent, fordi om det er organiske livsprosesser oppfinnelsen tar
i sin tjeneste. Som eksempel kan nevnes gjæringsprosesser for ost
eller vin, som forutsetter visse bakteriekulturer, fremgangsmåter for
fremstilling av blodserum av dyr etc. (D a m m e s. 150).

5. Om oppfinnelsen således alltid må ha fremkalt en viss virk-
ning i den fysiske utenverden, følger dog ikke av dette at de behov
som skal tilfredsstilles må ligge på det tek-
niske område. Tvertom kan de være av den mest forskjellige
slags, bare de trenger materielle midler for å stilles. Således kan gymna-

¹ Ekeberg s. 101, D a m m e s. 143, og svensk HRD. i N. J. A. 1918
s. 163. En danske som mente å ha funnet en metode til å vinne ut salpeter av
sjøvann, uttalte nylig til pressen at han ikke forstod hvorfor det gikk slik for sig.

² D a m m e s. 149. I Tyskland er det dog gitt patent på en fremgangsmåte
til å fjerne sting fra sår.

stikkapparater, kirurgiske instrumenter, kosmetika etc., godt være gjenstand for patentering, og det samme kan brevordnere, skrive- og regnemaskiner, boktrykkermaskiner o. s. v.¹

III. Opfinnelsen som åndsprodukt. Som åndelig prestasjon betraktet er opfinnelsen et tankebillede (D a m m e s. 153), hvor de tre elementer i bildet, behovet, opgaven og dens løsning er satt i forbindelse med hverandre. Logisk er det naturlig å beskrive den tankerekke som fører frem til opfinnelsen slik, at først erkjennes behovet, så midlet der kan stille det tilfreds, og tilslutt fremgangsmåten som man i den anledning må slå inn på, altså selve opfinnelsen. Men ser man historisk på saken, er det slett ikke alltid at kronologien ser sånn ut. A. konstaterer f. eks. en viss teknisk effekt, kanskje ved det rene tilfelle. Så erkjenner han hvad resultatet stikker i, og endelig blir han klar over at denne fremgangsmåten kan fylle et «lenge følt savn» i en eller annen industri. Dette er naturligvis en fullgod opfinnelse, selv om resultatet er nådd i en slags «bakvendt kino». Faktorenes orden er — som så ofte i livet — likegyldig.

Men selv om hele «gjerningsinnholdet» tilsynelatende er tilstede, er det allikevel ikke sikkert at det foreligger en virkelig opfinnelse. Helt fra patentrettens morgen har man vært klar over at det også må stilles visse krav til k v a l i t e t e n av prestasjonen. Å sy i en knapp i en gammel frakk er ingen opfinnelse, sa den store jurist C o k c, en av fedrene til patentloven av 1623. Bare de som med rette kan kalles nasjonens lærere har rimelig krav på en slik særlig belønning som patentretten er. Den jevnt dyktige teknikker, som bruker sin håndverksmessige innsikt og sin sunde, nøkterne forstand er ikke en slik lærer, selv om han ikke kan undgå å bringe teknikken et hanefjed fremover i ny og ne. Et overskudd ut over dette må opfinnere prestere. Dette krav er parallelt med det som stilles ved de egentlige åndsverker, og som hindrer en hvilken som helst ansamling av ord, farver eller streker fra å smykke sig med dette fordringsfulle navn. Men her i patentretten må kravet efter forholdenes natur både bli anderledes og sterkere. Anderledes, fordi de to slags åndsprestasjoner ligger i hvert sitt plan. Sterkere, fordi det personlige, individuelt pregede innslag er meget tydeligere ved åndsverkene, mens tekniske forbedringer i adskillig utstrekning er en følge av tidens almindelige tekniske utvikling, som aldri blir stående på stedet marsj.

¹ D a m m e s. 159. U n d é n s. 23.

Å finne et presist uttrykk for hvad som skiller den virkelige *inventive innsats* fra de mere håndverksmessige forbedringer er imidlertid ikke lett. Man har således sagt at en gnist av genialitet må være tilstede (E k e b e r g s. 57), men det er vel å spenne buen for høit. Andre ser det karakteristiske for oppfinnelsen i at den — for å tale i militærsproget — betegner en «*sprangvis fremrykning*» i det tekniske terreng, til forskjell fra den skrittvis, men seige fremmarsj som ellers finner sted. I flukt med denne betraktning fremheves det også som et element i oppfinnelsen at den er *overraskende*, ikke kommer som resultat av vanlige logiske beregninger. Disse egenskaper forklares igjen ved at den virkelige oppfinnelse er resultat av *fantasi og intuisjon*, i motsetning til den logiske og empiriske tenkning, som holder sig på jorden og går forsiktig og «*diskursivt*» tilverks. Overallt er det den samme tanken som søker form¹. Og skjønt ingen av de nevnte momenter er uttømmende, gir de alle nyttige bidrag til oppfinnelsens helhetspreg, som neppe kan beskrives bedre og nøiaktigere enn ved å si at den er utslag av *originalt skapende åndsarbeide av inventiv art*.²

I motsetning til oppfinnelser talte Kohler i sin tid om *konstruksjoner*, og skjønt dette navnet ikke er i skuddet lenger, rammer det ikke så værst. Det bringer iallfall klart frem i bevissheten, at det her bare er tale om almindelig solid tankearbeide, mens man savner den gnist fra høiere sjelcområder som gir oppfinnelsen dens adelsmerke. Som eksempler på tekniske forbedringer av denne art pleier man å nevne de såkalte «*summasjoner og aggregasjoner*», hvor kjente midler kombineres for å opnå en kjent virkning, kvantitetsendringer, «*ekvivalenter*», hvor man skifter ut en del av en oppfinnelse med noe annet som har samme tekniske effekt, overføring av oppfinnel-

¹ Jfr. Damme s. 183, Elster s. 285.

² I åndsretten står man ofte overfor lignende vanskeligheter som baronen i Høstrups: «*En spurv i tranedans*», som skulde forsøke å gi uttrykk for adelskapets egenart:

«Det noget er som i ham bor,
men ikke kan tolkes med ord.
Det tåler ei at man ser det klart,
det er så fint, det er så zart;
høit går det over all fornuft,
og er hvad man kaller — en duft.»

sen fra et område til et annet o. s. v. De grenser som her må trekkes kommer vi tilbake til under behandlingen av oppfinnelsens gjenstand (§ 24).

I fordringen til oppfinnelseskvalitet ligger naturligvis ikke noe uttalt om måten oppfinnelsen må være kommet i stand på. De kan falle lett og ubesværet ned fra himmelen, som appelsinene i Aladdins turban.¹ Men de kan også være resultatet av årelangt slit, av feilslagne håp og forsøk, før tankelynet endelig slår ned. Heller ikke er det sagt noe om på hvilket trin av oppfinnelsens tilblivelseshistorie den originale inventive impuls må ha vist sig. Som regel trer den i dagen ved selve løsningen av det tekniske problem. Men stundom kan også det videnskapelige opdagearbeide som ligger til grunn for oppfinnelsen, gi den det nødvendige kvalitetsstempel.² Og utelukket er det heller ikke at tanke-spranget alt er gjort i og med at et nytt behov er erkjent, eller den tekniske oppgave stillet, mens løsningen ikke er vanskeligere enn at en hvilken som helst dyktig fagmann kan klare den, når han tar den «*heutige Stand der Technik*» til hjelp.

Den kjensgjerning at *Zufallserfindungen* kan forekomme, åpner imidlertid visse perspektiver som gjør det nødvendig å gjøre rede for enda en tankerekke, før vi er ferdig med oppfinnelsen, som åndsprodukt betraktet. Den viser nemlig en tydelig glidning fra det subjektive mot det objektive element i oppfinnelsen, fra selve åndsprestasjonen til dens ytre resultat: når nemlig også rent tilfeldige oppfinnelser kan patenteres, kan det ikke være åndsinn-satsen som honoreres, det må være resultatet. Denne heldning mot det objektive element i oppfinnelsen virker dog lenger enn som så. Særlig i Tyskland er den langt på vei til å sette farve på hele oppfinnelsesbegrepet, idet man fester sig mindre ved den subjektive, inventive innsats fra oppfinnerens side, men desto mere ved den «*Erfindungshöhe*» hans oppfinnelse representerer, rent objektivt betraktet, eller ved det

¹ «*Zufallserfindungen*» kaller tyskerne disse. I de egentlige åndsverkers verden har man ikke maken til dem. Ganske visst kan produksjonen også her gå lett eller tungt, men selv i letteste fall er det dog ens egen åndelige overflod man kan takke for resultatet. (Et eksempel blandt de mange på at den skapende personlighet står ganske anderledes i centrum i ophavsretten, enn i patentretten.)

² Ekeberg 58—61, Patent. bet. s. 168, Eberstein i N. I. R. 1932 s. 8.

fremskritt i teknikk som den markerer. Disse to begrepene er nær i slekt med hverandre, for også «*die Erfindungshöhe*» avgjøres etter tekniske kriterier.¹ Overalt hvor det er skapt nye resultater eller metoder som teknisk er gunstigere enn de gamle, er disse fordringene stillet tilfreds; men også når den nye fremgangsmåten er mere økonomisk enn den gamle, eller fjerner skyggesider ved produksjonen, selv om de ikke er av rent teknisk art — den er sundere, behageligere, mere hygienisk etc. — er kravet til en oppfinnelse skjedd fyldest.² I tysk praksis synes dette objektive fremskrittmoment ikke bare å ha vunnet plass ved siden av den individuelle originale oppfinnelsesinnsats, men å ha tendens til helt å sluke denne; «*Es ist lediglich entscheidend,*» sier Patentamts Beschwerdeabteilung i en avgjørelse av 24 september 1913, «*ob die Erfindung eine erhebliche Bereicherung der Technik bedeutet oder nicht, wie man im allgemeinen der erfinderischen Bedeutung von Anmeldungsgegenständen in dem Masse näherkommen wird, als man überhaupt die subjektiven Kriterien der Erfindungseigenschaft (Überraschung, Naheliegen, Aufwand an schöpferischer Tätigkeit oder an geistiger Arbeit usw.) zugunsten des allein brauchbaren objektiven Kriteriums, des wesentlichen Fortschritts, zurückstellt.*»³ Noen grunn til å operere med et skarpt enten — eller er det dog ikke,⁴ aller minst når man husker på den karakter som definisjonen av oppfinnelsesbegrepet har. (Se nedenfor under V.) Som regel vil den subjektive oppfinnerinnsats og det objektive

¹ Elster (s. 288) ser den nyanseforskjell mellom dem «*dass die Erfindungshöhe mehr von innen heraus (aus dem Gegenstand der Erfindung) der Fortschritt mehr von aussen (aus der Umwelt) festgestellt werden muss*». Uten å lage noe eget ord for det, krever man også i England en viss *Erfindungshöhe*, idet man sier at resultatet ikke må ha vært «*obvious to a person skilled in the art and acquainted with the common knowledge in that art, at the date of the patent*» (Terrorrell s. 58).

² Her glir vi som det sees over fra det rent tekniske fremskritt, til et mere socialt betonet fremskritt begrep. I GRUR. 1923 s. 73 ff. vil *Wirth* ta skrittet fullt ut, og holde det sociale fremskritt for det avgjørende oppfinnelseskriterium.

³ *Dammé* s. 182. Den danske patentlov står ikke langt fra dette standpunkt, når den sier i § 1 at oppfinnelser «der som saadanne maa anses for at være uden al væsentlig Betydning» ikke kan patenteres.

⁴ Heller ikke til å kreve et klart og bestemt både-og. Jfr. *Elster* s. 288.

opfinnelsesresultat gå hånd i hånd. Og er ikke dette helt ut tilfellet, har begge synspunktene sin naturlige plass når det skal avgjøres om en slik ekstra påskjønnelse som patentretten er begrunnet. Det som kan diskuteres er deres relative betydning, og hvor betoningen i tvilsfall skal legges. Men allerede den kjensgjerning, at tanken på resultatet og effekten har selvstendig betydning ved siden av det subjektive og individuelle ophavsmannssynspunkt, betegner en interessant forskjell fra åndsverkene, og viser at vi er kommet inn i en ny sfære. Det trer forøvrig enda klarere frem når vi går over til å se på det siste trekk i oppfinnelsens rettslige fysiognomi.

IV. Oppfinnelsens sociale sider. Foruten sin tekniske og ophavsmessige, har oppfinnelsen nemlig også en *s a m f u n d s m e s s i g* *s i d e*, og denne er ikke den minst viktige. Det er ikke som tankespill eller som teknisk pusleri at oppfinnelsen tas under patentrettens beskyttelse, men som produktiv samfundsfaktor, og denne egenskap ved den må alt begrepsbestemmelsen gi uttrykk for. Kort uttrykt må en patenterbar oppfinnelse a) ha evne til å tilfredsstillende et visst sosialt behov, og b) den må også kunne anvendes i industrien, d. v. s. i samfundsproduksjonen i videre forstand.

Også i dette stykke er alle moderne rettssystemer enige, skjønt uttrykksmåten tildels er forskjellig. Enkelte patentlover nevner overhodet ikke denne siden av saken, fordi de mener den ligger i selve oppfinnelsesbegrepet, og derfor forstår sig av sig selv. Det svenske lovutkast av 1918 § 1 sa således kort og godt at patent kunde erhverves for «nya tekniske oppfinningar». Engelsk rett har derimot alltid holdt fast at *common law* forlanger at oppfinnelsen må være «*useful*», skjønt den nugjeldende lov ikke nevner det uttrykkelig. I Frankrike henlyder man til oppfinnelsens industrielle brukbarhet i patentlovens § 1, som gir adgang til patent for «*toute nouvelle découverte ou invention dans tous les genres d'industrie*». Den tyske lov av 1877 går derimot mere determinert tilverks, idet den bare patenterer «*Erfindungen, welche eine gewerbliche Verwertung gestatten*», og denne formuleringen har den norske loven skrevet av. Den krever at oppfinnelsen må kunne «tilgodegjøres i industrien» for å kunne patenteres. Denne forskjell i lovenes utformning har gitt anledning til adskillig fundering og uenighet om hvorvidt det ligger i selve oppfinnelsens begrep at den må være sosialt og industrielt anvendelig, eller om det er et ekstra-

krav loven stiller til den p a t e n t e r b a r e oppfinnelse.¹ Spørsmålet har ikke synderlig interesse. Men realiteten i kravet er det viktig å understreke. Jeg tar de to sidene av det som jeg foran har satt bokstaver ved, hver for sig.

a) Hvis en «oppfinnelse» er absolutt ørkesløs, og ikke stiller noen som helst menneskelige behov, ligger det under patentinstitusjonens verdighet å befatte sig med den. Men selv om det finnes et eksentrisk eller perverst individ som føler tilfredsstillelse ved den, er ikke dette nok. Både etter sin historie og sin stilling i nutiden er patentene sociale institusjoner, og det er derfor bare når et virkelig sosialt behov er tilstede at de er på sin plass. En metode til å farve saltvann rødt, eller til å stanse potetesplanten i veksten, vil derfor ikke kunne patenteres, når det da ikke opnåes teknisk nytteeffekt ved den. En annen sak er det naturligvis at det sociale behov som oppfinnelsen kommer imøte, ikke nødvendigvis behøver å ha gjort sig gjeldende på forhånd. Skapes det gjennom oppfinnelsen, er det beste godt nok.

Det ligger ikke i uttrykket «socialt behov», at det må være særs maktpåliggende for samfundet å få det stillet, og enda mindre at man bare regner med behov som er gode og berettigede. En slik censur vilde være like ubetimelig, som om man i ophavsretten til åndsverker bare beskyttet de verdifulle verker, eller den «samfundsbyggende» kunst. De mest fjollede taskenspillerinstrumenter, eller rene ødeleggelsesmaskiner kan derfor godt bli patentert.

b) Når loven stiller det som et eget krav at oppfinnelsen må kunne til gode gjøres i industrien, kunde det ligge nær å tro at det bare er de vellykkede oppfinnelser som kan patenteres, de som viser sig å være teknisk overlegne eller økonomisk innbringende. Dette er dog ikke meningen. «Tilgodegjøres» betyr nemlig ifølge Mot. P. det samme som «anvendes», og det stemples uttrykkelig som en «misforståelse, at undersøkelsen av hvorvidt en oppfinnelse bør patentbeskyttes skal utstrekkes til å omfatte ikke alene dens industrielle anvendelighet,

¹ Mens f. eks. D a m m e s. 198 holder på at innretninger som ikke dekker noe som helst behov ikke er oppfinnelser, mener O s t e r r i e t h (s. 76) at de faller utenfor patentvernet, fordi de ikke kan anvendes i industrien. Det være hermed som det vil. Derimot bør alle være enige om at når man ikke kan få patent på metoder som ikke kan praktiseres, på almindelige prinsipper eller metoder, eller på anordninger som man ikke kan gjenta efter ønske, er det ikke fordi slike «oppfinnelser» ikke kan anvendes i industrien. Her er det selve oppfinnelsen som klikker. (Jfr. D a m m e s. 194.)

men også dens nytte eller verdi, noe som på anmeldelsestiden sjelden vil kunne bedømmes riktig, og ofte slett ikke vil kunne bedømmes.» (S. 27.) Slik har da også både den gamle og den nye patentloven vært forstått og praktisert.¹

Også vendingen «i n d u s t r i e n» er i og for sig egnet til å føre tanken vill, og gjøre området for de patenterbare oppfinnelser trangere enn det er meningen. Den gamle patentlovkommisjon tok visstnok ordet i betydning av fabrikkindustri og håndverk, mens metoder i fiskeri eller akerbruk aldri skulde kunne patenteres. Den senere patentlovkommisjon slo imidlertid fast at en slik innsnevring var i strid med det praktiske livs behov, og at begrepet «industri» både i patentloven og de andre lovene om industrielt rettsvern måtte ha et videre omfang: «Under dette begrep bør visstnok henføres enhver virksomhet som er rettet ikke alene på bearbeidelse eller forarbeidelse av råstoffer, men også på utvinning av råstoffer av en hvilken som helst art, altså virksomhet der faller inn under landbruk, jakt, fiskeri og bergverksdrift» (s. 26).² Etter dette er det følgelig ikke noe i veien for å patentere jordbruks- og fiskemetoder, når det virkelig er tekniske regler det gjelder, og ikke slikt som metoder for vekselbruk, kryssingsregler for fe o.s.v.

Når loven tolkes på denne vis, blir det ikke svært mange oppfinnelser som faller utenfor patentvernet, fordi de ikke kan «tilgodegjøres i industrien». Som D a m m e fremhever (s. 196) er det bare metodeoppfinnelsene det her kan bli tale om,³ for når oppfinnelsen er knyttet til en konkret gjenstand, er det alltid mulig å lage den og holde den tilfals. Og selv metodeoppfinnelsene rammes ikke ofte av interdiktet. De eksempler som gjerne nevnes — metoder til å måle astronomiske avstander eller å telegrafere til Mars — hører ikke til dem som et patentstyre blir overrendt med til daglig.

V. Mange har sikkert lest disse lange og abstrakte begrepsutviklingene med en stille tvil om det i virkeligheten er noen nytte ved dem. Kanskje gir noen hver den engelske dommer Lord M o u l t o n rett, når han sier at *«in my opinion no definition of invention*

¹ Denne forståelsen har i den senere tid også trengt gjennom i Tyskland. (D a m m e s. 195.) I Østerrike, hvor man ellers etterlignet den tyske lov, sa man imidlertid for sikkerhets skyld «*Erfindungen, welche eine gewerbliche Anwendung gestalten*».

² I denne vide mening tar Pariskonvensjonen også uttrykket «industriell eiendomsrett». Se konvensjonens art. 1.

³ Nærmere om dette begrep under VI.

can be found, which is of the slightest assistance to anyone in a case of difficulty». (T e r r e l l s. 71.) Imidlertid må jeg, som en engelsk forfatter vilde ha uttrykt sig, «*respectfully submit*» at her har His Lordship tatt munnen for full.

Ganske visst skal det innrømmes at man aldri når frem til en definisjon som er helt uttømmende, og som dommeren kan anvende blindt og ubetinget som et annet «Sesam, lukk dig op!»¹ Det kommer av at oppfinnelsesbegrepet i enda større grad enn de fleste andre rettsbegreper må bygge på faktorer som er alogiske, og derfor ikke lar sig uttrykke i uforanderlige og presise logiske kategorier. Bare gjennom en umiddelbar intuitiv helhetsanskuelse kan det fullt ut tilegnes, og anvendelsen av det blir derfor nødvendigvis individuelt preget, fordi skjønsmessige og vurderingsmessige faktorer gjør sig gjeldende ved siden av de rent forstandsmessige elementer av begrepet. Men dette er ikke tilstrekkelig grunn til å la også disse siste ligge uanalysert, og hylle hele oppfinnelsesbegrepet inn i omtrentlighetens tussmørke. Den intuitive helhetsbetraktning kommer man ikke forbi, men skal en dommer kunne foreta den med håp om et riktig resultat, er det gagnlig at analysen av begrepets logiske bestanddeler er ført så langt frem som mulig, så den avsluttende skjønsmessige bedømmelsen skjer på et solid logisk og praktisk grunnlag.² Ut fra denne betraktning er de foregående romertall skrevet.

På den annen side må man huske hvad slags begrepsbestemmelse man har for sig, når man skal bedømme betydningen av de karaktertrekk som er fremhevet, og bruke oppfinnelsesbegrepet i praksis: Det er ikke tale om skarpe og markerte elementer i en formaldefinisjon, som hvert og ett har sin absolutte og klart bestemte plass i det begrep som skal bygges op. For å bruke en lignelse er det ikke fotografiets klare og nøkterne dagslys, der lar hver detalj tre skarpt frem, som vi har søkt å efterligne. Snarere er det clair-obscur stemningen i et bilde av C a r r i è r e man må tenke på, hvor alt som heter konturer nesten er borte, og hvor det i virkeligheten er fordelingen av lys og skygge som skaper både komposisjonen og billedets stemning. Dette er forklaringen på, at mens det praktiske oppfinnelsesbegrep er omtrent det samme overalt, er den teoretiske beskrivelse av det temmelig forskjellig, eftersom det er en tysk, fransk eller engelsk patentbok en blar i.

¹ O s t e r r i e t h s. 56.

² Jfr. nærmere min bok «Funksjonæroppfinnelsen» s. 22.

Det forklarer også et annet forhold, som det er viktig å streke under: De begreps-elementer som foran er hentet frem av oppfinnelsen, står ikke uformidlet ved siden av hverandre som skuffene i et kartotek. Tvertimot glir de forskjellige karaktertrekk ofte over i hverandre, og — hvad det er enda viktigere — de kan i adskillig utstrekning vikariere for hverandre. Hvis et enkelt oppfinnelseskriterium er særlig sterkt og overbevisende, er det derfor tillatelig å slappe litt på fordringene til de andre. Røper oppfinnelsen således utvilsomt original inventiv evne, som kanskje endog nærmer sig det geniale, vil den kunne patenteres, selv om det tekniske fremskritt er så som så.¹ Og på samme måten er patent på sin plass, selv om åndsprestasjonen ikke raker stort over den jevne faglige dyktighet, hvis den tekniske eller økonomiske virkning av oppfinnelsen er desto større.

Om betoningen skal legges på de subjektive eller objektive elementer, på de tekniske eller økonomiske, er naturligvis et eget spørsmål. Dommerens personlige innstilling kommer nok her til å spille inn, men enda mere tendensen i tiden og i utviklingen. Og den går — som vi alt foran har antydnet — utvilsomt i retning av å legge tyngdepunktet over fra åndsprestasjonen til resultatet, til det fremskritt oppfinnelsen har bragt². Man har visst også rett til å si, at når det gjelder å avgjøre hvad fremskrittet ligger i, gjør rent økonomiske betraktninger sig sterkere og sterkere gjeldende ved siden av de tekniske. Kanskje er det heller ikke for dristig å se det som et karakteristisk tidens tegn, at enkelte forfattere også vil la andre momenter komme til orde, og endog la samtlige kjente begreps-elementer i oppfinnelsen gå op i en eneste generalnevner, det sociale fremskritt. Hvis denne tilbøieligheten brer sig, tør det være at man står overfor en viss utvikling og utvidelse av det tradisjonelle oppfinnelsesbegrep, og at mangt og meget kan få plass innenfor fremtidens patentrett, som i øieblikket nektes husly. *Qui vivra, verra.*

VI. Forskjellige slags oppfinnelser. Blandt de oppfinnelser man efter loven kan få patent på kan det gjøres mange slags inndelinger efter de forskjelligste prinsipper.

¹ Det gjelder vel også når det ikke er selve oppfinnelsen, men en foregående videnskapelig opdagelse, som er så flott.

² De generelle uttalelsene i Rt. 1935 s. 1033, som ikke bare setter spørsmålstegn ved fremskrittet, men også reduserer kravene til oppfinnerens åndsprestasjon temmelig sterkt, er ikke heldige.

Efter o m r å d e t kan en således tale om fysiske, kjemiske, mekaniske, elektriske oppfinnelser o. s. v. Denne inndelingen har særlig interesse, fordi en viktig slags oppfinnelser, de som har kjemiske forbindelser til gjenstand, er undtatt fra patentering ved positiv lovforskrift.

Efter b e t y d n i n g e n og r e k k e v i d d e n kan det sondres mellom p i o n e r o p p f i n n e l s e r, som løser et problem for første gang, og vanlige oppfinnelser, som man ikke kan si dette om, men som med opbud av inventiv innsats bringer det nyopfunne prinsipp til anvendelse på nye områder eller realiserer det ved hjelp av andre midler. Hvis den nye oppfinnelsen er en direkte forbedring av den gamle, og ikke lar sig utføre uten at denne siste også tas i bruk, taler man om a v h e n g i g e o p p f i n n e l s e r som er meget praktiske. (Se nærmere s. 281.)

Men også efter i n n h o l d e t er det viktige sondringer å gjøre. Enkelte lover forsøker å gi en katalog over hvordan de forskjellige oppfinnelser faller ut i så måte, f. eks. den franske, som sier i § 2: «*Seront considérées comme inventions ou découvertes nouvelles: L'invention de nouveaux produits industriels. L'invention de nouveaux moyens ou l'application nouvelle de moyens connus, pour l'obtention d'un résultat ou d'un produit industriel.*» Hos oss og i Tyskland pleier vi å uttrykke den tilsvarende forskjellen ved å skille mellom p r o d u k t o p p f i n n e l s e r og m e t o d e o p p f i n n e l s e r.¹ Blandt produktoppfinnelsene er det igjen forskjell, eftersom det produkt som fremstilles fyller sin oppgave ved å konsumeres direkte — f. eks. såper og kosmetika — eller selv er et produksjonsmiddel, som maskiner og verktøi. Men også metodeoppfinnelsene er ulike. Noen av dem gir anvisning på en fremgangsmåte til å fremstille fysiske produkter, f. eks. å vinne ut salpeter av luften, mens andre ikke resulterer i noen som helst ytre gjenstand, f. eks. en metode til å gjøre melk smittefri ved å pasteurisere den. Etter omstendighetene er det også mulig at oppfinneren samtidig patenterer både en metode- og en produktoppfinnelse, som når han finner op en teknisk metode, og samtidig en maskin til å bruke den.² Man må dog ikke tro at for-

¹ De første kaller D a m m e (s. 154) for «*Raumerfindungen*», fordi de gir sig tilkjenne i en materiell gjenstand, de siste for «*Zeiterfindungen*», fordi de bare kan erkjennes gjennom sin virkning, altså i tiden.

² Oppfinnelsen av en maskin vil derimot aldri kunne skilles fra bruken av den. De to er ett. D a m m e s. 188.

skjellen mellem produkt- og metodeopfinnelsen stikker så dypt at det er selve gjenstanden for oppfinnelsen som er forskjellig, her en idé, hist en ting. Også ved produktoppfinnelsen er det i virkeligheten en teknisk regel som det er tale om, bare at den gir sig tilkjenne gjennom en fysisk gjenstand, hvis frembringelse eller anvendelse regelen gjelder.

Som en særlig slags oppfinnelser regnes undertiden de såkalte *kombinasjonsoppfinnelser*, hvis særkjenne skal være at kjente elementer er kombinert på en ny måte, så man når større effekt enn summen av enkeltlementenes. Noen egen gruppe oppfinnelser er dette dog ikke. Alle oppfinnelser er i virkeligheten kombinasjonsoppfinnelser, forsåvidt som det alltid er naturens krefter som kombineres og grupperes på en teknisk gunstig måte.

Ved de fleste slags oppfinnelser kan det opstå tvilsomme grenseproblemer, om de fyller de krav som loven stiller. De melder sig både når det gjelder å avgjøre om et anmeldt patentkrav hever sig tilstrekkelig op fra tidens almindelige tekniske innsikt, som er fri for alle, og når det er forholdet til en eldre patentert oppfinnelse det gjelder å ta stilling til. Da det imidlertid blir vesentlig de samme synsmåter som må legges til grunn, foretrekker jeg å behandle spørsmålene i denne siste fasen, i paragrafen om oppfinnelsens gjenstand.

§ 20.

Nyheten.

I. I selve oppfinnelsesbegrepet ligger utvilsomt et visst krav om nyhet; den som bare gjentar hvad andre gjør fore, har ikke rett til det prydelige oppfinnernes navn. Det samme gjelder ved de egentlige åndsverker; den som skriver av andres bøker eller komposisjoner, er ikke dikter eller tonekunstner. Her som ved oppfinnelsene er det nemlig *åndsproduksjon* det spørres om, og den forutsetter at opphavsmannen er *original*, og ikke bare trækker i andres fotefar.

Men når opphavsmannen selv har skapt verket, og ikke stjålet eller lånt det fra andre, kan man ikke nekte at han er en virkelig åndsprodusent, selv om det skulde vise sig at en konkurrent var kommet et hestehode foran, så verket ikke var nytt i objektiv og absolutt forstand. Sitter en ingeniør i Oslo og en i St. Francisco og arbeider

med samme problem, og den ene løser det kl. 11 og den andre kl. 12, er også den siste en sann oppfinner, og ikke bare en åndløs plagiator. Akkurat som man må si at den snekker som med egne hender lager et bord, har skapt og frembragt det, selv om der fins tusen andre snekkere som har laget lignende bord. At saken ligger parallelt an ved oppfinnelsene, går også P. ut fra. I § 3 forutsetter den at en og samme oppfinnelse kan være gjort av flere selvstendige oppfinnere, og i § 1 stiller den kravet til nyhet v e d s i d e n a v kravet til oppfinnelse, og viser ved dette at den ikke holder nyheten for et ueftergivelig element i selve oppfinnelsens begrep.

Men selv om man også ved den materielle produksjon kan reise spørsmålet om forholdet mellom nyhetskravet og den skapende frembringelse, er det bare ved den åndelige det gir anledning til virkelige vanskeligheter. Snekkeren får eiendomsretten til det bordet han har laget, som hans forgjengere har fått retten til sine. Men patentretten rekker forsåvidt lenger enn eiendomsretten, som den ikke bare gir rådighet over den gjenstand som oppfinnelsen har tatt form i, men hindrer andre i å lage lignende gjenstander, og det endog om de har funnet på dem på egen hånd. Når retten er så kraftig, sier det sig nesten selv at det ikke kan være nok at oppfinnelsen er ny i subjektiv forstand, men at den bare bør gis til dem som er nasjonens virkelige lærere, fordi de har åbenbart ting som var ukjent for alle. Eller for å tale med engelskmennene, som gjerne tenker sig patentet som en kontrakt mellom oppfinneren og samfundet: «*It is evident that, if the alleged new manufacture can be shown to have been in the possession of the public before the application for the grant of letters patent, there is no consideration for the grant.*» (T e r r e l l s. 76.)

Både ved oppfinnelser og ved mønstre stiller loven dette o b j e k t i v e n y h e t s k r a v som vilkår for rettsvernet ved siden av den fordring om subjektiv nyhet eller originalitet som selve skapelseskravet rummer. Derimot, som vi har sett, i k k e ved de egentlige åndsverker. Hovedgrunnen til dette er at loven holder denne slags åndsproduksjon for så personlig, at det ikke lett kan hende at to originale åndsverker faller helt sammen. Og skulde det forekomme — det måtte bli i de nedre grenseregioner hvor kravene til skapende originalitet ikke er særlig imponerende — er det ikke absolutt påkrevet å ha skarpe prioritetsregler som gir en enkelt mann enehederdommet over verket. Da får man se å klare sig overfor hverandre som man best kan.

For tanken er det ikke vanskelig å holde det objektive nyhetskrav ut fra det subjektive, som er uløselig knyttet til selve oppfinnelsesbegrepet.¹ Som Terrell sier er spørsmålet «*Is the patentee true and first inventor? entirely separate and distinct from: «Is the invention itself new? In the former case we are dealing with the history of an idea in the mind of a particular man; in the latter with the history of a manufacture.»* (S. 18.) Også karakteren av de to krav er temmelig forskjellig, og det virker igjen tilbake på den praktiske utformning av dem. Det ene er innadvendt og psykologisk — tar sit utgangspunkt i oppfinnelsen som individuell prestasjon. Det annet utadvendt og praktisk, og er et uttrykk for den sociale siden ved oppfinnelsen og dens utøvelse.² Dette forklarer at det objektive nyhetskrav er forskjellig utformet fra land til land, alt efter de forskjellige lovgiveres syn på patentrettens oppgave og virkninger.

II. Her i Norge har nyhetskravet fått uttrykk i P. §§ 1 og 2. I § 1 forlanges det at oppfinnelsen må være ny, for å patenteres, og i § 2 sies det at «en oppfinnelse regnes ikke for ny, hvis den før patentkravets inngivelse har vært således fremstillet eller gjengitt i alment tilgjengelig skrift eller reproduksjon, eller her i riket så åpenbart utøvet, utstillet eller fremvist, at sakkyndige derefter kan bringe den til utførelse».

Det er som man ser i negativ form kravet til nyhet har fått uttrykk: Når de og de forhold er tilstede, regnes oppfinnelsen ikke som ny. Rent formelt skulde det altså være mulighet for at også ting som loven ikke nevner kan berøve oppfinnelsen dens nyhet, og følgelig stenge den ute fra patent. Dette er dog ikke tanken. Mot. P. sier uttrykkelig at regelen «er å anse som uttømmende, og at nyheten

¹ I teorien — særlig i Tyskland — har det vært spekulert adskillig over dette, og den mening som holdes frem i teksten er slett ikke den eneherskende. Således mener Dammé (s. 164) at nyhetskravet ikke kan skilles fra oppfinnelsen, mens Elster (s. 293) ser på saken omtrent som jeg. Jeg lar imidlertid hele denne diskusjon ligge. Det praktisk viktige er nemlig ikke å bestemme hvad som er en oppfinnelse, men hvad som kan patenteres, og her spiller det objektive nyhetskrav ubestridelig inn. Også den svenske Patent. bet. sier (s. 185) at «det är utan praktisk betydelse att hålla nyhetskravet i sär från en ur uppfinningsbegreppet hämtad fordran på originalitet».

² Det er verd å legge merke til at ophavsretten til åndsverker som vi så ikke berøres av dette krav.

altså k u n er å anse som ødelagt når oppfinnelsen er blitt kjent på noen av de i loven særskilt foreskrevne måter». (28). Slik har den også alltid vært forstått i praksis.¹

Sammen med selve ordlyden — «regnes ikke som ny» — og med det nærmere innhold av regelen, gjør den nettop nevnte eiendommelighet det klart, at det er et praktisk og relativt nyhetsbegrep loven opererer med, ikke et absolutt. Anderledes så den gamle patentlov på saken. Den hadde en temmelig absolutt nyhetsregel, efter fransk forbillede, idet den aldri holdt en oppfinnelse for å være ny hvis den før patentsøknaden var blitt «således bekjent at den av andre sakkyndige kan bringes i utøvelse». I tilslutning til tysk rett blev dette endret i 1910, idet man fant at den gamle regelen skjød over målet, både prinsipielt og praktisk: «Om det godtgjøres at den samme oppfinnelse har vært kjent i en fjern fortid, men kanskje igjen er gått i glemme, eller at den har vært bragt i anvendelse et eller annet sted på kloden, uten at den på noen måte er blitt kjent til beste for vår industri, synes disse forhold ikke i og for sig å burde utelukke fra adgang til patentbeskyttelse her i landet, den som gjør oppfinnelsen og bringer den til våre industridrivendes kunnskap.» (Mot. P. s. 28.) Og rent praktisk vil en effektiv gransking av nyheten fra patentmyndighetenes side ikke kunne strekkes så langt som den gamle P. forlangte. Ved å begrense nyhetskravet bragte man dessuten norsk patentrett i samklang med de fleste andre lands, hvor nyhetskravet nesten overalt er beskåret.

Ifølge loven er det to måter en oppfinnelse kan miste nyheten på: 1) Den kan ha vært gjengitt i alment tilgjengelig skrift eller reproduksjon, eller 2) være åbenlyst utøvet her i riket. I begge fall er det dessuten en betingelse, 3) at det er skjedd på en slik måte at sakkyndige derefter kan bringe oppfinnelsen til utførelse.

1) Om skriftet har sett dagens lys i Norge eller annetsteds spiller ingen rolle efter loven, bare det har vært alment tilgjengelig.² Om det har stor eller liten lesekrete, om det er nytt eller gammelt spiller ingen rolle. Det skrevne ord forutsettes altså å ha betydelig

¹ Det samme gjelder om den tyske lov, hvis uttrykksmåte faller sammen med vår, D a m m e s. 165.

² H. R. D. i Rt. 1920 s. 906: Beskrivelse i et offentliggjort amerikansk patentskrift hindret patent hos oss. Jfr. U. f. R. 1925 s. 523. — I England kreves det at skriftet har vært offentlig tilgjengelig innenlands.

notoritet, idet patentstyret i kraft av loven må holde sig à-jour med litteraturen i alle land og til alle tider.¹

«Alment tilgjengelig» er et skrift når det «for almenheten må sies å ha vært adgang til å erholde skriftet ad almindelig omsetnings vei», derimot ikke hvis det bare er «meddelt en krets av bestemte personer» (Mot. P. s. 30.) I praksis har det vært tvil om hvordan forretningskataloger skulde anskues i så måte. Hvis katalogen distribueres i vide kretser, eller sånn at hvem som helst kan få den, er den dog sikkert alment tilgjengelig (Jfr. patentstyrelse avgjørelse i N. I. R. 1933, s. 53). Men er det bare særlige forbindelser som får katalogen, kan saken stå anderledes (Jfr. dansk LRD. i N.I.R. 1935, s. 46).²

Et skrift kan være trykt og det kan være skrevet; og med skrifter er «reproduksjoner» av oppfinnelsen stillet i klasse.³ Reproduksjon er alt som gir kjennskap til oppfinnelsen gjennom en eller annen slags fysisk mangfoldiggjørelse av den, f. eks. fotografi, film, innspilling på gramfon etc. Derimot vil et muntlig foredrag ikke falle inn under begrepet, selv om det er offentlig.⁴

Gjengivelsen pr. skrift må ha vært alment tilgjengelig «før patentkravets inngivelse».⁵ Om det er skjedd med eller mot oppfinnerens vilje, kommer ut på ett. Dette er hårdt overfor den oppfinnelsen er stjålet fra, men stemmer godt med patentinstituttets sociale — eller om man vil «kontraktsmessige» — karakter: Når oppfinnelsen faktisk er tilgjengelig for hvem som helst, har ikke samfundet lenger interesse

¹ Det tør være at loven overvurderer både trykksvertens ekspansjonsevne og patentmyndighetenes argusøine. Den engelske lov nøier sig med å la publisering i de siste 50 år skade nyheten, og den tyske lov i de siste 100.

² I engelsk praksis nevnes gjerne et eiendommelig tilfelle, hvor man ikke antok nyheten forspilt, skjønt den var beskrevet i et fransk verk som i en årrekke hadde befunnet sig i Britisk Museums bibliotek. (Terrell s. 92.)

³ Mot. P. hadde nøiet sig med «alment tilgjengelig skrift», idet den mente at også andre reproduksjoner gikk under ordet. «Til undgåelse av misforståelse» sier loven dette uttrykkelig. Ot. prp. 6 for 1908 s. 8.

⁴ Jfr. for Tysklands vedkommende D a m m e s. 169. Patent. bet. s. 186 vilde la «varje slag av offentliggörande» ha nyhetsskadelig virkning.

⁵ I Tyskland har O s t e r r i e t h hevdet (s. 72) at publiseringen må ha funnet sted dagen før for å skade nyheten, mens D a m m e s (s. 166) mener man må regne med timer og minutter. Når man ikke har hjemmel for noe annet, er vel dette siste det riktige.

av å sikre sig at ophavsmannen publiserer den, og grunnlaget for patentvern er følgelig ikke tilstede.¹

2) Hvad dernest den åpenlyse utøvelse angår, må den — i motsetning til den offentlige beskrivelse — ha funnet sted her i riket. Ved «utøvelse» forstår loven her som ellers alle handlinger som faller innenfor en patenthavers enerett, nemlig å forferdige, innføre, falholde, forhandle eller bruke oppfinnelsens gjenstand», og dertil kommer dessuten utstilling og fremvisning. Har noen av disse tingene funnet sted i Norge, er nyheten forspilt.

Men åpenlyst må det være gjort. Derved utelukker man ifølge Mot. P. «enhver anvendelse av oppfinnelsen, der skjer på en sånn måte at utenforstående eller uvedkommende ikke gis adgang til å erhverve kjennskap til oppfinnelsen» (s. 30). Om altså en maskin eller modellen av den vises frem til en sakkyndig som skal si sin mening om den, er nyheten allikevel i behold. Likeså hvis den utøves på et sted hvor uvedkommende ikke har adgang, og hvis det er forutsetningen at de som steller med den, eller har sin gang der, skal tie stille med hvad de ser. Derimot er det med rette blitt antatt² at nyheten for en særlig slags davider var forspilt, når et skib lå i lengere tid ved Ålesunds kai med davidene udekket, og brukte dem «i den lyse sommernatt» til å heise op dorriene for alt folkets øine.

Hvis eksemplarer av oppfinnelsen har vært offentlig tilsalg, vil det som regel ikke nytte å si at utøvelsen ikke har vært «åpenlys».³ Om ingen eller bare en enkelt kunde har lagt merke til oppfinnelsen, spiller ingen rolle. Ikke bare produktoppfinnelser, men også metode-

¹ Resonnementet er imidlertid nokså kynisk, og meget taler for å se anderledes på saken, slik som engelsk rett gjør. (Patentlovens art. 41 (2).) Den som har stjålet og offentliggjort oppfinnelsen er naturligvis erstatningspliktig overfor oppfinneren, og denne kan derfor forby ham å bruke oppfinnelsen, selv om han hverken har eller kan få patent. Antagelig kan en slik knekt heller ikke påstå patentet kjent ugyldig, om det skulde være gitt på tross av offentliggjørelsen. Således *Pouillet B.* s. 536 for Frankrikes vedkommende.

² BRD. i N. I. R. 1933 s. 43. Dansk LRD. i U. f. R. 1931 s. 1092 anså nyheten for å være i behold, skjønt fabrikken hadde gitt funksjonærer som ikke var beskjeftiget i støperiet og andre personer anledning til kortvarige besøk, mens man eksperimenterte med maskinen, dog uten å forklare den i enkelthetene.

³ Jfr. HRD. i Rt. 1927 s. 198, hvor det dreiet sig om en divan, som på forhånd hadde stått tilsalg på et verksted hvor kundene kom og gikk, og hvor iallfall et eksemplar også hadde vært solgt, og Rt. 1935 s. 482 og 1033.

opfinnelser kan visstnok miste sin nyhet på denne måten, idet den «resept» som oppfinnelsen ligger i er solgt eller holdt tilfals.¹ Også denne nyhetshindringen virker helt objektivt, slik at det ikke hjelper oppfinneren om det er gjennom diskresjonsbrudd eller i likefrem svikaktig hensikt utøvelsen har fått en åpenlys karakter.

3) I alle tilfelle er dog vilkåret for at nyheten skal være tapt, at utøvelsen eller beskrivelsen av oppfinnelsen er skjedd således at sakkyndige derefter kan bringe den til utførelse.²

Oppfinnelsen må altså ha vært fiks og ferdig (D a m m e s. 166). Om der drives åpenlyse eksperimenter og prøver på forhånd, skader ikke dette nyheten hvis oppfinnelsen kommer i stand. Videre må beskrivelsen være så opplysende eller bruken så illustrerende, at en sakkyndig vil kunne sette oppfinnelsen i verk på grunnlag av hvad han har lest og sett, uten å trenge mere spekulasjoner eller eksperimenter. At det faktisk i k k e har vært et sakkyndig publikum som er kommet i berøring med oppfinnelsen, men bare legfolk som ikke har forstått noe av det hele, redder derimot ikke nyheten.

III. Fra disse reglene gjør P. forskjellige undtak.

1. Den ene gjelder til fordel for oppfinnelser som vises frem på offentlige utstillinger. Det er Pariskonvensjonens § 11 som gjør en slik regel nødvendig.³ «Den som på en nasjonal eller internasjonal utstilling her i riket har utstillet en oppfinnelses gjenstand, skal innen 6 måneder fra utstillingens åpning kunne inngi krav om patent på oppfinnelsen, uten at omstendigheter som måtte være tilkommet etterat oppfinnelsens gjenstand var stillet til skue på utstillingen, skal være til hinder for at patentet gis. Under forutsetning av gjensidighet kan kongen slutte overenskomst med fremmede stater, hvorefter lignende forskrift skal kunne gjøres gjeldende for internasjonale utstillinger i disse.» (P. § 46.)

2. Langt viktigere er dog den p r i o r i t e t s r e t t som P. § 45 gir patentsøknader som er sendt inn i fremmed land, hvis kongen

¹ Anderledes D a m m e s. 174—175.

² I lojalitet mot modellen, den tyske lov, har P. også overtatt dennes ukorrekte uttryksmåte. Det er åpenbart ikke meningen at utøvelsen skal være så åpenlys at (selv) sakkyndige kan bringe den til utførelse, men at den må være åpenlys, og slik beskaffen at sakkyndige o. s. v.

³ Mot. P. (67) går ut fra at oppfinneren kan påberope sig bestemmelsen, selv om gjenstanden er stillet ut før den offisielle åpning.

har sluttet overenskomst om dette. Det er denne paragraf vårt medlemskap i Parisunionen hviler på. Vi kommer nærmere tilbake til prioritetsretten, når vi behandler patentrettens internasjonale side.

3. I annet og tredje ledd av § 2 bestemmer P. følgende: «Som alment tilgjengelig skrift i denne lovs forstand regnes ikke patentfremstillinger som utligger til almindelig eftersyn her i riket i henhold til denne lovs § 26, eller i fremmed stat i henhold til en tilsvarende lovforskrift. Under forutsetning av gjensidighet kan kongen fastsette, at de i en fremmed stat embedsmessig utgitte patentfremstillinger først etter en viss tid blir å likestille med alment tilgjengelig skrift i denne lovs forstand.» Denne siste bemyndigelsen har kongen dog ikke gjort bruk av.¹ Men regelen i første punktum om at den ordinære «utleggelse» av patentsøknaden ikke skader nyheten, har praktisk betydning. Først og fremst når søknaden blir avslått av formelle grunner, eller den tas frivillig tilbake uten å føre til patent.² Mot. P. (s. 30) hadde ikke tenkt sig at det var nødvendig å ha en særlig regel om at nyheten isåfall var i behold, idet de mente at et utlagt patentskrift ikke kunde «betegnes som alment tilgjengelig, fordi om det som et ledd i patentbehandlingen er utlagt til eftersyn i spesielt øiemed.» For å avskjære tvil uttalte man dog setningen uttrykkelig, og dette var sikkert også nødvendig, hvis man først vilde ha den. For det kan ikke godt bestrides, at utlagte patentsøknader er «alment tilgjengelige». Men om regelen er rimelig i sig selv er et annet spørsmål. I det svenske lovutkast av 1919 var det således foreslått at en utlagt patentsøknad skulde virke som et annet skrift, hvad nyhethindringen angikk.³

¹ Den er heller ikke synderlig påkrevet ved siden av prioritetsreglene i Pariskonvensjonen. Hensikten med den er ifølge Mot. P. (30) å «yde den heromhandlede betryggelse også etterat den i § 45 omhandlede tidsfrist er utløpet».

² Ellers vil jo regelen om at nyheten bedømmes efter forholdene på innleveringstiden gi tilstrekkelig vern.

³ Den gamle P. gjorde det innhugg i nyhetskravet at offentliggjørelse i trykt skrift ikke skulde være ti hinder for patent før seks måneder var gått. I U. S. A. har man en lignende regel, men fristen er her to år. En sånn regel kan være svært nyttig for oppfinneren, som ofte er nødt til å innvie flere eller ferre i oppfinnelsen på forhånd, bl. a. for å skaffe kapital. Londonkonferansen i 1934 vedtok også et *voeu* i denne retning, og i samsvar med dette bestemmer den nye tyske patentloven (§ 2) at beskrivelse eller bruk i de siste 6 måneder ikke skader nyheten, når oppfinneren krever patent.

IV. Vi fremholdt under I. at P. § 2 i vesentlig grad supplerte og modifiserte det subjektive nyhetskrav som ligger i selve oppfinnelsesbegrepet, forsåvidt som dette, akkurat som åndsverkene, forutsetter en original, nyskapende åndsprestasjon. Den patenterbare oppfinnelse må dessuten være ny i praktisk og social forstand, og loven slår selv fast hvilket materiale oppfinnelsen skal sammenlignes med for å avgjøre om den kan «regnes for» ny. Den omlegning av oppfinnelsebegrepet som herved er foretatt når imidlertid d y p e r e n e d enn man kanskje er opmerksom på ved første blikk.

Som vi forsøkte å gjøre klart i forrige paragraf er det nemlig ikke bare subjektive, men også objektive momenter i en oppfinnelse. Reglene om *Erfindungshöhe*, og om teknisk eller økonomisk «fremskritt», har utvilsomt objektiv karakter. Men disse kravene henger både logisk og praktisk sammen med nyhetskravet, når dette ikke fattes subjektivt, men objektivt, og den rettslige utforming av det siste kravet virker naturlig tilbake på det første. Når P. derfor bestemmer, at man skal holde oppfinnelsen sammen med alt som er offentliggjort i skrift eller utøvet åpenlyst i Norge for å avgjøre om den er ny, må det samme materiale også trekkes inn til belysning av om den betyr et virkelig fremskritt eller har sånn *Erfindungshöhe* som er nødvendig. Ved å bestemme hvad som skal tas i betraktning ved bedømmelsen av nyheten, avgjør loven også hvor man skal hente kjennskap til den «*Stand der Technik*» der er avgjørende i så måte.¹

Det vilde dog ikke være riktig å si at når det gjelder patenterbarheten faller prøvelsen av nyheten og av *Erfindungshöhe* og fremskritt helt sammen.² Tankemessig lar det sig gjøre å holde dem fra hverandre, skjønt det materiale man bruker til sammenligning er det samme. Ganske visst kan man ikke tale om fremskritt når oppfinnelsen ikke er ny, men en teknisk prestasjon kan godt være flunkende ny, uten derfor å representere et slik pluss i teknikk at vilkårene for patent er tilstede.³ I praksis vil dog nyhetskravet regelmessig sluke

¹ Jfr. Rt. 1935 s. 483. En annen ordning vilde heller ikke være mulig.

² Det gjør D a m m e: «*Die Prüfung auf Neuheit, auf Fortschritt und Erfindungshöhe fallen begrifflich in eine Prüfung zusammen.*» (s. 182.)

³ Enda klarere er det naturligvis at den objektive nyhet ikke er nok, hvis anmelderen ikke har gjort oppfinnelsen på egen hånd, så den ikke er ny i subjektiv forstand.

både kravet til fremskritt og til *Erfindungshöhe*, og den nyhetsgransking som patentstyret skal foreta gjør derfor gjerne en undersøkelse av oppfinnelsens andre sider overflødig. Uten overdrivelse kan man derfor si at nyhetsregelen i P. § 2 setter avgjørende preg på patentrettens grunnbegrep, som ikke er oppfinnelsen, men den patenterbare oppfinnelse.

§ 21.

Patentkravet og dets skjebne.

I. De forskjellige patentsystemer. 1. Forat oppfinneren kan nyte godt av det vern patentretten byr ham, må han ha fått et offentlig brev på sin rett, p a t e n t e t. Etter nutidens tankegang er dette ikke en nådessak, men noe oppfinneren har krav på. Ikke desto mindre kommer retten først til når patentet er utstedt, og virkningen av dette er følgelig ikke bare deklarativ, men k o n s t i t u t i v.

Her har vi en viktig forskjell fra ophavsretten til åndsverker. Den kommer jo til verden straks verket er skapt uten at noen offentlig myndighet står fadder. Men dette betyr ingenlunde at oppfinnerens rett er ringere i lovens øine enn forfatterens og kunstnerens. Det er gode praktiske grunner som forklarer forskjellen.

Oppfinnelsen trenger nemlig en konstatering og presisering som andre åndsprodukter kan være foruten. Hvad åndsverket er gir sig regelmessig av sig selv; men hvor langt en oppfinnelse rekker er vanskelig å vite, hvis det ikke er slått fast i en beskrivelse av oppfinnelsen som munner ut i et bestemt patentkrav. Videre bør det offentlig konstateres når vernet inntreer, av hensyn til den nærliggende mulighet for dobbeltoppfinnelser. Industrien har dessuten rimelig krav på å få beskjed om hvilke oppfinnelser den ikke har lov til å bruke, og sist men ikke minst har en offentlig beskrivelse alltid vært vilkår for eneretten, forat folk kan få glede av oppfinnelsen når vernetiden er slutt.

2. Men skjønt man alle dager har vært enig om at et offentlig patentdokument må til, er det stor uenighet om prinsippene for å gi det. To systemer har historisk stått mot hverandre, og gjør det fremdeles, g r a n s k i n g s s y s t e m e t og m e l d i n g s s y s t e m e t.

Granskingsystemet er på en vis det eldste — hvis man da kan

tale om noe virkelig patentsystem i de tider da patentet ikke var en rett, men en nåde som landsherren gav eller nektet som han fant for godt. Men da det nye syn for alvor brøt gjennom i revolusjonstidens Frankrike, og oppfinnerne endog høitidelig blev proklamert som «iere» av sine oppfinnelser, blev enhver tanke om offentlig gransking av patentkravet avvist, og det rene meldingsystem knesatt.¹ Det går ut på at patentet skal gis til den som krever det, uten å prøve annet enn formalia, men også uten garanti — *sans garantie du gouvernement*, som det heter uttrykkelig i franske patenter. Efter fransk mønster blev systemet tatt op i de andre romanske land, i Belgia og Schweiz, og for en tid også i U. S. A. Franskmennene berømmer det fremdeles sterkt² som det adekvate uttrykk for patentrettens karakter, og fordi det er enklere og billigere enn granskingssystemet.

Allikevel er det dette system som har den alt overveiende stemning for sig. I nyere patentlovgivning brøt det avgjørende igjennem i U. S. A.'s lov av 1836. Alt en lov av 1790 hadde her hatt en slags gransking av patentsøknadene; men under inntrykk fra Frankrike gav man tanken op igjen i 1793. Snart gjorde man dog den sørgelige erfaring at rettslivet vrimlet av patenter som slett ikke var gyldige, men som allikevel krevet respekt og gav anledning til masse prosesser. For å rette på dette bestemte man så at patent ikke skulde gis før en offentlig myndighet hadde undersøkt om vilkårene virkelig er tilstede. Amerikas eksempel er senere fulgt av Tyskland, England (i 1902), de nordiske land, Holland, Østerrike, Ungarn, Japan, og i 1934 også av Italia. Granskingsystemet var blitt nødvendig p. g. a. industriens utvikling, heter det i motivene til denne siste loven. Her i Norge hadde det alt under den gamle håndverkslovs herredømme dannet sig en viss granskingspraksis, og det har aldri senere vært tvil om at dette prinsippet måtte vi holde på.

Derimot er det nok et spørsmål om ikke granskingstanken kunde

¹ I den nuværende franske patentlov lyder det slik: «*Les brevets, dont la demande aura été régulièrement formée seront délivrés sans examen préalable, aux risques et périls des demandeurs, et sans garantie, soit de la réalité, soit de la nouveauté ou du mérite de l'invention, soit de la fidélité ou de l'exactitude de la description.*» (§ 11.)

² Granskingsystemet «*paraît heureusement définitivement jugée chez nous,*» sier P o u i l l e t fornøid (B. s. 185). Jfr. også *Plaisant et Fernand-Jacq* s. 21—23.

gjennemføres på en enklere og mere effektiv måte enn nu. En veldig rasjonalisering av patentapparatet vilde det således være om man nådde frem til en internasjonal nyhetsgranskning, istedenfor å overlate hvert eneste lands patentmyndigheter å holde øie med teknikkens utvikling over den ganske klode.¹

3. En annen viktig forskjell mellom patentordningene i de ulike land er om de har lysingsystemet eller ikke. Tanken med dette er at alle patentsøknader skal lyses ut på forhånd, og ligge fremme en viss tid, så de som har innsigelser å gjøre kan få høve til å protestere mot at patent blir gitt.² Lysingstanken kan i og for sig kombineres både med melding- og med granskingsystemet. Historisk dukket den i sin tid op i forbindelse med det første, nemlig i Englands patentlov av 1852. Men det er bare når den virker sammen med granskingsystemet at lysingen får full effektivitet. Det skjedde første gang i den tyske patentlov av 1877, og dens eksempel er blitt fulgt av en rekke land, bl. a. av Norge.

II. I sitt annet hovedavsnitt gir den norske P. en rekke regler om patentkravet og dets avgjørelse:

1. a) Det følger av lovens § 1 at alle som vil ha patent må levere inn et patentkrav til styret for det industrielle rettsvern. Kravet må være skriftlig, og skal ifølge § 18 omfatte og ledsages av:

- «1. Et til styret stilet forlangende hvori meddeles oppfinnelsens gjenstand i to eksemplarer og patentsøkerens navn, stilling og bopel.
2. Fremstilling av oppfinnelsen i to eksemplarer.
3. De til fremstillingens forståelse nødvendige tegninger i to eksemplarer, samt efter omstendighetene også modeller, prøver m. v.
4. Forsåvidt fullmektig er opgitt, en av denne vedtatt fullmakt.
5. Kr. 30 som avgift.»³

Hvis anmelderen ikke selv er oppfinner, krever ikke P. at denne sistes navn blir opgitt forat det kan bli nevnt i patentbrevet. Men

¹ Forslag i denne retning har også vært fremsatt.

² «Aufgebotsystem» kaller tyskerne dette, og i direkte oversettelse taler man undertiden hos oss om «opbudsystemet». Jeg synes lysingsystemet er et bra navn. Den offentlige «utleggelse» har nemlig akkurat samme formål som den lysing der skal gå foran et giftermål, og også tangegangen i tinglysingen står den nær.

³ Nærmere forskrifter om innholdet av patentkrav er gitt ved res. 31 desember 1910.

det har aldri vært noe i veien for at dette blir gjort, jfr. nu § 33, annet ledd, som vi senere kommer til.

Anmeldelsen er en viljeserklæring, og må vel også — i motsetning til det å gjøre oppfinnelsen — kalles for en rettshandel.¹ Å sondre mellom dens privatrettslige og prosessuelle elementer, som man tildels har vært tilbøielig til i Tyskland, (jfr. K i s c h s. 96), er det ingen grunn til.

b) P. § 19 gir den viktige regel at hvert patentkrav kun må omfatte en oppfinnelsesgjenstand. Et tilsvarende påbud finner man gjerne også i fremmed patentrett, og begrunnelsen er at staten ikke vil snytes for patentgebyrer, ved at flere oppfinnelser blir slått sammen i en eneste søknad.

P. av 1885 uttrykte tanken litt anderledes: «Ansøkingen må kun angå en hovedgjenstand.» Denne regelen blev tolket så strengt at man ofte nektet å gi et enkelt patent, selv om dette både teknisk og økonomisk var det rasjonelle. For å gi adgang til å håndheve prinsippet mere liberalt fører derfor vår nuværende P. til, at «forskjellige deler av samme gjenstand kan fordres vernet som særskilt oppfinnelse under et enkelt patent, når de skal tjene samme tekniske formål».² Det er altså ikke nok at de flere oppfinnelser er anbragt på samme fysiske ting. Mot. P. nevner som eksempel at man ikke kan få beskyttet et lokomotivs kjelekonstruksjon, maskineri og understell i et eneste patent, og heller ikke et geværs låsmekanisme og bajonett (s. 55). Men hvis oppfinnelsene henger slik sammen at de hver især bidrar til gjenstandens tekniske effekt, står saken anderledes. Da er tingen en virkelig industriell enhet, og det er nettopp det rasjonelle grunnlag for «den av staten anordnede beskatning av oppfinnerne» (s. 57). At anvendelsen av regelen kan gi anledning til vanskelige grensespørsmål av skjønnsmessig natur er Mot. P. fullt oppmerksom på.

c) Patentkravets beskrivelse av oppfinnelsen «skal være så tydelig og fullstendig at andre sakkyndige efter den kan utføre og bruke oppfinnelsen. Den skal ende med en utvetydig påstand om hvad patentsøkeren holder for sin oppfinnelse og krever patent på

¹ Man kan dog ikke kreve almindelig rettshandelseevne av anmelderen, jfr. neste §.

² Bestemmelsen gav anledning til stor meningsforskjell under lovforberedelsen.

(§ 19, annet ledd).» Begge disse setningene har en central plass i patentretten.

Som så ofte sagt har det alle dager vært et vilkår for patentrett at oppfinnelsen blir beskrevet offentlig, så almenheten kan nyte godt av den når vernetiden er forbi. Skildringen må derfor være lojal, og den må være fullstendig. Mangler noe i så henseende, skal patentkravet vises tilbake. I England er det adgang til å gi inn foreløbige patentbeskrivelser som det ikke stilles så strenge krav til, men som til gjengjeld bare gir foreløbig vern; innen 9 måneder må den endelige beskrivelse leveres, og da blir vernet endelig. Sånne regler er ukjent hos oss. De hensyn de skal tjene blir delvis tilgodesett ved bestemmelsene om endringer og rettelser i patentkravet (nedenfor under d).

Påbudet om at patentkravet skal munne ut i en utvetydig p a t e n t p å s t a n d tar sikte på å fiksere og presisere gjenstanden for den vordende rett — noe som er et hovedformål for hele institusjonen, efter hvad vi ovenfor sa. Formuleringen av påstanden får derfor stor betydning for omfanget av rettsvernet.¹ Det kommer vi nærmere tilbake til i avsnittet om patentenes tolkning.

d) I mange retninger har det betydning når patentkravet er gitt inn. Dette tidspunkt avgjør prioriteten mellom flere selvstendige oppfinnere (P. § 3 II), det bestemmer når nyhetskravet skal stilles og om forbenyttelsesrett (se § 25) er erhvervet, er utgangspunktet for patenttidens beregning, skaffer oppfinnelsen et visst foreløbig rettsvern o. s. v. Alt dette gjør det interessant å vite om oppfinneren kan foreta rettelser og forandringer i søknaden, eller om han må si med Pilatus: Det jeg skrev, det skrev jeg.

Om rettelser sier § 20, at «mangler ved patentkravet ikke skal være til hinder for at dette regnes for å være inngitt ved innleveringen, når de i tide blir rettet». «I tide» betyr ifølge § 24 innen utløpet av den frist som styret skal sette søkeren, hvis det finner formelle eller reelle mangler ved søknaden, slik som den foreligger. Også «endringer og tilføielser» i fremstillingen av oppfinnelsen er det anled-

¹ Derfor er det så viktig at patentsøknaden avfattes klokt og riktig. Ikke må oppfinnelsen beskrives for almindelig, for da kan man risikere at kravet avvises fordi den delvis er kjent, eller ikke kan patenteres i så abstrakt en form. Men også for spesiell beskrivelse kan være skjebnesvanger, fordi ting som naturlig skulde høre inn under patentvernet, da faller utenfor.

ning til å foreta efter P. § 21, og det helt til styret har truffet avgjørelse om utleggelse av kravet. Men «kommer ved rettelse av mangler eller ved endringer det krevde patent til å omfatte noe vesentlig annet enn den opprinnelig fremstillede oppfinnelse, skal patentkravet anses som inngitt den dag da endringen blev meldt» (§ 22).

e) På ethvert trin av patentsakens behandling kan oppfinneren ta kravet tilbake. Gjør han det før søknaden er lagt ut, foretar ikke styret noe i den anledning. Men ellers skal det skje kunngjørelse om det (§ 33, annet ledd).¹

2. Gransking og lysing. Den formelle fremgangsmåten ved gransking av patentsøknaden har vi alt gjort rede for, i paragrafen om styret for det industrielle rettsvern: Patentkravet går først til en av de tekniske medlemmene av første avdeling, «*der Vorprüfer*» eller granskeren. Det er ham som i første hånd skal undersøke om vilkårene for patent er tilstede, og fra ham utgår regelmessig de henstillinger om å rette feil i søknaden som vi foran talte om. Noen avgjørelse i den ene eller annen retning kan granskeren dog ikke treffe. Det er forbeholdt et utvalg av avdelingens medlemmer, deriblandt dens formann eller hans varamann og granskeren selv.²

Det som skal granskes er for det første om de formelle regler om patentsøknaden er iaktatt, slik som §§ 18 og 19 bestemmer dem. Dernest om kravet materielt er i orden, idet det gjelder en oppfinnelse som efter §§ 1 og 2 kan være gjenstand for patent. Her er det naturligvis nyheten som er den praktiske anstøtsten. Teoretisk skulde granskeren i den anledning pløie gjennom hele verdenslitteraturen, foruten at han må søke å holde sig à-jour med all utøvelse av oppfinnelser innenfor Norges grenser. I praksis nøier man sig dog med å undersøke litteraturen i de viktigste kulturland,³ og overlater det så til innsigelsesprosedyren å bringe annet nyhets-skadende stoff for dagen. Hvis patentsøkeren ønsker det, kan han «fordre at spørsmålet om de formelle betingelser for patent undergis særskilt avgjørelse, slik at den videre prøvelse utstår, inntil dette

¹ Den foreløbige beskyttelse som patentsøkeren nød fra anmeldelsen av, anses da naturligvis som ikke innrømmet. (Mot. P. s. 59.)

² § 4 i l. om det industrielle rettsvern. I Tyskland tar «*der Vorprüfer*» ikke del i selve avgjørelsen.

³ På grunn av regelen om første anmelders prioritet, må dog også de hvilende patentsøknader undersøkes.

spørsmål er endelig avgjort» (§ 25). Man vil nemlig ikke at kravsmannen skal føle sig nødt til å bøie sig for første avdelings avgjørelse i så måte, av frykt for at hele søknaden ellers vil falle gjennom.

Noen gransking av om det virkelig er patentsøkeren som har gjort oppfinnelsen og derfor er den som efter P. § 3 har rett til patentet, skal styret derimot ikke innlate sig på. Tvertimot bestemmer annet punktum i § 3 at «den som først inngir patentkrav formodes å være oppfinner inntil annet godtgjøres». Og heller ikke prøves det *ex officio* om retten er gått over til søkeren på lovlig måte, hvis det er overdragelse fra oppfinneren han påberoper sig. I dette siste stykke var den gamle P. anderledes. Da måtte det vedlegges «fornødne bevisligheter for at oppfinnelsen er ham rettelig overdradd fra oppfinneren» (§ 14), om ikke kravet skulde bli avvist. Og i enkelte fremmede land forlanges det også bevist — i U. S. endog gjennom ed — at det virkelig er anmelderen som har gjort den oppfinnelse han krever patent på. Også hos oss må patentstyret naturligvis ta stilling til dette spørsmål, hvis det reises innsigelse mot kravet fra den virkelige oppfinneres side. Men også uten innsigelse må kravet avvises hvis det «fremgår av kjensgjerningene at anmelderen ikke er oppfinner» (Mot. P. s. 39). Overfor en åpenbar og notorisk kjensgjerning, står nemlig lovens «formodning» om farskapet til oppfinnelsen tilbake.

Når man leser P. § 26, kunde man tro det bare var en foreløbig og overfladisk gransking av søknaden styret skulde foreta på dette trin av saken. Overalt hvor det «efter stedfunnen gransking ikke finnes utelukket at patent kan gis», skal kravet nemlig legges ut til eftersyn. Dette er dog ikke meningen. Tvertimot var det tanken å ta uttrykkelig avstand fra den gamle P., som lot patentsøknaden legges ut, når det ikke forelå noen «åpenbar hindring» mot patent. Både av hensyn til publikum og til patentsøkeren fant patentlovkommissjonen dette uheldig. Når man opfordrer publikum til å komme med innsigelser mot kravet, er det en rimelig fordring at styret først har gransket det så godt det kan, «idet publikum ellers i mange tilfelle blir unødig optatt med innsigelser» (Mot. P. s. 61). Og også anmelderen har interesse av å vite på forhånd om det er noe i veien med hans søknad, så han ikke lider skade ved å offentliggjøre en oppfinnelse som allikevel ikke kan føre til patent. Kommisjonen foreslo derfor at kravet ikke måtte legges ut før «patentmyndig-

hetene har underkastet saken fullstendig prøvelse, således at anmeldelsen idet den utlegges gjennom prøvelsen vil ha erholdt den form hvori patentmyndighetene akter å innrømme patentbeskyttelsen» (s. 61). Og i samhøve med dette bør også loven selv forstås.¹

Blir resultatet av granskingen at forutsetningene for patent ikke er tilstede, avvises kravet. I motsatt fall trer lovens lysingsprinsipp i funksjon, idet søknaden med bilag blir lagt frem i styrets kontor til almindelig eftersyn (§ 26). Samtidig med dette utstedes det kunngjørelse om hvad det er skjedd, med opplysning om patentkravets gjenstand, nummer og datum, og om patentsøkerens navn (§ 27). Kravsmannen kan dog forlange utleggingen utsatt i inntil 6 måneder, om han så ønsker (§ 22 i.f.).

3. Innsigelser og avgjørelse. I 2 måneder ligger patentkravet fremme, og i denne tiden «kan der hos styret nedlegges innsigelse mot at der gis patent» (§ 18). Blir ikke det gjort, er det forutsetningen at patent uten videre skal gis, (Mot. P. s. 61), hvis da ikke patentstyret ad andre kilder er kommet under vær med at kravet ikke er i orden. Som nevnt i § 17 skal styret nemlig alltid søke å opplyse saken så godt som mulig, og kan nårsomhelst ta granskingen op påny.

Hvis innsigelse derimot blir reist, kan det ifølge § 28 bare skje på følgende grunnlag:

a) Det kan påstås at «patentkravets gjenstand ikke kan patenteres efter P. §§ 1 og 2» (§ 28 nr. 1). Altså nærmere bestemt at det ikke foreligger noen oppfinnelse, at den ikke er ny, ikke kan tilgodegjøres i industrien, ikke kan utøves fordi den strider mot lov eller ærbarhet, eller har til gjenstand en kjemisk forbindelse eller et lege-, nærings- eller nytelsesmiddel. Skjønt § 28 ikke nevner dette uttrykkelig — slik som § 16 som taler om ugyldigheten av et meddelt patent — kan innsigelsen dog også være støttet på at det alt tidligere er gitt patent på oppfinnelsen, eller på at en nyere patentsøknad har prioritet i kraft av Pariskonvensjonen. Dessuten er det naturligvis ingenting i veien for at man gjør oppmerksom på formelle feil ved søknaden, som styret kan ha oversett eller bedømt galt, f. eks. at patentbeskrivelsen ikke er lojal eller fullstendig, eller at patentet omfatter mere enn en «oppfinningsgjenstand». Herved henleder man

¹ Det skal dog innrømmes at den kunde ha uttrykt sin tanke skarpere.

jo bare styrets oppmerksomhet på ting som det skal passe på av sig selv. — De innsigelser som nu er nevnt kan alle og enhver reise. Forsåvidt er det en slags popularklage man har for sig (Mot. P. s. 53). Nærmere besett er det dog mindre på folkets enn på egne vegne at innsigelser blir satt frem, idet det vil bety en innskrenkning i handlefriheten for hver eneste erhvervsdrivende, om patent skulde komme i stand.

b) Det annet mulige fundament for en innsigelse er at «patentsøkeren ikke efter forskriften i § 3, første ledd har rett til patent, fordi det ikke er ham som har gjort oppfinnelsen. Dette siste, mere interne forhold kan dog ikke hvermann dra frem, men bare «den som selv er oppfinner eller den til hvem hans rett er overgått, eller den som godtgjør at patentsøkeren uten hans samtykke har tatt det vesentlige innhold at sitt patentkrav fra hans fremstilling, tegninger, modeller, redskaper eller innretninger eller fra en av ham brukt fremgangsmåte» (§ 28 nr. 2). Efter den gamle P. kunde også en sånn innsigelse gjøres gjeldende av hvemsomhelst, men patentlovkomisjonen fant med rette at dette gikk for vidt (Mot. P. s. 40).¹

Innsigelser må settes frem skriftlig, og de må inneholde opplysning om hvad de grunnes på. En naken protest mot patentet tas det ikke hensyn til.² Straks innsigelsen er gjort skal patentsøkeren få melding om den, og en passende frist til å uttale sig (§ 29). Deretter avgjør patentstyret saken efter sitt beste skjønn, og efter de prosessregler som er skildret i § 17. Blir resultatet positivt, «lar styret den patenterte oppfinnelse innføre i patentregistret, utsteder offentlig kunngjørelse om at patent er gitt, utferdiger patentbrev for patentinnehaveren og lar patentfremstillingen trykke og offentliggjøre» (§ 33).

For å verne oppfinneren og sikre at ophavsmannen får navnet sitt frem, fikk § 33 følgende tilføielse ved l. 12 juni 1936: «Er det for styret opgitt at oppfinneren er en annen person enn den som har søkt og fått patentet, eller er patentet søkt av oppfinneren i forbindelse med noen annen, blir såvel herunder som i den i § 27 omhandlede kunngjørelse oppfinneren å nevne som sådan, når hans erklæring herom foreligger og hans egenskap av oppfinner er behørig godtgjort.» Regelen kom inn forat Norge skal kunne ratifisere Pariskonvensjonens

¹ Det stemmer heller ikke med almindelig utenlandsk rett.

² § 28, jfr. patentstyrets vedtak i N. I. R. 1933 s. 50.

Londonversjon fra 1934, som sier i art. 4 c at oppfinneren har rett til å bli nevnt i patentbrevet.¹ Da retten imidlertid er nokså hypotetisk bestemt i § 33 annet ledd, får den neppe stor praktisk betydning.

4. Rettsmidler. Alle avgjørelser som patentstyrets første avdeling treffer i saken, kan ankes inn for annen avdeling. Enten av patentsøkeren, som har fått sin søknad avvist² — uten utlegning eller etterpå —, eller av en tredjemann som forgjeves har gjort innsigelse mot patentet.³ Ankefristen er 2 måneder (§ 31).

Når annen avdelings avgjørelse er falt, har patentstyret sagt sitt siste ord, og det blir da spørsmål om man kan anke til domstolene. Som nevnt i paragrafen om styret for det industrielle rettsvern er slik anke utelukket, hvis patent er blitt nektet (P. § 32). Men både den som forgjeves har protestert mot patentet, og den som ingen innsigelse har gjort, har full anledning til å kreve patentet kjent ugyldig ved domstolene, eller eventuelt få det frakjent den som sitter med det. I det romertall som følger skal vi gå litt nærmere inn på dette.

III. Ugyldighet og frakjennelse. 1. Selv om patentet aldri så meget har konstitutiv virkning, betyr dette nemlig ikke at patentretten er endelig og uangripelig. Man skal huske at det ikke bare er oppfinneren og patentstyret som er interessert i patentsøknadens skjebne, men også almenheten og andre patenthavere. Ikke i noe land har man våget å gi patentene endelig og ubetinget rettsvirkning, selv om de granskes på forhånd. Det er derfor ikke så ueffent, når den svenske Patentbet. sier at patentet i sig selv bare gir «en presumtion om tillvaran av en rätt» (s. 425).

¹ Som påpekt av v. *Zweigbergk* i N. I. R. 1935 s. 101 har bestemmelsen større prinsipiell enn praktisk betydning, idet det er første gang at oppfinnerens personlige interesse er nevnt i konvensjonen. Den forplikter derimot ikke unionslandene til alltid å nevne den virkelige oppfinnerens navn i patentbrevet, men bare til å gjøre det hvis det blir begjært, og det ikke er tvist om ophavsforholdet. I London blev det foreslått, bl. a. av de nordiske land, at oppfinneren skulde ha en uavhendelig rett til å se sitt navn nevnt i patentbrevet, men det blev ikke vedtatt. Nærmere om oppfinneræren i § 29.

² Har han gått med på første avdelings endring av patentsøknaden, kan han dog ikke senere erklære anke, N. I. R. 1933 s. 52.

³ Er avgjørelsen anket inn for annen avdeling, må denne ta stilling til saken, selv om den ankende trekker sin innsigelse tilbake. Har først avdelingen fått befatning med søknaden, plikter den nemlig *ex officio* å prøve den. Jfr. avdelingens avgjørelse i N. I. R. 1935 s. 120.

Hos oss er det — som nevnt i § 17 — de almindelige domstoler som både har myndighet til å erklære et meddelt patent ugyldig, og til å ta det fra den som har fått det. Patentlovkommisjonens forslag om å lage en egen ugyldighetsavdeling innenfor patentstyret, vant ikke statsmaktenes bifall. Men for å skape en ensartet, og særlig sakkyndig behandling av patentsakene, er det Oslo byrett som er eneste forum i første instans.¹ Siden patentstyret er interessert i slike saker, bestemmer P. at det alltid skal varsles ved sin chef, så det kan møte i saken (§ 42).

De grunner som leder til at patenter kan bli kjent ugyldige eller tatt fra innehaveren, er helt parallelle med dem som kan føres frem på lysingstadiet, som grunnlag for innsigelser mot patenteringen. Men mens de her fører til samme konklusjon, har de til en viss grad ulike virkninger, når patentet først er gitt: Ligger feilen i at vilkårene for patent overhodet ikke er tilstede, erklæres det ugyldig (a), mens det blir fra kjent innehaveren, hvis det i virkeligheten ikke er ham som skulde hatt det (b).

a) Lovens regel om ugyldighet står i § 16, og svarer til bestemmelsen i § 28 nr. 1, om rett til å gjøre innsigelse på forhånd. Tilsynelatende er § 16 noe fyldigere, men som nevnt på s. 237 må § 28 utfylles med § 16 for å få den rekkevidden den skal ha. Også efter § 16 kan alle som har interesse av det optre med søksmål;² derunder også patentstyret, som jo representerer offentlighetens interesse i potensert form.³ Ugyldighetsgrunnene er — som i § 28 — regnet uttømmende op i lovteksten. Men mens man på innsigelsesstadiet ikke kan nekte folk å gjøre opmerksom på andre mangler — f. eks. at beskrivelsen av oppfinnelsen er mangelfull — er slike feil utelukket som ugyldighetsgrunner.⁴ Derimot sier det sig selv, at hvis det så-

¹ Under inntrykk av at heller ikke alle dommerne i høiesterett er særlig fortrolig med disse saker, har det vært fremkastet en tanke om å danne en egen avdeling for patentsaker innenfor retten.

² Sveriges lov § 18 gir bare påtalerett til den «som anser sin rätt vara genom patentet fornärad».

³ I V. § 9 er dette uttrykkelig sagt.

⁴ I Frankrike og delvis i England er ufullstendig eller misvisende beskrivelse derimot en meget praktisk ugyldighetsgrunn. Tysk rett er i dette stykke som vår. D a m m e (s. 573—577) mener dog at når det ikke engang fremgår av beskrivelsen hvordan opgaven er teknisk løst, må patentet i alle tilfelle være ugyldig, fordi det er umulig å vite hvilken oppfinnelse det er knyttet til. Denne mening har meget for sig.

kalte «patent» er gitt av en underdommer, registerfører e. l. som savner all myndighet til det, er ikke § 16 så uttømmende at denne ugyldighetsgrunnen er avskåret.

I sin bedømmelse av ugyldighetsgrunnene er domstolene suverene, og er ikke på noe punkt bundet av patentstyrets avgjørelse.¹ Men det er ikke bare hensynet til dettes sakkyndighet og autoritet, som må tilsi dem å være forsiktig med å sette et meddelt patent til side. Når det gjelder nyhetskravet og dets forskjellige utløpere, står domstolene nemlig meget uheldigere til enn patentstyret gjorde. Selv dette kan ha vanskelig for å avgjøre om et teknisk fremskritt virkelig fortjener å kalles en oppfinnelse, fordi fremskrittet ofte synes så selvfølgelig når det først er gjort. Historien om Columbi egg går stadig igjen her i verden. Men eftersom tiden og teknikken går videre, blir det vanskeligere og vanskeligere for domstolene å skrue sig tilbake til meldingstidens «*Stand der Technik*», som jo er den oppfinnelsen skal prøves efter.² Hvis patenthaveren og angriperen er enige, kan de kreve spørsmålet om patentets gyldighet avgjort av styrets annen avdeling med endelig virkning (§ 16, annet ledd). Denne voldgifts-adgang er alt som er tilbake av patentlovkommissjonens tanke, om at styrets særlige sakkyndighet burde få gjøre sig gjeldende også i ugyldighetssakene.³

Blir patentet erklært ugyldig, kan det være såvel helt som delvis. Er det f. eks. gitt både på en metode og på en maskin til å bruke den, kan patentet på maskinen godt bli stående, selv om metodepatentet ryker, fordi det ikke var nytt. Men forøvrig er avgjørelsens virkningsradius temmelig forskjellig, eftersom ugyldighetspåstanden blir tatt til følge eller ikke. I første fall har avgjørelsen absolutt virkning. Ikke bare i forhold til saksøkeren er patentet ugyldig, men i forhold til alle. Derfor skal avgjørelsen også straks føres inn i patentregistret og kunngjøres (§ 34). Og det er ikke bare fremover ugyldigheten virker, men også bakover. Patentet

¹ Efter den danske lovs § 24 er det bare nyhetsspørsmålet (lovens § 1, nr. 3) domstolene har herredømme over, mens de derimot er bundet av patentkommissjonens skjønn om at oppfinnelsen ikke savner «al væsentlig Betydning» (§ 1, nr. 1). Jfr. HRD. i N. I. R. 1935 s. 108.

² Alle kyndige patentjurister maner til forsiktighet her. Jfr. Kohler s. 97, D a m m e s. 185 etc.

³ I Å. § 30 er det åpnet en lignende adgang til å bruke det sakkyndige råd som voldgiftsdomstol.

betraktes som om det aldri hadde bestått. En dom på ugyldighet betyr «ett undanrøjdende m. h. t. såväl framtida som förutvarande rättsförhållanden av en dittills gällande presumtion», sier Patentbet. s. 432. Følgelig har heller ikke eldre krenkelses av «patentretten» vært rettsstridige, og kan ikke forfølges for fremtiden. Derimot får ikke domfelte patentgebyrene tilbake; en viss nytte av patentet har han regelmessig hatt. — Hvis dommen derimot ikke tar hensyn til ugyldighetspåstanden, virker den bare mellom partene. En annen saksøker kan derfor nårsomhelst rykke frem med den samme ugyldighetsgrunnen. Den slagne angriper selv må dog regelmessig holde sig i ro, i kraft av reglene om *res judicata*.

Her i Norge kan det reises ugyldighetssak så lenge patentet består.¹ I Tyskland gjelder det derimot, at hvis patentet har vært uanfektet i 5 år forblir det i kraft, selv om det bevises aldri så klart at det beror på en lapsus. Denne grensen trekker man, særlig fordi det blir vanskeligere og vanskeligere å gjøre sig op en riktig mening om gyldighetsspørsmålet eftersom tiden går; men man finner det også rimelig at patenthaveren engang bør være absolutt sikker på å beholde retten i fred. Regelen har dog sine betenkelige sider. Rettsfølelsen har ikke lett for å gå med på, at det i tidens løp kan vokse frem bånd på handlefriheten som det efter loven ikke er rasjonell grunn til, og det er heller ikke tiltalende å åpne adgang til en slags patentrettslig «snikhevd», idet en patenthaver som har mistanke om at ikke alt er i orden, lar være å bruke patentet inntil retten er blitt urokkelig. Av disse grunner har ikke P. tatt op den tyske regel, og selv i Tyskland har man overveiet om man ikke burde modifisere den, f. eks. ikke la ugyldighetsspørsmålet foreldes, hvis ikke patentet har vært utøvet i minst to år.²

2. Mens ugyldighetsregelen i § 16 svarer til § 28 nr. 1, finner man § 28 nr. 2 ord til annet igjen i § 17, som ikke taler om ugyldighet, men om *f r a k j e n n e l s e* av patentet. Det er ikke fordi patentering i og for sig burde ha vært nektet at patentet her kan angripes, men fordi patenthaveren «etter forskriften i § 3 helt eller delvis ikke har rett til patentet», idet det ikke er ham som har gjort oppfinnelsen. Den gamle P. lot også et slikt angrep på patentet føre til ugyldighet,

¹ Ja, selv etterpå, når det f. eks. påstås at det har vært foretatt rettsstridige handlinger mens den angivelige patentrett stod ved lag. Jfr. Patent. bet. 432, D a m m e s. 563.

² Patent. bet. s. 433. Den nye patentloven lar dog regelen stå (§ 37).

og det samme gjør gjerne fremmed rett, f. eks. Tysklands og Sveriges. P. tenker imidlertid som så, at for den virkelige oppfinner er det mindre om å gjøre å knekke patentretten enn å få den overført til sig selv, og den tjenlige innledning til dette er ikke at patentet blir kjent ugyldig, men at det blir frakjent patenthaveren.

Det er — i motsetning til ugyldighetssøksmålet efter § 16, men i samsvar med § 28 nr. 2 — ikke alle og enhver som kan reise søksmål til frakjennelse, men den som selv har gjort oppfinnelsen, eller iallfall har «besittet» den på lovlig måte (§ 17 annet ledd). Trenger saksøkeren gjennom med sitt krav, blir motpartens patentrett kjent uvirksom helt fra begynnelsen av, akkurat som om kjennelsen hadde gått ut på ugyldighet. Men dersom saksøkeren har optrådt på arenaen i kraft av virkelig oppfinnerrett — altså ikke bare har ført klage som besitter av oppfinnelsen — blir patentets uvirksomhet oftest bare midlertidig. Saksøkeren kan nemlig, «når han selv er oppfinner eller når oppfinnerens rett er overgått til ham, fordre patentet overført på sitt navn innen 2 måneder, efterat patentet ved endelig dom er frakjent patenthaveren».¹ Hvis han det gjør, fortsetter patentretten uanfektet, bare at den nu er på oppfinnerens egen hånd. Det er ham som for fremtiden kan påtale patentinngrep — også de som er eldre enn overføringen (Mot. P. s. 54) — og har den eldre patentinnehaber gitt lisenser eller overdradd patentretten, faller disse rettighetene til jorden, formodentlig uten hensyn til at de er erhvervet i god tro.²

Hvis oppfinneren derimot lar være å begjære patentet overført efterat frakjennelsesdom er falt, «antas han å ha gitt avkall på patentet» (Mot. P. s. 41). Da er og blir patentet ugyldig, og «alle til patentet knyttede rettigheter antas å være bortfalt, selv om de befinner sig på tredjemanns hånd». Enten patentretten faller endelig bort ved frakjennelsen, eller blir ført over til en verdigere innehaver, skal patentregistret ha anmerkning om hvad det er skjedd.

¹ Slik rett gir ikke den tyske lov og heller ikke den svenske. I Tyskland antas det dog ifølge Mot. P. s. 41, at den som har patentert en annens oppfinnelse er forpliktet til å overdra ham patentet efter B. G. B. § 249 ff. I samsvar med § 17 bestemmer § 28 siste ledd, at hvis det er på innsigelsesstadiet den virkelige oppfinner optrer, kan han fordre sitt eget patentkrav betraktet som inngitt samtidig med det krav han angriper, hvis han reiser det innen to måneder efterat han har fått melding fra styret om at det første krav er tatt tilbake eller avvist.

² Mot. P. s. 41. Dette er ikke helt rimelig. I Østerrike beskyttes de hvis deres rett har vært anmerket i patentregistret i minst et år.

§ 22.

Patentrettens subjekt.

I. Efter norsk rett er det oppfinneren som har krav på patentet, og som derfor blir subjektet for patentretten. «Retten til patent tilkommer alene oppfinneren eller den til hvem hans rett er overgått,» sier P. § 3. Men patentet erhverves ikke av sig selv, straks oppfinnelsen er gjort. «For opnåelse av patent på en oppfinnelse må der overensstemmende med denne lovs forskrifter inngis patentkrav til styret for det industrielle rettsvern» heter det i slutten av § 1 — en regel som vi utførlig har drevet ved.

Setningen om at det bare er oppfinneren som kan kreve patent er et kjernepunkt i vår patentrett. Som Mot. P. sier (s. 35) gir den uttrykk for at «patentbeskyttelsen må opfattes som et utslag av oppfinnerens rett, og derfor søker sin første grunn i denne». Men også forskriften om at offentlig anmeldelse er et vilkår for patentet henger nøie sammen med rettsgrunnlaget for beskyttelsen. Det er ifølge Mot. P. s. 37 ikke nok å være oppfinner. Den som vil ha patentrett må «dessuten ved å anmelde oppfinnelsen til patent tilfredsstillende det særlige hensyn som samfundet tar sikte på ved å innrømme patentbeskyttelse, nemlig at oppfinnelsen så hurtig som mulig kan bli bragt til almenhetens kjennskap, således at der på den kan bli bygget videre fremskritt til fordel for industrien, og således at oppfinnelsen etter beskyttelsestidens utløp kan bli overlatt til almindelig benyttelse».

Likestillet med oppfinneren er dog «den til hvem hans rett er overgått». Vilåårene for slik overgang skal vi drøfte senere, når vi kommer til den nakne oppfinnerrett, og dens rettsvern (§ 29). At retten ikke er «overgått» til den som stjeler oppfinnelsen er klart, og har fått tydelig uttrykk i lovens regler om at den virkelige oppfinner isåfall kan gjøre innsigelse mot patentkravet, eller ta patentet fra tyven, hvis det urettelig er gitt.

Disse grunnsetningene er nesten alle patentlover enig om. Men helt til iår dannet Tyskland et undtak, iallfall tilsynelatende. Den tyske P. § 3 gav nemlig den som først anmelder oppfinnelsen krav på patentet, og nevnte ikke selve oppfinneren med et ord. De fleste forfattere hevdet ganske visst, at det bare var av formelle

eller prosessuelle grunner at anmelderen var skjøvet i forgrunnen på oppfinnerens bekostning (f. eks. D a m m e s. 255), og nektet bestemt at det skulde være noen prinsipiell motsetning mellom tysk og annen patentrett i den anledning. Ikke desto mindre satte § 3 selve grunnprinsippet i patentretten i et uriktig lys, og gav på mere enn ett punkt anledning til uheldige slutninger og resultater. I mange år har de tyske ingeniører derfor krevet regelen endret, og det er nå gjort i den nye P. av 5 mai 1936. Den nuværende § 3 gir ikke anmelderen, men oppfinneren retten til å kreve patent, og den som utleder sin rett fra ham.

Måten som «opfinningsprinsippet» er gjennomført på, varierer dog en del fra land til land. I U. S. A. hevder man det så energisk, at anmelderen må avlegge ed på at det virkelig er ham som har gjort oppfinnelsen. I England og i Danmark krever man iallfall anmelderens skriftlige uttalelse om hvem oppfinneren er. I andre land er kravene beskjednere, f. eks. i Tyskland og i Norge.¹ «Den som først inngir patentkrav formodes å være oppfinner inntil annet godtgjøres» sier P. § 3. Denne regelen må dog ikke opfattes som noe attentat på oppfinnerprinsippet, men som en praktisk formodningsregel, nærmest av prosessuell natur. Hvordan loven sørger for at oppfinnerens navn blir nevnt, har vi berørt i § 21, og kommer tilbake til det i § 29.

I enkelte fremmede land, f. eks. England, har man ikke bare «opfinningspatenter» men også i n n f ø r i n g s p a t e n t e r, til ære for den som fører andres oppfinnelser inn fra utlandet for første gang. I patentrettens barndom stilte man overalt disse på linje med oppfinnerpatentene. *The statute of Monopolies* taler riktignok bare om «*the true and first inventor*», men dette tolket man trøstig som om det også omfattet importøren, for «*whether learned by travel or by study, it is the same thing*».³ Dette syn på importørens meritter kunde kanskje være riktig dengang, men eftersom farene ved å reise er blitt mindre, og fremmede oppfinnelser tilgjengelige uten å foreta kostelige utferd, har glansen gått av oppfinningsimportøren som nasjonens foregangsmann og lærer. Nesten all moderne rett kvier sig derfor

¹ I Frankrike kommer spørsmålet ikke op, fordi en hvilken som helst anmelder får patent.

² En dom fra 1691, T e r r e l l s. 14.

ved å honorere ham med patentrett.¹ England holder imidlertid fast ved den gamle regel, og trekker som vi så konsekvensene av den når det gjelder å bestemme nyhetskravet. Tildels er vel dette utslag av den kjente engelske konservatisme; men det henger også sammen med det særlig sterke nasjonaløkonomiske drag i engelsk patentrett, som vi også senere kommer til å stifte bekjentskap med.

II. Regelen om at en oppfinner har rett til patent når han gjør krav om det, må dog modifieres på et meget viktig punkt. «Blandt flere oppfinnere som har krevet patent på den samme oppfinnelse, skal den som først har inn gitt krav være fortrinsberettiget til å få patent,» sier annet ledd av § 3. Setningen inneholder i virkeligheten to ting: For det første at det bare kan gis ett patent på samme oppfinnelsen, selv om flere oppfinnere har gjort den uavhengig av hverandre.² For det annet at prioriteten bestemmes etter anmeldelsen, og ikke etter tidspunktet for oppfinnelsen. Er to patentkrav levert inn samme dag, må klokkeslettet avgjøre prioriteten, og dette noteres derfor alltid på søknaden, som får sitt ekspedisjonsnummer derefter.

Bestemmelsen i P. § 3 er en av de viktigste i hele loven, og løser et stort og vanskelig problem, som man ikke har maken til i ophavsretten til åndsverker: Problemet om de såkalte d o b b e l t o p f i n n e l s e r. I ophavsretten kan det ikke godt forekomme at to forfattere eller kunstnere nedkommer med kongruente åndsverker, uten å ha hatt omgang med hverandre. Men oppfinnelsene er såpass neutrale, at her hører dette slett ikke til sjeldenhetene. At knuten må hugges over, og at man ikke kan ruste ut de selvstendige oppfinnere med hvert sitt patent, er en innlysende praktisk nødvendighet, som man er enige om i alle land. Men at vektskålen så ubetinget skal synke til fordel for første anmelder, og ikke for første oppfinner, er ikke like innlysende, og heller ikke like almindelig antatt. I U. S. A. lar man således den første oppfinner gå foran,³ og bestemmer dessuten at han har ubetinget førsterett til patent i 2 år, uten hinder av at oppfinnelsen er blitt kjent i mellemtiden. På samme

¹ Som nevnt i § 18 var spørsmålet om innføringspatentene gjenstand for strid mellom konge og storting i midten av forrige hundreår.

² Dette ligger i ordene «fortrinsberettiget til å få patent», og forutsettes dessuten uttrykkelig i § 16 første ledd. Jfr. også Mot. P. s. 40.

³ I praksis tolkes dog regelen temmelig innskrenkende. Mot. P. s. 36.

standpunkt stod også P. av 1885. Men i likhet med storparten av de andre patentlovene har P. av 1910 gitt det op, og det av både praktiske og prinsipielle grunner: Hvis prioriteten skal avgjøres efter oppfinnelsens datum og ikke efter meldingstiden, blir resultatet ofte usikkert, og denne usikkerhet følger patentet så lenge det lever, fordi den første oppfinner nårsomhelst kan omstøte det. Fra et mere prinsipielt synspunkt blev det fremhevet, at selv om oppfinner nr. 2 ikke er først ute, har dog også han gjort et selvstendig og originalt oppfinnerarbeide, som i og for sig gjør ham verdig til en slik utmerkelse som patentet. Dertil kommer at det er ham som først har gjort oppfinnelsen offentlig, og derfor i særlig grad har innlagt sig fortjeneste av samfundet. Oppfinner nr. 1 har kanskje bevisst foretrukket å nyte fruktene av oppfinnelsen i hemmelighet, og har da ikke vist det sociale sinnelag som patentene sikter på å opmuntre og belønne. Og selv om dette ikke er tilfellet, vilde det ikke være rimelig at han skulde kunne fortrenge den som også er oppfinner og som faktisk først har gått den veien samfundet ønsker han skal gå, nemlig å melde oppfinnelsen til patentering (Mot. P. s. 37).¹ For den senere patent-søker er adgangen til å få patent helt og ugjenkallelig stengt.² Om den uheldige førsteopfinner ikke allikevel har en viss rett over sin oppfinnelse, skal vi senere se.

III. Å gjøre oppfinnelser er ingen rettshandel, likeså litt som å skrive bøker eller lage skulptur.³ Reglene om umyndighet og sinnssykdom, om konkurs og manglende rådighet over fellesboet, har derfor ingenting å gjøre i denne forbindelsen.

Heller ikke når det spørres om retten til å gi inn patentkrav. For selv om anmeldelsen nok er en viljeserklæring, er den nærmest av offentligrettslig art, og faller derfor ikke inn under de vanlige regler om gyldigheten av private viljeserklæringer. En umyndiggjort

¹ Det er derfor ikke nødvendig å se regelen om anmeldelsens prioritetsvirkning som et utslag av prinsippet om at patentretten har sin grunn i offentliggjørelsen, og ikke i oppfinnelsen, eller holde den for en «nödfallsutväg», når man har samme syn på patentretten som jeg. (E b e r s t e i n: Im. rättsskydd s. 47.) Den viser derimot — til overflod — at patentretten også har en samfundsmessig side som setter sitt sterke preg på rettsreglene.

² Oftest vil dette dessuten følge av at nyheten er forspilt, men ikke alltid. Således ikke når søknad nr. 2 kommer før nr. 1 er lagt ut, og så nr. 1's patent av en eller annen grunn faller bort.

³ K o h l e r har som nevnt ved åndsverkene en annen oppfatning.

kan derfor godt melde et patentkrav,¹ og det samme kan mindre-årige og sinnssyke, bare de har rimelig forståelse av hvad det gjelder. Desto sikrere er det at anmeldelsen ikke kan avvises fordi oppfinneren er under konkurs, eller fordi hun er en gift kvinne, hvis mann styrer fellesboet efter loven av 1888².

Det fins noen oppfinnere som er avskåret fra å få patent i kraft av sin stilling. Det gjelder medlemmene av patentstyret, som ifølge § 4 «ikke har adgang til selv eller gjennom andre å opnå patent». Tankegangen er sympatisk, og regelen har utvilsomt adskillig for sig. Det er dog et spørsmål om den ikke går for langt, eller om ikke skyggesidene ved den er større enn dens fortrin. Det mente iallfall den svenske patentlagstiftningskomité, som drøftet spørsmålet meget inngående (s. 218—226).

Utlendinger kan gi inn patentkrav på linje med innlendinger. Dette er en betydningsfull forskjell fra ophavsretten til åndsverker,³ og også fra varemerke- og firmaretten, som gjør det til vilkår for registrering at utlendingen driver virksomhet her i landet. (Derimot faller mønsterretten sammen med patentretten i dette stykke.) Heller ikke stiller P. noe krav om at patentsøkeren skal bo fast i Norge. Men gjør han ikke det, kan han, enten han er nordmann eller utlending, «alene gjøre krav på å få patent og gjøre de av patent flytende rettigheter gjeldende, når han har en her i riket boende, for styret opgitt fullmektig, som skal representere ham i alt patentet vedkommende, og som i borgerlige saker kan stevnes på hans vegne» (§ 13). Denne regelen har også M. og V. maken til. Hører fullmakten op, eller patenthaveren drar utenlands uten å ha sørget for fullmektig, faller ikke selve patentretten bort av denne grunn. Men inngrep i retten kan ikke forfølges, sålenge forholdet ikke er bragt i orden, og heller ikke kan det innrømmes lisenser eller foretas overdragelser med full rettsvirkning.⁴

¹ Jfr. Terrell s. 11, Pouillet B. s. 138. For Tysklands vedkommende er Elster s. 340 av en annen mening.

² Når det gjelder evnen til å rå over patentet, kommer derimot de almindelige formuerettslige regler til anvendelse. Dessuten kan det hende at anmelderen ikke kan disponere over de penger som patentet koster, og da avvises anmeldelsen av denne grunn.

³ Se § 15.

⁴ Den gamle P. lot simpelthen patentet tre ut av kraft hvis det ikke blev innregistrert en ny fullmektig innen en viss frist. Det syntes dog Mot. P. gikk for vidt (s. 52).

Også juridiske personer kan godt sitte inne med patentrett, og for den saks skyld også optre med krav om patent. Om de kan få det utstedt i eget navn, avhenger dels av om de er i stand til å gjøre oppfinnelser på egen hånd, dels av om oppfinneren har en ubetinget rett til å få navnet sitt nevnt i patentet. Disse spørsmålene skal vi senere drøfte. Her skal det bare gjøres oppmerksom på, at da juridiske personer ikke har sånn «fast bopel» i Norge som P. forlanger, kommer kravet om å opgi en personlig fullmektig til å representere patentretten også til å ha gyldighet overfor dem.

Selv om de ikke er forpliktet til det, har naturligvis alle rett til å bruke fullmektig, både overfor patentstyret og overfor almenheten. Det gjør oppfinnerne også nesten alltid, idet de i høieste grad trenger fagkyndig hjelp, teknisk og juridisk. I alle land finner man derfor patentagenter, patentbyråer, eller hvad de nu kaller sig, som har til oppgave å bringe dem slik hjelp. At disse agentene er dyktige og samvittighetsfulle er av stor betydning for patentretten som samfunnsinstitusjon. I enkelte land, f. eks. i Tyskland, autoriseres *Patentanwalle* av det offentlige, som sikrer sig effektiv kontroll både med deres kvalifikasjoner og med måten de driver på. P. har ingen slike regler. Mot. P. fant ikke at det hadde gjort sig gjeldende noe behov i den retning, og mente også at forholdene for tiden var for små for dem hos oss (s. 25).¹

IV. Det hender at en oppfinnelse er blitt til ved samarbeide, akkurat som åndsverker kan skapes på denne måten. Men mens samarbeidet er nokså praktisk ved de egentlige åndsverker, og de fleste ophavsrettslover derfor har egne regler om det, spiller det ikke så stor rolle ved oppfinnelsene, og patentlovene går gjerne forbi spørsmålet. Den norske P. danner ikke noe undtak i så måte. Man får da slå sig frem så godt en kan, og ta de «almene rettsgrunnsetninger» til hjelp.

Når det gjelder samopfinnernes rett til å få patent, kommer vi i sin tid inn på spørsmålet, sammen med fremstillingen av oppfinnerretten i det hele. Her skal bare sies et par ord om sameiet i

¹ Vi mangler plass til å gå inn på forholdet mellom oppfinneren og hans patentagent. I store trekk blir det de almindelige fullmakts- og opdragsregler som må anvendes. I Sverige er det antatt at en oppfinner ikke ubetinget kan anses for å ha fått kunnskap om en annens patent, fordi om det er nedlagt protest overfor hans patentombud. HRD. i N. J. A. 1916 s. 2.

selve patentet, altså når det er tatt i fellesskap for flere oppfinneres regning. I hovedsaken må det her gjelde lignende regler som ved sameie i ting, fordi patentretten, som vi skal se i neste paragraf, har et nesten rent økonomisk anstrøk. Hver av sameierne må derfor ha rett til å avhende sin del i retten, og hver av dem må også kunne slutte kontrakter om den normale utnyttelse av patentet, først og fremst ved lisenser. Utelukkende lisenser, og hel overdragelse av patentretten må de derimot være sams om. Har en av dem betalt patentavgiften for et år, eller hatt andre nødvendige utgifter for å holde retten vedlike, kan han ligne utlegget ut på alle sameierne, hvis da ikke de andre har erklært at de vil gi op patentretten for sitt vedkommende.

V. Også i patentretten støter en på spørsmålet om hvem som skal ha retten til de åndsprodukter som frembringes i a n d r e s t j e n e s t e. Vi har foran drøftet dette forsåvidt åndsverkene angår, og skjønt spørsmålene slett ikke var oplagte, og heller ikke manglet brodd, kunde man allikevel holde diskusjonen i en kjølig og lidenskapsløs tone, fordi det alt i alt ikke ligger så meget socialt sprengstoff i interessemotsetningene. F o r f u n k s j o n æ r o p f i n n e l s e n e s vedkommende er stillingen derimot anderledes. Spørsmålet om retten til disse har i flere land gitt anledning til langvarig kamp, og neppe noen oppgave er så aktuell i moderne patentrett som å komme til en fornuftig ordning av det.¹

1. Når retten til funksjonæropfinnelsen har satt sinnene i så meget sterkere brand enn retten til de ansattes dikterverker eller kunstverker, er grunnen dels at spørsmålet har langt større praktisk betydning, dels at det er meget vanskeligere.

Utviklingen har nemlig ført til at det overveiende antall oppfinnelser i våre dager gjøres av folk som er ansatt i andres tjeneste.

¹ I mitt skrift: «Funksjonæropfinnelsen» har jeg drøftet spørsmålet mere inngående enn jeg her kan gjøre. I «Ejendomsretten» s. 468—475 behandler Vinding Kruse det. Av speciallitteratur kan bl. a. nevnes Engländer: «Die Angestelltenfindung nach geltendem Recht» (1925), Schreiber: «Die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung der Angestelltenfindung» (1930), Heinrich: «Die Angestelltenfindung unter Berücksichtigung der Reformvorschläge» (1931), Reuter: «Die Behandlung der Angestelltenfindung im französischen, italienischen, englischen und amerikanischen Recht» etc. (1932).

Alt for mange år siden mente tyske industrifolk at minst 90 % av alle verdifulle oppfinnelser blev gjort av funksjonærer, mens selv de som regnet lavest innrømmet at de nok var i majoritet. (E n g l ä n d e r s. 43-44.) Senere har oppfinnerarbeidets rasjonalisering og konsentrasjon i industriens laboratorier gått stadig fremover, med det resultat at enkeltopfinneren er blitt trengt enda mere tilbake.¹ Når dertil kommer at oppfinnelsene stadig øker i betydning for den enkelte bedrift og for samfundet, er spørsmålets praktiske dimensjoner risset tilstrekkelig op.

Vanskeligheten i å løse det ligger dels i oppfinnelsenes natur, dels i utnyttelsen av dem: Mens åndsverket er og blir en individuell prestasjon, selv om det er en funksjonær som har skapt det, gjør miljøets — og særlig bedriftens — medarbeiderskap sig kraftigere gjeldende når det er en oppfinnelse funksjonæren har frembragt. Han har ofte brukt bedriftens penger til eksperimenter, og dens erfaringer til å forme sine hypoteser. Ikke en enkelt, men mange funksjonærer er hyppig optatt med å finne en praktisk løsning av et problem som ledelsen har stillet op, og kanskje også pekt på de løsningslinjer det kunde bli tale om. At ophavsforholdet under disse omstendigheter kan stille sig uklart, ligger i dagen.² Hvad utnyttelsen angår, avhenger oppfinnelsens verdi for størstedelen av den patentpolitikk som bedriften finner hensiktsmessig. Kanskje står den sig best på å undertrykke oppfinnelsen, kanskje på å bruke den i liten målestokk, men kanskje også på å legge om hele sin produksjon for dens skyld. Å la oppfinneren få innflytelse på bedriftens politikk forsåvidt er naturligvis en betenkelig sak, selv om det bare er indirekte, gjennom et ubetinget krav på vederlag.

I det enkelte løser spørsmålet sig op i flere forskjellige deler: Hvem skal ha retten til å ta ut patent, oppfinneren eller bedriften? Hvis oppfinneren får retten, må ikke bedriften ha en viss rett til å

¹ «Die fast radikale Verdrängung des Einzelerfinders wird doch erst in den letzten 20 Jahren zum Grundphänomen der technischen Entwicklung,» sier S c h r e i b e r l. c. s. 28.

² De forhold teksten peker på forklarer også at det ofte gjøres oppfinnelser av folk som i virkeligheten ikke er ansatt til det, mens det derimot hører til de store sjeldenheter at en bokholder tegner mønstre eller kunstneriske modeller, eller avisgutten skriver dikt som redaksjonen vil sikre sig, mens han venter på avispakkene i ekspedisjonen.

utnytte oppfinnelsen, enten gjennom overdragelse av patentretten eller på annen måte? Blir løsningen den motsatte, bør ikke oppfinneren ha krav på en særlig godtgjørelse ut over sin vanlige gasje, for den ekstraverdi han skaffer bedriften gjennom sin oppfinnelse? Og oppfinneræren, retten til å nevnes som ophavsmann, hvem er det som har krav på den? Som man ser venner disse spørsmålene ut mot temmelig forskjellige rettsområder. Det er ikke bare patentretten, men også personlighetsretten og kontraktsretten det spørres om; og i siste henseende ikke bare i rent individuell forstand, men problemet har også sin tariffmessige side, som så mange andre i arbeidsretten. For å få oversikt over hvordan funksjonæroppfinners rettsstilling i det hele arter sig, er det nødvendig å ta de forskjellige sider av spørsmålet hver for sig.

2. Utgangspunktet for den patentrettslige bedømmelsen av funksjonæroppfinnerens rettsstilling blir hos oss P. § 3, som sier at retten til patentbeskyttelse alene tilkommer oppfinneren. Noe undtak for det tilfelle at oppfinneren står i en annens tjeneste, har loven ikke gjort; tvertimot tar forarbeidene bestemt avstand fra en slik tanke (jfr. «Funksjonæroppfinnelsen» s. 15). Den patentrettslige siden av vårt problem synes derfor å være klar nok: Det er o p f i n n e r e n som har rett til patentet, om han aldri så meget er ansatt i andres tjeneste.

Ser man nærmere til, er dog denne regel temmelig innholdsløs, nærmest bare «*ein Ausgangspunkt für die nähere Durchführung*» (Heinrich s. 94). Slik som oppfinnerarbeidet arter sig, blir nemlig det neste spørsmål om det også virkelig er funksjonæren som i lovens øine er ophavsmann til oppfinnelsen, eller om det ikke er bedriften der er den egentlige oppfinner i kraft av det aktive og mangeartede medarbeiderskap som vi nettop skildret. I Tyskland har det vært sterk tilbøielighet til å holde de fleste oppfinnelser som gjøres i en bedrift for *bedriftsoppfinnelser*, slik at det blir bedriften og ikke funksjonæren som får patentretten til dem. Men hvad det skal til for at oppfinnelsen skal være en bedriftsoppfinnelse, har det gjort sig svært forskjellige meninger gjeldende om, alt eftersom man tillegger det kollektive miljø eller den enkeltes skapende individualitet størst betydning for resultatet.

Efter de mest ytterliggående industrifolks mening skulde alle oppfinnelser være bedriftsoppfinnelser, som «*ohne die Anregungen, die*

Organisation und die Hilfsmittel des Betriebes nicht zustande gekommen wären (E n g l ä n d e r s. 24). En slik definisjon av bedriftsopfinnelsen vilde løse hele vårt problem på en meget enkelt måte, idet praktisk talt alle oppfinnelser som blir gjort ved en bedrift faller inn under denne kategori. Det er dog ikke tvilsomt at P. ikke godtar den. Likeså litt som en annen oppfinner mister sitt patentkrav fordi om han har høstet lærdom og impulser utenfra, likeså litt mister funksjonæropfinneren retten fordi om impulsene skriver sig fra den bedrift hvor han er ansatt.

Men hermed er det ikke sagt at bedriften aldri kan ha slik del i oppfinnelsen at den etter P.'s almindelige regler må honoreres med patentrett. For det første kan det være at funksjonæren har hatt så aktiv hjelp av ledelsen under utformningen av oppgaven og planleggelsen av løsningen, at oppfinnelsen er resultat av et virkelig s a m a r b e i d e; isåfall vil det dog sjelden være den upersonlige bedrift, men dens personlige leder eller driftsbestyrer som får del i patentet ved siden av funksjonæropfinneren. Men selv bortsett fra slike fall skal man være forsiktig med å tværnekte at det etter norsk patentlov kan forekomme virkelige bedriftsopfinnelser. Det er ganske visst dem som hevder at dette er en fysisk umulighet, siden en kollektiv masse som en bedrift aldri kan prestere den livgivende skapergeist der kreves ved en oppfinnelse.¹ Men ser man nøkternt og fordomsfritt på hvordan oppfinnelser blir til i våre dager, er det vanskelig å holde umuligheten fast. Det er neppe tvilsomt at det også hos oss kan forekomme slike *Betriebserfindungen* som det tyske patentlovutkast av 1929 taler om, hvor oppfinnelsen er «*durch die Erfahrungen, Hilfsmittel, Anregungen oder Vorarbeiten des Betriebs derart beeinflusst, dass sie sich nicht auf bestimmte Personen als Erfinder zurückführen lässt.*» Dels kan det være at medarbeiderne har vært så mange og arbeidet så spredt, at det faktisk ikke lar sig gjøre å peke ut noen enkelt funksjonær som ophavsmann fremfor de andre. Dels — og dette er det viktigste — har ingen enkelt av dem prestert slik individuelt inventivt arbeide som en oppfinner skal, men bare ydet sin rede-

¹ Slik ser man på saken i England og U. S. A. og visstnok også i Sverige. Jfr. også Vinding Kruse s. 471. Etter hvad Bent Carlsen opplyser i årsskrift for «Svenska föreningen for industriellt rättsskydd» 1928 s. 85 anser det danske Patentdirektoriat det dog ikke utelukket å utstede patent til juridiske personer, skjønt oppfinnerens navn skal nevnes efter loven.

lige skjerv til de beregninger, eksperimenter og «konstruksjoner» som oppfinnelsen er resultatet av.

Men er det ikke i slike tilfelle uriktig å tale om en virkelig oppfinnelse? Skulde ikke det avgjørende kriterium på denne nettop være skapergnisten, det inventive, det overraskende, tankespranget? Som vi nevnte da vi drøftet oppfinnelsen, er disse gamle og gode begrepsattributtene imidlertid ikke absolutt enerådende lenger. Moderne patentrett har tydelig tendens til å erstatte eller supplere de tekniske og psykologiske oppfinnelsekriterier med økonomiske og sociale. Nettop i en situasjon som denne er en sånn begrepsekspansjon særlig berettiget, og det er i kraft av den at bedriftsoppfinnelsen ikke helt kan nektes borgerrett hos oss.

3. Tyngdepunktet i rettsreglene om funksjonæroppfinnelsen ligger dog ikke på det patentrettslige, men på det kontraktrettslige område. Etter loven er nemlig patentretten fritt overdragelig, og adgangen til å regulere rettsforholdet kontraktsmessig blir som rimelig kan være flittig brukt. For bedriften er det ofte en livsbe- tingelse å erverve patentrett til de oppfinnelser som dens funksjonærer gjør, eller iallfall få adgang til å bruke dem. Funksjonæren på sin side vil regelmessig finne det rimelig og fordelaktig å la sin egen bedrift få førsteretten til å utnytte hvad han har funnet op. Og det er ikke bare gjennom særkontrakter om den enkelte oppfinnelse at patentretten kan gå over, men selve ansettelseskontrakten vil ofte regulere forholdet, idet den enten har uttrykkelige regler om funksjonæroppfinnelsen eller ordner saken «stilltiende» som man gjerne sier.

Hvad først de uttrykkelige oppfinnerklausuler angår, finnes de i store mengder i ingeniørkontraktene, både her i Norge og utenlands. I eldre tid hadde de ofte omtrent følgende form: «Alle oppfinnelser som N. N. måtte gjøre i den tid han er ansatt i firmaet, blir helt og holdent firmaets eiendom, likegyldig om oppfinnelsen faller innenfor firmaets forretningsområde eller ikke.» Så drakoniske er de dog sjelden nu for tiden. Enten nøier de sig med å gi bedriften rett til å bruke oppfinnelsen, eller de bestemmer at oppfinneren iallfall skal ha krav på et særlig vederlag, hvis størrelse dog bedriften oftest forbeholder sig å bestemme selv.

Når man betenker hvordan ansettelseskontrakten gjerne kommer i stand, og at det dreier sig om fremtidsperspektiver som funksjonæren ikke vet blir virkelighet, tør det sikkert sies at oppfinnerklausulene ikke

alltid blir til på grunnlag av sånn tosidig og likevektig vurdering av kontraktsvilkårene, som loven helst tenker sig. Det blir derfor et viktig spørsmål for funksjonæropfinneren, om han alltid og betingelsesløst er bundet av dem. Da vi ikke har noen særlig regel om saken, må man falle tilbake på de vanlige ugyldighetsregler, og det vil her si — når vi foreløbig ser bort fra spørsmålet om oppfinneræren — at det blir utbytningsregelen i avtalel. § 31, eventuelt supplert av sømmelighetsregelen i § 33 som funksjonæren i tilfelle må påberope sig.¹ Men det skal forferdelig meget til før disse reglene kan hjelpe ham. Det er jo en nokså massiv fordømmelsesdom utbytningsregelen inneholder, og når man betenker at det alltid er uvisst om oppfinnelser blir gjort, og at hele kontraktens innhold må trekkes inn ved bedømmelsen av oppfinnerklausulens anstøtelighet, blir det sikkert et meget sjelden undtak at avtalel. § 31 kommer til anvendelse. I denne bestemmelsen er det derfor liten hjelp å finne for de funksjonærer som har skrevet under urimelige oppfinnerklausuler.²

Men selv om det ikke står noen uttrykkelig oppfinnerklausul i kontrakten, kan det godt ligge i selve arbeidsforholdet at funksjonærenes oppfinnelser blir bedriftens eiendom, eller at den iallfall ikke er helt uten rett over dem. Det er en kjent sak at en dommer gjennom tolkning og utfylling av kontraktsordene kan gi en avtale større innhold og rekkevidde enn selve ordlyden tilsier. Og nettop ved arbeidskontrakten fins det efter manges mening en sikker utfyllende regel som må føre til at alle de oppfinnelser funk-

¹ Trustl. § 13 blir det ikke direkte plass for, siden det gjelder «arbeide i andres tjeneste».

² Jeg er derfor ikke enig med *Vinding Kruse*, når han finner at man kan «yde de ansatte Opfindere fuld Retfærdighed», når bare domstolene anvender avtalel. § 31 på riktig måte (s. 475). At alle avtaler om at oppfinnerens særlige godtgjørelse skal bestemmes endelig av bedriften skulde rammes av § 31 uten hensyn til de andre reglene i kontrakten, kan man spesielt ikke anta. Såvidt jeg ser kan en så langtrekkende setning heller ikke støttes på HRD. i U. f. R. 1924 s. 517, skjønt dommen både er interessant og betydningsfull: En ingeniør som gjorde en revolusjonerende oppfinnelse, hadde efter kontrakten rett til et særlig honorar som skulde fastsettes endelig av bedriften, «under hensyn til den betydning oppfinnelsen måtte ha for selskapet». I henhold hertil blev godtgjørelsen satt til 5000 kr., men HR. høinet den til 45 000 kr. Efter hvad det var oplyst fant man nemlig ikke at selskapet hadde tatt de hensyn til oppfinnelsens betydning for bedriften som det efter kontrakten pliktet, og da måtte det bli domstolens sak å fikser det kontraktsmessige honorar.

sjonæren gjør i arbeidstiden blir bedriftens, akkurat som det ikke kan betviles at fabrikken får eiendomsretten til de sko som arbeideren lager mens han står der.¹ Denne parallellen er dog ikke holdbar. Retten til oppfinnelser kan ikke sammenlignes med eiendomsretten til sko, og til det lær skoene er laget av. Oppfinnelsen beror på et kvalifisert åndelig arbeide, og retten til patent er en særlig belønning som er knyttet til oppfinnerens person, på en ganske annen måte enn skofabrikantens rett til læret og skoene. Derfor går det ikke an å føre reglene om retten til fysiske arbeidsresultater over til rent åndelige verdier, sånne som oppfinnelsen.

På den annen side vilde det være like uriktig å frakjenne arbeidsavtalen all betydning for rettsforholdet. Når oppfinneren således just er ansatt for å gjøre oppfinnelser og har særlig betaling for dette, er det klart at han ikke kan beholde gasjen, og samtidig forlange å ha oppfinnelsen for sig selv. På den annen side er det like klart, at hvis en funksjonær på fyrabend gjør en oppfinnelse som ikke har noe med tjenesteforholdet å gjøre — en ingeniør i en kjemisk fabrikk finner op en ny bremseinretning for biler — er oppfinnelsen helt og ubeskåret hans, selv om han om formiddagen er forpliktet til å stelle med kjemikalier.² Men mellom disse to ytterpunktene ligger vanskelighetene, og her kreves det både «takt og tone» av dommeren, for å avgjøre om det er bedriften eller oppfinneren som etter kontraktsforholdets natur skal ha retten til oppfinnelsen. Det lar sig ikke gjøre å regne uttømmende op hvilke momenter som her får betydning, men noen av de viktigste er disse: Om oppfinnelsen faller innenfor eller utenfor den virksomhet som fabrikken driver. Om oppfinneren har brukt de kunnskaper, impulser og idéer som arbeidet i bedriften har gitt ham, eller har fått økonomisk støtte av fabrikken for å arbeide med oppfinnelsen. Funksjonærens ansettelsesvilkår og hele stilling i bedriften: Det er ikke likegyldig om det er som arbeider, formann, kontorist, disponent eller ingeniør at oppfinneren er ansatt, og heller ikke hvilken betaling han har for sitt arbeide. I samme grad som betalingen synker, og oppfinnelsen

¹ Således for Tysklands vedkommende D a m m e s. 267. Jfr. K a s k e i: «Arbeitsrechts» (1925) s. 75.

² I Tyskland taler man om *freie Erfindungen* i slike fall, i motsetning til *Betriebserfindungen* som vi foran har nevnt, og til *Diensterfindungen*, som på en eller annen vis har tilknytning til tjenesten.

fjerner sig fra funksjonærens naturlige arbeidsområde, daler sannsynligheten for at bedriften kan legge hånd på oppfinnelsen i kraft av ansettelseskontrakten.

På grunnlag av alt dette får da dommeren gjøre sig op et skjønn om hvilken innflytelse kontraktsforholdet skal ha for retten til oppfinnelsen.¹ I så henseende bør han ikke være bundet til å velge mellom de to ytterliggående alternativer, enten å la oppfinneren beholde retten ubeskåret, eller gi bedriften patentretten med hud og hår. I Tyskland har domstolene ganske visst sett saken på denne måten, og ment at de f. eks. ikke kunde gi oppfinneren rett til et ekstra vederlag for oppfinnelsen når kontrakten ikke har uttrykkelig bestemmelse om det. (E n g l ä n d e r s. 35.) Men her i Norge er domstolenes kontraktsutfylling smidigere enn som så. De fleste av de typiske løsningsmuligheter som erfaring viser at ansettelseskontraktene pleier å velge mellom, må også dommeren ha rett til å ta i betraktning for å kunne avsi en salomonisk dom. Jeg anser det derfor ikke utelukket at dommen kan tilkjenne bedriften patentretten mot å betale oppfinneren et ekstra vederlag, eller at fabrikken får rett til å bruke oppfinnelsen på lisensvilkår, om funksjonæren tilkjennes patentretten. Men da alle sånne avgjørelser er forbundet med betydelig usikkerhet, er det høist forklarlig at bedriftene søker å undgå dem ved å få uttrykkelige oppfinnerklausuler inn i kontraktene, sålenge man ikke har lov eller fast sedvane å støtte sig til.

Hvis det efter det foranstående er bedriften som har rett til patentet, på hvilken måte erhverver den retten, o r i g i n æ r t eller d e r i v a t i v t? Dette spørsmålet har vært gjenstand for vidløftige deliberasjoner, særlig i tysk teori. Den herskende mening er at oppfinnerretten alltid opstår på oppfinnerens egen hånd, og at bedriften må nøie sig med å få den overdradd. Fra industrihold er det imidlertid innvendt at man ikke er tjent med dette, men at det er praktisk nødvendig å la patentretten opstå umiddelbart og originært for bedriften. Og for å komme til dette resultat har man grepet til forskjellige «konstruksjoner». K o h l e r hevder således at oppfinnelsen er en rettshandel som funksjonæren foretar som fullmektig for bedriften, I s a y, som grunner hele patentretten på den faktiske besittelse av oppfinnelsen, kaller oppfinneren for bedriftens «*Besitzdiener*», K i s c h mener at bedriften har originær rett til oppfinnelsen i kraft av det almindelige prinsipp om «*juristische Zurechnung der Folgen*

¹ Se en dom i N. I. R. 1936 s. 123.

fremder Tat» o. s. v. For Norges del er det naturlig å si, at når bedriften uttrykkelig eller stilltiende sikrer sig den rett som ifølge P. § 3 «a l e n e tilkommer oppfinneren», blir det et derivativt erhverv som finner sted. Imidlertid er det klart at oppfinnerklausulen må forstås slik at den fyller sin praktiske hensikt best mulig. Og hvis bedriften av en eller annen grunn har interesse av å ordne sig så retten oppstår direkte for fabrikken, er det naturlig å tolke kontrakten i denne retning så langt partene er rådig over forholdet. Hvis man det gjør, tror jeg hele stridsspørsmålet har liten betydning.

Et særlig spørsmål er det om også o p f i n n e r æ r e n, d. v. s. retten til å stå som ophavsmann til oppfinnelsen og til å få sitt navn nevnt i patentbrevet, kan være gjenstand for overdragelse og gå over til bedriften. Det vilde imidlertid være å foregripe fremstillingen, om dette spørsmålet blev drøftet alt nu. Det ser nemlig likedan ut når det er en selvstendig oppfinner som vil selge sin førstefødselsrett for en rett linser. Om dette lar sig gjøre avhenger dels av hvordan P. stiller sig til den ideelle siden av patentretten, dels også av om den almindelige personlighetsrett står i veien for denslags sjelelige amputasjoner. Vi venter derfor med funksjonærens oppfinnerære til siden.

4. Den kontraktmessige siden ved funksjonæroppfinnelsen er imidlertid ikke uttømt ved skildringen av de individuelle arbeidsavtaler og deres betydning. I ganske særlig grad hører spørsmålet til dem som egner sig for t a r i f f m e s s i g r e g u l e r i n g, efter forhandling mellem interesserte organisasjoner på begge sider, idet det på denne måten er større chance for å nå frem til rimelige bestemmelser enn når den enkelte funksjonær slutter avtale med bedriften. Ikke minst i Tyskland har denne måten å løse saken på praktisk betydning. Store deler av de gjeldende regler om funksjonæroppfinnelsen er i virkeligheten tariffestet rett. (H e i n r i c h s. 26.)¹ Også her i Norge har man tilløp til ordninger av denne art. Men mere enn tilløp er det ikke blitt til. (Se «Funksjonæroppfinnelsen» § 4.)

5. Som jeg begynte med å si, har problemet om funksjonæroppfinnelsen vært livlig debattert i de senere år. Ganske særlig har det stått bitter strid om det i Tyskland. En av grunnene til dette var at

¹ Blandt de mest kjente tariffes er «*Der Reichstarifvertrag für die akademisch gebildeten Angestellten der chemischen Industrie*» av 27 april 1920, og tariffavtalen av 20 oktober 1928 «*zwischen dem Reichsverband der deutschen Industrie und dem Bund angestellter Akademiker technisch-naturwissenschaftlicher Berufe*».

den tyske patentlovgivning helt til iår knyttet patentretten til anmeldelsen og ikke til oppfinnelsen, og dette gav bedriftene anledning til å strekke bedriftsopfinnelsenes begrep ut over alle rimelige grenser. Det første krav fra funksjonæropfinnernes side var derfor stadig å få § 3 i patentloven forandret. Men også i de land som i likhet med P. gir oppfinneren retten til patentet, har funksjonæropfinnerne gjennomgående vært nokså misnøid, særlig fordi bedriftene så lett har kunnet gjøre de patentrettslige bestemmelsene illusoriske ved oppfinnerklausulers hjelp. Gjennom kollektive avtaler, eller ved å appellere til tvingende lovregler, har funksjonærene de fleste steder søkt å komme ut av en situasjon som de ikke syntes var rettferdig.

Så viktig som det er at samarbeidet mellom funksjonærene og industrien er godt og tillitsfullt, er det klart at det var ikke så lite av et sosialt problem å bringe denne utilfredshet ut av verden. Derfor er det gledelig at det i de senere år er skjedd en betydelig avspenning i konfliktsituasjonen, som lover godt for fremtiden. Helt har industrien og oppfinnerne ganske visst ikke falt hverandre om halsen — det var heller ikke ventelig, i betraktning av at de vurderer det kollektive og individuelle innslag i oppfinnelsene så forskjellig, alt etter sine utgangspunkter. Men man er allikevel på ganske god vei til å bli enige om de hovedlinjer som funksjonæropfinnelsens problem bør løses etter:¹ For det første må alle forsøk fra bedriftenes side på å ta oppfinneræren fra funksjonærene fordømmes. Dernest erkjennes det gjerne at de eldre tyske forsøk på å regne nesten alle funksjonærenes oppfinnelser for «bedriftsopfinnelser» var uberettiget, og berodde på en underkjennelse av funksjonærens innsats.² Gjennomgående er ledende industrifolk heller ikke imot at oppfinneren får særlig økonomisk godtgjørelse for hvad han presterer, men fremhever bare hvor vanske-

¹ Med temmelig stor enstemmighet har da også en rekke konferanser, ikke bare av ingeniører, men også av jurister og forretningsdrivende, uttalt sig i retning av at funksjonæropfinnerens rettsvilkår måtte bedres. Et offisielt uttrykk fikk denne tankegang på Londonkonferansen i 1934, hvor det blev vedtatt et *voeu* om at fremtidige nasjonale reformer på dette område «*s'inspirent de l'idée de la protection des intérêts des inventeurs*». P. i. 1934 s. 108. Holland hadde endog foreslått å ta inn i konvensjonen at en funksjonær hvis oppfinnelse patenteres for bedriften, skal ha en uavhengelig rett til rimelig erstatning, men det gikk ikke gjennom. N. I. R. 1935 s. 105.

² Den nye loven av 5 mai 1936 tar bestemt avstand fra alt som heter bedriftsopfinnelser, og nevner dem overhodet ikke. Se K l a u e r i N. I. R. 1936 s. 9.

lig det er å fikser den på en måte som er rettfærdig, og som ikke legger urimelige bånd på bedriftens patentpolitikk. På sin side er heller ikke funksjonæropfinnerne lenger så ytterliggående i sine krav. De innrømmer at også bedriften gjerne har andel i oppfinnelsen, og at det er berettiget at den på en eller annen måte får høve til å benytte den. Om dette skal skje ved at patentretten blir bedriftens, eller gjennom et eller annet slags lisenssystem avhenger dog av forholdene.

Når disse synsmåtene skal settes om i praksis, er det særlig to veier å gå: tariffavtalenes og den tvingende lovgivnings.¹ For ganske visst vil også en forstandig enkeltbedrift være interessert i å ordne forholdet til funksjonæropfinnerne på en rimelig måte, så arbeidsleden øker og oppfinnerånden ansføres; men man kan ikke stole på at alle funksjonærkontrakter blir skrevet av folk som har dette sunde og overlegne syn på hvad det i det lange løp gagnar også bedriftene mest. Og hvad tariffavtalene angår, krever de en rekke rettslige og sociale forutsetninger som ikke lar sig trylle frem i en-to-tre. I nesten alle land har arbeidet på å bedre funksjonæropfinnernes kår derfor munnet ut i krav om tvingende lovbestemmelser, og disse har man da også fått temmelig mange av i løpet av de senere år.

Særlig oppmerksomhet har de østerrikske bestemmelsene om funksjonæropfinnelser vakt. Alt patentloven av 11 januar 1897 gav tvingende regler til de ansattes gunst, men i praksis fant man dem ikke tilstrekkelige. Gjennem en tilleggslov av 30 september 1925 blev de ytterligere bygget ut. Loven slår først fast at alle funksjonærer har rett til å få patent på sine oppfinnelser, medmindre de ved avtaler har gitt avkall på den. Slik avtale kan dog bare inngås for virkelige *Diensterfindungen* (som loven nærmere definerer), krever skriftlig form, og forutsetter dessuten at oppfinneren får «*eine angemessene, besondere Vergütung*». Enhver oppfinner har dessuten krav på å nevnes i patentet, og denne retten kan han ikke fraskrive sig. Beslektede regler har den japanske, hollandske, tsjekkiske og jugoslaviske patentlovgivning, den nye italienske loven av 13 september 1934, og det foreliggende franske forslag til patentlov. Ifølge Italias lov skal oppfinnelsen tilhøre bedriften hvis funksjonæren er uttrykkelig ansatt til å gjøre oppfinnelser og har særskilt godtgjørelse for det, men funksjonæren skal anerkjennes som dens ophavsmann. Hvis ingen særlig

¹ Om reglene i tilfelle skal stå i patentloven eller i en eventuell lov om arbeidskontrakten har naturligvis mindre å si.

opfinneravtale er truffet, men oppfinnelsen er hvad tyskeren kaller en *Diensterfindung*, tilfaller den fremdeles bedriften, men funksjonæren har krav på en rimelig godtgjørelse som står i forhold til oppfinnelsens betydning, og fastsettes ved voldgift hvis partene ikke blir enige. Selv om oppfinnelsen ikke er av denne art, har bedriften allikevel rett til å bruke den mot godtgjørelse, eller til å kjøpe patentretten, hvis oppfinnelsen ligger innenfor bedriftens virkefelt. Tankegangen faller som man ser i tråd med Østerrikes lov, skjønt enkelthetene er forskjellige.

Dersom det ikke lar sig gjøre å ordne reglene om funksjonær-oppfinnelsen gjennom kollektive avtaler som alle parter er tilfreds med, synes jeg man også her i Norge burde ta spørsmålet op i lovgivningen.¹

§ 23.

Hvad består patentretten i ?

I. Alle rettigheter får i siste hånd sitt innhold bestemt av rettsobjektets evne til å tilfredsstillе menneskelige behov. Som foran nevnt er det en avgjørende forskjell mellem oppfinnelsene og åndsverkene i så måte. De første tjener **p r a k t i s k e b e h o v**, skal hjelpe menneskene i teknikkens og konkurransens verden, mens åndsverkene skal være til **å n d e l i g b e r i k e l s e**, og nytes i og med tilegnelsen av deres tanke- eller skjønnhetsinnhold. Mens derfor ophavsretten til åndsverker går ut på å meddele åndsverkene til andre, kommer den **p r a k t i s k e u t n y t t e l s e a v o p p f i n n e l s e n** til å stille sig som den adekvate form for patentretten. Noen helt almindelig diffus «rådighet» over rettsobjektet gir den ene likeså litt som den andre.

Innenfor de rammer som sakens natur trekker, har både ophavs-

¹ Det måtte i tilfelle skje i sammenheng med andre sider av arbeidsavtalen, som også kunde trenge å efterses. Retten til funksjonær-oppfinnelser er nemlig bare en enkelt side ved problemet om de ansattes åndsprestasjoner i det hele. Og dette henger igjen sammen med det tilsvarende problem på arbeidsgiversiden: Hvordan bedriftene skal sikres mot at de åndelige verdier som de på sin side skjenker funksjonæren gjennom kunnskap, opplæring og bedriftshemmeligheter blir misbrukt av denne på en utilbørlig måte. Jfr. mitt skrift om «Bedriftshemmeligheters rettsbeskyttelse» s. 37.

retten til åndsverker og patentretten alltid holdt sig, helt fra de første spirer til lovgivning og bakover i privilegietiden. Men det er en interessant forskjell mellem deres utvikling: Ophavsretten begynte i det små, med en enkelt slags offentliggjørelsesform, og vidde sig så ut skritt for skritt i et brusende crescendo, inntil den nådde det innhold den har idag. Patentretten derimot tok i grunnen sitt naturlige område i besittelse med en gang. Det var «*the sole working or making of any manner of new manufacture*» som *Statute of Monopolies* tillot kongen å gi oppfinneren rett til, og dette er i hovedsaken innholdet av patentretten den dag idag, idet dog eneretten til salg og import snart kom til.

Dette forklarer at problemet om retten skal formes som en almindelig rådgighetsrett eller som en serie av positive enkeltbeføielser, ikke har hatt den betydning i patentretten som ved åndsverkene. Her er det et kjernepunkt, fordi ophavsretten alltid vil være handicapped overfor nye tekniske offentliggjørelsesmidler, hvis den ikke har almindelig form. Heller ikke i patentretten er det uten betydning om loven følger den ene eller den annen vei. Velger man å regne op de enkelte beføielser, risikerer man nok å glemme detaljer som naturlig hører inn under retten, men risikoen for dette er nokså moderat, så fast en tradisjon som patentretten nu har. Og faren for å distanseres av utviklingen er også mindre enn i ophavsretten, fordi denne siste er knyttet til begrepet «offentliggjørelse», som stadig er i bevegelse p. gr. a. tekniske fremskritt.¹

Ser vi oss om i de positive patentlover, viser det sig at de nesten alle sammen regner op en rekke særlige beføielser som rettighets-haveren skal ha eneretten til.² Og selv land som Frankrike, som tilsynelatende former retten helt alment — oppfinneren har «*le droit*

¹ Skjønt jeg i prinsippet er enig med Eberstein i (Im. rätt s. 60 ff.) at også patentretten burde ha en almindelig form, legger jeg ikke avgjørende vekt på spørsmålet. Før P. av 1885 var retten almindelig hos oss, idet det var en stående formel i patentbrevene at innehaveren «med andres utelukkelse, selv eller gjennom andre, overalt innen riket kan utøve oppfinnelsen eller overdra sin rettighet til andre.» Denne beskrivelsen av retten fant den gamle patentlovkomisjon dog «altfor almindelig og ubestemt». Og det var nettop for å sikre oppfinneren en mere effektiv beskyttelse at man «som en første betingelse» skred til en «klar og bestemt angivelse av selve patentrettens innhold» (s. 47).

² Dette fjerner naturligvis patentretten enda sterkere fra eiendomsretten enn ophavsretten til åndsverker.

exclusif d'exploiter à son profit ladite découverte ou invention» (art. 1)¹ — gjør ikke alvor av dette når det kommer til stykket; når loven nemlig skal forklare hvilke handlinger som er angrep på patentretten, er det metoden med spesialopregning den slår inn på (art. 40). De lovene som holder sig til denne over hele linjen, ligner hverandre svært i hovedsaken, skjønt enkelthetene nok kan variere. Her i Norge har patentretten fått sitt innhold bestemt i P. § 5 som lyder: «Patent medfører den virkning at ingen uten patenthaverens samtykke i nærings- eller driftsøiemed må utøve oppfinnelsen ved å forferdige, innføre, falholde, forhandle eller bruke oppfinnelsens gjenstand. Er patent meddelt på en fremgangsmåte, strekker patentets virkning sig også til de gjennom denne fremstillede produkter.»

II. Om denne defineringen av patentretten ikke gir noen almindelig beskrivelse av rådigheten, inneholder den til gjengjeld en almindelig begrensning av den: Det er bare når oppfinnelsen brukes av andre i nærings- eller driftsøiemed, at patenthaveren kan gripe inn.² På tilsvarende måte er retten begrenset i de andre nordiske land, i Tyskland og også de fleste andre steder.³

Fra åndsverkernes verden husker man kanskje at også ophavsretten til dem var begrenset på lignende vis. «Når det ikke skjer i erhvervsøiemed,» sier Å. § 4, «kan enhver til privat bruk gjengi eller eftergjøre de i § 2 nevnte verker.» I det ene som det annet fall er tanken at disse rettigheter hører hjemme der talen er om økonomisk utnyttelse av verkene, og gir ophavsmannen et verdifullt våben i konkurransekampen, mens de stanser op ved privatlivets terskel, hvor tilegnelsen og utnyttelsen har en helt annen karakter. I ly av den felles begrunnelse kommer tolkningen av de to bestemmelser også til å bli nokså parallell. Den tyske Reichsgericht gir et godt uttrykk for tankegangen i vår egen lov når den sier: «*Den Gegensatz zum gewerbmässigen Gebrauch bildet die Benutzung zu Studienzwecken, oder für den persönlichen oder häuslichen Bedarf.*» (D a m m e s. 467.)

¹ Ut fra sin antikverte, overindividualistiske innstilling forklarer P o u i l l e t B. (s. 310) at patenthaverens rettigheter «*sont ceux qui découlent de toute propriété: droit d'user et d'abuser de sa chose.*»

² Den gamle P. hadde en annen formulering.

³ I Frankrike har praksis således antatt at den bruk som faller inn under eneretten, må være en «*emploi commercial*». (P o u i l l e t B. s. 802.) For fabriksjonens vedkommende står saken visstnok anderledes. (P o u i l l e t B. s. 779.)

At bruken må være stadig eller hyppig for å falle utenfor det fredhellige område, kreves naturligvis ikke. Heller ikke behøver den ha noen egentlig kommersiell karakter. Om en bonde bruker en patentert plog på sin gård, er og blir det forbudt selv om han ikke selger avlingen, men bruker den selv.¹ Og det samme må gjelde om en kjøpmann nytter patenterte saker i butikken, selv om han ikke akkurat driver handel med dem.² Anvendelsen av patentet holder heller ikke op å være i «driftsøiemed», om bedriften ikke har til endelig formål å tjene penger, som telegrafan, jernbanen, hær og flåte³ o. l., eller er likefrem veldedig. Her som i ophavsretten er det et sunt prinsipp, at vil man drive veldedighet får man gjøre det på egen bekostning og ikke på andres. Derimot vil patentretten som regel ikke være krenket, når det er for å eksperimentere med oppfinnelsen eller gi undervisning om den at bruken har funnet sted.

III. Det er «utøvelsen» av oppfinnelsen i nærings- eller driftsøiemed, som patentet ifølge loven gir eneretten til. Og derved forstår loven at man «forferdiger, innfører, falholder, forhandler eller bruker oppfinnelsens gjenstand.» I et glimt har man her som D a m m c sier (s. 469) hele «*der wirtschaftliche Weg, den der Gegenstand von seiner Erschaffung bis zur Erfüllung seiner Bestimmung durchmisst*».

Hvad loven forstår ved oppfinnelsens gjenstand, er ikke det samme ved produktoppfinnelsene som ved metodeoppfinnelsene. I første fall er det den maskin eller det fysiske produkt som oppfinnelsen er legemliggjort i. Gjenstanden for metodeoppfinnelsene er derimot de handlinger som bringer fremgangsmåten til utførelse.⁴ Denne forskjellen må man huske på når man går gjennom de forskjellige postene i lovens utøvelsesbegrep:

¹ I flere finske dommer er dette slått uttrykkelig fast. (N. I. R. 1932 s. 63—65.)

² Man bør neppe drive skarpsindigheten så langt som i Frankrike, hvor det sondres mellem ting som er nødvendige for forretningen, f. eks. lys, og saker som bare er til kundenes velbehagelighet, f. eks. stoler. I siste fall skal bruken ikke holdes for «commercial».

³ Svensk HRD. i N. J. A. 1926 s. 149 forkastet innsigelsen om at anvendelse av patentet ved marinens verksteder i Karlskrona ikke var «yrkesmässig».

⁴ Man må altså sondre mellem «oppfinnelsens gjenstand» og «patentets gjenstand», som er selve oppfinnelsen, tatt som idé. Jfr. D a m m e s. 445: «*Gegenstand des Patents ist die Idee, Gegenstand der Erfindung ist deren Ausführung.*»

1. Det er bare ved produktopfinnelsene det kan bli tale om å forferdige oppfinnelsens gjenstand. Ikke ved de rene metodeopfinnelser som ikke knytter sig til noen nyopfunnet maskin. f. eks. fremgangsmåter til desinfeksjon, til hermetisk nedlegning o. s. v. (D a m m e s. 470.)

Man har ikke forferdiget en gjenstand fordi man lager en tegning av den, og neppe heller en modell. Men helt ferdig behøver tingen ikke å være. Det klarer sig at man har laget de delene hvor oppfinnelsesstanken gir sig uttrykk, og som ikke kan ha annen mening enn å høre til en gjenstand som det er patentbrudd å lage. (D a m m e s. 472-3.) Om reparasjon av en patentert ting rammes av forbudet, avhenger av forholdene. Er reparasjonen svært omfattende, og gjelder nettop de delene av tingen hvor patentvernet virker, må en svare ja på spørsmålet. Ellers ikke.¹

2. Også forbudet mot i n n f ø r s e l har bare betydning ved produktopfinnelsene. Det er en naturlig konsekvens av at patentretten er territorialt begrenset, slik at det ikke er rettsstridig å sette fabrikkasjonen i gang i utlandet. Men også ved innførsel gjelder den begrensning, at det som skjer til privat bruk faller utenfor eneretten.

3. Også til å «falholde og forhandle» oppfinnelsesgjenstanden gir patentet enerett. Når falholde er nevnt ved siden av å forhandle, betyr dette at også tilbudet om å selge er et brudd på patentretten, ikke bare de salg som går i orden. Mot k j ø p e r e n kan patenthaveren derimot ikke skride inn, hvis han da ikke forsynder sig mot retten ved å bruke oppfinnelsen. Om metodeopfinnelser kan være gjenstand for kjøp og salg er kanskje tvilsomt. I Tyskland mener de fleste at man kan «forhandle» en metode ved å meddele kunnskap om den mot betaling,² og det er antagelig riktig hos oss også.

Det er dog bare overdragelse mot betaling som rammes. Ikke gaver, og heller ikke bruksoverlatelser som er gratis; men utleie

¹ Jfr. D a m m e s. 473. Lord Halsbury treffer derimot ikke helt i blinken når han sier: «*The principle is quite clear, although its application is sometimes difficult; you may prolong the life of a licensed article but you must not make a new one under cover of repair.*» (T e r r e l l s. 164.) Som eksempel på patenttinggrep gjennom «reparasjon» kan nevnes en dansk dom i U. f. R. 1914 s. 862.

² D a m m e er av en annen mening (s. 478).

og bytte av patenterte ting må formentlig stilles på linje med «forhandling».¹

Hvis patenthaveren først har bragt gjenstanden ut på markedet på regulær vis, er hans rett imidlertid uttømt m. h. t. denne gjenstand. Ikke alene kan kjøperen bruke den som han vil, men også selge eller leie den ut, uten å spørre patenthaveren om lov. Han kan også føre den inn til land hvor oppfinnelsen er beskyttet, hvis ikke selve overdragelsen setter grenser forsåvidt. Disse reglene svarer ganske til dem som gjelder åndsverkene.²

4. Endelig er det også forbudt å bruke oppfinnelsens gjenstand uten lov. Det gjelder metode- såvelsom produktoppfinnelser; men hvis disse siste ikke er knyttet til en maskin, men til et stoff, vil konsumsjonen av dette regelmessig ikke skje i «nærings- eller drifts-øiemed». Ved siden av fabrikasjonen har bruken av de patenterte gjenstander alltid vært et kjernepunkt i patenthaverens enerett. I Frankrike opfattes det også som en rettskrenkelse å sitte med ting som man vet er laget i strid med patentretten. Så langt går man ikke her i Norge.

5. Når en maskin er patentert, er det forbudt å lage den, bruke den og holde den tilfals. Men de produkter man har laget ved dens hjelp kan fritt selges, uten at patentretten kommer i veien.

Slik er det ikke ved metodeoppfinnelsene. Om dem gjelder det nemlig etter P. § 5, siste ledd, at «er patent meddelt på en fremgangsmåte, strekker patentets virkning sig også til de gjennom denne fremstillede produkter».³ Å forhandle disse, eller bruke dem i sin bedrift, er følgelig et selvstendig patentinngrep. Det gjelder selv om fabrikasjonen ikke kan rammes, f. eks. fordi den er skjedd utenlands. Derimot er det klart at patenthaveren ikke kan klage når det er en annen metode som er brukt ved fremstillingen. Men hvem har bevisbyrden for at så er tilfellet? Om det gir P. § 41 den viktige regel, at

¹ I Tyskland går dette inn under ordet «*Inverkehrbringen*». I Frankrike faller gave utenfor patentretten, mens bytte faller innenfor. (Pouillet B s. 838.) At «bortgivelse» som skjer i reklameøiemed, og på betingelse av at man kjøper andre ting, må betraktes som salg er klart. Se en svensk HRD. i N. J. A. 1930 s. 559.

² Jfr. foran § 8, D a m m e s. 477.

³ Uten en slik regel vilde som Mot. P. sier (s. 45), «patentet miste sin praktiske betydning».

når det gjelder «borgerlige rettskrav p. g. a. inngrep i en patentvernet fremgangsmåte til fremstilling av et nytt stoff, holdes ethvert stoff av lignende beskaffenhet for å være fremstillet efter den vernede fremgangsmåte, sålenge ikke annet er godtgjort». (Jfr. den tyske P. § 47.)

Hvis ikke regelen i § 5 skal virke urimelig, trenger den imidlertid en begrensning. Når den patenterte fremgangsmåten bare har vært brukt for å lage en liten del av «produktet», synes det litt uforholdsmessig, om det helt og holdent skal anses som kontrabande. Om det f. eks. er anvendt en patentert metode ved centralvarmeanlegget i et hus, er det ikke rimelig at salg av huset skal dømmes som patent-inngrep. For å undgå dette, sier den tyske P. uttrykkelig at regelen bare gjelder «*die durch das Verfahren unmittelbar hergestellten Erzeugnisse*».¹ Skjønt den norske loven har latt ordet «umiddelbart» falle, vil en fornuftig domstol trolig komme til samme resultat hos oss.

6. Forbudet mot å utnytte oppfinnelsen gjelder alle og enhver, undtagen patenthaveren. Selv ikke den som har gjort samme oppfinnelsen på egen hånd, før eller efter patenteringen, har rett til å heve sig over forbudet. Men er oppfinnelsen eldre enn patenteringen, vil den såkalte «forbenyttelsesrett» som vi nedenfor taler om, iallfall legge plaster på såret.

IV. Først når patent er gitt, inntreer de fulle virkninger av patentretten. Men alt når søknaden blir lagt ut, ja straks den kommer inn, blir oppfinneren til en viss grad tatt under rettens vinger. Ifølge P. § 36 virker nemlig patentvernet helt fra utleggingen, og overfor dem som vet om at patentkrav er reist, helt fra da av. Det er dog bare en *foreløbig beskyttelse* som vinnes på denne måten. Blir resultatet at patent nektes, betraktes det som om den aldri hadde forekommet.

V. Patentrettens karakter. 1. At det er tanken å gi oppfinneren en virkelig *rettighet*, og ikke bare å beskytte ham pr. refleksvirkning, er nokså klart, sånn som loven er formet. § 5 står ikke i kapitlet om patentkrenkelser, men i selve hovedkapitlet om «patentrettens innhold og vilkårene for dens opnåelse», og taler med tørre ord om hvilken virkning patentet har. I dette stykke står derfor patentretten og ophavsretten til åndsverker helt på linje.

2. Derimot er det en karakteristisk forskjell i måten retten er formet på. Ophavsretten *positiv*, en enerett for ophavsmannen til å rå over sitt verk. Patentretten *negativ*, et forbud mot å

¹ Se *D a m m e s.* 470—1.

utnytte oppfinnelsen, rettet til alle andre enn patenthaveren. Denne redaksjonsforskjellen har imidlertid ingen realitet. Det får man alt mistanke om når man ser på en rekke fremmede patentlover der formulerer patentretten som en enerett, uten at den derfor har andre virkninger enn hos oss. I Tyskland sies det at patenthaveren er *«allein befugt, gewerbsmässig den Gegenstand der Erfindung herzustellen»*, i Frankrike at han har *«le droit exclusif d'exploiter l'invention»*, i England at han har *«especial license, full power, sole privilege and authority»* til å utnytte oppfinnelsen. Når denne tilsynelatende så forskjellige uttrykksmåte allikevel fører til samme praktiske resultater, kommer dette av to ting:

a) Selv om patentretten er negativt formet, har oppfinneren allikevel rett til å bruke oppfinnelsen og dra nytte av den, siden forbudene bare gjelder når ikke han har gitt sitt samtykke.

b) Selv om retten skildres som en enerett, er rådigheten over oppfinnelsen ikke ubetinget og ubegrenset, men innskrenket på forskjellig vis. For det første må naturligvis også en patenthaver respektere de almene skranker for handlefriheten som følger av at han ikke må skade andre; selv eieren av en patentert traktor har ikke lov til å kjøre gjennom andres akker. Dernest må han bøie sig for de mere spesielle lover som begrenser handlefriheten på de områder hvor patentet virker. En metode til å destillere brennevin kan således ikke brukes, hvis landet har brennevinsmonopol, og et apparat til å ta imot radiobølger bare hvis lisensavgift er betalt til kringkastingen. Endelig har også tredjemanns særlige rett krav på respekt fra patenthaverens side. Kan oppfinnelsen således ikke brukes uten å kolliderer med en bestående mønster- eller kunstnerrett, får patenthaveren holde sig i tømme.¹ Og det samme gjelder hvis det er annemanns patentrett som står hindrende i veien for utøvelsen.² Har man disse tingene for øie, viser det sig at rådighetsadgangen ikke rekker det minste lenger enn når patentretten er negativt formet.

3. Men når patentlovenes formulering således er likegyldig, hvad er da det riktige: Enten å holde patentretten for en ren

¹ A. konstruerer et flygel av eiendommelig form, som han får mønsterrett til. B. finner op en metode til å anbringe klaviaturet i slike instrumenter (D a m m e s. 439).

² Denne siste situasjon kommer vi nærmere inn på når vi taler om de avhengige patenter.

forbudsrett, eller å se den som en virkelig enerett, hvor også adgangen til selv å utnytte oppfinnelsen er et element i rettigheten?

Det er mange som holder på det første alternativ,¹ og mener at patentretten skiller sig klart ut fra de virkelige positive rettigheter, først og fremst fra eiendomsretten. Her er nemlig eierens egen bruk formålet og centrum for retten, mens det bare er en følge av den almindelige handlefrihet at patenthaveren kan anvende og dra fordel av oppfinnelsen: de skranker som patentretten trekker i så henseende, gjelder nemlig ikke for ham.

Jeg synes resonnementet er overfladisk, og er ikke i tvil om at patentretten — som de andre åndsrettighetene — gir innehaveren en virkelig enerett.² Her som ved eiendomsretten er innehaverens egen rettsnytelse det primære, og formålet for hele rettsapparatet; å legge all vekt på den negative siden ved retten er å forveksle skallet med kjernen. En eier må akkurat som en patenthaver se sin rådighet innskrenket, både ved forbudet mot å volde skade, og ved plikten til å respektere andres særlige rettigheter. Og også eierens rett kunde med samme grunn som patentretten opfattes som et utslag av den almene handlefrihet, siden forbudet mot å tilegne sig og bruke tingen ikke gjelder overfor ham.³ I det ene som i det annet tilfelle vilde synspunktet imidlertid være skjævt; særlig kan det ikke godt forklares som et utslag av den almene handlefrihet at rettighetshaveren har makt til å sette andre i den samme gunstige stilling som sig selv. Noe annet er at forbudet mot andres bruk av tingen faller sterkere i øinene ved åndsrettighetene, enn det gjør ved eiendomsretten. Dette har dog ikke noe med rettens innhold å gjøre, men kommer av den faktiske forskjell som det er mellom gjenstanden for en åndsrettighet og en legemlig ting: Den siste kan bare brukes av en enkelt, og har han først fått rå over den faller forbudet mot andres rådighet av

¹ Det fremheves således ofte i engelske dommer. I litteraturen gjør Pilenko det gjeldende med særlig styrke.

² Det er nokså betegnende at den tyske patentlov, som i sin tid var mønstret for P.'s negative formulering, senere er blitt forandret i positiv retning.

³ Pilenko sier at hvis den positive rådighetsadgang skulde være inkludert i patentretten, måtte det være et patentbrudd om en utenforstående hindret oppfinneren i å bruke den (s. 678). Men er det tyveri og eiendomsinngrep om man truer en mann til ikke å bygge på tomten sin?

sig selv. Oppfinnelser og åndsverker kan derimot samtidig brukes og nyttes av alle, og derfor gjør forbudet mot dette sig mere gjeldende i rettens fremtoningspreg.

4. Det sies ofte at patentretten — og for den saks skyld også ophavsretten til åndsverker — er innskrenkninger i næringsfriheten, undtak fra et prinsipp som ellers er almindelig anerkjent. Jeg synes det er uheldig å uttrykke sig slik. Likeså litt som man bør se eiendomsretten som et undtak fra et tenkt almindelig prinsipp om den mest absolutte erhvervsfrihet, likeså litt bør man betrakte ophavs-mennenes rett til sine verker på denne måten.¹ Alt Stuart Mill understreket dette sterkt da han i sin tid forsvarte patentene mot de angrep som de var utsatt for i næringsfrihetens navn. Men det er fremdeles viktig å holde fast, særlig når det gjelder den rettspolitiske vurdering av dem.²

VI. En egen slags patenter er de såkalte *t i l l e g g s p a t e n t e r*, Om dem bestemmes det i P. § 11 annet ledd: «Dersom innehaveren av et patent ønsker patent på tillegg til eller forbedring ved oppfinnelsen, kan dette efter hans valg gis ham enten som selvstendig patent eller som et tilleggs patent, der utløper samtidig med hovedpatentet.» Tilleggs patentene har samme virkning som andre patenter, og vilkårene for å få dem er akkurat som ellers. Det særegne er at de bare kan gis til dem som sitter med hovedpatentet, og fordelene ved dem er at de ikke betinger nytt patentgebyr (§ 14). Til gjengjeld løper de ut sammen med hovedpatentet.³

Den gamle P. § 4 gav patenthaveren ennu en rett: Efter fransk mønster hadde han i to år enerett til å få patent på forbedringer eller tillegg til den gamle oppfinnelsen. Mot. P. s. 42 mente imidlertid at

¹ Om mulig enda klarere er det at ikke firma- og varemerkeretten gjør inngrep i næringsfriheten.

² Jeg savner derfor anledning til å blande mig inn i diskusjonen om patentretten gjør et større inngrep i næringsfriheten enn forfatter- og kunstnerretten, fordi den også hindrer en senere selvstendig oppfinner fra å utnytte sin oppfinnelse. Se herom Eberstein: Im. rätt s. 45, og på den annen side Patent. bet. s. 162, og Hasselrot i S. J. T. 1922 s. 116 ff.

³ Tilleggs patentene må angå «tillegg til eller forbedring ved» hovedopfinnelsen, men må ikke betegne en utvidelse av hovedkravet. (Patentstyrets avgjørelse i N. I. R. 1933 s. 136.) Heller ikke er det adgang til å bestemme at et innlevert patentkrav skal betraktes som et tilleggskrav til en patentsøknad som senere er gitt inn. (l. c. s. 137).

en slik enerett «i sig selv peker ut over patentbeskyttelsens naturlige ramme, og at en sånn utvidelse av dens omfang ikke stemmer med almenhetens krav». Regelen blev derfor strøket, og samme standpunkt tar også de fleste andre moderne patentlover. Også andres oppfinnelser kan selvsagt sette den inventive evne i sving, og gi anledning til forbedringer og tilleggsopfinnelser. At hovedopfinnelsen er patentert utelukker imidlertid ikke at også tilleggsopfinneren har krav på patent, n r vilkårene ellers er i orden. Men det patent han f r blir a v h e n g i g av det første, og kan bare utøves med respekt for dette. Det kommer vi nærmere inn på i neste paragraf.

§ 24.

Patentrettens gjenstand.

Selv om man vet hvad en oppfinnelse er, og kjenner lovens regler om innholdet av patentretten, kan det ofte være vanskelig å bestemme grensene for rettsvernet, f. eks. i forhold til konkurrenter som fikser litt på oppfinnelsen i et enkelt punkt, og mener sig i sikkerhet for patentet. Akkurat samme vanskelighet støtte vi på ved åndsverkene (foran § 9), og årsaken er her som der at retten ikke er knyttet til en legemlig ting, men til et åndsprodukt som kan mangfoldiggjøres i så mange fysiske eksemplarer det skal være. Skulde den minste forandring i maskinen eller den minste krøll på metoden være nok til å komme klar av oppfinnelsen, vilde hele patentretten bli illusorisk. At det her ligger et stort og vanskelig problem er derfor klart.

Som ved åndsverkene kan man gripe det an på to forskjellige måter. Enten «praktisk», slik at man famler sig frem fra «*Fall zu Fall*», og søker å strekke rettsvernet så langt som rimelighet og fornuft tilsier, uten noen ledestjerne   gå efter. Eller man kan erkjenne at såvel grensen mot ulovlig eftergjørelse som en rekke andre spørsmål som vi kommer til efterhvert, bare kan belyses ved å gjøre sig klar over hvad som er patentrettens gjenstand. For det er den retten og rådigheten er knyttet til.

Jeg nevnte foran hvordan K o h l e r har gjort dette innlysende for åndsverkene vedkommende, og levert grunnleggende bidrag til læren om hvad ophavsretten egentlig omfatter. Ikke mindre befriende er hans undersøkelser av gjenstanden for patentet. Ingen som

har lest dem kan undgå å se hvilket fremskritt i forståelse K o h l e r s synsmåter bragte, skjønt de naturligvis ikke er ufeilbare i ett og alt. Samtidig blir man slått av hvordan problemene er i slekt med dem vi kjenner fra ophavsretten, og hvor nyttig det er å stille dem mot hverandre i tankene.

Men det er enda vanskeligere å beskrive gjenstanden for patentretten enn for ophavsretten. Riktignok er både oppfinnelser og åndsverker ulegemlige størrelser, men de siste har naturligere og mere markerte grenser enn oppfinnelsene, når de kommer fra sin skapers hånd. Og dessuten skyter patenteringen sig inn mellom oppfinnelsen og rettsbeskyttelsen, altså en offentlig akt med konstitutiv virkning, som presiserer og beskjerer oppfinnelsen, og gir den en definitiv form. Enhver fremstilling av patentrettens gjenstand må derfor ta utgangspunkt i selve patentet. Før man vet hvor gjenstanden for retten skal søkes, og hvordan hjemmelsbrevet på den skal tolkes, har man ikke fast grunn under føttene.

I. For å få greie på hvad det er som er patentert, må man først lese gjennom p a t e n t b r e v e t. Det er jo det som bringer retten til verden. Utover dets innhold kan hverken innehaveren eller domstolene strekke patentvernet, selv om de mener at patentet både kunde og burde hatt en annen form enn patentstyret har gitt det. Det er nemlig styret som her har det siste og endelige ord, og dommeren må ikke tro han like lett og selvfølgelig kan fylle ut «huller» i patentbrevet, som når det er den positive rett der har lignende defekter.

Derimot er det domstolene og ikke styret som har avgjørelsen når det gjelder å tolke patentet, sånn som det nu engang er meddelt. Og de skal anvende samme tolkningsregler og prinsipper som de ellers tumler med i sitt virke. Når det undertiden hevdes at patenttolkning er noe for sig selv, egenartet og nesten mystisk, er dette ren overtro. Imidlertid er ikke all juridisk tolkning ens. Og da patentet er et offentlig dekret som kunngjøres for almenheten, blir det prinsippene om tolkning av f o r v a l t n i n g s a k t e r, som her kommer til anvendelse.¹ Utgangspunktet er at dommeren skal lese patentbrevet som en objektiv, forstandig mann, og tolke det efter ordenes vanlige, sproglige betydning. Om patentstyret

¹ Se herom, og om tolkning i det hele, m i n Arverett § 18 og Rt. 1929 s. 771.

forklarer at det har forsnakket sig, eller ment noe annet enn det har sagt, kan ikke dommeren ta hensyn til dette, selv om også patent-søkeren har svevet i samme sproglige villfarelse. Dette betyr dog langt fra at man skal henge sig i ordlyden og blåse i meningen, selv om denne i virkeligheten skinner tydelig frem. Her som ved lovene og de fleste kontrakter gjelder det tvertimot, at *«der wirkliche Wille ist zu erforschen, und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften»* (B. G. B. § 133). Videre er det klart at uttrykkene i patentbrevet må tolkes efter den sprogbruk som er gjengs i fagkretser, likesom bakgrunnen for hele vurderingen og meddelelsen av patentet alltid er *«der heutige Stand der Technik»*.

Patentbrevet henger imidlertid ikke i luften. Det er blitt til efter en søknad hvor oppfinnelsen er utførlig beskrevet, og som efter P. § 19 skal munne ut i «en utvetydig påstand om hvad patentsøkeren holder for sin oppfinnelse og krever patent på». Denne p a t e n t - p å s t a n d e n, og den fremstilling som følger med, henviser patentbrevet til. Efter vanlige tolkningsregler skulde det da være anledning til å ta hensyn til begge deler, når det skal bringes på det rene hvad patentet omfatter.

At patentpåstanden spiller en stor rolle når det gjelder å bringe rekkevidden av patentet på det rene, er også alle enig om.¹ Ikke minst er den avgjørende i negativ henseende, idet man vanskelig gir oppfinneren patent på annet enn han har bedt om,² eller i videre omfang enn begjært. Det er dette HR. mener med at «det avgjørende for patentvernets utstrekning er patentpåstanden»³ — en uttalelse som vilde være temmelig misvisende om man tok den strengt på ordet.

Derimot har ikke alle funnet det like selvfølgelig at også resten av patentsøknaden kan brukes som tolkningsmiddel, hvis patentvernets omfang er tvilsomt. Derfor var det bra at HR. slo ihjel alle «patentrettslige» tolkningsfordommer i så måte i en viktig dom i Rt. 1933 s. 529, og bragte de jevne tolkningsregler om forvaltningsakter til anvendelse. «Det vilde ikke være riktig,» heter det her, «under fortolkningen av en av patentpåstandene å se helt bort fra

¹ Som fremhevet på s. 234 er det derfor så viktig at denne blir riktig redigert.

² Jfr. dansk HRD. i U. f. R. 1916 s. 102.

³ Rt. 1928 s. 688, jfr. 1913 s. 823 og 1932 s. 587.

alle de øvrige deler av patentskriftet . . . Ved fortolkningen av de enkelte patentpåstander må man bedømme hver enkelt av dem i sammenheng med de øvrige påstander, og tillike se dem i forbindelse med den forutgående beskrivelse og de ledsagende tegninger.» Lenger enn til å kaste lys over de deler av patentpåstanden som i objektiv henseende lar rum for tvil, kan dog ingen av disse tolkningsmidlene virke. Er påstanden entydig kan resten av patentsøknaden van-skelig rette på dette.

I utlandet diskuteres det adskillig om patenter skal tolkes innskrenkende, eller kanskje omvendt med særlig velvilje overfor innehaveren. I patentrettens barndom, i privilegietiden og en stund etterpå, var det overalt god latin at patentet skulde tolkes så strengt som mulig, fordi det var et undtak og en innskrenkning i andres næringsfrihet.¹ Denne opfatningen holder man fremdeles fast i Frankrike, skjønt begrunnelsen nu er en annen.² I de engelske patentbrev sies det derimot uttrykkelig at patentet «*shall be construed in the most beneficial sense for the advantage of the said patentee*» (T e r r e l l s. 9), og det samme mener Alfred J. Bryn for Norges vedkommende.³ Det ene er imidlertid like uhjemlet og ugrunnet som det annet; det er hverken en innskrenkende eller utvidende tolkning patentene skal ha, men en riktig og fornuftig.⁴

II. På grunnlag av det materiale som tolkningen av patentet har lagt tilrette, kan man så gå over til å krystallisere ut rettens gjenstand, så det kan avgjøres hvor langt rådigheten rekker i de forskjellige henseender. Dette er en opgave som P. har latt ligge, i riktig forståelse av at den ikke kan løses i lov. «Det lar sig ikke bestemme ved lov,» sier de gamle Mot. s. 39, «hvor meget oppfinnelsens gjenstand må adskille sig fra tidligere kjente ting, forat den skal kunne sies å være ny.» Og heller ikke gir P. beskjed om hvor meget

¹ D a m m e s. 452.

² P o u i l l e t B. s. 589 gir den eiendommelige forklaring at det er patentanmelderen som «stipulerer» i forholdet til staten, og *code civil* 1162 sier at kontrakter i tvilstilfelle skal tolkes mot den som har stipulert dem.

³ «Retten i oppfinnelser» s. 141.

⁴ Jfr. D a m m e s. 453. HRD. i N. I. R. 1933 s. 43 gikk med rette ut fra at innehaverens egne uttalelser om omfanget også kunde komme i betraktning. En dansk HRD. i U. f. R. 1931 s. 264 synes å legge svært stor vekt på selve ordlyden av patentpåstanden.

en maskin må skille sig fra en annen forat den ikke skal være patent-inngrep overfor denne.

1. Nu kan man, som antydnet foran, naturligvis se å komme ut av det med disse spørsmål uten å spisse dem bevisst til som et problem om patentrettens gjenstand. Man kan si som den svenske lovs § 3, i bred og litt doven omtrentlighet, at det kommer an på om den nye metode eller maskin «väsentligen skiljer sig» fra dem som før er kjent eller patentert. Slik pleier også de engelske domstoler å uttrykke sig. De legger vekt på om «*the substance of the invention has been pirated*», om det foreligger «*substantial identity*» e. l.¹, hvis de da ikke som Lord Cairns tar sin tilflukt til billedsproget og spør om det er «*the pith and marrow of the invention*», som er tatt fra andre eller kjent fra før (Terrell s. 152). Også fransk rett beveger sig i lignende baner. Pouillet (B. s. 762) fremhever således at man ikke slipper straff for *contrefaçon* fordi oppfinnelsen ikke er kopiert helt slavisk; det er nok at man har tatt «*les parties essentielles, constitutives*».

2. Alt dette er vel og bra, men ikke særlig opplysende. Først ved å knytte problemene til spørsmålet om hvad det er patentrettens gjenstand, og trenge tilbunns i dette, får man virkelig håndgripelige, praktiske direktiver å gå efter, foruten den intellektuelle tilfredsstillelse som forståelse og overblikk alltid gir. Dette har Kohler gjort. Gjenstanden for patentet er ifølge ham selve den tekniske idé, oppfinnelsen; dog ikke i abstrakt form, som et almindelig prinsipp eller en teoretisk løsningstanke, men idéen i dens individuelle utforming, som en bestemt løsning av den oppgave der er stillet.² Men som ett og samme åndsverk kan hevde sin identitet om dets ytre form skifter, gjelder det samme her. Om man bruker kobber istedenfor messing, furu istedenfor gran til å lage maskinen med, er det fremdeles samme oppfinnelsen. Først når en ny løsnings-tanke er funnet, eller det iallfall er skapt en ny variant gjennom egen inventiv innsats, er rammen for den gamle oppfinnelsen sprengt, og man er utenfor det område som patenthaverens rådighet dekker.

Damme gir et kort og anskuelig uttrykk for dette, når han

¹ Akkurat som når det spørres om ophavsretten til åndsverker er krenket.

² På samme måte som gjenstanden for ophavsretten er en estetisk idé, i den individuelle skikkelsen som ophavsmannen har gitt den.

sier at gjenstanden for patentet er oppfinnelsen «*in ihrer Ausstrahlung*». Hermed mener han at de anvendelser og variasjoner av oppfinnelsen der gir sig selv for en som er fortrolig med teknikkens utvikling og muligheter, ligger innesluttet i den løsningstanken oppfinneren har anvist, fordi denne som oftere sagt bestandig må forstås med «*der heutige Stand der Technik*» som bakgrunn. Men enda et skritt må man gå: Også fremtidens tekniske utvikling kan skjenke oppfinnelsen nye utstrålinger, og gi den former og anvendelser som oppfinneren ikke selv har tenkt på. Oppfinnelsens rekkevidde bestemmes altså ikke bare ved å sette den inn i det tekniske miljø på undfangelses-tiden. Den er levende og ekspansjonsdyktig i en grad som selv ikke åndsverkene gjør efter, idet den også kan ta fremtidens utvikling til inntekt, og bre sig på nye områder ved dens hjelp. Når man sier at det er oppfinnelsen som er patentrettens gjenstand, mener man derfor «*der Erfindungsgedanke mit allen Ausstrahlungen, wie sie sich aus der normalen Fortentwicklung der Technik ergeben*» (D a m m e s. 239, jfr. 182 og 446).

Skjønt uttrykkene er forskjellige, er det omtrent denne tankegang HR. bygger på i Rt. 1933 s. 529, som er så viktig for spørsmålet om patentrettens gjenstand. Saksøkte påstod sig her frifunnet for patentinngrep, fordi den konstruksjonstype han hadde brukt ikke var identisk med noen av de særlige utførelsesformer som var angitt i saksøkerens patentpåstand, og i de tegningene som fulgte med. Men dette var efter rettens mening ikke avgjørende. «Omfanget av et patent og av det vern som dette har etablert, kan nemlig ikke antas å være begrenset til de spesielle praktiske utførelsesformer som patentskriftet har gitt uttrykkelig anvisning på. Patentvernet må antas å omfatte alle de konstruksjonsmidler eller utførelsesformer som realiserer det prinsipp eller den oppgave som danner oppfinnelsens vesentlige gjenstand. Avgjørelsen av spørsmålene vedrørende omfanget av et patent og dets vern, og om hvorvidt et særlig teknisk middel alene fremtrer som en spesiell utførelsesform for patentet eller som en selvstendig og derav uavhengig oppfinnelse, må på denne måte nødvendigvis bero på en skjønnsmessig vurdering i hvert enkelt tilfelle. Den beror på hvad der må antas å være det essensielle eller karakteristiske i den patenterte oppfinnelse,

og hvorledes vedkommende tekniske middel må antas å forholde sig hertil.»¹

3. I Tyskland har mange villet sondre mellem patentets gjenstand og dets «*Schutzumfang*». Gjenstanden er det patentstyret som bestemmer; den er det tekniske billede som er umiddelbart beskrevet i patentbrevet og i patentpåstanden. Imidlertid er patentet ikke bare krenket, når oppfinnelsen er brukt akkurat i denne form. Også når oppfinnelsen optrer i andre former er den beskyttet, idet rettens *Schutzumfang* rekker videre enn dens egentlige gjenstand. H v o r langt må domstolene bestemme, og helt suverent i forhold til patentstyret, iallfall hvis patentbrevet ikke har trukket en grense også for vernets omfang.²

Både teoretisk og praktisk er denne lære forkastelig. D a m m e (s. 457) har sikkert rett i, at fra et prinsipielt synspunkt faller patentets gjenstand og dets *Schutzumfang* sammen. Når det nemlig også er patentbrudd å bruke oppfinnelsen i lett kamuflert skikk, beror ikke dette på at patentet både gir enerådigheten over oppfinnelsen og dessuten et ekstra rettsvern, men forklares ved at det er samme oppfinnelsen man har for sig, bare i en litt annen skikkelse.³ Praktisk har sondringen til følge — og kanskje også til hensikt — å stille domstolene så fritt overfor patentenes innhold, at de i virkeligheten kan innrømme patentvern til ting som efter patentstyrets beslutning ikke hører inn under patentet. Herved skapes det imidlertid usikkerhet og kompetansestrid, som man har klaget adskillig over i Tyskland.

III. Å være klar over hvad det ligger i at «oppfinnelsen» er patentvernets gjenstand, har betydning på mange steder i patentretten. Et par av dem har vi alt nevnt som eksempler i den foregående utvikling.

¹ I en svensk HRD. i N. J. A. 1908 s. 429 finnes en generell uttalelse om spørsmålet fra Patent- og Registreringsverket som domstolene sluttet sig til, og som gikk ut på at hvis det skulde bli alvor med patentbeskyttelsen, måtte den «icke vara inskränkt till allenast den speciella utföringsform, som till äfventyrs angifvits i patentanspråket och beskrifvningen, utan äfven inbegripe alle modifikationer, som äro att anse såsom därmed väsentlig öfverensstämmande.»

² Det er særlig I s a y og S c h a n z e som har drevet med denne sondringen som de ligger stor vekt på. Men heller ikke domstolene har vært fremmed for den.

³ I ophavsretten til åndsverker har ingen funnet på at man ikke disponerte over rettens gjenstand når man uberettiget oversatte annenmanns bok, men bare kolliderte med ophavsrettens «*Schutzumfang*».

Først og fremst må man analysere rettens gjenstand, for å finne ut om en beslektet maskin eller metode skal betraktes som patentstridig eller ikke. På samme måte stiller saken sig når det gjelder den grense mellom fri benyttelse av andres tanker og virkelig gjengivelse i bearbeidet skikkelse, som vi talte så meget om ved åndsverkene, men som også er praktisk ved oppfinnelsene. Men også ved nyhetsprøvelsen, når det skal undersøkes om en påstått oppfinnelse er ny i forhold til eldre, patenterte oppfinnelser, eller til oppfinnelser som hører almenheten til, må spørsmålet stilles ens: Er det bare en gammel kjent oppfinnelse i et nytt klædebonn, eller er det skapt en ny oppfinnelse gjennom en egen inventiv innsats? Tilsvarende står saken når det spørres om det består en «forbenyttelsesrett»¹ som gir adgang til å bruke oppfinnelsen, og om den som krever patent på oppfinnelsen i virkeligheten har stjålet tanken fra andre og bare retusjert litt på den. Endelig er det viktig å bestemme oppfinnelsens identitet i forhold til P. § 22 som visstnok tillater å rette mangler og gjøre forbedringer i patentsøknaden, men ikke såne som gjør oppfinnelsen til en annen.

Det står kanskje ikke klart for alle at disse spørsmålene er forskjellige sider av ett og samme problem. Slik er det imidlertid.² Man kan naturligvis se på dem isolert og behandle dem hver for sig. Men virkelig klarhet vinner man først når man erkjenner at det over hele linjen er tale om å trekke grenser for den åndelige realitet som kalles en oppfinnelse, og som er gjenstanden for patenthaverens rådhighet. Imidlertid er det utpreget skjønnsmessige avgjørelser som her skal til,³ og derfor skal man ikke forsverge at de kan falle litt forskjellig ut, enten det er den ene eller den annen rettsvirkning det er tale om. Og man måtte være en nokså stivbent prinsippytter for å forarges over dette.

IV. De foregående utviklinger om patentrettens gjenstand er temmelig abstrakte, og må være det. For å gi dem større anskuelighet

¹ Se U. f. R. 1925 s. 96.

² Jfr. D a m m e s. 239, som understreker at målestokken for «*Andersein*» knytter sig til oppfinnelsesbegrepet i sin almindelighet, «*und gilt daher überall, wo es sich um die Vergleichung zweier Erfindungen handelt*».

³ Akkurat som ved åndsverkene. Men mens det her gjelder å kombinere det gode iudicium med kunsterisk forståelse og innlevelse, er det teknisk innsikt juristen må ta til hjelp i patentretten.

skal vi nevne noen særlig praktiske grensetilfelle, hvor det kan være tvilsomt om det er samme oppfinnelse som foreligger eller ikke.

At forandring av dimensjoner, materiale, utseende etc. ikke rokker ved oppfinnelsens identitet, er klart. Som hovedregel gjelder imidlertid det samme, selv om et ledd i oppfinnelsen er erstattet med et helt annet, når de to ting anvendes som *ekvivalenter* i teknikkens verden, fordi deres effekt er den samme. Således er not og fjær, og huller og tapper tekniske ekvivalenter, fordi de regelmessig gjør samme nytten. Om derfor A. gjør en oppfinnelse som bruker not og fjær for å opnå en viss effekt, er det samme oppfinnelsen om B. erstatter dem med huller og tapper.

Man kommer heller ikke utenfor rekkevidden av den gamle oppfinnelsen om man bruker den til *andre formål* enn den er beregnet for, selv om oppfinneren ikke har tenkt på denne slags anvendelse (D a m m e s. 449). En maskin til å kutte hyssing brukes f. eks. til å skjære op tobakk med, eller et teleskop som er beregnet på observasjoner til sjøs, anvendes isteden til lands (Terrell s. 64). Det er heller ingen ny oppfinnelse om en metode til å fjære bakhjulene på en vogn isteden blir brukt til forhjulene (Terrell s. 65), eller det opdages at et farvestoff som lages ved en patentert metode, også kan brukes til desinfeksjon. Om det *utelates et ledd* i en kjent og kanskje patentert fremgangsmåte, er heller ikke dette i regelen noen virkelig oppfinnelse, og setter man to kjente metoder ved siden av hverandre og lar dem virke sammen, er det ikke noen «kombinasjonsoppfinnelse» som har krav på patent, men bare en «aggregasjon» eller en «juxtaposisjon», som ikke kan patenteres.

Men ingen av disse setningene er undtaksfri. Det k a n stikke virkelig originalt inventivt arbeide i hver eneste av de forandringene som er nevnt, og da skifter billedet. Selv om to fremgangsmåter er kjent som «teknologiske ekvivalenter», er det således ikke sikkert at de også *patentrettslig* behandles på denne måten. Hvis nemlig den ene av dem byr teknisk fordel i en bestemt retning som den annen ikke gjør, og det kreves virkelig oppfinnervinst for å finne på å bytte dem om, kan en ikke nekte at en ny oppfinnelse er gjort.¹ Å finne nye anvendelser for eldre metoder og maskiner kan også

¹ E l s t e r s. 331 fremhever at man i tvilstilfelle må ta konkurransetanken til hjelp, idet «*der Äquivalenz ist ein eminent wettbewerblicher Begriff*».

være et tankesprang som har samme karakter,¹ og selv utelatelzen av et ledd i en kjent fremgangsmåte kan undtaksviis være en sann oppfinnelse. «Men da,» sier patentstyrets annen avdeling i en avgjørelse av 26 april 1933 (N.I.R. 1933 s. 135), «må erkjennelsen av at den del som skal utelates kan undværes, ikke være helt nærliggende, idet der da regelmessig kun vil være spørsmål om fagmessighet, men der må til patenterbarhet ved sådanne utelukkelsei kreves at den nevnte erkjennelse fordrer «opfinnerisk kraft», foruten at utelatelzen må bringe med sig et teknisk eller økonomisk fremskritt». Endelig kan det være en sann og ekte kombinasjonsopfinnelse når kjente elementer settes sammen, nemlig når tanken på kombinasjonen ikke lå langs landeveien, og den frembringer en ny og ukjent effekt som ikke er ren og skjær addisjon av virkningene av dens kjente elementer (D a m m e s. 192, T e r r e l l s. 70 ff).²

¹ I en dom fra 1906 sier Reichsgericht: «*Eine neue Art mit der Einrichtung umzugehen, um sie einem neuem Zwecke dienstbar zu machen, kann eine patentfähige Erfindung sein, weil damit eine neue Regel für technisches Handeln aufgestellt wird.*»

² Jeg skal nevne noen praktiske eksempler til belysning: I HRD. i Rt. 1895 s. 331 blev et patent kjent ugyldig fordi det tidligere var gitt et tysk patent på samme oppfinnelsen. Avgjørende var her om oppfinnelsen bare gjaldt en bestemt detaljanordning eller et helt prinsipp. Rt. 1902 s. 337: En glodelampe for gassbelysning antokes ikke å være en ny oppfinnelse, men en forbedring av en bestående, som i tilfelle vilde ha gitt plass for et avhengig patent. Rt. 1908 s. 39 kjente et patent ugyldig fordi dets vesentlig bestanddeler var tatt fra andre, Rt. 1913 s. 823: Patentkravet var etter sitt eget innhold formet som et kombinasjonspatent. Da beskyttes bare selve kombinasjonen, men ikke dens enkelte deler. Rt. 1913 s. 163: Et patent på fremstilling av kvelstoff fra luften ad elektrokjemisk vei blev kjent ugyldig som stridende med Birkelands eldre patent. Det var det samme prinsipp som var anvendt, skjont fremgangsmåten var anderledes i enkelthetene. Det samme antok retten i Rt. 1927 s. 87, hvor det gjaldt et apparat for pøseknytting. I Rt. 1928 s. 688 gjaldt oppfinnelsen fremstilling av stikkstabler karakterisert ved at spikeren fikk form ved kallpressing i en smiepresse, og samtidig blev festet til stabelen. En konkurrent som glødet spikeren istedenfor å bruke kallpresse, og brukte felleshammer istedenfor smiepresse, blev ikke domt for patentangrep. HRD. i «Teknisk Ukeblad» 1932 s. 57 dømte efterligning av patenterte ostehøvler som patentinngrep. Rt. 1933 s. 529 angikk en anordning for skraperkniver som brukes i celluloseindustrien. Skjont de modeller det var tale om var litt anderledes enn de patenterte, blev de allikevel betraktet som særlige utførelsesformer for det patenterte prinsipp. I N. I. R. 1935 s. 118 antok Oslo byrett at en anordning til å heise op hval fra kokeriets akterende var en virkelig oppfinnelse, skjont det i og for sig var det eneste naturlige å legge begynnelsen av

V. Også problemet om de såkalte avhengige oppfinnelser får sin enkle og naturlige løsning ved å overveie hvad det er som er gjenstanden for patentet.

1. Vi så i forrige avsnitt at om man forandrer eller forbedrer en annens oppfinnelse, kan det godt hende at det er en egen, ny oppfinnelse som er gjort på denne måten. Når P. ikke utelukker slike ting fra patent, har oppfinneren derfor krav på dette. Men hvis forbindelsen med den gamle oppfinnelsen ikke er så fjern at det bare er tale om påvirkning eller «teknisk inspirasjon», er det samtidig den gamle oppfinnelsen man har for sig, skjønt i ny og bedre utgave. De to oppfinnelsene henger m. a. o. så nøie sammen at oppfinner nr. 2 ikke kan få brukt sin oppfinnelse uten samtidig å bruke stamoppfinnelsen, som han jo ikke har noen rett til. Den positive siden av hans patentrett ligger følgelig lam, fordi gjenstanden for rådigheten er filtret uløselig sammen med en annen patentgjenstand. Dette uttrykker man ved å si at det annet patent er «avhengig» av det første. På den annen side er det klart, at «hovedopfinneren» ikke har rett til å dispo-

«slippen» nede i vannet. Sammesteds s. 120 antok HR. at det ikke forelå patentinngrep, ved metoder for å holde vannet friskt ved transport av levende fisk; den ene metoden gikk ut på å lage en surstoffemulsjon ved å sprøite vann inn i ekspandert surstoffgass, den annen på innsprøiting av surstoff i vannet, og emulsjonens ytterligere findeling. Jfr. også BRD VII s. 19 og HRD i Rt. 1935 s. 1033.

Fra Sverige kan nevnes en HRD. i N. J. A. 1904 s. 581, hvor en patentert brenselbesparende ovn blev beskyttet mot lignende ovner, skjønt detaljene var forskjellige. Videre N. J. A. 1919 s. 555. Her hadde en mann fått patent på å anbringe en såkalt «balansert motor» som utenbordsmotor, og dette patent blev opprettholdt av Högsta Domstolen. Riktignok var motoren kjent fra før, men det å anbringe denne slags motor som utenbordsmotor lå ikke så nær at det kunde betraktes som en «yrkesmässig åtgärd», men var en virkelig oppfinnelse.

Av danske dommer plukker jeg ut følgende: U. f. R. 1912 s. 525 antok at patent på en petroleumsmotor, som sprøitet vann og petroleum inn i tendhodet i to adskillede stråler, ikke var krenket ved en maskin som sprøitet dem inn i en fellesstråle. U. f. R. 1925 s. 467: Et patent på solbriller uten stenger, som kunde anbringes på et par almindelige briller, var krenket ved briller som hadde løse stenger, men blev solgt med en anvisning på hvordan de kunde brukes uten stenger. U. f. R. 1927 s. 285: Patent på skotøi hvor en kautsjukkplate holdt overstellet og bunden fast til hverandre, omfattet ikke skotøi hvis overstell og såle var bundet sammen med rågummi som var påført i flytende tilstand. U. f. R. 1931 s. 264: Patent på en kjele hvis lodrette varmeførende rør var sveiset sammen til en lukket vegg mellom brenselmagasinet og røkkanalet, omfattet ikke en kjele hvor rørene var stillet tett sammen, men ikke sveiset.

nere over forbedringen, men må bruke patentet i dets opprinnelige, ufullkomne form.

Disse setningene umaker ikke P. sig med å uttale, fordi den mener de følger av sig selv. Den franske lovens art. 19 sier derimot for sikkerhets skyld: «*Quiconque aura pris un brevet pour une découverte, invention, ou application se rattachant à l'objet d'un autre brevet n'aura aucun droit d'exploiter l'invention déjà brevetée, et réciproquement, le titulaire du brevet primitif ne pourra exploiter l'invention du nouveau brevet.*» Den danske lovs § 2 — og også den franske og østerrikske — tar enda et viktig skritt og sier at «avhengighetspatentet skal inneholde en uttrykkelig henvisning til hovedpatentet, med den tilføielse at avhengighetspatentet ikke hjemler innehaveren noen rett til utøvelse av hovedopfinnelsen.» Også den tyske P. gir adgang til slik påtegning, idet den sier i § 4 (den eldre lovs § 3), at når oppfinnelsen dekker noe som er gjenstand for eldre patent, «*so hat der spätere Anmelder nur Anspruch auf Erteilung eines Patents in entsprechender Beschränkung.*» Imidlertid brukes ikke denne adgang lenger i Tyskland. Mens Patentamt opprinnelig holdt det for nødvendig å uttale avhengigheten i selve patentbrevet, forat det ikke skulde se ut som retten går lenger enn den gjør, er man senere kommet på andre tanker, efter bestemt motstand fra Reichsgericht. Den hevder nemlig at patentstyret bare har å prøve om oppfinnelsen er ny og patentverdig, men skal overlate til domstolene å avgjøre om patenthaveren krenker andres rett når han utøver oppfinnelsen, det være sig en eldre patentrett, mønsterrett eller kanskje kunstnerrett. Mot. P. s. 43 var «ikke i tvil om at sakens utvikling i Tyskland har gitt det riktige resultat,» og tok derfor like så litt som den gamle P. med noensomhelst forskrifter om avhengige patenter. Om et patent er av denne art, kan man derfor ikke se utenpå det.

Fra et økonomisk og sosialt synspunkt er det imidlertid ikke helt tilfredsstillende at utøvelsen av avhengighetspatentet blir holdt i sjakk av den som sitter med hovedpatentet. Denne knuten løser P. § 9 ved å åpne adgang til tvangslisens. Det skal vi komme nærmere inn på i neste paragraf.

2. Parallellen mellom reglene om forbedring av oppfinnelser og bearbeidelse av åndsverker er til å ta og føle på. I begge fall må det trekkes to grenser, en nedre og en øvre, og i

midten ligger forbedringene og bearbeidelsene. Nedad må de avgrensnes mot sånne forandringer av det oprinnelige åndsprodukt som ikke betyr en ny og original skapende innsats. Opad gjelder det å holde dem ute fra arbeider som bare har latt sig påvirke eller inspirere av dette, men ellers er selvstendige nok.

Rettsreglene om bearbeidelsene og de inventive forbedringer er også helt ens, utledet som de er av almindelige patent- og ophavsrettsregler, sammen med en analyse av hvad det er rettens gjenstand: ophavsmannen til forbedringen eller bearbeidelsen har eneretten til det han selv har skapt, men heller ikke til mere. Derfor kan han forby alle å bruke åndsverket eller oppfinnelsen i den skikkelse han har gitt dem, men han kan ikke dra positiv nytte av retten, fordi den henger uløselig sammen med hovedgjenstanden som han ikke har rett til å rå over. Men heller ikke ophavsmannen til denne kan gjøre sig forbedringen eller bearbeidelsen nyttig ved å bruke eller offentliggjøre den. Derimot er det forsåvidt forskjell, som det bare er ved oppfinnelsene det fins et tvangslisenssystem som løser knuten om den positive utnyttelsen av forbedringen.

§ 25.

Begrensninger av patentretten.

I. Som andre subjektive rettigheter må patentretten finne sig i å begrenses og reguleres, både i den ene og annen retning. At fremmede rettigheter setter skranke for patenthaverens maktutfoldelse faller av sig selv, men det er ingen begrensning av patentretten, likeså litt som det er et innhugg i eiendomsretten at en revolver ikke må brukes til å skyte folk med. Derimot er det en virkelig begrensning av retten at patentet kan anvendes på transportmidler som midlertidig er i landet, en slags uksyldig nyttesrett i samferdsdens interesse. Det samme gjelder om den forbenyttelsesrett som en eldre oppfinner har. Men først og fremst er det almenhetens eller samfundets interesser som krever at patenthaverens rett blir holdt innenfor rimelige grenser.

Det sociale drag i patentretten er sterkere enn i ophavsretten til åndsverker. Mens tanken på publikum og almenheten til sine tider har hatt vondt for å komme til orde i ophavsretten, har den

aldri latt sig trenge ut av patentretten. Helt fra *Statute of Monopolies* og til nu, har all verdens patentlover både i sin begrunnelse og i sitt innhold båret vidnesbyrd om dette. Det henger sammen med at industriens og almenhetens interesse av å ha fri tilgang til oppfinnelser er så sterk og påtagelig at ingen lovgiver har kunnet sette den tilside, selv om oppfinneren pukket nokså sterkt på sin ophavsrett.¹ Patentretten har aldri mistet av syne at den hviler på et kompromiss mellom hensynet til ophavs mannen og til almenheten. Det kommer bl. a. frem i reglene om tidsbegrensning og patentgebyrer, i plikten til å offentliggjøre patentbeskrivelsen og reglene om utøvelsesstvang og andre kauteler mot misbruk av retten, som alle dager har hørt med til den positive patentrett. Men også forskriften om at privat patentbruk er tillatt, og at visse oppfinnelser ikke kan patenteres, er utslag av samme tankegang. Det blir litt av en smaksak, når man bør snakke om innskrenkninger, og når om begrensninger av patentretten. Regelen om at eneretten bare gjelder i nærings- og driftsøiemed må helst betraktes som en del av rettens vesen, og det kan heller ikke godt kalles en innskrenkning i den, at enkelte oppfinnelser ikke kan patenteres. Alt dette er imidlertid uvesentlig. Derimot er det viktig å understreke at man ikke må betrakte de positive begrensningene som vilkårlige undtak fra en tenkt almindelig rett, og la dem friste slike reglers vanskjebne. Under ophavsretten til åndsverker gjorde vi front mot en lignende opfatning, som der har hatt adskillig makt, men som er ganske uhjemlet efter Å. I patentretten har ikke de individualistiske eiendomsforestillinger hatt tilsvarende tak, og derfor har sånne synspunkter ikke gjort sig gjeldende, iallfall ikke så høirøstet.

Som ved åndsverkene tror jeg det er klokt å behandle alle begrensningene av patentretten under ett, skjønt P. ikke gjør det. Det gir et overblikk og en forståelse av sammenhengen, som man ellers lett går glipp av. Regelen om at privat bruk er tillatt er imidlertid alt skildret som et ledd i rettens innhold, og budet om at en beskrivelse av alle patenter skal offentliggjøres er behandlet i paragrafen om patentets tilblivelse. Dem skal vi ikke gjenta. Den inndeling av stoffet som oversikten krever, kunde i og for sig tenkes foretatt ut

¹ Karakteristisk nok er det ikke den ensidige, individualistiske eiendoms tanke som særlig drev patentvernet frem, men den tosidige k o n t r a k t s t e o r i, hvor også samfundets interesse betones.

fra det synspunkt jeg antydet i begynnelsen: Uskyldige innskrenkninger i eneretten, begrensning av hensyn til andre oppfinnere, og til almenheten. Jeg tror dog det svarer sig bedre å bruke en annen gruppering: Først taler jeg om de oppfinnelser som av en eller annen grunn faller utenfor patentvernet (II). Så om tidsgrensen og patentgebyrene (III), og tilslutt om alle innskrenkningene i enerådigheten (IV).

II. 1. Undtatt fra patent er for det første «opfinnelser hvis utøvelse vilde stride mot lov, sedelighet eller offentlig orden». (P. § 1.) En lignende regel finnes i V. og M., og også fremmede patentlover pleier gjerne å uttale eller underforstå den. Derimot gav, som man kanskje husker, Å. ikke en sånn eksklusjonsforskrift. Grunnen er ikke at loven ser med blidere øine på litterære og kunstneriske attentater på sedeligheten enn på dem som skjer pr. oppfinnelse. Men i siste fall forutsetter beskyttelsen at det blir utstedt et offentlig patent på usedeligheten, og det anser man for å være under statens verdighet. Dessuten kunde det som den svenske Patent. bet. sier (s. 171), «lätt kunna uppfattas såsom ett legaliserande av uppfinningens användning och i reklamsyfte missbrukas». Efter østerriksk mønster hadde man også overveiet å ta med oppfinnelser som er sundhetskadelige, eller som åpenbart har til formål å villed almenheten. Utøvelsen av slike oppfinnelser vil dog regelmessig stride mot lov, sedelighet eller offentlig orden. Og er ikke dette tilfellet, «vil det ikke kunne betegnes som noen særlig ulempe om de blir patentbeskyttet, idet deres uhindrede tilvirkning derved kun vil bli vanskeliggjort». (Mot. P. s. 31.)

Det er utøvelsen av oppfinnelsen som må ha anstøtelig karakter. Med dette mener loven her som ellers at man «forferdiger, innfører, falholder, forhandler eller bruker oppfinnelsens gjenstand» (P. § 5). Redskap til forfalskning av melk, eller til å få råttent kjøtt til å se ut som friskt¹ kan således ikke patenteres, og heller ikke helvedesmaskiner. Men det er ikke nok at oppfinnelsesgjenstanden kan brukes i lovstridig eller usedelig øiemed; det kan jo de uskyldigste ting. Mot «lov» strider utøvelsen, når den under enhver omstendighet er forbudt; derimot ikke om bruken kolliderer med andres rett eller med særlig lovforskrift. Om landet har tobakksmonopol, er det derfor ikke noe i veien for å få patent på cigarettmaskiner,

¹ U n d é n s. 34.

og de avhengige patenter er fullgode eksempler på at man kan patentere oppfinnelser som ikke kan utøves uten samtykke fra andre.

Hvad som krenker sedeligheten er et skjønsspørsmål som de vekslende generasjoner svarer forskjellig på. I eldre tid vilde vel alle oppfinnelser av preventive midler være blitt vist tilbake som usedelige, mens dette ikke er så sikkert i våre dager.¹ Derimot vilde nok det norske patentstyre fremdeles reagere på samme måten som dets franske søsterinstitusjon gjorde i 1868, hvis et kyskhetsbelte med en særlig effektiv låsmekanisme blev presentert til patentering. (P o u i l l e t B. s. 130.)

2. Undtatt fra patent er videre «nærings-, nytelses- eller legemidler» (P. § 1), for såvidt selve produktene angår. Derimot kan man få patent på «den særskilte fremgangsmåte for fremstillingen» av dem. Bestemmelsen er hentet fra Tyskland, og vi har hatt den siden P. av 1885, hvis mot. begrunner den slik (s. 38): «Dels har disse gjenstander for samfundet i almindelighet og for den offentlige sundhetsplce i særdeleshed en så stor betydning at man ikke ved en enrettsbevilling bør utsette sig for muligheten av at man bidrar til å vanskeliggjøre deres tilgjengelighet eller forhøie deres pris, dels vilde et patent på sånne ting i særlig grad medføre fare for misbruk, derigjennem at det benyttedes til i egennyttig hensikt å føre et lett-troende publikum bak lyset. Begge disse betenkeligheter forsvinner, når ikke tingen selv, men alene den for dens fremstilling særskilt angitte metode er gjenstand for patent.» Under utarbeidelsen av vår nugjeldende P. var det langt fra enighet om å beholde denne undtaksregelen. Flertallet i patentlovkommisjonen holdt på den, og loven med dem, men et mindretall leverte et dissenterende votum som det er vanskelig å komme forbi. (Mot. P. s. 33.) Alle de argumentene som anføres mot å gi patent på nærings-, nytelses- og legemidler kan nemlig brukes mot alle slags patenter, hvis man da ikke sier likefrem og kynisk at særlig viktige oppfinnelser ikke må patenteres.²

¹ N. I. R. 1934 s. 49 gjengir en avgjørelse av patentstyrets 2. avdeling, som gikk ut på at en slik oppfinnelse iallfall kunde legges ut, idet man «ikke var tilbøielig til på forhånd å bedømme oppfinnelsens utøvelse som stridende mot sedelighet».

² De fleste land har lignende bestemmelser, helt eller delvis. I U. S. A. er de ukjent, og det samme standpunkt tok den svenske patent. bet. s. 181.

Hvad t o l k n i n g e n av regelen angår, slipper man heldigvis forbi det delikate spørsmål hvor grensen skal trekkes mellem næringsmidler, legemidler og nytelsesmidler. Over hele linjen er det visstnok forutsetningen at det er m e n n e s k e r som skal anvende midlene, og ikke dyr; det følger både av sprogbruken og av undtaksregelens formål.¹

3. Heller ikke «kjemiske forbindelser» kan man få patent på, men vel på en særskilt metode til å lage dem (P. § 1). Også i dette stykke har tysk rett tjent som mønster. Når man her og annetsteds har holdt kjemiske forbindelser utenfor patentvernet, er det ikke så meget av praktiske grunner som av logiske, eller om man vil «begrepsmessige»: Kjemiske forbindelser er ikke oppfinnelser men opdagelser, fordi det aldri er utelukket at samme forbindelsen alt forekommer i naturen.² Slik resonnererte også patentkommisjonen i sin praksis, skjønt P. av 1885 ikke gav uttrykkelig hjemmel for det. Da den nye P. blev drøftet, var det dog ikke så meget logiske som praktiske og sociale betraktninger der førte til at kjemiske forbindelser blev undtatt fra patent. Et flertall i patentlovkommisjonen fremholdt nemlig at man ved å gi «patent på selve den kjemiske forbindelse, uavhengig av fremgangsmåten, vilde legge en for sterk hemske på industriens utvikling. Ved å forbeholde den enkelte patentretten til selve det kjemiske stoff, således at han fordi han først har kunnet fremstille det ad én vei skal ha enebeskyttelse for stoffet, selv om andre senere fremstiller det ad andre uavhengige — kanskje billigere og bedre — veier, vilde man efter flertallets mening gå for vidt, idet det her gjelder stoffer hvis verdi og betydning for industrien og dens utvikling ofte ikke engang noenlunde lar sig bestemme på forhånd» (s. 32). Mindretallet vilde heller ikke undta kjemiske forbindelser fra patentvernet. Også for deres vedkommende mente man at patentrettens almindelige begrunnelse holdt stikk, og særlig fant man det vanskelig og grunnløst å behandle dem anderledes enn

¹ For legemidlenes vedkommende taler dog ordlyden nærmest i annen retning, men det er neppe avgjørende. Jfr. D a m m e s. 203—204. Det tyske Patentamt og fransk rettspraksis har et motsatt standpunkt, «*les hommes et les animaux étant égaux devant la pharmacie*» (P o u i l l e t B. s. 119). Fra praksis kan henvises til svensk HRD. i N. J. A. 1900 s. 266, og danske dommer i U. f. R. 1920 s. 245 og 637.

² Særlig K o h l e r gikk sterkt inn for dette.

mekaniske blandinger som lanolinen eller kruttet, som godt kunde ha vært patentert, om det ikke alt var oppfunnet. Det er da også flere land som har tatt dette standpunkt, f. eks. U. S. A., Frankrike og Sverige.

Som loven er blitt, er det imidlertid bare fremgangsmåten til å lage kjemiske forbindelser der kan patenteres. Men for å vurdere den praktiske betydningen av dette, så vel som av den tilsvarende regel ved nærings-, nytelses- og legemidlene — må man huske på forskriften i P. § 5, om at patentets virkning også strekker sig til de produkter som er fremstillet ved hjelp av metoden. Hvis det derfor ikke skal være patentinngrep å selge eller bruke sånne produkter, må de være laget ved hjelp av en annen fremgangsmåte enn den patenterte. Og det har gjerningsmannen bevisbyrden for etter P. § 41, når det er et «borgerlig rettskrav» der er tale om.

III. Tidsgrensen og patentavgiftene. 1. Grunnsetningen om at patentretten er begrenset i tid, er her som ved åndsverkene uttrykk for det kompromiss mellom opphavsmannens og samfundets interesser som retten hviler på. Men når vernet varer så meget kortere ved oppfinnelser, og regnes fra utferdigelsen av patentet og ikke fra opphavsmannens død, kommer dette av at komponentene i kraftparallelogrammet er så forskjellige.

Den individuelle komponent — hensynet til oppfinneren og hans rettferdige lønn — har ikke samme kraft, siden oppfinnelsen i høiere grad enn åndsverket bygger på tidligere åndsarbeide, og tidens almene kulturskatt i teknikkens verden. Den lære som oppfinneren bringer nasjonen, sier D a m m e (s. 407) «*just auf ungezählten früheren Erfindungen, die selber alle einmal neu und überraschend waren, mit der Zeit aber alt geworden, in den allgemeinen Denkschatz übergegangen sind, und noch im verschlissenen Gewande einer landläufigen Wahrheit erscheinen.*» Når så er tilfellet, ligger chancen nær for at samme oppfinnelsen kan bli gjort av andre, slik at oppfinnerens fortjeneste mere består i å påskynne utviklingen, enn å skape verdier som ellers aldri hadde kommet for dagen. Derfor bør man være varsom med å gi ham altfor langvarig enerådighet over oppfinnelsen. Dertil kommer at det personlige element i den er så utvannet at det ikke som ved åndsverkene er et rimelig krav at opphavsmannen skal ha kontroll over den sålenge han selv lever.

Til gjengjeld er den sociale komponent i parallelogrammet

desto kraftigere. I en tid da ikke bare de enkelte næringsdrivende anspenner sine krefter til det ytterste, men landene gjør det samme i konkurransekampen med hverandre, kan ikke eneretten vare lenger enn nødvendig for å gi oppfinneren høve til å høste rimelig vederlag for sin oppfinnelse, og for å stimulere oppfinneryrket overhodet. Nettop fordi oppfinnelsen fyller sin oppgave best, når den — i motsetning til åndsverkene — blir grunnlag for så mange forbedringer og nye oppfinnelser som mulig, er det dobbelt maktpåliggende å få den fri så snart råd er. Og materielle og økonomiske interesser har dessuten mere påtrengende styrke, eller får iallfall lettere ørensyld, enn åndslivets mere stillfarende ønske om å få beholde de verdier som det engang har fått adgang til.

I dette spørsmål som i så mange andre tok alt *Statute of Monopolies* et standpunkt som i grunnen er blitt patentrettens siste ord. Den lot vernetiden vare 14 år, og der omkring har den senere ligget.¹ Hos oss satte både den gamle og nye P. vernetiden til 15 år, men i 1923 blev den høinet til 17. I England kan High Court bevilge 5 eller 10 års forlengelse av den ordinære patentid, når den finner at *«the patentee has been inadequately remunerated by his patent»*. (Seksjon 18 i P.) Sånn adgang fins ikke hos oss, og som regel heller ikke annetsteds.

Det hører imidlertid til sjeldenhetene at patenter holder sig i live vernetiden ut. Det kommer av at beskyttelsen ikke er gratis, men betinget av visse avgifter, som også arter sig som en begrensning av eller en tyngsel på patentretten.

2. I alle land betaler oppfinnerne avgift for å få patent. I U. S. A. svarer de en sum en gang for alle, i England gjelder førstegangsavgiften for de første 4 år, men ellers er det nesten overalt å r s a v g i f t e r det er tale om. Noen steder — som i Frankrike — holder de sig konstante, men som regel er de progressive, stigende

¹ Det er mulig at man valgte tallet 14 fordi det var det dobbelte av den læretid som var almindelig i håndverket, og regnet dette for å være passende til at folk kunde ha lært kunsten av oppfinneren. Når imidlertid D a m m e (s. 407) fremdeles holder dette synspunkt fast, og mener at oppfinnelsen beskyttes så lenge *«als ihre Offenbarung der Nation als Lehrmittel zu dienen geeignet ist»*, er det åpenbart skjevt. Så tungnemme er ikke teknikkerne i våre dager at det tar dem 15—20 år å begripe en oppfinnelse. (Mellom disse tallene pleier vernetiden å ligge.)

fra år til år. Her i Norge koster patentene 30 kr. for det første år — de skal jo også inkludere avgiften for behandlingen — og 15 kr. for det annet. Så vokser avgiften med 5 kr. året til og med det femte år, med 10 kr. de følgende fem år, med 30 de neste fem og med 50 kr. de to siste årene. Holdes patentet ved makt vernetiden ut, betales det derfor tilsammen 1850 kr. For tilleggspatenter betales ikke særskilt avgift.

Lignende regler har man ikke ved åndsverkene. Her er rettsvernet fullstendig gratis, slik som det ellers er skikken i rettssamfundet. Derimot betales det avgift for mønstervern, og tildels også for varemerke- og firmaverret. Dette forklares til en viss grad ved at de er gebyrer for registreringen, og for de undersøkelser som går foran rettsbeskyttelsen. Patentavgiftene er dog for store til helt å kunne forsvares på denne måten, og progresjonen må under alle omstendigheter ha et annet grunnlag. Det er dem som ser avgiften som en særskatt på oppfinnerne, og bryter staven over den i den anledning. Men hvis skattetanken blander sig inn i motivering, er det iallfall bare i periferien. Hovedgrunnen til avgiftssystemet er det samme spendingsforhold mellom samfundet og oppfinneren, som skjærer dennes rett ned i tiden. Å gi oppfinneren eneretten til patentet er et offer fra almenhetens side, og skal der vises sånn resignasjon, må det iallfall være sikkert at oppfinneren har interesse i eneretten, og ikke sitter og stenger utviklingen i utrengsmål. Det er dette patentavgiftene sikter mot, og på en temmelig effektiv måte.¹ Når de er så moderate i førstningen, er dette en rimelig hensynsfullhet. Mange oppfinnelser trenger tid for å slå igjennom, og kapital er ikke alltid oppfinnerens sterkeste side. Når avgiften så øker med tiden, er det ikke bare fordi almenhetens utålmodighet vokser, men stikker også i patentenes stigende betalingsevne. Hvis patentet nemlig viser levedyktighet i mange år, er det regelmessig så verdifullt at det bærer den progressive avgiften med letthet.²

¹ D a m m e (s. 518) presser tanken altfor sterkt når han ser de årlige avgifter som en sikkerhetsstillelse fra patenthaverens side, «*dass er nicht unnützlich sein Ausschlussrecht aufrechterhalten will*». Da måtte han jo få pengene igjen hvis det viste sig at han virkelig hadde dradd nytte av oppfinnelsen i årets løp.

² Om ikke satsene allikevel er overdrevne er kanskje et spørsmål, særlig for småoppfinnelsene. Den nye tyske patentloven søker på forskjellig måte å lette avgiftsplikten for ubemidlede oppfinnere de første vanskelige årene (§ 11).

Noen virkelig plikt til å betale avgift har patenthaveren naturligvis ikke. Men han har den effektive opfordring til å gjøre det, at patentet ellers faller bort. I alle de land hvor patentavgiften ikke er bestemt en gang for alle, er det da også en stor sjeldenhet at de blir stående i registret vernetiden ut. Fra Tyskland beretter D a m m e (s. 411) at dette bare er tilfellet med $2\frac{1}{2}\%$ av dem, mens gjennomsnittsalderen for alle patenter bare er en fire-fem år. Til gjengjeld er det som vi så i § 4, ikke småsummer det kan bringes ut av de patentene som overlever skjærsilden.

IV. Innskrenkningene i enerådigheten. Patenthaverens enerett til å rå over oppfinnelsen i nærings- og driftsøiemed begrenses i P. på forskjellig vis. Dels må den tåle en viss innskrenkning helt fra fødselen, idet visse slags rådighet over oppfinnelsen er fri for almenheten, eller for folk i en særlig stilling. Dels må patenthaveren finne sig at utenforstående har rett til å kreve tvangslisenser som gir dem adgang til oppfinnelsen. Noen grunn til å understreke denne forskjellen er det dog ikke.¹ Det ene som det annet er en begrensnings av patenthaverens makt og myndighet, både økonomisk og rettslig sett.

1. «Førsels- og fremkomstmidler og dertil hørende innretninger kan uten hinder av patent brukes under forbigående tilstedeværelse her i riket,» sier P. § 6. Tilsvarende innskrenkning i patentrådigheten har de fleste land. Hensikten med den er, som den gamle patentlovkommisjon uttrykker sig, «å frigjøre den internasjonale samferdsel for et hemmende bånd», en bestrebelse som ikke er mindre priselig nu for tiden enn dengang. Men mens loven av 1885 efter tysk mønster bare lot regelen komme «skibsgjenstander» til gode, går P. dristigere tilverks, og lar den omfatte alle slags samferdselsmidler, til sjøs, til lands og i luften. Det er dog bare bruken² som dekkes av bestemmelsen, ikke annen utøvelse, f. eks. salg.

2. Den innskrenkning i enerådigheten vi nu talte om har ikke stor betydning. Den kan som nevnt sammenlignes med den uskyldige nyttesrett i tingsretten, eller med citatretten i åndsverkenes verden. Derimot er den såkalte forbenyttelsesrett en viktig og interessant begrensnings, som også er patentretten medfødt.

¹ Anderledes D a m m e (s. 418) som bebreider K o h l e r at han i sin tid kalte forbenyttelsesretten for en rettslig lisens.

² Oftest er jo denne privat, og har derfor ingen særlig lovhjemmel behov. Men for offentlige befordringsmidler står saken anderledes.

Om en arbeider eller industriherre på egen hånd når frem til den oppfinnelsen som en annen har patent på, er han avskåret fra å utnytte den, selv om det kan være aldri så hårdt for ham. Enda hårdere vilde det dog være om han måtte innstille en bruk som han alt var begynt på, etterat han har vært først på plassen med sin oppfinnelse, eller fått den overlatt av andre. Ganske visst ser lovgiveren helst at oppfinneren melder sin oppfinnelse til patent; men også den som utnytter den i hemmelighet har erhvervet sig et retts gode, som ikke i utrengsmål bør tas fra ham. Og når patenthaveren krever full enerett fordi oppfinnelsen har gjort ham til nasjonens lærer, kan «forbenytteren» svare at han ingen lærdom har fått, for det visste og praktiserte han i forveien. (Jfr. D a m m e s. 416.) De aller fleste patentlovene lar derfor den som alt har utøvet oppfinnelsen få fortsette med det, og selv der loven tier — som i Frankrike — kommer man til samme resultat, fordi han ved utøvelsen har skaffet sig en «*droit acquis, et qu'il est de principe qu'aucun fait ultérieur ne peut préjudicier à un droit acquis*» (P o u i l l e t B. s. 541).

Vilkårene for forbenyttelsesretten er etter P. § 7 at man «førenn patentkrav på en oppfinnelse av en annen blev inngitt, hadde utøvet oppfinnelsen innen riket, eller truffet de dertil fornødne foranstaltninger». Utøvelse betyr her som ellers å forferdige, falholde,¹ forhandle eller bruke oppfinnelsens gjenstand (P. § 5); innførsel av den blir det derimot ikke tale om, siden utøvelsen må ha skjedd «innen riket». Likestillet med utøvelse er at «de dertil fornødne foranstaltninger er truffet». I Tyskland har man forstått dette slik at det må være tatt skritt på det tekniske område, og med oppfinnelsens umiddelbare utøvelse for øie, f. eks. bygging av en fabrikk eller anskaffelse av maskiner, modeller eller tegninger. Derimot er det ikke nok at det er sluttet kontrakter med tanke på å nytte ut oppfinnelsen (D a m m e s. 420). Denne tolkningen svarer til grunnlaget for regelen, og er visstnok riktig i Norge også.² At utøvelsen skal ha funnet sted «i nærings- eller driftsøiemed» krever P. ikke. En utøvelse til eget eller

¹ Den danske P. gir bare forbenyttelsesrett til den som har «tatt oppfinnelsen i bruk», og ikke til den som har holdt den til salgs. Jfr. HRD. i U. f. R. 1923 s. 498.

² En slik bruk som loven tenker sig vil naturligvis ofte ha vært offentlig, og da behøves jo ingen forbenyttelsesrett å falle tilbake på. Det patent som måtte være gitt er nemlig ugyldig, fordi det ikke er nytt.

husstandens behov har samme virkning.¹ Heller ikke står det i loven at forbenytteren må ha vært i *g o d t r o*. Mot. P. (s. 47) går imidlertid ut fra at dette forstås sig av sig selv, sånn at den som har stjålet oppfinnelsen, eller kommet i besittelse av den på annen uredelig måte, ikke nyter godt av bestemmelsen. Slik oppfatter man også den danske loven (U. f. R. 1923 s. 722), og den tyske (D a m m e s. 419).²

Den som har erhvervet forbenyttelsesrett har «uten hinder av patentet rett til å utnytte oppfinnelsen i eget eller fremmede verksteder, forsåvidt det er nødvendig for hans egen virksomhet». Hvis oppfinnelsen har vært utøvet i en fabrikk, er det eieren som har retten, og ikke de enkelte arbeidere eller funksjonærer. (D a m m e s. 421.) Den er strengt begrenset til *s a m m e o p p f i n n e l s e s g j e n s t a n d* (se § 24), men det er ikke noe i veien for at oppfinnelsen blir utnyttet i annen målestokk enn før, som når virksomheten utvider sig, eller den på forhånd bare har vært anvendt til privat bruk. Det er heller ikke utelukket å la oppfinnelsen utøve i fremmede verksteder, men bare når den egne virksomhet krever det. Sammenhengen mellom utøvelsesretten og virksomheten holder P. også fast, når det er tale om rettens overgang til andre. I og for sig lar dette sig gjøre, men bare sammen med virksomheten. At kreditorene skulde kunne legge beslag på forbenyttelsesretten på lettere vilkår, er selvsagt utelukket.

Når et utenlandsk patentkrav har prioritetsrett her i Norge i kraft av Pariskonvensjonen, opstår særlige spørsmål om når forbenyttelsesretten daterer sig. Dem skal vi komme tilbake til i den «internasjonale patentrett» (§ 28).

3. Mens de innskrenkningene i enerådigheten vi hittil har talt om har hatt ulike rettsgrunnlag, er det samfundsmessige hensyn i aller egentligste forstand som ligger bak P.'s regler om de *t v u n g n e l i s e n s e r*.

Sålenge patenter har eksistert, har tanken på at samfundet og særlig industrien skal dra fordel av dem vært et viktig element i deres begrunnelse, og også satt preg på reglenes positive utformning. *Statute of Monopolies* satte det således som en betingelse at de ikke

¹ Mot. P. s. 46, jfr. D a m m e s. 421. Det svenske lovutkast av 1919 krevet derimot at utøvelsen måtte ha vært «*annorledes än för sitt personliga behov*» (§ 53).

² Jfr. også P o u i l l e t B. s. 547. Østerrikes lov og det svenske utkast av 1919 sier uttrykkelig at god tro er nødvendig.

måtte være «*contrary to the law nor mischievous to the State, by raising prices of commodities at home, or hurt of trade, or generally inconvenient*». Samme tankegang gjorde den franske P. av 1791 til sin, skjønt den begynte med å proklamere patentretten som en hellig «*propriété*». I moderne rett gir vel ingen lov så tydelig uttrykk for den sociale siden ved patentretten som den engelske,¹ slik som dens seksjon 27 lyder etter forandringene i 1919 og 1932. I en lang rekke tilfelle kan interesserte klage til «*the comptroller*» over misbruk av patentretten, og det synspunkt disse skal sees under gir loven klart og tydelig uttrykk for: «*Provided that, for the purpose of determining whether there has been any abuse of the monopoly rights under a patent, it shall be taken that patents for new inventions are granted not only to encourage invention but to secure that new inventions shall so far as possible be worked on a commercial scale in the United Kingdom without undue delay*».

Det er et utpreget samfunnsøkonomisk, eller rettere nasjonaløkonomisk, syn på patentinstitusjonen, disse siste ordene gir uttrykk for: Patentretten er et våben i den nasjonale industris konkurranse med utlandet, og reglene må innrettes derefter. I patentrettens historie har denne tankegang gitt sig mangehånde utslag. Viktigst er kanskje *utøvelses tvangen*, som første gang blev knesatt av Frankrikes P. av 1791,² men som en rekke land senere tok op. Den går ut på at patentretten fortapes hvis oppfinnelsen ikke blir utøvet i innlandet, i rimelig omfang og på forsvarlig måte.³ En egen variant av *utøvelses tvangen* er regelen i den tyske P. § 15 om at patentet kan tas tilbake, når det bare utøves utenfor Tyskland. I samme gate ligger også en regel som ennå finnes i den franske lov, om at patenthaveren mister sin rett hvis han fører inn i Frankrike ting som er fabrikkert i utlandet, og som dekkes av patentet (§ 32).

¹ Selv ikke den nye tyske P. kan visstnok sammenlignes med den engelske i dette stykke.

² Tanken selv er eldre, i grunnen like gammel som selve patentretten, hvis «*notwendige Kehrseite*» man har kalt den (D a m m e s. 27). Men mens man i England ikke hadde følt behov for å uttale den, dels fordi man fant den selvsagt, og dels fordi England som det ledende industriland ikke risikerte *utøvelse utenlands*, stod saken anderledes i Frankrike, hvis industri skulde støttes og hjelpes.

³ En tydelig parallell er regelen i bergverkslovens § 30 som lar en mutet grube falle i det fri hvis den ikke holdes uavbrutt i drift.

De ekspropriasjonsregler som mange patentlover stiller op, bør også nevnes i samme forbindelse.

Mot utøvelses tvangen og hvad dermed står i forbindelse, har det imidlertid vært ført kamp i lengere tid. Særlig ut fra liberal handelspolitikk, som imidlertid akkurat nu har vanskelig for å gjøre sig gjeldende, men også fra andre utgangspunkter. Det har vært fremhevet at utøvelses tvangen kan være et tveegget sverd i næringspolitisk henseende; når den således har tvunget den tyske kjemiske industri til å oprette filialer i Frankrike, har den vært en hindring for at landets egen industri kunde komme op. Utøvelses tvangen er videre et plumpt og uelastisk instrument, og kan med fordel erstattes av andre midler som næringspolitikken rår over, tollpålegg, eksportpremier, skatteforanstaltninger o. s. v. Viktigere er imidlertid påvisningen av at den innskrenker patentretten i videre omfang enn nødvendig, idet et system med *t v u n g n e l i s e n s e r* fører til samme resultater på en lempeligere måte. Det ene land efter det annet har derfor gitt utøvelses tvangen mere eller mindre på båten, og latt tvangslisenser tre isteden.¹ Lærerik er den utvikling som Pariskonvensjonen har løpt gjennom i dette stykke. Oprinnelig overløt den helt til unionslandene å bestemme følgen av at patentet ikke blev utøvet, så vel som av andre misbruk av retten. Ved revisjonen i Bryssel år 1900 kom det inn i slutningsprotokollen at patentet ikke kunde forbrytes før 3 år var gått, og bare hvis innehaveren ikke gav gyldig grunn for sin uvirksomhet. På Washingtonkonferansen i 1911 rykket denne regelen inn i konvensjonens art. 5, og ved revisjonen i Haag i 1925 blev den endret derhen, at unionslandene ikke kan la patenter falle bort som ikke utøvet, medmindre det må antas at tvangslisenser ikke vil rette på forholdet. Endelig føide man til på Londonkonferansen i 1934, at det ikke kan reises sak med påstand om fortapelse før det er gått 2 år siden tvangslisens blev meddelt.

Her i Norge hadde vi utøvelses tvang helt til 1910. I privilegietiden hvilte den på et stående forbehold i patentbrevene om at «patentet blir ugyldig, såfremt oppfinnelsen ikke innen 2 år fra patentets utferdigelse bringes i utøvelse her i riket.» P. av 1885 bestemte så i § 25 at et patent kunde opheves ved dom, hvis oppfinnelsen i 3 år ikke hadde vært utøvet her i riket ved fabrikasjon eller salg; patentkommissjonen kunde dog dispensere fra dette. I vår nuværende P.

¹ I Tyskland skjedde det i det vesentlige i 1911.

er imidlertid all egentlig utøvelses tvang falt bort. Alt efter l. av 1885 var plikten nokså utvannet, siden det var nok å holde patentgjenstanden tilsalgs (Mot. P. s. 48). Og under særlig henvisning til den strømning i moderne patentrett som nettopp blev skildret, mente patentlovkommisjonen at man kunde komme alle berettigede hensyn imøte, ved å åpne adgang til tvangslisenser i passelig utstrekning. Tre grupper av tilfelle kommer her i betraktning, og vi skal se på dem efter tur:

a) «Uten patenthaverens samtykke kan patentert oppfinnelse, når kongen så fastsetter, mot erstatning utøves av det offentlige, eller til et formål som har almen interesse og fremmes ved tiltak av det offentlige.» (P. § 8.) Før 1936 var regelen trangere, idet oppfinnelsene bare kunde «brukes av det offentlige». Nu er også annen patentutøvelse kommet til, bl. a. import av patentgjenstanden.¹

Den som skal få adgang til å utøve oppfinnelsen må enten være staten selv, eller også et tiltak som f. eks. kringkastingen, der fremmes av det offentlige og har almen interesse. Og den rett som erhverves går ikke lenger enn til å utøve oppfinnelsen selv, altså det man kaller en enkelt l i s e n s. (Se neste paragraf.) I noen land antas det at staten har en slik adgang i kraft av sin almindelige høihetsrett,² men hos oss krevet den positiv lov, idet staten ikke står i noen særstilling i forhold til patentretten.

Adgang til å kreve u t e l u k k e n d e l i s e n s til å utøve oppfinnelsen har staten ikke efter § 8. Heller ikke til å ekspropriere retten, eller til å stille oppfinnelsen til rådighet for almenheten. Slik adgang har man i de fleste andre land. Den svenske lovens § 17 bestemmer således at patentet kan «upplåtas till allmänhetens fria begagnande eller utövas för statens räkning» når kongen finner det nødvendig,³ og i en rekke andre land har det offentlige en vidtgående ekspropriasjonsrett.⁴ Denne siste idé blev i sin tid drøftet av den gamle patentlovkommisjon, men avvist temmelig blankt. Tanken

¹ Foranledningen til loven var at kringkastingen klaget over at patenthaverne holdt prisene på radiorør så høie her i landet, mens de i U. S. A. lå betraktelig lavere, fordi patentene der var løpt ut.

² D a m m e s. 445.

³ Den danske lovs § 8 krevet at slike foranstaltninger blir gjennomført ved lov.

⁴ Østerrike, Russland, Holland, Meksiko, det svenske utkast av 1919.

hadde ganske visst, sies det, vært fremme i et fransk lovforslag av 1858, men «finnes ikke optatt i noe nyere lovarbeide, og fortjener visstnok heller ikke noen oppmerksomhet». Siden den tid har eksklusjonsinstituttet som bekjent ikke ligget på latsiden. I alle land og på de fleste rettsområder har det gjort sig gjeldende. Særlig når man husker at det er tatt i bruk av Å., er det en anomali at det er ukjent i patentretten, hvor det iallfall ikke er mindre bruk for det.

b) Større bærevidde har regelen i P. § 9 1. ledd, som efter 1936 lyder slik: «Hvis en patenthaver efter forløpet av 3 år fra patentets utferdigelse ikke selv eller gjennom andre i rimelig omfang har bragt oppfinnelsen til utførelse innen riket, og han ikke kan fremføre gyldige undskyldende omstendigheter som grunn for sin undlatelse herav, er han pliktig til på forlangende å gi andre tillatelse til mot vederlag å bruke oppfinnelsen for sin virksomhet (lisens).» Som man ser er det de skuffede forventninger om at patentet skal gagne den nasjonale industri, der her gjør sig gjeldende.

Hovedvilkåret for å anvende regelen er at oppfinnelsen ikke er bragt «til utførelse i rimelig omfang innen riket». Å bringe oppfinnelsen til utførelse er ikke det samme som å «utøve» den efter lovens § 5. Salg og import er ikke utførelse. Det kreves «enten forferdigelse av den beskyttede gjenstand eller anvendelse av den beskyttede fremgangsmåte» (Mot. P. s. 31). Dette må ha funnet sted innenfor Norges grenser, og «i rimelig omfang». Med dette mener Mot. P. (s. 49) «at oppfinnelsen må være bragt til utførelse på en måte som er reell og motsvarer det behov som i vedkommende branche billigvis gjør sig gjeldende». Om det er eieren selv eller lisenstagere som lar gjenstanden fabrikere her i landet er likegyldig, mens det ikke beskytter patenthaveren mot tvangslisens, at det innenlandske behov stilles tilfreds gjennom import.¹ Heller ikke at der fabrikeres alt som kan få avsetning, hvis prisen er så høy at den virker prohibitiv, eller iallfall senker efterspørselen urimelig sterkt.

Videre er det en betingelse for tvangslisens at det er gått 3 år siden patentet blev gitt, og at patenthaveren ikke har gyldig grunn for sin uvirksomhet. Denne siste tilføielsen blev gitt i 1936, for å sette Norge i stand til å ratifisere Haagkonvensjonen av 1925. Ifølge

¹ Når bare 5—11 % av landets forbruk av radioapparater blev laget innenlands, fant patentstyret i en avgjørelse av 25. oktober 1933 (N. I. R. 1934 s. 46) at vilkårene for tvangslisens var tilstede.

patentstyrets begrunnelse for forandringen bør det stilles «rett strenge fordringer til patenthaverens legitimasjon av grunnene til hans undlatelse». Pengemangel, ja selv sykdom er således ikke nok. Og ikke i noe tilfelle kan man tvinge sig til mere enn en enkelt lisens, en «tillatelse til mot vederlag å bruke oppfinnelsen».

c) En lignende adgang til å kreve tvangslisens har endelig den som sitter med et avhengig patent på en oppfinnelse, men ikke kan få brukt det fordi hovedpatentet står i veien: «Likeledes er innehaveren av et eldre patent, når 3 år er forløpet fra dets utferdigelse, pliktig til mot vederlag å gi lignende adgang til å bruke patentet til den som har et senere patent på en oppfinnelse der er av særlig viktighet for industrien, men som ikke kan tilgodegjøres uten bruk av det eldre patent» (§ 9, 2. ledd).

Tilsynelatende er det ikke almene, men særlige interesser som står bak denne bestemmelsen. Men ser man nærmere til, skinner samfunnsinteressen også her gjennom. Det er nemlig mindre for den avhengige oppfinnelses egen skyld tvangslisensen er der, enn for å hindre at hovedopfinneren får anledning til å stenge utviklingen på det område hans patent gjelder. (Mot. P. s. 49.) Det kommer tydelig frem i regelen om at tilleggsopfinnelsen må være «av særlig viktighet for industrien», for å kunne tvinge sig frem til lisens.¹ Er både hoved- og tilleggsopfinnelsen bagatellmessige, er det ikke plass for den, selv om forbedringen er aldri så vesentlig i forhold til hovedopfinnelsen.

Hvis avhengighetspatentet gjennom tvangslisens har fått adgang til hovedopfinnelsen, har den som sitter med stampatentet «på sin side rett til mot vederlag å bruke den senere patenterte oppfinnelse». Dette er en rimelig motforanstaltning, for å bringe likevekt i konkurransen. Noe selvstendig krav på tvangslisens overfor forbedringer har hovedopfinneren derimot ikke, og det vilde heller ikke være rimelig å gi ham. Når tilleggsopfinneren ikke krever lisens av ham, kan jo hovedopfinneren, som Mot. P. (s. 49) sier, «utøve sin oppfinnelse således som denne er blitt patentbeskyttet, uten hensyn til senere forbedringer».

Den tillatelsen til å utøve oppfinnelsen som P. § 8 taler om, er det kongen som gir. Om vilkårene for de egentlige tvangslisenser

¹ Hverken denne slags tvangslisens eller den foregående kan settes i verk overfor staten hvis den sitter med en oppfinnelse. § 9, 4. ledd.

er tilstede, avgjøres derimot av patentstyrets annen avdeling. Innen 3 måneder kan man dog bringe avgjørelsen inn for domstolene, «forsåvidt gjelder spørsmålet om den forståelse av loven som ligger til grunn». Patenthaverens vederlag, enten det er det offentlige eller en privatmann som får adgang til oppfinnelsen, fastsettes «i mangel av minnelig overenskomst ved skjønn av uvillige menn» (§ 10).¹ Det kan være en sum en gang for alle eller en avgift for bruken. Hvis partene er enig om det, kan også patentstyrets annen avdeling bestemme vederlaget.

4. De innskrenkninger i enerådigheten som nu er behandlet er uttømmende. Særlig må det understrekes at det hverken er adgang til tvangslisenser eller til andre inngrep, utenfor de tilfelle som P. regner op. Og der hvor loven løsner på eneretten, er det utelukkende enkle lisenser, og ikke noe annet, den gir anvisning på.

Sammenligner man vår P. med andre lands rett, og tildels også med P. av 1885, må det slå en at den gjennomfører enerettsprinsippet temmelig eksklusivt og stramt, og er forholdsvis lite lysten på å bøie og lempe det av hensyn til samfundsinteresser av annen art. Den gamle P. § 9 gav således adgang til å stille patenterte oppfinnelser til «avbenyttelse for private» gjennom kgl. resolusjon, hvis de var «av vesentlig betydning for en eller annen næringsvei». Dette blev strøket i den nuværende lov, fordi man mente at tvangslisens for avhengighetspatenter kunde klare sig. Går vi så til Tyskland, finner vi at tvangslisensene har et langt videre omfang enn hos oss. Ganske visst forekommer de også her bare som enkle lisenser, men til gjengjeld kan de gis overalt hvor patenthaveren nekter andre å bruke oppfinnelsen mot et passende vederlag, hvis «*die Erlaubnis geboten ist, um die Belange der Volksgemeinschaft zu wahren*».² Ikke mindre lærerik er den engelske rett, slik som den foreligger idag. Under fellesnavnet «*abuse of the monopoly*» regner P. seksj. 27 op 6 forskjellige forhold som kan bli skjebnesvangre for den ubetingede enerett. De tre første av dem svarer så noenlunde til hvad vi kjenner fra Norge. Den fjerde form for misbruk består i at «*the trade or industri of the U. K. or the trade of any person*

¹ Se som eksempel to avgjørelser i N. I. R. 1935 s. 177 og 178.

² Dette forstås meget vidt (D a m m e s. 536). Også det svenske utkast av 1919 foreslo adgang til tvangslisens overalt hvor «ett allmänt intresse» krever dette.

or class of persons trading in the U. K., or the establishment of any new trade or industri in the U. K. is prejudiced» ved at lisens blir nektet, og det er i offentlighetens interesse at det skjer forandring i dette. Misbruk nr. 5 er å knytte slike betingelser til lisensene at industrien eller enkeltpersoner blir *«unfairly prejudiced»* ved det, og nr. 6 å bruke patentretten til å virke skadelig inn på salget eller fabrikkasjonen av ting som ikke er patentbeskyttet, men som anvendes ved den patenterte metode. For å avhjelpe disse misbruk forordner loven en rekke midler: enkle lisenser eller eksklusive, tilbakekallelse av patentet eller innrømmelse av såkalte *«licenses of right»*, som gir alle og enhver rett til å bruke oppfinnelsen på de vilkår som *the comptroller* har fastsatt.¹

Jeg tør ikke si om man i praksis har følt behov for å få gjort innskrenkningene i patenthaverens enerådighet større og mere elastiske hos oss. Den adgang til tvangslisens som loven åpner når oppfinnelsen ikke blir utført her i landet, har iallfall ikke vært meget brukt. Først i 1931, etterat loven hadde virket over 20 år, blev de to første kravene reist, og de blev begge innvilget i 1933. Heller ikke i utlandet synes tvangslisenser å være hyppige. I Tyskland blev det således bare gitt 14 stykker av dem i årene 1911—1925 (D a m m e s. 548).

En egen slags «patentmisbruk» faller utenfor den norske som de fleste andre patentlover: Patenthaveren utbytter publikum gjennom de priser han holder. Her som ved åndsverkene ligger denne muligheten nær, fordi det er enerett ophavsmannen er utstyrt med. Og helt fra patentenes morgen har lovgivningen vært opmerksom på faren. Ikke desto mindre går P. forbi spørsmålet, når bortses fra at overdrevne priser kan gi anledning til tvangslisens, hvis de har resultert i at oppfinnelsen ikke er blitt utført i rimelig utstrekning i vårt land. Dette betyr dog ikke at almenheten og det offentlige står vergeløse ellers. Det får vi anledning til å vise når vi kommer til forholdet mellom åndsretten og de almene regler i konkurranseretten, nærmere bestemt til reglene om priskontroll og utilbørlig prisberegning.

¹ Den tyske P. § 14 søker å opmuntre patenthaveren til å erklære sig beredt til sånne lisenser ved å sette patentavgiftene ned til det halve for den som gjør det.

§ 26.

Patentrettens overgang og ophør.

I. Hvis patenthaveren ikke kunde overlate sin rett til andre, vilde den ofte være lite verd for ham. I patentrettens barndom var det kanskje almindelig at oppfinneren utnyttet patentet selv, men når industrien står i kapitalismens tegn, sånn som nu, blir dette en sjelden undtagelse. Patenteringen blir jo temmelig dyr hvis den skal gjennomføres i mange land, og den efterfølgende finansiering og propagandering er ikke billigere. Skal oppfinneren dra nytte av sitt patent må han derfor ta pengefolk med, eller han må overdra sin oppfinnelse helt til dem.

Sånn overdragelse støter heller ikke på vanskelighet, fra et rettsstandpunkt sett. Når det gjelder ophavsretten til åndsverker, gjør den personlige siden av retten adskillig motstand mot fri overdragelighet, som vi så i § 12. Men patentretten ter sig i dette stykke ikke anderledes enn formuerettigheter flest. Før patent er tatt ut, har ganske visst også oppfinnerretten en ideell side, som ikke må glemmes. Men når patentet er en kjensgjerning, og oppfinnerens navn eventuelt nevnt i patentbrevet, er hans ideelle interesse på det nærmeste uttømt. Spesielt kan han ikke av «moralske» grunner protestere mot at oppfinnelsen blir brukt i forvansket skikkelse, og heller ikke med rimelighet forlange at hver eneste utøvelse av patentet skal skje under påkallelse av hans navn — som en ophavsmann til åndsverker kan.

Den gamle patentlovkommisjon gikk da også ut fra som selvsagt at patentretten «i enhver henseende er å betrakte som en annen formuesgjenstand; den kan overdras til andre gjennom salg eller gave, den kan være gjenstand for utlegg og auksjon, og overgår til oppfinnerens arvinger efter lovens almindelige arveregler». (S. 42.) Det samme syn har også vår nuværende P. Den sier det ikke rent ut, men forutsetter det utvetydig, dels ved sine regler om eksekusjon (§ 4) og frivillig overgang (§ 12), dels også ved talende taushet, særlig m. h. t. arvereglene.

II. Overgang ved avtale. 1. At dette kan skje, og det såvel «helt som delvis», er forutsatt i P. § 12. Det «delvise» kan her som ved åndsverkene ligge i at man trekker grenser i tiden eller rummet,

eller nøier sig med å overdra retten til enkelte slags utøvelse, men ikke til andre. Også retten til fremtidige patenter kan være gjenstand for overdragelse, men selvsagt innenfor ærbarhetens ramme. Også bruksrettigheter og andre «særlige rettigheter» kan skilles ut fra patentretten; lisensretten, som vi taler om i III, kan således godt kalles for en bruksrett. Hvad pantstillelse angår, er heller ikke dette utenkelig, og det er sikkert et visst behov for det. Men pantelovens krav til besittelsesovergang hindrer den fra å få full rettsvirkning, her som ved åndsverkene.

2. Det kreves ingen former for å overdra patentrett. For den saks skyld kan det også skje stilltiende. I åndsverkens verden lå, som man kanskje husker, fristelsen nær til å se ophavsretten overdradd når originaleksemplaret blev solgt. Men det står visst klart for alle at de ikke har kjøpt Gillettepatentet, om de anskaffer et barberblad til 25 øre.

3. Som ved ophavsretten skjer også patentrettens overgang av sig selv, straks avtalen om den er kommet i stand. Noen grunn til å gjøre saken vanskeligere, ved å sondre mellom en foreløbig «kausaltrettshandel» og en efterfølgende «overføringsrettshandel» er det ikke, enda mindre enn når det gjelder legemlige ting. Og er først retten erhvervet, står den sig regelmessig i alle kollisjoner, enten oppfinneren selger den påny til godtroende tredjemann eller det er hans kreditorer eller konkursbo som vil legge sin hånd på den.¹ Et viktig undtak gjør dog P. § 12, for å trygge omsetningen av patentrettigheter. «Frivillig overdragelse, helt² eller delvis, av patent har ingen rettsvirkning overfor godtroende tredjemann, førenn overdragelsen er meldt til registrering» i patentregistret.

Det er prinsippene fra tinglysingsvesenet og fra skibsregistrert som her er ført over til patentretten. Registreringen — eller rettere meldingen til patentstyret — er således ingen form, men et vilkår for fullt rettsvern. Overfor kreditorer og konkurs er den ikke nødvendig, og heller ikke har den noe å si når tvungne rettsstiftelser kolliderer. Hvis det derimot er frivillige overdragelser som støter sammen, går den foran som først melder sin rett, hvis han var i god tro da han erhvervet den.³ Da lovene om industrielt rettsvern var

¹ Se foran i § 12, U n d é n s. 78. E b e r s t e i n: Im. rätt. s. 41, noten.

² t'en kunde man godt være foruten.

³ Jfr. regelen i den nye tinglysingsloven § 21.

under revisjon litt efter århundreskiftet, kastet justisdepartementets lovavdeling frem tanken om at patentregistret og de tilsvarende registre burde tre helt i panteregistrets sted, når det gjaldt rettsstiftelser i åndelige rettigheter. Patentlovkommisjonen var dog enstemmig imot dette (Mot. P. s. 51), og fikk sin vilje gjennom. Ikke desto mindre forekommer tanken mig helt rasjonell. Det er sikkert den vei man i fremtiden må slå inn på, hvis man vil gjøre rettsstiftelser i åndsrettigheter like sikre og trygge som når det gjelder skib eller fast eiendom.

4. Hvor langt overdragelsen rekker blir det tolkningens sak å finne ut. Ikke minst når det er tatt ut tilleggspatenter, eller dette senere blir gjort, kan det være tvilsomt om også retten til disse skal anses for å følge med. Virkningen av en overdragelse er at patentretten føres over til erhververen. Ikke alene kan han utøve den positive rådighet over oppfinnelsen, men også brudd på eneretten kan for fremtiden bare påtales av ham.

III. 1. En meget praktisk måte å utnytte patentretten på er å slutte lisensavtaler om den.¹ Ved en sann avtale er det ingen enerett som går over på erhververen, hverken hel eller delvis, men han får, som P. sier «adgang til å bruke den patenterte oppfinnelse» (§ 12). Til fordel for ham løsner altså patenthaveren litt på eneretten, og avstår fra å bruke den forbudsrett som patentet gir ham. I eldre fransk litteratur talte man derfor heller om «tolérance» enn om «licence», og dette navnet var i grunnen svært rammende.²

Også i opphavsretten til åndsverker hørte vi tale om lisenser,

¹ I Belgia har man regnet ut at det går 99 lisenser på hvert salg av patentrett (P. i. 1935 s. 201).

² Terrell gir følgende malende skildring av forskjellen mellom overdragelser og lisenser: «*There is a fundamental distinction between an assignment of a patent and a license under a patent. By the former the assignee stands in the shoes of the assignor, and is fully entitled to deal with the patent and to sue in respect of infringement thereof. A licensee on the contrary, is merely permitted to do acts, which would, but for the license, be prohibited, that is to say, to use the invention, as distinct from using the monopoly right which was conferred upon the patentee in respect of his invention*» (s. 230). Jfr. også Pouillet B. s. 430. For å belyse forholdet mellom patentrett og lisensrett griper den svenske patent. bet. til analogier fra tingsretten. Lisensretten sies å ligne «nyttjanderätt til lös sak», eller «rätt at jaga eller fiska å annans faste egendom». Det er noe riktig i disse bilder, men ikke svært meget.

men ikke i svært stor utstrekning, fordi det oftest er en praktisk forutsetning for å utnytte verkene, at man sikrer sig eneretten til dem. På en måte er dette skade, fordi lisensmeddelelser i grunnen er den adekvate utnyttelsen av sånne rettigheter som patentretten og ophavsretten. Takket være lisensene vender nemlig oppfinnelsen på sett og vis tilbake til samfundet, og får i gang den konkurranse som patentet prinsipielt setter bom for. D a m m e har derfor rett når han sier om «lisensiatene», at de danner «*eine Brücke vom ausschliessenden Patentinhaber zum freien Gewerbebetrieb*» (487).

Av lisenser fins det to slags, de enkle og de utelukkende. I siste fall har patenthaveren gått med på at han ikke skal gi noen annen rett til å bruke oppfinnelsen.¹ K o h l e r mente i sin tid at slike avtaler aldri var lisenser, men virkelig overdragelse av patentretten; men nu for tiden er de fleste enig om at det behøver de ikke være.

2. Om formene for lisensavtalene gjelder det intet forskjellig fra avtalene om overdragelse. Heller ikke her blir det regelmessig tale om å sondre mellom kausalrettshandel og overføringsrettshandel. Enda mindre grunn er det til å kalle hele lisensretten for «obligatorisk», og i den anledning nekte den rettsbeskyttelse, både mot patenthaverens kreditorer, konkursbo og godtroende kjøpere av patentretten. Den rett til å bruke oppfinnelsen som lisenstageren har sikret sig har ingenting å gjøre med motsetningen mellom obligatorisk og tinglig rett, og hverken teoretisk eller praktisk er det grunn til å la den dele skjebne med fordringene, som ofte må stå tilbake for andre og sterkere rettigheter. Dette gjelder ubetinget for de utelukkende lisensene; men heller ikke de enkle står i annen stilling.² Hvis lisensretten kolliderer med godtroende tredjemann som har erhvervet patentretten uten å kjenne til forholdet, må den derimot være meldt til patentregistret for å stå sig. (§ 12, annet ledd, og Mot. P. s. 51.)

3. Rammen for lisensretten finner man ved å tolke den avtalen den hviler på. Når ikke annet er sagt, er enkle lisenser gjerne knyttet

¹ Om han har forbeholdt sig å bruke den selv, kalles lisensen allikevel for utelukkende.

² I Sverige anser man den enkle lisens for bare å ha «obligatorisk» virkning. Visstnok også i Tyskland, skjønt tendensen går i «tinglig» retning, iallfall for de utelukkende lisensers vedkommende. D a m m e s. 490.

til bedriften, og kan ikke overdras uavhengig av denne.¹ Utelukkende lisenser kan derimot ofte overdras til andre, eller gi anledning til utdeling av underlisenser.

Et viktig spørsmål er det om lisenstageren har rett til å påtale patentinngrep som andre gjør sig skyldig i, for derved å forsvare sine egne interesser. Er lisensen enkel, er det nokså klart at det har han ikke. Han har ingen rett til å beklage sig om patenthaveren gir nye lisenser, og da bør han heller ikke kunne optre om innehaveren av patentet overser eller tolererer angrep på det. Men heller ikke ved de utelukkende lisenser skulde saken i prinsippet stå anderledes. Forskjellen mellom disse og de rene og skjære overdragelser var jo nettop at lisenstageren ikke «stod i patenthaverens sko» forsåvidt forbudsretten angår, og at «*no rights can be conferred as between the licensee and the public.*» (Terrell s. 230.) Imidlertid må man her være meget forsiktig med å la uttrykksmåten gå foran det som partene virkelig har ment. Særlig hvis den såkalte lisens er så utelukkende at ikke engang patenthaveren selv kan bruke opfinnelsen, vil det være en høist eiendommelig ordning at han overdrar den «*aktive Nutzrecht*» med hud og hår, men forbeholder sig selv den «*negative Schutzrecht*», som han under disse omstendigheter har svært liten interesse av å forsvare. Det har derimot lisenstageren, og derfor må det i tvilstilfelle antas at han også har sikret sig den.² Hvis dette blir resultatet, må det imidlertid innrømmes at sondringen mellom virkelige overdragelser og utelukkende lisenser har raknet betraktelig op.

4. I forbindelse med lisensavtalen hender det ofte at patenthaveren setter vilkår for utnyttelsen, som i og for sig ikke har noe med lisensretten å gjøre. Han krever at den patenterte artikkel skal selges til en viss pris, at lisenstageren ikke skal bruke eller selge andres varer, at han ikke skal la patentgjenstanden reparere hos andre o. s. v. Om disse og lignende «*restraints of trade*» i forbindelse med lisensavtalen gir den engelske P. inngående regler. Vår lov

¹ Det samme gjelder om de tvangslisenser som loven gir anvisning på.

² Også i fremmed rett pleier man i praksis å gi de utelukkende lisenser søksmålsrett. Jfr. D a m m e s. 491. Det svenske utkast av 1919 gjorde det uttrykkelig i § 86. En svensk HRD. i N. J. A. 1912 s. 35 nektet en utelukkende lisenshaver å påtale patentkrenkelsen, fordi han ikke var anmerket som innehaver av patentretten i henhold til P. § 22, jfr. § 12.

nevner ikke forholdet, og vi skal foreløbig følge dens eksempel. Vi kommer imidlertid tilbake til det senere, når vi skal drøfte mulige patentmisbruk ut fra almene konkurranserettslige synspunkter, og ikke fra patentrettslige.

IV. Det indre, kontraktmessige forhold mellom partene kan ta sig meget forskjellig ut, både ved lisensavtalen og ved de egentlige overdragelseskontrakter. Begge kan være ledd i mangeslags rettsfigurer, kjøp, gave, leie, selskapsforhold o. s. v. Og det er ikke alene meget varierende, men også temmelig innviklede og vanskelige rettsforhold man her stilles overfor.

Som ved åndsverkene må vi imidlertid gå alle disse spørsmålene forbi.¹ Men siden vi — i tilslutning til Å. — ofret noen sider på forlagskontrakten da vi befattet oss med de egentlige åndsverker, har det en viss interesse å undersøke om det ikke fins parallell til den i patentretten. Karakteristisk for forlagskontrakten er det i første rekke at den som får ophavsretten overdradd ikke bare har rett til å offentliggjøre verket, men også plikt til det. Det gjelder ikke bare når vederlaget er satt i forhold til det antall eksemplarer som selges, men også ellers, fordi ophavsmannens personlige og ideelle interesser ikke er tjent med at hans arbeide blir liggende i en forleggerskuff eller i et teaterarkiv. Helt tilsvarende interesse har ikke oppfinneren. Men hvis vederlaget er satt i forhold til omsetningen, er det klart at han har samme ønske om at retten blir brukt, som forfatteren eller komponisten. Derfor hører egentlige «forlagskontrakter» heller ikke til sjeldenhetene i patentenes verden, og det både ved lisensene og ved de sanne overdragelser. Når avgiftenes størrelse er satt i forhold til bruken, har det vel endog formodningen for sig at utøvelsesplikt er avtalt, iallfall når det ikke er enkle lisenser det dreier sig om.

V. Patentrettens ophør. Foran i § 21 har vi forklart at patenter kan bli erklært ugyldige eller tatt fra innehaveren, når de er meddelt på sviktende grunnlag. Noen o p h ø r s g r u n n er dette dog ikke, siden ugyldigheten virker *ex tunc*.²

¹ Om mangler og «hjemmelsgaranti» m. v., se et par interessante danske dommer i U. f. R. 1921 s. 268 og 1926 s. 344.

² Er det knyttet tilleggsopatent til det ugyldige hovedpatent, sier § 11 at dette kan opprettholdes som selvstendig patent, som både m. h. t. tiden og patentavgiftene behandles som det gamle hovedpatent.

Den normale dødsårsak for patenter er derimot at tiden løper ut. Som alt nevnt er dette uoprettelig hos oss; patenthaveren kan ikke som i England få vernetiden forlenget, selv om forholdene er aldri så særegne. Det står ikke uttrykkelig i vår patentlov, slik som i den tyske § 12, at man har adgang til å gi oppretten før dens tid er forbi. Men det er ikke tvilsomt at oppfinneren kan gjøre dette, så sant han da er retten rådig.

Har han planer i denne retning, står dog et langt enklere middel til hans forføining: han kan bare la være å betale patentavgiften. Etter alle lands rett er nemlig følgen av dette at patentretten faller bort. Etter P. § 14 skal de betales innen begynnelsen av det året de gjelder for; i løpet av tre måneder kan de dog etterbetales, men forhøies isåfall med en tredjedel. Er ikke pengene betalt eller postlagt innen denne tid, trer patentet ut av kraft. I 1924 fikk loven imidlertid en tilføyelse om «benådning-adgang», efter Pariskonvensjonens mønster: Kongen kan på visse vilkår bestemme at patentet skal tre i kraft igjen, når det ikke er patenthaverens skyld at avgiften ikke er kommet frem i tide, eller hvis «ekstraordinære forhold som ikke kan tillegges ham, har gjort det umulig for hån å erlegge avgiften.» Denne gjenoprettelsen skjer dog «under forbehold av tredjemanns velerhvervede rettigheter.» Som følge av dette — fortsetter loven — skal gjenoprettede patenter ikke kunne gjøres gjeldende mot dem som i mellemtiden har utøvet oppfinnelsen, eller truffet vesentlige foranstaltninger til å gjøre det.

I flere land faller patentretten bort eller kan kalles tilbake av det offentlige, dersom patentet ikke blir utøvet, eller det på annen måte misbrukes i strid med de sociale forutsetninger som retten hviler på. Slike ophørsgrunner kjenner ikke vi. Vi klarer oss — eller mener iallfall å gjøre det — med de regler om tvangslisens som P. inneholder, og med den adgang til kontroll med patentmisbruk som den almindelige konkurranselovgivning måtte gi.

§ 27.

Rettsvernet.

De regler som forsvarer og sikrer patentretten, minner meget om dem som gjelder ved ophavsretten til åndsverker. Men det er både tilfeldig ulikhet tilstede, og forskjell som følger av rettighetenes natur.

1. I motsetning til Å. bestemmer P. helt generelt hvad den forstår ved *p a t e n t i n n g r e p*, og knytter alle rettsvernsreglene til dette. Patentinngrep er alt som strider mot patenthaverens enerett til å utøve oppfinnelsen, slik som denne er bestemt i P. § 5. Alle slike inngrep har rettighetshaveren rett til å få stanset, og forbudt for fremtiden, akkurat som når det skjer angrep på eneretten til åndsverkene. (Se foran § 14.)

Den eneste vanskelighet ligger i å bestemme når patentretten er kommet så langt at andre plikter å respektere den. Om det sier P. § 36, at hvis man vet om at patentkrav er gitt inn, er det patentinngrep å utøve oppfinnelsen fra da av, mens det samme gjelder uten hensyn til kunnskap, når kravet er lagt ut og kunngjørelse om det er utstedt. Imidlertid er det forutsetningen at patent virkelig blir gitt, ellers kan det jo ikke være patentinngrep å komme det for nær. Og for ikke å risikere at det blir reist sak, og kanskje også truffet avgjørelser som senere viser sig å sveve i luften, bestemmer siste ledd i § 36 at «rettsforfølgning for inngrep ikke kan innledes, førenn patent er gitt på oppfinnelsen». Før dette er gjort, er det derfor *in suspensio* om det er ulovlig å krenke den påståtte patentrett.

2. Straff, erstatnings-, berikelses- og inndragsreglene ligner også dem vi kjenner fra ophavsretten til åndsverker.

Ved straffen noterer vi dog den forholdsvis umotiverte forskjell at det her alltid kreves *f o r s e t t*, mens selv den grove uaktsomhet går fri. Til gjengjeld er påtalereglene gunstigere for den fornærmede, idet det er adgang til offentlig påtale når han begjærer det. Straffen er heller ikke bare bøter, men kan også være fengsel i inntil 3 måneder. Forsøk er som ved åndsverkene straffritt.¹

¹ Om det skjer brudd på avtalen fra en patentkjøpers eller lisenstagers side, er det ikke patentinngrep hvis det er betalingen som uteblir, eller man forgår sig mot særlige forskrifter om utnyttelsesmåten etc. som avtalen pålegger, men som i sig selv er patentretten uvedkommende.

Reglene om erstatningsansvaret, og om plikt til å legge fra sig berikelsen, er helt parallelle (§ 38). Det første er betinget av skyld, berikelseskravet derimot ikke.¹ Og mens det ved åndsverkene var et skjebnesvangert hull i loven at den ideelle skaden ikke skal bøtes eller sones i penger, klarer man sig noenlunde med den gamle hovedregel i patentretten, fordi den ideelle siden ved retten står sånn i bakgrunnen.

Om inndragning gir P. regler i §§ 39 og 40. Den første gir adgang til å få gjenstander som sies å krenke patentretten tatt i rettens forvaring, inntil endelig dom er falt. I § 40 bestemmes det følgende: «Den som har gjort patentinngrep er pliktig til, når den forurettede forlanger det, å endre de gjenstander hvorved inngrepet har funnet sted, således at patentretten ikke lenger krenkes. Dersom sånn endring ikke kan foretas, kan gjenstandene forlanges inndradd. Dog kan vedkommende avverge gjenstandenes endring eller inndragning, ved for egen regning å la dem ha i forvaring eller forsegle av det offentlige inntil vernets ophør. De inndradde gjenstander kan efter avtale med den domfeldte og den forurettede overlates denne siste til avgang i ham tilkommende vederlags- eller fraleggelseskrav. Forskriftene i foregående og nærværende paragraf gjelder også redskaper som utelukkende er til bruk ved patentinngrepet.»

En ganske viktig prosessuell formodningsregel er § 41: «Ved avgjørelsen av borgerlige rettskrav p. g. a. inngrep i en patentvernet fremgangsmåte til fremstilling av et nytt stoff, holdes ethvert stoff av lignende beskaffenhet for å være fremstillet efter den vernede fremgangsmåte, sålenge ikke annet er godtgjort.»

3. For å løse alle de tvilsomme rettsspørsmålene i patentsaker er det ikke nok å være en god jurist. Man må også forstå sig på teknikk, ja helst være en temmelig mangesidig tekniker. At alle dommere i landet skal være slik utstyret, kan man ikke vente.

De to viktigste slags patentsaker er inngrepssakene, og saker som reises for å få patenter kjent ugyldige eller tatt fra innehaveren. De siste er kanskje dem som gjennemsnittlig krever størst teknisk

¹ De to kravene kan ikke kumuleres, jfr. dog en uttalelse i Rt. 1927, s. 87. I Danmark, hvor erstatning skal svares «overensstemmende med de almindelige for skadeserstatning gjeldende regler», har en dom i U. f. R. 1913 s. 288 forstått dette slik at selv god tro ikke utelukker erstatningsplikten. I annen retning går den nye tyske P. som bestemmer i § 47 at erstatningen kan settes ned hvis det bare er lett uaktsomhet som er utvist.

forståelse. Bl. a. av denne grunn hadde patentlovkommissjonen foreslått at de skulde avgjøres av en egen «*Nichtigkeitsabteilung*» i patentstyret, som man gjør i Tyskland. Det gikk loven ikke med på, men gjorde den innrømmelse til tanken at sånne saker alltid skal avgjøres av Oslo byrett i første instans, idet man forutsatte at denne domstol da vilde erverve sig særlig sakkyndighet på patentområdet. Ved andre retter kan ugyldighets- og frakjennelsessaker ikke reises eller avgjøres. Imidlertid er det stående forsvar i nesten alle saker om patentinngrep, at det krenkede patent påstås å være ugyldig, eller gitt til en uriktig mann. Den prosessuelle vanskelighet som her dukker op løser § 43 slik, at når inngrepssaken er reist utenfor Oslo, «skal vedkommende domstol, når innstevnte forlanger det, i tilfelle gi ham så lang henstand, at han kan få tid til å opnå avgjørelse om patentets ugyldigkjennelse eller frakjennelse ved byretten i Oslo.»

Ved å gjøre Oslo byrett til obligatorisk førsteinstans i visse patentsaker, er dog ikke problemet om særlig sakkunnskap i patentdomstolene helt løst. Heller ikke ved adgangen til å kalle sakkyndige domsmenn til hjelp efter tvistl. § 325. I høiesterett, som jo også i patentsaker uttaler den menneskelige rettferds siste ord, er dette siste hjelpemiddel dessuten avskåret. Både her i landet og annetsteds har det derfor vært fremme planer om å skaffe patentdomstolene større teknisk sakkyndighet på en eller annen måte. Slår man inn på denne vei, turde det dog være et spørsmål om man ikke bør se saken i større sammenheng, og undersøke om ikke lignende behov også gjør sig gjeldende i andre saker som berører åndsretten.

§ 28.

Patentlovgivningens rekkevidde i tid, rum og sak.

I. Ved ophavsretten til åndsverker er det gjerne skikk at nye lover virker tilbake, d. v. s. gir sig virkning også for verker som er eldre enn loven. Av forskjellige grunner pleier ikke patentlovene gjøre dette. P. sier således i § 49 at den ikke gjelder for «patenter som tidligere er utferdiget, eller hvorom krav tidligere er inngitt», men åpner dem allikevel adgang til å komme inn under loven, hvis vedkommende patenthaver eller patentsøker skriftlig forlanger det, innen et år efter lovens ikrafttreden.

Så kort som patenttiden er, blir det regelmessig ikke spørsmål

om å ta et annet standpunkt, og det er derfor unødvendig å undersøke hvordan en eventuell tilbakevirkning vilde forholde sig til grl. § 97. Spørsmålet om en tenkt, evig patentrett vilde kollidere med grl. § 101 (C a s t b e r g: Norges statsforfatning II s. 405—406) er også helt «akademisk».

II. 1. Som de andre åndsrettighetene er patentretten territorial, og strekker ikke sine virkninger ut over Norges grenser. Enn ikke om en nordmann bruker eller selger norske patentgjenstander i utlandet, rammes forholdet av P.

Norske skib i åpen sjø må dog formodentlig likestilles med norsk territorium, iallfall hvad bruken av oppfinnelser angår.¹ Det får bl. a. betydning for norske hvalkokerier som har stasjon her i landet, men driver sin virksomhet på åpne havet. Jfr. dom i N. I. R. 1933 s. 133.² At sjøterritoriet også i denne forbindelse regnes med til Norge, er vel sikkert. (Jfr. Pariskonvensjonens art. 5 ter.)

Det er imidlertid ikke alltid lett å si når et patentinngrep er foretatt i Norge. Er det ulovlig «forferdigelse» det gjelder, er det nok at den er begynt her, selv om den er fullført annetsteds. Hvis det derimot bare er tilbudet som kommer fra Norge, mens det skal effektueres i utlandet, er patentet ikke krenket, og som regel heller ikke om de tegninger gjenstanden blir laget efter er fremstillet i Norge.³ Om innførsel er patentbrudd, når den bare er ledd i en transitt, er ikke godt å si. Det er ikke helt rimelig å tolke P. § 5 så strengt, men ordlyden peker nærmest i denne retning.⁴ Om salg og falldelse av patentbeskyttede produkter har vi en viktig HRD. i Rt. 1933 s. 529. Den antok at det ikke stred mot P. å fabrikere patentbeskyttede gjenstander i utlandet og selge dem til et annet land, selv om kontrakten var sluttet i Norge, og korrespondansen om saken var ført fra vedkommende forretningsmanns kontor i Oslo, hvor også betalingen var erlagt.

2. I og for sig har det ikke noc med P.'s territorialitet å gjøre

¹ Er det tale om forhandling eller innførsel, må man derimot være forsiktigere, jfr. B e r n t L u n d i N. J. R. 1933 s. 103.

² Stadfestet ved HRD. av 18 september iår. Med rette blev det her antatt at norsk patentlov efter omstendighetene kunde anvendes, selv om kokeriet var leiet fra utlandet.

³ Jfr. L u n d l. c. s. 105 og den nettop citerte byrettsdom, hvor forholdet dog var særeget.

⁴ Motsatt L u n d s. 108.

at de norske domstolene ikke kan ta under påkjennelse saker om utenlandske patentinngrep, som påstås å være brudd på den fremmede patentlovgivning. F. eks. når en nordmann har et tysk patent, og mener at en annen nordmann som bor i Norge har foregripet sig på patentet i Tyskland. Begrunnelsen for denne regel, som bl. a. er slått fast i tysk rettspraksis (L u n d s. 113—114), er helt parallell med den som førte til et lignende resultat for åndsverkernes vedkommende. (Se foran § 15.)

III. At patentretten forsåvidt skiller sig fra ophavsretten til åndsverker, som den ikke gjør forskjell mellom nordmenn og utlendinger, har vi nevnt i § 22, og skal ikke gjenta detaljene. Men det forstår sig at utlendingene ikke står bedre enn våre egne oppfinnere, og at de må underkaste sig akkurat de samme formaliteter og granskinger som de norske, før patent kan bli meddelt.

IV. Når utlendinger har samme adgang til patent som innlendinger, skulde man kanskje tro at oppfinnelsene på denne måten var sikret den internasjonale beskyttelse som de trenger efter sin natur, akkurat som åndsverkene. Men selv efterat de fleste land hadde fått sin patentlovgivning i orden, var det mange skjær i sjøen for en oppfinner som ønsket å beskytte sig internasjonalt. Særlig måtte han sørge for å anmelde patentkravet akkurat samtidig i alle land, for ellers risikerte han at offentliggjørelsen av søknaden i det ene land skjemte ut nyheten i de andre. Og for merke- og mønsterrettens vedkommende var stillingen likefrem uholdbar. Som alt løselig nevnt pleide man nemlig her ikke å slippe utlendinger til med registrering, for på denne måten å holde dem borte fra konkurransen. Fra 1860-årene av søkte forskjellige land å rette på dette gjennom særtraktater, men først i 70-årene kom det fart i tingene.

I forbindelse med verdensutstillingen i Wien i 1873 blev det, som titt nevnt, holdt en internasjonal patentkongress, hvor man utkastet planen om å skaffe oppfinnelsene internasjonal beskyttelse gjennom en felles internasjonal lovgivning. Større betydning fikk dog en lignende kongress som blev holdt under verdensutstillingen i Paris 1878, hvor planen dels blev skrudd ned til enklere og mere praktiske dimensjoner, dels utvidet så også de andre grenene av «den industrielle eiendomsrett» kom med.¹ Et arbeidsutvalg blev

¹ I 1897 blev det stiftet en «*Association internationale pour la protection de la propriété industrielle*», som fremdeles virker.

nedsatt for å utarbeide et foreløbig konvensjonsutkast, og efter en første drøftelse av dette i 1880 kom P a r i s k o n v e n s j o n e n til beskyttelse av den industrielle eiendomsrett i stand den 20 mars 1883.

Oprinnelig var det bare 11 stater som stod tilsluttet unionen, Belgia, Brasil, Spania, Frankrike, Guatemala, Italia, Holland, Portugal, Salvador, Serbia og Schweiz. Men snart sluttet andre sig til, Storbritannia (1884), Norge og Sverige (1885), U. S. A. (1887), Danmark (1894), Tyskland (1903), Finnland (1921) o. s. v. Den 1 januar 1936 rummet unionen 40 stater med en samlet befolkning på ca. 850 000 000 mennesker. Den oprinnelige konvensjon er blitt revidert ved flere senere konferanser, hvorav de viktigste blev holdt i Washington i 1911 og i Haag i 1925. For å bli i stand til å ratifisere de forandringer som der blev vedtatt, har Norge i vår forandret både sin P. og sin V. (P. ved l. nr. 8 av 12 juni 1936.) I 1934 blev konvensjonen ytterligere endret på en konferanse i London, men ratifikasjonsfristen er enda ikke forbi.¹

Pariskonvensjonen er dog ikke den eneste konvensjon som setter sig til opgave å verne den industrielle eiendomsrett internasjonalt. Fra 1889 består det en P a n a m e r i k a n s k u n i o n, som omfatter en rekke syd- og mellomamerikanske stater. Innenfor Parisunionens ramme er det også dannet flere såkalte «*unions restreintes*» med mere begrenset formål: 1) En union til bekjempelse av falske opprinnelsesangivelser, opprettet i Madrid 1891, som rummer 20 stater med 380 millioner innbyggere. 2) En annen Madridunion fra samme år om internasjonal registrering av varemerker mellom 20 land med 413 millioner innbyggere, og 3) En union om en lignende registrering av mønstre og modeller, sluttet i Haag 1925, som omfatter 9 land med 278 millioner innbyggere. Disse siste unionene har dog mindre interesse for Norge, som ikke er medlem av noen av dem. Det er heller ikke de andre nordiske land, når bortses fra at Sverige i 1934 har sluttet sig til Madridoverenskomsten om uriktige opprinnelsesbetegnelser.

V. Noen hovedpunkter i Pariskonvensjonen.² 1. Det ytre område for konvensjonen er ifølge art. 1 *la propriété industrielle*, som sies å omfatte «patenter, mønstre, bruksmønstre, varemerker,

¹ Se artikkelen: «Londonkonferansen 1934» av Å k e v. Z w e i g b e r g k i N. I. R. 1935 s. 98.

² Når ikke annet er sagt, holder jeg mig til Haagteksten.

handelsnavn, opprinnelsesangivelser samt bekjempelse av utilbørlig konkurranse.» Begrepet industriell eiendomsrett skal, heter det videre, «tas i sin videste betydning, og skal ikke alene referere sig til industri og handel i engere betydning, men også til landbruk (vin, korn, rå tobakk, frukt, kveg etc.) og ting som utvinnes av jorden (mineraler, mineralvann etc.)»

Ifølge art. 12 forplikter alle unionslandene sig til å opprette et særskilt styre for det industrielle rettsvern, og innrette et centralsted hvor patenter, bruksmønstre, mønstre og varemerker gjøres tilgjengelig for publikum.

Parisunionen står åpen for alle. Dens administrative organ er «Bernbyrået» for den industrielle eiendomsrett, som står under samme ledelse som parallellbyrået for forfatter- og kunstnerretten. Det utgir et månedsblad, «*La propriété industrielle*» (P. i.), som vi ofte har citert. For å forandre konvensjonens regler kreves her som ved Bernkonvensjonen enstemmighet.

2. Også i Pariskonvensjonen er prinsippet om nasjonal behandling av unionsborgerne det grunnlag som hele beskyttelsen hviler på. Likeså litt som Bernkonvensjonen søker den å gjennomføre en ensartet materiell unionsrett, gjennom «verdenspatenter» e. l. Det er art. 2 som uttaler regelen: «Undersätter eller borgere i ethvert av de kontraherende land skal i alle de andre unionsland nyte de samme fordeler m. h. t. industrielt rettsvern, som hvert lands lover nu tilstår eller i fremtiden måtte tilstå landets egne undersätter eller borgere, foruten de rettigheter som denne konvensjon særlig hjemler.» Likestillet med unionsborgere er fremmede undersätter som bor fast i et unionsland, eller driver effektive industrielle eller handelsbedrifter der (art. 3).

Om prinsippets nærmere gjennomførelse sier art. 2, at likestillingen med de hjemlige borgere er betinget av at de vilkår og formaliteter er oppfylt, som kreves av disse siste. Dog må det aldri settes som betingelse for unionsborgernes beskyttelse at de skal ha bolig eller bedrift i det land hvor beskyttelse kreves. Men lovene står fritt m. h. t. prosessuelle og administrative bestemmelser, og kan også forlange en fullmektig opnevnt for utlendingene.

At beskyttelsen er nasjonal vil si at den helt ut bestemmes av rettsreglene i det land hvor den søkes. Det er altså samme regel som vi husker fra Bernkonvensjonen, bare at man mangler parallell

til denne konvensjons art. 7, som ikke lar vernet vare lengere enn det gjør i hjemlandet.

3. Pariskonvensjonen inneholder imidlertid også en del bestemmelser av materiell natur, som binder unionsstatene i deres lovgivning, akkurat som de «obligatoriske» bestemmelsene i Bernkonvensjonen gjorde. De viktigste er uten sammenligning reglene om prioritetsretten: «Den som på foreskreven måte har inngitt krav om patent-, bruksmønster-, mønster- eller varemerkevern i et av unionslandene, eller den hans rett er gått over til, skal ha fortrinsrett til å gi inn krav i de andre land, innen de nedenfor fastsatte frister, og under forbehold av tredjemanns rettigheter. Et krav som senere gis inn i et annet unionsland før fristen er løpet ut, skal følgelig ikke kunne gjøres ugyldig p. g. a. ting som er hendt i mellemliden, særlig ikke av at et annet krav er inngitt, at oppfinnelsen er offentliggjort eller utøvet, eksemplarer av mønstret brukt i handelen eller varemerket benyttet» (art. 4).¹

Prioritetsbeskyttelsen består altså i at «det i konvensjonslandet innleverte krav av dette lands myndigheter skal behandles og betraktes som innlevert samme dag som det første krav» (Bryn: «Retten i oppfinnelser» s. 130). Prioritetsfristen er 12 måneder for patenter og bruksmønstre, og 6 måneder for mønstre og varemerker. Den regnes fra den dag da det første krav blev innlevert i ett av unionslandene; man kan altså ikke holde prioriteten i live i det uendelige, ved å melde f. eks. oppfinnelsen snart i et land, snart i et annet. Det er bare en fortrinsrett m. h. t. tidspunktet, bestemmelsen gir. Kravet blir prøvet på almindelig måte i hvert enkelt konvensjonsland, og blir det innvilget regnes vernets lengde fra dette tidspunkt, og ikke fra den dag da prioriteten blev erhvervet. Hvilken skjebne den oprinnelige søknad har fått spiller ingen rolle. Men det er naturligvis forutsetningen for prioritetsretten at det virkelig er samme krav det dreier sig om; i så henseende kan vanskelige grensespørsmål opstå (Bryn l. c. s. 133).

Den som vil benytte sig av prioritetsretten, må gi en erklæring om dette til myndighetene i det land hvor den gjøres gjeldende, med beskjed om hvor og når det tidligere krav er inngitt. Dette blir anmerket i de offentliggjørelser som derefter finner sted, særlig av patentbrevene og de beskrivelser som hører til disse (art. 4 d.).

¹ I P. har prioritetsregelen fått uttrykk i § 3, jfr. §§ 45 og 46.

Ved siden av reglene om prioritetsretten spiller også forskriftene i art. 5 bis om *délai de grâce* en viss rolle, for alle de rettigheter som omfattes av konvensjonen: Unionslandene forplikter sig til å innrømme en frist på minst tre måneder til etterbetaling av de avgifter som er foreskrevet for industrielt rettsvern, eventuelt kombinert med bestemmelser om mulkt for forsømmelser. For patentenes vedkommende skal fristen endog være seks måneder, eller det skal åpnes adgang til å få dem gjenoprettet, hvis de er falt bort fordi avgiften ikke er betalt.

4. Av konvensjonsbestemmelser som har særlig interesse for patentretten kan man merke sig følgende:

Prioritetsregelen har ikke alene størst betydning ved disse rettigheter, men frembyr også en særlig side som ikke ellers viser sig: Den fører ikke bare til at en tidligere patentsøknad kan bli drept av en senere med unionsprioritet, men bevirker også at offentliggjørelsen av patentsøknaden i det fremmede land ikke skader nyheten, når den senere søknad kommer inn. Et særlig spørsmål er det om setningen i konvensjonen om at fortrinsretten erhverves «under forbehold av tredjemanns rettigheter», fører til at også en forbenyttelsesrett må respekteres, hvis den er erhvervet i løpet av prioritetsfristen. En slik forståelse av konvensjonen vil frata prioritetsretten adskillig av dens virkning, men er ikke desto mindre den som har vært almindelig antatt,¹ og som også P. før bygget på. På Londonkonferansen blev det imidlertid vedtatt å endre konvensjonen slik at det fremtidig ikke skulde være tvil om at utøvelse av oppfinnelsen under prioritetsfristen ikke gir anledning til noen forbenyttelsesrett. Ved l. nr. 8 av 12 juni 1936 har P. § 45 fått en tilføielse i denne retning, som setter Norge i stand til å ratifisere konvensjonen.

I art. 4 bis er det uttrykkelig sagt at det patentvern som er erhvervet i et av unionslandene, er uavhengig av patenter som oppfinnelsen måtte være utstyrt med annetsteds. Hvert enkelt patent lever altså helt ut sitt eget liv. Regelen om dette er et interessant internasjonalt motstykke til den strenge begrensning til territoriet, som den nasjonale patentbeskyttelsen er underkastet.

Helt fra Pariskonvensjonen kom til, har det vært en av dens hovedoppgaver å motarbeide den tilbøielighet som mange unionsland

¹ Franskmenne har dog alltid hevdet en annen opfatning.

har hatt, til å la patentretten falle bort p. g. a. «misbruk», og særlig hvis misbrukene består i at den nasjonale industri ikke blir tilstrekkelig tilgodesett. Gjennom flere etapper, som vi i store trekk har skildret i § 25, er man nu nådd frem til følgende formulering som blev vedtatt på konferansen i Haag i 1925 (art. 5): «At patenthaveren innfører gjenstander som er fabrikkert i et annet unionsland til det land hvor patentet er gitt, skal ikke kunne medføre at patentet trer ut av kraft. Det står imidlertid unionslandene fritt å treffe nødvendige foranstaltninger for å hindre misbruk som utøvelsen av eneretten gir anledning til, f. eks. ved å la være å utøve oppfinnelsen. Disse forholdsregler må dog ikke bestå i at patentretten tapes, med mindre tvangslisenser er utilstrekkelige til å hindre misbrukene. Patentretten kan enn videre først underkastes slike forholdsregler, når det er gått minst tre år fra utferdigelsen, og innehaveren ikke kan anføre slike grunner for sin uvirksomhet, som må anerkjennes som berettiget.»

På konferansen i London i 1934 tok man enda et skritt. Man våget ikke gå så langt som til å bestemme at undlatelse av å utøve oppfinnelsen aldri skal føre til patentrettens tap, men bare til tvangslisenser. Men man satte som tillegg til den regelen som nettop blev gjengitt, at søksmål til ophevelse av patentretten ikke kan reises før to år efterat tvangslisens er meddelt, og det altså har vist sig at dette ikke er tilstrekkelig. På denne måten blir det så vanskelig å få patentretten ophevet, at eventuelle regler i unionslandene i denne retning mister størstedelen av sin praktiske betydning.

§ 29.

Opfinnerrett uten patent.

Patentretten er et middel til å verne oppfinneren og gi ham høve til å dra nytte av oppfinnelsen. Men den er ikke det eneste.

I. Straks oppfinnelsen er gjort får oppfinneren en viktig rett, uten noesomhelst fadderskap fra det offentliges side: Han kan melde sig til patentstyret og kreve patent på hvad han har funnet op. Dette er ikke bare noe han faktisk har adgang til, men en veritabel rett, utstyret med effektivt rettsvern. P. sier likefrem at «retten til patent tilkommer oppfinneren», og gir ham dessuten adgang til å reise innsigelse hvis andre melder oppfinnelsen som sin, og til

å ta patentretten fra tyven, hvis han alt skulde ha vært så heldig å ha fått den.¹ Det er ikke bare når oppfinnelsen er fersk, at ophavsmannen har rett til å kreve patent. I England er man tilbøielig til å se med skepsis på alle forsøk på først å utnytte oppfinnelsen i stillhet, og så ta patent på den, men hos oss er en slik fremgangsmåte ganske i sin orden.

Men oppfinneren løper alltid risiko ved å vente. Vilkåret for patent er nemlig ikke bare å gjøre oppfinnelsen, men også å komme først med patentsøknaden, så hvis en annen oppfinner er tidligere ute, er retten til å få patent forspilt. Dessuten kan det hende at oppfinnelsen siver ut mens man sitter og holder på den, og da går retten samme vei, fordi oppfinnelsen ikke er ny når man møter op med den hos patentstyret.

Retten til å reise patentkrav er kjernen i den nakne oppfinnerrett, slik som den gestalter sig straks oppfinnelsen er kommet til verden.² Den representerer uten tvil et formuesgode for oppfinneren, og kan overdras og arves som andre formuerettigheter. Det forutsetter P. som selvsagt, bl. a. i § 3. Derimot kan ikke oppfinnerens kreditorer ta retten fra ham mot hans vilje: «Retten til å la inngi patentkrav på en oppfinnelse kan ikke noen fordringshaver skaffe sig ved noen art av rettsforfølgning mot den som har gjort oppfinnelsen» (§ 4).³

Denne regelen er en naturlig følge av at oppfinnerretten ikke er rent økonomisk, men har en personlig og ideell side, akkurat som ophavsretten til åndsverker. Så utpreget som her er den dog ikke, fordi oppfinnelsen ikke er slikt barn av ophavsmannens innerste personlighet. Forvanskninger av oppfinnelsen tar oppfinneren således gjerne med ro, når han først har fått betaling for den. Men det er andre sider ved den ideelle rett som vi finner igjen. Det moralske ansvar ved å sette oppfinnelser i verden kan godt sammenlignes med det som følger med litterær eller kunstnerisk produksjon. Og det er rett og billig at ingen skal tvinges til å ta det på sig mot sin

¹ At en sånn optreden trekker erstatningsplikt efter sig efter almindelige rettsgrunnsetninger er antatt i dansk HRD. i U. f. R. 1931 s. 44, jfr. også en norsk HRD. i Rt. 1899 s. 657, hvor en dommer med urette nekter at det samme gjelder hos oss.

² Engländer hos Elster s. 279.

³ Heller ikke den ene av to samopfinnere kan anmelde oppfinnelsen til patent, når den annen ikke uttrykkelig eller stilltiende har samtykket i det.

vilje, selv om kreditorene klør i fingrene etter å utnytte oppfinnelsen gjennom patent. Dette er hovedgrunnen til P. § 4, som alle land har maken til.¹

Men den ideelle siden ved oppfinnerretten er ikke uttømt ved dette. Her som ved åndsverkene har ophavs mannen en rettsverdig interesse i å kreve farskapet til oppfinnelsen anerkjent, for å kassere inn den ære og berømmelse som med rette blir en oppfinner til del. Praktisk talt spisser denne interessen sig til i kravet om å få sitt navn nevnt i patentbrevet, når oppfinnelsen blir patentert.

At man her står overfor noe som rettsordnen bør komme imøte og hegne om, har man først i de senere år fått øinene op for. Før i tiden druknet det rent i de økonomiske betraktninger som syntes å være de eneste i oppfinnerretten. Under tydelig påvirkning av utviklingsgangen ved åndsverkene har imidlertid patentretten i flere og flere land begynt å se at også oppfinneræren er et gode som ophavs mannen har rettferdig krav på, og som samfundet har interesse i å sikre ham. Særlig med tanke på funksjonæroppfinnelsene er det nu slått fast i mange lover at sitt navn har oppfinneren alltid rett til å få nevnt i patentbrevet, og denne rett kan han ikke gi slipp på. Slik står saken i de nye italienske og tyske patentlovene, mens det fra gammelt har vært regelen i U. S. A. at den virkelige oppfinnerens navn ubetinget måtte stå i patentet, og man i Frankrike mener det følger av sakens natur at ingen kan gi avkall på å nevnes som ophavs mann til det man virkelig har skapt (Pouillet B. s. 407).

Helt til iår har den norske P. vært temmelig døv for de interesser det her gjelder, og har med velberåd hu latt dem seile sin egen sjø. Den hadde ingen regel om at oppfinnerens navn skulde nevnes i patentsøknad eller patentbrev, og bestemmer i § 3 at anmelderen formodes å være oppfinner, inntil annet godtgjøres.² Bare når det reises inn-

¹ Dessuten kan det nok tenkes å skade oppfinneren økonomisk om kreditorene skulde kunne gi inn patentkrav på et for tidlig tidspunkt, for oppfinnelsen var moden til det. Jfr. Ekeberg s. 37, Eberstein Im. rätt s. 55. Men det er ikke riktig å se dette som den eneste grunn til regelen i P. § 4, jfr. Hasselrot i S. J. T. 1922 s. 120.

² Den gamle P. sa i § 14 at hvis anmelderen ikke selv hadde gjort oppfinnelsen, skulde han «vedlegge formodne bevisligheter for at den er ham rettmessig overdradd fra oppfinneren», og dette forutsetter at oppfinnerens navn blev nevnt. Den danske P. § 12 har samme regel, og sier også uttrykkelig at det skal opgås

sigelse mot patentet, skal patentstyret altså undersøke hvordan det har sig i så måte. Fra lovens side var det følgelig ikke gjort noe for å hindre at patent blev gitt uten av oppfinnerøren var behørig anerkjent, og det var både P.'s og forarbeidenes tydelige forutsetning at man pr. kontrakt kan sikre sig retten til å ta patent på andres oppfinnelser i eget navn. Mot. P. (s. 55) fremhever riktignok at det kan være en «æressak» for oppfinneren å ha sitt navn i patentbrevet og i de offentlige registre, og at det «fra dette synspunkt vilde ha sin berettigelse» at det blev sørget for dette, også når en funksjonær var oppfinneren. Man slo sig imidlertid til ro med at «dette anliggende best ordnes ad frivillig vei, uten at det er tilstrekkelig påkrevet å gjøre det til gjenstand for lovforskrift».

Denne siste bemerkningen vil dog noen hver sette spørsmålstejn ved i våre dager. Og som nevnt i § 22 har P. § 33 nu fått en tilføielse, som iallfall i noen grad tar den ideelle siden ved oppfinnerretten under sin beskyttelse. Når det er opgitt for styret at oppfinneren er en annen enn anmelderen, skal hans navn nevnes både i lysingen og i patentbrevet, hvis han har erklært at han er oppfinneren, og dette er behørig godtgjort. Det sies ikke uttrykkelig om dette også skal gjelde, hvis oppfinneren har gitt avkall på retten til å nevnes som oppfinner, enten i særlig avtale eller i sin ansettelseskontrakt med bedriften. Skal bestemmelsen få noen effekt, må dette imidlertid antas, så meget mere som avtalen antagelig vil være ugyldig også av annen grunn, nemlig fordi den kommer i for sterk kollisjon med oppfinnerens almindelige personlighetsrett, som vi kommer nærmere til i § 60.

II. En annen rett som P. lar oppfinneren nyte godt av, selv om han ikke har fått patent på sin oppfinnelse, er *forbenyttelsesretten*. I kraft av den kan oppfinneren bli ved med å utøve sin oppfinnelse, selv om den senere er blitt patentert av en annen.

Vi skal ikke gjenta grunnene for denne retten, og heller ikke vilkårene for den og hvor langt den rekker. Vi fremhever bare at

hvem oppfinneren er. *Vinding Kruse* s. 473—474 jfr. s. 491 tolker dette derhen at oppfinneren har en uavhendelig rett til å se sitt navn nevnt i selve patentet. Den svenske P. § 4 nr. 3 sier bare at hvis anmelderen opgir en annen som oppfinner, skal han «føre handling som viser att han är dennes rättsinnehavare».

det ikke er nok å ha gjort oppfinnelsen som førstemann. Man må ha «utøvet den innen riket eller truffet de dertil fornødne foranstaltninger», før den heldigere konkurrent har gitt inn sitt patentkrav.

III. Det er dog ikke forbenyttelsesretten, men retten til å holde oppfinnelsen hemmelig, som er det viktigste i selve oppfinnerretten, ved siden av adgangen til å reise krav om patent. Det vern oppfinneren nyter på denne måten er et virkelig sidestykke til patentvernet, og han har i prinsippet valget mellom dem.

At oppfinneren kan utnytte oppfinnelsen for sig selv, og holde den hemmelig så godt han formår, behøver ingen lov gi uttrykkelig brev på. Det følger av sig selv, sålenge det ikke er etablert plikt til å offentliggjøre alle oppfinnelser, og dit er man iallfall foreløbig ikke kommet. Men å ha adgang til å holde oppfinnelsen hemmelig er ikke det samme som å være rettsbeskyttet i så måte, og det er heller ikke umiddelbart innlysende at rettsbeskyttelse her er på sin plass. Tvertimot står slike rettsregler i en viss strid med selve patentrettens formål, å bringe alle oppfinnelser frem i lyset, så de snarest mulig kan komme industrien og almenheten til gode. «Fabrikkhemmelighetene er det tekniske fremskrittets verste fiende,» vedtok Wienerkongressen av 1873, og man skulde da kanskje tro at loven søkte å gjøre fienden uskadelig ved å nekte hemmeligholdelsen all rettsbeskyttelse. Ingen moderne patentlover gjør dog dette. Sammen med andre drifts- og forretningshemmeligheter nyter også de hemmeligholdte oppfinnelser vern mot uvedkommende, iallfall i mange situasjoner. Man ofrer altså ikke ophavsmannen helt på samfundsnyttens alter, men beskytter ham også når hans ønsker og interesser går på siden av hvad samfundet helst ser. Men selvsagt må såvel denne beskyttelsen som reglene om den konkurrerende patentbeskyttelse legges slik an at oppfinnerne oftest anser sig best tjent med å melde sine oppfinnelser til patent, istedenfor å utnytte dem selv i mulm og mørke. For hvis stemningen blandt oppfinnerne gjennomgående blir en annen, er det fare på ferde.

Bedriftshemmelighetenes rettsbeskyttelse¹ er forholdsvis ny, såvel hos oss som annetsteds. Her i Norge kommer den særlig til orde i strl. § 294 II som lyder: «Med bøter eller med

¹ Se min avhandling om dette emne, som tjente som grunnlag for diskusjon på det 16de nordiske juristmote (1934).

fengsel inntil 6 måneder straffes den som uberettiget enten selv gjør bruk av en forretnings- eller driftshemmelighet vedkommende en bedrift, hvori han er eller i løpet av de 2 siste år har vært ansatt, eller hvori han har eller i løpet av de 2 siste år har hatt del, eller åpenbarer en sådan i hensikt å sette en annen i stand til å gjøre bruk av den, eller som ved forledelse eller tilskyndelse medvirker hertil. Offentlig påtale finner alene sted, når det begjæres av fornærmede og finnes påkrevet av almene hensyn.»

Regelen gjelder som man ser ikke bare oppfinnelser. På den annen side er det ikke tvilsomt at også disse nyter godt av den, hvis de ellers stiller lovens krav tilfreds. Forat de det skal gjøre, kreves som første betingelse at *o p f i n n e l s e n e r h e m m e l i g*. Hvad dette kravet betyr kan det undertiden være vondt å bestemme. I prinsippet må hemmeligheten bedømmes objektivt, men samtidig kreves det også at oppfinneren har vist sin vilje til å beholde oppfinnelsen for sig selv, og ikke har latt den ligge åpen for hvermann. Om noen enkelte vet om oppfinnelsen ved siden av ophavsmannen, er ikke hemmeligheten gått fløiten, hvis de har plikt til å holde sin viden for sig selv, som f. eks. arbeiderne ved bedriften. Ja, selv om det er en konkurrent som er kommet over oppfinnelsen, kan hemmeligheten være i behold, hvis også han bevarer den for sig selv, av lojalitet mot oppfinneren eller av egeninteresse. Ny behøver oppfinnelsen ikke være for å nyte godt av hemmelighetsvernet. Det er en betingelse for patentering, ikke for vern efter strl. § 294.

Innholdet av beskyttelsen er ikke at alle og enhver må respektere hemmeligheten, og la være å bruke den oppfinnelsen som skjuler sig bak den. Det er *b e d r i f t e n s f u n k s j o n æ r e r* forbudet særlig rettes mot, men det rammer også *d e m f u n k s j o n æ r e n e* s t å r i l e d t o g m e d. Det er to ting funksjonærene skal la være: De skal ikke selv bruke bedriftens hemmeligheter, og de skal ikke åpenbare dem «i hensikt å sette en annen i stand til å gjøre bruk av dem». At hemmeligheten må være betrodd dem i kraft av tjenesteforholdet sies ikke uttrykkelig, men er iallfall den normale forutsetning. Plikten til å respektere bedriftshemmeligheter består ikke bare mens ansettelsen varer, men også 2 år etterpå, og er over hele linjen sanksjonert av straff, bot eller fengsel inntil 6 måneder. For utenforståendes vedkommende er det ikke all slags medvirkning som rammes av loven, spesielt ikke å bruke den hemmelighet som er

blitt forråddt. Det er bare hvis de virker aktivt med til forræderiet, gjennom «forledelse eller tilskyndelse», at lovens sverd rammer dem.

Også på en annen front nyter de hemmeligholdte oppfinnelser en beskyttelse som er viktig nok: mot diskresjonsbrudd fra de offentlige funksjonærs side, som på embeds vegne har fått anledning til å kikke inn i bedriftens aller helligste. En rekke særlige lover pålegger dem isåfall taushetsplikt. Og loven søker også å hindre at rettsforhandlinger om bedriften blir ført for åpne dører, at vidner uttaler sig om dens hemmeligheter o. s. v.

IV. Det fins også andre regler i lovsamlingen som etter omstendighetene kan komme til nytte for en oppfinner der ikke har tatt patent på sin oppfinnelse. Kon. § 11 straffer således den som «uberettiget utnytter eller setter en annen i stand til å utnytte tekniske tegninger, beskrivelser, modeller e. l. som er betrodd ham i anledning av utførelse av et arbeide, eller forøvrig i forretningsøiemed», og slike tegninger kan jo godt rumme en virkelig oppfinnelse. Lovens § 10 forbyr videre en forretningsmann å bestikke konkurrentens folk til sin egen fordel, og også denne regelen kan beskytte upatenterte oppfinnelser. Ikke ved noen av disse paragrafene er det en betingelse at oppfinnelsen er helt hemmelig; men ligger den åpen for hvermann, vil de vel vanskelig kunne anvendes.

Endelig er det et spørsmål om ikke «generalklausulen» i Kon. § 1 har et ord å si, når det gjelder å sikre de upatenterte oppfinnelsers beskyttelse. Men det spørsmål venter vi med til senere, og tar det op sammen med skildringen av hele forholdet mellom patentretten og generalklausulen.

V. Denne skissemessige gjennomgåelsen av hvordan oppfinnelsene kan ha rettsvern også utenfor patentretten, reiser et spørsmål: Hvilken karakter har den beskyttelsen som oppfinnelsene får på denne måten? Kan man med rette kalle den for en virkelig åndsrettighet som har sin naturlige plass ved siden av patentretten, og sammen med de andre åndsrettighetene?

Sålenge det dreier sig om oppfinnerens rett til å ta patent, kan man nok tale om en subjektiv rettighet med oppfinnelsen som objekt. Ganske visst kan man si om denne retten at den *«schwirrt ungeformt herum, bis es vom Patentrecht erfasst und wie man sagen darf «konsumiert» wird zu einem begrenzten festern Talbestand»* (E l s t e r

s. 275), men den er allikevel ikke løsere i fisken enn at man kan holde rettighetsbetegnelsen fast. Til nød kan man si det samme, når det gjelder adgangen til å fortsette bruken av oppfinnelsen på tross av annenmanns patent.

Derimot lar ikke dette sig godt gjøre ved reglene om vern for bedriftshemmeligheter og de andre lovreglene som efter forholdene kan komme til å verne oppfinneren. De gir nemlig så langt fra enerett til å utøve oppfinnelsen, ikke engang noen virkelig rådighet over den, men reagerer mot tillitsbrudd fra funksjonærenes eller fra kundenes side, og rammer også konkurrenter som har fått kjennskap til oppfinnelsen på illojal eller usmakelig måte. Det er disse *usmakelige og illojale forretningsmetoder* reglene tar sitt utgangspunkt i, ikke som ved de virkelige åndsrettigheter i opphavsmannens rett til å rå over sitt åndsprodukt. At forbudene mot bestikkelser og mot å misbruke betrodde tegninger er naturlige ledd av lovgivningen om utilbørlig konkurranse, er det selvsagt ikke tvil om. Men også det vern som bedriftshemmelighetene med rette har krav på hører hjemme der. Det syn på saken brøt første gang gjennom i den tyske lov om utilbørlig konkurranse av 1896, og under dette synspunkt er de senere behandlet i nesten alle land, f. eks. i den danske, finske og svenske lovgivning. Men heller ikke vår rett ser anderledes på saken;¹ når reglene om bedriftshemmeligheter ikke står i konkurranseloven men i straffeloven, kommer det bare av at man ikke fant det nødvendig å flytte dem over, da Kon. blev til.

At man ikke kan tale om noen virkelig åndsrettighet, knyttet til oppfinnelsen, viser sig kanskje aller tydeligst deri, at det slett ikke bare er oppfinnelsene som nyter godt av rettsvernet. Alt forbenyttelsesretten er forsåvidt uavhengig av oppfinnelsen, som den også kommer dem tilgode der på forhånd har brukt maskinen eller metoden, uten selv å ha funnet dem op. Og regelen om bedriftshemmeligheter har langt videre adresse enn til de hemmeligholdte oppfinnelser, for ikke å snakke om forbudene mot bestikkelser og mot misbruk av tegninger, hvor forbindelsen med oppfin-

¹ Jfr. nærmere min foran nevnte avhandling. Noe annet er det at konkurransesynspunktet burde vært gjennomført mere energisk, slik at rettsreglene fikk skarpere brodd mot konkurrentene og deres spionasje.

neren og hans rett nesten blir borte. I disse tilfelle er det derfor påtagelig at vi i fremstillingens løp er glidd utenfor hvad det med rette kan regnes for virkelige åndsrettigheter, og er kommet over på den almindelige konkurranseretts område. Øieblikket er derfor kommet til å klippe tråden av. I tredje del av boken skal vi igjen knytte den.

§ 30.

Rettigheter i slekt med patentretten. Særlig om den «videnskapelige eiendomsrett».

Under fremstillingen av ophavsretten til åndsverker nevnte vi på fallrepet en del andre rettigheter som var i nokså nær slekt med ophavsretten uten å falle innenfor den. Dels hadde de positiv anerkjennelse i andre lover enn Å., dels var det bare i pretensjonenes verden de bar rettighetsnavnet. Det var ikke så rent få åndsprodusenter som sognet til denne siste gruppen.

Også her i patentretten har vi eksempler på det samme. Det fins flere slags åndelig produksjon som står oppfinnelsene nær uten å gå inn under P., og spørsmålet blir da om de skal være helt blottet for rettsvern, eller om ikke andre rettsregler tar dem under vingene. En del av de produksjonsgrener som det her blir tale om skal vi se litt nærmere på.

I. Først må vi i få ord berøre hvad tyskerne kaller for «*Gebrauchsmuster*», og som i virkeligheten er små oppfinnelser, som man ikke har funnet det praktisk å verne gjennom patentretten. De har i Tyskland sin egen lov — den nuværende er av 5 mai 1936 — og vernet er både billigere og lettere å opnå enn patentene, men varer til gjengjeld meget kortere. Det er dog ikke bare patentretten denne rettigheten er i slekt med, men også mønsterretten, som navnet tyder på. Jeg tror derfor det er praktisk å vente med den til senere (§ 32).

II. Derimot er det en annen gruppe åndsarbeidere, hvis beskyttelse — eller mangel på beskyttelse — det her er stedet til å skildre. Jeg tenker på de videnskapelige opdagere, til hvis gunst man i de senere år har villet skape en ny rett som gjerne har gått under navn av «videnskapelig eiendomsrett», *la propriété scientifique*.

1. I fremstillingens løp har vi flere ganger kommet inn på de videnskapelige opdagere og deres prestasjoner, nemlig for å konstaterer at de hverken falt inn under den ene eller den annen av de åndsverkskategorier som den positive lovgivning beskytter. De går ikke inn under Å., undtagen forsåvidt angår den ytre form hvori opdagelsen er meddelt offentligheten. Heller ikke kan det tas patent på dem, fordi opdagelsen av en ny planet eller ny fysisk lov ikke er noen oppfinnelse i patentlovgivningens forstand. Og noen særlig lov som gir videnskapsmannen enerådigheten over hvad han har opdaget, har hverken vi eller noe annet land.

Og dog er videnskapen en kulturfaktor av første rang, og står som åndsproduksjon betraktet hverken tilbake for åndsverkene eller for oppfinnelsene. Både for den åndelige og den materielle kultur har den sånn betydning at man med adskillig rett har kalt hele vår kulturrepøke for *f o r s k n i n g s a l d e r e n*. Bak hvert eneste kulturfremskritt av betydning ligger dens arbeide. Det er det seige, uavbrutte arbeide med å *reculer les bornes des connaissances humaines*, der er grunnlaget og forutsetningen for alle de tekniske fremskritt som oppfinnelsene bringer. I fred er det videnskapen som bygger op, og i krig er det den som river ned. Utenom den kommer i vår tid ingen. Men noen rett for videnskapsmannen til å få økonomisk vederlag for de opdagelser han har gjort, innrømmer rettsordnen ikke.

Det er kanskje ikke så rart, når opdagelsen ligger helt på det ideelle område, og hverken direkte eller indirekte kaster penger av sig. Men det er en masse opdagelser som er økonomisk fruktbringende. Et nytt mineral kan revolusjonere bygningsteknikken, og nye idéer på socialøkonomiens eller rettsvidenskapens område kan spare mange penger for samfundet. Enda tydeligere er den økonomiske betydning av nye gjødslingsmetoder, nye regler for vekselbruk, dreneringsmetoder, kryssingsregler for husdyr, nye og rasjonelle skogbruksmetoder o. s. v. Aller mest påtagelig er dog opdagelsens økonomiske virkning, når en tekniker gjør bruk av en nyopdaget naturlov og gjør en oppfinnelse på grunnlag av den, som kanskje innbringer ham millioner.

Det er særlig sånne eksempler man har ført i marken for å vise hvor urimelig den nuværende rettsstilstand er, og som har vært hovedargumentet under kampanjen for å innføre en «videnskapelig eien-

domsret». Men når tanken har kunnet fenge slik som den faktisk har gjort, og kommet sånn i forgrunnen som den på et visst tidspunkt var, har det også andre og dypere grunner: Først og fremst den respekt for åndsarbeidet og dets rett som har vokset sig sterk i nutiden, parret med forståelsen av at det også er i samfundets interesse at åndsproduzentene får rimelig økonomisk vederlag for sine tjenester. Sammen med dette gjør også historiens lærdom sig gjeldende: Skritt for skritt har åndsproduksjonen vunnet frem til rettsvern, ad forskjellige veier, og knyttet til enkelte store hovedkategorier av åndsverker. Tendensen mot universalitet er dog ikke til å ta feil av, og et mektig skritt i denne retning vilde det være, om også de videnskapelige opdagere fikk sin rett anerkjent. Endelig har etterkrigstidens økonomiske krise gjort sitt til å skyve tanken frem. Ingen er nemlig blitt ramt hårdere av den enn åndsproduzentene, og at de søker å kompensere dette ved å bygge ut sine rettigheter, er ganske rimelig. Vi ser det i ophavsretten til åndsverker som i patentretten, og også kampen for videnskapelig eiendomsrett har tildels samme årsak.

Alt dette har ført til at tanken om vern for videnskapelige opdagelser har funnet god jordbunn, og er blitt tatt under velvillig drøftelse snarst sagt hele verden over. De fleste vil i prinsippet gi senator Ruffini rett når han karakteriserer vår nuværende rettstilstand i følgende veltalende vendinger: *«On ne peut le nier, il existe, dans notre système juridique actuel, une lacune, dont s'étonneront les générations futures, comme nous nous étonnons nous-mêmes des défauts, inadmissibles pour des peuples civilisés, qui caractérisaient les systèmes juridiques d'autrefois. Il manque un anneau à la chaîne qui assure aux créations de l'esprit, depuis les plus positives, les plus concrètes, les plus pratiques, jusqu'aux plus abstraites, aux plus transcendantes et aux plus idéales, une juste reconnaissance.»*

2. Planen om å skaffe rettsbeskyttelse for de videnskapelige opdagelser er først for alvor blitt aktuell etter verdenskrigen. Men alt i slutten av forrige århundre var det enkeltmenn og kongresser som hadde streift den, særlig med sikte på å skaffe vern for den ideelle siden av opdageryrket. I 1921 blev imidlertid en fransk journalist Lucien Klotz varm for tanken, og efter hans initiativ blev det utarbeidet et par franske lovforslag som gav opdageren *droit d'auteur* til sin opdagelse, og i kraft av den rett til

å få del av gevinsten, hvis opdagelsen blev gjenstand for økonomisk utnyttelse.¹

I 1923 blev spørsmålet imidlertid løftet over i et annet plan, idet Folkeforbundets kommisjon for intellektuelt samarbeide tok sig av det og lot et av sine medlemmer, italieneren Ruffini, utarbeide en rapport om saken. Ruffini fulgte forsåvidt de franske forslagene som han formet beskyttelsen som en helt individuell rett for opdageren, der sikret ham et visst vederlag når opdagelsen blev økonomisk utnyttet. Retten skulde vare i ophavsmannens levetid og 50 år efter hans død, tydeligvis efter mønster av forfatterretten. Men i motsetning til de eldre forslagene mente Ruffini at problemet alene kunde løses internasjonalt, og foreslo derfor at det blev opprettet en egen union for å verne den videnskapelige eiendomsrett, som Bernunionen verner den kunstneriske, og Parisunionen den industrielle.

Som motstykke til disse forslagene, der alle lar beskyttelsen bevege sig efter strengt individuelle linjer, kom det imidlertid frem planer som hadde et like tydelig kollektivt anstrøk. Hovedmannen for disse var professor Gariel, første vice-direktør ved Bernbyrået. Også Gariel fant at videnskapen burde beskyttes, men ikke på den måten Ruffini hadde tenkt sig. Efter hans mening var det hverken rettferdig eller praktisk mulig å knytte et juridisk forpliktelsesbånd mellom den individuelle opdager og den enkelte forretningsmann eller oppfinner som utnytter opdagelsen. Det er nemlig denne siste, og ikke opdageren som er

¹ Spørsmålet om videnskapelig eiendomsrett blev her i Norden behandlet på juristmøtet i Helsingfors i 1925. Se min avhandling: Den videnskapelige eiendomsrett, bilag 2, og forhandlingene s. 204—246. Jfr. også Torp i T. f. R. 1924 s. 123, Eberstein i Im. rätt s. 64 og N. I. R. 1932 s. 5, Vinding Kruse s. 480 ff. God oversikt over spørsmålets utvikling gir «*La propriété scientifique*» av Raymond Weiss, utarbeidet efter oppdrag av Institutet for intellektuelt samarbeide i Paris (1929) «*Patent rights for scientific discoveries*» av C. J. Hamson (1929) og fremstillingen i det belgiske «*Les Nouvelles, Droits intellectuels*» s. 1017 av Vander Haeghen (1936). Av litteraturen ellers kan nevnes Ruffinis rapport til Kommissjonen for intellektuelt samarbeide fra 1923, Gariel: «*La question de la propriété scientifique*» (1924). Osterrieth: «*Wissenschaftliches Eigentum*» (1925), Poignon: «*Comment le droit peut-il protéger l'oeuvre scientifique?*» (1929), Walter Eрман: «*Wissenschaftliches Eigentum*» (1929), og en lang rekke artikler i P. i., GRUR. etc.

«*la cause efficiente*» til gevinsten. Derimot var det uomtvistelig at de videnskapelige opdagere, tatt som enhet, yder samfundet og særlig industrien store tjenester, og denne takknemlighetsgjeld burde industrien anerkjenne helt kollektivt, ved å betale en viss avgift gradert efter den nytte de forskjellige erhvervsgrener kan antas å ha av opdagelser. Disse pengene skulde så samles i nasjonale kasser og brukes til å utdele «*une equitable rémunération*» til de opdagere hvis arbeide hadde båret økonomisk frukt, efter skjønn av en teknisk-videnskapelig instans.

Gariels tanker vakte livlig debatt og fikk adskillig tilslutning.¹ For å ta brodden av noen av de innvendinger han hadde reist mot Ruffinis andelssystem, søkte man fra flere kanter å arbeide de to systemene sammen. Kommisjonen for intellektuelt samarbeide vilde imidlertid ikke forlate den linjen som fra begynnelsen av var valgt. En ekspertkomité som kom sammen i 1927 for å ta stilling til de uttalelser som var falt siden 1923, feiet de fleste innvendingene mot andelssystemet tilside, og holdt i det vesentlige Ruffinis plan fast.² Vernetiden blev dog satt ned til 30 år. Sommeren 1928 fikk forslaget så en tilføielse, idet det blev satt i forbindelse med forsikringsinstituttet: Likesom man kan forsikre sig mot ansvar f. eks. ved bilulykker, skulde de industrielle bedrifter kunne forsikre sig mot risikoen ved*at de brukte andres opdagelser og blev forpliktet til å betale for dem. I detaljer blev denne nye tanken dog ikke innarbeidet i utkastet.

Da man var kommet så langt, mente man i Folkeforbundet at tiden var moden til å tenke på å innkalle en diplomatisk konferanse som kunde få i stand den internasjonale konvensjon som var planlagt. Man sendte følgelig forslaget rundt til regjeringene og spurte om de mente det egnet sig som diskusjonsbasis for en internasjonal konferanse, og om de var villige til å la sig representere ved drøftelsen. De svar man fikk var imidlertid lite opmuntrende. Det var bare Island og Egypten som var helt fornøid med forslaget. Andre inntok nok en velvillig holdning, men mente dels at detaljene måtte endres, dels at tiden ennu ikke var moden for gjennomførelsen (Finnland, Italia, Sverige). De fleste land, og da særlig de store industriland

¹ Bl. a. av mig, jfr. forrige note.

² Også jeg var blandt «ekspertene», men druknet fullstendig i den franske veltalenhet.

(Tyskland, Frankrike, Storbritannia, Belgia, Tsjekkoslovakia, Jugoslavia etc.) avviste derimot forslaget temmelig bestemt, tildels under fremhevelse av at selve tanken om å beskytte de videnskapelige opdagere forekom regjeringene sympatisk. U. S. A. strakte sig ikke så langt engang, men nektet kategorisk å diskutere planen eller å møte på noen diplomatisk konferanse om den.

Samtidig hadde den videnskapelige eiendomsrett vært under drøftelse på en rekke konferanser både av jurister, ervervsdrivende og videnskapsmenn. Gjennomgående var stemningen nokså reservert, skjønt ingen gikk så vidt som det amerikanske *National Research Council*, som uttalte som sin nesten enstemmige mening at en rett for videnskapsmannen over sine opdagelser ikke var realiserbar, og at det var tvilsomt om den var ønskelig (Weiss s. 24).

I denne iskalde atmosfære har planen om en internasjonal konvensjon til vern for de videnskapelige opdagere avgått ved døden av forfrysning. Og de andre planene om en særlig rett i samme anledning kan heller ikke sies å være aktuelle i øieblikket. Hvis tanken om øket beskyttelse for opdagelsene fremdeles er aktuell, er det i helt andre former den gjør sig gjeldende, som vi senere skal se.

Et eneste påtagelig resultat har dog all debatten og hele det store internasjonale apparat hatt: Spania er nedkommet med følgende bestemmelse i sin patentlov av 26 juli 1929 § 47: «*Pourra également faire l'objet d'un brevet une découverte scientifique, pourvu qu'elle soit reconnue comme propre et originale, après une période de communication au public, en tenant compte du rapport des académies et des centres compétents d'après la nature de la découverte et conformément aux dispositions qui seront rendues dans chaque cas.*» Men en svale gjør ingen sommer — selv ikke når den kommer fra Spania.

3. Men hvad var så grunnen til at den smukke tanke om en videnskapelig eiendomsrett styrtet sammen som et korthus? Som alltid her i verden var det naturligvis et helt kompleks av årsaks-momenter som gjorde sig gjeldende; men noen av dem er særlig iøinefallende:¹ For det første var ikke selve rettsgrunnlaget muret op så solid som det burde. Begrunnelsen for den nye retten appellerte mere til følelsen enn til etiske, sociale og økonomiske

¹ Dette er ikke bare etterpåklokskap fra min side. Da ekspertkonferansen av 1927 var slutt, sa jeg til Raymond Weiss at nu hadde vi antagelig begravet den videnskapelige eiendomsrett for godt.

refleksjoner. I sitt utspring var bevegelsen nærmest en «*mouvement d'indignation*», og det var visse oplagt rimelige rettsituasjoner som gav indignasjonen næring, særlig at en oppfinner kan tilegne sig andres videnskapelige opdagelser helt gratis, og tjene sig rik på dem. Men når spørsmålet om videnskapens rettsstilling reises, kan man ikke stirre sig blind på en sånn enkelt urimelighet, men må se saken i større sammenheng. Og da er det umulig å komme forbi at videnskapsmennene på mange andre måter honoreres økonomisk for sin innsats i kulturlivet, bl. a. ved gasje fra staten, ved belønninger, understøttelse til eksperimenter o. s. v. Jeg vil ikke si at denne honoreringen alltid og i alle land er tilstrekkelig; men den må ikke settes ut av betraktning, når man diskuterer om vår nuværende rettsstilstand over individuell rettferd overfor opdagerne.¹

Dessuten må de sociale virkningene av den påtenkte nye rett alltid has for øie. I så måte er det farlig å ordne den videnskapelige eiendomsrett slik at noen forskningsarter gir chance til stor fortjeneste men andre ikke, skjønt de kan være like nyttige eller uundværlige for samfundet. Den flukt fra disse siste forskningsgrenser som lett vil bli følgen, gjorde mange betenkelige overfor Folkeforbundets utformning av tanken om videnskapelig eiendomsrett. Sammen med den rent «idealistiske» forestilling, at videnskapen profaneres hvis utsikt til fortjeneste får blande sig inn i forskningsarbeidet, var dette den viktigste grunn til at videnskapens egne menn stillet sig så kjølig til planen som de faktisk gjorde i mange land.²

Hovedårsaken til nederlaget var dog at diskusjonen fra første ferd blev kjørt inn i en blindgate, eller iallfall begrenset på en høist uheldig måte, så den nye tanken ikke fikk den allsidige og fordomsfri behandling som alene hadde kunnet bringe den i havn. Istedenfor å erkjenne at det var et nytt og selvstendig rettsproblem man stod overfor, gikk man mere eller mindre ut fra at det var gammel urett som skulde gjøres god igjen, idet videnskapsmannen nu skulde ha rang og sete som de andre åndsproducentene, hvis rettigheter forlengst var anerkjent. Det var derfor

¹ Jfr. «Den videnskapelige eiendomsrett» s. 17—18.

² Dette siste er dog bare snerperi og gammel fordom. I kunstens verden, som vel ikke skulde være mindre fin på det enn videnskapen, er man forlengst kommet bort fra denslags. Jfr. foran i § 1.

rettsreglene om disse der analogisk måtte tillempes overfor den nye retten, og derved blev man ubønhørlig drevet inn på den helt individuelle linjen som Folkeforbundet sluttet sig til, og som nødvendigvis måtte ende i grøften. Ut fra romantiske forestillinger om at all åndsvirksomhet er ensartet, (Ruffini) eller at den ene gren av den ikke er verdifullere eller «høiere» enn den annen, mente man å kunne slutte at det heller ikke rettslig burde være noen forskjell mellom dem. Navnet «videnskapelig eiendomsrett» var ikke bare en frukt av denne innstillingen, men bidro også selv til å skyve tanken videre i samme, gale retning.¹

Som titt og ofte sagt, er det imidlertid en illusjon å tro at alt menneskelig åndsarbeide har krav på samme rettslige behandling. Det kan være viktige psykologiske ulikheter å ta hensyn til, likesom også måten å utnytte verkene på kan være forskjellig, og de sociale grunner som taler mot beskyttelse ha varierende styrke. For åndsverkernes og oppfinnelseenes vedkommende har vi påvist dette foran. Men her ved opdagelsene er det enda nødvendigere å minne om det, hvis man skal nå frem til rimelige rettsregler.² Hvad det psykologiske angår, er opdagelsen nøytral og upersonlig i høiere grad enn oppfinnelsen, for ikke å snakke om åndsverkene. Det kollektive innslag i opdagervirksomheten er til gjengjeld sterkere, idet hver forsker står enda mere på forgjengernes skulde enn selv oppfinneren gjør.³ «*La science est une oeuvre collective,*» sier Berthélot, og med full rett. Den økonomiske utnyttelse av en opdagelse er høist uensartet;⁴ bl. a. kan den gi støtet til en ubegrenset mengde oppfinnelser, eller bli til direkte nytte for store og ubestemte befolk-

¹ Ingen gikk dog så vidt som til å foreslå at opdageren skulde ha «eiendomsretten», d. v. s. enerådigheten over sin opdagelse, sånn som forfatteren og oppfinneren har. Det synes forresten nu å være enighet om at det var et misgrep å kalle opdagerens rett for eiendomsrett, og at dette har virket diskrediterende for tanken. Jfr. Vander Haeghen l. c. s. 1026.

² I «Den videnskapelige eiendomsrett» s. 22—28 finner man en mere inngående drøftelse av spørsmålet.

³ Disse uttalelsene innebærer ikke noen «generel Vurdering af den forskellige aandelige Indsats paa de forskellige Omraader». (Vinding Kruse s. 478). Man vurderer ikke Shakespeare i forhold til Newton — eller i forhold til Napoleon — fordi om man gjør opmerksom på at deres innsats her i verden ligger på hvert sitt plan.

⁴ Se «Den videnskapelige eiendomsrett» s. 14 ff.

ningslag, f. eks. nye metoder for vekselbruk. At det derfor kan være større betenkelighet ved å gi opdageren enerett til opdagelsen enn ved forfatterens enerett til en bok og oppfinnerens til en oppfinnelse, ligger i dagen.

Ut fra den fri innstilling til problemet som disse betraktninger gir, må det sies at Folkeforbundets forsøk på å forme videnskapsmannens rett etter rent individuelle linjer, ikke var lykkelig: I prinsipiell henseende overså forslaget det kollektive element i all oppfinnervirksomhet, og glemte den tributt til videnskapen som helhet, der bør være uadskillelig forbundet med den enkelte opdagers godtgjørelse. En betydelig svakhet var det også at all den forskning som ikke bragte direkte økonomisk utbytte, var glemt. Allikevel var det de praktiske innvendingene mot andelssystemet som bidro mest til at det blev avvist: Den enkelte oppfinnelse står ikke i gjeld bare til en enkelt opdagelse, men oftest til en hel masse, og hver av dem har igjen en rekke forfedre bak sig;¹ det kan derfor lett bli en anselig skare opdagere som oppfinneren blir «bidragspliktig» til. Skal plikten også gjelde dem som gjør sig opdagelsen nyttig uten at noen oppfinnelse er kommet imellem, blir resultatet lett en virkeliggjørelse av slagordet om «Hele folket i avgift», som vår nuværende regjering påstår å ha gjort til sitt. Å avgjøre størrelsen av opdagertributten er dessuten vanskelig eller umulig, hvis man ikke skal ansette den rent vilkårlig. Alt dette skaper en usikkerhet for industrien som denne med rette finner uutholdelig, og som det ikke er lyktes å fjerne ved forsikringstankens hjelp. Endelig må det fremheves at Folkeforbundets utkast ikke hadde gjort forholdet mellem opdagertretten og patentretten klart, og at man overhodet var engstelig for alt som kan svekke denne rett og legge nye byrder på industrien.

4. Om Folkeforbundets fremstøt for opdagernes rett i andelssystemets skikkelse således må sies å ha strandet, følger dog ikke av dette at hele tanken om videnskapelig eiendomsrett må begraves. *Vinding Kruse* har rett når han sier at «vi heldigvis her som saa ofte i Juraen har flere Strengte paa vor Bue» (s. 485). En av dem

¹ Dynamoen anses således gjerne opfunnet av Gramme. Men det er resultatet av alle de forskeres arbeider som har studert elektriske fenomener, fra Thales fra Milet og til Ampère, via Galvani, Volta, Ørsted, Faraday og mange andre (*Vander Haeghen* s. 1030).

tør sikkert være prisbelønningssystemet i den form Gariel lanserte det, eller i en annen.¹ Svakheden ved dette er imidlertid at det ikke gir noe fulltonende uttrykk for opdagernes rett, minner for sterkt om en særbeskatning av industrien, og åpner mulighet for vilkårlighet og «etatisme» under fordelingen av belønningene.

En tredje buestreg, som interessen i det siste synes å samle sig mere og mere om, er å utbygge patentretten i den videnskapelige forsknings favør.² Denne utvei har bl. a. den uomtvistelige fordel at man tar utgangspunkt på tryggere grunn, og ikke hopper ut i det store ukjente. Å gå så langt som til å se bort fra forskjellen mellom oppfinnelser og oppdagelser, og åpne almindelig adgang til å ta patent på disse siste, kan det dog ikke være tale om. Men man kan nok gi den videnskapelige forskning adskillig beskyttelse innenfor patentrettens murer uten å spreng dem. For det første kan det spørres om ikke undtaksregelen i P. § 1 bør opheves, slik at også «oppfinnelser hvis gjenstand er et nærings-, nytelses- eller legemiddel eller en kjemisk forbindelse», blir gjenstand for patent. Store deler av den kjemiske, biologiske og medisinske forskning vilde i virkeligheten være godt hjulpet på denne måten. — Dernest kunde det være grunn til å praktisere grensen mellom oppfinnelse og oppdagelse, som i sig selv er flytende, mindre strengt; så videnskapelig og metodisk som oppfinnervirksomheten arter sig i våre dager, er dette en forholdsregel som ikke bare lar sig opportunistisk forsvare, men også prinsipielt er på sin plass. — Når det blir gjort en oppfinnelse på grunnlag av en videnskapelig oppdagelse, vil de fleste være enig om at patent kan gis, selv om det er oppdagelsen som er det nye og vesentlige, og den praktiske anvendelse av den nærmest en ordinær konstruksjon.³ Men hvis opdageren og konstruktøren er to forskjellige personer, hvem skal da ha patentet? Fransk rett har her

¹ Jeg må dog bekjenne at jeg nu har mindre praktisk tro på systemet, enn da jeg skrev «Den videnskapelige eiendomsrett».

² Jfr. Vinding Kruse s. 489—492, Eberstein i N. I. R. 1932 s. 14—15, Vander Haeghen l. c. s. 1029. I en artikkel i N. I. R. 1933 s. 81 om «Beskyttelse for nye Plantesorter» nevner Alb. V. Jørgensen at man i U. S. A. i 1930 har åpnet adgang til å ta patent på nye plantesorter, og anbefaler at man tar op spørsmålet til drøftelse også her i Norden.

³ Jfr. foran s. 219 og Eberstein l. c. s. 8, med henvisning til Patent. bet. s. 168.

vært tilbøielig til å gi opdageren patentretten, mens den tyske i prinsippet holder på konstruktøren. Her synes det imidlertid å være grunn til å arbeide for større plass for opdagerens innsats, idet man enten gir dem patentretten i forening, eller også betrakter konstruktøren som opdagerens medhjelper, der ikke får andel i selve patentet, men rett til erstatning for sitt arbeide. (Jfr. E b e r s t e i n l.c. s. 15.) — Det er naturligvis også mulig at man — iallfall for visse opdagelser — kunde honorere dem med såkalle *brevets de principes*. Og endelig kunde man kanskje også overveie en tanke som Axel Hasselrot har fremsatt¹ om at offentlig registrering av en opdagelse skulde gi videnskapsmannen en kortvarig fortrinsrett til å få patent på de oppfinnelser som grunner sig på opdagelsen.

En siste streng har buen ennu tilbake, skjønt det ikke akkurat er juristenes sak å legge pilen tilrette på den, og skyte den av. Gjennom en aktiv kulturpolitikk fra statens side kan videnskapen og dens menn få sånn opmuntring og understøttelse, at deres berettigede økonomiske krav blir stillet tilfreds. At dette er den riktige løsning av problemet om videnskapelig eiendomsrett fremhever Jugoslavias regjering sterkt i sitt svar på Folkeforbundets enquête angående forslaget fra 1928: Da videnskapen skal tjene det almene vel, må staten sørge for at dens dyrkere får slike kår at de kan øve sin videnskap uten å være plaget av materiell bekymring. Dette sier Jugoslavia sig å ha gjennomført i praksis. Det ligger i denne forbindelse nær å minne om at det er denne vei man for størstedelen har slått inn på i Russland, også når det er tale om forfatternes og oppfinnernes rettigheter. Og meget synes å tale for at dette også i et privatkapitalistisk samfund er den heldigste måte å verne de videnskapelige opdagere på, selv om man holder de tradisjonelle synsmåtene fast, når det gjelder de andre grenene av åndsproduksjonen.

5. Skal man efter dette gjøre op regnskapet for den «videnskapelige eiendomsrett», kunde det for en ytre og overfladisk betraktning se ut som den hadde resultert i *viel Geschrei und wenig Wolle*. En sånn dom vilde dog være for hård. Det er tross alt en virkelig kongstanke som er satt inn i verden, og er det ikke lykkes

¹ Årsskrift for «Svenska föreningen för industriellt rättsskydd» 1928, s. 93.

å gjennomføre den i første omgang, skal en ikke miste motet for det. Det kostet flere hundreårs kamp før åndsverkene og oppfinnelsene fikk sine rettigheter anerkjent, og den videnskapelige eiendomsrett har ennå ikke kjempet i tyve. Det arbeide som er lagt ned på å skape den behøver ikke være spilt, selv om de konkrete forslagene ikke førte frem. I åndens verden er det viktigste og vanskeligste ofte å bearbeide jordbunnen, og skape en gunstig atmosfære for frøet når tiden er kommet til å så det påny. Kanskje er det optimistisk, men om den videnskapelige eiendomsrett er jeg tilbøielig til å si som Peter i «Kongsemnerne»: «Så stor en kongstanke dør ikke.»

III. De videnskapelige opdagere er de viktigste av de aspiranter som i det siste har meldt sig med krav om nye rettigheter i slekt med patentretten, men de eneste er de ikke. Det fins også andre åndsprodusenter i teknikkens verden som ikke finner plass innenfor patentretten, men som det ikke er rimelig å nekte all rettsbeskyttelse i den anledning. Man kan eksempelvis nevne dem som finner op stenografiske systemer eller signalsystemer, metoder for dans, gymnastikk eller pianospill, lanserer nye reklameformer o. s. v.¹ Uten å være oppfinnelser, representerer alt dette en respektabel åndelig innsats, og i og for sig er det ikke tiltalende om rettsordnen lar det ligge ubeskyttet. Forholdet har sin parallell ved ophavsretten, hvor det også var en rekke beslektede virksomheter som faller utenfor retten, men krever rettsbeskyttelse allikevel. Det er også interessant at enkelte av disse i virkeligheten ligger patentretten like nær som ophavsretten, idet den innsats som er gjort er mere teknisk enn estetisk, som f. eks. grammofonfabrikantenes krav om vern for sine plater.

Ingen av disse produsentene har imidlertid nådd frem med sine særkrav i positiv norsk rett. Derimot er det en annen slags åndsproduksjon som har slektskap både med åndsverker og oppfinnelser, og som såvel hos oss som annetsteds har sin særlige rett, nemlig mønsterproduksjonen. Reglene om den blir det neste avsnitt i fremstillingen.

¹ Sammen med problemet om bruksmonstre melder sig også spørsmålet om rettsbeskyttelse for «konstruksjoner»: Disse to ting behandles best sammen.

Mønsterretten.

§ 31.

Historie og egenart.

I. Ophavsretten til åndsverker og patentretten er de to store hovedstammene på åndsproduksjonens tre. Men i mellomrummet mellom dem, der hvor grunnstammen deler sig, skyter et tredje men mindre skudd tilværs, og denne slankere mellomstammen er m ø n s t e r r e t t e n. Den beskytter, som M. uttrykker sig i § 1, «nye forbilleder for industrielle gjenstanders ytre form eller utstyr», og hindrer at det arbeide som er lagt ned på å skape dem kommer konkurrentene til gode.

Denne retten er i tydelig slekt med de andre åndsproduksjonsrettigheter, og dens historie er iallfall ikke eldre enn deres. Tvertimot tok det lengere tid før man opdaget at også det å lage mønstre og modeller hadde billig krav på vern, og det var i grunnen først da ophavsrettstanken hadde seiret definitivt i åndslivet og i industrien, at mønsterretten fikk innpass i lovgivningen i de fleste land. Til gjengjeld slapp den å kjempe sig frem skritt for skritt. Det står ikke det gny av mønsterrettens historie som av ophavsrettens og patentrettens.

1. Det er ingen tilfeldighet at mønstervernet først vant frem i Frankrike, den gode smaks og det artistiske raffineris forjettede land. Og karakteristisk er det også at det var silkeindustrien som tok têtèn. Ved et reglement for silkeveveriene i Lyon fra 1744 blev det strengt forbudt å gjøre andres mønstre efter — altså på en tid da ikke engang ophavsretten til kunstverker var almindelig anerkjent. Beskyttelsen blev nærmere regulert i 1787, fiksert til et visst antall år, (6 eller 15), og gjort avhengig av at mønstrene var deponert hos lauget før stoffene kom i handelen. Da så laugene blev ophevet

under revolusjonen, mistet beskyttelsen fotfestet, inntil Napoleon i 1806 opprettet et «*conseil de prud'hommes*» for Lyon, hvor mønstrene kunde deponeres. Lignende innretninger kunde også opprettes i andre fabrikkbyer. Gjennom hele århundret utviklet mønsterretten sig så litt efter litt, under innflytelse av rettspraksis, og påvirket sterkere og sterkere av kunstnerbeskyttelsens rettstanker. Den 14 juni 1909 fikk Frankrike sin nuværende lov «*sur les dessins et modèles*».

I England hadde man fra 1787 hatt en kortvarig beskyttelse for visse trykte tøier. I 1842 og 1843 blev vernet utvidet til alle slags industrigjenstander, men de blev delt inn i 13 forskjellige klasser, slik at registrering av mønstret ikke gav vern utenfor klassen. Disse lovene gikk senere op i *Patents, Designs and Trade Marks Act* av 1883, som igjen er erstattet av *Patents and Designs Act* av 1907 med senere endringslover.

U. S. A. fikk sin første mønsterlov i 1870, og Tyskland en «*Gesetz betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen*» i 1876, som fremdeles gjelder. Hvordan denne loven skulde forstås gav imidlertid anledning til tvil på et meget vesentlig punkt, hvor det fremdeles er forskjell i rettsopfatningen landene imellem: I Frankrike hadde man alltid lagt vekt på det smakfulle og dekorative i mønstret, og gått ut fra at det bare var den estetiske siden ved det som retten skulde verne om. Det er også slått fast i landets nuværende mønsterlov som sier i § 2, at hvis gjenstandens ytre form er uadskillelig forbundet med en viss nyttevirkning, kan denne bare vernes igjennem patentlovgivningen. På den annen side av kanalen så man imidlertid anderledes på saken, sin tradisjonelle åndelige innstilling tro. Mønsterloven av 1843 — tilleggslov til den av 1842 — sa uttrykkelig at også mønstre som øket gjenstandens nytteeffekt var beskyttet.¹ Og hverken den nuværende patentlov eller loven av 1883 spør om mønstret skal tjene estetiske formål eller bruksformål, men knytter ubetinget beskyttelsen til formen selv. I og for sig hadde vel en slik fortolkning vært forenelig med den tyske loven også, for den beskriver gjenstanden for vernet nøitralt, som «*neue und eigentümliche gewerbliche Muster*». Slik mente bl. a. Kohler at loven burde forstås.² Ved en dom av 1878 blev det

¹ «*Any new or original design for any article of manufacture having reference to some purpose of utility.*»

² Jfr. Dernburg s. 287.

imidlertid slått fast at det bare var de såkalte «*Geschmacksmuster*» loven tenkte på, d. v. s. de mønstre som sikter på å tjene estetiske formål.¹ Og for å fylle det hull som det under disse omstendigheter blev mellom mønstervernet og patentvernet, vedtok man i 1891 en «*Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern*», som bestod helt til i år. Karakteren av denne loven skal vi senere komme inn på.

Gjennem Pariskonvensjonen av 1883 opnådde mønsterretten internasjonal anerkjennelse, idet de statene som gikk med i unionen forpliktet sig til å anerkjenne den i sin lovgivning. For Norges vedkommende drøiet det dog adskillig tid før man gjorde alvor av dette.²

2. Her i Norge hadde vi nemlig ikke noe egentlig mønstervern før M. av 19 juli 1910.³ Før denne tid var det fri adgang til å gjøre andres mønstre efter, hvis de da ikke var virkelige kunstverker som gikk inn under loven av 4 juli 1893. Henimot hundreårsskiftet reiste det sig imidlertid sterke krav om å få rettet på dette forhold, og patentlovkommisjonen fikk i oppdrag å ta også denne siden av «den industrielle eiendomsrett» op til behandling.

Den kom enstemmig til det resultat at et mønstervern var på sin plass: «Skal vår industri og vårt håndverk og da i særlig grad vår kunstindustri og vårt kunsthåndverk fremmes i sin utvikling, vil det være en vesentlig betingelse at de nye former der av den enkelte — oftest med økonomisk opofrelse — skapes, ikke straks skal kunne fratas ham av andre, hvorved disse kommer til å nyte godt av hvad han ved sin faginnsikt og sin intellektuelle eller økonomiske evne har formådd å frembringe. Under en tilstand hvor sådan utnyttelse av andres arbeide ikke er forbudt, vil man mangle en sterk drivfjær for den enkeltes lyst og vilje til gjennom nyskaping å utvikle og bringe fremover det håndverk eller den industri han tilhører. Og herved hemmes følgelig vårt håndverk og vår industri i det hele i sin fremgang.» (Mot. M. s. 13.) Man la også vekt på at ophavsmannen rettferdigvis burde ha lønn for sitt arbeide, og avviste frykten for at norsk industri og håndverk lå så langt tilbake og hadde så små åndelige resurser at de «for å holde sig oppe

¹ Den amerikanske mønsterlov av 1904 beskytter også bare «*ornamental designs*».

² Se Mot. M. s. 15.

³ Sverige har en lov av 10 juli 1899, som dog bare gjelder metallindustrien. Danmark en av 1 april 1905.

måtte være henvist til å leve på lån, ikke alene av idéer men også av ferdige former».

Hvad den nærmere utformning av beskyttelsen angår, fant man det ikke praktisk å foreslå en egen lov om nyttemønstre. Mønsterretten burde efter kommisjonens mening beskytte gjenstandenes ytre form på samme måten som i England, altså uten å spørre om det er av estetiske grunner eller for nyttevirkningens skyld at uvedkommende vil kopiere den.¹ I dette stykke vakte forslaget heller ikke motstand.² Derimot blev det stor strid om den foreslåtte ordning av forholdet mellem mønsterretten og kunstnerretten,³ og enda mere om hvad mønsterinnehaveren egentlig burde ha eneretten til. Patentlovkommisjonens forslag og den kgl. prp. (Ot. prp. 23, 1901—1902) hadde i motsetning til nesten all fremmed rett strukket eneretten så langt, at det ikke engang var tillatt å gjøre et mønster efter til eget bruk. I stortinget blev dog dette endret derhen, at det bare var eftergjøring i erhvervsmessig hensikt som skulde være forbudt. Og lagtinget vilde dessuten gjøre det vesentlige innhugg i mønsterretten at den ikke skulde komme i betraktning overfor «det egentlige husflidsarbeide», som altså fremdeles skulde kunne foregå fritt. Denne anmerkningen gikk odelstinget ikke med på, og da heller ikke lagtinget vilde gi sig, kom forslaget i plenum, hvor det ikke fikk 2/3 flertall og følgelig blev begravet.

Saken gikk så tilbake til patentlovkommisjonen, som avgav nytt forslag i 1904, sammen med de andre forslagene om industrielt rettsvern. Man bøide sig for stortingets opfatning av at mønstre bare burde vernes når de blev anvendt i erhvervsmessig hensikt, og godtok også den ordningen av forholdet mellem mønsterrett og kunstnerrett som var blitt resultatet av stortingsbehandlingen. Derimot holdt man bestemt fast på at mønstervernet ikke måtte

¹ Patentlovkommisjonens formand, *Stang Lund*, gir særlig klart uttrykk for dette på s. 30 i bilagene til Ot. prp. 23 for 1902: «Mønsterbeskyttelsens gjenstand er bestemte, for øiet synlige former, hvis eiendommelighet gjør sig gjeldende uavhengig av deres mulige nyttevirkning. Formen er beskyttelsens gjenstand og endemål. Den beskyttes ikke som middel for en mulig nyttevirkning. Denne nyttevirkning har intet med mønsterbeskyttelsen å gjøre, men den hindrer den heller ikke.»

² Den danske lov er som den norske i så måte. Den svenske loven forstås slik at den bare gjelder «prydnads ej nyttighetsmönster». N. J. A. 1932 s. 639.

³ Se neste paragraf.

hules ut ved at «det egentlige husflidsarbeide» fikk boltre sig så fritt det vilde. I så måte blev forslaget også støttet av husflidsorganisasjonene (Ot. prp. 6, 1908 s. 75), og denne gangen gled det smertefritt gjennom i stortinget. Sammen med patent- og varemerkeloven og loven om styret for det industrielle rettsvern, kom så M. til verden den 19 juli 1910 (nr. 6).

II. Som ophavsretten til åndsverker og som patentretten, hviler også retten til mønstre på åndelig produksjon. Ganske visst er mønstrene vanligvis ikke egentlige kunstverker, og heller ikke kan man sammenligne dem med oppfinnelsene som fører den tekniske utviklingen i samfundet fremover. «*Mais ils contribuent au développement de l'industrie, en donnant aux produits une élégance que l'on recherche, une réputation de fini et de bon goût qui les recommande.*» (B r y s. 413.) Med rette slår derfor Mot. M. fast (s. 14), at mønsterretten er bygget på de samme betraktninger som ophavsretten og patentretten, og at man «kun utfyller noe som har manglet, ved å utstrekke rettsbeskyttelsen til også å gjelde industrielle mønstre». Gjenstanden for vernet er også ved mønsterretten en ulegemlig gjenstand, mønstret, og ikke de enkelte eksemplarer som det gir sig tilkjenne i. Mønsterretten er følgelig en sann åndsrettighet, og reiser problemer som er helt parallelle med dem vi kjenner fra patent- og ophavsretten, bl. a. når det gjelder å beskytte mønstrene internasjonalt.

Men mønsterretten har allikevel sitt eget ansikt blandt åndsproduksjonens rettigheter. Og dets viktigste trekk er at retten i grunnen står midt mellom patentretten og ophavsretten til åndsverker, og låner adskillige drag fra dem begge. Grunnlaget ligger nok åndsverkene nærmest, siden det er estetiske formål mønstrene i første rekke skal tjene, og siden det er sans for linjer og farver som er mønstertegnerens fornemste aktivum. Når verdien av formen ligger i nyttevirkingen, blander imidlertid også tekniske momenter sig inn i beskyttelsen, og retten får dessuten i alle tilfelle et industrielt og merkantilt tilsnitt, fordi det bare er som «forbillede for industrielle gjenstanders ytre form og utstyr» at den har rettsordnens bevåkenhet.¹

Mønsterretten er altså tilsynelatende rikere enn både patent-

¹ Med rette kaller E l s t e r s. 253 mønsterretten for en bro fra ophavsretten til oppfinnerretten, «*vom Geistigen zum Technischen*».

og ophavsretten, idet den tar begge rettstanker op i sig. Til gjengjeld er imidlertid intensiteten av dem så meget ringere. Den estetiske eller kunstneriske innsats i et mønster er bare en avglans av den som skaper kunstverker, og det tekniske snille som skal til for å gi industriproduktene en hendig og praktisk form, hører heller ikke til de åndsprestasjoner som får verden til å skjelve. Uten å underverdere mønsterarbeidet må det derfor sies at det som åndsproduksjon ligger på et annet plan enn åndsverkene og oppfinnelsene gjør.

Det viser sig på mange måter. Kravene til et mønster er langt beskjednere enn til åndsverkene, som det oftest er naturlig å sammenligne dem med. Det sterke individuelle personlighetspreg som alle sanne åndsverker har, ser man heller ikke så meget til. Mens det således er utenkelig at to virkelige åndsverker kan komme til verden hos flere ophavsmenn i ganske samme skikkelse, er muligheten for at der kan skapes «dobbeltmønstre» nokså nærliggende,¹ akkurat som også dobbeltoppfinnelser er et kjent fenomen. Den personlige og ideelle siden ved rettsvernet spiller derfor ikke den rolle i mønsterretten som i ophavsretten, selv om det ikke vilde være riktig å se bort fra, at også mønsterretten har ideelle elementer.. Også fra et socialt synspunkt har mønsterretten og dens problemer mindre dimensjoner enn ophavsretten og patentretten. Den innsats som er gjort opfordrer ikke rettsordnen til å slå på stortrommen, og ophavsmennene selv begjærer det heller ikke. På den annen side møter ikke kravet om mønsterrett sånn motstand fra almenhetens side som ophavsretten og patentretten gjør. En viss motsetning mellom ophavsmannens og almenhetens interesser er det nok, og rettsreglene arter sig derfor også her som samfundsmessige kompromisser på langt sikt, men tonen fra begge sider er mere dempet enn når ophavsretten eller patentretten debatteres. Også det bidrar til å forklare at mønsterrettens historie har vært så meget fredeligere enn de andres.

I sin positive utforming står mønsterretten imidlertid nærmere patentretten enn ophavsretten. Det viser sig alt i det ytre, ved at den sorterer under styret for det industrielle rettsvern, og internasjonalt faller inn under Pariskonvensjonen og ikke under Bernkonvensjonen. Men også reglene om rettens varighet, registreringen, gebyrplikten, etc. gir stadig minnelser om patentreglene, som vi skal se i neste paragraf.

¹ Jfr. Alfred J. Bryn i N. I. R. 1934 s. 26.

§ 32.

Oversikt over mønsterreglene.

I. «Som mønster vernes etter denne lov nye forbilleder for industrielle gjenstanders ytre form eller utstyr,» sier M. § 1. Om forbilledet er et flatemønster eller et rummønster, er såvel etter ordlyden som etter motiveringene likegyldig. I siste fall taler man forresten gjerne om «modeller» istedenfor om mønstre. Ved «industrielle gjenstander» forstår Mot. M. s. 17 «enhver frembringelse på kunstindustriens, håndverkets og kunst- og husflidens område», altså ikke bare det som i dagligtalen regnes med til industrien.¹ Når man ikke brukte ordet «bruksgjenstand» isteden, var det for å markere at tingene både kan tjene til nytte og til pryd, f. eks. nipssaker. (Mot. M. s. 18.)

I alle tilfelle er det dog bare gjenstandenes «ytre form eller utstyr» som retten omfatter, og som andre ikke har lov til å etterligne. Men formen er til gjengjeld beskyttet, enten det er av estetiske grunner, eller fordi den er praktisk og nyttig, at andre gjerne vil ha fatt i den. Hvis således et knivblad er mønsterbeskyttet, er det forbudt å lage blad med samme form, og det hjelper ikke å si at man ikke gjør bladet etter fordi det er vakkert, men fordi det er hendig til å åpne hummerbokser med. Som motivene sier, er det «formen uavhengig av øiemedet som beskyttelsen gjelder» (Mot. M. II s. 16). Og formen må være synlig for øiet, og ved en ytre betraktning, ikke ved noe som man kan finne ut ved å analysere tingens sammensetning, eller ved å åpne den og kikke på innholdet.²

Men n y t t må mønstret være. Det er et krav som all verdens mønsterlover stiller, skjønt i nokså forskjellige ordelag. Motivene fremhever at nyhetskravet dypere sett inneholder to ting, nemlig a) en fordring om en viss kvalitet hos mønstret, og b) en regel om at vern er utelukket når mønstret er kjent av almenheten, før det blir meldt til registrering.³

¹ Jfr. for patentrettens vedkommende foran s. 217.

² Jfr. Rt. 1934 s. 169, BRD. i N. I. R. 1932 s. 62. Krav om mønstervern for et radioblads særlige måte å arrangere programmene på blev avvist av patentstyret (N. I. R. 1935 s. 55).

³ Parallellen til patentrettens subjektive og objektive nyhetskrav er som man ser påtagelig.

a) I så måte pleier de fleste lovene kreve at mønstret skal være eiendommelig eller originalt. I England sies det at mønstret må være «*new and original*», i Tyskland «*neu und eigentümlich*», i Danmark nevnes «ejendommelighed» ved siden av nyhet, og skjønt den franske loven tilsynelatende bare snakker om nyhet, er man enig om at det som kreves er «*moins la nouveauté que l'originalité*».¹ Mot. til vår lov uttrykker sig en smule dunkelt om spørsmålet, idet de begynner med å si at det «ligger i sakens natur at begrepet nyhet inneslutter at der må foreligge en viss grad av originalitet» (s. 21), men føier så straks til, at man ikke må «fastslå noe krav på en selvstendig ideell verdi ved mønstret». I dette orakelsprog ligger formodentlig uttrykt at man ikke skal underkaste mønstret noen vurdering ut fra estetiske eller praktiske synspunkter, for å avgjøre om det er beskyttelse verd. Det skal man jo heller ikke ved de egentlige åndsverker. Men her som der kreves det en viss individuell prestasjon fra ophavsmannens side, en *création* i videste forstand, bare at fordringene til denne er langt liberalere enn når det er et «åndsverk» som presenterer sig.²

b) Ved åndsverkene får ikke kravet om nyhet selvstendig betydning ved siden av regelen om åndsverkskvalitet, fordi et sant åndsverk er så personlig og individuelt at det ikke godt kan springe ut av to menneskers hjerne til forskjellig tid. Mønstrene står derimot — sammen med oppfinnelsene — i en annen stilling. Og både av praktiske og prinsipielle grunner³ bør mønsterretten være betinget av at nyheten er i behold, når mønstret anmeldes til registrering. Som ved oppfinnelsene finner loven det også her nyttig å bestemme hvad det skal forlanges i så måte: «Mønstret regnes ikke for nytt, hvis

¹ Greffe: «*Dessins et modèles.*» (1933) s. 83.

² Alfred J. Bryn fremhever at mønstret ikke behøver å være eiendommelig, men det må være «en individuell produksjon». (N. I. R. 1934 s. 26.) Dette er dog i virkeligheten bare forskjellige uttrykk for samme tanken. I en dom i N. I. R. 1933 s. 44 sier Oslo byrett at mønstret må «fremtre som en selvstendig frembringelse — altså ha en viss grad av originalitet», mens derimot nytteverdien i og for sig ikke var nok. Det samme antok retten i N. I. R. 1933 s. 137 (en syltetøiskrukke) og 1934 s. 153 (en bridgetabell). Fra Danmark kan nevnes HRD. i U. f. R. 1934 s. 725 som ikke fant en huskes ytre form så eiendommelig at den kunde mønsterbeskyttes, og LRD. i U. f. R. 1934 s. 976 som antok det samme om en armring som bestod av en snoet og en glatt tråd.

³ Se nærmere fremstillingen i patentretten, s. 222.

det før kravets inngivelse er blitt alment tilgjengelig» (§ 2). Altså ikke alment kjent, men alment tilgjengelig.¹ Som en «målestokk» for hvad man tenkte sig ved dette, hadde patentlovkommissjonen opprinnelig foreslått at mønstret måtte ha vært «gjengitt i skrift eller ved utstilling eller falholdelse», men det blev strøket, slik at det nu er likegyldig om mønstret har vært tilgjengelig for almenheten på den ene eller andre måten. Den «almenhet» man her tenker på, er naturligvis fortrinsvis den norske. Men da loven ikke — som f. eks. den engelske lov — uttaler dette som en betingelse,² er det vel rettest å anta at også mønstre som er alment kjent i utlandet faller utenfor vernet, forutsatt at ikke vedkommende land helt savner tilknytning til Norge, f. eks. Siam eller Venezuela.³

Hvis mønstret strider mot lov eller er egnet til å vekke forargelse, kan det aldri opnå vern. Parallellspørsmålet ved åndsverker og oppfinnelser har vi foran gjort rede for.

II. 1. Som ved patentretten er det også ved mønstret et vilkår for rettsbeskyttelse, at «krav derom overensstemmende med lovens forskrifter inngis til styret for det industrielle rettsvern» (§ 1), og at mønstret derefter blir registrert.⁴ Reglene for søknaden og dens behandling står i lovens kap. II, og faller i det vesentlige sammen med dem som gjelder om patentkrav. Den viktigste forskjellen er at granskingsystemet ikke får anvendelse. Et anmeldt mønster skal som Mot. M. sier (s. 23) «innføres i registret uten foregående prøvelse av anmelderens rett eller hans opgavers riktighet».⁵ Det eneste styret skal passe på er at mønstret ikke strider mot lov, eller er egnet til å vekke forargelse (§ 18).⁶ Heller ikke blir det tale om å lyse ut mønstret, forat enhver kan gjøre innsigelse mot at det blir registrert. Lysingen i patentretten henger jo nær sammen med granskingsystemet, og mister meget av sin raison når dette blir gitt

¹ Da en enkelt skje var blitt solgt til en gullsmed før registreringen, antokes mønstret å ha vært alment tilgjengelig på forhånd i en dansk LRD. i U. f. R. 1932 s. 585. Jfr. også B.R.D. VII s. 30 og V s. 51.

² «Not previously published in the United Kingdom.»

³ Thorsen s. 66 antar at utland og innland er helt likestillet.

⁴ Begrunnelsen finnes vesentlig i Mot. M. s. 20.

⁵ Kohler holdt i sin tid på granskingsystemet også her.

⁶ Når det er aldeles åpenbart at det ikke foreligger noe mønster, kan registrering naturligvis nektes, jfr. Thorsen s. 75. Mens 1037 mønstre blev registrert i 1933, blev bare 26 krav avvist eller henlagt.

op. Endelig skal ikke mønstret offentliggjøres når registrering er besluttet, slik som patenter skal. Ja det er ikke engang nødvendig at styret får kjennskap til mønstret, idet det kan leveres inn i f o r s e g l e t stand. Senest et år etterat kravet er gitt inn må dog seglet brytes dersom vernet ønskes bevart, og hvis det da viser sig at mønstret er ulovlig eller forargelig, strykes det straks av registret.

2. Som ved de andre åndsproduksjonsrettighetene er det o p h a v s m a n n e n der har krav på vernet. «Retten til vern tilkommer den som har frembragt mønstret, eller den til hvem hans rett er overgått» (§ 3). Derimot har ikke den som har fått kjennskap til andres mønstre rett til å la dem registrere som sine, og heller ikke hvis mønstret er tatt fra andres «avbildninger eller gjenstander» (§ 12). Noen plikt til å godtgjøre at alt er i orden i så måte har anmelderen dog ikke. Tvertom gir «krav om et mønsters registrering, inntil annet godtgjøres, formodning om at mønstret er nytt, og frembragt av den som inngir kravet» (§ 4, jfr. P. § 3).

Reglene om samarbeide og om medhjelp i utførelsen skiller sig heller ikke fra dem som gjelder ved oppfinnelsene, skjønt disse ting ikke er så praktiske ved mønsterproduksjonen. Derimot har det stor betydning å vite hvem som skal ha mønsterretten når mønstret er laget i a n d r e s t j e n e s t e. Dette spørsmålet blev da også grundig ventilert før M. blev vedtatt. Enkelte fremmede lover, f. eks. den tyske, sier uttrykkelig at det er arbeidsherren som skal ha retten, og det ønsket også norske industrikretser å få inn i utkastet. Patentlovkommisjonen blev imidlertid stående ved å holde spørsmålet utenfor loven, akkurat som man lot være å tale om funksjonæropfinnelser i P. Men skjønt prinsippene for avgjørelsen derfor blir de samme, kommer de praktiske resultatene til å gå temmelig langt fra hverandre. Mønsterproduksjonen skiller sig nemlig ikke synderlig fra ethvert annet hederlig åndsarbeide, og står derfor i en annen stilling enn oppfinnelsene — og for den saks skyld også enn åndsverkene. Mens man ved begge de siste kvier sig ved å betrakte de frembragte verdier som andre arbeidsresultater og la dem bli arbeidsherrens eiendom med hud og hår, har dette ikke samme betenkelighet ved mønstrene, hvis de da ikke ligger helt utenfor det naturlige kontraktsområde, eller er frembragt utenfor arbeidstiden. Patentlovkommisjonen fremhever også sterkt i sine motiver at

arbeidsherren må ha retten til mønstret i kraft av forholdets natur. Og komitéinnstillingen i stortinget (Innst. O. II 1901—1902 s. 5) bruker enda sterkere ord. «Det sier sig selv at en arbeider eller lønnet funksjonær i en bedrift under de nevnte forhold ikke kan gjøre krav på eiendomsretten til det på arbeidsstedet utferdigede mønster, og under denne uttrykkelige forutsetning slutter komitéen sig til kommisjonen og departementet», som hadde foreslått at loven skulde tie om spørsmålet. Denne uttalelsen må nok leses *cum grano salis*. Men tendensen i den er riktig nok. Og særlig må det understrekes at mønstertegnerens *droit moral* ikke er så betydelig i lovens øine, at den hindrer arbeidsherren i å registrere mønstret i sitt eget navn.

Adgangen til å vinne mønsterrett står åpen for alle, nordmenn som utlendinger, for dem som bor i Norge som for dem der bor utenlands. Det kreves heller ikke at anmelderen driver fabrikk eller annen næring, som mønstret kan brukes i. I motsetning til f. eks. varemerkeretten, er det nemlig selve mønsterproduksjonen der skal beskyttes, og det er ingenting i veien for at en mann spesialiserer sig som mønsterfabrikant, og lever av å selge mønstrene eftersom han får dem registrert. Hvis anmelderen imidlertid ikke bor fast i Norge, må han opgi en fullmektig som skal representere ham «i alt mønsterretten vedkommende, og som i borgerlige saker kan stevnes på hans vegne» (§ 9 jfr. P. § 13).

3. Registreringen har her som ved patentene konstitutiv virkning, d. v. s. først når den er skjedd, kommer den egentlige mønsterrett i stand.¹ Dette betyr dog ingenlunde at mønsterretten fra da av er endelig og ubestridelig, og at registreringen er en autoritativ erklæring om at alt er i orden forsåvidt. Uten gransking av kravet vilde jo en slik ordning være absurd. Man kan snarere si med Mot. M. s. 23, at registreringens hensikt «kun er ad offentlig vei å fastslå at beskyttelseskrav for mønstret er fremsatt. Hvorvidt dette krav efter omstendighetene medfører noen rett, vil være avhengig av hvorvidt lovens betingelser for beskyttelse er tilstede». Dette bl'r det domstolens sak å avgjøre, når det enten reises sak for å få registreringen

¹ I Frankrike holder man på at registreringen er «*déclaratif du droit, mais attributif des avantages légaux*» (Bry s. 452). Meningen er at selve mønsterretten opstår straks mønstret er skapt, men først når det er registrert har «eieren» rett til å påtale inngrep i retten.

kjent virkningsløs, eller ugyldigheten blir anført som frifinnelsesgrunn i et søksmål for overtredelse av mønsterretten.

De nærmere reglene om dette er ordnet parallelt med P.s. Grunnen til at registreringen angripes kan enten være a) at vilkårene for mønstervern overhodet ikke er tilstede, eller b) at retten er gitt til urette person. I første fall kan såvel styret som enhver annen der har interesse av det, reise sak for å få mønstret kjent ugyldig, og vilkårene for å vinne frem er at det ikke foreligger noe virkelig mønster, at det ikke er nytt, er vernet for noen som tidligere har inngitt mønstervern, eller strider mot lov og ærbarhet (§ 11). Men i motsetning til både P. og V. inntreer ugyldigheten her av seg selv, uten at det er nødvendig å få konstatert den ved dom. Dette fremgår ganske visst ikke klart av lovteksten. Men ordene «registreringen er uten rettsvirkning» peker dog i denne retning, og forhandlingene i stortinget viser tydelig at dette var meningen, likesom forskjellen også har sin naturlige forklaring i at mønstre blir registrert praktisk talt uten gransking. Den som blir stevnet for mønsterinngrep, kan derfor alltid gjøre gjeldende som frifinnelsesgrunn at mønstret er ugyldig, uten at han behøver å ha fått dette slått fast ved dom.¹

Hvis feilen derimot ligger i at det ikke var anmelderen som hadde krav på mønstervernet, er det bare den virkelige rettighets-haver og styret som kan reise sak. Den må i tilfelle gå ut på å få frakjent anmelderen mønsterretten, og ført den over til den virkelige ophavsmann (§ 12). Men som alt nevnt kan denne også forholde sig rolig, og møte et eventuelt søksmål for mønsterinngrep med at registreringen ikke har noen rettsvirkning overfor ham (§ 12 i.f.).

I prosessuell henseende kommer de særegenhetene igjen, som vi kjenner fra patentretten. Søksmål til ugyldighet, frakjennelse eller overføring av mønsterretten kan bare reises ved Oslo byrett i første instans. Og hvis den som er stevnet for mønsterinngrep i civil sak, forsvarer sig med at vernet er ophørt efter § 10, eller er uten rettsvirkning efter §§ 11 og 12, skal domstolen også her gi ham utsettelse, så han kan få tid til å reise sak ved Oslo byrett for å

¹ Jfr. Alfred J. Bryn i N. I. R. 1934 s. 25 og Bernt Lund i N. I. R. 1932 s. 48. Anderledes B.R.D. V, s. 53.

«opnå avgjørelse om mønsterrettens ophevelse, ugyldigkjennelse eller frakjennelse».¹

III. Innholdet av mønsterretten er ifølge hovedregelen i § 5 «at ingen uten samtykke av den som innehar mønsterretten, i nærings- eller driftsøiemed må bruke mønstret som forbillede ved tilvirkning av industrielle gjenstander eller innføre eller falholde således eftergjorte gjenstander».

Det er som man ser ingen diffus og ubestemt «eiendomsrett» over mønstret som bestemmelsen hjemler. Den gir bare enerett til å bruke mønstret som forbillede ved tilvirkning av industrielle gjenstander, men dette er til gjengjeld også den adekvate anvendelsen av mønstret, økonomisk og sosialt sett. Også på dette punkt har M. søkt tilknytning til engelsk rett, hvor *the copyright* gir adgang «for the purposes of sale to apply the design to any article (art. 60), og danner en behagelig kontrast til den tyske lov som forbyr «jede Nachbildung» av mønstret, og til den franske som gir ophavsmannen «le droit exclusif d'exploiter, vendre ou faire vendre ce dessin ou modèle». Om man således trykker av andres mønstre og bruker dem som illustrasjon i bøker, kolliderer man ikke i den anledning med mønsterretten, og heller ikke om mønstret brukes som varemerke.²

Bare når bruken skjer i nærings- eller driftsøiemed, kan mønsterinnehaveren protestere mot den. Dette uttrykket skal, som motivene fremhever, forstås på samme måten som i P. Utenfor rekkevidden av mønsterretten faller derfor særlig «hvad der er forarbeidet til personlig bruk for vedkommende selv og hans husstand» (Mot. M. II s. 19).³ Bortsett fra Frankrike er visstnok alle land enig om å begrense mønsterretten på denne måten. Som forklart i forrige paragraf hadde patentlovkommisjonen oprinnelig foreslått å ute-

¹ Denne regelen er ganske visst nokså overflodig, siden det er full anledning til å gjøre manglene ved mønsterretten gjeldende som vanlige innsigelser. For M. kom til stortinget måtte utkastet imidlertid forstås som om slik adgang ikke var tilstede, akkurat som i patentretten. Og da loven blev endret — eller som det blev sagt tydeliggjort — i dette stykke, forsømte man å ta konsekvensen i § 30.

² Men § 28 bestemmer at «ved optagelse av avbildninger av andres registrerte mønstre i et skriftverk skal det opplyses at mønstret er registrert».

³ Om tingene senere blir solgt spiller ingen rolle, jfr. forholdet ved ophavsretten og patentretten.

late en slik begrensning, men gav det op efter bestemt motstand i stortinget. Tanken om å gjøre undtak fra mønsterretten til fordel for «egentlig husflidsarbeide», selv om det drives aldri så erhvervsmessig, vant heldigvis ikke innpass i loven. — I England har man i anledning av mønstervernet delt industrien inn i forskjellige vareklasser, og lar ikke beskyttelsen rekke utenfor den klasse hvor mønstret er registrert. Denne beklippelsen av mønsterretten er ukjent annetsteds. «Om gjenstanden kan forarbeides for forskjellige industrigrener, er mønstret beskyttet i alle disse,» sier Mot. M. s. 18. «Har man fått beskyttet et mønster for en lampeskjerm, gjelder beskyttelsen enten den forarbeides i silke eller i papir. Likeså er en gullsmeds mønster for en mansjettknapp beskyttet mot eftergjørelse også i ben eller i celluloid.»¹

Noen uttrykkelig uttalelse om at mønsterretten også gjelder mot den som har komponert det samme mønstret på egen hånd, finner man ikke i M. Men det er neppe tvilsomt at slik må loven forstås.² Når retten først er knyttet til et formelt registreringssystem, er denne løsning den eneste rasjonelle, og analogien fra patentretten taler også meget sterkt for den. I selve M. peker reglene om at mønsterrett bare kan gis en gang for samme mønster i denne retning, og det samme gjør forutsetningen om at av flere selvstendige anmeldelser går den eldste først. Enda sterkere gjelder dette om det positive undtak fra mønsterretten som kom inn i slutten av § 12 under stortingsbehandlingen: Den som selv har frembragt mønstret, behøver ikke bry sig med å få den falske anmelders rett kjent ugyldig, idet registreringen overfor ham «ikke medfører den i § 5 nevnte virkning». Hvis nemlig mønsterretten alltid meldte pass overfor den som selv hadde laget mønstret, vilde regelen i § 12 være overflødig.³

Noen innskrenkninger i eneretten, i form av legale lisenser eller tillatte anvendelser i visse øiemed kjenner loven ikke, og situasjonen er altså her forskjellig både fra ophavsretten

¹ Forutsatt at mønstret ikke blir så forandret på veien at det er et annet mønster når det kommer frem. (Jfr. under IV.)

² Jfr. Hagerup Bull i odelstinget (1910 s. 237). Ordlyden i § 5 er efter min mening forenelig med begge opfatninger.

³ Dette er en betydningsfull forskjell fra patentretten, som dog utjevnes noe ved forbenyttelsesretten.

og fra patentretten. Det henger sammen med at mønsterretten ikke har så vital samfundsmessig betydning, at det står sterke almene interesser i veien for ophavsmannens ønske om å få beholde mønstret for sig selv. Men i reglene om mønsterrettens tidsbegrensning og om betalingen for den gjør samfundsmessige betraktninger sig allikevel gjeldende. Evig mønsterrett er ikke anerkjent noesteds, skjønt det har vært tider da den var det. Den lengste terminen har visstnok Frankrike, hele 50 år.¹ Men regelmessig er den fiksert på lignende måte som hos oss, hvor vernets «lengste varighet» er 15 år, regnet fra inngivelsen av kravet. At denne vernetiden er betegnet som den lengste, kommer av at man ifølge § 6 kan «forlange vernet tilstått for ett eller flere treårige tidsrum» innenfor 15-årsgrensen. For det første betaler man 10 kroner, for det annet 15 o. s. v. inntil 30 kroner for det femte. Avgiften er dels satt med tanke på å dekke statens utgifter til registreringer, dels også — og her ligger forklaringen til progresjonen — for å hindre at mønstre blir registrert i utrengsmål, eller blir stående i registret efterat den virkelige interesse ved dem er forbi.

I patentrettens regler om tvangslisenser og utøvelsestvang gjorde, som man vil huske den samfundsbetonede, eller om man vil den næringspolitiske siden ved retten sig skarpt og utvetydig gjeldende. En gjenklang av lignende synsmåter er bestemmelsen i M. § 10, om at mønstervernet kan bringes til ophør ved dom, hvis «mønstrrets innehaver innfører eller tillater innført gjenstander som i fremmed stat er arbeidet efter mønstret». Regelen er ikke uten forbillede i fremmed rett. Den engelske loven sa således i sin skikkelse fra 1919, at registreringer kan bli annullert hvis «*the design is applied by manufacture to any article in a foreign country, and is not so applied by manufacture in the United Kingdom to such an extent as is reasonable in the circumstances of the case*» (art. 58).² Her hos oss tapes ikke mønsterretten fordi om den ikke utøves her i Norge. Heller ikke om det i utlandet blir laget aldri så mange gjenstander efter mønstret, hvis bare disse ikke blir ført inn i Norge med rettighetshaverens tillatelse. Men skjer dette, hjelper det ikke om han samtidig har satt innenlandsk produksjon i sving. M. § 10 er altså en rent proteksjonisk foranstaltning, siktende på å gi «den innenlandske industri et fortrin

¹ Efter loven av 1806 var den evig.

² Ved l. 12 juli 1932 er tvangslisens trådt i stedet.

fremfor den utenlandske» (Mot. M. s. 30). Den blev sterkt angrepet da loven blev utarbeidet, (Bilag til. Ot. prp. 23 1901—1902 s. 19), og harmonerer ikke godt med den liberale ånd som utmerker P. i dette stykke. Såvidt jeg vet har den ikke vært brukt i praksis.

Noen særlige regler som sikter på å verne ophavsmannens ideelle interesse i sitt mønster har M. ikke, bortsett fra forskriften i § 3, som setter skranke for kreditorenes adgang til å la skyldnerens mønstre registrere. Denne regelen behandles dog best sammen med mønsterrettens overgang i det hele.

IV. Gjenstanden for mønsterretten er mønstret, som ulegemlig gode betraktet. Retten til det er følgelig ikke innskrenket til den versjon av mønstret som er innlevert til registrering, men omfatter også bearbeidelser og forvanskninger, når de da ikke er så betydelige at et nytt mønster må sies å være skapt. Disse synsmåtene er gamle kjenninger både fra ophavsretten til åndsverker og fra patentretten. Uttrykt i samme sprog som vi der anvendte, kan man si at gjenstanden for retten er selve mønsteridéen, dog ikke som idé eller motiv, men bare i den individuelle skikkelsen som ophavsmannen har gitt den. For å avgjøre om et lignende mønster er nytt eller en forandret utgave av et gammelt, må man følgelig spørre om de er identiske som mønstre betraktet, og det vil de være hvis det ikke er gjort en egen mønsterinnsats fra den nye mannens side, idet han har gitt den samme mønstertanken en ny individuell utformning.¹

Det sier sig selv at M. ikke uttaler disse setningene i abstrakt form i noen av sine paragrafer. Å forsøke på dette vilde også være halsløs gjerning, akkurat som ved ophavsretten eller ved patentretten. De lovene som gjør tilløp i denne retning, f. eks. den tyske «smagsmønsterlov», kommer da heller ikke uskadt fra det. Et eneste bidrag til å bestemme mønsterrettens gjenstand har M. dog funnet å burde gi, men bare i en enkelt av de mange forbindelser hvor det er viktig å ha gjenstanden på det rene,² nemlig når det skal avgjøres om et anmeldt mønster er nytt, eller ikke: «Mønstret regnes ikke som

¹ Om de to monstre kan forveksles med hverandre i livet er ikke avgjørende, sånn som tilfellet er i varemerkeretten. Heller ikke om de som kunstverker betraktet må sies å falle sammen. Noen skarp forskjell mellom disse synsmåtene er det dog ikke.

² Se om dette parallellutredningen i patentretten.

nytt hvis det er så likt et annet alment tilgjengelig forbillede at det tross forskjell i enkeltheter i forhold til dette ikke fremtrer som en selvstendig frembringelse» (§ 2). Men i forarbeidene finner man en rekke uttalelser som gir gode konkrete bidrag til det billede av mønsterrettens gjenstand som vi ovenfor har søkt å risse op helt abstrakt:

Kommisjonen finner det således selvsagt at det regelmessig er samme mønster, selv om det er gjengitt i andre farver og dimensjoner enn originalen — uten å nekte muligheten at saken i ganske særegne tilfelle kan stille sig anderledes. Likedan om mønstret blir ført over til andre industrier enn det egentlig er beregnet på.¹ Den tyske lovs regel om at det ikke er eftergjørelse å benytte flatemønstre som forbillede for plastiske frembringelser og omvendt, tar kommisjonen avstand fra, som altfor generell. «Således vil man visstnok anta at en gjengivelse på en porselensskål i ophøiet form av et blomstermønster er en eftergjørelse, når dette mønster er hentet fra en skål hvor det er gjengitt som flatemønster. På den annen side kan visstnok en gjengivelse i plastisk form av et flatemønster inneholde et så selvstendig arbeide at eftergjørelse er utelukket. Avgjørelsen må derfor treffes efter hvert enkelt tilfelles beskaffenhet.» Endelig fant man ikke grunn til å efterligne den tyske regelen om at fri benyttelse av enkelte motiver i et mønster ikke er å anse som eftergjørelse (§ 4). Ikke fordi en slik setning er likefrem uriktig, men fordi den er overflødig og dessuten lett kan misforstås som «en pekepinn til dem der måtte ønske å gå andres mønstre for nær» (Mot. M. s. 27). Alle disse betraktningene kan jeg helt ut skrive under.

V. De andre forskriftene i M. må vi av plasshensyn nøie oss med å nevne ganske i forbigående. Reglene om rettens overgang til andre ved avtale, arv eller eksekusjon, svarer i alt vesentlig til dem som gjelder ved patentretten. M. oppfatter retten til et registrert mønster som en ren og skjær formuerett, og lar den følge de reglene som pleier gjelde om disse, uten å ofre ophavsmannens ideelle interesse i mønstret noen oppmerksomhet. Sålenge mønstret ikke er registrert, ser den derimot anderledes på saken, her som ved patentretten: «Retten til å kreve et mønster innført i mønsterregistret kan ikke noen fordringshaver skaffe sig ved noen art av rettsforfølgning

¹ Denne regelen uttaler man endog uten å ta noen reservasjon, ennskjønt dette nok også her tor være det sikreste, se f. eks. Bry s. 430.

mot den som har frembragt mønstret» (§ 3, siste ledd). Hvad frivillige overdragelser av mønsterretten angår, bestemmes det i § 8 at de «har ingen rettsvirkning overfor godtroende tredjemann føreenn de er meldt til registrering. Det samme gjelder en tilstått rett til å bruke mønstret (lisens)». Om tolkningen av denne bestemmelsen gjelder det samme som er sagt foran om den tilsvarende regel i P.

Også forskriftene om rettsvernet og om de sanksjoner som rammer den som krenker retten, svarer i hovedsaken til patentlovens. Når patentinnngrep kan gjøres straks kravet er sendt inn, mens mønsterinnngrep forutsetter at mønstret er registrert, forklares denne ulikheten ved at de to tidspunkter ikke faller nevneverdig fra hverandre ved mønstrene, mens det tar lang tid å behandle patentsøknader. Derimot er det mindre forståelig at M. ikke har tatt op P.s¹ berikelses-søksmål, som pålegger alle som har gjort patentinnngrep å gi fra sig hvad de har tjent på det, enten de har vært i god eller ond tro. Begrunnelsen sees å ha vært at den krenkedes interesse i et slikt søksmål gjerne er så minimal at det lett vilde få en chikanøs karakter, særlig overfor godtroende tredjemann (Mot. M. II s. 26).² Men gjør man alvor av denne betraktning kunde man jo likeså godt la hele mønstervernet fare.

VI. Siden mønstrene som åndsprodukter er en slags mellemting mellom åndsverker og oppfinnelser, er det ikke underlig at deres forhold til kunstnerretten og patentretten gir anledning til kinkige grensespørsmål.

1. Særlig praktisk er problemet om mønsterrettens forhold til kunstnerretten,² fordi den estetiske siden ved mønstrene er og blir den viktigste. Dersom den kunstneriske innsats enten helt mangler, eller er for ubetydelig til å nå op til lavmålnivået for et kunstverk, opstår naturligvis ingen vanskelighet, for da griper de to slags beskyttelse ikke over i hverandre. Men i mangfoldige tilfelle er mønstret et veritabelt kunstverk,³ og da er vanskeligheten der.

En løsning var det naturligvis å si som kunstnerloven av 12 mai 1877, at det ikke er brudd på kunstnerretten om et kunstverk brukes

¹ Jfr. også Å. § 21, siste ledd.

² Se en artikkel av B. W y l l e r i N. I. R. 1936 s. 1 ff.

³ Det vil det bare være hvis det har en viss kunstnerisk egenverdi, og ikke a l e n e kommer i betraktning som et middel til mangfoldiggjørelse, jfr. E l s t e r i Ufita. 1934 s. 353.

«som forbillede eller mønster ved forarbeidelse av eller utsmykning av bruksgjenstander» (§ 11). Den eneste mulighet som da stod åpen, hvis kunstneren ønsket å hindre at hans verk blev brukt som mønster i industrien, vilde være å la det registrere som mønster med den begrensede rettsvirkning som dette har. Imidlertid har både loven av 1893 og vår gjeldende lov om åndsverker tatt et annet standpunkt. I § 2 nr. 8 sier A. uttrykkelig at også kunsthåndverk og kunstindustri nyter vern som åndsverker, «såvel forbilleder som selve verket». Og i § 1 får ophavsmannen rett til å mangfoldiggjøre kunstverket i hvilken som helst skikkelse, altså også i form av ting som tjener bruksbehov, samtidig som de gjengir verket. Denne ordningen mente også patentlovkommisjonen var den riktige, og gikk ut fra den. Når beskyttelsen så blev konfrontert med det mønstervern som man holdt på å skape, mente kommisjonen at det ikke burde bli tale om noe enten — eller, men om et både — og: Selv om mønstret var et kunstverk,¹ burde det være full anledning til å melde det som mønster, og nyte det begrensede vern som registrering gir. Men samtidig burde også kunstnerretten beskytte ophavsmannen mot at verket blev gjengitt i en bruksgjenstands skikkelse, noe som særlig vilde få betydning når mønstervernet er slutt, mens kunstnerretten lever videre.

Denne løsningen blev imidlertid sterkt kritisert av formannen i det daværende patentstyre, C h r. H a n s s o n. Han fremhevet hvor uheldig det vilde være om mønstrene ikke alltid var fri, når 15-års fristen var forbi, og mente dette stred mot «mønsterlovens forutsetning om at et anmeldt mønster for hvilket beskyttelsen av en eller annen grunn er ophørt, skal fritt kunne benyttes av enhver» (Bilag Ot. prp. 23, 1901—1902 s. 7). Det var heller ingen ubillighet overfor kunstneren å la kunstnerretten falle bort, hvis han lot sitt verk registrere som mønster. Ved å gjøre dette la han nemlig for dagen at han var i tvil om det holdt mål efter kunstnerloven, og burde derfor behandles som om han gav avkall på sin

¹ I enkelte land, særlig i Frankrike, har det vært hevdet at mønstrene alltid var kunstverker, og at man følgelig kunde klare sig med kunstnerretten, og være all mønsterrett foruten. Dette standpunkt synes nylig å ha fått domstolens sanksjon, idet såvel mønstre for stoffer som modeller for kjøler er ansett for å ha vern efter loven av 1793, «*même sans caractère d'art*». V a u n o i s i D. a. 1932 s. 104.

eventuelle kunstnerrett, selv om det skulde vise sig at mønstret var et virkelig kunstverk. Disse betraktningene gikk departementet med på, og foreslo i lovutkastets § 2 at den beskyttelse som forbilledet måtte ha efter kunstnerloven falt bort ved anmeldelsen til mønsterregistret.

I stortinget blev regelen imidlertid endret efter forslag av Francis Hagerup. Han pekte på at forslaget berøvet kunstneren mere rett enn de praktiske grunner tilsa, som lå til grunn for det. Det var rimelig at kunstverkets beskyttelse som mønster skulde være slutt, når M.s 15-års frist var omme. Men det var ikke rimelig at kunstneren skulde være forsvarsløs overfor andre gjengivelser av verket — i bøker, gjennom fotografier o. s. v. — fordi om mønstret blev meldt til registrering. Hagerup foreslo derfor følgende regel som patentlovkommisjonen senere gikk over til, og som nu er blitt lovens: «Når mønsterkrav er inngitt, blir forbilledets vern som mønster alene å avgjøre efter nærværende lov, selv om det forøvrig tilkommer forbilledet vern efter lovgivningen om forfatter- og kunstnerrett.» Også efter denne bestemmelsen betyr det et minus i rettsbeskyttelse for kunstneren at han melder sitt mønster til registrering. Uten mønsterrett beskyttes han mot at verket blir gjengitt i industrien sålenge kunstnerretten består. Registrerer han mønstret, faller det i det fri når 15 år er gått, riktignok bare som mønster, men allikevel. Det er derfor meget forklarlig at kunstnerne ikke pleier å bry registreringsmyndighetene når mønstrenes karakter av kunstverker er utvilsom.¹ Men nærer de mistanke i så henseende, kan mønsterretten være god å ha i kraft av prinsippet om at en fugl i hånden er bedre enn ti på taket.

2. Når det som hos oss ikke bare er det estetiske behag ved formen som vernes av M., men også den nyttevirkning den bringer med sig, er det ikke utelukket at det kan være en patenterbar oppfinnelse, når man gir en industrigjenstand en ny og egenartet form. Vernet efter M. og det eventuelle patentvern skiller sig dog ganske klart fra hverandre: Mønstervernet beskytter bare formen, slik som den er synlig for øiet, og tar nyttevirkningen med på kjøpet. Kan andre nå samme virkning ved å forme gjenstanden anderledes, hindrer

¹ Jfr. Wyller l. c. s. 6.

mønsterretten ikke dette.¹ Ved oppfinnelsen er det derimot nettop den tekniske effekt som beskyttes, og det kan godt være patentbrudd selv om ikke formen er slavisk kopiert. Patentlovkommissjonen nevner et eksempel som belyser forskjellen: «Den som innehar mønsterbeskyttelse for formen av et knivblad, har ikke derigjennem noen særlig beskyttelse for den nyttevirkning som måtte knytte sig til denne form. Han kan overfor den som eftergjør formen påberope sig at denne er så lik den som han har beskyttet at derved hans mønsterrett krenkes, men han kan ikke påberope sig at en annen har tilvendt sig den av ham opnådde nyttevirkning. Hvis derimot den eiendommelige form av et knivblad som tilsikter en viss teknisk effekt eller en viss nyttevirkning er blitt beskyttet som oppfinnelse, vil vedkommende kunne gjøre gjeldende at der foreligger inngrep i hans patentrett, når en annen har tilvendt sig denne nyttevirkning, selv om han måtte ha gjort visse forandringer m. h. t. formen.» Mot. M. II s. 16.

At det er full anledning til å få patent på en oppfinnelse som gir sig tilkjenne ved et ytre formarrangement, er ganske på det rene hos oss. Og da det også kan vinnes mønsterbeskyttelse for formen, kommer man lett til å få samme «idealkonkurrens» av beskyttelseslover som når ophavsrett og mønsterrett virker sammen. I Frankrike har man funnet dette så uheldig at positiv lov har satt stopper for det, som nevnt i forrige paragraf. Man vil ikke at mønstervernet skal brukes til å unddra staten de langt større patentgebyrer, og finner det dessuten uheldig at oppfinneren kan falle tilbake på mønsterretten, efterat han har nytt patentvernets gleder tilbunns. Dette siste hensyn har ingen vekt hos oss, siden mønstervernet varer kortere enn patentvernet. Og hvis det er mulighet for at det ligger en virkelig oppfinnelse i en formanordning, vil oppfinnerens egen interesse regelmessig tilsi ham å få den patentert. Vernet efter M. vil nemlig alltid være skrøpeligere, fordi det da står enhver fritt å gi oppfinnelsen andre ytre former, og dette vil som regel ikke ligge utenfor mulighetens grenser.

¹ De danske domstolene har avgjort at en dyrlege ikke kunde opnå mønstervern på en «kopattekanyle», som var særlig konstruert efter pattenes anatomiske bygning (U. f. R. 1931 s. 785), og at heller ikke idéen med å lage et kombinert navneskilt og brevkassebeslag kunde beskyttes efter M. (U. f. R. 1935 s. 947). Et praktisk arrangement for transportsykler heller ikke (U. f. R. 1931 s. 640).

3. Det er imidlertid også en tredje slags åndsrettigheter som mønsterretten kan ha berøring med: Den enerett til v a r e u t s t y r som en forretningsmann kan ha efter V. § 23, hvis han har arbeidet det inn som et særlig kjennetegn for sig. Ganske visst vil utstyret gjerne kunne skilles fra selve varen, og da er jo sammenblanding med mønsterretten utelukket, men det er ikke umulig at også formen kan være en del av utstyret, f. eks. når varen selges i terninger av en viss størrelse. Hensikten med de to slags beskyttelse er heller ikke den samme. Utstyret vernes for å undgå forvekslinger, og det er chansen for dette som avgjør om retten er krenket eller ikke. Ikke desto mindre er det vanskelig å holde disse distinksjonene fast i praksis, og tingene glir derfor til en viss grad over i hverandre. Det er heller ikke noe i veien for at de to slags beskyttelse kan bestå side om side, og at utstyrsvernet lever videre, selv om mønstervernet avgår ved døden. Men da ikke som noe ubetinget vern for formen, men som vern for hele det innarbeidede fremtoningspreg for varen, som formen forutsettes å være en del av.

4. Om mønsterrettens herredømme i tiden, rummet og m. h. t. de personer som har rett til den, gjelder omtrent det samme som vi har sagt om patentretten i § 28.

Der finner en også beskjed om hvordan mønsterretten vernes internasjonalt gjennom Pariskonvensjonens bestemmelser. En Haagunion av 1925, som Norge ikke er medlem av, gir anledning til internasjonal registrering av mønstrene i Bern, med den virkning at det vinnes mønstervern i alle unionslandene med en gang.

VII. Noe tilsvarende til de tyske *Gebrauchsmuster* har vi ikke her i Norge. Spørsmålet om å efterligne Tyskland i så måte blev ganske visst drøftet under utarbeidelsen av M., men man kom til det resultat at vi helst burde være dem foruten. Det som beskyttes ved et «nyttmønster» er nemlig slett ikke den ytre form, sånn som ved de egentlige mønstre, men i virkeligheten små o p f i n n e l s e r,¹ som ikke er i stand til å fylle de krav som patentlovgivningen stiller til disse. Det erkjenner man også i Tyskland, hvor loven om *Ge-*

¹ Det som beskyttes er «modeller av arbeidsredskap og bruksting eller deler av disse, hvis de ved en ny form, anordning eller innretning skal tjene gjenstandens arbeids- eller bruksformål», lovens § 1. Italias lov om den industrielle eiendomsrett har et eget kapittel om nyttmønstre, hvis beskyttelse varer i 4 år. I Tyskland varer den i 3 år.

brauchsmuster gjerne karakteriseres som en «*kleines Patentgesetz*». Nu kan det ganske visst være hårdt at slike småopfinnelser skal være uten vern, når patentloven stenger døren for dem. Men botemidlet måtte i tilfelle ligge enten i en reform av patentloven, eller i en egen lov for sånn «teknisk småmynt», og ikke ved å smugle beskyttelsen inn under navn av mønstervern, som den i virkeligheten ikke har noe å gjøre med. I Tyskland kom man inn på dette fordi alle nytteformål var vist ut av mønsterretten, selv om de ene og alene knyttet sig til tingenes ytre form. Men da vår lov ikke følger Tysklands eksempel i dette stykke, har dette hensyn ingen vekt hos oss.

Den danske og den norske mønsterlov står helt på samme standpunkt, og dengang som nu er standpunktet etter min mening riktig. I Danmark har det imidlertid i de siste år gjort sig gjeldende en bevegelse til fordel for en lovgivning om «nyttlemønstre» etter tysk forbillede.¹ Man peker på hvilken svær utbredelse disse har fått i Tyskland — 1 januar 1933 var det registrert 1 246 500 *Gebrauchsmuster* mot 569 536 patenter — og hevder at også småopfinnelser og tekniske «konstruksjoner» kan ha billig krav på rettsvern. I en innstilling fra det danske Industriråd av 1929 heter det således at man «særlig har rettet tanken på ønskeligheten av å gi en beskyttelse for særegne konstruksjoner, der vel ikke er opfinnelser, men dog kan iverksettes på så selvstendig basis og med så store omkostninger at det må synes urimelig at alle konkurrenter straks skal ha rett til å efterligne og utnytte det fremskritt som er skapt ved et enkelt firmas eller selskaps arbeide».

Det er påtagelig hvordan slike bestrebelsers faller i tråd med lignende forsøk på andre områder av åndsproduksjonens rett. Etter min mening vilde det være både kortsynt og urettferdig å avvise dem uten videre.² Men veien man bør slå inn på, kan det nok være delte meninger om. Ut fra det syn som jeg har på det samme spørsmål når det reises i åndsverkenes verden, mener jeg det vilde være en skjebnesvanger feil å senke kravene til de virkelige opfinnelser så langt at selv det minste tankesprett blev lønnet med et patent. Ikke mindre uheldig er det å slå vernet for småopfinnelser og kon-

¹ Jfr. en artikkel av Bent Carlsen i N. I. R. 1933 s. 6 ff.

² Det er Alfred J. Bryn tilboelig til i N. I. R. 1934 s. 19 ff.

struksjoner sammen med det egentlige mønstervern, som mister alle skarpe konturer hvis det skal utvides til å gjelde annet enn gjenstandenes ytre, synlige form. Men om den beskyttelsen man streber mot skal formes som en ny og særskilt åndsrettighet, eller om det ikke er bedre å ta den almindelige lovgivning mot illojal konkurranse til hjelp, er et spørsmål som vi inntil videre lar stå åpent.

Firma- og varemerkeretten.

§ 33.

Rettighetenes silhuett.

Med firma- og varemerkeretten kommer vi over til et nytt avsnitt av åndsretten. De rettighetene som hittil er omtalt berodde på åndelig produksjon, ophavsretten til åndsverker såvel som mønster- og patentretten. De sikter alle på å verge og opmuntre åndsproduksjonen, og gir fortrinsrett til å rå over de verdier den resulterer i, og som mennesker kan ha nytte og glede av.

På alle punkter skifter billedet når vi kommer til firma- og varemerkeretten. Et firma som «Hans Olsen» eller et merke som «A. B. C.» er ikke resultat av noen åndelig produksjon. Ofte har innehaveren fått dem gjendes, som når en mann bruker sitt slektsnavn som firma, eller publikum har satt det navnet på forretningen som den begjærer å beholde for sig selv. Og selv om navnet eller merket skyldes bedriftens eget initiativ, er de snarere valgt enn egentlig produsert,¹ og det er slett ikke for å opmuntre folk til å undfange navn og varemerker at rettsreglene om dem er gitt. I og for sig er disse uten evne til å stille menneskelige behov tilfreds. Nytten ved dem ligger i at de kan tjene som kjennetegn for forretninger og varer, så forveksling blir forebygget. Og det er ønsket om å undgå dette, og holde orden på tingene, som er hovedgrunnen til det vern rettsordnen gir dem.

¹ Jfr. Bryn, s. 10. Når de ikke er medfodt eller laget av publikum, trenges det riktignok både kunstnerisk og kundepsykologisk forståelse for å lage dem. Men selv om prestasjonen er mindreverdige i så måte, blir rettsvernet ett og det samme. Noe annet er at hvis varemerket er et virkelig kunstverk, nyter det også vern etter Å. — Enkelte forfattere, som Elster, Vinding Kruse og Gjelsvik vil også regne varemerkene med under åndsproduksjonen. Navn og firma er det visst ingen som setter i denne klasse.

Når jeg allikevel behandler firma- og varemerkeretten sammen med åndsproduksjonens rettigheter, har det som nevnt i § 2 en tredobbelt grunn: Gjenstanden for rettighetene er også her ulegemlig, grunnlaget for dem er i slekt med det vi kjenner fra åndsproduksjonen, og både innholdet og karakteren av retten arter sig i hovedsaken på samme vis som her. Litt nærmere utdypning av disse påstander er kanskje ikke av veien, samtidig som det tør være nyttig å peke på de ulikheter som er tilstede, og som gir firma- og varemerkerettighetene deres særegne preg.

I. Også firma- og varemerkeretten har et ulegemlig objekt. Gjenstanden for retten er ikke det papirstykke som firmanavnet er skrevet på eller som gjengir varemerket, men merket som idé eller abstraksjon, der bevarer sin identitet selv om dets enkelte uttrykksformer ikke er ganske ens. Om en uvedkommende derfor reproducerer merket på egen hånd, får han ikke i den anledning rett til å bruke det, og heller ikke om han forandrer litt på det i kantene. Som ved åndsverkene og oppfinnelsene må man følgelig sondre mellom firmaet og merket, der er ulegemlige goder, og deres enkelte eksemplarer som man kan ta og føle på. Og her som der ligger gjenstanden for retten utenfor den menneskelige personlighet, uten derfor å høre den materielle verden til.

Mange er imidlertid her av en annen mening. Selv Kohler, som har gjort mere for immaterialrettens utvikling enn noen annen, vilde holde firma og varemerker utenfor den.¹ Han gikk ikke med på at også dette er goder som ligger utenfor innehaverens person, men anså retten over dem for å være uløselig knyttet til selve personligheten, fordi de til syvende og sist er kjennetegn for denne. Derfor hørte de efter Kohlers mening hjemme blandt personlighetsrettighetene eller individualrettighetene, sammen med den personlige navnerett som de er så nær i slekt med. Jeg tror dog ikke denne opfatningen er riktig eller praktisk. Begrunnelsen for dette lar jeg dog foreløbig stå hen, fordi spørsmålet egner sig bedre til å behandles i en videre sammenheng, i avsnittet om åndsrettighetenes juridiske natur (§ 62).

II. For å vise at rettighetene over kjennetegn hviler på et lig-

¹ Likeså Osterrieth (s. 8), Riezler (s. 26) m. fl. Som teksten Eberstein s. 95, Elster s. 361, Stobbe, Calmann, Hagens, Streissler, Smoschewer, Ladas etc.

nende rettsgrunnlag som åndsproduksjonens, er det nødvendig å gjøre en liten digresjon, og stanse et øieblikk ved noen begreper som spiller stor rolle i moderne erhvervsliv, nemlig *forretningsverdi* og *goodwill*.

1. Når en handelsmann tar overblikk over sin formue — og det ikke akkurat er selvangivelsen det gjelder — vil han ikke være i tvil om at han ikke bare må regne med sine virkelige subjektive rettigheter, den faste eiendom, varebeholdningen, de utestående fordringer o. s. v. Utenom dette har forretningen selv en verdi, som godt kan være større enn alle rettighetene tilsammen. Til hverdags ligger denne verdien riktignok latent, men når forretningen skal selges kommer den frem i dagen, og da viser det sig klart at den ikke er fiktiv, men en behagelig realitet. En kjøper betaler nemlig gjerne mere for en forretning som er i gang enn for de døde kapitaler den rummer, fordi han vet at det vilde koste både tid og penger å arbeide en lignende forretning op.

Forståelsen for disse verdier og for hvad en forretning overhodet er for noe, har ikke alltid vært levende. Men nu er det anderledes. De aller fleste vil gi den schweiziske jurist Hans Fehr rett, når han understreker at en forretning ikke er en samling døde ting eller rettigheter, men en levende organisme, eller iallfall en maskin i stadig bevegelse, rettet på økonomisk vinning. «*Was ist ein Handelsgeschäft?*» spør han. «*Ist es das Haus? Sind es die Waren, die Maschinen, das Personal? Oder vielleicht der Barvorrat an Geld? Nichts davon. Das sind alles Zutaten, möglicherweise bedeutsam und reich bemessen. Aber das Wesen bildet sie nicht. Das Wesen des Handelsgeschäfts ist überwiegend dynamischer Art. Der Kredit, der gute Ruf, der Kundenkreis, die Geschäftsbeziehungen, die Verbandszugehörigkeit, der Glaube an den Inhaber, Patente, Lizenzen, Marken- und Urheberrecht machen das Handelsgeschäft aus.*»¹

Også rettsordnen har mere og mere fått øinene oplatt for de imponerabilier som stikker i en forretning, ved siden av de egentlige

¹ «*Recht und Wirklichkeit*» (1927) s. 106—107. Rudolf Isay jevnfører endog forretningsmannens virke med kunstnerens og oppfinnerens: «*Das ist mehr als eine blosse Metaphor. Ein Unternehmen ist gleichfalls ein Kunstwerk, eine geniale Schöpfung, ein Produkt scharfsinniger geistiger Arbeit.*» («*Recht am Unternehmen*» s. 24.) Denne betraktning er vel litt anstrengt. Den passer iallfall ikke på alle melkebutikker.

subjektive rettigheter. På forskjellig vis søker den å verne om dem, først og fremst ved alle reglene om illojal konkurranse. Den anerkjenner også forretningsverdien som en høvelig gjenstand for kjøp og salg, og det er et spørsmål om den ikke burde kunne pantsettes, og tjene som dekningsobjekt for kreditorene.¹ Ved oppløsning av forretningen og ved arv må — eller bør — det også tas hensyn til den. I Frankrike har lovgivning og rettsvidenskap vært særlig flittig optatt av *le fonds de commerce* og dens problemer. Men det er bare et tidsspørsmål når andre land kommer etter. Kanskje får H e d e m a n n rett i at *das Unternehmen* kan vokse frem til det dominerende begrep i privatretten under den nyorientering som vi står midt opi.² Under alle omstendigheter må begrepets aksjer noteres med «fast tendens». Dette henger sammen med bevegelser og forhold i nutidsretten som jeg kommer inn på i slutningsparagrafen.

2. En rekke forfattere har forsøkt å analysere forretningsbegrepet for å finne ut hvad forretningsverdien egentlig ligger i. Et av de første, men også beste forsøk i denne retning er O s k a r P i s k o s: «*Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs*» (1907). Også han begynner med å slå fast at en forretning ikke er en samling døde ting og rettigheter, men en organisme i bevegelse og utvikling. Ved en fabrikk er det rytmisk samspill mellom produksjon og omsetning, ved en kjøpmannsforretning mellom innkjøp og salg. Bedriftens trivsel avhenger ikke bare av at begge dens to sider arbeider godt, men også av vekselvirkningen mellom dem.

Det som binder forretningen sammen, og skaper et verdioverskudd ut over de egentlige subjektive rettigheter, er da ifølge P i s k o «*die Organisation der Produktionsmittel*» på den ene siden, og «*die gesicherte Absatzgelegenheit*» på den annen (s. 17). På den første konto skriver han bl. a. maskineriets organisasjon og arbeidsmåte, råstoffenes anskaffelse og fordeling, arbeidsordningen innenfor bedriften, dyktige og erfarne medarbeidere, rekrutteringen av disse o. s. v. Ved *gesicherte Absatzgelegenheit* tenker P i s k o ikke på slike salgsutsikter som er sikret gjennom monopoler av rettslig eller faktisk art, men først og fremst på det renommé som bedriften har arbeidet sig op, og som viser sig i at publikum foretrekker dens varer fremfor

¹ Å beskytte forretningsverdien mot eieren av den gård som forretningen bor tilleie i, er også et problem som har optatt lovgivningen i mange land.

² «*Das bürgerliche Recht und die neue Zeit*» (s. 17).

konkurrentenes. I England kalles denne del av forretningsverdien gjerne for bedriftens *goodwill*, og dette navnet er på god vei til å få internasjonal hevd.¹

Å si i to ord hvad goodwill egentlig er for noe er ikke så helt lett. «*Goodwill*,» sier Lord Macnaghten i en dom fra 1900, «*is a thing very easy to describe, very difficult to define. It is the benefit and advantage of the good name, reputation and connection of a business. It is the attractive force which brings in custom. It is the one thing which distinguishes an old-established business from a new business at its first start.*» (Griffiths s. 1.) I hovedsaken består goodwillen i at almenheten er velvillig innstillet overfor forretningen og dens varer, og dette skyldes igjen det gode rykte som den har vunnet. En rekke faktorer ligger bak dette rykte: Ikke bare kvaliteten av dens varer, men også en mengde andre ting, som kulante forretningsmetoder, nasjonal kapital, en populær chef, fiks og flott optreden, kortsagt alt som tegner et fordelaktig bilde av forretningen i publikums bevissthet. Den velvilje som følger av dette viser sig først og fremst i efterspørselen etter bedriftens varer. Men også på andre måter kan den være god å ha. Den støtter forretningens kreditt, virker inn på pressens holdning, kan være et aktivum ved tarifforhandlinger o. s. v.

Intet under at en forretningsmann som vil sitt eget beste legger stor vekt på å oparbeide sig en goodwill, og på å forsvare og beholde den. I så måte er det vel og bra å la varene tale for sig selv, men bedre enda å hjelpe til ved reklame og annen påvirkning av publikum. I våre dager er det som bekjent enorme summer der anvendes på denne konto, og hovedformålet for reklamen er nettop å oparbeide goodwill hos publikum for bedriften og dens varer, og holde den så sterk og så levende som mulig.

3. Det er som middel til å skape og forsvare denne goodwill at firmanavnet og varemerket har sin store betydning. Skal reklamen få tak og den rette suggererende virkning, må den ha firmanavn og merker å arbeide med, som kan symbolisere varen og helst bli ett med den i publikums bevissthet. Og skal man beholde goodwillen for sig selv, er det like nødvendig å

¹ Undertiden brukes det som navn på hele forretningsverdien. Men det er ikke praktisk, og svarer heller ikke til ordets mening. Efter den terminologi jeg anvender, er det ikke bare goodwillen som gir en forretning dens særlige verdi.

ha skarpe og klare kjennetegn som kan holde den enkelte forretningsmann og hans varer ut fra konkurrentene. Ellers risikerer man lett at publikum forveksler dem, slik at den enes goodwill kommer den annen tilgode, eller at den enes «*badwill*» blir ført over til andres varer eller forretninger, og ødelegger det arbeide som er lagt ned på å innarbeide dem hos publikum. Ved en fast og eksklusiv firma- og merkebruk kan en imidlertid nære håp om å hindre dette.

Når lovgivningen derfor gir forretningsfolk enerett til firma og til merke, og straffer den som bruker dem uten hjemmel, skjer det ingenlunde for kjennetegnenes egen skyld. Det er forretningen og dens goodwill man verner på denne måten, eller nøiere bestemt det arbeide og de omkostninger som har vært anvendt for å skape dem, og som vilde være bortkastet om andre skulde kunne tilegne sig forretningens kjennetegn. Er man klar over dette, springer sammenhengen med åndsproduksjonens rettsbeskyttelse klart i øinene. I begge tilfelle er det ærlig samfunnsnyttig arbeide det gjelder å beskytte, og hindre at arbeidets frukter kommer snyltere tilgode. Den forskjell er det ganske visst, at åndsproduksjonen beskyttes direkte ved at ophavsmannen får enerett til selve arbeidsresultatet, mens firmaet og merket ikke vernes som arbeidsresultat, men som symbol på de verdier som ligger bak forretningen.¹ Denne forskjellen, som sakens natur fører med sig, har imidlertid ingen betydning fra et prinsipielt synspunkt.

Heller ikke de personlige interesser som reglene om åndsproduksjonen beskytter, savner man sidestykke til i firma- og varemerkeretten. Men de avsetter sig på en litt annen måte i rettighetene, som vi snart skal se.

III. Også innholdet av rådheden er omtrent det samme ved firma- og varemerkeretten som ved åndsproduksjonens rettigheter. Det er også nokså rimelig siden rettsgrunnlaget er beslektet, og det i begge fall er ulegemlige goder som er rettens gjenstand. Den som har en firma- eller varemerkerettighet har enerett til å bruke dem efter deres økonomiske og sociale bestemmelse — akkurat som ophavsretten til åndsverker og patentretten gir tilsvarende rett, iallfall i sin fullkomne skikkelse. Her som der er ene-

¹ Et godt firmanavn eller varemerke kan forresten også ha en egenverdi som er beskyttelsesverdig og som beskyttes, så forskjellen fra åndsproduksjonen er ikke helt klar og påtagelig.

retten innskrenket til territoriet, og forutsetter en internasjonal supplering, hvis det skal bli helt alvor med den. Og det samspill mellom personlige og økonomiske interesser som gjør sig gjeldende i rettsgrunnet, setter begge steder merke i den rådighet rettighetene gir.

Men når dette er sagt og innskjerpet, må oppmerksomheten festes ved visse markerte ulikheter, som i flere henseender gir firma- og varemerkeretten en annen karakter enn de andre åndsrettighetene.

1. Det ikke-økonomiske innslag i retten arter sig på en annen måte enn ved åndsproduksjonens rettigheter. På sett og vis må man si at disse siste ikke henger så nær sammen med personligheten og dens rettsvern som firma- og varemerker gjør. De sikter jo likefrem på å være kjennetegn for personen og hans virksomhet, ganske visst ikke i alle retninger, men for hans virke som forretningsmann. Og som man ikke kan overføre sin personlighet til andre, er det en naturlig hovedregel at personlighetens kjennetegn ikke kan overdras, slik som åndsproduksjonens rettigheter gjerne kan. Denne kjensgjerning har, som vi nettopp så, slått mange så sterkt at de endog nekter å regne firma- og varemerkeretten med blandt åndsrettighetene, men holder dem for å være særlige sider ved den almindelige personlighetsrett, som alltid blir krenket ved forvekslinger.

På den annen side er det ikke tvilsomt, at hvis man ved rettens «personlige side» tenker på de delene av den som er av ideell, ikke-økonomisk karakter, trer denne langt skarpere frem ved de fleste åndsproduksjonsrettigheter enn ved firma- og varemerkeretten. Moderne erhvervsvirksomhet har et temmelig upersonlig, kapitalistisk preg. Mere eller mindre anonyme selskaper dominerer både handelen og industrien, og skjønt heller ikke disse er uten personlighet og personlighetsvern, er tanken på ideelt ansvar og rent personlig reputasjon allikevel nokså fortennet. Heller ikke enkeltmannsforretningene har et så personlig anstrøk som før. Når dertil kommer at firma- og varemerkeretten regelmessig ikke kan overdras, vil man forstå at det ikke så ofte blir plass for de kollisjoner og brytninger mellom økonomiske og ideelle interesser som var så karakteristiske for åndsproduksjonens rett, og som gir denne en særlig charme fordi de er så vanskelige å løse.

2. Alle åndsproduksjonens rettigheter får sitt innhold bestemt ved et kompromiss mellom ophavsmannens og almenhetens interesser. Iallfall i første omgang består det nemlig et spenningsforhold mellom disse, som rettsreglene må ta hensyn til og bygge på. Firma- og varemerkeretten står heldigere til. Istedetfor strid mellom rettighetshaverens interesser og almenhetens, er det her idel harmoni. Det har vi alt pekt på da vi gjennomgikk deres historie, som av denne grunn er blitt langt fredeligere og mindre dramatisk enn ophavsrettens og patentrettens. Den enkelte forretningsmann ønsker å ha sitt firma og sine merker for sig selv, så han kan nyte sin goodwill i fred, og ikke bli forvekslet med andre. Ganske det samme ønske har også publikum, som heller ikke setter pris på å bli ført bak lyset gjennom forvekslinger. Og publikum har også en annen grunn til å holde på fast firma- og merkebruk. Forretningsmannen tvinges på denne måten til å stå inne for sin forretningsdrift og for sine varer, og dette betyr en garanti for kvalitet og fair behandling som ikke er uten verdi for kjøperne.

Hermed være det dog ikke sagt at almenhetens og rettighetshaverens interesser aldri kan komme i konflikt med hverandre i firma- og varemerkeretten.¹ Men det er snarere når det spørres om rettens utøvelse og overdragelse, enn når det gjelder dens rådgivningsinnhold. Almenhetens interesse i fast og konstant merkebruk kommer nemlig i en viss opposisjon til innehaverens, hvis han føler trang til å endre merket eller overdra det til andre. Hvilke rettsregler som denne interessekollisjon munner ut i kommer vi til senere. På et beslektet område, nemlig den personlige navneretts, har almenhetens og det offentliges krav om fast navneskikk likefrem resultert i en ubetinget *n a v n e p l i k t*, som helt dominerer lovgivningen og truer med å sette den private navnerett i skyggen. Så langt går man ikke når det gjelder firma og varemerker. Men både i gamle dager og nu for tiden ligger tanken om almenheten stadig i underbevisstheden, når kjennetegnetenes rett skal ordnes, og selv om den ikke gir sig tilkjenne som virkelig firma- og merkeplikt, fører den iallfall inn et visst offentlig rettslig element i rettighetene som man ikke har maken til i resten av åndsretten.

¹ Jeg tenker naturligvis bare på berettigede interesser, og ser bort fra rettighetshaverens mulige ønske om å bruke «descriptive» merker eller misbruke retten i forvekslingsøiemed.

3. Et tredje trekk som særpreger firma- og varemerkeretten, er det samspill mellom formelle og materielle rettsregler som her gjør sig gjeldende. Ophavsretten til åndsverker er som bekjent ikke knyttet til formaliteter av noen art. Mønster- og patentretten er derimot betinget av offentlig brev og registrering, og skjønt oppfinnelsen nok er vernet også uten patent, kan denne rettsbeskyttelsen ikke sammenlignes med patentretten, eller for alvor konkurrere med den. Men dette er nettop forholdet ved firma- og varemerkeretten. Begge er i prinsippet betinget av offentlig registrering, og grunnlaget for retten følgelig rent formelt. Men også gjennom bruk og innarbeidelse kan et merke eller et firmanavn bli gjenstand for enerett som ikke skiller sig stort fra den registreringen gir. Hermed åpner det sig mulighet for interessante og vanskelige kollisjoner mellom den formelle rett som hviler på registreringen, og den «materielle» rett som har innarbeidelsen å støtte sig til. En ikke ringe del av den følgende fremstilling går med til å greie denne vanskelighet ut.

4. I nær sammenheng med dette står endelig et siste trekk ved firma- og varemerkeretten, som bør føies til før silhuetten av rettighetene er tegnet ferdig. Når firma og varemerke beskyttes også uten offentlig registrering, er dette utslag av visse store almene rettstanker, som også registreringsreglene er bygget på, dypere sett: Tanken om at alt som tjener til kjennetegn for personligheten bør andre folk holde sig unda, og prinsippet om at konkurransen bør drives ved tilbørlige midler, og ikke ved å fremkalle forveksling og tilegne sig konkurrentenes goodwill. I den positive rett optrer disse prinsippene dels som spesialregler der beskytter også andre kjennetegn enn firma og merke, dels også som langtrekkende almindelige forbudsregler som griper inn overfor alle foreteelser som efter lovgivningens opfatning gjør konkurransen usund.

Mellem dem og firma- og varemerkeretten blir det nødvendigvis nært samarbeide og samspill. Heller ikke ved åndsproduksjonens rettigheter er dette ukjent, såsant som også disse er utslag av lignende rettstanker. Men når det gjelder kjennetegnene er sammenhengen enda nærmere, og man glir oftere og lettere ut over de særlige åndsrettigheter og inn under lovreglene om utilbørlig konkurranse. Det er også lovgivningen fullt opmerksom på, som vi snart skal se.

IV. Som kjennetegn er firma og varemerke nær i slekt med

andre individualiseringsmidler, først og fremst med de almindelige *personnavn*. Denne sammenhengen understrekes ved at enhver har rett til å bruke sitt personlige navn både som firma og som varemerke.

Allikevel holder vi navneretten utenfor fremstillingen, av grunner som er nevnt i § 2. Men det er umulig å gjøre helt alvor av dette. For det første er den personlige navnerett utgangspunktet både for firmaretten og for merkeretten, idet den dekker adskillig av disses område, og gir nøkkelen til forståelsen av deres innhold og natur. Og dernest er det slikt samspill mellom alle tre rettigheter at en viss innsikt i navnerettsreglene også av denne grunn er nødvendig. Før vi går over til de særlige reglene om firmaer og om merker, ofrer vi derfor en paragraf på grunntrekkene av den private navnerett¹ — dog ikke utførligere enn nødvendig for å gi bakgrunnen for den skildring av firma- og varemerkeretten som følger etter. Alle spørsmål om rettens erhverv, beskyttelse o. s. v. går vi således forbi.

§ 34.

Den personlige navnerett som bakgrunn for firma- og varemerkeretten.

I. Ved navn forstår man ifølge *Staudinger* (Kommentar til B. G. B. (1912) s. 103) «*ein sprachliches Mittel zur ständigen Bezeichnung einer Person, zwecks ihrer Unterscheidung von anderen Personen*». Det er *personnavnet*, eller som det også kalles «det borgerlige navn», denne definisjonen passer på. For det er bare dette som skal tjene som stadig betegnelse for mannen, kjennetegne ham i all hans ferd. Dersom navnet derimot bare brukes om en enkelt side ved personen eller hans virksomhet, taler man ikke om personnavn, men om kunstnernavn, dekknavn, handelsnavn, økenavn eller hvad det kan være.

I nesten alle land har folk en egen rett til det navn de bærer, *navneretten* i subjektiv forstand. Den gir dem adgang til å bruke navnet og til å hindre at andre antar det etter eget tykke. Skjønt det ikke bare er personnavnene som nyter slikt vern, holder

¹ Et praktisk sidemotiv til å gjøre dette, er at de foreliggende fremstillinger av den norske navnerett nok kan trenge en viss supplering i denne henseende.

vi oss i det følgende til dem, og da igjen til den viktigste del av navnet, *slektsnavnet*, mens vi lar fornavnet ligge.

Et navn er bare en tom lyd eller et vilkårlig skrifttegn. Det fyller i sig selv hverken åndelige eller materielle behov. Når en mann allikevel kan ha interesse av å få beholde navnet som sitt, har det en dobbelt grunn. For det første — og hovedsakelig — fordi navnet er et *individualiseringsmiddel* som kjennetegner ham og skiller ham ut fra andre. Dette har enhver personlighet krav på. For som *Kohler* sier: «*Wer auf dem Schauplatze des Lebens tüchtig ist, trägt das Verdienst und den Tadel für seine Taten an der Stirne, und kann verlangen dass seine Taten als die seinen, dass aber auch nur seine Taten als die seinen anerkannt werden*» (W. s. 3). Når navnet er et slektsnavn, er det imidlertid ikke bare individualiseringsformål navneretten forfølger. Slektsnavnet kjennetegner nemlig ikke bæreren som person, men bare som medlem av en bestemt slekt, mens den mere spesielle individualisering besørges av fornavnet. Å markere *medlemskap* av en slekt er da den annen private interesse som navneretten tjener. Dens dobbelte grunnlag fremheves klart av den franske navneteoretiker *Perreau*: «*Le droit au nom patronymique s'appuie non seulement, comme le nom individuel, sur le droit de la personnalité de ne pas être confondue avec une autre, mais aussi sur celui de chaque membre d'une famille d'empêcher les confusions de famille.*»¹

Det er imidlertid ikke bare hensynet til de private bærere av navnet som holder den subjektive navnerett oppe. Almenheten har nytte av en fast navneskikk for å undgå mangeslags ubehagelige overraskelser, og staten har interesse av det samme, for å holde greie på sine borgere og øve kontroll med deres opførsel. Ikke mindre tydelig er det offentliges interesse i å hegne om slektsæren og slektsfølelsen, som utvilsomt er byggende krefter i samfundet.² Også disse hensyn blir imidlertid i hovedsaken tilfredsstillet ved at navneretten anerkjennes som en privat subjektiv rettighet. Når slektens medlemmer får enerett til å bære og forsvare navnet, vil dette gjerne føre til sånn fast og klar navneskikk som også publikum og staten ønsker

¹ Citert efter *Lundh* s. 60—61.

² «Dylika imponderabilia utgöra även de realiteter, som det vore kortsynt av lagstiftaren att underskatta,» sier *Eberstein* med rette. (S. J. T. 1929 s. 331.)

sig. Men lovgivningen kan ikke alltid slå sig til ro med dette. Det er nemlig ikke alle som har interesse i å markere sin personlighet så skarpt som mulig; enkelte foretrekker av forskjellige grunner en ubemerket tåketilværelse, hvor de snart optrer under det ene navn, snart under det annet. Skal dette motarbeides, er det ikke nok å gi borgerne rett til sine navn, de må også ha plikt til å bære navnet og til ikke å forandre det. Historisk har navneplikten gått foran navneretten i de fleste land,¹ og hos oss har den fått skarpt uttrykk i navneloven av 16 februar 1923 § 20 (N.).

Som subjektiv rett betraktet får navneretten på denne måten et særpreget utseende. Mens det ellers står private rettighetshavere fritt om de vil bruke den rett loven gir dem, har de her plikt til dette. Med føie har det derfor vært sagt at den private navnerett også har en offentligrettslig side; i den offentlige rett er det nemlig en velkjent ting at rett og plikt følges ad, slik at de statsorganer som har rett til å øve offentlig myndighet også er forpliktet til dette. I privatretten hører en slik kombinasjon derimot til sjeldenhetene; men helt ukjent er den ikke, og det er sannsynlig at den vil opptre hyppigere i fremtiden. Krigstidens påbud om tvangsdyrking, om forbud mot å la hus stå ubebodd og å holde varer tilbake fra omsetningen, er ennu i friskt minne. At kombinasjon av plikt og rett ved navnebruken er i slekt med disse ting, og idethele belyses på en interessant måte av den utvikling som rettighetbegrepet har gjennomgått i det siste, er tydelig nok.²

Også navneretten bør efter min mening regnes med blandt åndsrettighetene. Ganske visst henger den næiere sammen med personligheten og med personlighetsrettighetene enn noen av de andre; det viser sig best i måten den stiftes på, og i at overdragelse er absolutt utelukket. Allikevel er navnet ikke noen del av personligheten, men bare et symbol på den. Og dette symbol har en egen ytre eksistens, og kan mangfoldiggjøres og endres i enkelthetene uten at det mister sin identitet, akkurat som de andre åndsgodene kan. Å skille navneretten fra firma- og varemerkeretten kan det overhodet ikke være tale om, det håber jeg fremstillingen skal gjøre klart. Men også ellers kaster åndsrettens grunnsetninger

¹ Se Hallager s. 3 ff., Lundh s. 1 ff., Middelthon s. 12 ff.

² Se herom bl. a. mine bøker: «Utviklingslinjer i moderne formuerett» § 5, og «Oversikt over Norges rett» s. 117 ff.

slikt lys over de navnerettslige problemer, at det er det eneste praktiske å opfatte navneretten som en sann åndsrettighet.¹ Det er ingen innvending mot dette at navneretten savner den økonomiske side som de andre åndsrettighetene har;² om så var, kunde den likefullt høre åndsretten til. Helt blottet for økonomisk interesse er den personlige navnerett imidlertid ikke, skjønt det skal innrømmes at den ideelle interessen ved navnet står i forgrunnen. Alt i den omstendighet at personnavnet nårsomhelst kan tas i bruk som firmanavn eller som varemerke, ligger økonomiske verdier latent. Og heller ikke kan man være blind for at den sociale goodwill som er knyttet til et aktet personnavn og slektsnavn, kan representere økonomisk verdi for innehaveren. Det fremhever også høiestrett i sin grunnleggende navnedom i Rt. 1896 s. 530 (jfr. Eberstein l.c. s. 329).³

II. 1. I flere fremmede lover er privatfolks rett til sine navn uttrykkelig anerkjent, f. eks. i B. G. B. § 12, S. Z. G. art 29 og A.G.B.

¹ Jfr. Eberstein i S. J. T. 1929 s. 328—329 og Namn s. 21—35. Her og hos Lundh s. 48 ff. er også de andre «navnerettsteoriene» omtalt.

² Lundh s. 54.

³ Den norske navnerettslitteratur, som er nokså rikholdig, står i besynderlig grad i de ekstreme standpunktets tegn. Hovedarbeidet om vår nuværende navnerett er Henrik Lundhs «Navneplikt og navnerett» (1928) som er grundig og fortjenstfull. Billedet av navneretten er dog her blitt adskillig fortegnet, idet han helt nekter privat navnerett, og lar den offentlige navneplikt ta hele plassen, samtidig som han opererer med større motsetning mellom de private og offentlige interesser i navneregulene enn det i virkeligheten er. Slektskenssynet anser han overhodet for å være navneretten uvedkommende; det er individualiseringen og den alene som det kommer an på.

Enda ensidigere er advokat Middelhøns bok: «Hovedlinjer i norsk navnerett» (1932) på tross av sitt motto: «Der skjer mer mellom himmel og jord enn der drømmes om i et departement.» Middelhøns vil omtrent utelukkende bygge navneretten på slektsæren og slektsfølelsen, mens trangen til å individualisere trer helt i bakgrunnen (s. 28, 45). Videre finner han det uriktig å trekke hensynet til det offentlige inn i rettens begrunnelse, og mener at navneplikten ikke har noe med «retten som sådan» å bestille (s. 44—45). Økonomiske interesser skyter han helt ut av navneretten, som «ifølge sin natur» er av ikke-økonomisk art (s. 28). Mere avbalansert, men også med en viss tendens i samme retning er C. S. Thomles: «Norsk navnerett» (1931).

Det syn på navneretten som Eberstein har gjort gjeldende i sin bok «Namn och firma» (1909) og i sin anmeldelse av Henrik Lundh i S. J. T. 1929 s. 319 ff. stemmer derimot i alt vesentlig med mitt.

§ 43. Derimot leter man forgjeves efter en paragraf av dette innhold i N. av 9 februar 1923 nr. 2, skjønt den ellers gir «mere omfattende og inngående lovbestemmelser om personers navneføring enn man har i noe annet land» (L u n d h). Det henger sammen med at N. i utpreget grad ser navnespørsmålene fra deres offentligrettslige side; det er navneplikten og dens regulering som den først og fremst tenker på.

Imidlertid inneholder flere av dens paragrafer tydelig *f o r u t s e t n i n g* om at det også består en virkelig privat navnerett, særlig §§ 9, 15 og 23. Og en lignende forutsetning finner man i R. § 10 og V. § 2 d og § 22. Alt før N. kom var det da også slått utvetydig fast i rettspraksis, at man i Norge hadde en virkelig subjektiv rett til å ha sitt slektsnavn i fred, og denne setningen var det ikke N.s mening å røre ved. For å få klarhet over hvad navneretten inneholder og hvilket grunnlag den hviler på, er det derfor nødvendig å kaste et blikk på den rettspraksis som gikk forut for N. Denne undersøkelsen får særlig betydning når vi senere kommer til om navneretten gjelder annet enn personnavnet, som var det eneste dommene beskjefteget sig med.

2. Helt til slutten av forrige århundre var navneforholdene mildest talt usikre i vårt land. Siden 1814 hadde det offentlige ganske visst gitt bevilling til folk som ønsket å forandre navn, og det var også noen gamle lovbud som forutsatte at man skulde beholde de navn som var ført inn i kirkebøkene. Men om det bestod noen egentlig navnerett, slik at man kunde protestere hvis andre tok ens navn, var uklart. Sikkert er det at slik optreden ikke var noen sjeldenhet, om enn L u n d h forhåpentlig undervurderer nasjonens renslighet, når han sier at folk skiftet navn «likeså ofte som de skiftet skjorte, ja kanskje oftere» (s. 79). I 1895 gav G u t t o r m H a l l a g e r ut vår første navnemonografi «Om personnavne efter norsk og fremmed ret», og kom her til det resultat at privat navnerett kunde man ikke tale om hos oss. Men alt året efter falt det en høiesterrettsdom som slo navneretten endelig fast.

Det var den kjente Aars-dommen i Rt. 1896 s. 530: En mann fra gården Årsrud blev her frakjent slektsnavnet Aars, skjønt han hadde båret det i god tro i nesten 40 år, og skjønt han hadde tatt det efter opfordring fra en av slekten. I et briljant votum begrunner førstvoterende, assessor R e i m e r s dette resultat: Først frem-

hever han hvordan reglene om kirkebøkene og i firmalov og varemerkelov peker i retning av at folk har plikt til å føre og beholde sine navn; under hensyn til det offentliges store interesse i navneforholdene, både for å individualisere folk og for at «borgernes familie-stand ikke fordunkles», finner han denne plikt sikkert hjemlet i gjeldende rett. Også for å anerkjenne en rett til navnet gav de nevnte lovforskrifter en viss støtte, og det samme gjorde den gjeldende praksis m. h. t. navnebevillinger. Allikevel var det vanskelig å si at navneretten var positivt hjemlet i loven, men dette kunde efter R e i m e r s' mening ikke være avgjørende: «At en sånn privat navnerett består og kan kreve rettslig beskyttelse synes i den grad å ligge i sakens egen natur, at det ikke tiltrenger positiv hjemmel i lovgivningen.¹ Hvor et navn gjennom bruk har antatt karakteren av og vunnet anerkjennelse som familienavn, som betegnelse for medlemmene av en avsluttet, ved felles avstamning forbunden slektskrets, knytter det sig til dets bevarelse for og utelukkende benyttelse av vedkommende familie ikke blott rent personlige, men i en mangfoldighet av anvendelser også økonomiske interesser av den betydning at de har krav på rettslig beskyttelse. En lære som den at slektsnavn, de være nokså gamle og høit ansette, er gjenstand for fri bemektigelse av hvemsomhelst, vilde på dette område betegne en tilstand av rettløshet som den umiddelbare rettsfølelse vegrer sig ved å anerkjenne. Man tenke sig eksempelvis det tilfelle der ikke er ukjent i det virkelige liv, at et kjent og ansett familienavn skjemmes ved at et straffet eller moralsk forkommet individ tilegner sig og benytter samme. At mangelen av positive lovforskrifter her skulde hindre vedkommende familie som en helhet eller gjennom et av dens medlemmer å påtale sånt misbruk og hevde slektsæren og slektsfølelsen vilde vanskelig kunne antas uten å komme i likefrem pinlig strid med den almene rettsbevissthet. Konsekvensene vilde også bli altfor påtagelig urimelige. Ti er der uhindret adgang til å anta et fremmed tilnavn, måtte det samme i høiere grad gjelde m. h. t. fornavnet, som jo er mindre individualiserende enn tilnavnet. Følgen vilde være at man uhindret skulde kunne anta en annens fulle navn, fornavn og tilnavn, og altså hvad navnet angår fullt ut identifisere

¹ Også Danmarks hoicesterett er kommet til en privat navnerett ut fra et lignende resonnement. Jfr. B o r u m s. 202—203. For Sveriges vedkommende se E b e r s t e i n: Im. rätt, særlig s. 132.

sig med ham. Det er ganske uantagelig at der ikke skulde gis noen rettsbeskyttelse mot sånn usurpasjon, utenfor de forholdsvis få tilfelle hvor det kommer i strid med positive lovbestemmelser som firmaloven og varemerkeloven.»

En dom som denne kunde hvilkensomhelst domstol være stolt av. Alle de momentene vi ovenfor dvelte ved som begrunnelse for privat navnerett, kommer klart og harmonisk frem. På grunnlag av dem understrekes det at retten til navnet har hjemmel i sakens natur, siden ingen rettsverdige interesser taler i motsatt retning. Og endelig konstateres det at dette resultat blir sanksjonert av den umiddelbare rettsfølelse og den almindelige rettsbevissthet, som nekter å godta en rettsstilstand der tillater enhver å tilegne sig nestens gode navn.¹

Dommen i Aars-saken løste naturligvis ikke alle de spørsmål som anerkjennelsen av privat navnerett reiser. Tvertom ser man det ene tvilsomme navnerettsspørsmål efter det annet bli forelagt høiesterrett i de årene som fulgte: Om vilkårene for rettens erhverv, om forholdet mellem agnater og kognater, om virkningen av navnebevilling, retten til gårdsnavn, forholdet til dem som hadde innrettet sig i tillit til den eldre lovløse rettsstilstand o. s. v., altsammen spørsmål som N. nu løser. Ingen av dem skal vi dog komme inn på her. Vi nøier oss med å konstatere at høiesterrett aldri har gått tilbake på avgjørelsen i Aars-dommen. Anerkjennelsen av privat navnerett er like utvilsom, og den begrunnelse som dengang blev gitt like gyldig den dag idag.

III. 1. Som rimelig kan være gav hverken Aars-dommen eller noen senere dom detaljert beskjed om hvad navneretten egentlig inneholder, hvilken rådighet den åpner adgang til. Men her som ved de andre åndsrettighetene er man noenlunde enige om at retten har to sider, idet den for det første gir innehaveren rett til å bruke navnet selv, og for det annet adgang til å hindre at andre tar det. Fremmede navnelover pleier å fremheve dette uttrykkelig, f. eks. B. G. B. § 12: «*Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem Anderen bestritten, oder wird*

¹ Efter slik maktfull pretorisk tale virker det unektelig litt vissent og gammelmodig når en assessor dissenterer, fordi han ikke kan finne navneretten hjemlet i loven, eller i en sedvanerett som er så ærverdig at den «har vunnet respekt fra alle hold».

das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt dass ein Anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem Anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen.»

Derimot gir navneretten ikke adgang til å kreve at andre skal bruke navnet for å betegne rettighets-haveren, og bruke det på korrekt måte. I kraft av den almindelige personlighetsrett kan alle mennesker ganske visst gjøre krav på dette. Men det er ingen navnerettskrenkelse om andre nekter å ta mitt navn i sin munn, eller konsekvent staver eller uttaler det galt.¹

2. Det er altså rettighetshaverens egen bruk av navnet som er «det primära och en verklig namnanvändning konstituerande» (Eberstein, Namn s. 24).² Forutsetningen er dog at navnet brukes overensstemmende med sin natur og sociale funksjon, altså som kjennetegn for innehaveren. Oftest tjener personnavnet til å betegne hele personligheten, men leilighetsvis bare en enkelt side ved den, f. eks. når det brukes som firmanavn eller kunstnernavn. Det er også virkelig navneanvendelse når navnet knyttes til ytre ting, for å vise at de står i et særlig personlig forhold til bæreren, f. eks. når en kunstner signerer sitt maleri eller en kjøpmann stempler sine forretningspapirer. Det samme gjelder når navnet brukes som varemerke, som del av en hotellbetegnelse, på skilter eller i annen reklame. Ja, selv om det bare gjelder å markere hvem tingen tilhører, er det en sann navnebruk man står overfor.³ At det faller inn under den subjektive navnerett å bruke navnet som firmanavn, forutsettes i R. § 9, og i V. § 5 sies det likefrem at enhver kan bruke sitt navn som merke for sine varer.

3. Dernest gir navneretten adgang til å forby andre å anta navnet. Også navneretten er derfor på sett og vis en enerett, men ikke så eksklusiv som de andre åndsrettighetene. Innehaveren må nemlig dele navnet med resten av slekten, og kan ikke hindre at den formerer sig gjennom ekteskap eller fødsler. Derimot kan hver enkelt bærer av navnet sette sig imot at utenforstående tar

¹ Som det heller ikke er en merkekrenkelse at man piller av et varemerke, og selger varen uten dette. Lundh (s. 222) og Middeltun (s. 50) har en annen mening. At forbudet mot å «forandre navn» i N. § 20 ikke rammer den som skriver andres navn galt er iallfall sikkert.

² Lundh s. 66 er ikke enig i dette.

³ Anderledes Eberstein, Namn s. 27.

det, selv om de har fått samtykke fra andre av slekten¹, eller endog bevilling av justisdepartementet (N. § 9, jfr. § 15).

Men også her er det forutsetningen at det er en virkelig navnebruk det gjelder, altså en anvendelse av navnet som kjennetegn for uvedkommende. Det kan være en fullstendig annektering, slik at navnet blir brukt som personnavn, eller uvedkommende tar bare navnet som firmanavn (R. 10), som varemerke (V. § 2 og § 22), som kunstnernavn eller som dekknavn.² Heller ikke som fornavn har man rett til å ta andres slektsnavn. For N. mente høiesterett at dette kunde skje (Rt. 1909 s. 868), men efterat § 17 pkt. 2 har nedlagt forbud mot det, må det sikkert antas at også den private navneretts innhold er blitt tilsvarende utvidet.

Enda et skritt må man imidlertid gå. Uvedkommende kan ikke anbringe ens navn på sine ting eller i sin virksomhet, hvis folk må få inntrykk av at den som bærer navnet er med i bedriften eller har ansvar for den. Med støtte i forarbeidene til B. G. B. sier B e c h e r (s. 259): *«Ein Gebrauch eines Namens liegt selbst dann vor, wenn jemand ganz allgemein einen fremden Namen in einer Weise verwendet, die darauf schliessen lässt, dass irgendwelche Beziehungen zum Namensträger bestehen. Es braucht sich daher niemand gefallen zu lassen, dass sein Name zu Reklamezwecken, zur Bezeichnung von Waren, auf Schildern, als Titel einer Zeitschrift usw. benutzt wird.»* Alt dette er riktig nok. Her i Norge blev en bandasjist således engang dømt til å la være med å sette en leges navn på sine instrumenter (BRD. IV nr. 606), og i Tyskland fikk grev Z e p p e l i n salt en stopper for at hans navn blev anvendt som varemerke for cigarer og cigaretter (B e c h e r s. 260). Det holder heller ikke op å være navnemisbruk, om man setter tillegg som «system», «metode» e. l. til navnet, for også isåfall antydes sånn forbindelse mellem navnets bærer og virksomheten, som det er navnets opgave å gi uttrykk for (B e c h e r s. 263).

¹ Fra tiden for N. foreligger en HRD. hvor navnet Wibe ikke blev fratjent en mann som hadde samtykke fra den ene av de to slektene som bar navnet, men ikke fra den annen (Rt. 1914 s. 257). Nu vilde avgjørelsen ha falt anderledes.

² For dekknavns vedkommende mente HR. noe annet i Rt. 1900 s. 486. I Rt. 1929 s. 754 var retten imidlertid kommet på bedre tanker, idet den fant det «utvilsomt at et familienavns lovlige rettsbeskyttelse også gjelder mot dets benyttelse som kunstnernavn». Dekknavn og kunstnernavn må imidlertid stå i samme stilling.

Når navnet ikke brukes som kjennetegn for uvedkommende, men som fantasinavn, eller som arts- eller beskaffenhetsbeskrivelse, kan innehaveren derimot ikke protestere. Det første er ikke meget praktisk, fordi anvendelse av andres navn sjelden vil opfattes som ren fantasi, men vil bli satt i forbindelse med dem som bærer navnet. I Tyskland er imidlertid varemerket «Montebello» blitt anerkjent for sigaretter, fordi ingen tenkte på at dette også var navnet på efterkommerne av marsjall L a n n e s, hertug av Montebello. At slektsnavn brukes som arts- eller kvalitetsbetegnelse, er derimot ikke så sjelden. Det har f. eks. hendt at et slektsnavn som «Singer» er gått over til å bli navn på en bestemt slags symaskiner. Og det kan være at navnet er dannet av ord som i forveien hadde en egen sproglig betydning, som Bjørn, Stål, Sterk, Alm, Tempo e. l. I slike fall kan navnets innehaver naturligvis ikke kreve at ordene skal forsvinne av dagligtalen, og heller ikke at de skal bannlyses som varemerker eller forretningsnavn. I et beslektet forhold har N. gitt positivt uttrykk for dette: Den hindrer som vi nettopp så, at andres slektsnavn blir tatt til fornavn. Men hvis navnet «etter sin opprinnelse er et fornavn» — Rudolf, Otto eller Åse — gjelder noe annet.

Enda sikrere er det naturligvis at det ikke er en krenkelse av navneretten om uvedkommende tar navnet i sin munn, eller skriver det ned for moro skyld. Heller ikke om man tar navnet med i en adressekalender eller i en fagfortegnelse, kaller op sin katt eller sin hund, bruker navnet i en roman eller på scenen o. s. v. Ikke i noen av disse tilfelle brukes navnet nemlig som kjennetegn for andres person eller virksomhet, og forveksling med den virkelige rettighets-haver og hans rettssfære er derfor utelukket. At slektsnavnet ikke er krenket om det brukes for fingerte personer i et drama, har vi høieste-rettsdom for (Brattdommen Rt. 1900 s. 486). Men også resten av det anførte er sikkert nok. Når man både her hjemme og i utlandet har sett eksempler på at linjene har vært uklare,¹ kommer dette av at man ikke har hatt full forståelse av navnerettens natur. Særlig har de forfattere som kaller navneretten for en eiendomsrett, vært fristet til å forbeholde a l l anvendelse av navnet for innehaveren

Noe annet er det naturligvis at navnet kan anvendes på en måte

¹ Middelthon s. 72, og eksemplene hos Eberstein, Namn s. 8 og 18.

som krenker ens ære, eller personligheten i det hele. Man har f. eks. ikke lov til å opkalle en høttaler efter en kjent politiker, eller et premiesvin efter en sedelighetsapostel. Heller ikke behøver man å finne sig i å figurere i en «jødekalender», hvilket kan ha sine ubehagelige følger, iallfall i enkelte land. Men det er ikke navneretten man her faller tilbake på. Dette var høiesterett fullt opmerksom på i Brattdommen: Om slektsnavnet blev brukt i litteraturen kunde ikke slekten protestere, men det kunde tenkes at det var gjort på en slik måte at flere eller ferre av slekten «med føie kunde påstå sig å være personlig forulempet ved benyttelsen».

4. Når en navnebruk efter det foregående krenker navneretten, har de som bærer navnet en ubetinget rett til å skride inn. De behøver ikke påvise at navnebruken har ført til forveksling,¹ eller på annen måte ha vært til skade. Om det er krenkende eller smigrende at andre tar ens navn, er også likegyldig for spørsmålet om navneretten er trådt for nær.²

Når et navn er veldig utbredt, som f. eks. Olsen eller Hansen, har imidlertid innehaveren ikke stor interesse i å få stanset en uberettiget navnebruk. Navnets individualiserende evne synker da mot 0, og noen samfølelse eller slektskap innenfor f. eks. «familien Olsen», er der ikke tale om. Slike tilfelle var det Ihering tenkte på, da han i sin tid fant det «gänzlich unsinnig», at der skulde bestå en enerett til personlige navn (Jahrbücher 1885 s. 320), og det skal innrømmes at det vilde være stramt, om man her gjennomførte navnerettens prinsipp til dets ytterste konsekvenser. For å hindre dette krever man i tysk, og idethele gjennomgående i fremmed rett, at en virkelig interesse må være krenket ved navnebruken, eller at en konkret skade blir påvist. Interessen kan være hvad slags som helst, bare den er reell og legitim; således er det alltid nok at okkupasjonen av navnet kan føre til forvekslinger, eller skape et falsk skinn av familiesamhörighet (Staudinger s. 123, Becher s. 284).

Hos oss har man kommet de samme behov imøte på en annen måte: man nekter simpelthen de mest utbredte slektsnavn «retts-

¹ Eberstein: Im. rätt. s. 133.

² Av annen mening er Middelhon s. 72. Både når det gjelder bruk av navnet i litteraturen, og som kunstnernavn eller dekknavn, vil han la det være avgjørende om det «i og for sig» ligger noe krenkende i bruken.

beskyttelse», d. v. s. man gir ikke bærerne rett til å skride inn, selv om utenforstående tar deres navn. Alt i Aars-dommen var HR. oppmerksom på, at det kunde være grunn til å trekke visse grenser for den enerett til navnet som blev slått fast. Det man hadde for øie var de «virkelige familienavn», som hadde vunnet anerkjennelse som en felles betegnelse «for medlemmene av en avsluttet, ved felles avstamning forbundet slektskrets»; om saken skulde stå anderledes for særlig utbredte navn, særlig de almindeligste sen-navn og gårdsnavn, fant man det «ufornødent å uttale sig om». I praksis dannet det sig imidlertid snart den bestemte opfatning at slike navn overhodet ikke var «rettsbeskyttet», og HR. sluttet sig i flere dommer til dette.¹ I N. § 9 blev det også utvetydig forutsatt at navn som «hører til de mere utbredte» ikke gir sine bærere en ubetinget enerett, og i en senere HRD (Rt. 1929 s. 207) sies det endog at det «efter forholdets natur synes å være gitt at navnet må anses for å ha tapt sitt krav på rettsvern, når det må regnes for å høre til de mere utbredte slektsnavn.»²

Hvor utbredt et navn må være for å falle utenfor navnevernet, kan ikke angis i bestemte tall. At det blir båret av flere forskjellige slekter er ikke nok (Rt. 1899 s. 771 og 1914 s. 257). I sin bevillingspraksis går justisdepartementet ut fra at navn kan være beskyttet, «selv om slektenes antall går op i ca. 10, eller personenes i flere hundre» (L u n d h s Kommentar s. 57). Det samme gjelder gårdsnavn som ikke forekommer på flere enn ca. 10 forskjellige steder i landet. Strengere krav bør domstolene under ingen omstendighet stille når bæreren av et ikke helt almindelig navn går til sak mot uvedkommende, og derved legger for dagen at navnet har interesse for ham.

5. G j e n s t a n d e n for navneretten er naturligvis navnet. Men er det navnet i skriftlig eller muntlig form? Og er den minste forandring av navnet nok til å bringe en i sikkerhet for slektens enerett? Bare ved å understreke at navnet er et immaterielt gode,

¹ F. eks. Brattdommen i Rt. i 1912 s. 621, hvor det sies at en slekt ikke har rett til å skride inn mot utenforstående, hvis navnet «har tapt sin karakter av et særlig individualisert slektsnavn», og ikke lenger «vekker forestillinger om visse bestemte familier».

² M i d d e l t h o n s. 60—61 mener visstnok allikevel at alle slektsnavn har full rettsbeskyttelse.

i slekt med åndsverker og oppfinnelser, får man her fast grunn under føttene. Som man ved åndsverker og oppfinnelser må sondre mellom det ulegemlige verk og dets enkelte fysiske eksemplarer eller uttrykksmidler, gjelder det samme her. Og som åndsverket og oppfinnelsen kan forekomme i mange utgaver og bearbeidelser uten å miste sin identitet, kan man retusjere på navnet både i den ene og annen retning, uten at det derfor blir et annet. Det «navn» som navneretten gir rådighet over er derfor hverken den muntlige eller den skriftlige utgaven av det, men navnet som ulegemlig gode, som både det muntlige og skriftlige navn bare er særlige versjoner av.

Naturligvis kan det være vanskelig å avgjøre når man står overfor en endret utgave av samme navn, og når det er nytt navn man har for sig. Også på dette punkt gir dog de andre åndsrettighetene oplysende paralleller. Ved åndsverkene var det avgjørende om den skapende innsats tross forskjell i enkeltheter allikevel var den samme, eller om det var prestert en virkelig ny, individuell utformning av den samme idé. Noe lignende gjaldt i patentretten, bare at idéen her var av teknisk art. I navneretten må en på samme vis spørre om det nye navn er forskjellig fra det gamle, som navn betraktet, d. v. s. som et individualiserende kjennetegn. Og den praktiske prøven på dette er om de to navn vil bli forvekslet med hverandre, om de brukes i livet. Svarer man ja på dette, er det tross forskjell i enkelthetene det samme navn som foreligger, og navneretten er følgelig krenket.

Disse resultatene, som vi har utledet av navnerettens natur som åndsrettighet, faller helt sammen med gjeldende rett, både hos oss og annetsteds, selv om de ikke har fått adekvat teoretisk uttrykk i N. eller i domspraksis. En av de aller første dommene etter Aarsdommen gjaldt således spørsmålet om det var nok å forandre navnets skrivemåte for å komme klar av navneretten, om familien «Blich» kunde forby uvedkommende å kalle sig for «Blik» (Rt. 1896 s. 724). Høiesterett pekte her på, at hvis ikke dette skulde være forbudt, vilde enhver navnerett bli illusorisk: «Det vil innsees at familienavn vilde være aldeles ubeskyttet, når enhver skulde kunne tilegne sig samme med den allerubetydeligste forandring m. h. t. et enkelt bokstav.» Og med 4 mot 3 stemmer slo man fast at «Blich» og «Blik» ikke var forskjellige navn, men det «samme navn, men skrevet på forskjellig måte». Og skjønt N. § 9 ikke er så teoretisk uangripelig

i sin formulering, gir den uttrykk for ganske samme realitet, når den krever samtykke fra slekten også hvis det gjelder «bevilling til antagelse av et lignende navn, når forveksling må befryktes å kunne opstå».¹

I rettspraksis foreligger et ganske fyldig domsmateriale til belysning av den grensen som her må trekkes. Med sikkerhet kan det sies at man aldri kommer utenom navneretten bare ved å e n d r e s k r i v e m å t e n, f. eks. «Blich» til «Blik», eller «Schach» til «Schack» (Rt. 1922 s. 379). Enda klarere er det at det ikke er nok å f o r a n d r e u t t a l e n av navnet. Men når både uttalen og skrivemåten er forandret, må f o r v e k s l i n g s m u l i g h e t e n a v g j ø r e s a k e n, og slik at man tenker såvel på den muntlige som skriftlige formen for navnet. I sånne fall har høiesterett antatt at det ikke skal svært meget til før faren for forveksling er borte. I Rt. 1902 s. 645 fant den således at navnet «Kreftung» ikke lett kunde forveksles med «Krefting», i Rt. 1907 s. 480 at «Ståls» var forskjellig fra «Stoltz», og i Rt. 1912 s. 685 sa man det samme om «Egedius» i forhold til «Egidius». Man skal dog huske at disse dommene skriver sig fra en tid da navneretten ikke var anerkjent i lov, og rettsbevissheten ennå stod usikker overfor den. At domstolene da var engstelig for å strekke retten for langt, er forståelig. Nu er det imidlertid ingen grunn til å nekte navneretten det omfang som dens rettsgrunnlag og karakter tilsier. Og gjør man det, vil neppe noen av de tre siste dommene kunne forsvares.

Det er dog bare den negative siden av navneretten som knytter sig til navnet i alle dets skikkelser og avskygninger. Retten til å bruke det selv gjelder derimot bare navnet i den form man har erhvervet det, iallfall hvad stavemåten angår. Her følger nemlig navneplikten retten som en skygge, og retten går ikke lenger enn plikten tillater. Og denne plikt er ifølge N. § 20 ikke bare til hinder for at man antar nytt navn, men utelukker også at man endrer skrivemåten på det navnet man har. At den negative siden av retten således rekker lenger enn den posi-

¹ V. § 3 kunde her ha tjent som teoretisk forbillede: «Ved «samme merke» forstås i nærværende lov også et merke som er så likt et annet at det er egnet til i den almindelige omsetning å fremkalle forveksling med dette.» — I § 20 gir dog også N. uttrykk for at det godt kan være samme navn, skjont skrivemåten er forskjellig.

tive, er ikke noe særeget for navneretten. Ved alle de andre åndsrettighetene har man eksempler på det samme. Mens en forfatter således kan sette sig imot at hans roman blir offentliggjort som drama eller som film, må han holde sig til sin egen versjon av verket når han vil gi det ut selv.¹

6. Den beskyttelse som N. gir eller forutsetter gjelder bare *personnavnet*, og ikke andre slags navn som handelsnavnet, kunstnernavnet e.l. Enda mindre går andre kjennetegn for personligheten inn under den, som telegramadresser, livreer, emblemer o. s. v.

I dette stykke er det en avgjørende forskjell mellom vår rett og f. eks. den tyske. Her opfattes nemlig B. G. B. § 12 som om den hjemler en helt almindelig *navnebeskyttelse*, der ikke bare omfatter ting som handelsnavn, kunstnernavn og dekknavn, men også andre «*Merkmale auf die Persönlichkeit*» som telegramadresse, våben og emblemer. I praksis har § 12 derfor gjort de særlige reglene om vern for firmaer og handelsnavn nesten overflødige (B e c h e r s. 258 ff.). Slik er det imidlertid langt fra hos oss.

7. Retten til personnavnet kan ikke overdras. Det følger bl. a. av den plikt til å bære navnet som er uadskillig forbundet med navneretten. Derimot er det ikke noe i veien for at navnets bærer gir *bindende samtykke* til at andre får ta navnet som sitt, og det er heller ikke utelukket at det betales vederlag for dette. (Jfr. L u n d h: Navneloven s. 51.)

Virkingen av et sånt samtykke er imidlertid ingenlunde at erhververen nu ubetinget kan anlegge navnet. For det første må han sikre sig samtykke fra alle som har rett til navnet, og ikke

¹ Den opfatning av navnerettens gjenstand som nu er gjengitt, bygger på at retten er en åndsrettighet, og navnet selv et ulegemlig gode som ikke må forveksles med sine ytre uttrykksformer. Efter min mening er den vel egnet til å belyse de viktigste navnerettsproblemer, og til å få frem sammenhengen mellom navneretten og særlig firma- og varemerkeretten.

Andre meninger har dog vært hevdet. L u n d h går således ut fra at navnet alltid er identisk med sin skriftlige form, og at enhver endring i skrivemåten derfor er en virkelig navneforandring (97—98). Følgelig finner han det overflødig og uriktig at N. nevner navneforandringer og endringer i skrivemåten ved siden av hverandre. Videre mener han at det beror på en positivrettslig tilbygning til den egentlige navnerett, at navnet blir vernet mot «nye» navn som lett kan forveksles med det.

bare fra en enkelt. Men selv dette er ikke nok. Samtykke fra de private innehavere av navneretten kan bare fjerne de hindringer for andres navnebruk som skriver sig fra de samtykkendes interesse i navnet, og fra deres private navnerettigheter. Derimot kan det ikke dispensere fra de offentligrettslige reglene om navneplikt og navnebruk, som jo ikke er diktert av hensyn til de private navnebærere, men til almenheten og samfundet. Først når navneaspiranten har erhvervet bevilling til å anta navnet efter N. § 7, jfr. § 9, er saken forsåvidt i orden.

På samme måten er det heller ikke utelukket at en mann kan erhverve sig bindende samtykke til å anvende andres personnavn som firmanavn eller varemerke. Men heller ikke her er det sikkert at samtykke er nok til å gjøre bruken lovlig. Også her gjør det sig nemlig gjeldende andre hensyn enn de rent privatrettslige navneinteresser, som vi senere skal se.

1. kapitel: Firmaretten.

§ 35.

Firmalovgivningens utvikling og karakter.

I. Firma er en egen slags navn, et *forretningsnavn*. R. § 8 definerer det som «det navn hvorunder forretningen drives og underskrift m. h. t. samme meddeles».

Både enkeltmenn og selskaper kan ha firmanavn. Gjelder det selskaper, er et eget firmanavn likefrem nødvendig, siden de mangler personnavn som kan kjennetegne dem. Dette forklarer at det er som selskapsnavn firmaet først tiltrakk sig oppmerksomheten, og at det i lang tid blev behandlet som om det bare hørte selskapsretten til.¹ Også en personlig næringsdrivende kan imidlertid ha bruk for et eget firmanavn for å markere at det ikke er som privatmann, men som forretningsmann han optrer. I forhold til personnavnet, som er det almindelige kjennetegn for personligheten, blir firmaet derfor et *særnavn*, som brukes om en del av personligheten og dens virksomhet. Det er i slekt med en rekke andre særnavn, som kunstnernavnet, dekknavnet o. s. v.

¹ Ennu i *Hallagers* obligasjonsrett finner man det i læren om selskaper. (*Aubert* s. 371.)

Firmaet er heller ikke det eneste forretningsnavn som forekommer. Særlig i dagligtalen anvendes også andre navn som kjennetegn for en forretning, enten navn som forretningen selv har laget — f. eks. ved å forkorte firmanavnet — eller som publikum har satt på den for lettvinthets skyld. I motsetning til disse er firmaet det offisielle, eller om man vil det faste forretningsnavn, det «hvorunder innehaveren stadig driver sin forretning» (A u b e r t s. 369). At det av denne grunn har en central plass blandt forretningsnavnenes mangfoldighet, sier sig selv.

II. Her i Norge var det gått over 1850 år etter Kristus, før lovgivningen skjenket firmabruken og dens problemer noen oppmerksomhet. I 1865 sendte imidlertid selskapet «Handelens venner» i Christiania en forestilling til regjeringen om at visse sider av vår handelsrett trengte lovordning i høieste grad. Som et endelig mål for en slik reform stillet man intet mindre enn en felles skandinavisk handelslovbok, i tilknytning til Europas almindelige handelsrett, hvis kosmopolitiske karakter blev fremhevet. Det man krevet i første omgang var dog en lov om firma og innføring av handelsregistre. Lovens taushet var nemlig blitt tydet sånn i praksis, at både enkeltmenn og selskaper kunde drive forretning under det firmanavn de fant for godt, uten å ta smålig hensyn til om navnet svarte til virkeligheten. Ingen kunde derfor vite om det stod en enkeltmann eller et selskap bak et firmanavn. Adskillig i det blå var det også hvilket ansvar det fulgte med å ha sitt navn stående i annenmanns firma, som det i det hele var uvisst hvilket ansvar de ulike selskaper arbeidet under, og hvilken fullmakt ledelsen hadde til å binde dem.

Som botemiddel mot den usikkerhet som alt dette førte med sig for handelen, foreslo dens «venner» at der skulde opprettes offentlige handelsregistre. Her skulde bl. a. alle ha plikt til å la sitt firmanavn registrere, selskaper såvelsom enkeltmenn. Om innholdet av firmaet foreslo man en del tvingende regler som siktet på å hindre at det var misvisende eller usant. Også den subjektive firmarett var tilgodesett i utkastet, forsåvidt som nye firmaer tydelig måtte skille sig ut fra de gamle på samme sted.

Den «Lov om firmaanmeldelse og registre» av 3 juni 1874 som langt om lenge blev resultatet av initiativet fra «Handelens venner», svarte imidlertid dårlig til hensikten. Den fritok således enkelt-

menn som handlet i eget navn for meldingsplikten. Verre var det dog at den totalt manglet regler om hvad firmaet skulde inneholde. Så langt fra å hevde grunnsetningen om at et firma skal være sant, gav den i § 1 likefrem anvisning på misvisende firmaføring, idet den forutsatte som lovlig at enkeltmanns firma hadde et tillegg til personnavnet som antydet et selskapsforhold. Endelig hadde loven ingen regler om firmakollisjoner og om enerett til firmanavnet, og krevet ikke at registerføreren skulde undersøke om det anmeldte var lovlig, men bare at underskriften var ekte.

På grunnlag av denne «ordning» av forholdene, opnådde man snarest å øke forvirringen i firmarettslig henseende. Enkeltmenn optrådte ofte med upersonlig firma, eller satte «& Co.» eller lignende etter sitt eget navn forat forretningen skulde ruve dyktig. Navn som ikke hadde noe å gjøre med virksomheten, eller som likefrem var fingerte, forekom ikke sjelden i firmaet. Uansvarlige selskaper førte personlig firma uten å antyde at ansvaret var begrenset, man fant likelydende firmanavn på samme sted o. s. v. Om all denne usans virkelig var tillatt efter firmaloven av 1874, var kanskje tvilssomt. A u b e r t (s. 372 ff.) setter således mange spørsmålstejn ved den. Men det var nok mere et fromt ønske enn et uttrykk for den rett som virkelig blev praktisert, når han fremholdt at friheten til å velge sitt firma måtte ha «en naturlig begrensning i den selvforståelige sannhetsplikt, og i annenmanns rett til å verne mot misbruk av hans navn».

Under enhver omstendighet føltes ikke rettstilstanden som tilfredsstillende. Arbeidet på en reform blev tatt op, og dennegangen i nordisk samarbeide. De samme kommisjoner som hadde utarbeidet utkast til nordiske lover om varemerker, fikk i oppdrag å gjennomgå lovgivningen om handelsregistre, firma og prokura. I 1884 la de sine forslag frem, og med uvesentlige endringer blev de vedtatt i de tre land, dog først efter nokså alvorlige fødselsveer. Den norske loven er av 17 mai 1890,¹ og med enkelte forandringer gjelder den ennu.

I firmarettslig henseende bragte loven av 1890 det viktige fremskritt at den tidligere «firmafrihet» forsvant, og sannhetsprinsippet trådte isteden. I temmelig absolutt form er det gjennomført når det gjelder nyetablering, mens det er noe modifisert når en forretning

¹ Sveriges av 13 juli 1887 og Danmarks av 1 mars 1889.

går over på andre hender. Det er offentligrettslige hensyn, eller kanskje snarere hensynet til publikum som ligger bak den sterke pointeringen av sannhetsplikten. Og også ellers er det denne synsvinkel reglene om registreringen og firmaet sees under. Det er således firmaplikten, eller rettere registreringsplikten loven nesten utelukkende beskjeftiger sig med, og gir regler om. I § 8 blir den slått fast for alle handelsmenn, ikke bare for selskaper.¹ § 9 og § 10 gir ufravelige regler om hvordan det registrerte firma skal være, likesom registerføreren får ordre om å passe på at et firma tydelig må adskille sig fra alle andre i samme kommune.

I denne siste bestemmelsen har imidlertid også forutsetningen om en firmarett funnet uttrykk: Den som først har fått firmaet registrert, får derigjennem enerett til å beholde og bruke det. Og også regelen i § 6, om at den som «antar at en i handelsregistret optatt anmeldelse er ham til skade» kan kreve den slettet av domstolene, er tydeligvis utslag av privatrettslige synsmåter. Direkte uttalt i loven er den private, subjektive firmarett derimot ikke, like sålitt som den personlige navnerett er det i N. av 1923.² Og som firmaretten således i det ytre trer i skyggen for den dominerende registreringsplikt, er dens omfang også preget av at loven ser den som et appendiks til denne: Det er bare til registrerte firmavn den knytter noen rett, ikke til de uregistrerte, og slett ikke til andre forretningsnavn. Og den rett registreringen gir er begrenset til kommunen, i logisk samsvar med at registreringen er en lokal affære. Den firmarett som R. hjemler har derfor et helt gjennomformelt og positivrettslig anstrøk. Den er en ubetinget, men lokalt begrenset enerett, knyttet til den offentligrettslige akt, registreringen.

III. Siden 1890 har det imidlertid skjedd store ting innenfor firmaretten, skjønt R. selv er blitt stående omtrent som før.

En viss betydning har det således at loven om forsikringselskaper av 29 juli 1911 § 3 gir en særlig regel om disses firma, og at denne i flere stykker skiller sig fra reglene i R.: «Intet forsikrings-

¹ Dansk rett er her anderledes, forsåvidt forretningen drives av enkeltmann i eget navn.

² I dette stykke følger loven sitt forbillede H. G. B. I den schweiziske obligasjonsrettslovs § 876 heter det derimot at et registrert firma «steht dem Berechtigten zu ausschliesslichem Gebrauche zu».

selskap må i sitt firma opta navnet på et annet innenlandsk eller her alment kjent utenlandsk forsikringsselskap, eller et navn som lett kan forveksles dermed.» Viktigere er imidlertid det gjennombrudd på navnerettens område som skjedde i 1890-årene, og som blev stadfestet av N. På et bredt rettsgrunnlag, støttet til sakens natur og umiddelbare rettsfølelse var jo den enkeltes rett til sitt navn blitt anerkjent i vårt rettsliv, uten registrering eller andre formaliteter. At denne kjensgjerning måtte få betydning også for retten til firmaet, som i grunnen er en variant av personnavnet, var bare rimelig. Aller størst betydning har det dog hatt at vår varemerkelovgivning helt har skiftet utseende, siden R. kom til. Som forretningskjennetegnet er varemerket i nær slekt med firmaet, og retten til det hadde tidligere hatt omtrent samme karakter som firmarett: Den var en særlig, positivrettslig anstrøket rettighet, betinget av registrering og svært formell i hele sitt preg. Men med varemerkeloven av 2 juli 1910 skiftet den helt karakter. Tanken var nå at varemerkeretten ikke lenger skulde behandles som en isolert særrett, der strengt var knyttet til registreringen, men som et utslag av den almene plikt til å la andre beholde sine varekjennetegn for sig selv, som er en grunnregel for all sund og lojal konkurranse. Registrering av varemerker blev ganske visst ikke opgitt; men også bruken eller «innarbeidelsen» av et merke blev anerkjent som fullt jevnbyrdig adkomst for virkelig varemerkerett, og ved siden av de egentlige merker blev forskjellige andre kjennetegn og forretningsnavn behandlet og beskyttet i loven.

Det er klart at denne lovgivningen har en ganske annen innstilling til problemene enn R. hadde. Og det er heller ikke tvilsomt at også en nyordning av firmarett lå innenfor dens «interessesfære», såsant som firmanavnet er et viktig forretningskjennetegn, og også kan brukes til varemerke. Fra én side sett hadde det derfor vært naturlig om firmarett hadde undergått en tilsvarende forvandling som varemerkeretten, slik at den firmarett som hvilte på bruk blev likestillet med den som hvilte på registrering, mens retten til andre forretningsnavn enn firmanavnet trådte supplerende til, og alt sammen blev betraktet under den lojale konkurranses synsvinkler. Slik blev det imidlertid ikke, vel særlig fordi patentlovkommisjonen ikke hadde mandat til å røre ved registerloven. Men skjønt man i formen lot den gamle, formelle firmarett stå ved makt, satte man

inn i V. en rekke viktige bestemmelser om «utilbørlige varekjenne-tegn og forretningsnavn», som i virkeligheten forandret vår materielle firmarett nesten fra grunnen. At firmanavnet er et forretningsnavn og faller inn under bestemmelsene i V., er nemlig klart, enten det nå er registrert eller ikke. I siste fall byr V. firmanavnet en beskyttelse som R. nekter det, men også det registrerte firmanavn får et ekstra-vern som har stor praktisk betydning.

De reglene som her kommer i betraktning er dog ikke særlige for firmanavnet alene, men gjelder også andre forretningskjenne-tegn. Derfor er det praktisk å følge lovgivningens eget system under fremstillingen av denne delen av åndsretten: Vi holder oss først til den formelle og stive firmarett, slik som den er hjemlet i R., i skyggen av den registreringsplikt som her er hovedsaken. Etterat så varemerkeretten er fremstillet i den nye og smidige skikkelsen som loven av 1910 gav den, kommer turen til de forretningskjennetegn og varebetegnelser som ikke er egentlige varemerker, og heller ikke et registrert firma. Da vil det vise sig at også firmaretten er myknet betraktelig op i våre dager, og stillet i nært forhold til varemerkeretten, og sammen med den til de almindelige prinsipper om lojalitet i konkurransekampen.

§ 36.

Firmaplikt og registrering.

I. At det blev firmaplikten og ikke firmaretten som kom til å stå i forgrunnen for R., var helt naturlig når man tar lovens forhistorie i betraktning, og husker på de misbruk den hadde til opgave å bekjempe. At det også kunde være behov og plass for en privat rett til firmaet hadde man ikke så åpent blikk for dengang. Også ved personnavnet var det jo navneplikten som dominerte, mens retten til navnet ennå ikke hadde trengt gjennom i praksis.

De hensyn som loven forfølger når den pålegger forretningsfolk å la sine firmaer registrere, faller dog ikke ganske sammen med dem den almindelige navneplikt hviler på. Det er ikke først og fremst for å holde øie med forretningsmannen, at loven pålegger ham å registrere firmanavnet. Det skjer dels med tanke på almenheten, dels på konkurrentene. Publikum har interesse av at hvert firma

bruker et bestemt navn som det kunngjør som sitt, og er også interessert i at der ikke skiltes med firmanavn som vekker gale forestillinger om forretningens ytre eller indre forhold. Konkurrentene gjør disse krav til sine, fordi det forsprang i konkurransen som vinnest ved misvisende og varierende firmategning, ikke er vunnet på lojal måte.

Disse betraktningene munner først og fremst ut i kravet om en *f a s t f i r m a b r u k*, som gjennom registrering blir meddelt offentligheten. Dernest må *f i r m a e t* være sant, og ikke gi folk et uriktig bilde av den forretning som står bak. Og endelig, som en variant av sannhetskravet, bør *f i r m a e t* også i noen utstrekning gi publikum *p o s i t i v e o p l y s n i n g e r* om hvad slags forretning det har for sig, særlig om ansvaret for dens forpliktelser. Alle disse fordringene kommer R. imøte, skjønt i forskjellig grad.

II. Registreringsplikten gjelder iflg. R. § 8 «enhver der driver sånn handel eller dermed likestillet virksomhet som omhandles i § 35». Går man gjennom opregningen her,¹ ser man at den dekker storparten av dem som i dagligtalen kalles «forretningsmenn». Men også utenfor kretsen av disse kan firmaer registreres. § 35 fortsetter nemlig: «Handlende som ikke er anmeldelsespliktige, og selskaper med begrenset ansvar som ikke driver handel, men har økonomisk formål, samt håndverkere k a n dog foreta anmeldelse til handelsregistret og blir da i det hele underkastet denne lovs bestemmelser.» Foruten håndverkere er det frihandlere, assuranceagenter på landet, samvirkeagenter som driver pelsdyravl eller boligbygging o. s. v. som har rett, men ikke plikt til å registrere sitt firmanavn. Civile selskaper, f. eks. et advokatfirma, har derimot ikke slik adgang, og heller ikke folk som nok engang h a r d r e v e t forretningsvirksomhet, men er holdt op med det.²

III. 1. Om firmaets innhold finnes hovedbestemmelsene i R. § 9, som sonderer mellom forskjellige slags forretninger.

a) *E n k e l t m a n n s* firma skal inneholde «hans etternavn med eller uten fornavn. Det må ikke inneholde noe som antyder et selskapsforhold, eller at ansvaret er begrenset». Det «etternavn»

¹ Da det ikke er hensikten å gjøre uttømmende rede for den objektive firmarett, undersøker jeg ikke i detalj hvor langt registreringsplikten rekker.

² «Firma förutsätter såsom faktiskt underlag en rörelse, påbörjad eller färdigbildad», E b e r s t e i n, Namn s. 62.

der siktes til, er det man efter N. har plikt og rett til å bære som personnavn. Derimot ikke andre navn, som kunstnernavn eller dekknavn. Disse har man ikke lov til å bruke som firmanavn.

Personnavnet kan derimot brukes *in extenso*, eller man kan sløife eller bare antyde fornavnet. Peder Olsen, P. Olsen eller kort og godt Olsen, er derfor firmanavn gode nok. Heller ikke kan det billigvis nektes en person å bruke navnet i ciform, f. eks. «Olsens bokhandel», og neppe heller det mere pompøse «Den olsenske bokhandel».¹ Antagelig kan det også passere å kalle forretningen for «P. Olsens enke» istedenfor personnavnet «Karine Olsen» (H e g g e l u n d s. 18).

Som eksemplene viser er tilføielse til personnavnet ikke utelukket, bare de ikke antyder et selskapsforhold, f. eks. Olsen & Søn, eller Olsen & Co., eller at ansvaret er begrenset, f. eks. Peder Olsen, ltd. Fremmede lover nevner oftest positivt hvordan disse tilføielse skal være; H. G. B. § 18 sier at de må tjene «zu einer näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäfts». Dette krav må antagelig også underforstås hos oss. «Peder Olsens tønnefabrikk» eller «Larvik Tønnefabrikk, Peder Olsen», er derfor tillatte firmanavn for en enkeltmann. Derimot går det neppe an å kombinere personnavnet med en ren fantasibetegnelser, f. eks. «Tønnefabrikken Sol, Peder Olsen». Slike fantasinavn er nemlig etter sin natur uttømmende og selvstendige, og egner sig derfor ikke til å supplere personnavnet i firmaet, men konkurrerer i virkeligheten med det. Og det har det neppe vært meningen å tillate. Heller ikke går det an å la «tilføielse» svulme slik op, og ta en så dominerende plass at personnavnet nesten skjules for publikum, eller iallfall trer helt i skyggen.²

b) Et ansvarlig selskaps firma «skal, når ikke alle medlemmers navn er optatt i samme, inneholde minst ett medlems navn, samt et tillegg der antyder et selskapsforhold». Altså Olsen & Co., Brødrene Olsen eller lignende. Består selskapet av to Olsener og en Hansen, kan firmaet hete Hansen, Olsen & Olsen, Hansen & Co., Olsen & Co., etc.

¹ Se Mot. R. s. 18, B e i c h m a n n s kommentar s. 37, H e g g e l u n d s s. 18.

² Fra schweizisk rett nevner C h e v e n a r d «Concurrence dé loyale» s. 72 eksempler på dette.

Et k o m m a n d i t t s e l s k a p s firma «skal inneholde minst ett fullt ansvarlig medlems navn med et tillegg der antyder et selskapsforhold, eller forsåvidt kommandittistenes innskudd er fordelt på aksjer, betegner selskapet som et kommandittaksjeselskap».

Hverken i ansvarlige selskaper eller kommandittselskaper må der «optas navnet på andre personer enn fullt ansvarlige medlemmer, eller noe der går ut på å begrense ansvaret for selskapets fullt ansvarlige medlemmer». Derimot er de samme tilføielser tillatt som ved enkeltmannsfirmaet, f. eks. «P. Olsens & H. Hansens brødfabrikk».

c) Om aksjeselskapets firma sier R. bare at det skal «betegne selskapets egenskap av aksjeselskap»,¹ f. eks. ved ordene A/S, «aksjeselskap» e. l. Forøvrig kan firmaet ha hvilket som helst utseende. Det kan være et personnavn, f. eks. A/S Peder Olsen, et fantasinavn som A/S Sol, eller en beskrivelse av selskapets virksomhet, som A/S Bergens skofabrikk.

d) A n d r e s e l s k a p e r m e d b e g r e n s e t a n s v a r, — samvirkelag, andelslag etc. — «skal i sitt firma opta et virksomheten betegnende uttrykk; sånt firma må ikke inneholde noe personnavn». Jevnaker mcieri, Nygårds handelsforening, er derfor i orden. Forbudet mot å bruke personnavn i firmaet gjelder dog ikke mytologiske navn (H e g g e l u n d s. 19), men synderlig praktisk er det vel ikke at man legger beslag på dem.

2. De reglene om firmaets innhold som nu er gjengitt, viser hvordan loven krever at firmaet skal være sant, både slik at det ikke er misvisende og slik at det gir positive opplysninger om forretningen. I sistnevnte henseende er forskriften om at aksjeselskapets firma skal vidne om ansvarsbegrensningen, og at enkeltmanns firma skal inneholde hans personlige navn vidnesbyrd nok, mens den negative siden av sannhetsplikten får uttrykk i regelen om at ansvarlige selskapers firma ikke må antyde noe om begrensning av ansvaret. I § 10 gir R. imidlertid loven enda et par regler, som gjelder alle slags firmaer, og som ytterligere understreker denne side av saken: «Et firma må ikke inneholde angivelse av foretager der ikke står i forbindelse med forretningen; ei heller må et firma som angir en bestemt art av forretning bibeholdes uforandret når denne er vesentlig forandret.» Som eksempel på slike utillatte

¹ Reglene varierer her nokså sterkt fra land til land.

firmanavn nevner Mot. R. s. 23 at en detaljforretning i smør kaller sig for «Den danske smørbørs». I praksis er «Brislingbørsen» blitt kjent ulovlig som firmanavn for et innkjøpslag for sild (Rt. 1922 s. 110), og bedre skjebne hadde ikke en forretning som ganske uhjemlet kalte sig for «Hovedkontor for premieobligasjoner».¹ Det rammes også av loven at en forretning søker å presentere sig i et falsk lys i sitt firmavalg, selv om det ikke akkurat er andre eksisterende foretagender som det antydes forbindelse med. Således når en beskjeden skomakerbedrift kaller sig for «De norske Skofabrikker», eller det antydes nye og moderne fabrikasjonsmetoder i firmanavnet, skjønt de i virkeligheten ligger bedriften fjernt.² Også den foregående setningen i loven, «ingen må i sitt firma uten hjemmel opta annenmanns navn eller navnet på annenmanns faste eiendom», er uttrykk for kravet om at firmanavnet skal være sant, og ikke lede folk vill. Her er den imidlertid kombinert med en annen grunnsetning som også gjelder firmavalget: Man skal la andres personlige eller merkantile kjennetegn i fred. Det kunde endog synes som det bare var den siste setningen som kom i betraktning, siden forbudet bare gjelder når det er «uten hjemmel» man har forsynt sig. Men både bestemmelsens plass og formål gjør en annen forståelse rimelig. Den hjemmel loven taler om er ikke bare samtykke fra de forskjellige navnerettighetens innehavere, men også en saklig hjemmel i de virkelige forhold.³ Det må m. a. o. være en viss naturlig forbindelse mellom personen eller eiendommen, og den bedrift som firmaet symboliserer. Forbindelsen kan dog være av forskjellig slags, og kravet må håndheves nokså liberalt. Når en mann samtykker, kan hans navn derfor tas op i andres firma, når han er oppfinner av et preparat som fabrikkens lager, eller kontrollerer dens produkter; efter omstendighetene er det nok at han går inn for slike produkter med sitt navn, og søker å gjøre propa-

¹ Rt. 1903 s. 93, hvor det forresten ikke dreiet sig om et registrert firma, men om et almindelig forretningshavn.

² En BRD. i N. I. R. 1933 s. 46 forbod et firma å kalle sig «Norwegian Cheese Co», når det hadde til hensikt å selge ost som var laget i Tyskland.

³ Jfr. E b e r s t e i n, Im. rätt. s. 130 og N. I. R. 1935 s. 145 ff. I Rt. 1909 s. 139 finnes ganske visst enkelte uttalelser i annen retning. Det spørsmål som her forelå var imidlertid et annet; det angikk overdragelse av et eksisterende firma, og det gjaldt å avgjøre om skifteretten var kompetent til å selge forretningen med firmanavn og det hele.

ganda for dem, «A/S Sopp's makaroni» f. eks. Men hvis ikke engang disse beskjedne kravene er fylt,¹ skal registrering nektes, og en hvilken som helst bærer av navnet kan få den slettet igjen, hvis den urettelig har funnet sted.

3. Endelig stiller tredje avsnitt i § 10 det viktige krav til et firmas innhold, at det «skal tydelig adskille sig fra andre i samme kommune bestående og i registret innførte firmaer». Denne bestemmelsen har imidlertid ikke bare interesse for den offentligrettslige registreringsplikt, men gir dessuten hjemmel eller iallfall grunnlag for den private rettslige enerett til firmaet. Vi behandler den derfor i neste paragraf, hvor det ikke er firmaplikten men firma retten, som det gjelder å belyse.

Men dette at man får enerett til det firmanavn man har valgt, gjør det nødvendig å reise et siste spørsmål før vi forlater behandlingen av firmaets innhold. Kan man beskrive bedriften på hvilken som helst måte i sitt firmanavn, og derved hindre andre i å bruke lignende beskrivelse, skjønt den passer like godt for dem?

For varemerkenes vedkommende har konflikten mellom den enkeltes ønske om å kjennetegne sine varer, og almenhetens rett til å bruke «*the King's English*», ført til at man ikke kan erverve rett til å bruke deskriptive ord som merker. Fra et lovgivningspolitisk synspunkt kunde det synes nesten like betenkelig at man skal få lov til å monopolisere alskens beskrivende betegnelser i sitt firma, bare de ikke er likefrem uriktige. Hverken hos oss eller annetsteds har man imidlertid stillet de samme krav til firmanavnet som til varemerket.² Navn som «Bergens margarinfabrikk», «Oslo Notecentral», «A/S Norsk brenselolje», spikerfabrikken «Uovertreffelig», smørbutikken «Alltid frisk», er derfor fullt i orden.³ Ja,

¹ HRD. i Rt. 1923 s. 465 angående «Reenskaugs hotel» i Drøbak, antok med rette at den personlige navnerett ikke hindrer at navnet brukes som en betegnelse for et hotell der tidligere hadde vært drevet av en innehaver av navnet, men var gått over på andre hender.

² Jfr. Eberstein, Im. rätt. s. 149 og BRD. i N. I. R. 1935 s. 56 og 1936 s. 54.

³ Derimot må firmanavnet «om det anvender betegnelsen for en vareart eller angivelse av foretagendet, for å kunne nyte beskyttelse kunne skilles ut fra andre firmaer, og ikke som f. eks. «Clichéanstalten» eller «Lyskopieringsanstalten» være en fellesbetegnelse for hele faget». BRD. i N. I. R. 1935 s. 56 jfr. 1936 s. 54. Se også nedenfor § 55.

når talen er om andre uansvarlige selskaper enn aksjeselskapet, er det likefrem påbudt i loven at firmaet skal inneholde et «virksomheten betegnende uttrykk». Hvilken innflytelse det har for enretten at firmaet helt eller delvis har slike beskrivende bestanddeler, får vi senere anledning til å komme nærmere inn på.

IV. Selve registreringen skal vi bare beskjefte oss med, for såvidt den har betydning for firmaretten, og hvad dermed står i forbindelse.

1. I så henseende har det stor betydning at registreringen er lokal.¹ Den gjelder ikke for hele landet, slik som den gjør ved mønstre, patenter og varemerker. Det er de almindelige handelsregistre firmaene skal føres inn i, og disse føres på landet av sorenskriveren, og i byene gjerne av byfogden. For å skaffe registerførerne og publikum en viss oversikt over hvad det går for sig i landets andre handelsregistre, bestemmer dog R. § 4 at alle anmeldelser som er ført inn i registret skal rykkes inn i Kunngjørelsestidenden. Dessuten skal det offentlige gi ut fullstendige samlinger av de anmeldelser som kunngjøres, og forsyne dem med årsregistre.

2. Iflg. R. § 3 skal en firmaanmeldelse avvises, hvis den «ikke fyllestgjør lovens forskrifter, eller inneholder noe hvis innførelse i registret ikke er lovhjemlet». Før registrering skjer, må anmeldelsen følgelig undersøkes av registerføreren. Det gjelder her samme prinsipp som vi kjenner fra patent- og mønsterretten, og som vi skal finne igjen i varemerkeretten. For firmaets vedkommende var prinsippet imidlertid ukjent før loven av 1890. Den gamle registerlov forlangte bare kontrollert at fordringene til anmeldelsens underskrift var gjort fyllest, men ikke at innholdet var lovlig.

Det er dog ikke en inngående gransking av at firmaet formelt og reelt er i orden, som loven krever av registerføreren. Det han absolutt må undersøke er at firmaet ikke støter an i det ytre, eller er ulovlig av grunner som registret selv gir beskjed om. Dette er således tilfellet, hvis det fremgår av anmeldelsen at firmaet bruker andres navn, uten at noe samtykke er dokumentert, eller det samme firmanavn er registrert for en annen i samme kommune. Videre må han forvise sig om at underskriften er ekte, (se § 2, annet ledd), men ikke at rekvirenten har rett til å føre det navn han har undertegnet med. Heller ikke behøver registerføreren granske

¹ På s. 13—14 drøfter Mot. R. spørsmålet om lokal eller central registrering.

nøie om sannhetskravene til firmaet er iaktatt, eller om det ikke skulde være en eller annen eksisterende materiell rett — til navn, utenbys firma, merke eller hvad det kan være — som i virkeligheten utelukker at anmelderen kan vinne rett til firmanavnet.

Paa den annen side forbyr loven ingenlunde at registerføreren anstiller undersøkelser i alle disse retninger, og en viss positiv aktivitet vil vel en forstandig registerfører alltid føle sig forpliktet til. Og fører hans undersøkelser — eller tilfeldig kunnskap — ham til den overbevisning at registreringen vilde stride mot loven eller mot en bestående subjektiv rett, er det sikkert hans plikt å avvise den.¹

3. Når undersøkelsen av en firmaanmeldelse er slik ordnet, er det en selvfølge at registreringen ikke kan binde dem som mener sig krenket i sine rettigheter ved den. R. § 6 sier da også, at alle som «antar at en i handelsregistret optatt anmeldelse er ham til skade», kan kreve den slettet eller forandret av domstolene. Det samme kan det offentlige gjøre, når det finner at almene interesser krever det, f. eks. fordi firmaet strider grovt mot sannhetsprinsippet. Således fikk handelsdepartementet i Rt. 1922 s. 110 dom for at en innkjøpsforening for sild ikke kunde kalle sig for «Brislingbørsen». Og det er heller ikke utelukket at en enkelt konkurrerende forretningsmann griper inn på samme måten, hvis han finner at et registrert firmanavn skaffer innehaveren et uberettiget forsprang, fordi det gir et falsk inntrykk av forretningen.

Blir de interesserte opmerksom på saken før firmaanmeldelsen er tatt tilfølge, kan de naturligvis gjøre forestillinger hos registerføreren, for å få ham til å avvise kravet. Blir dette resultatet, kan anmelderen bringe spørsmålet inn for handelsdepartementet, hvis avgjørelse er endelig i forhold til ham. Men han kan også, om han

¹ Dette uttales bestemt av minoriteten i Rt. 1914 s. 122, men også majoritetens uttalelser trekker i samme retning. Forholdet var at et A/S vilde registrere firmanavnet «Norske Alliance», skjønt det visste at et annet selskap alt hadde sendt ut legningsinnbydelser hvor dette navnet var brukt. Magistraten nektet å registrere navnet, men byretten underkjente avgjørelsen, fordi den mente magistraten ikke hadde noe med å undersøke om det annet selskaps rett til navnet kanskje stod i veien. HR. stadfestet byrettsdommen, men på et annet grunnlag: man fant nemlig at det ikke var vunnet noen slik rett, fordi om tegningsinnbydelser var sendt rundt. — Om den tyske registerførers plikt til å kontrollere at firmaanmeldelser ikke krenker andres private rettigheter, se B e c h e r s. 304.

foretrekker dette, la domstolene avgjøre saken, efter visse nærmere regler som R. § 3 gir.¹

V. Plikten til å ha et fast firmanavn og til å la dette registrere, er naturligvis i slekt med den navneplikt som vi foran har talt om ved de almindelige personnavn. Men som begrunnelsen av plikten har et noe forskjellig anstrøk, er det også karakteristisk ulikhet hvad selve innholdet angår:

Navneplikten går ut på å bruke navnet og ikke forandre det. Ved firmaet er derimot registreringsplikten det viktigste, mens selve plikten til å ha et fast forretningsnavn kommer i annen rekke. Heller ikke er det noe i veien for at man forandrer sitt firmanavn, bare man registrerer det. Og skjønt det også her er forutsetningen at forretningens offisielle firmanavn blir brukt når det «meddeles underskrift med hensyn til samme», er det ikke tanken at firmanavnet behøver å være det eneste navn forretningen har, og at det i sin uavkortede, offisielle form må brukes hver gang forretningen gir sig tilkjenne for verden. Det er således ikke noe i veien for at det lages forkortelser av navnet, «De-No-Fa» istedenfor De nordiske fabrikker, «Aschehoug» istedenfor H. Aschehoug & Co., «Pellerin» for Aug. Pellerin fils & Co. o. s. v. Og det hender som alt nevnt også at publikum setter et navn på en forretning som denne så selv tar op og bruker. I mangfoldige tilfelle er en slik forkortet og populær navnebruk en fordel, eller nesten en nødvendighet. Telegramadressen f. eks., er ofte en forkortelse av firmanavnet, og det er ikke bare i telegrafstilen, men nesten i all effektiv reklame, at en tilpassing av firmanavnet må til, hvis reklamen skal få det riktige smell. «Bruk Tiedemanns snus» eller «Husk Fabritius» eller «Stek i Pellerin» klinger jo bra; derimot er det liten appell i en opfordring om å steke i Aug. Pellerin fils & Co. A/S, eller å huske Fabritius reklamebyrå A/S. At fimaloven skulde stå i veien for en slik navnebruk, som forretningslivet har så absolutt behov for, er utenkelig.² Det den krever er bare at hver forretning har ett, og

¹ Rt. 1917 s. 488: Avgjørelse av departementet efter R. § 3 hindrer ikke saksanlegg til utslettelse efter § 6.

² Handelsdepartementet og justisdepartementet har dog i sin tid hevdet noe annet. Se herom en artikkel av advokat Fr. H. Winsnes i «Propaganda» nr. 1 for 1933, som jeg er ganske enig i. I HRD. 1900 s. 545, gikk såvel domstolen som Handelsstandens 50-manns utvalg ut fra at forkortning av firmanavnet som hadde gjort sig selv, hadde forretningen lov å benytte sig av. Se også Mot. V. s. 29.

bare ett, fast offisielt firmanavn, som må brukes til underskrift for forretningen. Og dessuten sier det sig selv, at også de andre navn forretningen har må være lojale i sitt anlegg, og brukes på en lojal måte, hvis de skal være rettmessige. Det får jeg senere anledning til å komme inn på.

§ 37.

Firmarettens innhold og gjenstand.

I. Ved firmaretten som ved de andre åndsrettighetene må det sondres mellom rett og enerett, d. v. s. mellom rettighets-haverens adgang til å bruke firmaet selv, og hans rett til å hindre at andre gjør det samme.

1. Firmaet er etter sin natur et forretningsnavn. Dets oppgave er å tjene som kjennetegn for forretningen og for innehaveren, når han optrer i denne egenskap. Den positive siden ved firmaretten kommer derfor til å arte sig som en adgang til å bruke firmaet på denne måten, og dessuten til å betegne alt som på en eller annen måte hører forretningen til.¹

R. § 8 nøier sig riktignok med å si at firmaet kan brukes til underskrift på forretningens vegne. Men det er en like utvitsom og normal firmabruk, når det anbringes på forretningspapirer eller skilt, over butikkvinduer eller på reklameplakater, kortsagt overalt hvor forretningen trer frem overfor publikum. Likeledes er det en adekvat anvendelse av firmanavnet — akkurat som tilfellet var med det almindelige personnavn — at det brukes for å angi at en vare er laget eller solgt i forretningen, og det ikke bare i muntlig eller skriftlig omtale, men også når firmanavnet stemples direkte på varen, slik at det tjener som et virkelig m e r k e på denne. I alle land er det enighet om at firmanavnet kan brukes på denne måten. V. § 5 forutsetter det som selvfølgelig, og bestemmer endog at selv ikke en varemerkerett som hviler på registrering er «til hinder for at enhver kan bruke sitt navn eller sitt firma som merke for sine varer». Her i Norge er det heller ikke tvilsomt at en forretning kan stevne og stevnes under sitt firmanavn.² Gjelder det innføring i offentlige registre — f. eks.

¹ «Användande af firma omfattar således alla de olika yttringar af köpmannaverksamheten, där firma på det ena eller andra sättet kan angifva en relation till köpmannen såsom verksamhetens utöfvare.» (Eberstein, Namn s. 53.)

² Jfr. Eberstein, Im. rätt. s. 116.

i grunnboken — er det derimot eierens personlige navn, og ikke hans firmanavn som må brukes.

Skjønt registreringen er lokal, er ikke retten til å bruke firmanavnet begrenset til kommunen. Noe annet er at utenfor denne kan firmaet lettere komme i kollisjon med andres forretningskjennetegn, og da må firmaretten ofte vike, jfr. nedenfor.

2. R. sier ikke med tørre ord, at den som har fått registrert et firmanavn har eneretten til å bruke det. Men når § 10 holdes sammen med § 6 og § 8, blir dette resultatet. Den første paragraf sier nemlig at et nytt firma ikke kan registreres, hvis det ikke skiller sig tydelig fra alle eldre firmaer i samme kommune, og § 6 gir disse en selvstendig rett til å påse bestemmelsen overholdt. Når dertil kommer at § 8 forlanger alle firmaer registrert, forsåvidt det dreier sig om handelsforetagender, er det tydeligvis lovens mening at også b r u k e n av dem skal være innchaveren forbeholdt, innenfor det område som omfattes av registreringsplikten. Mot. R. sier da også uttrykkelig at «lovlig anmeldelse av et firma til registret begrunner en utelukkende rett for dets innehaver til innenfor et visst territorialt område å føre samme» (s. 23).¹

Sammenligner man denne retten med retten til personnavnet, vil man se både ulikheter og likhet: Firmaretten er således tilspisset til en a b s o l u t t e n e r e t t, mens personnavnet må deles med resten av slekten, så man aldri kan være trygg for at nye navnebærere kommer til. Dette henger sammen med, at mens individualiserings-trangen krysses av slektshensynet i navneretten, rår den marken alene i forretningslivet, hvor både forretningsmannen og publikum er interessert i at individualiseringen gjennomføres skarpest mulig, så enhver forveksling kan undgås. På den annen side er den rett registreringen gir forsåvidt svakere enn navneretten, som den er begrenset til den kommune hvor registreringen er skjedd. Hvis firmaets innehaver kan skride inn mot dem som bruker hans firma utenfor registreringskommunen, er det iallfall ikke «firmaretten» i streng forstand han kan støtte sig til.² (Se § 47).

¹ For Sveriges vedkommende, se E b e r s t e i n, Im. rätt. s. 115.

² Også i Tyskland er den enerett man får ved registreringen, lokalt begrenset. H. G. B. § 37, jfr. § 30. Men da firmaet også beskyttes av den almindelige navnerettsregel i B. G. B. art. 12, spiller ikke dette noen praktisk rolle. (B e c h e r s. 311—312.) For Sverige, se E b e r s t e i n l. c. s. 117 ff.

Men også den naturlige likhet mellom det almindelige personnavn og det særlige firmanavn gjør sig sterkt gjeldende i rettsreglene: Eneretten gjelder ikke en hvilkensomhelst «bruk» av firmaet, men bare en virkelig navnebruk, slik som vi foran har skildret den. Særlig må det understrekes, at hvis det er som fantasinavn eller artsbetegnelse firmaet er anvendt, er firmaretten ikke krenket. Men innenfor denne rammen er også firmaretten ubetinget, eller om man vil «abstrakt», akkurat som navneretten er det: Innehaveren kan skride inn overalt hvor andre har brukt firmaet, uten at han behøver å godtgjøre at reelle interesser tar skade av det. Selv om det nye firma arbeider i en helt annen branche, så forveksling er utelukket, og selv om det leverer førsteklasses varer, så navnets renommé heller ikke bringes i fare av denne grunn, kan det gamle firma skride inn med eneretten i sin hånd. Det gjelder endog om det ikke er knyttet den ringeste goodwill til firmaet, f. eks. fordi forretningen såvidt er kommet i gang. At det her som i navneretten ikke kan hjelpe okkupanten at han har vært i god tro m. h. t. sin rett, er helt på det rene.

II. Som personnavnet er også firmanavnet et eget ulegemlig gode, og kan optre i forskjellige utgaver og skikkelser uten å miste sin identitet. Det blir derfor en viktig oppgave å vise hvor langt et nytt firmanavn må fjerne sig fra et gammelt, for å falle utenfor den enerett til firmaet som registreringer har skapt.¹

1. Siden eneretten til firmanavnet på en måte bare er baksiden av den offentligrettslige regel i R. § 10, om at to registrerte firmaer i samme kommune ikke må lyde ens, er det naturlig å ta utgangspunkt i denne regelen, når rettens gjenstand skal bestemmes. Eneretten skulde følgelig finne sin grense der hvor et nytt firmanavn «tydelig adskiller sig fra andre i samme kommune bestående og i registret innførte firmaer». Men denne bestemmelsen må ikke leses isolert, men i lys av våre andre rettsregler på området, og de almene regler om navnet som åndsrettens gjenstand, som vi utviklet foran i forbindelse med den personlige navnerett. Og ifølge dem var det først og fremst forvekslingsmuligheten i livet som må avgjøre om man har to forskjellige navn for sig, eller bare to utgaver av samme navn.

Nu kunde det naturligvis hevdes at det her er tale om ulike

¹ Retten til selv å bruke firmaet er begrenset til dets registrerte skikkelse.

ting, og at forskjellige synspunkter derfor er på sin plass: Forbudet i R. § 10 er offentligrettslig. Dets formål er å hindre at to enslydende firmanavn står side om side i samme register. Når dette skal avgjøres, må derfor firmanavnene sammenlignes slik som de foreligger for registerføreren, og forskjellen må dessuten være tydelig. Hvis det derimot er tale om brudd på firmaretten gjennom andres anvendelse av et lignende firmanavn, blir det forvekslingsmuligheten i livet som er avgjørende.

En sãnn differentiering vilde imidlertid ikke bare være upraktisk, men også uriktig. Både i formål og i virkning er det nøie sammenheng mellom de offentligrettslige registreringsreglene, og den private rett som skapes ved dem. I varemerkeretten er da også det samme synspunkt, forvekslingsmuligheten, lagt til grunn, enten det gjelder registreringen (§ 3) eller eneretten til bruk (§ 5). Den særregel om forsikringssekskapers firma som gjengis under IV, peker i samme retning. Og i V. § 26, som, efter hvad vi nedenfor skal se, også får anvendelse på registrerte firmanavn, er det uttrykkelig sagt at man ikke må ta et navn, som «er egnet til å fremkalle forveksling med et navn som en annen rettmessig allerede bruker for sin virksomhet». Har man gjort det kan navnet frakjennes en, selv om det aldri så meget er registrert. Under disse omstendigheter kan det sikkert sies, at også når registerføreren skal prøve om et nytt firma må avvises av hensyn til et eldre, er det forvekslingsmuligheten i livet han må regne med.¹ Kanskje kan man se forskriften om at forskjellen skal være tydelig som et fingerpek om at det ikke er små krav der må stilles, hvis det nye firmaet skal kunne passere.²

Når det i henhold til dette skal avgjøres om to firmaer kolliderer, må sammenligningen i prinsippet skje mellom navnene s o m

¹ For Tysklands vedkommende sier B e c h e r (s. 309): «*Es genügt also in keiner Weise, wenn der Registerrichter die Frage der deutlichen Unterscheidbarkeit zweier Firmen im Sinne des § 30 H. G. B. ausschliesslich durch Vergleichung der einzelnen Firmenbestandteile entscheiden will, prüfen muss er vielmehr, wie die Firmen im Verkehr wirken.*» Anderledes R o s e n t h a l s. 433.

² Skal registerføreren bare tenke på den firmabruk som R. § 8 taler om, eller også annen anvendelse av firmaet, f. eks. som merke? Det første stemmer kanskje best med loven, det siste med forholdets natur. Man kommer visst utenom vanskeligheten ved å legge vekt på at loven krever t y d e l i g forskjell mellom de to firmaer.

helhet. Men dette hindrer ikke at også en del av navnet kan være beskyttet mot andres bemektigelse (jfr. *Becher* s. 269), særlig når det er den vesentlige eller dominerende del av det, som finnes igjen i et firmanavn der presenteres som nytt. Isåfall sier man i Tyskland at denne delen av navnet nyter en særlig «*Schlagwortschutz*», og det er likegyldig om det er forretningen selv eller publikum som har laget slagordet. I en sak mellom «Silkehuset, Rolf Halvorsen & Co.» og «Silkehuset A/S» (Rt. 1922 s. 445) la man således med rette vekt på, at den første forretningen gjerne blev kalt for «Silkehuset» rett og slett. Også når de to firmaers ytre form er forskjellig, men det ene kan ta sig ut som en forkortelse av det annet, kan en firmakollisjon foreligge. Slike forkortelser er nemlig meget almindelige i forretningslivet, og forveksling ligger derfor nær. Rt. 1923 s. 11 frakjente således «Konfeksjonsfabrikken Her-Ko-Fa A/S» dens firmanavn, fordi det kunde opfattes som en forkortelse av «A/S Herkules Confectionsfabrik».¹

Er det derimot ikke slik mulighet for praktisk forveksling mellom firmanavnene, er det siste et virkelig nytt navn, og den firmarett som er knyttet til det gamle hindrer derfor ikke at det blir registrert og tatt i bruk. Noe annet er at måten det brukes på kan være illojal og rettsstridig, noe vi senere kommer tilbake til.

2. Når man behandler spørsmålet om firmarettens gjenstand, og særlig undersøker hvad eneretten egentlig er knyttet til, er det imidlertid en ulikhet i de forskjellige firmanavns struktur som har adskillig betydning. Noen er nemlig rene fantasibetegnelser som «A/S Si-Ko», andre rene personnavn som «Johan O. Larsen», mens en tredje slags firmanavn helt eller delvis er av beskrivende art, som «A/S Tobaksfabrikken Brann».

Alle kan de brukes som kjennetegn. Men deres individualiserende evne er forskjellig, fordi det materiale de er bygget op av ikke like lett lar sig innlemme i eneretten. Sterkest står fantasinavnene i dette stykke. Her har forretningsmannen selv komponert det kjennetegn han bruker som sitt, og følgelig nyttet et materiale som ingen andre hadde adgang til å øse av. Ved personnavnet står saken ander-

¹ En rekke andre dommer om spørsmålet — eller om det tilsvarende spørsmål ved V. § 26 — er nevnt nedenfor i § 47. Av dommer før V. kan bl. a. merkes HRD. i Rt. 1905 s. 488, som frifant firmaet «Transport» for «Christiania Transportbureau» tiltale.

ledes, fordi en rekke personer kan ha rett til å bruke samme personnavn, også når de driver forretning; loven påbyr dem jo endog å gjøre dette, når det er et enkeltmannsfirma det gjelder. Består firmaet endelig av beskrivende ord og uttrykk, eksisterer det ganske visst ikke noen konkurrerende særlig rett til dem; men retten til å anvende sproget til å beskrive sig selv og sin forretning bør jo ikke kunne monopoliseres for den enkelte, selv om han har tatt ordene op i sitt firma.

På grunnlag av dette er det grunn til å n y a n s e r e d e k r a v som må stilles til et nytt firmanavn, forat det skal gå klar av dem som alt er optatt: Er det et eldre fantasinavn det gjelder, kan fordringene være strenge. Også den nye forretningen kan nemlig ta fantasien til hjelp, og behøver ikke velge et navn som ligger på grensen av et annet; slike firmanavn vil nemlig gjerne være maskerte forsøk på å få del i den goodwill som det annet har oparbeidet sig, og har ingenierte krav på rettens sympati. Ved personnavnene og de beskrivende firmanavn står saken derimot anderledes. Det eldre firma har her anvendt materiale som ikke er eller kan være enerett underkastet, og må derfor finne sig at også andre gjør bruk av de samme ordene, når det bare på en eller annen måte sørges for, at firmanavnene allikevel blir så forskjellige at forveksling kan undgås.

I fremmed rett er disse setningene almindelig anerkjent.¹ Særlige skarpe uttrykk har de fått i flere dommer av den schweiziske forbundsdomstol.² Med tanke på forskjellen mellem personnavn og fantasinavn sies det her: «*Tandis qu'il faut, lorsqu'il s'agit de titulaires portant le même nom patronymique, se borner à des différences relativement minimales, et prêter attention à des points de détail, il en est autrement pour les raisons de commerce choisies librement.*» Og om de beskrivende firmanavn sier domstolen: «*Pour des considérations juridiques d'ordre général, il ne convient absolument pas de réserver les désignations d'entreprises — par opposition avec les noms de fantaisie — à un seul propriétaire à titre de droit individuel.*» Den enerett som obligasjonslovens § 876 også her innrømmer, går derfor bare ut på å kreve «*que la même désignation ne soit employée que dans une com-*

¹ Se Rosenthal s. 428 ff.

² Chevenard, «*Concurrence déloyale*» s. 77—78.

binaison de mots différente, qui exclue toute possibilité de confusion entre les deux entreprises».¹

Også etter positiv norsk rett er disse synsmåtene riktige. Et viktig uttrykk for dem gir slutningen av R. § 10: «Den som anmelder et firma hvori hans navn finnes, skal derfor, når det samme firma er innført i registret for noen annen i samme kommune, ved et tillegg til sitt navn eller på annen måte, tydelig adskille sitt firma fra det eldre.» Det som er det særegne for denne regelen er nemlig ikke at det nye firmanavnet skal skille sig fra det gamle; det vilde vært nødvendig alt efter hovedregelen om at to firmaer ikke må falle sammen. Pointet er derimot at den som har rett til personnavnet på tross av eneretten kan ta navnet med i sitt firma, bare han sørger for å føie noe til eller trekke noe fra, så de to firmaer kan holdes ut fra hverandre. I praksis besørger variasjonen gjerne ved hjelp av fornnavnet, eller ved å føie beskrivende betegnelser til. Under alle omstendigheter blir imidlertid resultatet at det ikke her blir stillet så store krav til forskjellen mellom firmaene, som når det er fantasinavn man har for sig.

Efter analogi av denne regel — eller om man foretrekker dette, på grunn av sakens egen natur — kan man heller ikke stille så absolute krav til forskjellen, når det eldre firmanavn har beskrivende innhold.² Innehaveren av «A/S Tobakksfabrikken Brann» kan ikke hindre andre tobakksfabrikanter fra å gjøre oppmerksom på hvad de driver med i sitt firmanavn. Derimot må de, som § 16 uttrykker det, «ved et tillegg eller på annen måte tydelig adskille sitt firma fra det eldre». Ved de beskrivende firmanavn er dette imidlertid gjerne nokså lett.

¹ Denne nyansering i eneretten svarer ganske til den vi har støtt på, såvel i ophavsretten til åndsverker som i mønsterretten og patentretten: Når den skapende innsats var stor og verket derfor særlig originalt og betydelig, kunde ophavsmannen kreve at andre holdt sig på større avstand fra det, enn når det bare såvidt representerte minimumsdosen av egen original innsats, i forhold til det alment tilgjengelige materiale som er brukt. Her ved firmaene er det individualiseringsevnen det kommer an på i denne retning, og det samme gjelder varemerkeretten, som vi senere skal se.

² Jfr. B r y n: Varemerket s. 22. I en dom i N. I. R. 1934 s. 158 sier Oslo byrett om det parallelle spørsmål om vern for navn på tidsskrifter: «Skal firmanavnene gi uttrykk for virksomhetens eller foretagendets art, blir den adgang man har for valg av passende navn meget begrenset.» I andre domspremisser finnes dog uttalelser som ikke yder den sontringen rettferdighet, som teksten fremhever.

III. En særlig regel om firmaregistrering gir loven om forsikrings-selskaper av 29 juli 1911 § 3: «Intet forsikringsselskap som herefter stiftes, må i sitt firma opta navnet på et annet innenlandsk forsikringsselskap eller her alment kjent utenlandsk forsikringsselskap, eller et navn som lett kan forveksles dermed».¹

Denne regelen ligner forsåvidt R. § 10, som den i formen bare gjelder firmanavnets registrering, men i virkeligheten også gir hjemmel for den subjektive firmarett og for dens begrensning. At den lar forvekslingsmuligheten avgjøre om et firmanavn er nytt og uavhengig av eneretten, betyr — som foran påvist — heller ingen reell ulikhet med R. § 10. Derimot gjør det tilsynelatende stor forskjell at eneretten til firmaet gjelder i hele landet ifølge forsikringsloven, og at den også kan komme utenlandske selskaper tilgode, skjønt disse ikke er registrert i Norge.

Forskjellen er dog ikke så stor som man skulde tro. Det kommer av at det ikke bare er den formelle firmarett som verner om firmainnehaverens interesse i våre dager. Ved siden herav nyter firmaet — det registrerte eller uregistrerte — også en annen og mere utstrakt beskyttelse sammen med andre forretningsnavn og forretningsbetegnelser. Det kommer vi inn på i et senere kapitel.

IV. Rettsvernet. Siden R. bare beskjeftiger sig med firma-retten fra dens offentligrettslige side, og bare har regler om selve registreringen, er det ikke så rart at den ikke gir særlige regler om hvordan den private firmarett skal verges, og hvilke følger det har at den blir overtrådt.

Vi nevnte dog i forrige paragraf at innehaveren av et registrert firma kan protestere overfor registerføreren, hvis en annen vil registrere det samme firma, og at han kan få registreringen strøket igjen, hvis den ved et uhell er gjennomført. Fortsetter allikevel usurpatoren å bruke firmaet, kan han straffes efter strl. § 344, og må dessuten betale erstatning til firmaets rette bærer. Også for tiden før domsavsigelsen har denne krav på erstatning, hvis domfelte har vært i ond tro.

Formodentlig må det samme gjelde i kraft av den almindelige erstatningsregel, hvis det ikke er en ulovlig registrering som det klages over, men ulovlig bruk av firmaet, i strid med eneretten. I de aller fleste tilfelle vil slik bruk imidlertid også rammes av V. § 26, og de rettsmidler dette gir anledning til kommer vi senere inn på.

¹ Se BRD. VI, s. 489.

§ 38.

Firmarettens overgang og ophør.

I. Mens slektskapet med åndsproduksjonens rettigheter gjorde sig sterkt gjeldende da vi behandlet firmarettens innhold og gjenstand, trer forskjellen i forgrunnen når det gjelder dens overgang og ophør. Alle de rettigheter som skyldes virkelig åndelig produksjon kunde jo overdras til andre, gå i arv og eksproprieres, og iallfall i noen utstrekning kunde kreditorene ta utlegg i dem. Firmaretten står derimot i en annen stilling, idet den i prinsippet *i k k e k a n o v e r d r a s*. Den deler i så måte skjebne med den personlige navnerett som vi foran har talt om.

Denne dyptgående forskjellen kommer av firmarettens grunnlag og karakter. Efter sin natur er firmaet et navn, et kjennetegn på en bestemt person eller en bestemt forretning. Det er ikke bare for sin egen skyld at en forretningsmann har fått enerett til sitt firma, så han kan skille sig ut fra konkurrentene. Det offentlige og publikum har også interesse av at dette blir gjort, og at de firmanavn som optrer i livet svarer til de bakenforliggende faktiske forhold. Ved personnavnet munner disse hensyn ut i en likefrem *p l i k t* til å bære navnet, og da sier det sig selv at man ikke kan kvitte sig med plikten ved å overdra navnet til andre. Men også fimaloven gjør det til plikt å anmelde til registret det firmanavn man driver under, og søker å hindre at publikum føres bak lyset ved å innskjerpe sannhetsprinsippet i praktisk viktige anvendelser.

De fleste fremmede lover holder da også strengt fast på denne grunnsetning, og tillater hverken overdragelse av firmanavnet eller å la det bestå uforandret, når forretningen forandres så firmaet blir misvisende. Slik er f. eks. fransk rett og de lover som sogner til den, og også engelsk rett står på samme standpunkt. Med en adresse som forresten rekker videre enn til firmaet sier således Lord *K i n g s d o w n*: «*If an artist or an artisan has acquired by his personal skill and ability a reputation which gives to his works in the market a higher value than those of other artists or artisans, he cannot give any other persons the right to affix his name or mark to these goods, because he cannot give to them the right to practice a fraud upon the public*» (Griffiths s. 80).

Annensteds, og særlig i Tyskland, har man ikke holdt så strengt på prinsippene. Man har lagt mere vekt på at firmanavnet kan utvikle sig til å bli en stor og selvstendig økonomisk verdi, som det kan være hårdt å la gå i graven med forretningens eier. På den annen side har man fremhevet den tendens til å gjøre forretningsdriften upersonlig, som er så sterk i nutiden. Publikum venner sig av med å personifisere de forretninger det handler med, og tenker sig dem isteden som nøytrale størrelser med selvstendig eksistens og med eget navn. I samsvar med dette har tysk rett gjennomført den regel at når bare innehaveren samtykker, kan firmanavnet fritt føres over til en annen forretning.

Under det firmarettslige anarki som bestod hos oss før R. av 1890, tok heller ingen anstøt av at firmaer blev overdradd som andre varer. Men da R. slo sannhetsprinsippet fast for firmaføringen, blev det et spørsmål om dette bare skulde gjelde fra begynnelsen av, eller om loven ikke burde sikre sig at firmaet fortsatte å være sant, sålenge det stod i registret. Efter omhyggelige drøftelser frem og tilbake kom Mot. R. til det resultat at dette måtte være målet (s. 19) og at firmaet derfor i prinsippet burde være uoverdragelig. I R. § 13 blev så dette slått fast. Man fant dog at det gikk for vidt om regelen skulde være ganske undtaksfri, og valgte derfor å gå en mellomvei mellom de nevnte to systemer, således at adgangen til uforandret bibeholdelse av et eldre firma innskrenkes til sådanne tilfelle, hvor enten et nært personlig forhold mellom den hittilværende og den nye innehaver av forretningen, eller den omstendighet at de personer som fortsetter dennes drift delvis er de samme som tidligere, på den ene side normalt vil medføre at der virkelig også faktisk vil være en kontinuitet i forretningens drift, og derhos på den annen side vil gi ønsket om å bibeholde det eldre navn en større berettigelse, enn hvis dette skulde overtas av fremmede personer blott på spekulasjon om ved sammes hjelp å tilvende sig de hittilværende innehaveres kreditt og forretningsforbindelser».

Mellemveien bestod i, at man gjorde følgende tre modifikasjoner i prinsippet om at firmaet ikke kan overdras, eller bestå uforandret selv om forholdene skifter: a) Enke og enkemann som fortsetter den forretning som ektefellen drev i levende live, kan bruke firmaet som før. Det samme kan arvingene gjøre hvis de er fullt ansvarlige for gjelden, såfremt den døde har tillatt det eller alle arvingene er

enige (§ 11). b) Trer man inn i en forretning som har vært drevet av enkeltmann eller et ansvarlig selskap, behøver ikke firmaet å forandres; det gjelder selv om det ikke gir uttrykk for noe selskapsforhold. Heller ikke trengs det forandring, om et medlem trer ut av et ansvarlig selskap; navnet hans må dog ikke beholdes i firmaet, medmindre han har tillatt det, eller hvis han er død uten å ha tatt annen bestemmelse, alle hans arvinger samtykker (§ 12). c) Endelig kan enkeltmanns eller et ansvarlig selskaps forretning overdras på sånne vilkår at kjøperen får lov til å beholde firmaet «med et tillegg som antyder efterfølgerforholdet» (§ 13).

Ut over dette skulde retten til et firmanavn altså ikke kunne gå i handel. Men helt alvorlig kan denne setningen ikke tas. R. § 12 kan nemlig brukes, og blir i stor utstrekning brukt, til å opnå nettopp det resultat som loven tilsynelatende tar avstand fra: Den som vil selge forretningen tar nemlig bare kjøperen op som medlem, og så trer han om kort tid ut av den selv. Når denne praksis tolereres, er det nok fordi setningen om firmaets uoverdragelighet er kommet litt i vrangen på moderne forretningsliv. Det personlige islett i firma-bruken er blitt svakere, og firmaet har isteden fått en egen tilværelse og en økonomisk verdi, som det vilde være urimelig om ikke innehaveren skulde kunne utnytte. Og også i andre relasjoner melder det samme spørsmålet sig: om ikke kreditorene kan bruke denne formuesverdi til sin fyllestgjørelse, ved å selge forretningen sammen med firmaretten, om den ikke skal tas hensyn til firmaretten som til den øvrige goodwill når der skiftes efter eierens død o. s. v. I alle disse henseender går tendensen — som ved det tilsvarende spørsmål i varemerkeretten — bestemt i retning av å la rent formuerettslige prinsipper komme til orde. Et utslag av dette er dommen i Rt. 1909 s. 139, hvor skifteretten solgte forretningen med tilhørende firmanavn, mens avdødes enke forgjeves protesterte.¹

Forskjellig fra overdragelse av firmanavnet er det naturligvis, at innehaveren gir samtykke til at andre tar det i bruk — som firmanavn eller som merke.² Her gjelder det som

¹ Dommen er dog i flere henseender særegen. Bl. a. sees majoriteten å ha lagt vekt på at man hadde samtykke fra en enkelt innehaver av navnet til å beholde det i forretningen. Dette momentet kan dog neppe være avgjørende, jfr. nedenfor.

² Se herom særlig Eberstein: «Om medgivande att använda namn, firma och varumärke» i N. I. R. 1935 s. 145.

ved den personlige navnerett, at et slikt samtykke binder den som gir det, men det kan ikke skaffe den annen part noen virkelig firmarett, for å holde oss til dette tilfelle. Samtykket fjerner bare den hindring for den nye retten som ligger i vedkommendes egen, subjektive firmarett;¹ men hvis også andres rett, eller offentligrettslige hensyn hindrer tilkomsten av den eftertraktede firmarett, er det klart at samtykket ikke kan hjelpe på saken. Tenker vi oss derfor at firmaet «H. C. Stoltenskjold» tillater at navnet blir brukt i en forretning som ikke har noe med den tidligere forretning eller dens innehaver å gjøre, kan alle og enhver som har rett til navnet² skride inn overfor det nye firma.³ Og på samme måten må registerføreren avvise firmaanmeldelsen uten hensyn til samtykket, hvis firmaet vilde bli villedende, eller falle sammen med et firma som tidligere var ført inn i registret.

På dette siste punkt må man imidlertid akkordere litt med de strenge prinsipper: Hvis det nemlig er tvilsomt om slik identitet er tilstede, eller om det nye firma virkelig kan sies å stride mot sannhetsprinsippet, vil man i praksis legge avgjørende vekt på om innehaveren av det beslektede firma har samtykket eller ikke. For ganske visst har det offentlige og almenheten også egne interesser å vareta, når det gjelder firmaets innhold; men hvis disse ikke gir et utvetydig utslag, er det rimelig å legge vekt på at de parallelltøpende private navne- og firmainteresser ikke føler sig truet. Slik har man i lang tid innrettet sig i praksis for varemerkenes vedkommende. Og ved l. 1 februar 1936 har denne praksis fått lovgivningens sanksjon, idet V. § 3 gjør undtak fra regelen om at likelydende merker ikke må registreres, hvis «der foreligger samtykke fra innehaveren av det eldre merke, og det efter de foreliggende omstendigheter ikke er grunn til å anta, at det ved registreringen opstår fare for villedelse».

¹ Hvor langt samtykket rekker, blir naturligvis et tolkningsspørsmål. I Rt. 1923 s. 465 ansås et hotells rett til å beholde den tidligere eiers navn for å være i behold, selv om hotellet flyttet til et annet hus. Også Rt. 1900 s. 545 er interessant. «A/s Kristiania Smørfabrikk, Aug. Pellerin fils. et Co.» forkortet i dagligtalen sitt navn til «Pellerin», efterat publikum forlengst hadde gjort det. Stifteren av fabrikk, Aug. Pellerin, som var gått ut, protesterte forgjeves mot at firmanavnet blev omdannet eller brukt på denne måten.

² Et interessant eksempel på at også andre legitime interesser kan stå i veien for den nye firmarett nevner Eberstein i. c. s. 157.

³ At det ikke kreves så svært sterk forbindelse for tillatelsen til å bruke navnet har et reelt grunnlag, har vi pekt på i § 36.

II. Hvad ophørsgrunnene for firmaretten angår, viser forskjellen fra åndsproduksjonens rettigheter sig først og fremst i at retten forsåvidt er evig, som loven ikke fastsetter noen maksimumstid for den. Grunnen til denne forskjellen har vi ofte vært inne på. Firmaretten består altså så lenge det er liv i forretningen, hvis da ikke eieren selv er død, uten at noen har rett til å føre firmaet videre etter R. § 11. Fornyelse av registreringen etter et visst antall år er ikke nødvendig.

Men hvis forretningen faktisk holder op, faller også firmaretten bort, og det uten hensyn til om ophøret er meldt til handelsregistret. Hvis vilkårene forøvrig er tilstede, kan derfor enhver legge beslag på det ledige firmanavn, og det hjelper regelmessig ikke den gamle innehaver å påstå at han bare har nedlagt forretningen midlertidig, og akter å ta fatt igjen når konjunktorene lysner.¹ Heller ikke står R. § 10 i veien for at det nye firma blir behørig registrert. Det loven krever, er nemlig bare at det skal skille sig fra «andre i samme kommune bestående og i registret innførte firmaer», jfr. HRD i Rt. 1922 s. 360.

Når forretningen blir forandret sånn at firmanavnet blir misvisende, kan det dog ikke beholdes som før. «Ei heller må et firma som angir en bestemt art av forretning bibeholdes uforandret, når denne er vesentlig forandret,» sier R. § 10. Og bortsett fra modifikasjonene i §§ 11 og 12, gjelder det samme om andre forandringer som fører til at utsagn i firmanavnet blir gale.

At firmaretten skulde falle bort ved ikke-bruk, skjønt forretningen består, kan det ikke godt bli spørsmål om. R. § 8 forutsetter jo at eieren er forpliktet til å bruke firmanavnet til å betegne forretningen og gi underskrift på dens vegne, iallfall ved høitidelige og offisielle anledninger.

¹ Se to svenske dommer i N. I. R. 1934 s. 165—166.

2. kapitel: Varemerkeretten.

§ 39.

Lovgivningens utvikling og karakter.

I. Norges første virkelige varemerkelov var av 1884. Heller ikke før denne tid hadde man riktignok vært helt uten rettsregler om varemerker. Men de hang enten sammen med laugsreglene — hos oss som annetsteds — eller de gav mindre uttrykk for en privat rett til merkene, enn for offentligrettslige forbud mot å misbruke dem til publikums skade. Criminalloven av 1842 satte således i 21—12 straff for den som «på varer der falholdes uhjemlet anbringer dens merke eller stempel som tilvirker, der ei har tilvirket samme».¹ Det var dog bare fabrikkmerkene og ikke handelsmerkene denne regelen tok sikte på.

Eftersom omsetningen blev livligere, gjorde mangelen av virkelig merkerett sig stadig sterkere gjeldende, og i slutten av 1870-årene tok indredepartementet endelig initiativet til å få en varemerkelov i stand. I de samme 70-år altså, som var så betydningsfulle for åndsrettens utvikling i vårt land, da både forfatter- og kunstnerretten, patentretten og firmaretten nådde frem til virkelig anerkjennelse. Departementets forslag blev dog aldri lagt frem for stortinget, for i mellemtiden var varemerkeretten blitt gjenstand for nordisk samarbeide. De norske delegerte var statsråd O. A. B a c h k e² og konsul T h o m a s H e f t y e. De leverte sitt utkast i 1882, og den 26 mai 1884 blev forslaget ophøiet til lov. Sverige og Danmark fikk lover som lød vesentlig ens, den 5 juli 1884 og den 11 april 1890.³

II. Som det fremgår av den historiske fremstilling i § 3, hadde man to temmelig forskjellige rettssystemer å se hen til, da man her i Norden skulde bygge varemerkeretten op fra grunnen av. På den ene siden det engelske og franske, som hovedsakelig støttet merkeretten på bruken, og så reglene i sammenheng med de store almene

¹ Også for loven av 1842 hadde slike merkemisbruk forresten vært straffbare, nemlig som en «ulovbestemt art av falsk». (Det departementale utkast til varemerkelov av 1879 s. 4.)

² Den samme som utarbeidet våre første ophavsrettslover.

³ Finnlands lov er av 11 februar 1889, men er for tiden under revisjon. Se Martin Berggren i N. I. R. 1935 s. 16.

rettsprinsipper som søker å holde konkurransen innenfor tilbørighetens og sømmelighetens rammer. Registrering av merkene blir under disse omstendigheter ikke *attributif de propriété*, som franskmennene gjerne uttrykker det, men bare *déclaratif*. Tysk rett, som hvilte på riksloven av 1874, var derimot i alle stykker anderledes: Bare gjennom registrering kunde en virkelig merkerett vinnes, mens bruk eller ikke-bruk ingen rolle spilte. Noen sammenheng med almene rettsgrunnsetninger var det ikke tale om. Varemerkeretten var en helt spesiell rett, med formelt grunnlag og anstrøk.

Ved valget mellom disse to systemer la de nordiske varemerkekommisjoner ingen vakling for dagen. Med full overbevisning gikk de inn for det tyske. De norske delegerte fremhever den «simpelhet og orden i forretningslivet» som registreringskravet fører med sig, og finner denne formalitet rimelig fra alle synspunkter sett: «Når staten tilstår en næringsdrivende utelukkende rett til å benytte et visst merke til betegnelse av hans varer, må det nemlig anses for å være en berettiget fordring, som betingelse herfor å oppstille, at merket nøiaktig beskrives for en offentlig myndighet og kunnigjøres til almindelig efterretning» (s. 18). All varemerkerett blev følgelig betinget av registrering, som man i motsetning til firma-registreringen gjorde felles for hele riket, og overlot til en «registrator for varemerker». Eneretten gjaldt alle slags varer, hvis den ikke uttrykkelig var innskrenket til visse vareslag. Fra Tyskland hentet man også den betydningsfulle regel, at merker som bestod av ord, bokstaver eller tall blev stengt ute fra registreringen.

Dette siste viste sig dog nesten straks å være et feilgrep, særlig fordi ordmerkene var forbudt. Disse hadde før vært meget brukt, de var lovlige i de fleste land, og de vokste stadig i betydning. Å holde dem utenfor merkeretten var i lengden ugjørlig. Ved en novelle av 31 mai 1900 blev V. endret slik at også ordmerker kunde registreres under visse vilkår.¹ Men da var arbeidet på en reform av varemerkелovgivningen alt tatt op på bredere grunnlag.

III. I 1899 var nemlig den nye «Patentlovkommisjon» blitt opnevnt, og den hadde til oppgave å gå gjennom hele den industrielle rettsbeskyttelse, altså også varemerkeretten. Også denne gang søkte man sine forbilleder i Tyskland — det var jo engang blitt skikken

¹ I Sverige blev ordmerker tillatt i 1897 og i Danmark i 1898.

på åndsrettens område. Men det billede av varemerkeretten som her møtte kommisjonen, var temmelig forskjellig fra det som begeistret de skandinaviske lovgivere i begynnelsen av 80-årene.

Som nevnt i § 3 hadde man nemlig i Tyskland felt en annen dom om varemerkeloven av 1874, enn de nordiske lovgivere gjorde. Utrettelig som Cato hadde K o h l e r fremholdt hvor galt det var å gjøre varemerkeretten til en formell særrett, uten kontakt med de almene prinsipper i konkurranseretten, og stadig pekt på fransk og engelsk rett som verdige forbilleder. Og forretningslivets menn gjorde snart hans krav til sine. Den nye varemerkelov av 1894 gav da også langt større plass for prinsippet om at merket ikke bare skal gi formell rett, men tjene tro og redelighet i handelsomsetningen.¹ Gjennom loven om illojal konkurranse av 1896 og gjennom de viktige og elastiske «*Sittenparagraphen*» i B. G. B. fikk bevegelsen ytterligere vind i seilene. Rettsbevisstheten blev fortrolig med at merkeretten ikke var en vilkårlig og formell rett, men et middel blandt mange til å holde konkurransen ren og tilbørlig. Gjennom flere spesialregler i loven om utilbørlig konkurranse kom sammenhengen mellom varemerkeretten og den almindelige konkurranserett skarpt frem. Og ved å bruke den langtrekkende og ubestemte regel i B. G. B. art. § 826 til å supplere og leilighetsvis også til å korrigere de formelle merkereglerne, gav domstolene hele varemerkeretten et nytt preg. I hovedsaken kan man si at det var engelsk og fransk ånd som på denne måten erobret den tyske varemerkerett. Og erobringen blev som vi senere skal se fortsatt og fullbyrdet gjennom den nye lov om utilbørlig konkurranse av 1909, som i motsetning til den gamle hadde en såkalt generalklausul, som forbyr alle konkurransehandlinger «*die gegen die guten Sitten verstossen*».

Denne loven kunde dog patentlovkommisjonen i høiden ane, da den leverte sin innstilling i 1904. Men den hadde med stor energi trengt inn i den utvikling som var foregått, og gjort dens resultater og dens tendens til sine. I Mot. V. peker kommisjonen på hvordan varemerkeretten hadde undergått en rik utvikling i alle land, siden loven av 1884 kom til. Hvordan Pariskonvensjonen hadde befruktet de enkelte lands lovgivning, og hvordan teorien hadde ofret varemerkeretten og dens problemer større opmerksomhet, og banet vei

¹ K o h l e r W. s. 45—46.

for dypere forståelse av dem. Sin varemerkerettslige trosbekjennelse formulerer kommisjonen i ordelag som er så opplysende at jeg gjengir dem: «Som resultat av de siste årtiers utvikling, praktisk og teoretisk, på dette område kan det fastslås, at det er nådd til en stadig almindeligere erkjennelse at de spesielle varemerkelover ikke kan betraktes som et i sig selv avsluttet og avgrenset emne av vesentlig formell natur, men må sees som et enkelt utslag av et almindelig rettsprinsipp, hvis fulle anerkjennelse i det praktiske rettsliv ikke er uttømt ved en varemerkelov i snevrere forstand. Det almindelige rettsprinsipp som det her er tale om, er prinsippet om rettsstridigheten av «*concurrence déloyale*», om det rettsstridige i konkurranse ved utilbørlige eller forkastelige midler. At de forskjellige lovgivninger sikrer fabrikanter og handlende en enerett til visse varemerker, og beskytter denne rett ved straffe- og erstatningsbestemmelser, beror i virkeligheten på erkjennelsen av det berettigede i at det omdømme som en mann har erhvervet for sine varer i vedkommende forretnings- eller kundekrets, bevares for ham, og ikke uhjemlet kommer fremmede varer tilgode» (s. 20).

Ut fra dette grunnsyn skred kommisjonen — og etter den loven av 1910 — til en temmelig radikal omlegning av den eldre varemerkerett.¹ Det første man gjorde var å fjerne eller iallfall dempe det formelle preg som varemerkeretten hadde, fordi registrering av merkene hadde vært den eneste måte å verne dem på. Registreringen blev ganske visst ikke ophevet — det vilde også ha vært litt av en hestekur. Men også de innarbeidede merker blev anerkjent som rettsbeskyttet, i hovedsaken på linje med dem som står i registret. Varemerker er imidlertid ikke de eneste midler som brukes til å særprege og kjennetegne varene i våre dager. Ved en iøinefallende og karakteristisk pakning, ved farven og utstyret, størrelsen og formen, søker de forskjellige varesorter å fremheve sine yndigheter og beile til publikums gunst. Også ved å efterligne vareutstyret kan man derfor fremkalle samme forveksling som gjennom merkemisbruk, og forsyne sig av konkurrentenes goodwill. En lovgivning som prinsipielt ser sin opgave i å verge vare-

¹ Som det fremgår av teksten var det i virkeligheten franske og engelske rettstanker som på denne måten holdt inntog hos oss, skjønt de kom veien om Tyskland. Noe tilsvarende har jo også vært tilfellet i patentretten, jfr. foran.

merkene som et middel til å fremme lojalitet i konkurransen, må naturlig trekke også vareutstyret inn under sin beskyttelse.

Men heller ikke denne utvidelsen av den egentlige varemerkerett blev man stående ved. Merkene og vareutstyret er ikke de eneste kjennetegn moderne forretningsliv bruker. Like viktige kan de forskjellige forretningsnavn være, ikke bare det offisielle firmanavn, men også andre betegnelser som har vunnet hevd som kjennetegn for forretningen. Også disse krever den lojale konkurranse respektert, så forretningsmannen får beholde dem for sig selv. For det registrerte firmanavns vedkommende hadde R. av 1890 ordnet forholdet ved å gi innehaveren ubetinget enerett til det, skjønt bare innenfor kommunens grenser. Denne formelle rett vilde patentlovkommisjonen ikke røre ved, turde det kanskje heller ikke av hensyn til sitt mandat. Men ut fra sitt grunnsyn fant den det nødvendig å strekke beskyttelsen også til de forretningsnavn som ikke er firmaer, ja til de registrerte firmanavn med, forsåvidt det formelle registervern ikke slår til. Som et ytre uttrykk for dette kalte den nye loven sig derfor ikke for en varemerkelov rett og slett, men «Lov om varemerker og om utilbørlige varekjennetegn og forretningsnavn».

Enn ikke dette fant loven dog å kunne stanse ved, hvis den skulde gjøre alvor av sitt program om å rense forretningslivet for illojale varebeskrivelser og forretningsbetegnelser. Rettighetene over navn og merker kan nemlig leilighetsvis brukes for å fremkalle forveksling og forvirring, istedenfor individualisering og klare linjer. Sånn illojal anvendelse av forretningskjennetegn måtte forebygges. Og i forbindelse med dette fant man det praktisk å innskjerpe sannhetsprinsippet i konkurransen på et særlig viktig og praktisk punkt, nemlig når det gjelder stedsbetegnelser som knyttes til varene.

Denne siste bestemmelsen fjerner sig sterkt fra lovens hovedtema, å sikre hver enkelt næringsdrivende enerett til sine forretningskjennetegn. Her er det ikke tale om noen individuell rett, men om forbud mot konkurransemetoder som ikke er tilbørlige. Patentlovkommisjonen var også fullt klar over at dets naturlige plass vilde ha vært i en lov om utilbørlig konkurranse.¹ Men da det i 1904 så ut til å ha lange utsikter med en slik lov, satte man trøstig

¹ Slik er også saken ordnet annetsteds, f. eks. i Tyskland.

regelen inn i V., hvis nære forbindelse med kampen mot den utilbørlige konkurranse man så sterkt hadde understreket. Og da loven om utilbørlig konkurranse endelig kom i 1922 — utarbeidet av omtrent de samme menn som hadde laget V. — fant man det mest praktisk å la V. bli som den var. At den nye loven allikevel fikk stor betydning også for varemerkeretten, kommer vi senere inn på.

Et ikke helt uviktig tillegg fikk varemerkelovgivningen ved l. om fellesmerker av 9 juli 1923 nr. 2, som åpnet adgang for foreninger av erhvervsdrivende til å registrere fellesmerker for medlemmenes varer, og til å få enerett til å bruke dem. Vesentligere er dog de endringer som V. blev underkastet ved l. nr. 6 av 1 februar 1936, og som gav en rekke av dens paragrafer et nytt utseende. Den nærmeste foranledning til novellen var Haagkonferansen av 1925 til revisjon av Pariskonvensjonen. Skulde Norge kunne ratifisere de bestemmelser som der var vedtatt, måtte V. nemlig tildels i støpeskjeen. Men dernest var det i årene 1926 og 1927 holdt flere møter mellom delegerte fra alle Nordens land for å drøfte hovedprinsippene for varemerke- og mønstervernet, og se om man ikke kunde jevne ut de ulikhetene som bestod mellom landene. Også disse forhandlingene har satt merke i novellen av 1936.¹

I hovedsaken holder den dog fast den varemerkerett som loven av 1910 bygde op. Til forståelsen av denne gir forarbeidene gode bidrag. Det viktigste teoretiske arbeide om V. er A l f r e d J. B r y n s: «Varemerket» (1927) — såvidt jeg vet den eneste større bok om varemerkeretten i nordisk litteratur.

IV. Mens firmaretten er helt formell og ubetinget knyttet til registreringen, har altså retten til varemerker et d o b b e l t g r u n n l a g hos oss. Den beror enten på offentligrettslig registrering, eller på innarbeidelse hos publikum. Ved siden av den formelle, positivrettslige merkerett, anerkjenner loven altså også hvad man har kalt den «naturlige varemerkerett», og reglene om den henger igjen sammen med likeså naturlige rettigheter til andre kjennetegn, og med den almindelige lovgivning om illojal konkurranse.

Når den gjeldende varemerkerett skal fremstilles, kunde det da kanskje synes rimelig å sette den naturlige varemerkerett i spissen,

¹ Også Danmark og Sverige har i den seneste tid endret sin lovgivning, Danmark ved l. 7 april 1936 som er nokså inngripende. Se E h r e n r e i c h H a n s e n i N. I. R. 1936 s. 81.

og behandle retten til det registrerte merke som et vilkårlig appendiks til denne. Dette er visstnok også *Alfred J. Bryns* mening, når han sier at «den naturlige varemerkerett må benyttes som utgangspunkt for de undersøkelser av rettslig, samfundsmessig og historisk art, hvorpå en riktig og fruktbringende forståelse av varemerkeloven må hvile» (s. 9). Jeg tror allikevel det er praktisk å ta de registrerte varemerkene først. Det stemmer med lovens bygning, og med den historiske utvikling hos oss. I nær tilknytning til den rett registreringen gir, kommer så den varemerkerett som hviler på bruken eller innarbeidelsen.

Når den egentlige varemerkerett er ferdig, er det praktisk å snakke om de andre «forretningskjennetegn» som *V.* gir regler om. Først og fremst om det vareutstyr som ikke kan kalles for varemerke, og de forretningsnavn som ikke er registrerte firmaer. Herfra glir man naturlig over til å behandle lovens forbud mot gale stedsbetegnelser, som i virkeligheten fører oss ut i periferien av åndsretten, eller kanskje ut over denne. I det fjerde og siste kapitlet i dette avsnitt gjør vi så et lite hopp tilbake, og behandler det *s a m s p i l l* som loven tenker sig det skal være mellom navneretten, firmaretten og varemerkeretten, og de foranstaltninger den har truffet for å hindre at kjennetegn blir brukt til å fremkalle forvirring, istedenfor til å forebygge den.

§ 40.

Hvilke merker kan registreres ?

Innledningskapitlet i *V.* heter «Om registrering av varemerker». Og noen av de første paragrafene gir regler om hvordan de merker må være som man gjennom registreringen kan vinne enerett til.

I. Først og fremst må det være et virkelig m e r k e man kommer med. Altså noe som kan festes på selve varen, og derved «merke» den. Det følger tydelig av *V.* § 5, som gir merkets innehaver rett til å forby andre å «sette samme merke» på sine varer. Det som ikke kan settes på varen, kan altså ikke være et lovlig varemerke. **En** vares eiendommelige form kan ikke være det,¹ heller ikke dens pakning, eller øvrige karakteristiske utstyr. Et bilde av varen

¹ Mot. *V.* s. 43, jfr. Utk. 1930 s. 14. I Danmark har man nu sløffet regelen om at merket skal anbringes på selve varen, for å bane vei for en «liberalere praksis» i så henseende. (Lovforslag nr. 28, 1935—36, s. 8.)

eller av emballasjen kan derimot ha form av et merke som kan anbringes på varen.

Merket må dernest være synlig for øiet, og det må som H a g e n s sier (s. 44) være et flatebillede, ikke en rumfigur. Er denne svært flat, slik at den allikevel kan festes på varen, gjør det dog samme nytten. Tegn som taler til andre sanser, f. eks. lydsignalet til en bilfabrikk, eller luktekjennetegnet for et parfymeri, faller derimot utenfor varemerkeretten, slik som den positivt er utformet.¹

Efter deres ytre form deler man gjerne merkene inn i to slags: O r d m e r k e n e som består av ord, bokstaver eller tall, og b i l l e d e l l e r f i g u r m e r k e n e.² De siste er eldst, men også ordmerkene har gammel rot i varemerkeretten. Av grunner som vi straks kommer til, var de egentlige ordmerker forbudt hos oss fra 1884 til 1900, og tall og bokstavmerker helt til 1910. Imidlertid viste det sig her som annetsteds at moderne forretningsliv ikke kan undvære dem. Ordmerket har nemlig en egenskap som figurmerket savner, og som gjør det overlegent som kjennetegn betraktet: Det kan ikke bare oppfattes med øiet, men kan også følge varen i o m t a l e, noe som er uvurderlig i allslags reklame. Ordmerket kan derfor med rette kalles for varens navn, og det er det og ikke figurmerket som spiller størst rolle i moderne forretningsliv. I og for sig kan det godt bestå av flere ord efter hverandre, som «Non plus ultra» eller «His master's voice». Men en viss sluttethet må det til hvis man skal kalle det for et merke, ikke en lang harang som et dikt eller en bruksanvisning.³

Man taler undertiden også om s a m m e n s a t t e m e r k e r, som enten består av flere figurmerker der er satt sammen, eller er en kombinasjon av ord- og figurmerke. Når det gjelder spørsmålet om to merker kan forveksles eller ikke, har denne særegne merkeform en viss selvstendig betydning.

II. Et varemerke som skal kunne registreres, må dernest efter V. § 2 ha d i s t i n k t i v e v n e. Dette kravet ligger i sakens natur, og alle lands varemerkerett stiller det, uttrykkelig eller still-

¹ Elster antar at det heller ikke efter gjeldende rett er noe i veien for slike «merker».

² Englands lov art. 3 uttaler dette uttrykkelig: «A mark shall include a device, brand, heading, label, ticket, name, signature, word, letter, numeral, or any combination hereof.»

³ Hagens s. 45, Kohler W. s. 73.

tiende. Formålet med varemerker er nemlig å skille den enkelte fabrikants eller handelsmanns varer ut fra andres; men hvis merket mangler distinktiv evne, kan det ikke brukes til dette.

1. Det fins merker som er absolutt umulige i så henseende, fordi de er så små at ingen legger merke til dem, et punkt, en ørliten sirkel eller lignende. Det fins andre som står i samme stilling fordi de ikke klarer å prege sig i tilskuerens erindring, en strek, en del av en kurve f. eks.¹ Slike merker er født ubrukelige; ikke engang en enerett kan gi dem distinktiv evne.

Men ellers er det naturligvis regelen at de aller fleste merker kan bli distinktive, hvis rettsordnen garanterer at ingen andre får bruke dem. Men en slik tenkt enerett er det ikke anledning til å ta til hjelp, når man skal prøve om et anmeldt varemerke har tilstrekkelig «sær-
preg», som den danske loven uttrykker det.² Merket må, sier V., være egnet til «i den almindelige omsetning å adskille den sökendes varer fra andres». Man må m. a. o. spørre sig selv om det vil kunne gjøre tjeneste i så måte, dersom merke innehaveren bruker det på lojal vis på sine varer, og andre like lojalt bruker de merker og be-
nevelser på sine, som de i og for sig har like god rett til som han. Bare hvis dette er tilfellet, er nemlig en legal enerett på sin plass, mens den ellers griper utilbørlig inn i andre folks legitime behov for å kjennetegne og karakterisere de varer de har tilfals.³

2. I dette stykke er det imidlertid en nokså markert forskjell mellom figurmerkene og ordmerkene: De første kan nemlig varieres

¹ En uregelmessig blekkklatt blev således avvist som merke i Finland, N. I. R. 1934 s. 149.

² At dette er lovens mening følger helt klart av dens holdning overfor de deskriptive merker, se nærmere III.

³ En engelsk dommer, Lord Parker, gir følgende treffende skildring av hvordan kravet til merkets distinktive evne skal forstås (Griffiths s. 18). «The question is whether the mark itself, if used as a trade mark, is likely to become actually distinctive of the goods of the persons so using it. The applicant for registration in effect says, «I intend to use this mark as a trade mark, that is for the purpose of distinguishing my goods from the goods of other persons», and the Registrar or the Court has to determine whether it is of such a kind that the application, quite apart from the effects of registration, is likely or unlikely to attain the object he has in view. The applicant's chance of success in this respect must, I think, largely depend upon whether other traders are likely, in the ordinary course of their business and without any improper motive, to desire to use the same mark, or some mark nearly resembling it, upon or in connection with their own goods.»

i det uendelige, og om en enkelt mann får monopol på en bestemt figur, går dette regelmessig ikke andres legitime bruk og behov for nær. Ordene derimot er deler av «*the King's English*», som står til alles disposisjon. Om en handelsmann derfor har tatt ett av dem til merke, kan det være både legitimt og ventelig at andre bruker samme ord om de samme varer, slik at deres distinktive evne forsvinner. Dette var grunnen til at vår eldre varemerkerett utelukket alle ordmerker fra registrering. Så absolutt en regel lar sig imidlertid ikke forsvare. Lager man et helt nytt ord efter fantasien, uten at det har tilknytning til den vare det skal kjennetegne, kan dets distinktive evne være like stor som noe figurmerkes. Det erkjente også lovgivningen i 1900, da ord som var «en særskilt opfunnen betegnelse», blev anerkjent som registrerbare merker. Men også tall og bokstaver kan i virkeligheten være distinktive, såsant de settes i helt vilkårlig forbindelse med varen, sånn at de virker som en fantasi-betegnelse på den. Kaller en mann f. eks. sin såpe «4711», kan ikke dette kalles for et attentat på sproget, idet andre blir berøvet sin naturlige rett til å sette samme tallet på sine såper. Med full grunn strøk derfor V. regelen om at tall og bokstaver aldri kunde registreres som merker: «Visstnok vil visse tall og bokstaver i almindelighet være egnet til å angi egenskaper ved varen, særlig dens kvalitet og pris, og forsåvidt bør registreringen nektes, men hvis det på den annen side er åpenbart at vedkommende tall eller bokstav som ønskes registrert, ikke angir noen almindelig egenskap ved varen, bør der likeså litt være noe til hinder for å registrere tall og bokstaver som for å registrere ord» (Mot. V. s. 49).¹

3. Alle trekk ved merket må tas i betraktning når det skal avgjøres om det har distinktiv evne. Et figurmerkes form og farve, et ordmerkes skrivemåte og uttale, kombinasjon av ord og billede i et sammensatt merke o. s. v. Alt dette virker med til det helhetsinntrykk merket fremkaller når det brukes i livet, og det er dette som det efter loven kommer an på.

Merkenes distinktive evne kan imidlertid være mere eller mindre

¹ I Tyskland er fremdeles tall og bokstaver utelukket fra registrering. Det samme gjelder Sverige og Finland, og efter praksis også Danmark. Ved de nordiske forhandlinger om endringer i varemerkeloven i 1926 og 1927 blev det foreslått at regelen skulde tas op i alle Nordens land. Norge stillet sig imidlertid avvisende til tanken. Utk. 1930 s. 6—7.

utpreget. Man taler derfor om sterke merker og om svake. Sterkt er et merke når det helt ut er et fantasiprodukt som ingen annen har noen naturlig adkomst til, og det dessuten haker sig kraftig fast i hørsels- eller synserindringen. Svakt kalles det derimot, når det helt eller delvis består av elementer som enhver annen kan bruke som kjennetegn, mens det distinktive ligger i sammenstillingen, komposisjonen, farvene o. s. v. Denne forskjellen har stor betydning for andres plikt til å holde sig på avstand fra merket, og derigjennem for merkets praktiske verdi.

4. I den tyske varemerkelovs § 4 sies det at «fritegn» ikke må føres inn i registret. Dette er merker som i og for sig ikke mangler distinktiv evne, men som faktisk er blitt så almindelige at de er gått over til å bli et felles kjennetegn for alle varene i bransjen, og ikke for den enkelte forretningsmanns. Slike fritegn er velkjent i alle land, og mange av dem er helt internasjonale. Således er en tyrk fritegn for tobakk, en gran for jernvarer o. s. v.

At slike fritegn — som kanskje opprinnelig har vært virkelige individuelle varemerker — ikke kan registreres som merker for en enkelt næringsdrivende, er klart også hos oss. Når V. ikke sier det uttrykkelig, er det fordi det er en simpel følge av kravet om at merket skal være distinktivt. For, som Mot. V. sier (s. 49), når et fritegn nettop tjener som kjennetegn for «visse klasser av varer i sin almindelighet», kan det ikke samtidig være egnet til å skille den enkelte forretningsmanns varer fra konkurrentenes.¹

5. Fra enkelte hold har det vært hevdet at det ikke skulde gå an å få sitt eget navn eller firma registrert som varemerke, fordi de mangler distinktiv evne (Øvergård i Rt. 1914 s. 763). Som vi senere skal se kan de nok brukes som merke allikevel, men av forskjellige grunner kan innehaveren ha interesse av å sikre sig registreringsbeskyttelsen også. Mot. V. går dog uttrykkelig ut fra at «intet var til hinder for å registrere sitt eget navn, firmanavn eller navnet på sin forretning som varemerke» (s. 50). Slik har det også vært forholdt i praksis. Og skulde det allikevel gjøre sig tvil gjeldende, må den forsvinne overfor den nye post d) som kom inn i § 2 ved novellen av 1936, og som vi kommer til senere.

¹ En BRD. i N. I. R. 1936 s. 55 antok ikke at ordet «Venus» var fritegn for preventive midler her i Norge. Andre dommer av interesse finnes i N. I. R. 1932 s. 33, og B. R. D. VII s. 37.

III. Det neste krav til et registrerbart varemerke står i annet ledd i § 2, som i sin nuværende form lyder sånn: «Merket må ikke utelukkende, eller bare med uvesentlige tilsetninger eller forandringer, gi uttrykk for varens fremstillingsmåte, tiden og stedet for dens tilvirkning, dens art, formål, kvalitet, pris, mengde eller vektforhold.» Det er de såkalte *deskriptive eller beskrivende merker* man på denne måten setter stopper for.

Strengt tatt inneholder denne forskriften ikke noe nytt, ved siden av regelen om at merket må være distinktvt. (Jfr. Mot. V. s. 34.) For hvis det bare inneholder beskrivelser som enhver kan tillate sig, mister merket all evne til å skille den ene forretningsvarer fra de andres. Allikevel har de fleste varemerkelover uttrykkelige forbud mot å registrere deskriptive merker.¹ I praksis er det nemlig nesten alltid her merkenes særpreg svikter, fordi forretningsfolk har så god lyst til å smugle reklameuttalelser inn i sine merker, for om mulig å vinne monopol på dem gjennom varemerkeretten.

Som regel er det naturligvis ord som anvendes til å beskrive varen på utlstedelig måte. Merker som «Delikat», «Prima», «Helfet», «Ekte», «Hjemmebakt», «Hummer», «Taffelakevitt», «Sundhetspiller» o. s. v. er typiske eksempler; men også merker hvor beskrivelsen er mere diskret og indirekte, står i samme stilling, «Rekord», «Briljant», «Krystall», «Favoritt», «Alltid klar» o. s. v. Også *figurmerker* kan imidlertid være så tydelig beskrivende at de ikke kan registreres. Mot. V. s. 50 nevner som eksempel at en hermetikkfabrikk vil registrere billedet av en hummer som merke for denne vare. Om merket er beskrivende eller ikke avhenger ikke bare av det selv, men også av de varer det skal brukes til. I engelsk praksis er det således antatt at ordet «*Health*» er beskrivende i forhold til et næringsmiddel, men ikke vilde være det om det blev brukt som merke for hestesko eller fiskekroker (P e a r c e s. 47).²

¹ Ordlyden hos oss er formet i samsvar med Pariskonvensjonen.

² Det foreligger en rik praksis til belysning av hvordan forbudet mot deskriptive merker skal håndheves. At merker som «Standard» eller «Økonom» må avvises, er temmelig klart. (N. I. R. 1935 s. 122.) Men også «Planteur» for cigarer er gått samme vei, «Caravan» for te, «Golden tips» for te, «Gold Flake» for cigaretter (1932 s. 31—33) og «Karamel» for ost (1935 s. 122). Derimot har ordmerket «Fruit Salt» passert under tvil (1932 s. 39), og «Vacuum» og «Arctic» for oljer (1932 s. 32).

I Danmark og Sverige er merket «Fruit Salt» holdt for å være deskriptivt, og det samme blev i Sverige ordmerket «Palmolive», skjont det var oplyst at det

Også ellers gjelder det at det bare er når publikum må opfatte merket som om det sikter på beskrive varen, at det må vises tilbake som deskriptivt. Et stedsnavn kan således godt brukes til merke, hvis det må være klart for alle at det bare er en fantasibetegnelsen, og ikke har noe med varens tilvirkningssted eller dens egenskaper å gjøre. Ingen tenker sig således at «Galhøpiggen» som merke for blyanter, eller «Ganges» for grammofonplater, spiller hen på stedet hvor varene er laget. Under samme synsvinkel må en også se spørsmålet om man kan registrere ord fra et fremmed sprog, når de har beskrivende betydning. Hvis sproget er helt ukjent i Norge, og vi heller ikke står i nevneverdig forbindelse med landet, er det uten betenkelighet å registrere ordet, som da kommer til å virke som et rent fantasimerke; men anderledes står saken når det fremmede sprog er vel kjent i vårt land, og vi kanskje oven i kjøpet står i livlig samkvem med det land ordet stammer fra. Slik har også de engelske domstolene løst vanskeligheten: De har nektet å registrere ordet «Bokøl» som varemerke for øl, men tillatt det australske ord «Oomoo», som blandt australnegerne betyr «utsøkt», men for engelskmenn ikke har noensomhelst mening.¹

Som V. lød før 1936, var det bare når merket *u t e l u k k e n d e* består av *b e s k r i v e n d e* elementer, at det var forbudt å registrere det. Nu føier loven til, «eller bare med uvesentlige tilsetninger eller forandringer» o. s. v. For enhver som er fortrolig med varemerkerett var en slik tilføielse overflødig (jfr. også Utk. 1930 s. 8). Nu som før gjelder det, at hvis et merke har visse markerte særtrekk som sikrer det distinktiv kraft, gjør det ikke noe at det har deskriptive bestanddeler ved siden av. Men det er ikke enhver, nokså ubetydelig tilsetning, som kan redde merket fra av-

var registrert i 60 land (1934 s. 66). Bedre skjebne hadde heller ikke ordmerket «O. Ké» for tobakkvarer (1933 s. 62). Fra finsk praksis kan nevnes at ordmerket «Presidentblanding» for kaffe, er ansett for å være av beskrivende art. (N. I. R. 1934 s. 41.)

¹ Griffiths s. 39—40. På de nordiske varemerkekonferanser blev det foreslått å sette inn i loven at deskriptive merker bare skulde avvises, hvis de innen registreringslandet blev oppfattet som beskrivende. De norske delegerte vilde ikke gå med på dette, fordi en slik regel kunde virke urimelig, når patentstyret hadde sikkert kjennskap til at merket var deskriptivt i et fremmed land, og særlig når vedkommende vare skulde eksporteres dit. Utk. 1930 s. 7.

visning. Om således merket «Nam-nam» anbringes i en cirkel, er det ikke derved blitt modent for registrering. Og selv om tilsetningen er stor og karakteristisk nok til å redde situasjonen, vil sånne merker alltid bli svake. De beskrivende deler av dem kan jo alle bruke, og ved å benytte sig av dette kan konkurrentene nærme sig merket betydelig mere enn de hadde kunnet, om det f. eks. hadde vært en ren fantasibetegnelse.

IV. Kravene om at varemerket må ha særpreg, og ikke bare være beskrivende, ligger i merkerettens egen natur, siden merkene ikke kan fylle sin oppgave uten distinktiv evne. De neste vilkårene i V. § 2 er derimot mere positive, og av utpreget offentligrettslig art.

Merket må ikke a) «stride mot lov, den offentlige orden eller være egnet til å vekke forargelse». Med «lov» menes her uttrykkelige, positive lovbud, og ikke bare at merkene strider mot andres rett, og følgelig er «ulovlige». Ellers rammer bestemmelsen varemerker som er seksuelt anstøtelige, eller krenker godtfolks¹ respektable følelser, og dernest merker som gir uttrykk for ringeakt for loven eller for landets grunnleggende institusjoner. Et merke som «Død over kapitalismen» eller et brukket gevær vilde således neppe bli registrert. Heller ikke «Ned med jødene», som K o h l e r nevner som eksempel på et anstøtelig varemerke, ut fra litt eldre tysk rettsopfatning.

Merket må heller ikke b) «inneholde noe som åpenbart ikke motsvarer de virkelige forhold og derhos er egnet til å føre bak lyset». D e s e p t i v e m e r k e r skal altså vises vekk fra registret. Dette er en grunnregel i varemerkeretten, som den tilsvarende setning var det i firmaretten. Det er hensynet til publikum, som ikke må føres bak lyset, og til konkurrentene som vilde handicappes ved uhederlige konkurransemetoder, der ligger til grunn for den s a n n h e t s g r u n n s e t n i n g loven knesetter, og som går som en rød tråd gjennom hele konkurranseretten.

Det er dog ikke et absolutt og pedantisk krav om «å være i sannhet» loven stiller, men en sannhetsstandard som svarer til det hederlige forretningslivs fordringer, og som særlig gir plass for sånn overdrivelse og farvelegning som moderne reklamevesen ikke kan undvære. Det er bare når merket å p e n b a r t i k k e s v a r e r t i l d e v i r k e l i g e f o r h o l d, at V. ubetinget sier stopp. Enda

¹ Kanskje også de særlige følelser hos visse folkeslag eller folkegrupper, BRD. i N. I. R. 1932 s. 33.

viktigere er det imidlertid at merkets forhold til sannheten ikke må bedømmes abstrakt og filologisk, men konkret og praktisk, efter de forestillinger det må vekke blandt publikum. Efter V. er det nemlig ikke nok at merket åpenbart er usant, men det må derhos være egnet til å føre folk bak lyset. Og det er slett ikke alltid tilfellet med de tilsynelatende usannheter. Om man kaller iskrem for «Månesne», vil ingen føres bak lyset i den anledning, og anta at den skriver sig fra månen.¹ Dreier det sig derimot om opplysninger hvor man er vant til å kreve presisjon og nøiaktighet — f. eks. om prisbelønninger, varens sammensetning, tiden og stedet for fabrikasjonen — står saken anderledes. Imidlertid skal man huske at også stedsnavn kan slites og gå over til fantasinavn eller artsbetegnelser,² og da føres ingen bak lyset, selv om de er aldri så «usanne». Intet fornuftig menneske tenker sig således at alt «Wienerbrød» er fra Wien, eller all «Eau de Cologne» fra Köln.

Endelig må merket ikke c) «uten tillatelse av vedkommende myndighet inneholde offentlige våben, flagg eller andre offentlige emblemer eller merker, derunder de offisielle kontroll- eller garantimerker eller stempler som i innlandet, eller efter derom utferdiget kunngjørelse i «Norsk Kunngjørelsestidende», i en utenlandsk stat er innført for de samme eller lignende varer som dem for hvilke merket gjelder. Merket må heller ikke inneholde efterligninger av sånne emblemer eller merker som her nevnt». Bestemmelsen fikk sin nuværende — elegante — form i år, og svarer til Haagkonvensjonens art 6 bis.³ Foruten tanken på statens verdighet, er dens motiv at privat bruk av offentlige emblemer og stempler lett vil virke villedende på publikum.⁴

¹ Jeg har også vondt for å tro at fornuftige folk tenker sig at «Bjørnelær» er garvet av skinnet til Bamse Brakar, jfr. dog N. I. R. 1936 s. 128.

² I England er geografiske navn for sikkerhets skyld forbudt som varemerker. Det samme anbefalte registrator for varemerker hos oss, da V. skulde utarbeides. Man resonnerer da som så at slike merker enten er deskriptive og derfor utillatelige, eller også desceptive og enda utillateligere. Men da glemmer man det ikke upraktiske tilfelle at stedsnavn også kan brukes som artsbetegnelse, eller simpelthen være fantasinavn.

³ Bruken av denslags merker vil som regel rammes av strl. § 328.

⁴ Som eksempel på merker som rammes av bestemmelsen nevner jeg et tilfelle fra Sverige (N. I. R. 1934 s. 166). Her avviste man et merke som bestod av en trekant, med ordet «Riks-Sill» under. Inni trekanten befant det svenske våbens tre kroner sig, med en sild på hver side.

V. De siste kravene V. stiller til et registrerbart varemerke står i hver sin paragraf, men henger i virkeligheten nær sammen: Merket må ikke kollidere med en eldre varemerkerett (§ 3), og heller ikke med andres rett til personnavn, firmanavn eller til sitt eget bilde (§ 2 d).

1. Den eldre varemerkerett som det nye merket må respektere, kan — slik som V. lyder etter forandringene i 1936 — enten bero på at samme merke alt er registrert for andre, eller at det har vunnet rettsvern gjennom innarbeidelse. «Merket må ikke registreres», sier V. § 3, «hvis samme merke for varer av samme eller lignende slags allerede i henhold til gyldig registrering nyter vern. Merket må heller ikke registreres, hvis registreringsmyndigheten finner at samme merke allerede før innsendelsen av krav om registrering var vitterlig kjent innen vedkommende omsetningskrets som en annen forretnings særlige merke for sånne varer, jfr. § 23».¹

At et anmeldt merke heller ikke må krenke *a n d r e s* *f i r m a* *r e t t* eller *n a v n e r e t t* om det skal registreres, var ikke uttrykkelig sagt i V. av 1910. Derimot stod det i loven av 1884 at et varemerke ikke måtte registreres, når det uten hjemmel inneholdt annen manns navn eller firma, eller navnet på hans faste eiendom. I kraft av forbudet mot villedende merker i § 2 b, og støttet til den almindelige navne- og firmarett som er anerkjent hos oss, var dog regelen sikkert den samme også etter V. av 1910 (kanskje bortsett fra bestemmelsen om de faste eiendommer). Ved lovrevisjonen ivær fant man det imidlertid praktisk å ta inn uttrykkelig bestemmelse om dette, noe som også de nordiske varemerkekonferansene hadde anbefalt. Og ved siden av navn og firma føiet man også til den interessante bestemmelsen, at man heller ikke har lov til å bruke *a n d r e s* *b i l l e d e* til merke for sine varer. «Merket må ikke,» sier den nuværende § 2 d, «uten hjemmel gis et innhold som har en tydelig fremtredende karakter av en annens firmanavn eller navnet på en annen person ² eller avbildning av en sådan, og som ikke åpenbart sikter på en for lengere tid siden avdød person.»

¹ Dette siste punktet kom inn i vår, av hensyn til Haagkonvensjonens art. 6 bis. Sann lyder også den nye tyske V. av 5 mai 1936.

² Italias lov av 1934 forbyr bare å registrere andres navn som merke, hvis det kan «*porter atteinte à la réputation, au crédit ou au décorum*» til navnets rette bærer.

At merket heller ikke må kolliderer med andre rettigheter, f. eks. kunstnerretten, sier § 2 derimot ikke. Ikke desto mindre er også dette en materiell betingelse for registreringens gyldighet, jfr. eksempelvis en svensk HRD i N. J. A. 1917 s. 369.

2. Når det anmeldte merke faller sammen med ett som er registrert før, er det ikke engang en absolutt betingelse for avvisning at den eldre merkeretten fremdeles består. «Er et registrert merkes vern bortfalt,» sier § 3, annet ledd, «kan samme merke ikke kreves registrert av noen annen for varer av samme eller lignende slags før 1 år derefter.» Denne såkalte sperrefrist har man ikke maken til i de andre nordiske land, og på de nordiske merkekonferansene var det også stemning for å sløife den. Tanken med sperrefristen er dels å gi merkehaveren rett til å få registrert merket påny, hvis han av en eller annen grunn ikke får fornyet vernet i tide. Dens viktigste oppgave er dog å hindre at forbudet mot overdragelse av varemerker gjøres illusorisk, ved at selgeren lar merket stryke i registret, samtidig som kjøperen registrerer det som sitt. Da Norge, som vi kommer til nedenfor, ikke fant å kunne la varemerker være fritt overdragelige, mente man heller ikke å kunne undvære sperrefristen, men satte den dog ned til 1 år, istedenfor 2 år som den var før. (Utk. 1930 s. 18—21.)¹

3. De foregående reglene er vesentlig gitt for å beskytte private rettigheter, men har dog også selvstendig offentligrettslig formål i større eller mindre grad. Dels sikter de på å hevde sannhets- og ordenskravet i erhvervslivet, dels på å hindre at andre rettsregler i V. blir omgått. Selv om vedkommende private rettighetshaver derfor samtykker i registreringen, er det slett ikke sikkert at saken er i orden. Et sånt samtykke fjerner den anstøtssten som ligger i hensynet til de eldre private rettigheter, men dispenserer ikke fra de offentligrettslige krav som er stillet til de registrerbare varemerker, for å beskytte publikum og samfundet.²

Da det har almen interesse at det ikke består flere like merker for samme varesort, må følgelig registrering nektes, selv om den

¹ Tyskland har nu strøket den.

² Forholdet er altså ganske parallelt med hvad det gjelder registrerbare firmaer (foran § 38), eller spørsmålet om man kan anlegge andres personnavn, efter å ha fått samtykke av slekten.

eldre merke innehaver aldri så meget har samtykket. Og hvad sperrefristen angår, ligger det enda klarere i dagen at samtykke ikke har noe å si. Heller ikke kan en meddelt tillatelse til å bruke andres navn, firma eller bilde være tilstrekkelig «hjemmel» til registreringen, hvis merket kommer til å bli villedende, slik at V. § 2 b kommer til anvendelse. (Utk. 1930 s. 14.)

Imidlertid — ett er den strenge teori, et annet den runde og forståelsesfulle praksis. Med all respekt for de offentligrettslige interesser og betraktninger, er det dog tanken på de private innehavere av navne-, firma- eller merkeretten som står i forgrunnen. Hvis det derfor er på det rene at almene interesser ikke står på spill, er det ikke unaturlig å ta hensyn til om de private rettighetshavere samtykker i registreringen. Selv uten uttrykkelig lovhjemmel har patentstyret praktisert loven slik, at når det var tvilsomt om et anmeldt merke kunde forveksles med et eldre, har man løst tvilen til anmelderens gunst, hvis eieren av det gamle merket samtykket i registreringen. (Utk. 1930 s. 16.) Og på samme måten har man lempet litt på de strenge reglene om sperrefrist, hvis det i virkeligheten ikke var fare for at publikum skulde bli villedet.¹ Gjennom novellen av 1936 har denne praksis fått lovens uttrykkelige sanksjon, idet man gav § 3 følgende tillegg: «Undtagelser fra forskriftene i denne paragraf kan skje, når der foreligger samtykke fra innehaveren av det eldre merke, og der efter de foreliggende omstendigheter ikke er grunn til å mene at der ved registreringen opstår fare for villedelse.»²

Det er som man ser bare reglene om sperrefristen og om kollisjon med eldre varemerkerett, loven tar sikte på efter sin ordlyd. Men det er lite tvilsomt at ånden i den også får betydning når det er andres firma- eller navnerett som står i veien for registreringen, men hvor samtykke er erhvervet:³ Hvis det ikke er påviselig fare for at publikum blir narret, vil man nødvendig vise merket tilbake som

¹ Utk. 1930 s. 21. Denne praksis er dog ikke blitt påskjønnet av domstolene, som i allfalli ett tilfelle erklærte den nye registreringen for ugyldig. (N. I. R. 1932 s. 34.)

² Jfr. også den tyske lov av 1936 § 4.

³ På samme måte vil man være mere liberal med å registrere et merke som ligner et bortfalt hvis sperrefrist ikke er forbi, enn når det er et «levende» varemerke anmeldelsen kolliderer med. Jfr. patentstyrets avgjørelse i N. I. R. 1935 s. 57.

deseptivt, og vil heller ikke være snar til å la en annen navnebærer gripe inn, med den begrunnelse at det ikke er forbindelse mellom forretningen og den som har samtykket i å låne bort sitt navn.

VI. De foregående romertall viser tydelig at det ikke stilles samme krav til varemerkene som til åndsverkene og oppfinnelsene. Hovedfordringen til et varemerke er at det skal ha distinktiv evne, mens åndsverkene skal være originale, og oppfinnelsene dessuten nye. «*Das Warenzeichen muss sich zwar von anderen unterscheiden,*» sier Kohler (W. s. 63), «*es macht aber keinen Anspruch auf Originalität oder Erfindergabe.*»¹

At kravene er ulike er ingen tilfeldighet, men kommer av at grunnlaget og formålet for beskyttelsen er forskjellig. Åndsverkene og oppfinnelsene vernes for deres egen skyld, som åndelig produksjon, og da er det naturlig å stille visse fordringer til kvaliteten av denne. Varemerkene beskyttes derimot ikke for sine smukke øines skyld, men som middel til å holde folks varer fra hverandre, og derfor spør rettsordnen hverken etter nyhet eller originalitet, men ene og alene etter deres distinktive kraft. Et varemerke kan være helt i orden selv om det ikke er det ringeste originalt, f. eks. når man bruker et tall som merke, eller et hottentottord som man finner i et leksikon. Heller ikke behøver merket være nytt, ikke engang som varemerke. Selv om merket alt er i bruk, kan man tilegne sig det, hvis det bare registreres for andre slags varer. Og det samme kan man gjøre, når den bedrift som hadde merket er lagt ned for godt.

Dette betyr dog ikke at det er hvermanns sak å finne gode varemerker, og at det er uten økonomisk betydning at merket er nytt og originalt. Enhver forretningsmann kan fortelle om det motsatte. Jo mere nytt og originalt et merke er, desto tydeligere blir gjerne dets særpreg, og desto sterkere er det som merke betraktet. Som regel stiger også dets evne til å fange inn kunder og tjene som herold for varen i tilsvarende grad. Men disse egenskapene ved varemerket har ingenting med rettsbeskyttelsen å gjøre. Den er like god for det dumme og sløve merke, som for det talentfulle eller geniale.

¹ Jfr. også Osterrieth s. 294: «*Unterscheidungskraft deckt sich nicht mit Neuheit, noch mit dem individuellen Charakter, der das Erfordernis des Geisteswerkes ist.*»

§ 41.

Registreringen og dens betydning.

I. Ikke alle og enhver kan la et varemerke registrere og vinne enerett til å bruke det. Slik adgang har bare den «som driver fabrikk, håndverksvirksomhet, jordbruk, bergverk, handel eller annen næring» (V. § 1). Om det er enkeltmann eller selskap som driver virksomheten, spiller ingen rolle (Mot. V. s. 48). I praksis har man også registrert merker for folk som driver en virksomhet sammen, selv om de ikke har felles firma (Utk. 1930 s. 5). At forretningen er meldt til handelsregistret eller har rett til å melde sig der, er ingen betingelse for adgangen til å vinne merkerett, likeså litt som det var det etter den eldre lov.

Efter arten av de forretninger som bruker merkene kan man dele dem i to: produksjons- eller fabrikkmerker og handelsmerker. De første skal vise hvem som har laget varene, mens de siste bare forteller hvis forretning de kommer fra.¹ Noen forskjell i rettslig henseende mellom de to slags merker er det dog ikke.

En absolutt betingelse for å kunne bruke varemerker er det imidlertid at man befatter sig med virkelige varer, d. v. s. legemlige gjenstander som kan kjøpes og selges; det følger av en rekke paragrafer i loven, 2, 3, 5 o. s. v. Andre erhvervsdrivende kan derimot ikke vinne merkerett, selv om de mener det kunde være nyttig for dem. Advokater, arkitekter, eiendomsbyråer, forsikringsselskaper, speditører o. s. v. må således klare sig uten dem. Og også vaskerier og farverier står i samme stilling, skjønt dette nok er tvilsommere. (Utk. 1930 s. 5). Derimot er det helt klart at forfattere og kunstnere ikke kan bruke varemerker til sine åndsprodukter.² Men de som

¹ Den engelske varemerkelov sier i art. 3 at merket brukes «upon or in connection with goods for the purpose of indicating that they are the goods of the proprietor of such trade mark by virtue of manufacture, selection, certification, dealing with, or offering for sale.»

² I praksis er et livsforsikringsselskap nektet adgang til å registrere et varemerke for sin virksomhet (N. I. R. 1935 s. 180). Patentstyret har også nektet å registrere tittelen på en film som varemerke, og navnet på et husorgan som skulde deles ut gratis til en forretnings kunder (N. I. R. 1935 s. 57—58).

I Danmark forstås loven som om f. eks. ingeniører, arkitekter, installatører, flytteforretninger, forsikringsselskaper, vaskerier etc. kan få varemerker registrert. Se Lovforslag nr. 28 for 1935—36 s. 7.

reproduserer eller handler med de fysiske eksemplarer av åndsverkene kan naturligvis bruke varemerker, for her er det ikke åndsverker, men almindelige varer det er tale om.

Det er bare den som virkelig driver handel eller fabrikk, som har rett til å få et merke registrert. At man engang har drevet slik virksomhet, eller tenker å begynne med det, er derimot ikke nok. Et annet spørsmål er det imidlertid om det er et vilkår for å vinne og beholde merkeretten at man også bruker merket, eller har til hensikt å gjøre det. Det skal vi senere undersøke i en videre sammenheng.

II. Grunnprinsippene for registreringen er i hovedsaken de samme som etter den gamle varemerkeloven. Registreringen er fremdeles en central affære, i motsetning til firmaregistrene som føres særskilt for hver kommune; istedenfor den gamle lovs «registrator for varemerker» er imidlertid nu trådt «styret for det industrielle rettsvern», som alt flere ganger berørt. Også prinsippet om granskning av merkene har V. beholdt, men uten å legge de anmeldte merkekrav ut til offentlig beskuelse, sånn som ved patentsøknader. I motsetning til firmaanmeldelsen er registrering av varemerker aldri en plikt, men bare en rett, som man ingenlunde behøver å gjøre bruk av.

En betydningsfull prinsipiell forandring har V. imidlertid foretatt: Mens den gamle lov lot registreringen gjelde for alle slags varer — hvis det ikke var gjort uttrykkelig innskrenkning — bestemmes det nu at kravet om registrering må gjelde «visse varer eller vareklasser». Da eneretten til merket rekker like langt som registreringen, blir dette en meget vesentlig forandring av varemerkerettens innhold. Og bak denne forandringen ligger også en viktig forskyvning av synet på hele varemerkeretten. Når den gamle V. — i strid med nesten all fremmed rett — lot registreringen gjelde for alskens varer, var det fordi inndelingen i vareklasser er vanskelig og vilkårlig, og fordi geschäften nårsomhelst kan bli utvidet. Dessuten mente de gamle Mot. s. 22 at «de grunner som er person kan ha til å velge et merke som ligner en annens, ikke hører til dem lovgiveren behøver å bøie sig for». I motsetning til dette fremhever Mot. V. s. 39 det urimelige i «at noen skal kunne monopolisere et merke for varer som ligger helt utenfor den branche hvorunder vedkommende bedrift hører». Gode varemerker vokser ikke slik på

trær, at det er helt uten betenkelighet å stenge almenheten ute fra dem gjennom en enerett. Bare når det står en virkelig og a k t u e l l i n t e r e s s e b a k k r a v e t, er det på sin plass å komme det imøte. Her er ett av de punkter hvor den nye V. søker å løsne merkeretten fra dens tidligere formelle og abstrakte anstrøk, og stille den mere direkte til tjeneste for aktuelle interesser i konkurransekampen, og gjøre den til en effektiv garanti mot illojale tendenser. For å hindre at retten blir et ørkesløst stengsel uten noen virkelig interesse bak sig, gikk man over til å dele varene i klasser — for tiden 30 — idet man går ut fra at det bare er når andre bruker merket for samme slags varer, at innehaveren med rette kan føle sig brøstholden. Det er dog ikke noe i veien for at et merke blir registrert for flere eller for alle vareklasser; men det blir til gjengjeld nokså kostbart, fordi det må betales for hver enkelt av dem. I § 43 kommer vi nærmere inn på hvilken virkning klassesystemet har for varemerkerettens innhold.

III. 1. Et krav om å få et varemerke registrert skal gis inn til styret for det industrielle rettsvern, og skal ifølge V. § 11 «omfatte og ledsages av:

- «1. En til styret stilet skrivelse med oppgave om:
 - a) den sökendes navn eller firma og bopel,
 - b) den virksomhet i hvilken varemerket brukes,
 - c) de varer eller vareklasser for hvilke registrering ønskes.
2. To avbildninger av merket, samt forsåvidt påkrevet en forklaring av merket.
3. Forsåvidt fullmektig er oppgitt, en av denne vedtatt fullmakt.
4. Kr. 40 som avgift for registrering og kunngjørelse. Blir merket å registrere i mere enn en klasse, svares for hver ytterligere klasse en tilleggsavgift av kr. 10.»

Når loven krever angitt den virksomhet som merket skal brukes i, tenker man sig uvilkårlig at det er en viss s p e s i f i k a s j o n der kreves, ikke bare en nøytral angivelse som «handel» eller «fabrikkvirksomhet». Nøier man sig nemlig med en sånn beskrivelse av virksomheten, kan man vinne merkerett for et erhverv som anmelderen i virkeligheten slett ikke driver, slik at virkningen av registreringen ene og alene blir å holde andre borte fra merket. Således når en fabrikk som bare lager margarin, registrerer et varemerke for skotøi.

Også i selve lovteksten finner man visse støttepunkter for å tolke ordet «virksomhet» snevrere enn anmelderens almindelige næringsdrift. I § 6 f. eks., som taler om overdragelse av merket sammen med virksomheten, er det klart at dette må forstås sånn at merket kan overdras sammen med f. eks. fabrikken, selv om eieren driver grossereraktivitet ved siden av, og fortsetter med denne. I praksis har registreringsmyndighetene imidlertid lagt en annen forståelse til grunn; de nøier seg med helt abstrakte beskrivelser av virksomheten, som «handel», «fabrikk» e.l. Resultatet av dette er derfor, som *Alfred J. Bryn* uttrykker det (s. 134), at i Norge kan f. eks. «en papirfabrikk registrere sitt merke for alle varer, like fra stål til ost». Når dette ikke gir anledning til større misbruk enn det faktisk skjer, er det fordi det heldigvis koster penger. Hver ny vareklasse bringer jo registreringsgebyret i været.

Punkt c. i nr. 1 forlanger, som man ser, beskjed om de varer eller vareklasser som registrering ønskes for. Det er altså nok at anmelderen nevner varene, mens han overlater til styret å finne ut hvilke klasser de faller inn under. For å spare styret bryderi med dette, foreslo Utk. 1930 at man isteden skulde sette: «de varer for hvilke registrering ønskes, og de vareklasser hvortil de hører, eller bare vareklassen, hvis registrering ønskes for alle de varer som denne omfatter.» Forslaget blev imidlertid ikke gjennomført. (Se Ot. prp. nr. 32, 1934 s. 8.)

2. Den formelle fremgangsmåten ved styrets behandling av et varemerkekrav har vi gjort rede for i § 17. Her skal vi holde oss til de mere materiellrettslige prinsippene for behandlingen.

Vi har alt nevnt at loven bygger på prøvingssystemet. Denne ordning svarer til den vi kjenner fra patent- og mønsterretten. Man registrerer ikke — som i Frankrike — alle merker som kommer inn, og overlater til søkeren å bedømme om registreringen virkelig gir ham noen rett, og forsvare den overfor andres registrerte merker. Noen «utleggelse» av varemerkesøknaden, slik som ved patentkravene, har loven derimot ikke funnet grunn til.¹

¹ Mot. V. s. 47. Den engelske lov legger varemerkekravene ut på forhånd, og under utarbeidelsen av V. henstillet den britiske legasjon til oss å innføre en lignende ordning. (Ot.prp. 6 for 1908 s. 53.) Tysklands V. bestemmer i § 5 at hvis et anmeldt merke anses for å kolliderer med et eldre registrert merke, skal dettes eier få beskjed om det. Protesterer han ikke innen en måned, skal merket allikevel registreres; protesterer han, skal patentstyret avgjøre saken.

Det som styret skal prøve før det tilsteder registrering, er ifølge § 15 dels at de formelle kravene til anmeldelsen er i orden, dels at det ikke er syndet mot noen av de materielle vilkår for registrering etter §§ 1, 2 og 3. Finner man at ikke alt er i orden i så måte, skal anmelderen underrettes om dette, og få en passende frist til å uttale sig om saken og i tilfelle rette manglene. Når fristen er forbi, avgjøres søknaden. Blir resultatet positivt, fører styret merket inn i varemerkeregistret, kunngjør registreringen i Kunngjørelsestidende og i styrets offisielle tidende, og gir søkeren hans registreringsbrev. Når dette er gjort, gjelder registreringen for 10 år, men kan fornyes i nye 10-års perioder, så lenge det skal være. Blir kravet om registrering derimot avvist, kan søkeren innen to måneder anke saken inn for styrets annen avdeling, men hvis registreringen også her blir nektet, er nederlaget endelig. Noen adgang til å gå til domstolen med sin påståtte merkerett har søkeren ikke (§ 18). Som ved patenter og mønstre hadde patentlovkommisjonen foreslått at en negativ avgjørelse skulde kunne bringes inn for domstolene, forsåvidt lovanvendelsen angår. Men stortinget så anderledes på saken.

Som det fremgår av foranstående er det ikke hele spørsmålet om et anmeldt merke er formelt og reelt uangripelig, som styret skal undersøke på embeds vegne. Således kreves det ikke dokumentert at søkeren virkelig driver sånn næringsvirksomhet som han sier (Utk. 1930 s. 5). Når det er et eldre innarbeidet varemerke der står i veien for registreringen, forlanges det at det skal være «vitterlig» kjent forat avvisning skal finne sted, og det forutsettes som selvsagt at regelen ikke pålegger styret «noen forpliktelse til *ex officio* å efterspore tilstedeværelsen av sånne merker» (Utk. 1930 s. 17). En lignende begrensning i styrets avvisningsrett og undersøkelsesplikt antyder også § 2 d, for det tilfelle at det er en navne- eller firmarett som hindrer registrering, eller retten til eget bilde: Det er bare når merket har en «tydelig fremtredende karakter av en annens firmanavn» o. s. v., at registrering av merket er forbudt.

I betraktning av at styrets avvisning er endelig, og at anmelderen følgelig ikke kan få spørsmålet om sin merkerett inn for domstolene, er det meget forklarlig at loven har tatt dette standpunkt, og en forsiktig praksis i dette stykke må sikkert anbefales. Hvis det er andre rettigheter enn de V. særlig nevner som påstås å bli krenket ved registreringen, f. eks. en kunstnerrett, er det derfor

tryggest å hevde at styret ikke har adgang til å avvise registreringskravet, iallfall når det ikke dreier sig om helt oplagte rettskrenkelses¹.

IV. Registreringen er for såvidt *k o n s t i t u t i v*, som merkeretten oppstår straks den er foretatt, uten at det kreves at merket er tatt i bruk, innarbeidet hos publikum eller lignende. Men likeså litt som ved patenter og mønstre har styrets avgjørelse endelig virkning. På tross av registreringen kan merket bli *k j e n t u g y l d i g a v d o m s t o l e n e*, og det kan bli *f r a k j e n t* den som har fått registrert det.

1. «Registreringen kan ved dom kjennes ugyldig,» sier V. § 9, «for såvidt vilkårene for varemerkevernet etter forskriftene i §§ 1, 2, 3, første og fjerde punktum, ikke foreligger.» Hvis det derimot er annet punktum i § 3 som er anstøtsstenen — merket kolliderer med et eldre som alt er innarbeidet — blir det ikke reglene om ugyldighet i § 9, men om frakjennelse i § 10, som får anvendelse (Utk. 1930 s. 26). Om ugyldighetsgrunnen har vært tilstede fra først av, eller er kommet til senere — f. eks. at merket har mistet sin distinktive evne eller forretningen hørt op — spiller ingen rolle.

«Søksmål kan reises av enhver som deri har interesse, for såvidt vedkommer søksmål etter §§ 1 og 2 også av styret.» Det er altså en *a b s o l u t t u g y l d i g h e t* loven tenker sig skal inntre, og selv sagt med virkning helt fra det øieblikk da ugyldighetsgrunnen forelå. For de ugyldighetsgrunners vedkommende som er nevnt i § 2 d, er det dog forutsetningen at bruken av andres navn o. s. v. gjør varemerket deseptivt, slik at det også støter an mot passus b. i samme paragraf. Hvis dette nemlig ikke er tilfellet, må det antas at ugyldigheten bare virker i forhold til den hvis spesielle rett er krenket, og at det bare er ham som kan optre med søksmål. Det samme gjelder hvis registreringen er ugyldig av grunner som § 2 ikke uttrykkelig nevner, først og fremst fordi merket strider mot annenmanns kunstnerrett. Men også isåfall virker en ugyldighetsdom *ex tunc*, og domfelte kan ikke reise krav i anledning av merkeinngrep fra andres side som har funnet sted før dommen.

¹ Da vi drøftet det tilsvarende spørsmål for firmaregistreringens vedkommende, løste vi det i motsatt retning. Her har loven imidlertid pålagt registerføreren en almindelig plikt til å avvise anmeldelser hvis innførsel «ikke er lov hjemlet», og den åpner dessuten adgang til å bringe spørsmålet inn for domstolene, hvis anmelderen finner avvísningen uberettiget.

For å sikre en ensartet og såvidt mulig sakkyndig avgjørelse av disse sakene, har V. § 28 lagt dem under Oslo byrett for hele landets vedkommende. Parallell til dette har man jo både ved patent- og mønstersaker. Og også her gjelder det, at hvis en mann blir stevnet ved en annen civil domstol for merkeinngrep, og han forsvarer sig med at registreringen er ugyldig, kan han kreve saken utsatt for å få anlagt ugyldighetssak ved Oslo byrett.¹

Hvis merkets innehaver og den som angriper retten er enige, kan de også forlange spørsmålet om merkets gyldighet endelig avgjort av patentstyrets annen avdeling. Når avdelingen finner det åpenbart at vilkårene for merkeretten ikke har vært eller er tilstede, kan den også erklære merket for ugyldig *ex officio*, og stryke det av registret. Merkehaveren må dog først være underrettet om at man akter å gjøre dette, uten at han har nedlagt innsigelse innen 3 måneder (§ 9 i. f.).

2. Hvis det er registrert et merke som alt var innarbeidet for en annen forretnings varer av samme eller lignende slags, kan det bli frakjent innehaveren ved dom, ifølge V. § 10. Det samme gjelder hvis anmelderen visste om at merket var tatt i bruk av en annen under lignende forhold. I første fall må dog sak være anlagt innen 3 år fra den dag merket blir ført inn i varemerkeregistret.

Slike søksmål kan reises ved de almindelige domstolene, altså ikke nødvendigvis ved Oslo byrett. Ugyldigheten må her antas å virke r e l a t i v t, og det er bare den forurettede selv som kan optre med søksmål. Den som stevnes for merkeinngrep, kan følgelig ikke gjøre gjeldende at merket er ugyldig, fordi det strider mot annemanns innarbeidede merke. Hvis imidlertid innehaveren av dette trenger gjennom med sitt søksmål, virker ugyldigheten også her tilbake. Den tidligere innehaver av merket kan altså ikke klage over merkeinngrep, selv om de er eldre enn dommen. Han kan nemlig, som Mot. V. sier (s. 46), «ikke bygge på et merke som alltid har kunnet frakjennes vedkommende, og i virkeligheten er blitt frakjent ham».²

¹ At dette er den eneste veien som står åpen er bl. a. slått fast i HRD. i Rt. 1924 s. 97 og 1927 s. 23, som samtidig nektet utsettelse, fordi innstevnte på forhånd hadde hatt rikelig tid til å anlegge sånt søksmål.

² Det kan neppe sies at sontringen mellom ugyldighet og frakjennelse er rimelig eller klar, slik som V. nu lyder. Den kunde ha en viss mening for 1936, men efterat pkt. d. er kommet til i § 2, er linjene blitt temmelig uklare, og tildels uforståelige.

§ 42.

Innarbeidede varemerker.¹

I. Vi nevnte foran som et av de viktigste trekk ved reformen av 1910, at den gav plass for innarbeidede varemerker ved siden av dem som hviler på registrering. At V. så gjorde var en nødvendig følge av hele dens grunnsyn. Mens den gamle loven så på merkeretten som en formell og nesten vilkårlig rett, strengt knyttet til registreringen, oppfatter V. den som et ledd i kampen for lojale og ordentlige forretningsmetoder. Men når man det gjør, er det klart at man ikke kan nekte et innarbeidet varemerke enhver beskyttelse mot at konkurrentene bruker det, ja kanskje endog lar det registrere som sitt eget. Med rette sier Mot. V. s. 27 «at registreringen herved tillegges virkning i en utstrekning som i virkeligheten åpner adgang for utilbørlig konkurranse i ly av loven. At det skal være tillatt å la et av en annen innarbeidet og måskje særlig fordelaktig kjent merke registrere, med den følge at man nu ikke alene selv blir berettiget til å bruke merket, men endog kan forby enhver annen, også den som tidligere har innarbeidet det for sine varer, for fremtiden å benytte det, synes åpenbart urimelig, og den som vilde handle så, vilde i forretningskretser enstemmig bli ansett for å ha gjort sig skyldig i en grov utilbørlighet i konkurranseøiemed». For å hindre et slikt resultat tillegges V. derfor det innarbeidede varemerke en beskyttelse som i hovedsaken faller sammen med det registrerte merkes. Det skjer gjennom § 23 som forbyr å bruke merker som andre har innarbeidet, § 10 som gir rett til å få et merke strøket i registret, hvis det strider mot en innarbeidet merkerett, og siden 1936 også gjennom § 3, som forbyr å registrere et merke, hvis det er «vitterlig kjent» at en annen alt har innarbeidet det.

Som nevnt i § 39 var det engelske og franske rettstanker som erobret vår varemerkerett i 1910, skjønt det var Tysklands lovgivning som blev direkte efterlignet. For de ikke-registrerte merkens vedkommende gjorde — og gjør — det sig imidlertid en karakteristisk forskjell gjeldende mellem rettsopfatningen i de to land. I

¹ Se en artikkel av B. Wyller: «Om innarbeidelse av varemerker efter norsk rett», N. I. R. 1933 s. 1.

Frankrike er selve tilegnelsen av merket, dets *occupation*, nok til å gi rett til beskyttelse.¹ Det er tydeligvis *propriété*-teorien som her spiller inn; man vinner «eiendomsrett» til et merke som til herreløse ting, bare man tilegner sig det. At merket dessuten skal være innarbeidet i publikums bevissthet krever man i prinsippet ikke; derimot forutsettes det gjerne at retten holdes vedlike ved at merket blir brukt (Bry s. 77), fordi man ellers vil tro det er delinkvert, som annet overflødig gods. Engelsk rett bygger derimot ikke beskyttelsen på den nakne kjensgjerning at merket er okkupert. Det må også være innarbeidet hos publikum som vedkommendes særlige merke, slik at det i ly av det er oparbeidet en goodwill som ikke bør forspilles eller komme andre tilgode. Dette er et ufravikelig vilkår for den *action for passing off*, som det uregistrerte merke nyter godt av ifølge *common law*. For «*if no good-will has been created, there is no property to be protected, and the plaintiff has no cause of action*» (Griffiths s. 94, Pearce s. 5). Hva det skal kreves for at en beskyttelsesverdig *reputation* skal anses for å være oparbeidet, avhenger naturligvis av omstendighetene; men engelsk rett har alltid holdt fast at selve tilegnelsen av merket ikke er nok, og nekter derfor beskyttelse når det ikke foreligger «*any reputation at all*» (Pearce s. 134, jfr. s. 9).

I hovedsaken er det det engelske syn som ligger bak den tyske varemerkelovs § 25, der beskytter et uregistrert merke som «*innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen gleicher oder gleichartiger Waren eines anderen gilt*». Det samme gjelder om vår egen lov, hvis uttrykksmåte her som ellers knytter sig nær til den tyske.² Det er når merket «innen vedkommende omsetningskrets er kjent som en annen forretnings særlige kjennetegn for varer av samme eller lignende slags», at beskyttelsen inntreer (§ 23, jfr. § 10 og § 3.³

¹ Bry s. 73.

² Det er mindre vesentlig at det innarbeidede merke ikke beskyttes som et egentlig *Warenzeichen* i Tyskland, men som en del av varens *Ausstattung*, og at Reichgericht her er lite tilbøielig til å tale om en virkelig rettighet, men snarere om et vern i kraft av lovens forbudsbestemmelser. (Se ligson s. 250, jfr. nedenfor s. 473.)

³ Ved å trekke også det uregistrerte merke inn under beskyttelsen har V. som man forstår bragt vår rett i samklang med de ledende kulturlands. Også Pariskonvensjonen krever i den form den fikk i Haag, at slike merker ikke blir latt vergelose i unionslandene. (Art. 6 bis.)

Også denne formuleringen forutsetter nemlig at det ved bruken er skapt en goodwill for vedkommende vare, skjønt man av tekniske grunner har lagt vekten på selve innarbeidelsen av merket, og ikke på virkningen av den.

Forøvrig kan nok ordlyden i loven gi anledning til visse tvil om tolkningen. Patentlovkommisjonen hadde oprinnelig foreslått at merket måtte være «anerkjent» som vedkommendes særlige merke innenfor omsetningskretsen. Regjeringen foretrakk ordet «godkjent», og stortinget slett og rett «kjent», uten at man la noen realitet i disse endringene. Man kan derfor fremdeles søke hjelp til tolkningen i Mot. V. s. 53 som forstår loven slik at «merket i omsetningskretsen ikke alene må være kjent som vedkommendes varebetegnelse, men også almindelig ansett som et merke som i kraft av bruk særskilt tilkommer dets innehaver, således at dets benyttelse av andre efter opfatningen innen omsetningskretsen vil inneholde en utilbørighet, som krenkende den benyttelsesrett hvorpå den enkelte har vunnet hevd». Hvad det skal kreves i så måte kan man naturligvis ikke uttrykke generelt. Det avhenger i høi grad av forholdene, hvor lang tid det er gått, hvilke varer det gjelder, hvor energisk innarbeidelsen har vært o. s. v. Den «omsetningskrets» merket må ha slått rot i, er naturligvis den varene appellerer til. Det kommer vi nærmere inn på når vi skal snakke om rettens innhold.

II. Selv om man ikke har kommet så langt som til å innarbeide et varemerke, men bare t a t t d e t i b r u k — okkupert det som franskmennene vilde si — er man dog ikke helt blottet for beskyttelse. Hvis nemlig en konkurrent som vet om dette registrerer merket som sitt for samme eller lignende varer, kan den som først har brukt merket, få ham frakjent merkeretten ved dom (V. § 10 b). Siden beskyttelsen bare virker overfor den som er i o n d t r o, er det dog retttest ikke å tale om noen virkelig varemerkerett i dette tilfelle. En fullt utviklet åndsrettighet skal jo slå gjennom mot alle, uten hensyn til god eller ond tro. Den begrensede beskyttelsen som alt bruken av et merke gir, bør derfor ikke opfattes som en subjektiv rett, men som en virkning av en forbudsnorm der søker å holde utilbørlige forretningsmetoder borte fra konkurransen. Det fremhever Mot. V. uttrykkelig på s. 53.

III. 1. Når man sammenligner den varemerkerett som hviler

på innarbeidelse med den som støtter sig til registrering av merket, kunde det se ut som om den siste hadde en trangere fødsel enn den første. Det er jo en lang rekke krav som må tilfredsstilles om et anmeldt merke kan registreres: Det må være distinktivt, ikke deskriptivt eller deseptivt, og ikke kollidere med eldre rettigheter til kjennetegn m. v. Ved det innarbeidede merke kreves det tilsynelatende ikke noe av dette. Det er nok at merket faktisk er blitt «kjent som forretningens særlige merke». At det her ligger en viktig motsetning synes også Mot. V. å ville fremheve, når den sier: «På samme tid som loven kan og etter kommisjonens mening også bør opstille en viss begrensning m. h. t. hvad der ved registrering kan beskyttes som varemerke, finner kommisjonen at loven må yde e t h v e r t merke, enhver varebetegnelse beskyttelse, såfremt merket eller betegnelsen ved innarbeidelse har vunnet anerkjennelse som særlig merke for en bedrifts varer, ganske uavhengig av hvorvidt det tilfredsstillende fordringer som loven oppstiller for varemerker der beskyttes ved registrering» (s. 44).¹

Ved nærmere eftersyn viser det sig imidlertid at forskjellen mellem de to slags merker er mere tilsynelatende enn virkelig.² For det første sier det sig nesten selv at merker som strider mot loven eller krenker ærbarhet ikke kan tas under armene av domstolene, selv om de mot all formodning skulde ha klart å arbeide sig inn. Det forutsetter Mot. V. som selvsagt (s. 44). Og det samme vil man sikkert anta om det skulde vise sig at et innarbeidet merke måtte kalles deseptivt, slik som V. § 2 skildrer dette. Kravet til sannhet er en av grunnsetningene i hele konkurranseretten, og ingen kan kreve vern for et merke som åpenbart krenker den. I engelsk domspraksis, som på dette område er særlig lærerik for oss, siden det er engelske rettstanker V. søker å realisere, er det da også slått fast at når en varebetegnelse er en *false description*, beskyttes den ikke, selv om den er innarbeidet aldri så meget.³

¹ Jfr. BRD. VI nr. 36, som anså ordmerket «Selecta» for vernet gjennom innarbeidelse. En annen byrettsdom, gjengitt i N. I. R. 1932 s. 32 sier derimot med urette at et merke som ikke er registrerbart heller ikke kan vinne vern ved innarbeidelse.

² Jfr. Kohler U. s. 125.

³ Pearce s. 33. En fabrikant som utgav sine tyske cigarer for Havana-cigarer, nød således ikke beskyttelse for sin villedende varebetegnelse.

Men heller ikke den annen hovedfordring til det registrerbare merke, at det skal ha distinktiv evne og ikke bare være beskrivende, går det innarbeidede varemerke i virkeligheten fri for. Snarere kunde man si at kravene var skjerpert eller iallfall aktualisert. For mens man ved avgjørelsen av registreringsspørsmålet må gjøre sig op et forhåndsskjønn om den distinktive evne som et anmeldt merke sannsynligvis vil vise sig å ha, må det innarbeidede merke levere erfaringens bevis for at alt er i orden forsåvidt: Uten distinktiv evne er det nemlig utelukket at merket kan ha kjempet sig frem til å bli anerkjent som en bestemt forretnings «særlige merke» slik som loven forlanger.

Imidlertid er det en kjensgjerning at man på denne måten kan vinne beskyttelse for varemerker som uten nåde hadde måttet avvises, om eieren hadde presentert dem til registrering før han begynte å bruke dem. For å forklare dette tilsynelatende paradoks må vi gjøre en liten digresjon, og dvele et øieblikk ved den eiendommelighet ved ordene at de undertiden har dobbelt bunn, eller som engelskmennene sier, en *secondary meaning*, ved siden av den primære og normale.

2. Dette fenomen spiller en stor rolle i varemerkeretten, ja i konkurranseretten overhodet. Det henger sammen med at ordene ikke har en fast betydning, men er symboler, som har det innhold folk har vennt sig til å legge i dem. Nøkkelen til disse symbolene gir sproget.

Den mening ordene har faller imidlertid ikke alltid sammen med deres rent sproglige filologiske betydning. Valøren avhenger av miljøet og situasjonen, slik at det ikke er noe i veien for at samme ord kan ha flere betydninger, brukt til forskjellig tid og under ulike forhold. Ikke minst i handelslivet er det almindelig at ordene tas i annen mening enn den offisielle, at de m. a. o. har en *sekundær betydning* ved siden av denne. Det kan ha mange grunner, men en av de viktigste er sikkert at de sprogdannende prosesser her ofte blir drevet med full bevissthet og stor energi. Den som vil arbeide et merke inn, søker nemlig å gjøre sproget til sin spesielle tjener ved å gi det en ny og særlig betydning, mens konkurrentene til et godt ordmerke gjerne vil trekke merket inn i den vanlige sprogbruk, for å kunne vanne det ut og bruke det selv. Det er derfor ikke så rart, at man sjelden konstaterer så tydelig som her at ord kan ha

mange betydninger. Og da handelslivet, og særlig merkeretten, opererer med folks virkelige forestillinger og vendinger og ikke med abstrakte filologiske kategorier, er det klart at det ofte blir den «sekundære» betydningen av ordene som merkerettslig sett er den riktige, og den som den levende rettsbruk må regne med og ta hensyn til.¹

Vi har alt sett eksempler på dette, da vi snåkket om de deseptive varemerker. Om merket rent sproglig var villedende, f. eks. fordi det satte varen i forbindelse med et stedsnavn som den ikke har det fjerneste med, er all tale om bedragerisk merkebruk utelukket, dersom alle forstår at dette ikke er meningen. Ord som wienerbrød, berlinerblått, schweizerpølse, franskbrød angir visstnok primært hvor tingene kommer fra. I tidens løp er de imidlertid gått over til å bli almindelige artsbetegnelser, og denne «sekundære» betydning er den som alle fornuftige forretningsfolk regner med. Når vi taler om vilkårene for å innarbeide et varemerke, er det imidlertid en annen prosess som interesserer: Ord som sproglig sett er stedsbetegnelser, eller som inneholder en beskrivelse eller karakteristikk av varen, blir ikke artsbetegnelser, men går over til å bli kjenne-tegn for en enkelt produsent. De vinner m. a. o. en ny og sekundær betydning, som gir dem den distinktive evne de mangler fra fødselen, og som er nødvendig for å gjøre dem til sanne varemerker. Det kan være et stedsnavn som setter sin opprinnelige betydning til på denne måten; fra engelsk praksis nevner man gjerne at «Glenfield Starch» og «Stone Ale», som opprinnelig siktet til de byene hvor produktene blev laget, er gått over til å bli særlige merker for et bestemt bryggeri og en bestemt stivelsesfabrikk. Men det er heller ikke noe i veien for at utsagn som er enda mere direkte beskrivende, forvandles på samme måten. I en berømt dom, *Reddaway v. Banham* fra 1896, antok således retten at merket «*Camel Hair Belting*» var gått over til bare å bety de kamelhårsremmer som firmaet *Reddaway* bragte i handelen (*P e a r c e* s. 44). Dette firma kunde følgelig forby andre å presentere sine maskinremmer under denne betegnelsen, skjønt den tilsynelatende er så beskrivende som vel mulig.

¹ Det samme synspunkt kommer frem over hele konkurranseretten, f. eks. når det gjelder å bedømme om en reklame er «usann».

I og for sig er det ikke uten betenkelighet at en forretningsmann således kan forbeholde en del av sprogets almindelige gloser for sig selv, ved å innarbeide dem i en sekundær betydning. Med rette sier dommer Neville i en annen engelsk dom som også stadig citeres (Pearcè s. 45): «*It is undoubtedly a matter of importance to protect a trader from any unfair attempt to take advantage of his reputation, but it is, I think, equally important to protect His Majesty's subjects in their right to use The King's English.*» Allikevel går ikke loven så langt at den ubetinget forbyr innarbeidelse av merker hvis primære innhold er beskrivende. Men det ligger i sakens natur at man må kreve nokså strengt bevis for å gå med på at det virkelig er et særmerke man isåfall har for sig. Er det en stedsbetegnelse som er tatt som merke, passerer dog saken nokså glatt. Men består merket av ord som er gjengs i dagligtalen, og har uomtvistelig deskriptiv betydning, vil det være vanskelig eller umulig å få krystet denne betydningen slik ut av dem, at de går over til å bli en særbetegnelse for en enkelt fabrikants varer. Som Lord Halsbury sier i dommen Reddaway v. Banham: «*The more simple the phraseology, the more like it is to a mere description of the article sold, the greater becomes the difficulty*» (Pearce s. 43).

Den vanskelighet det hele tiden tales om er dog rent faktisk, og bundet i sprogets motstand mot å la sig forvandle til en enkelt handelsmanns privatredskap. Hvis dommeren imidlertid finner at prosessen er fullbyrdet, at ordene virkelig er blitt «kjent som den enkelte forretningsmanns særlige merke», har loven ikke mere å skulle ha sagt. Da har, som så ofte ellers, «divet vært sterkere enn lovgiveren», og det opprinnelig deskriptive merke tar sin plass blandt de beskyttede merker med innarbeidelsens rett. Publikums dom og sprogbruk er nemlig i dette stykke inappellabel. Det fremhever Mot. V. uttrykkelig (s. 44): «Har nemlig merket erhvervet anerkjennelse som en spesiell bedrifts merke, ligger heri, at det, selv om det består f. eks. av en betegnelse der retts teknisk faller inn under hvad loven kaller en prisangivelse, av publikum ikke er oppfattet faktisk å være prisangivelse, men simpelthen en fantasibetegnelse for varen.»

IV. Når loven således kjenner to slags varemerker, noen som hviler på bruk og noen på registrering, blir det viktig å bringe forholdet mellom dem på det rene.

1. Da V. bestemte sig til å anerkjenne også de innarbeidede varemerkene, og gav dem en beskyttelse som i hovedsaken faller sammen med de registrertes, lå det nær å spørre om man ikke kunde ha sløifet hele registreringsinstitusjonen, og klart sig med innarbeidelsen. Mot V. stillet også spørsmålet; men i likhet med all fremmed rett besvarte man det med nei. Registreringen skaffer for det første verdifull klarhet over hvordan merket ser ut, og hvilke varer det gjelder for. Den kunngjør merkeretten på en effektiv måte, og hindrer alle ufrivillige efterligninger. Viktigst er det dog at registreringen skaper *ø i e b l i k k e l i g v e r n*, slik at man ikke risikerer å kaste bort penger på å reklamere op et merke, som det kanskje allikevel ikke lykkes å vinne enerett til.¹ «Om der på noe felt trenges en sikker og øieblikkelig rettsbeskyttelse, gjelder dette på varemerkets område,» sier Mot. V. med rette (s. 28).

2. Av de grunner som blev nevnt kan det tenkes at den som har innarbeidet et merke, gjerne vil registrere det som sitt. Dette er naturligvis en kurant sak, hvis merket fyller de kravene som V. stiller til dets innhold i §§ 1, 2 og 3; at merket alt er innarbeidet hos publikum, kan jo ikke være noe diskvalifiserende moment. Men hvis det innarbeidede merke sproglig sett er deskriptivt, kan vanskelighet tenkes å opstå. Når man erindrer at merket bare har kunnet slå igjennem, hvis beskrivelsen har fått hevd som særlig kjennetegn for varen ved at ordene har vunnet sekundær betydning, må resultatet dog bli at heller ikke dette er noen hindring for registrering. Både hos oss og annetsteds har denne opfatningen trengt gjennom. I Tyskland har man registrert merker som «A. E. G.» og «4711», «Elberfelder Farben», «Deutz Motoren», «Vacuum» etc.² skjønt de uten innarbeidelse vilde ha vært avvist. Her i Norge har man gjort det samme med Hydros «Norgessalpeter».

Under de nordiske varemerkekonferanser foreslo svenskene at loven skulde si uttrykkelig, at også deskriptive merker kunde registreres, bare de var innarbeidet.³ De norske delegerte hadde dog liten lyst på dette. Men for tydelighets skyld har man føiet til en passus i § 2, som dekker den praksis der har utviklet sig og som

¹ Det skal ofte et stort og dyrt apparat til, for et nytt margarin- eller cigarettmerke kan lanseres.

² C a l m a n n s. 112.

³ Det gjør den nye tyske V.

svarer til Haagkonvensjonens art. 6 pkt. 2. «Ved avgjørelsen av et varemerkes karakter av et særmerke blir å ta hensyn til alle faktiske omstendigheter, navnlig til hvor lenge merket har vært i bruk.» Etter denne regelen er det ikke tvilsomt at innarbeidede merker kan registreres, selv om de tilsynelatende er temmelig deskriptive.

3. Det er naturligvis lovens håp at det registrerte og det innarbeidede merke skal fylle hvert sitt praktiske behov, og forøvrig gresse fredelig ved siden av hverandre. Imidlertid kan man ikke være blind for at muligheten for kollisjon er tilstede.

Det kan således hende at et innarbeidet merke blir registrert av en annen forretningsmann for samme slags varer, fordi patentstyret enten har vært uopmerksom på innarbeidelsen, eller ikke funnet den tilstrekkelig «vitterlig» (§ 3). Vi har alt nevnt hvordan § 10 løser denne konflikten: Uten hensyn til om registreringen er skjedd i god tro blir merket strøket i registret, når eieren av det innarbeidede merke reiser søksmål. Men loven har funnet det rimelig at han ikke drøier for lenge med å gå til sak. Har han ikke gjort det innen 3 år fra den dag merket er ført inn i varemerkeregistret, blir registreringen stående ved makt, hvis det ikke kan godtgjøres at den er foretatt «i ond tro», d. v. s. med kunnskap om at merket alt var innarbeidet for andre.¹ Det sies ikke uttrykkelig hvad som blir følgen for det innarbeidede merke, hvis preklusjonsfristen sittes over. Men da registreringen fra dette øieblikk er uanripelig, synes den å måtte gi innehaveren den fulle enerett, overensstemmende med V. § 5, og denne enerett må også kunne gjøres gjeldende overfor det innarbeidede merke. Slik er loven også blitt forstått av et par byrettsdommer (N. I. R. 1932 s. 34—35), likesom forarbeidene peker i denne retning.² Resultatet kan synes hårdt, særlig når den som har latt merket registrere ikke har brukt det i praksis, så eieren av det innarbeidede varemerke er blitt advart. Dette vil dog ofte være et sterkt indisium på at regi-

¹ Hverken Sverige eller Finnland har noen slik preklusjonsfrist. I den nye danske loven er den hevet fra 1 til 5 år, og i England er den 7. På de nordiske varemerkekonferanser var stemningen nærmest for å sløife den. Før 1936 var den 2 år hos oss.

² «Mellem registrerte og innarbeidede varebetegnelser vil der således kun i løpet av 2 år fra merkets anmeldelse kunne opstå kollisjon» sier Mot. V. s. 40. Alfred J. Bryn, som var medlem av patentlovkommissjonen, forstår dog loven anderledes (s. 150 ff.).

streringen er skjedd i ond tro, sånn at preklusjonsfristen ikke gjelder. Og også ellers er det nok mulig at man ved generalklausulens hjelp kan lempe litt på den «strengte rett» som V. har slått fast, for å skape klarhet i merkeforholdene, og hindre at to like kjennetegn blir stående ved siden av hverandre for samme varer (se nærmere § 50).

Det kan også være at et varemerke arbeider sig inn, e f t e r a t e n a n n e n h a r r e g i s t r e r t d e t s o m s i t t. Heller ikke her kan man anta at de to «enerettigheter» blir stående uanfektet ved siden av hverandre, men den yngre rett — altså den som hviler på bruken — må vike for den eldre, registrerte. Imidlertid kan nok forholdene ligge slik an at resultatet blir det omvendte, at det registrerte varemerke må takke av. Hvis nemlig dettes innehaver har sittet og sett på innarbeidelsen, og har gledet sig til å hugge inn når tiden syntes ham moden, vil han lett anses for å ha forspilt sin merkerett i kraft av de regler om passivitet under rettsutøvelsen, som i rettspraksis er slått fast hos oss.¹

§ 43.

Varemerkerettens innhold, gjenstand og rettsvern.

I. Likeså litt som de andre åndsrettighetene gir varemerkeretten adgang til å øve helt almindelig rådighet over det gode som er gjenstand for retten. Dels trekker sakens natur visse grenser i så henseende, idet rådigheten ikke rekker lenger enn merkets evne til å tilfredsstille praktiske forretningsbehov. Dels griper positive rettsregler inn, regulerende og begrensende.

Ser man på varemerkenes oppgave i forretningslivet, konstaterer man at deres virkeområde i flere retninger er blitt utvidet i den senere tid. Hovedformålet med dem er naturligvis fremdeles å k j e n n e t e g n e f o r r e t n i n g s m a n n e n s v a r e r, så de ikke blir blandet sammen med andres. Men forholdet mellom varen og dens merke er blitt mangesidigere, man kunde fristes til å si spiritualisert, i tidens løp. I gamle dager nøide man sig med å klistre merket på varen, «merket» den altså rent fysisk med det. Moderne omsetnings- og reklameteknikk har imidlertid ført med sig, at merkets evne som kjennetegn også blir utnyttet på annen måte. Også i omtale av varen

¹ Se nedenfor. I Tyskland har man flere viktige dommer i denne retning.

bør merket følge med, overhodet overalt hvor reklamen for den setter inn. Ofte arter denne sig endog sånn, at man koncentrerer oppmerksomheten om merket som varens symbol, mens varen selv trer i bakgrunnen. Denne ekspansjon av merkebruken er særlig knyttet til ordmerkene. Som alt nevnt er disse forsåvidt overlegne over figurmerkene, som de i virkeligheten er veritable navn på varen, og følger den også i omtale. Storparten av den navnebruk som vi beskrev ved personnavnet, faller derfor innenfor et ordmerkes naturlige anvendelsesområde.

Men handelsbruken er ikke stanset op ved dette. Fra å bruke merket i varereklamen til å bruke det i reklamen for f o r r e t n i n g e n s e l v er bare et lite skritt, som forlengst er tatt i praksis. På skilter, fakturaer, i annonser o. s. v., kortsagt overalt hvor det er forretningens navn som skal innprentes, er det blitt mere og mere almindelig at dens vellykkede merker følger med. Og forbindelsen mellom forretning og merke kan lett drives så langt at de smelter helt sammen i publikums bevissthet, slik at merket går over til å fungere som et virkelig forretningsnavn, nesten i konkurranse med firmanavnet. Å hevde at dette er en prinsippstridig utglidning og ikke sann og adekvat merkebruk, vilde være pedanteri. Livet har anvist merkene nye og viktige virkefelter, og det står til rettsordnen å akte på utviklingen og forme sine regler efter den.

1. Sammenligner man reglene om merkerettens omfang i den gamle og den nuværende V., ser man da også at dette i adskillig utstrekning er skjedd. Den gamle loven nøiet sig med å true med straff, hvis man anbragte andres merke på sine varer eller på deres innpakning (§ 12). Den nye strekker enerettens omfang langt videre, skjønt heller ikke den dekker all den merkerett vi nettop skildret. Om den rett som registreringen gir sier V. i § 5: «Det ved registrering opnådde vern medfører den virkning at ingen annen enn merke innehaveren kan sette samme merke på varer av samme eller lignende slags, som has eller skal holdes tilfals, likeså litt som på disses innpakning (emballasje) eller på kunngjørelser, skilter, prislister, forretningsbrev, anbefalinger, regninger o. l. og heller ikke falholde eller forhandle således merkede varer.»

a) Det er som man ser en temmelig mangesidig anvendelse av merket som på denne måten er innehaveren forbeholdt. Men hele tiden er det betingelsen at det er tale om å sette merket på

varen, skiltet eller regningen. Det andre må la være er m. a. o. å sette den synlige gjengivelse av merket i forbindelse med sine egne produkter eller sin egen forretning.¹ Derimot rammes det ikke av V. om merket brukes på denne måten i omtale, f. eks. når en kjøpmann muntlig presenterer A.s varer under B.s merke, eller A. gjør reklame for sine varer i radio og tar B.s varemerke forfengelig. Enda mindre når en kjøpmann gir en kunde som ber om X-såpen, et stykke av Y-såpen isteden, eller når han plukker av fabrikantens merke før han selger varen.² — Dette med å «sette merket på varen» må dog ikke tas altfor bokstavelig. Om man således får fatt i konkurrentens emballasje og pakker sine egne varer inn i den, er dette varemerkekrenkelse god nok, selv om merket var stemplet på emballasjen, og man ikke selv har satt det på. Likeså om man tar et utsnitt av den ekte vare der merket sitter og plaserer det som en integrerende del av sitt eget fabrikat, sånn at det ser ut som om merket gjelder hele greia. Eller foretar en så grundig «reparasjon» av andres produkter, at det i virkeligheten ikke er stort annet enn merket som blir igjen av originalen.³

Det er ikke bare bruken av merket som isåfall er rettsstridig. Her som ved patentinngrep er det også forbudt å «falholde eller forhandle således merkede varer». Og skjønt det ikke sies uttrykkelig, må utleie av dem stille sig på samme måten. Om andres merker anbringes på ting som bare skal tjene til privat bruk, kolliderer en derimot ikke med varemerkeretten, iallfall ikke når det skjer innenfor hjemmets fire vegger. Man finner altså igjen den begrensning til det erhvervsmessige og offentlige som er så gjennomgående i hele åndsretten. Desto sikrere er det at det ikke er forbudt «rådighet», at man nytter merkereproduksjoner til å dekorere vegger med, selger dem som brevkort eller bruker dem som mønstre. Her tjener ikke merket som kjennetegn, men som noe ganske annet; det kan være at dette krenker kunstnerretten, men aldri varemerkeretten.

¹ Også når man setter det på for andre er det naturligvis merkeinngrep, N. I. R. 1932 s. 36.

² Italias lov (art. 88) forbyr dette sist.

³ I Sverige har man med rette dømt det som merkekrenkelse, at en mann kjøpte «Omega»-ur av nikkell, og monterte urverket inn i gullkasser som han solgte under Omegas merke. (N. I. R. 1933 s. 59.)

b) Det er dog ikke alle slags varer som det er forbudt utenforstående å sette merket i forbindelse med. Retten rekker ikke lenger enn til varer av samme eller lignende slags, som dem merket er registrert for. Før man kan vite om annen manns bruk av merket er rettsstridig, må man derfor alltid undersøke varemerkeregistret og se hvilke varer eller vareklasser registreringen gjelder for. For disse og «lignende» varer gir registreringen enerett.

Grunnen til at merkeretten er begrenset på denne måten har vi vært inne på før i forbindelse med det klassesystem som V. innførte, og som nesten all fremmed rett har maken til: Man vil ikke strekke eneretten lenger enn virkelige interesser kan forsvare det, og ikke i utrengsmål legge bånd på friheten til å merke sine varer som man vil. Derfor må det oppgis hvilke varer merket skal brukes til. Og når det er tale om varer som ikke ligner disse det fjerneste, kan det i virkeligheten være merkets innehaver likegyldig om de falholdes under samme merke som hans egne. For når det ikke engang er abstrakt forvekslingsmulighet tilstede, kan slik dobbelt merkebruk ikke føre til at folk forlanger andre varer enn de egentlig mener.¹ Heller ikke vil man lett legge ansvaret for at potetoptageren «Rafsa» er slett, på fabrikanten av sundhetsdrikken av samme navn, slik at dennes goodwill tar skade.²

Denne begrunnelsen må en ha for øie ved tolkningen av budet om at varene ikke må være «av lignende slags» som dem merket gjelder for. Det er ikke alltid nok at de skiller sig i ytre og sammensetning, eller at de tjener forskjellige behov. Hvis de optrer sammen i livet, forhandles i samme butikker eller lages av samme fabrikker, kan det likevel hende at merkemisbruk foreligger. For isåfall vil folk lett tro at varene tross ulikheten skriver sig fra innehaveren av merket, og legge ansvaret for dårlig kvalitet på ham. At man i dette stykke ikke kan søke nevneverdig støtte i klasseinndelingen

¹ Alt Bartolus var opmerksom på denne siden ved kjennetegnenes rett. Om retten til et våben sier han således at man kan protestere om folk i nabolaget bruker det, for da kan forveksling skje, men ikke om en tyskers våben blir brukt av en mann i Rom (Kohler W. s. 28).

² Helt ut holder dette dog ikke stikk. Et merke som har oparbeidet sig ry for høieste kvalitet, skades alltid når det optrer tarvelige produkter av samme navn, skjønt i en ganske annen branche. Kaller man en stinkador av en eigar for «Rolls Royce», smitter dens renommé alltid litt av på bilens. Se nærmere § 55.

er klart, og blir også understreket av Mot. V. (s. 51). På den ene siden kan det godt hende at en vare «ligner» en annen, skjønt de hører til hver sin klasse, f. eks. senger i klasse 15 og sengeutstyr i klasse 6. På den annen side er det tenkelig at registreringen ikke hindrer at merket blir brukt for andre varer i samme klasse, hvis de da ikke er registrert for hele klassen; brennevin og mineralvann, som begge hører til klasse 24, kan her tjene til eksempel.¹

c) Innenfor den rammen som herved er trukket gjelder eneretten imidlertid i hele landet. Og den er forsåvidt absolutt, som det ikke er et vilkår for merkeinnngrep at bruken fører til konkret forvekslingsmulighet, eller at merkeinnhaverens goodwill virkelig har tatt skade.² Om derfor en detaljist lar registrere et merke for sin kolonialbutikk i Kristianssand, kan han forby en kollega å bruke det i Vadsø. En lignende absolutt karakter hadde jo også navneretten, og innenfor registreringskommunen også retten til firma.

Noen innskrenkninger i enerådigheten av hensyn til almenhetens interesse, slik som vi kjenner dem fra åndsproduksjonens rettigheter, er det ikke tale om. Tvertimot faller merkeinnhaverens og publikums interesse helt sammen, idet også publikum er interessert i at varer og forretninger blir individualisert så godt som mulig.

d) Det fremgår av foranstående, at det ikke er full identitet mellom den enerett som V. gir, og den bruk som i det praktiske liv gjøres av merket. Vi har f. eks. nevnt at eneretten ikke hindrer at merket settes i forbindelse med andres varer i omtale, og det samme gjelder når det er som almindelig forretningsnavn at et varemerke blir brukt. Det er imidlertid et spørsmål om ikke de spesielle merkebestemmelsene blir supplert av andre rettsregler i så måte. Det kommer vi senere tilbake til.

2. Det innarbeidede merkes rettsbeskyttelse hviler som alt nevnt på tre paragrafer i V., § 23, § 10 og § 3. Den

¹ BRD. i N. I. R. 1935 s. 179 fant at skjorter og snipper måtte sies å være varer av «samme eller lignende slags» som bomullstørklær. «Begge varesorter var produkter av tekstilindustrien, hadde delvis samme bruksøiemed, hørte til samme klasse av beklædningsgjenstander, samt solgtes i de samme forretninger med tildels samme kundekrets.» I N. I. R. 1932 s. 36 blev det antatt at et merke som var registrert for såpe og renselsesmidler, ikke av en annen kunde registreres for skotøi.

² Det fremgår bl. a. av V. § 22 sammenholdt med § 23, jfr. Mot. V. s. 44.

første beskytter det — sammen med det såkalte vareutstyr — mot andres uhjemlede bruk, de to siste gir merkets innehaver rett til å skride inn dersom en annen har registrert merket som sitt, eller forsøker på det. § 23, som er en hovedbestemmelse i loven, lyder: «Varer som holdes eller skal holdes tilfals, deres innpakning eller de i § 5 iøvrig omhandlede gjenstander må ikke uhjemlet gis merke eller utstyr som innen vedkommende omsetningskrets er kjent som en annen forretnings særlige kjennetegn for varer av samme eller lignende slags, likeså litt som således merkede eller utstyrte varer må falholdes eller forhandles, såfremt derved fremkalles fare for forveksling m. h. t. den forretning hvorfra varene hithører.» § 10 uttrykker sig på samme måten, mens § 3, der handler om patentstyrets plikt til å avvise merker som andre har innarbeidet, krever at merket skal være vitterlig kjent innen vedkommende omsetningskrets o. s. v.

Som man ser gir innarbeidelsen en rettsbeskyttelse som i hovedsaken er parallell med den registreringen skaper.¹ En vesentlig forskjell er det dog: Mens registreringen gir rett til å gripe inn, selv om det ikke er virkelig konkret forvekslingsmulighet tilstede, er det bare når det «derved fremkalles fare for forveksling», at innehaveren av et innarbeidet merke kan protestere mot andres bruk av det.² Har de to forretninger hvert sitt geografiske omsetningsområde,³ kan det således ikke lett hende at deres varer

¹ På de nordiske merkekonferanser foreslo Sverige at et innarbeidet merke (i motsetning til vareutstyret) ikke skulde være beskyttet mot andres bruk, men bare mot merkets registrering. Dette fant man i Norge vilde være et tilbakeskritt, og har beholdt § 23 som den var.

² Vil en annen derimot registrere merket, kan den som har innarbeidet det alltid protestere. Registreringen vilde jo gi ubetinget enerett til å bruke merket i hele landet.

³ At omsetningskretsen er lokal, er naturligvis ingen hindring for rettsbeskyttelsen. På den annen side er det heller ikke utelukket at den omsetningskrets som kommer i betraktning er utenfor Norges grenser. I forhold til V. § 10, altså når det gjelder å få strøket et registrert merke som kolliderer med et eldre, innarbeidet, sier Mot. V. s. 53: «Hvorvidt omsetningskretsen finnes innen eller utenfor riket er likegyldig. Ved eksportvarer kan utstyret eller varebetegnelsen nettop være beregnet på utenlandske kundekretser; men dette bør ikke mere gi et konkurrerende firma adgang til å registrere samme merke, enn om kundekretsen fantes innen riket.» Ganske ens må imidlertid «vedkommende omsetningskrets» forstås, når det gjelder § 3 eller § 23. Jfr. Utk. 1930 s. 17—18.

blir forvekslet. Hvis derfor kolonialhandleren i Kristianssand fra eksemplet ovenfor ikke har registrert, men bare innarbeidet sitt varemerke, kan han ikke hindre kjøpesummen i Vadsø fra å gjøre det samme deroppe.

Mens det registrerte merkes rettsbeskyttelse er stiv og absolutt, er den rett innarbeidelsen gir følgelig elastisk og relativ, og forutsetter alltid at aktuelle interesser er krenket. Det henger sammen med at registreringen er en formalakt, mens vernet for det innarbeidede merke direkte er utslag av prinsippet om at all konkurranse bør være lojal. Denne kamp føres ikke mot vindmøller, men bare for å verne virkelige interesser mot aktuelle angrep. Og som Mot. V. fremhever (s. 44) er det ikke alltid det skader at andre bruker ens innarbeidede merke, selv om varene ligner hverandre. Hvis omsetningskretsen for de to forretninger er forskjellig, kan man fra et konkurransesynspunkt ta saken med ro. «Er der ikke fare for forveksling, inneholder bruken heller ikke noen utilbørlig konkurranse eller noen villedning av det kjøpende publikum, og det er da ingen grunn til å beskytte utstyret (inklusive merket) lenger enn disse hensyn som er de bestemmende for beskyttelsen, tilsier.» Heller ikke den rett som registreringen gir er naturligvis uten forbindelse med virkelige interesser hos rettighetshaveren; at den er begrenset til varer av samme eller lignende slags viser jo at man begrenser eneretten, når det ikke engang er abstrakt forvekslingsmulighet tilstede. Den innarbeidede varemerkerett står imidlertid i et nærmere forhold til interessen: forvekslingsmuligheten er tatt inn i selve retten, og begrenser den så å si innenfra. Denne forskjellen mellom retten til de kjennetegn som har et formelt rettsgrunnlag i registrering eller lignende, og de som vokser frem av handelsbruken selv, går som vi skal se igjen i hele kjennetegnes rett.

En vanskelighet står imidlertid tilbake: Hvis man bare skal ta hensyn til de varer som merket alt er innarbeidet for, og bare til den omsetningskrets som alt er erobret, kan det hende at merkets innehaver med rette kan beklage sig. Han mister på denne måten retten til å føre merket med sig, når han utvider forretningen til nye varer eller nye distrikter. Disse naturlige ekspansjonsmuligheter må retten ta hensyn til i større eller mindre grad, eftersom andres nyopdukkende bruk av merket har et mere eller

mindre illojalt preg. Under alle omstendigheter blir det dog tilbake adskillige muligheter for kollisjon, når to forretninger som hver for sig har brukt samme merke, senere utvider sig så de kommer i berøring med hverandre. Det kommer vi senere tilbake til.

3. Ved alle åndsrettighetene kan man som bekjent sonde mellom retten og eneretten, mellom den rådighet som eieren selv kan tillate sig, og den han kan forby andre. Det kan man også efter V., forsåvidt som loven går ut fra at det er en virkelig enerett registreringen gir (§ 1). Her i varemerkeretten er det dog enda mindre grunn enn ellers til å understreke denne dobbeltheten. Forbudssiden er nemlig så åpenbart den viktigste, at enkelte paragrafer likefrem går ut fra at hele «virkningen» av registreringen er at andre blir hindret i å bruke merket (§ 5).

II. Gjenstanden for varemerkeretten er selve merket. Dog ikke dets enkelte eksemplarer, men merket som ulegemlig gode. Her som ved de andre åndsrettighetene er denne forskjellen grunnleggende. Det er det samme merke om det gjengis i sort og hvitt eller i farver, i store eller i små dimensjoner. Og selv om man endrer merket litt i detaljen, er det ikke sikkert at det er et nytt merke man har laget. Det vilde stå dårlig til med merkeretten, om man kunde komme så lettvinnt utenom den. I praksis er det imidlertid alltid dette man forsøker sig på, og derfor er det viktigste spørsmål i hele varemerkeretten, hvor langt merket er beskyttet mot andres efterligning av det.

Ved åndsverkene og oppfinnelsene løste man det tilsvarende spørsmål ved å undersøke om «etterligningen» var en ny og original åndelig innsats, av samme slag som den verket selv var uttrykk for. Før å avgjøre om et kjennetegn er nytt eller bare en efterligning av et annet, må man spørre om det i praksis vil bli oppfattet som det samme individualiseringsmiddel, med andre ord om de to kjennetegn vil bli forvekslet med hverandre når de brukes side om side. Svarer man ja på dette, er det i virkeligheten ikke to forskjellige kjennetegn, men det samme kjennetegn i en annen skikkelse. Denne grunnsannhet gir V. uttrykk for i § 3, og i en form som også teoretisk er uangrikelig: «Ved «samme merke» forstås i nærværende lov også et merke som er så likt et annet, at det er egnet til i den almindelige omsetning å fremkalle forveks-

ling med dette.» (Jfr. også § 22 c og § 23). Varemerket er nemlig som Kohler sier et «*Eindruckszeichen*», og derfor gjelder grunnsetningen: «*Gleicher Eindruck, Gleichheit des Zeichens*» (W. s. 160).

Skjønt dette synspunktet ikke er forskjellig fra det som navneretten og firmaretten må anlegge, passer det best å foreta den nærmere belysning av det her i varemerkeretten. For det første er det her særlig praktisk, og en rekke dommer beskjeftiger sig med det. Og dernest har loven her uttalt prinsippet i en klar og pregnant form:

1. Den oppgave som stilles dommeren er ikke å undersøke om han kan se forskjell på merkene der de ligger fredelig foran ham på bordet, og han kan ta sig den tid han trenger til å studere dem. Heller ikke skal han spørre sig om han kom til å forveksle dem, hvis han kom over dem i det praktiske forretningsliv. Det er h v a d p u b l i k u m v i l g j ø r e som er det avgjørende. Og for å danne sig en mening om dette må dommeren bokstavelig krype ut av sitt gode skinn, og søke å leve sig inn i hvordan godtfolk vil reagere overfor merkene når de møter dem i livet. På den ene siden må han tenke sig hvordan erindringsbilledet av merket opstår; man blar i en avis eller stirrer sløvt på lysannonsene i en sporvogn, man fordriver tiden i mellomakten på en kino ved å kikke litt på reklamefilmen, eller man ser løselig på emballasjen til tobakken før man putter den i snadden. På den annen side må dommeren huske at folks erindringsevne er temmelig begrenset, og at man ikke opbyder sitt maksimum av åndelig energi for å prente varemerker inn i hukommelsen.¹ I alle tilfelle vil varens art og det publikum den henvender sig til ha betydning; et varemerke på en bil skjenker man større oppmerksomhet enn på en sardineske (P e a r c e s. 12). Overhodet lar det sig ikke gjøre å regne op alle de momentene dommeren må ta hensyn til. Han må leve sig inn i alle de forhold som møter varemerket i livet, og mobilisere all sin intuitive evne og

¹ Også før V. var det på det rene at det er inntrykket i praksis som må avgjøre om to varemerker kan forveksles. Jfr. Rt. 1906 s. 708 og 713. «*The whole question in these cases*» sier Lord Halsbury, «*is whether the thing — taken in its entirety, looking at the whole thing — is such that in the ordinary course of things a person with reasonable apprehension and with proper eyesight would be deceived.*» (P e a r c e s. 80.)

innsikt i kundepsykologien for å komme til et riktig og rimelig resultat.¹

Det er helhetsinntrykket av merket som til syvende og sist blir avgjørende for forvekslingsmuligheten. Men alle sidene av det må tas med i betraktningen, såsant de gir bidrag til dette. Ved et figurmerke er det derfor ikke bare formen, men også fargen det kommer an på. Ved et ordmerke ikke bare skrivemåten, men også uttalen. Og da også meningen av merket hører til det som fester sig i erindringen hos folk, må heller ikke denne glemmes. Et billedmerke av en bjørn kan derfor godt bli ansett for å være forvekselbart med ordmerket «Bjørn» sier Mot. V. med full rett (s. 42).² Erfaringen viser imidlertid at ikke alle sidene ved merket preger sig like sterkt i erindringen. Noen av dem kan være mere centrale og dominerende enn de andre. Og svært ofte blir det da avgjørende for forvekslingsmuligheten, om man finner disse dominerende trekk igjen hos det nye merket, eller det bare er i periferien merkene ligner hverandre.³

2. Det sies ikke i loven hvor stor likheten må være, før merket kan anses «egnet til i den almindelige omsetning å fremkalle forveksling» med et annet. Alt er her overlatt til domstolenes praktiske skjønn. Den gamle V. hadde i sin tid en annen regel. Hvis et merke dengang skulde avvises fra registrering, måtte det enten være «fullkommen likt» et annet, eller iallfall «dett kunne forveksles»

¹ Dette er ett av de mange eksempler på hvordan varemerkeretten henger nøie sammen med det pulserende forretningsliv, og henter sine begreper og sine distinksjoner like ut av livet selv.

Det lar sig ikke nekte at mange dommere er for stivbente og fantasiløse til å løse den oppgave som varemerkeretten stiller dem. For å hjelpe dem i så måte har man i Amerika søkt å belyse kundepsykologien på eksperimentell basis, for å vise hvordan forvekslingsmulighetene stiller sig i praksis. Slike undersø. ser tør ha en fremtid for sig.

² I N. I. R. 1935 s. 57 fant retten på grunnlag av en helhetsbetraktning av merkene, at dette ikke var tilfellet. Den tyske Reichsgericht gikk tidligere ut fra at billedmerker og ordmerker ikke kunde forveksles. Nu har dog retten skiftet mening.

³ Jfr. en artikkel av Vinding Kruse i N. I. R. 1932 s. 17. Rosenthal (s. 428) nevner et eksempel fra tysk firmapraksis: Cigarettfabrikken J. Malzmann A/S fikk beskyttelse mot «Tabak und Zigarettenfabrik Lamata, A. Malzmann & Co.» fordi navnet Malzmann som også var registrert som varemerke, var det dominerende trekk også ved det nye firma. Det var nemlig dette der som *Schlagwort* falt publikum i øinene. Se også BRD. V s. 47—48 og s. 301.

med dette. Tok man denne bestemmelsen på ordet, vilde som Mot. V. sier, «merker som faktisk i omsetningslivet virker villedende, og må forutsettes å måtte virke således dog bli oprettholdt, fordi man ikke tør karakterisere adgangen til forveksling som lett» (s. 41). Dette fant den nye V. urimelig, og strøk kravet om at forveksling «lett» må kunne skje. Tvert imot peker hele ånden i loven klart i retning av at man ikke bør være særlig tilbakeholdende, når det spørres om et nytt varemerke ligner et annet for meget. Det innskjerper også Mot. V. kraftig: «I det hele bør man visselig ikke være for engstelig for å konstatere en likhet som i omsetningslivet anses egnet til forveksling. Det er ikke i det kjøpende publikums interesse, og tjener ikke til å motarbeide utilbørlig konkurranse, om man drar grensene for snevert, mens på den annen side den som benytter et merke der frembyr likhet med et eldre beskyttet merke i tvilstilfelle bør avholde sig fra dette, og hvis han allikevel søker å komme så nær et eldre merke som mulig, bør denne bestrebelse ikke vises noen særlig imøtekommenhet, da adgangen til å finne nye og forskjellige merker eller betegnelser er tilstrekkelig omfattende» (s. 42).

Det avhenger dog adskillig av merkets egen karakter, hvor langt andre plikter å holde sig på avstand fra det. De sterke merkene står i så måte gunstigere enn de svake. Disse siste vil nemlig gjerne inneholde beskrivende elementer eller fritegn ved siden av de særtrekk som sikrer merket dets distinktive evne, og disse deler av merket er det ikke noe i veien for at andre tar op,¹ når de bare setter dem inn i en ny og forskjellig ramme.

3. I prinsippet må forvekslingsmuligheten bedømmes på samme måten, enten det er spørsmål om å nekte registrering fordi et merke påstås å kollidere med et eldre, eller det gjelder å avgjøre om bruken av det strider mot andres merkerett. Den nyansen er det dog, at mens registreringsmyndigheten må bygge på hypotetisk grunnlag, og tenke sig hvordan merkene vil arte sig i livet, står domstolen gunstigere til, fordi den skal bedømme en bruk som faktisk har funnet sted. Den som mener at merkeretten er krenket, behøver da ikke nøie sig med å peke på forvekslingsmuligheten, men vil ofte kunne støtte sin påstand ved å dokumentere tilfelle hvor forveksling faktisk har funnet sted. Dette er nemlig et sterkt indicium på at

¹ § 4 i den gamle V. sa uttrykkelig at registrering ikke måtte nektes, når likheten med et eldre merke berodde på sånne elementer, som var fri for alle.

merkene «egner sig» til å forveksles med hverandre, skjønt naturligvis ikke avgjørende, siden forvekslingen kan være personens feil og ikke merkets. På den annen side er det ikke et nødvendig vilkår for at klageren får rett, at han fører bevis for aktuelle forvekslinger.

Når hele situasjonen peker i retning av at det nye varemerket nettop er valgt i h e n s i k t å fremkalle forveksling, skal det særlig lite til før dommeren erklærer merkemisbruk for å foreligge.¹ Men også her må det være en viss objektiv sannsynlighet for at publikum kan komme til å forveksle merkene med hverandre. «*When once you establish the intent to deceive,*» sier Lord L o r e b u r n i en engelsk dom, «*it is only a short step to proving that the intent has been successful, but s t i l l i t i s a s t e p, even though it be a short step.*» (P e a r c e s. 21.)

4. For å gi de foregående utviklinger en viss praktisk illustrasjon, gjengir vi noen tilfelle fra praksis, hvor spørsmålet om forvekselbarheten av varemerker har vært drøftet: Ordmerket «Radia» som blev brukt for radsåmaskiner ansås for å kunne forveksles med «Radix», som var registrert for landbruksredskap (N. I. R. 1932 s. 39). Ordmerket «Rawlplug» ansås beskyttet mot «Rollo», som antokes valgt fordi klangen minnet om «Rawl» (l. c.). Ordmerket «Fruit Salt» antokes i k k e å være forvekselbart med «Samarin Frukt-salt» (l. c.). Merket «C. C. C.» som er en forkortelse av «Concord Canning Co.» antokes under dissens i k k e å kunne fremkalle forveksling med «F. C. C.», som er forkortelse av «Firda Canning Co.» (1932 s. 41). Ordmerket «Di-vi» blev ansett for egnet til å fremkalle forveksling med et kombinert ord- og billedmerke, bestående vesentlig av en fugl og ordet «Kiwi» (l. c.). En hermetikkfabrikk som hadde registrert ordmerket «Crown» og et figurmerke «Crown Brand», bestående av en stor krone og disse ordene som tekst, fikk hindret en annen fabrikk i å bruke et merke som bestod av en dominerende krone i en annen utførelse, med teksten «English Crown». At fargene var forskjellige blev ikke tillagt særlig vekt. Et merke er nemlig beskyttet i alle fargesammensetninger, når ikke en bestemt farve er angitt som et særkjenne ved det (1932 s. 42). Varemerkene «Primus» og «Primadonna» for ost ansås forvekselbare med merket «Primula»

¹ I en dom fra 1912 (P e a r c e s. 21) sier den engelske dommer C o z e n s H a r d y: «*If I find that a man is i knave, I give him credit for not being also a fool, and I assume that there is a reasonable probability that his knavish purpose will succeed.*»

(1933 s. 46). Ordmerket «Mascot» for tobakkspiper antokes i k k e å kunne forveksles med «Masta» (1933 s. 45). Det var visstnok en viss klanglikhet tilstede, men mens «Mascot» hadde en egen betydning, hadde ordet «Masta» ingen mening uten som varemerke.¹

Som eksempel på kollisjon mellom figurmerker hitsettes først et tilfelle fra Tyskland.



Alle de tre merkene tilhøre er ansett for å krenke det kjente merke til venstre, «His Master's Voice».

Videre ett fra Sverige:



Alle 3 varemerkene gjaldt mineralvann m. v. Men mens merket i midten ansås for å krenke merket til venstre (N. I. R. 1933 s. 146), antok regjeringsretten — i motsetning til Patent- og registreringsverket — at det ikke var noe i veien for å registrere det til høire. (N. I. R. 1935 s. 67.)

I de samlinger av «Responsa» som Oslo Handelsstands 50-mannsutvalg har gitt ut fins et rikt materiale til belysning av forvekslings-spørsmålet, både ved varemerkene og de andre forretningskjennetegn.

III. Det rettsvern varemerkeretten nyter godt av er dels civilrettslig, dels strafferettslig.

¹ «Nordkap» og «Nordenvind» som merker for barberblad anså HR. ikke for å kunne forveksles (Dom av 6 oktober iår). — En masse eksempler fra Finland er nevnt i N. I. R. 1936 side 122.

1. Den som uberettiget bruker andres merker, eller selger eller holder tilfals varer som er merket slik, kan bli fratatt retten til dette ved dom. Det gjelder enten merket er registrert eller innarbeidet. V. § 22 og § 23. Dette søksmålet svarer ganske til de «undlatelsessøksmål» som vi kjenner fra de andre åndsrettighetene, og er her som der uavhengig av om merket er brukt i god eller dårlig tro. Har det lyktes å få det rettsstridige merke registrert, kan den forurettede kreve det strøket av registret ved dom (V. § 10).

Hvis merket alt er anbragt på varene, vil den krenkede imidlertid ikke alltid føle sig trygg, fordi om det er falt dom for at de ikke må selges. Derfor bestemmer V. § 27 at «den som har brukt vare- eller forretningskjennetegn i strid med nærværende lov, er pliktig til på den forurettedes forlangende å endre eller bortta kjennetegnet». Lar ikke dette sig gjøre, kan varene inndras til fordel for statskassen, fremdeles uten hensyn til om merket er anvendt i god tro.

2. Reglene om erstatningsansvaret er en del forskjellig for det registrerte og det innarbeidede merke. Mens det i første fall er nok at vedkommende «ved sitt forhold har gjort sig skyldig i uaktsomhet» (§ 22), kreves det ved det innarbeidede merke at han «har vært vidende om dens annens bedre rett» (§ 23).¹ Likestillet med kunnskap er det dog her som ellers at man har tenkt sig som overveiende sannsynlig at annenmanns rett blir krenket. Da loven ikke sier noe om hvad som skal erstattes, må skadeboten innskrenke sig til den økonomiske skade, men denne kan efter forholdets natur ikke kreves altfor uimotsigelig dokumentert. Mens åndsverkene, som vi så, får et ganske utilstrekkelig vern når erstatning for ikke-økonomisk skade nektes, klarer man sig nokså bra med dette i varemerkeretten. Tysk rett gir dog også her adgang til å idømme en særlig *Busse*.

¹ Den gamle V. krevet forsett også ved det registrerte merke. Mot V. begrunner den nye ordning slik: «Man hadde i det foreløbige utkast også utstrakt beskyttelsen for de uregistrerte merker (§ 23) til å omfatte erstatning for uaktsomhet. Imidlertid er det særlig fra den av Kristiania handelsstands forening nedsatte komité gjort gjeldende, at det vilde være betenkelig å opstille erstatningsplikt for uaktsom bruk av et uregistrert merke, da det kunde fremkalle uberegtigede og chikanøse erstatningskrav under trusel av søksmål, f. eks. like overfor godtroende produsent eller like overfor tredjemann (detaljist) som i god tro forhandler en av en produsent levert, ulovlig betegnet vare. Kommissjonen har bøid sig for denne betraktning» (s. 32).

Dersom en uvedkommende utøver andres eiendomsrett eller hans fordringsrettigheter, må han efter den almindelige erstatningsrett betale erstatning for dette, selv om han er i god tro. Gjelder det åndsrettighetene, som kan utøves av alle uten derfor å bli uttømt, har en slik regel ikke samme tvingende grunn, og den er da heller ikke anerkjent hverken hos oss eller annetsteds. Derimot er det en sund og naturlig tanke at den som øver en rådighet som annemann har eneretten til, skal legge fra sig den berikelsen dette har skaffet ham. Ved ophavsretten er som vi så denne tanken også knesatt i norsk rett. Derimot ikke ved mønster- og firmaretten, og heller ikke her ved varemerkene. Det kommer nok av at det er så vanskelig å slå fast hvilken berikelse merkemisbruket kan antas å ha resultert i.

3. Heller ikke den strafferettslige siden av rettsvernet er ganske den samme ved de to slags merker. Bruker man andres registrerte varemerke, straffes man med bøter eller fengsel inntil tre måneder (§ 22), mens det bare er satt bøtestraff for å forgripe sig på innarbeidede merker (§ 23). Men ellers er reglene ens: I subjektiv henseende kreves det således at man har handlet med forsett. Medvirkning til rettsbruddet er ikke straffbar. Som ved patentloven og firmaloven — men ikke ubetinget ved åndsverksloven — blir overtredelse påtalt av det offentlige, når fornærmede begjærer det. Den almene interesse i å hindre merkemisbruk kommer her klart frem.

IV. Både ved den personlige navnerett og ved firmaretten fulgte de offentligrettslige reglene om navneplikt og registreringsplikt rettighetene som en skygge, ja i den positive lovgivning tok de endog helt luven fra dem. Noen tilsvarende plikt til å ha varemerker, og til å merke sine varer med dem, består derimot ikke.

Engang var det dog anderledes. I laugenes tid var det merkeplikten og ikke merkeretten som stod i forgrunnen. Det var for å beskytte publikum og laugsordningen at merkene var innført, og derfor var det naturlig at merkingen mere blev en plikt, enn rett for den enkelte. Siden den tid har tanken på den enkelte erhvervsdrivende fått overtaket i merkeretten, og skjønt hensynet til kundene og almenheten ikke er uten innflytelse på rettsreglene, munner de ikke ut i noen virkelig merkeplikt, hverken hos oss eller annetsteds.

I den senere tid har dog utviklingen på ny skiftet retning, og

de gamle laugstonene klinger tildels igjen. Ved den selvbergingspolitikk som de fleste land har slått inn på, i forbindelse med den aktive kontroll av erhvervslivet som også ligger i tiden, er tvungen varemerking igjen blitt praktisk, dog ikke som individuell merkeplikt for den enkelte næringsdrivende, men som kvalitetsmerking og særlig som obligatorisk angivelse av hvor en vare skriver sig fra. I dette stykke var det visstnok England som gikk i spissen, da det i sin tid krevet at tyske varer skulde stemples med «*Made in Germany*», for å få innpass på det engelske marked. Men eksemplet har smittet, ikke minst under inntrykk av de senere års handelspolitikk.

Her i Norge har man en almindelig lov om opprinnelsesmerker av 21 juni 1929 nr. 1. Den gir kongen adgang til å bestemme at «nærmere angitte varer ikke må selges eller falbys her i landet, og heller ikke innføres fra utlandet, med mindre de er forsynt med angivelse av om det er norsk eller utenlandsk vare, eller med angivelse av varens frembringelses- eller opprinnelsessted.» Og også ved flere særlige slags varer har vi forskrifter om tvungen merking. Alt sammen ting som gir stoff til interessante funderinger over historiens kretsløp i almindelighet, og varemerkepliktens fremtid i særdeleshet.

§ 44.

Rettenns overgang og ophør.

I. 1. I den del av åndsretten hvor vi nu befinner oss, er det regelen at rettighetene ikke fritt kan overdras. De er jo ikke løse eksistenser som svever fritt om i rummet, men tjener til å kjenne-tegne en bestemt person, hans forretning eller hans varer. Retten til personnavnet er derfor ubetinget uoverdragelig, retten til firmaet på det nærmeste.

Varemerkeretten skiller sig forsåvidt fra firmaretten, som den mindre er knyttet til forretningen enn til den virksomhet varene stammer fra, og som ofte bare er en del av denne. Men heller ikke merkene er fri fugler, som kan anbringes hvor som helst; det er som merker for en bestemt produsent eller en bestemt handelsmann de har en oppgave, og krav på beskyttelse. Det er jo ikke bare for eierens skyld at merkeretten er gitt ham; også publikum har interesse av å vite hvor varene stammer fra, bl. a. fordi dette

byr en viss garanti for kvaliteten. Hvis derimot hele den virksomhet blir solgt som merkene har vært brukt i, har heller ikke publikum grunn til å beklage sig om den fortsetter å bruke sine gamle merker.

Ut fra disse betraktninger over varemerkerettens natur skulde man komme til det resultat at det bare er i forbindelse med virksomheten varemerker kan overdras. I varemerkerettens klassiske land, England, har man også alltid holdt dette fast. I saken *Pinto v. Badman* gir Lord Justice Fry klart og fyndig uttrykk for det: «*Can a trader who has used a brand upon a particular article and who continues to manufacture that article, alienate that brand to another person, so as to give that alienee any right whatever? It appears to me, that upon first principles, he can have no such right. The brand is an indication of origin, and if you transfer the indication of origin without transferring the origin itself, you are transferring a right, if any right at all, to commit a fraud upon the public, and such right is not recognized by the law of England.*» (Griffiths s. 78.) Slik ser også den tyske varemerkelov på spørsmålet,¹ og det samme gjør både den nugjeldende V. og loven av 1884. «Retten til et ved registrering vunnet merke kan alene overdras i forbindelse med den virksomhet i hvilken det brukes,» sier V. § 6.² Og det innarbeidede merke står ganske i samme stilling, skjønt loven ikke sier det uttrykkelig. For å hindre at regelen blir altfor lett omgått, ved at «selgeren» av merket lar det stryke av registret samtidig som kjøperen registrerer det som sitt, gir annet ledd i § 3 som vi har sett en egen regel om sperrefrist: «Er et registrert merkes vern bortfalt, kan samme merke ikke kreves registrert av noen annen for varer av samme eller lignende slags før ett år derefter.»

2. Ordet «virksomhet» i § 6 har en snevrere betydning enn ordet «forretning». En forretning kan ha mange forskjellige grener, og hver av dem er en egen virksomhet, som f. eks. skibsrederi, fabrikk og handel. Hvis varemerket bare er knyttet til fabrikkvirksomheten, kan det derfor overdras sammen med denne.³

¹ Også loven av 5 mai 1936.

² Til gjengjeld oppstiller loven den tolkningsregel, at merkene følger med når virksomheten overdras, hvis ikke annet er sagt.

³ Hvis innehaveren også driver virksomhet utenlands, er det nok at virksomheten i Norge blir overdradd sammen med merket. Rt. 1927 s. 33 (N. I. R. 1932 s. 36).

Når en virksomhet skal anses for å være overdradd, er ikke alltid klart. Kravene må vel bli omtrent de samme som når det er tale om å «fortsette» en forretning, i forhold til R. § 11. Avgjørende vekt må det visstnok legges på om den nye eieren får anledning til å holde forbindelsen med de gamle kundene vedlike, slik at forretningens goodwill såvidt mulig søkes overført til ham. At selve fabrikkbygningen blir solgt, mens produksjonen fortsetter et annet sted, er derimot naturligvis ikke nok.

Noe krav om registrering av overdragelsen, slik som ved patenter og mønstre, stiller V. ikke. Det forklares ved at løsrevne overdragelser av varemerkeretten ikke kan finne sted.

3. Både hos oss og annetsteds hører man imidlertid i den senere tid sterke krav om at varemerker bør kunne overdras fritt, som andre verdigjenstander. Dette har lenge vært regelen i de romanske land, som i motsetning til oss holder på prinsippet om *l'indépendance de la marque*: Når merket først er registrert, betraktes det som en almindelig formuesgjenstand, og er hverken knyttet til de personer, virksomheter eller produkter som det oprinnelig var bestemt for. (Bry s. 83—84.)¹ Til støtte for en slik lovordning henvises det gjerne til at merkeretten i våre dager ofte er en betydelig del av forretningens verdi, som den bør kunne gjøre sig nyttig ved salg, særlig når den går konkurs eller hører op. Publikums interesse i at merket ikke blir overført må komme i annen rekke, og har i virkeligheten ikke stort på sig. For det første fester ikke folk sig synderlig ved at merkene angir hvor varene kommer fra, men betrakter dem nærmest som fri navn på varen. For det annet er det en illusjon å tro at merket betyr en garanti for uforandret kvalitet; intet hindrer nemlig merkeinnhaveren fra å senke kvaliteten, når han har fått innarbeidet merket, noe man tvert imot stadig ser eksempler på. Og for det tredje kan man alltid gjøre forbudet mot overdragelse illusorisk ved å tillate andre å bruke og innarbeide merket, selv om loven aldri så meget lager sperrefrister.

Det lar sig ikke nekte at disse argumentene har adskillig vekt. På de nordiske varemerkekonferanser i 1926—27 var både Sverige, Danmark og Finland stemt for å gi merkets overdragelse fri. Norge

¹ Italias nye lov av 13 september 1934 art. 84 tillater overdragelse av merket «pourvu qu'il n'en résulte aucune tromperie par rapport aux caractères qui sont essentiels dans l'appréciation des produits par le public.»

var derimot betenkelig, idet mange av våre næringsdrivende mente at man vanskelig kan se bort fra merkets naturlige oppgave og karakter, og heller ikke nekte at uoverdragelige merker byr publikum en viss beskyttelse mot kvalitetssenkninger. Når selve virksomheten hører op, er innehaverens interesse i å kunne selge merket imidlertid så stor at Utk. 1930 for dette tilfelle gjorde undtak fra forbudet i § 6. Samtidig lettet man adgangen til overdragelse ved å sette sperrefristen ned fra 2 til 1 år, og ved å åpne adgang til å dispensere fra den, hvis innehaveren av det eldre merke samtykker, og det ikke er grunn til å anta at der ved registreringen oppstår fare for villedelse. Denne siste delen av forslaget er, som vi alt har sett, blitt lov. Derimot fant Ot. prp. nr. 32, 1934 å burde beholde det gamle overdragelsesforbudet i § 6, særlig fordi det hadde vist sig at heller ikke Sverige foreløbig vilde gi det op (s. 7).¹

4. Det følger av sig selv at kreditorene ikke kan legge beslag på varemerket i videre utstrekning enn innehaveren kan overdra det. Men med denne begrensning må de også ha adgang til å gjøre sig merkeretten til gode, idet det ikke står berettigede personlige interesser i veien for dette. Kreditorene kan derfor selge merket sammen med virksomheten. Ved arvefall må retten vurderes som et eget aktivum sammen med den øvrige goodwill, idet det vel alltid lar sig gjøre å utnytte rettens pengeverdi for boet.

5. Også ved varemerkene må man holde fra hverandre overdragelse av merkeretten og samtykke til at andre bruker merket, for varer som merkeretten ellers vilde ha stengt for. Så lenge det ikke består en offentligrettslig plikt til å respektere andres merker, er det klart at sånn merkebruk passerer, hvis den som har merkeretten ser gjennom fingrene med den. Men det er heller ikke noe i veien for at han uttrykkelig samtykker i merkebruken, gratis eller mot vederlag. Slike avtaler binder den som har inngått dem — det skulde da være at de tar slik sikte på å skuffe almenheten, at de i den anledning er *contra bonos mores*.

Noen virkelig varemerkerett er samtykket dog ikke i stand til å skaffe medkontrahenten. Hvis han således melder merket til registrering, blir han avvist fordi det er registrert i forveien, og er det et innarbeidet merke han har fått lov til å ta, går det likedan hvis ikke den tidligere merkehaveren har holdt op å bruke merket,

¹ Danmark har derimot gjort det (§ 8).

og anmelderen derefter har innarbeidet det som sitt. Hvis det «efter de foreliggende omstendigheter ikke er grunn til å mene at der ved registreringen opstår fare for villedelse», kan patentstyret dog gjøre undtak fra disse reglene. Det vil formodentlig særlig være praktisk, hvis det nye merket ikke er helt identisk med det gamle, men så likt dette at det uten samtykke vilde ha blitt stanset.

Om samtykke til at varemerker blir brukt som firmanavn for andre, eller som del av sånne navn har vi talt foran.¹

II. Som ved firmaretten gjelder det også ved varemerkeretten at prinsippet om tidsbegrensning er ukjent. Men derav følger naturligvis ikke at en varemerkerett varer absolutt evig. Tvertom er det en rekke forskjellige ophørsgrunner som kan gjøre ende på den.

Vernet for det registrerte merke hører således op, når merkets innhaver krever det slettet av registret (§ 8) og når det ikke blir fornyet før den løpende termin er slutt. Ifølge § 12 gjelder det dog en «benådningsfrist» på tre måneder, mot et tillegg i avgiften på 10 kroner. Til ytterligere vern mot overrumpling fra konkurrenters side tjener også sperrefristen i § 3, som vi alt har talt om i andre forbindelser. Den glemsomme merkeinnhaver har nemlig i denne tid adgang til å reparere sin forsømmelse ved å la merket registrere påny. For det innarbeidede merkes vedkommende er det en særlig ophørsgrunn at merkerettens innehaver lar en annen registrere merket som sitt, og lar det gå 3 år uten å reise sak for å få det frakjent ham (§ 10, annet ledd). Mere prinsipiell interesse har dog følgende tre ophørsgrunner, som kan behandles under ett for begge slags merker:

1. Den virksomhet som merket er knyttet til hører op. Slik gikk det som vi så også med firmaretten. Men mens det her er betingelsen at selve forretningen slutter, faller retten til merket alt bort når den gren av virksomheten stanser, som merket arbeider i (Mot. V. s. 45) eller var registrert for.²

2. Dernest tar retten slutt dersom merket ikke lenger fyller de krav som loven stiller som vilkår for rettsbeskyttelsen. Utviklingen kan således føre til at et registrert merke ikke lenger dekker de virke-

¹ Se i det hele Eberstein: «Om medgivande att använda namn, firma och varumärke», N. I. R. 1935 s. 145.

² At stansningen bare er tenkt som midlertidig, vil her som ved firmaretten vanskelig vinne gehør, Utk. 1930 s. 26.

lige forhold, men blir desepktivt, så det må strykes av registret etter V. § 9. Langt mere praktisk er det dog at merket mister sin distinktive evne gjennom bruken, og derfor går samme vei.¹ At et merke kan forvandles på denne måten henger sammen med de livlige nydannelser på sprogets område som foregår i handelslivet, og hvis betydning for varemerkeretten vi alt har vært inne på. Dengang gjaldt det særlig om å vise hvordan beskrivende ord og artsbetegnelser kan få distinktiv evne ved at livet gir dem «sekundær» betydning, som kjennetegn for en bestemt forretningsmanns produkter. Men også den omvendte prosess er tenkelig: merker som opprinnelig betegnet en enkelt manns varer, kan bli så slitt ved andres bruk av dem at de går over til å bli fritegn for sånne varer, eller simpelthen en artsbetegnelse for dem. Faren for dette er så meget større, som det ikke bare er ubevisste og ureflekterte krefter der her virker med. Fra konkurrentenes side settes det ofte i gang et bevisst undergravingsarbeide for å spolere merket som et særskilt kjennetegn, og gjøre det til felleseie for branchen. Ved merkemisbruk eller ved å lansere lignende merker søker illojale konkurrenter å komme de gode og velansette merker til livs.

Om varemerkene kan man derfor si som Bjørnson om den norske sjømann, at de befinner sig «i krig for livet uavladelig». Og bare de forretningsmenn som «bygger og murer med sverd ved lend» (Welhaven) kan gjøre sig håp om å ha merkene sine i fred. Har man opparbeidet et godt varemerke, bør man vite at det er griske hender ute etter det, og at hele varemerkeretten lett kan gå fløyten om den ikke forsvares mot misbruk. Varemerkerettens internasjonale historie gir nok av skremmende eksempler på dette. Et fantasinavn som «Grammofon» f. eks., er i alle land gått over til å bli en ren artsbetegnelse², og merket «Singers symaskiner» som direkte peker på en bestemt person som fabrikant, har lidt samme skjebne. Særlig nær ligger faren for dette, når merkets innehaver av en eller annen grunn er den eneste som handler med varen, f. eks. fordi han har patent på å lage den; her vil folk lett opfatte merket som en artsbetegnelse, og ikke som et opprinnelsesmerke for varen. Hvis patenthaveren

¹ På de nordiske merkekonferanser blev det foreslått at loven skulde si dette uttrykkelig. De norske delegerte fant dog dette overflødig, idet det følger av § 9, sammenholdt med §2, første ledd. (Utk. 1930 l. c.)

² Det samme antar B.R.D. V s. 47 om navnet «Beatrice».

ikke energisk motarbeider denne utglidning, vil han erfare at når patentet er slutt, har han også mistet eneretten til å bruke det varemerke han har solgt produktet under. (Jfr. P e a r c e s. 52.)¹

3. Ved alle subjektive rettigheter oppstår et særlig problem, når eieren lar retten ligge brakk istedenfor å bruke den, slik som rettsordnens tanke har vært. Ikke minst ved åndsrettighetene er problemet akutt, fordi de goder de er knyttet til etter sin natur kan nytles samtidig av alle. Dobbelt utakknemlig synes det da å være at rettighetshaveren kaster vrak på en rett som er forbeholdt for ham alene, skjønt også andre kunde ha vært mettet av den. Problemet har dog meget skarpere brodd innenfor åndsproduksjonen enn i varemerkeretten, fordi det jo i og for sig ikke er noen «nyttelse» å bruke et merke. Allikevel er det ikke uten betenkelighet at den enkelte kan legge beslag på et eller flere merker, uten å gjøre bruk av dem. Utvalget av gode varemerker er ganske visst rikt, men ikke uuttømmelig. Og særlig vilde det være uheldig om man skulde risikere å ofre tid og penger på å innarbeide et merke, for så plutselig å se en konkurrent dukke op på areaen og gi beskjed om at dette merket har han alt forbeholdt sig ved registrering, skjønt han ikke har tatt det i bruk.

I fremmed rett har man flere eksempler på at man ikke kan kreve vern for et merke som i lang tid har vært ute av bruk. Den italienske lov lar merkeretten falle bort etter 2 år, den schweiziske etter 3 og den engelske etter 5, «*unless in either case such non-user is shown to be due to special circumstances in the trade, and not to any intention not to use or to abandon such trade mark in respect of such goods*» (§ 37). I U. S. A. kreves det endog som vilkår for registrering at merket alt faktisk er i bruk.

Heller ikke norsk lov er uopmerksom på farene ved at man legger sig til en varemerkerett uten å bruke den. Som vilkår for å få merker registrert krever V. således at ansøkeren driver en virksomhet som kan ha bruk for slike; å registrere merker som ikke har

¹ Stundom hjelper patenthaveren selv til med dette, f. eks. ved å gi lisenshavere rett til å falby varen under samme navn (K o h l e r W. s. 100). Et kjent eksempel på at en merkeinnhaver heldig har avverget faren er tilfellet med «Asperin». Her beholdt vedkommende eneretten til å bruke ordet «Asperin» som varemerke for sin acetyl-salicylsyre, efterat eneretten til å fabrikere den var falt bort med patentet.

sånn tilknytning, er det ikke adgang til. Likedan kreves det at det iallfall er abstrakt mulighet for at merket kan bli brukt i bedriften, slik som denne er beskrevet i søknaden. Og endelig sikter systemet med de forskjellige vareklasser på å hindre at merkevernet kommer til å dekke varer som merkets innehaver ikke har det ringeste interesse av, eller iallfall på å bremse rettighetshaverens tilbøieligheter i denne retning.

Derimot setter ikke loven som vilkår for registreringen at man virkelig skal ha til hensikt å gjøre bruk av merket,¹ og heller ikke sier den at merkeretten faller bort, når det ikke har vært anvendt i en viss tid.

Når loven tok dette standpunkt, var det fordi det kan tenkes legitime interesser som vilde skades ved en motsatt ordning. Først og fremst kan en forretning ha behov for å registrere såkalte «defensivmerker», som det ikke er meningen å bruke, men som skal holde innpåslitne konkurrenter på avstand. Når en fabrikant nemlig ikke bare har registrert merket «Maggi», men også «Aggi», «Matti» og «Mally», blir det vanskeligere for konkurrentene å finne på et merke som kan nyte godt av Maggis popularitet, uten å kolliderere med fabrikkens merkerett. Slik anvendelse av registreringen forutsettes uttrykkelig i Mot. V. s. 48, og det er ikke tvilsomt at den er lovlig.² Dertil kommer at en forretningsmann som støter på gode merker, kan ønske å ha dem i reserve — «Vorratszeichen» kaller tyskerne dem — likesom det regelmessig er nødvendig å registrere merket lenge før varen lanseres, fordi det tar adskillig tid å forberede en effektiv reklamekampanje for den.

Det er imidlertid ikke bare når eieren kan peke på slike særlige forhold at han har sin merkerett i behold, skjønt den i lang tid har vært ute av bruk. Motivene nøier sig med å uttale håp om at merkene ikke vil bli misbrukt i så måte, men lar med velberåd hu være å skride inn mot dette: «Det er visstnok en forutsetning, når loven overhodet hjemler merkebeskyttelse, at merket skal brukes til adskillelse av egen vare fra fremmed. Om denne forutsetning imidlertid i det enkelte tilfelle faktisk ikke skjer fyllest, har loven ikke dertil

¹ Det gjør den engelske lov (Griffiths s. 12). Overgaard i Rt. 1914 s. 769 forstår V. på samme måten.

² Kohler W. s. 147 mener at defensivmerker ikke er tilstedelige i Tyskland, men praksis er den motsatte.

knyttet rettslige følger.» (Mot. V. s. 48.)¹ Et annet spørsmål er det naturligvis om ikke generalklausulen i loven om utilbørlig konkurranse kan gripe inn under slike forhold, og om ikke den almindelige passivitetsregel også kan få noe å si.

Er det derimot et innarbeidet merke man har for sig, sier det sig selv at saken står anderledes. Det beskyttes jo efter § 23 bare når det er kjent som forretningens særlige merke innenfor omsetningskretsen. Og hvis merket i lang tid er ute av bruk, faller denne forutsetningen for rettsbeskyttelsen bort. (Jfr. Kohler U. s. 126.)

§ 45.

Fellesmerker.

De varemerkene vi hittil har talt om har vært individuelle merker, som tjener til å kjennetegne den enkelte forretningsmanns varer, og skille dem ut fra andres. Loven om fellesmerker av 9 juli 1923 nr. 2 gir derimot regler om merker, som skal kunne brukes av alle som er medlem av en forening eller en gruppe, «for å adskille medlemmenes varer fra andres, eller til kontroll». § 1.

Ikke minst for eksportartikler kan slike fellesmerker være nyttige. Men også på hjemmemarkedet er det bruk for dem, særlig for å kunne øve sånn kontroll med kvaliteten innenfor en sammenlutning av produsenter, som er så nødvendig i vår tid, da organisasjonstanken og «planøkonomiske» betraktninger overalt gjør sig gjeldende. Dette siste momentet skiller fellesmerkene klart ut fra de egentlige varemerker, som overlater det til innehaveren selv om han vil skjemme ut merket ved å senke kvaliteten. Men ellers er det tydelig slektskap mellom de to slags merker.

Det viser sig best i at rettsreglene om dem for største delen er felles. «For fellesmerkene gjelder bestemmelsene i V.» sier l. av 1923, «forsåvidt ikke annet bestemmes i de følgende paragrafer». Her sies det bl. a. at registreringssoknaden

¹ På de nordiske varemerkekonferanser drøftet man om man burde innføre regler som bragte merkeretten og bruken av merket i nærmere forbindelse med hverandre. Man fant dog at det i nordiske land ikke forelå noe praktisk behov for slike lovbestemmelser, Utk. 1930 s. 5.

skal gi beskjed om foreningens formål og medlemmer, hvad det skal betales for registreringen, og at den skal føres inn i en særskilt avdeling av varemerke registret. I rent varemerkerettslig henseende er de viktigste ulikhetene fra individualmerkene imidlertid følgende:

1. Det er ikke en enkelt ervervsdrivende som kan registrere dem, men enten «her i landet hjemmehørende foreninger som har til formål å varetta erhvervsmessige fellesinteresser for sine medlemmer», eller også «norske offentlige myndigheter som varetar erhvervsmessige fellesinteresser for grupper av statsborgere».

2. Retten til et fellesmerke er ubetinget uoverdragelig (§ 3), noe som forresten ikke er en særregel i forhold til V. § 6, siden det ikke eksisterer noen «virksomhet» som merkeretten kan overdras sammen med.

3. Det kollektive drag ved merkeretten understrekes sterkt ved bestemmelsen i § 5, som lar foreningens fordring på skadeserstatning for uberettiget bruk av merket, også omfatte den skade som er påført de enkelte medlemmer.

4. Når foreningen — tross stedfunnet påminnelse — ikke gjør ansvar gjeldende mot dem som måtte gjøre uberettiget bruk av merket, kan hvem som helst kreve registreringen kjent ugyldig ved dom, § 4 c. Her kommer det særlig skarpt frem at fellesmerkene rummer et sterkt offentligrettslig element, og ikke minst skal tjene som garanti for at publikum får gode varer.

3. kapitel: Andre forretningskjennetegn.

§ 46.

Andre varekjennetegn enn merkene.

I. Som oftere nevnt har navnet, firmaet og varemerket samme oppgave: De tjener som kjennetegn for forretningsmannen og hans varer, beskytter ham mot forveksling, og hindrer at den goodwill han har skaffet sig tar skade eller kommer andre til gode.

De er imidlertid slett ikke de eneste kjennetegn som forretningslivet bruker i dette øiemed. Ved siden av firmanavnet anvender både eieren og publikum også andre navn på forretningen. Undertiden lager den dem selv, men det hører heller ikke til sjeldenhetene at publikum er navnefadder. Ofte er det en forkortelse

av firmanavnet som gjør tjeneste på denne måten. Stundom er det også en del av det som dominerer så sterkt at det virker som et «slag-ord», og fortrenger selve firmaet i dagligtalen. Mange forretninger bruker også et såkalt «etablissementsnavn» ved siden av firmanavnet, «Tivoli», «Dukkeklubben», «Kongen» o. s. v., hvad det fra R.'s side ikke er noe i veien for. Og de forretninger som mangler offisielt firmanavn, fordi de ikke er registreringspliktige, kan jo heller ikke gå helt navnløse gjennom verden. En særlig slags forretningsnavn er telegramadressen, hvis egentlige opgave er å være en kort og billig adresse for telegrammer, men som ofte glir over til å brukes som navn på forretningen også i andre forhold.

Gjelder det om å kjennetegne selve varene, er varemerket heller ikke det eneste middel som står til tjeneste. Ved å bringe varen på markedet i en eiendommelig form, pakke den inn på en særlig måte eller henge en egen slags segl på den, kan en forretningsmann individualisere varen like entydig som når han setter sitt merke på den, og det er et spørsmål hvilke kjennetegn som har størst praktisk betydning i våre dager, varemerket eller vareutstyret. (Tysk *Ausstellung*, engelsk *get up*.)

Det sier sig selv at de andre forretningskjennetegn ikke nyter godt av reglene om firma og merke. Likeså klart er det at den som bruker dem har interesse av å beholde dem for sig selv, så han kan hindre forveksling og forvirring. Engelsk og fransk rett har da også forlenget beskyttet dem. Men det formelle og positivrettslige preg som forretningskjennetegnene fikk i Tyskland, fordi de ubetinget blev knyttet til registreringen, gjorde det vanskelig å finne plass for alle de uoffisielle og stundom udefinerbare kjennetegn som forretningslivet skaper helt spontant. Og her som ellers fulgte V. av 1884 det tyske eksemplet blindt.

Ved lovrevisjonen av 1910 blev dog, som vi så i § 39, dette standpunkt opgitt, efterat også den tyske loven i mellemtiden var kommet på andre tanker. Såvel vareutstyret som uregistrerte forretningsnavn beskyttes av vår nuværende V., utstyret i § 23, som dessuten verner om det innarbeidede merke, og forretningsnavnene i § 26. I denne paragrafen holder vi oss til vareutstyret.

II. V. § 23 er alt gjengitt i forbindelse med skildringen av det innarbeidede varemerke, men den er så viktig at vi gjentar den: «Varer som holdes eller skal holdes tilfals, deres innpakning eller

de i § 5 iøvrig omhandlede gjenstander må ikke uhjemlet gis merke eller utstyr som innen vedkommende omsetningskrets er kjent som en annen forretnings særlige kjennetegn for varer av samme eller lignende slags, likeså litt som således merkede eller utstyrte varer må falholdes eller forhandles, såfremt derved fremkalles fare for forveksling m. h. t. den forretning hvorfra varene hithører.»

1. Som man ser nevner loven det innarbeidede merke og det innarbeidede vareutstyr side om side, uten å slå dem sammen som den tyske loven gjør, under fellesnavnet *Ausstattung*. En praktisk følge av dette blir at det innarbeidede merke kan registreres, men det innarbeidede utstyr ikke. I og for sig var det nok tenkelig at man også registrerte beskrivelsen av en vares utstyr. I fransk — og fra iår også i dansk — rett er det heller ikke ukjent. V. fant imidlertid at slik registrering bød på adskillig vanskelighet, og at den heller ikke var nødvendig. Følgelig måtte det innarbeidede merke og vareutstyret nevnes ved siden av hverandre i loven.

2. Det «utstyr» loven vil verne kan være hvad slags som helst, bare ikke et egentlig merke. Det kan være pakningens form eller farve, en firkantet whiskyflaske, en trekantet ostepakning, en blå stomatolflaske o. s. v. Varen selv kan gis en egen karakteristisk form, eller den kan utstyres med emblemer, etiketter, bånd, segl eller lignende som skiller den ut fra de andre varene på markedet.

At utstyret er nytt eller særlig originalt eller verdifullt kreves ikke. (Jfr. Seligsohn s. 245.) Derimot forlanges det absolutt at det har distinktive evne, for ellers kan det jo ikke ha innarbeidet sig som «en forretnings særlige kjennetegn».¹ Her som ved merkene kan det distinktive ligge såvel i enkelthetene som i kombinasjonen av dem, og det som ikke er distinktivt fra begynnelsen av kan bli det ved bruken, særlig ved hjelp av den sekundære betydning som ord og beskrivelser så lett kan få. Likeså litt som ved det innarbeidede merke stiller loven noe krav til utstyrets nærmere beskaffenhet, at det ikke må være deseptivt, deskriptivt eller lignende. Det kommer ene og alene an på om utstyret faktisk har vunnet anerkjennelse som et særlig kjennetegn for forretningen eller for varen.²

¹ B.R.D. VII s. 40.

² Det utstyr som er almindelig i branchen kan den enkelte forretning naturligvis ikke kreve enerett til. Som eksempel nevner Pearce (s. 69) at sennep gjerne selges i gule tinnbokser med sort eller rød skrift, og at cigarer ofte har røde bånd som mavebelter.

I alle tilfelle må dog utstyret ha til formål å særkjenne varen i det ytre, ikke å opnå en særskilt teknisk effekt. «*The get up of an article*» sier den engelske dommer Fletcher Moulton i en sak fra 1909 (Pearce s. 74), «*means a capricious addition to the article itself, the colour or shape it may be, of the wrapper or anything of that kind; but I strongly object to look at anything that has a value in use as part of the get-up of the article. Anything which is in itself useful, appears to me rightly to belong to the article itself.*»¹ Denne siste slags fordeler kan man ikke få eneretten til ved å presentere dem som en del av varens utstyr. Mønsterretten eller patentretten er isåfall det adekvate rettsmiddel.

3. Reglene om rettens tilblivelse, innhold, overdragelse og ophør er ganske de samme ved vareutstyret som ved det innarbeidede merke.

Også utstyret må være kjent innen vedkommende omsetningskrets som forretningens særlige kjennetegn, for å ha krav på vern. Den enerett som derved skapes gjelder bare for «varer av samme eller lignende slags», og krenkes dessuten bare hvis «derved fremkalles fare for forveksling». De synsmåtene som er avgjørende for dette har vi gjort rede for ved behandlingen av det innarbeidede merke. Også retten til vareutstyret må hevdes i stadig kamp hvis den skal bestå; faren for at utstyret skal miste sin distinktive evne er nesten større her enn ved de egentlige merker. Overdragelse av retten kan bare skje sammen med den virksomhet det har vært brukt i. Hva endelig angår ansvaret for rettskrenkelser, er også her reglene de samme som ved det innarbeidede merke; særlig kan man merke sig at det bare er når man handler forsettlig at den voldte skade skal bøtes.

¹ Hvis derimot nytteeffekten kan nås på forskjellig måte eller ved hjelp av forskjellige gjenstander, må man ikke efterligne den første vares *get up*. Se overhusdommen hos Pearce (s. 75). Jfr. også Seligsohn s. 245. Den tyske Reichsgericht sier at det ikke bare er når anordningen er absolutt nødvendig for å opnå nytteeffekten, at den faller utenfor utstyrsvernet, men også når den «*sich als geeignetes Mittel zur Förderung der praktischen Brauchbarkeit der Ware darstellt*». Dette kritiseres av Reimer i GRUR. 1933 s. 467.

§ 47.

Andre forretningsnavn enn det registrerte firma.

I. At patentlovkommisjonen også tok forretningsnavnene med da varemerkeloven skulde revideres, var ganske naturlig. Eller rettere sagt, det var nødvendig efter det grunnsyn kommisjonen gikk ut fra.

Da den begynte sitt rydningsarbeide, var reglene i R. de eneste som beskyttet forretningsnavn mot at andre tok og brukte dem. Og denne beskyttelsen gjaldt bare det registrerte firmanavn, og bare innenfor den kommune hvor det var registrert. Om det ikke også hadde vern utenfor kommunen, i kraft av de «naturlige rettsgrunnsetninger» som hadde vist sin kraft ved den personlige navnerett, var kanskje et åpent spørsmål.¹ Stillingen var iallfall uklar, og de forretningsnavn som ikke var egentlige firmaer, men hvis betydning stadig vokste, lå under alle omstendigheter utenfor lovgivningen. En slik rettstilstand kunde ikke bli stående, når man hadde satt sig til mål å komme den illojale konkurranse til livs. For hvis det er utilbørlig overfor publikum og overfor konkurrentene å bruke andres merker og vareutstyr, er det snarere verre enn bedre å stjele hele forretningsnavnet, og tilegne sig den goodwill som ligger bak det. Engelsk og fransk rett hadde forlengst gitt alle forretningsnavn beskyttelse, efter de samme prinsipper som varemerkene. I sin nyere lovgivning hadde også Tyskland fulgt eksemplet. Det var derfor ikke noe sprang ut i mørket patentlovkommisjonen foretok, da den foreslo og fikk vedtatt V. § 26.²

Den lyder: «Den som gir sin virksomhet eller sitt forretningsforetagende et sånt navn at det er egnet til å fremkalle forveksling med et navn som en annen rettmessig allerede bruker for sin virksomhet eller for sitt forretningsforetagende av samme eller lignende slags, kan efter søksmål fra den forurettede frakjennes retten hertil. Har det vært hans hensikt å fremkalle sånn forveksling, straffes han med bøter, og plikter å tilsvare forvoldt skade. Offentlig påtale finner alene sted efter fornærmedes forlangende.»

¹ At Norge uten reservasjon hadde tiltrådt Pariskonvensjonen, hvis § 8 forpliktet oss til å beskytte firmanavnet uten registrering, kunde kanskje tale i denne retning. Jfr. Eberstein, Namn s. 40, Im. rätt. s. 113.

² At motiveringen allikevel er noe sovngjengeraktig skal vi vise i § 50.

II. 1. Det er alle slags forretningsnavn denne bestemmelsen tar inn under sig. Det kreves således ikke at bedriften driver med vareomsetning. Det er nok at den er en «virksomhet eller et forretningsforetagende», som f. eks. et hotell, en spedisjons- eller transportforretning, et bladforetagende o. s. v. (Mot. V. s. 30).¹ Det kan også være det samme hvordan navnet er blitt til. Regelmessig er det naturligvis forretningens eier som har laget det, f. eks. ved å forkorte firmanavnet, innarbeide en del av det som «slagord», eller komponere en telegramadresse eller et etablissementsnavn ved siden av firmanavnet. Undertiden er det imidlertid publikum som har laget navnet, mens forretningen så senere aksepterer det som sitt kjennetegn.

Også firmanavnet faller inn under § 26. Det følger direkte av ordene, og Mot. V. bekrefter også at dette har vært meningen. I den viktige dom om «Skofabrikken Norge» som vi nedenfor kommer tilbake til (Rt. 1915 s. 299), sies det uttrykkelig at «paragrafen angir reglene for omfanget av den materielle rett til det for en virksomhet eller et forretningsforetagende i i rettmessig bruk tatte navn, uten at der gjøres forskjell på registreringspliktige eller ikke registreringspliktige forretninger, eller registrerte eller ikke-registrerte navn.» Størst betydning har bestemmelsen naturligvis for det ikke-registrerte firma, siden dette ikke har noen beskyttelse etter R. Men også den egentlige firmarett suppleres på en virkningsfull måte av § 26. Mens registreringen bare virker innenfor kommunen,² rekker virkningen av § 26 nemlig over hele landet, og dette er naturligvis godt å ta med, iallfall for større forretninger.

Det står ikke noe i loven om hvordan et navn må se ut for å komme inn under beskyttelsen. Men når bruken av det skal være «rettmessig», kan man vel slutte at det må tilfredsstillende de samme krav som R. stiller til firmanavnet, særlig da disse ikke er spesielle og vilkårlige, men utslag av almene prinsipper i kjennetegnenes

¹ Den tyske konkurranselov § 16 nevner særlig «*die besondere Bezeichnung einer Druckschrift*» som gjenstand for beskyttelsen. Den danske konkurranselov § 9 lar vernet omfatte «navn, firma, forretningskjennetegn eller lignende».

² Selv her vil § 26 få betydning, hvis man ikke er enig i at R.s forskrift om «tydelig adskillelse» faller sammen med påbudet i denne paragraf om at forveksling må undgås. Jfr. foran § 37.

rett og i konkurranseretten.¹ Navnet må følgelig ikke være *u s a n t*, så folk kan bli villedet av dette, og heller ikke må det være uanstendig. At det ikke må kollidere med andres navne- eller merkerettigheter er vel overflødig å si. Noe særlig krav om at navnet må ha distinktiv evne, og ikke være beskrivende, kan man vanskelig stille, siden R. ikke har gjort det for firmanavnets vedkommende. Men det sier sig selv at man ikke kan hindre folk i å ta de samme beskrivende ord med i sine forretningsnavn, når de bare sørger for at det allikevel blir forskjell. Noe annet kunde bare gjelde hvis det virkelig hadde lyktes en forretning å arbeide et rent beskrivende ord sånn inn i publikums bevissthet som sitt særlige kjennetegn, at ordet har fått en ny sekundær betydning i den anledning, og mistet sin opprinnelige sproglige mening. Men dette skal det meget til. (Jfr. *Pearce* s. 91.)

2. Rettsbeskyttelsen vinnes ikke ved at man «okkuperer» navnet eller komponerer et rent fantasinavn, men først ved at man «braker navnet for sin virksomhet». Regelen er parallell til hvad det gjelder om det uregistrerte merke efter V. § 23, og følger i grunnen direkte av navnerettens natur. Det er nemlig ikke selve frembringelsen av navnet som gir loven foranledning til å beskytte det. Derfor er det skjævt, når man undertiden ser navneretten jevnført med oppfinnerens rett til hvad han har frembragt.² Det er som individualiseringsmiddel navnet har verdi, og først når det har vært brukt til dette, knytter det sig slike reelle interesser til navnet at rettsordnen har grunn til å beskytte dem. I engelsk *common law* kommer dette synspunkt skarpt frem, idet hverken et *name of business* eller andre forretningskjennetegn beskyttes, hvis det ikke er knyttet en goodwill til dem, som tar skade ved andres bruk.

Ved næiere eftersyn viser det sig imidlertid at det ikke er ganske de samme krav § 26 stiller til forretningsnavnet, som § 23 til det uregistrerte varemerke. Dette siste må være «kjent innen vedkommende omsetningskrets som en forretnings særlige merke». For forretningsnavnets vedkommende er det nok at man «rettmessig bruker det» for sin virksomhet, selv om det ennå ikke er trengt gjen-

¹ Jfr. *Eberstein*, Im. rätt. s. 123.

² I Rt. 1920 s. 776 sier således to hoiesterettsdommere at hvis en mann velger en ganske vilkårlig distinksjon som kjennetegn, «kan det med foie sies at han har en oppfinnerens rett til å beholde navnet».

nem hos publikum. Det er mulig at en slik nyansering kan være praktisk rimelig. Kohler (U.) s. 122 mener den ligger i sakens natur: «*Firma und Etablissementname bezeichnet die gewerbetreibende Persönlichkeit direkt; das Warenzeichen führt nur auf einem Umweg auf die Persönlichkeit: die Verbindungsbrücke wird erst durch die Meinung des Publikums geschaffen.*» Man må dog ikke glemme at både fordringen til innarbeidelse og til bruk er uttrykk for at det må være knyttet reell forretningsinteresse til kjenne-tegnet. Den bruk § 26 taler om må derfor ha vært en virkelig anvendelse av navnet under forrettningens drift, og en viss varighet må bruken vel også ha hatt. Dette belyses på en interessant måte i en HRD. i Rt. 1914 s. 122: Et vordende aksjeselskap hadde sendt rundt tegningsinnbydelser, og meddelt at det skulde hete «A/S Norske Alliance». Før selskapet fikk konstituert sig, blev der imidlertid pr. simultansstiftelse laget et annet selskap, som tok firmanavnet «A/S Norske Alliance» i bruk. Registerføreren nektet å registrere dette, fordi han fant at det stred mot det første selskaps rett til firmanavnet, men HR. var — mot to stemmer — av en annen mening: «Et under dannelse værende aksjeselskap kan ikke under tegningsfristens løp sies å «bruke» det i innbydelsen angitte vordende firmanavn «for sin virksomhet eller for sitt forretningsforetagende». Denne forståelsen av V. § 26 tør være riktig nok.¹

3. Den beskyttelse § 26 gir forretningsnavnet er ikke absolutt og stiv som firmaretten og delvis retten til det registrerte merke. Her som ved det innarbeidede varemerke lar loven beskyttelsen gå akkurat så langt at den verner mot virkelig illojal konkurranse — ikke lenger, men heller ikke kortere. Den former

¹ De dissenterende dommere forstod derimot § 26 anderledes. I byretten hadde en dommer, P a l B e r g, stemt på samme måten, ikke under påberopelse av § 26, men på grunnlag av almene rettsgrunnsetninger: «De der har sluttet sig sammen for å danne det nye selskap, og som har anvendt både arbeide og penger for å få sitt forehavende realisert, må ha et naturlig krav på at ikke noen annen urettmessig forstyrrer eller forringer deres arbeide. Og har de først valgt et navn for det påtenkte selskap og knyttet det til selve aksjeinnbydelsen, vil det være av vesentlig betydning for dem at selskapet også kan settes ut i livet under dette navn. Man finner derfor at de bør ha en prioritet til det, og at de må kunne kreve rettsbeskyttelse mot at noen annen søker å tilegne sig det.» At dette nu' vilde ha blitt resultatet, under henvisning til generalklausulen og til analogien fra V. § 10 b, er neppe tvilsomt; selskap nr. 2 kjente nemlig godt til at nr. 1 hadde sendt ut tegningsinnbydelse, under navnet «A/S Norske Alliance».

derfor eneretten elastisk og relativ, idet den bare virker a) overfor et forretningsforetagende «av samme eller lignende slags», og bare når b) bruken er «egnet til å fremkalle forveksling». Til gjengjeld er det ikke tale om noen territorial begrensning av retten, hvis disse vilkårene er tilstede.

De synsmåter som avgjør om de to forretninger er av samme eller lignende slags, og om det er utsikt til at navnene kommer til å forveksles med hverandre, er de samme som når det gjelder innarbeidede varemerker.¹ Selv om forretningene faller sammen i saklig henseende, blir det allikevel ikke tale om navnekollisjon, hvis de arbeider så langt fra hverandre at de ikke lett kommer i berøring. Både i saklig og i territorial henseende må man dog regne med en

¹ Da § 26 gjerne også anvendes hvor det er tale om registrerte firmarettigheter, vil de eksemplene på sånne kollisjoner som er nevnt i § 37, også være illustrerende i denne forbindelse. Til ytterligere belysning av spørsmålet hitsettes noen andre dommer: HRD. i Rt. 1918 s. 284 frifant «Londonderbasaren, Liebe Klein» i Trondheim for søksmål fra «Londonerbasaren, H. Rubinstein», i Oslo. Man fant at uttrykket «Londonerbasar» var en almindelig branchebetegnelse, som saksøkeren ikke kunde vinne enerett til ved registrering. Heller ikke var det fare for forveksling. Ved HRD. i Rt. 1923 s. 580 blev firmaet «Sol. Innehaver G. Tobiassen» i Sandefjord kjent uberettiget til å bruke ordet «Sol» som firmanavn, efter søksmål fra «Sol. Cigar Co. A/S» i Oslo. Sammesteds s. 585 blev «A/S Den Nordiske Konfeksjonsfabrikk» i Trondheim frakjent retten til dette firmanavn overfor «Norske Konfeksjonsfabrikker A/S» i Oslo.

BRD. N. I. R. 1932 s. 46—47 antok at firmaet «Kake-lina» var egnet til å forveksles med «Kake-bua A/S», og at spisesalongen «Vegetar» kunde hindre en annen forretning «Vegetarsalongen» i å bruke dette navnet efter V. § 26. BRD. 1934 s. 155 frakjente «Eiendoms kreditt og Revisjon» dets firmanavn efter søksmål fra det eldre firma «Revisjon», hvis formål og virksomhet i det vesentlige falt sammen med den førstes. «A/S Gravmonumenter» fikk ved BRD. i N. I. R. 1935 s. 56 fradømt «A/S Monumenter» dets firmanavn. BRD. i N. I. R. 1936 s. 54 godtok et krav fra «A/S System Kontororganisasjon» om at «Norske Systema A/S» ikke måtte bruke dette firmanavn, fordi det stred mot R. § 10 og V. § 26. Saksøkeren hadde også protestert mot registreringen, men registerføreren hadde funnet at de to firmanavn skilte sig tydelig fra hverandre.

Hvad b l a d n a v n o. l. angår har følgende dommer interesse: BRD. i N. I. R. 1932 s. 47 frifant bladet «Speideren» for «Speiderbladets» tiltale, og BRD. i N. I. R. 1934 s. 156 antok at «Norsk Motorblad» eller som det gjerne kaltes «Motorbladet», ikke i og for sig kunde hindre et annet blad i å kalle sig «Motortidende». Derimot fikk «Norges Handels og Sjøfartstidende» som har undertitlen «The Norwegian Journal of Commerce and Shipping», bladet «Norges Skipsjournal» dømt til å holde op med sin undertitel «Norwegian Shipping Journal» (BRD. i N. I. R. 1932 s. 47).

rimelig ekspansjonsmulighet fra begge forretningers side, akkurat som da det var spørsmål om eventuelle merkekollisjoner (R o s e n t h a l s. 433).

Efter ordlyden forbyr § 26 bare å t a andres forretningsnavn. Det er ikke dog tvilsomt at forbudet også gjelder b r u k e n av navnet. Og hvis det har lyktes navnetyven å få registrert det ulovlige navn som sitt firmanavn, kan den rette innehaver få registreringen slettet av domstolene. Det gjelder naturligvis også når det navn som forsvares er et eldre registrert firmanavn, men fra en annen kommune. Isåfall behøver det ikke være noen feil at det nye firmaet er blitt registrert, idet registerføreren ikke har plikt til å undersøke alle landets firmaregistre, for å se om det skulde være noe i veien for registreringen. Allikevel kan det godt hende at firmaet blir strøket igjen, fordi det i virkeligheten kolliderer med en eldre navnerett etter reglene i § 26. Dette er bl. a. slått fast i en grunnleggende dom i Rt. 1915 s. 299, A/S Skofabrikken Norge, Oslo, mot Skofabrikken Norge, Bergen. Her hadde Oslofabrikken marked over hele Vestlandet, også i Bergen. At det da blev registrert en «Skofabrikken Norge» i Bergen måtte nødvendig føre til forveksling, og denne siste fabrikken blev derfor fratjent navnet, og forpliktet til å endre sitt firma.

Som man forstår blir det følgen av dette, at den som har registrert et firmanavn har en dobbelt rettsbeskyttelse: Han vinner en formell og absolutt enerett til å bruke navnet i n n e n f o r samme kommune. Etterat navnet er tatt i bruk kan han også forby andre å anvende det u t e n f o r kommunen, men bare hvis forretningen er av samme eller lignende slags som hans egen, og det dessuten er chance for forveksling, om de to firmanavn blir stående side om side.

Spørres det om retten til forretningsnavn kan overdras, må man vel la de uregistrerte firmanavn følge samme reglene som de registrerte. Andre forretningsnavn kan vel iallfall overdras sammen med den virksomhet de er knyttet til, efter analogi av V. § 6.¹ Når

¹ Formodentlig er adgangen til overdragelse enda friere. I en dom i Rt. 1923 s. 465 ang. «Reenskaugs hotel» var hotellet overdradd sammen med navnet. HR. sa ikke bare at andres personlige navnerett ikke kan hindre at navnet anvendes på et hotell som tidligere har vært drevet av en som hadde rett til navnet. Den slo også fast at firmalovens regler ikke hindret dette.

virksomheten ophører, faller naturligvis retten bort. (N. I. R. 1932 s. 48.)

4. De rettsmidler som står til rådighet hvis forretningsnavnet er krenket, er i hovedsaken de samme som når et innarbeidet varemerke er blitt misbrukt. Først og fremst kan rettighetshaveren anlegge sak, og få vedkommende frakjent retten til å bruke navnet. Denne adgangen er helt objektiv; det spiller ingen rolle om inngrepet i retten er skjedd i god tro. Plikten til å endre kjenne-tegnet og fjerne det fra de saker det er anbragt på (§ 27), er heller ikke avhengig av ond tro eller forvekslingshensikt.

Det er derimot både straffbarheten og erstatningsansvaret. Det er nemlig først når slik forvekslingshensikt er tilstede, at bruken av andres forretningsnavn tilgagns antar karakter av illojal konkurranse. Og ut fra lignende betraktninger som dem der er gjengitt i noten på s. 460 fant patentlovkommisjonen det forsiktigst å begrense erstatningsplikten til dette.

§ 48.

Uriktige stedsangivelser.

I. Midt inne i V.'s bestemmelser om merker, utstyr og forretningsnavn står § 25, som forbyr å sette gale stedsangivelser på de varer man holder tilfals.

Ved første blick synes det kanskje som om denne bestemmelsen kommer litt mal à propos, og bryter sammenhengen i loven. Ved nærmere eftersyn skifter man dog mening. Både de individuelle varekjennetegn og stedsangivelsene sikter nemlig på å angi hvor varen skriver sig fra, bare at de første fører den tilbake til en bestemt fabrikant eller handelsmann, de siste til stedet hvor den blir laget. Viktigere er det dog at reglene i hovedsaken hviler på samme grunnlag, og er ledd i den samme kamp mot illojal konkurranse. Når man krever sannheten respektert også for stedsangivelsen vedkommende, skjer det dels av hensyn til publikum, som blir narret når de tror å kjøpe ekte varer, men får noe ganske annet. Dels ønsker man også å beskytte de produsenter som kan bruke stedsbetegnelsen med rette, og hvis produkter har oparbeidet sig et godt renommé hos publikum. (Champagne, Brysseler-

kniplinger, Lyonsilke.) Den kollektive goodwill som ligger i dette bør ikke kunne tas fra dem, eller forspilles ved at uvedkommende selger mindreverdige produkter, som med urette skilter med det gode produksjonssteds navn. Begrunnelsen er altså helt parallell med den som retten til merkene og de andre forretningskjennetegn hviler på.

Også uten en slik særbestemmelse som § 25 vilde en altfor fri omgang med stedsbetegnelser forresten ha kommet i strid med lov og rett. Strl.'s bedrageribestemmelse (§ 270) kan nok få anvendelse, og likeledes § 294. Dessuten vilde forbudene mot å bruke desceptive varemerker, og sannhetsprinsippet i firmaretten legge demper på fantasien. For en lovgivning som satte sig til oppgave å rense konkurransekampen for utilbørighet, var det imidlertid naturlig å gi regelen en egen, selvstendig tilværelse, slik som § 25 gjør. Også medlemskapet av Parisunionen forpliktet oss forøvrig til dette, skjønt § 25 i enkelte punkter går videre enn konvensjonen påbyr.¹ Dens første grunnleggende avsnitt lyder: «På varer som holdes eller skal holdes tilfals, deres innpakning eller de i § 5 iøvrig omhandlede gjenstander må der ikke settes uriktig oppgivende av stedet for varenes opprinnelse, eller oppgis noe som er egnet til i så henseende å fremkalle forveksling, likeså litt som således merkede varer må falholdes eller forhandles.»

II. Det som forbys er å sette et «uriktig oppgivende av stedet for varenes opprinnelse» på varen, eller «noe som er egnet til i så henseende å fremkalle forveksling.» Det er ikke nok at stedsbetegnelsen er uriktig, rent objektivt sett. Den må også være *misvisende*, slik at kjøpere får galt inntrykk av hvor varen er fra; både ord og bilder kan lede publikum vill i så henseende. Derimot strider det ikke mot loven at man setter et stedsnavn som fantasinavn på varen, når alle må skjønne at dette er forholdet. Heller ikke når stedsbetegnelsen har mistet sin opprinnelige betydning og gått over til en almindelig artsbetegnelse, som Berlinerblått eller *gants de Suède* (Mot. V. s. 30). For sikkerhets skyld sier loven dette uttrykkelig i sitt femte avsnitt: «Under nærværende forskrift inngår ikke sånne stedsoppgivender som ifølge handelssedvane tilsikter å opgi varenes art, men ikke deres opprinnelse.» På den annen side er det klart at

¹ Av rent tilfeldige grunner gjør denne sitt forbud mot uriktig stedsangivelse betinget av at «angivelsen er føiet til et kommersielt navn som er fingert eller lånt i bedragerisk hensikt.» (Art. 10.)

en stedsbetegnelse er uriktig, selv om råstoffet virkelig skriver sig derfra, hvis det er fabrikasjonsstedet som i publikums øine er det viktige.¹

Som ved varemerkene er det ikke bare forbudt å sette den gale stedsbetegnelsen på varene, men også å holde dem tilfals eller forhandle dem. Derimot rammes det ikke av loven at man muntlig oppgir galt produksjonssted for en vare, eller setter uriktig stedsangivelse på saker som man bare skal bruke selv, eller servere for sine private gjester. Slik optreden kan være meget forkastelig, men utilbørlig konkurranse er det ikke.

De sanksjoner som står til rådighet overfor den som forbryter sig mot § 25, er i hovedsaken de samme som når det gjelder misbruk av navn og merker. For det første kan vedkommende «tilpliktes å avholde sig fra å bruke det uriktige opgivende ved varens falholdelse». Dette søksmål kan reises av det offentlige og av de konkurrenter som skades ved uriktigheten, og er ikke avhengig av at vedkommende har vært i ond tro. Reglene i § 27 om endring og eventuell inndragning av de gjenstander som er blitt merket med urette, får også anvendelse. Erstatningsansvar kan gjøres gjeldende av de samme konkurrenter som kan reise undlatelsessøksmål, men vilkåret er at den uriktige stedsbetegnelsen er satt på mot bedre vidende.² Også bøtestraff kan det bli tale om, nemlig når gjerningsmannen «har hatt til hensikt å føre bak lyset m. h. t. varens art, innhold, sammensetning eller dens verdi». Påtalen er isåfall ubetinget offentlig, til forskjell fra merke- og navnemisbrukene. Tanken er at forbudet mot uriktig stedsangivelse sikter mere direkte på å beskytte det kjøpende publikum, enn de andre bestemmelsene i V. gjør.

III. Alt i lengere tid har vi beveget oss i periferien av hvad man med rette kan kalle for åndsrettigheter; i denne paragrafen har vi imidlertid tatt enda et skritt, og er kommet helt utenfor dem.

¹ BRD. i N. I. R. 1932 s. 45 antok ikke at § 25 var krenket, om en norsk fabrikk bruker navnet «Havana» og «Habanera» på cigaretter. Iallfall her i Norge sikter betegnelsen sedvansmessig ikke til opprinnelsesstedet for selve varen, men sier bare at tobakken kommer fra Havana.

² Naturligvis kan også den skuffede kjøper etter omstendighetene kreve erstatning, likesom han eventuelt kan heve kjøpet. Denne retten støtter sig imidlertid til helt andre regler, og er ikke avhengig av at det er handlet mot bedre vidende.

En åndsrettighet er nemlig en virkelig subjektiv rettighet, som gir en bestemt person anledning til å øve rådighet over en ytre gjenstand av ulegemlig natur. Nu er det ganske visst litt av en smaksak om man vil tale om subjektive rettigheter, eller nøie sig med å se vernereglene fra «yttersiden», hvor de arter sig som mere eller mindre vidtgående skranker for handlefriheten. Det første vilkår for å tale om private rettigheter er at det er vedkommendes individuelle interesser som er hovedmotivet til beskyttelsen. Men dessuten må visse tekniske vilkår være tilstede, hvis det skal være praktisk å fortette rettsreglene til subjektive rettigheter.¹ Det må være et bestemt rettssubjekt som retten kan knyttes til, rådigheten må ha noenlunde faste grenser, og den må utøves over en påviselig ytre gjenstand, materiell eller immateriell.

Efter denne opskriften kan det ikke være tvil om at såvel åndsproduksjonens rettigheter som firma- og varemerkeretten er sanne subjektive rettigheter. Det samme gjelder retten til forretningsnavnene og til det særlige vareutstyr, skjønt det skal innrømmes at gjenstanden for rettigheten er litt vanskelig å definere i siste fall.² Retten til fellesmerker er imidlertid på grensen. Merket er visstnok en høvelig gjenstand for retten, men subjektet for den flyter betenkelig ut. Og når vi så kommer til forbudet mot å bruke gale stedsbetegnelser, vilde det stride mot sund juridisk teknikk om man også her talte om subjektive rettigheter.³ De som nyter godt av vernet er ikke bestemte personer, men en ubestemt krets av produsenter. Gjenstanden for den tenkte rett blir borte mellem fingrene på en, selv om man forestiller sig den aldri så immateriell. Aller vesentligst er det dog at reglene ikke i første rekke sikter på å verne den stedlige produksjon, men på å beskytte almenheten mot varer som seiler under falsk flagg. Derfor er det naturlig å stille dem i klasse med en lang rekke andre regler som har et lignende formål,

¹ Gassarter som kondenseres og går over i fast form, gir ikke noe dårlig billede av forholdet mellem rettsreglene og de subjektive rettigheter.

² I Tyskland pleier man, som foran nevnt, ikke å regne retten til *Ausstattung* — der inkluderer det uregistrerte merke — for en subjektiv rett.

³ I Frankrike snakker man dog friskt vekk om en «*propriété*» for alle dem som med rette kan bruke stedsbetegnelsen. Jfr. B r y (s. 31), som forresten tar enda et skritt, og kaller også beskyttelsen mot *concurrence déloyale* for det samme (s. 508).

og setter skranker for den almindelige handlefrihet i den lojale konkurranses interesse.

Det viser sig altså at den del av åndsretten som handler om kjennetegnene, ikke bare er gjennemtrent av den utilbørlige konkurranses rettstanker, men at den glir jevnt og umerkelig over i dem. I tredje del av boken får vi anledning til å utdype dette forhold ytterligere.

4. kapitel: Samarbeidet mellom kjennetegnene og deres rettigheter.

§ 49.

Sammenhengen.

I det foregående har vi beskrevet personnavnet, firmaet og varemerket hver for sig. I livet er de imidlertid filtret svært inn i hverandre, og har slett ikke hvert sitt område. Derfor blir det en viktig oppgave å gjøre rede for denne sammenhengen, og for de vanskeligheter som den reiser.

I. Personnavnet er det kjennetegn som rekker lengst. Det følger bæreren i all hans ferd, enten han optrer som privatperson eller som forretningsmann. Om navnet brukes i forretningslivet, holder det ikke i den anledning op å være personnavn, og selv om det registreres som firma, er dette en adekvat navnebruk, som av sig selv faller inn under navneretten. Denne sannhet er ikke gått lovgivningen forbi. R. § 9 forutsetter utvetydig at enhver har rett til å bruke sitt personlige navn som firma, ja pålegger undertiden likefrem plikt til dette. Og § 10 forbyr uvedkommende å ta op annenmanns personnavn i sitt firma.

På lignende måte er det en helt normal anvendelse av person- eller firmanavnet å anbringe det som merke på sine varer. Navnet skal nemlig ikke bare kjennetegne bærerens person i aller snevreste forstand, men også at ting eller forhold står i en viss forbindelse med ham, f. eks. at han har laget varene eller solgt dem.¹ Navnet og firmaet er derfor overalt anerkjent som naturlige varemerker, mens de registrerte er kunstige eller vilkårlige kjennetegn, som rettslivet har funnet på. I V.'s regler kommer dette klart

¹ Se foran s. 431.

frem. § 5 sier at selv det vern som registreringen gir «ikke er til hinder for at enhver kan bruke sitt navn eller sitt firma som merke for sine varer». § 22 forbyr å bruke «en annens navn eller firma» som merke på egne varer, og § 2 d å la dem registrere som sine.

Omvendt er det slett ikke så at de egentlige varemerker bare brukes til å sette på varene. V. § 5 stadfestet bare en skikk som forlengst hadde trengt gjennom i praksis, da den utvidet varemerkeretten til også å gjelde merkenes anbringelse på pakningen, kunn-
gjørelser, skilter, prislister, forretningsbrev, anbefalinger, regninger o. s. v. Men heller ikke dette har forretningslivet stanset op ved. I dagligtalen og i publikums bevissthet blir varemerket ofte ført over på eller identifisert med forretningen selv, og brukt som navn på den i alle forhold (R o s e n t h a l s. 475). Og denne utglidning beror på så sterke psykologiske og sociologiske faktorer at loven hverken kan eller bør kjempe imot den.

Under disse omstendigheter kan det uten overdrivelse sies at navn, firma og varemerker har en *tendens* til å gli over i hverandre i praksis. Forretningslivet holder dem ikke skarpt fra hverandre, men bruker dem i stor utstrekning i fleng, når det gjelder å kjennetegne enten forretningen eller dens varer. «*Je mehr das Geschäftsleben sich entwickelt,*» sier R o s e n t h a l (s. 437—438), «*desto geringer werden die Unterschiede zwischen den einzelnen gewerblichen Bezeichnungsmitteln: Diese Unterschiede gehen auf in dem allgemeinen Begriff der Herkunftsangabe, die hinweist auf ein bestimmtes Unternehmen, bzw. auf eine bestimmte Ware.*»

II. Alle forretningskjennetegn har samme oppgave: De skal individualisere bedriften og dens produkter, og hindre at de blir blandet sammen med andre. Når dette er formålet, blir det naturligvis en betenkelig sak at flere erhvervsdrivende har samme kjennetegn. Så langt fra å fremme individualisering og klare linjer, tas kjennetegnene på denne måten likefrem i forvekslingens tjeneste, og dette må lovgiveren søke å hindre så godt han kan. Ikke minst for en lovgivning som ser alle kjennetegnreglene som særlige utslag av prinsippet om at konkurransen skal være lojal, er det en utålelig tanke at rettighetene skal kunne brukes til å fremme forvirring og forveksling, istedenfor orden og individualisering.

Best var det naturligvis om hvert enkelt kjennetegn alltid var

forbeholdt en eneste person, som hadde enerett til å anvende det i alle retninger. Men både hos oss og annetsteds fjerner de positive rettsreglene sig sterkt fra dette standpunkt, som fra et rent individualiseringssynspunkt er det ideelle. Den personlige navnerett er ganske visst absolutt, og gjelder hele landet, men det er langt fra at den gir enerett til navnet. Firmaretten er i sin registrerte skikkelse også absolutt, og gir en virkelig enerett, men den gjelder bare innenfor registreringskommunen, og utenfor den er retten til firmaet relativ og betinget, som vi foran har sett. Varemerkeretten er i prinsippet innskrenket til de varer som merket er registrert eller innarbeidet for, og varer som ligner dem. Er merket registrert, gjelder retten absolutt og i hele landet, men hviler retten på innarbeidelse er den bare relativ, og betinget av at konkret forvekslingsmulighet er tilstede.

At det her er et rikt felt for kollisjoner, ser man med et halvt øie. Rent i fleng kan man f. eks. spørre sig hvordan det går, når den enes firma eller merke støter sammen med den annens rett til å bruke sitt eget «ærlige personnavn», eller når den ene har registrert et ord som merke, og en annen tar det i bruk som firma, eller får bevilling til å ta det som personnavn. For ikke å tale om slike tilfelle at to merker eller et firma og et merke oprinnelig bestod fredelig side om side, fordi forretningene lå i hver sin branche eller hadde hver sin kundekrets, og de så begynner å utvide sig, så de kommer i kollisjon.

Å lukke øinene for alle disse vanskelighetene kan det naturligvis ikke være tale om. «Regningen ligger på bordet», for å citere et berømmelig norsk statsmannsord. Vi skal se hvad lovgivningen har gjort for å honorere den.

§ 50.

Samspeillet mellem rettsreglene.

I. De lovregler som står til disposisjon for å mestre vanskelighetene er temmelig spredt, og gir ikke inntrykk av å være ledd i en fast strategisk helhetsplan. Somme av dem skriver sig fra en tid da man ikke hadde oversikt over vanskelighetene, og ikke erkjente at retten til alle kjennetegn må sees som anvendelse av prinsippet om at konkurransekampen skal være lojal. For den personlige navne-

retts vedkommende kommer dertil at loven er blitt så hypnotisert av den offentligrettslige navneplikt at den med vilje overser navneretten og dens problemer, så i denne loven er liten hjelp å finne.

R. § 10 gir derimot en viktig «kollisjonsnorm». I tilknytning til sin grunnregel om at et firma tydelig skal skille sig fra andre registrerte firmaer i samme kommune, sier den: «Den som anmelder et firma hvori hans navn finnes, skal derfor, når det samme firma allerede er innført i registret for noen annen i samme kommune, ved et tillegg til sitt navn eller på annen måte tydelig adskille sitt firma fra det eldre.» Bestemmelsen har stor betydning, men svært langt rekker den ikke. Den taler bare om kollisjon mellom navneretten og firmaretten i n n e n f o r k o m m u n e n, mens kollisjoner utenfor ikke bekymrer loven. Den hindrer heller ikke at det registreres likelydende firmaer i forskjellige kommuner, og enda mindre regulerer den forholdet mellom firma- og varemerker,¹ f. eks. fordi to likelydende firmaer brukes som merke, eller det enes firmanavn faller sammen med det andres merke. Andre forretningsnavn enn firmaet befatter R. sig overhodet ikke med.

Det var derfor nok av problemer som møtte patentlovkommisjonen da den skulde forsøke å bringe orden tilveie mellom retten til de forskjellige slags forretningskjennetegn. Og opgaven blev så meget vanskeligere, som kommisjonen hadde den «ideelle fordring» i baklommen, at alle kjennetegnenes rett helst skulde smeltes sammen i en stor harmoni, til fremme av sund og tilbørlig konkurranse i erhvervslivet. Dessuten fant man fra begynnelsen av å måtte nærme sig problemene med adskillig forsiktighet, for ikke å gå utenfor sitt mandat. Det var nemlig lovgivningen om varemerker kommisjonen skulde revidere, mens den ikke hadde noe med R. og firmaretten. Gjaldt det derfor å hindre at det blev skapt nye varemerker i kollisjon med eldre firmaer eller personnavn, grep kommisjonen bestemt inn, for her var den utvilsomt innenfor mandatets ramme. Gjennom forbudet mot «deseptive» merker i V. § 2 b blev det satt stopper for at man registrerte andres navn og firma som merker,² og § 22 satt samme straff for bruken av dem, som når registrerte merker blir misbrukt på denne måten. Derimot var kommisjonen oprinnelig

¹ Eller mellom merkeretten og den personlige navnerett.

² Det nye punkt d) som § 2 fikk tilføiet i 1936, gjør dette enda klarere.

betenkt på å ta alle de andre kollisjonsmulighetene som en gitt sak, idet man resonnererte som så at firmaretten fikk feie for sin egen dør, og navneretten for sin.

Et eneste forsiktig skritt mente man dog å turde våge, i ordenens navn og den lojale konkurranses interesse: Man burde ikke ha rett til å ta samme forretningsnavn som andre i hensikt å fremkalle forveksling, og heller ikke burde det være lov til å utnytte likheten mellom bestående kjennetegn i sånn lyssky hensikt. Dette var efter kommisjonens mening det minste man kunde forlange av en konkurranse som ikke skulde være oplagt illojal. Selv om det ikke bestod noen absolutt enerett til kjennetegnet, «vil det dog føles som en utilbørlig konkurranse om noen valgte samme benevnelse for en likeartet forretning i hensikt å fremkalle forveksling, og under forhold som var egnet hertil». Og skjønt man fant det «uundgåelig at vanskeligheter vil komme til å foreligge m. h. t. like lydende firmaer og varemerker», måtte det dog sies å være en forkastelig misbruk, «når noen i omsetning benytter sitt navn eller firma som varebetegnelse på en måte som er beregnet på og egnet til å fremkalle forveksling med det navn, firma eller varemerke som en annen rettmessig betjener sig av, altså i hensikt derved å tilvende sig den fordel som knytter sig til det annet firmas eller merkes omdømme.» (Mot. V. s. 29.)

Efterat motivene var skrevet, undergikk kommisjonens forslag imidlertid en viktig, men underjordisk forvandling. De bestemmelser det gjaldt — lovens § 24 og § 26 — hadde oprinnelig vært redigert i samhøve med de uttalelsene som nettopp blev gjengitt, og hadde følgelig bare brodd mot den bruk av like kjennetegn som direkte skjedde i forvekslingshensikt. Men under sluttbehandlingen av utkastet tok man dristig et skritt til, og formet reglene helt objektivt, slik at man avskar såvel bruken som antagelsen av forretningsnavn, hvis de objektivt sett var egnet til å fremkalle forveksling, og følgelig stod i strid med det sociale formål som alle kjennetegnene skal forfølge. Merkelig nok lot man imidlertid motivene stå som de stod, og bare et enkelt sted antydte man den forandring som hadde funnet sted (s. 32 annen spalte). Mens utkastets tekst var helt objektiv i sin form, fremhevet altså både de almindelige motiver og særmotivene til § 24 og § 26, at de bare skulde gjelde når forvekslingshensikt var tilstede. Som rimelig

var følte departementet sig litt desorientert, og spurte patentlovkommisjonens formann hvad det egentlig var meningen. Han svarte at det var lovforslagets tekst og ikke dets motiver man skulde holde sig til. Teksten var blitt endret i siste liten, og man hadde «vært uopmerksom på å utvide vedkommende bemerkninger i motivene på en måte som svarte til den nuværende lydelse av utkastet.» (Ot. prp. 6, 1908, s. 45.)

V. § 24 og § 26 er således kommet en smule impromptu til verden.¹ Ikke desto mindre har de en central plass i kjennetegnenes rett, og bringer på en lykkelig måte harmoni tilveie på store felter av den. § 26 er gjengitt ovenfor på s. 475, i forbindelse med fremstillingen av hvordan den supplerer firmaretten, og gir de uregistrerte forretningsnavn slik beskyttelse at en masse kollisjonsmuligheter blir avskåret. For § 24 var oppgaven den ikke mindre vanskelige, å hindre kollisjon mellom de egentlige varekjennetegn og firma- og personnavnet, når de brukes som kjennetegn for varer. Dens grunnleggende del lyder slik: «Den som på varer som holdes eller skal holdes tilfals, på deres innpakning eller på de i § 5 omhandlede gjenstander setter sitt navn eller sitt firma på en sånn måte at det blir egnet til å fremkalle forveksling med et varekjennetegn som en annen rettmessig bruker for varer av samme eller lignende slags, eller som fallholder eller forhandler således merkede varer, kan efter søksmål fra den forurettede frakjennes retten hertil.»

Dette var de lovbestemmelsene som står til rådighet. Hvor langt de rekker under arbeidet for kjennetegnenes innbyrdes harmonisering skal vi søke å vise i de følgende romertall, hvor de viktigste kollisjonsmulighetene er behandlet efter tur.

II. Navnerett — firmarett. 1. Den som har en personlig navnerett kan alltid sette sig imot at uvedkommende tar navnet og bruker det som forretningsnavn. Det følger av den almindelige navnerett, slik som N. forutsetter den, jfr. foran i § 34. Til overflod er det også sagt i R. § 10, at ingen har lov til å ta op annenmanns navn i sitt

¹ I Tyskland tok det 13 år å løpe gjennom den utvikling som patentlovkommisjonen klarte på et øieblikk. Mens § 8 i konkurranseloven av 1896 bare forbød bruken av navn og firma når den var «*berechnet und geeignet*» til å skape forveksling med andres kjennetegn, er det nu tilstrekkelig at det er objektiv fare for forveksling (§ 16 i loven av 1909).

registrerte firma, og det samme gjelder uten tvil når det er andre slags forretningsnavn det er tale om.¹

Her som ellers må man dog huske at det ikke er noen navne- rettskrenkelse at navnet brukes av andre, når det ikke er okkupert s o m n a v n, men som fantasi- eller artsbetegnelse. Særlig praktisk vil dette være når personnavnet nettop er dannet av ord som har en egen sproglig betydning, samtidig som de tjener som navn. Navn som «Falk», «Bjørn» og «Rose» kan således fritt brukes som forretningsnavn, uten at slektene av disse navn kan protestere. Det samme gjelder navn som «Tempo» og «Rask». Dette er dog ikke noe undtak fra regelen om at ingen kan ta andres personnavn til forretningsnavn. Når en cigarettfabrikk kalles for «Tempo» eller et flyttebyrå for «Rask», er det ikke personnavnet man legger beslag på, men den annen, sproglige siden ved ordet, som ikke er forsvunnet fordi om det også er avansert til personnavn.²

Videre må man gå ut fra at det bare er de «rettsbeskyttede» personnavn, som har vern mot at andre tar dem til forretningsnavn. Derimot ikke de mere utbredte sen-navn, og andre navn som er svært almindelige. Hvis bæreren av navnet ikke kan protestere om uvedkommende annekterer det med hud og hår, vilde det nemlig være rart om han kunde gjøre det, når det bare er en enkelt anvendelse av navnet man tar sig rett til. R. § 10 behøver heller ikke forstås på denne måten. Når den skjærmer personnavnet mot å bli brukt som firmanavn av andre, forutsetter den at det ikke er blottet for enhver rettsbeskyttelse som navn, idet det mangler individualiserende evne. Om en mann derfor kaller sin forretning for «Olsenbasaren», for å markere at den skal være en forretning for det brede publikum, kan ingen enkelt Olsen nedlegge innsigelse mot dette.

¹ Hvis en forretningskvinne mister det personnavn hun har brukt til firmanavn, blir spørsmålet om hun fremdeles kan bruke firmaet, skjønt hun ikke lenger har rett til navnet for sin personlige del. Særlig praktisk er dette når hun gifter sig, eller mister navnet ved skilsmisse. Selv om man mangler positiv hjemmel for det, vil jeg hevde at slik rett må hun ha. I et tilfelle da en dame hadde gjort sitt navn kjent som «kunstnernavn», har HR. dog nektet henne å bruke det som sådant, etterat hun var skilt og gift med en annen mann. Rt. 1929 s. 754. Denne dommen fortjener dog ikke lovord.

² Jfr. foran s. 379, Becher s. 284 og Rosenthal s. 470.

2. På den annen side er et bestående firmanavn ganske godt beskyttet mot attentater fra den personlige navneretts side. Ganske visst kan det ikke sies at en eksisterende firmarett er en absolutt hindring mot at det blir gitt bevilling til et likelydende personnavn, i kraft av N. § 9. Men da man ikke har noen legitim interesse i å begjære sin nestes firma som personnavn, og da kollisjonsmuligheten alltid ligger latent, vil en forstandig bevillingspraksis dra omsorg for at firmanavnene som regel får være i fred. Skulde det imidlertid hende at en mann fikk bevilling til å anta slektsnavnet «Herkules», kan innehaveren av et firma av samme navn neppe få ham fradømt navnet.

Mere praktisk er spørsmålet om en bestående firmarett hindrer andre fra å bruke sitt personnavn som firma, når de to navn lyder ens. Denne kollisjon, som annetsteds har gitt anledning til store diskusjoner, har R. løst klart og greit i firmarettens favør i den foran citerte § 10: Det nytter ikke å pukke på retten til å føre sitt eget «ærlige navn», også når en optrer som forretningsmann. Er navnet på forhånd registrert som firmanavn i kommunen, må den nye anmelderen sørge for å skille sitt firmanavn tydelig¹ ut fra det første, «ved et tillegg til sitt navn eller på annen måte». Gjennom registreringen og bruken av firmanavnet har den første anmelder følgelig erhvervet en prioritet, eller om man vil en fortrinsrett til firmaet som nr. 2 må respektere, selv om det resulterer i at hans ordinære subjektive navnerett blir innskrenket. R. forutsetter dog tydelig at anmelder nr. 2 ikke behøver å gi op sitt personnavn helt, men at han ved tillegg til navnet, fornavnet f. eks., kan bringe tilveie den ulikhet som skal til. Men lar dette sig ikke gjøre — og man må ikke sette kravet til effektiv ulikhet for lavt — stemmer det efter min mening best med R.'s ånd og med god lovgivningspolitikk, at man helt nekter den siste anmelder å bruke sitt personnavn i firmaet. Særlig når han har eslet sig til å legge an på egen hånd, er dette hårdt for ham, siden R. isåfall forlanger at person-

¹ At spørsmålet om forskjellen er tydelig må stilles under hensyn til hvordan firmaene virker i livet, har vi ovenfor påvist. Fra praksis kan nevnes at firmaet «Brødr. Hals A/S» fikk fradømt F. og O. Hals (sønner av en av selskapets stiftere) firmanavnet «Brødr. Hals jr.» (N. I. R. 1932 s. 46), og at utfallet blev det samme i en sak som «Carl Heffermehl jr.» reiste mot firmaet «Carl Heffermehl Rekvisita A/S» (N. I. R. 1935 s. 56).

navnet skal være med i hans firma.¹ Men det er bedre å tvinge den sist ankomne til å legge forretningen over i en eller annen selskapsform, enn å sette de registrerte firmanavn i fare, for å hevde den personlige navneretts prinsipp fullt ut.

Utenfor registreringskommunen står firmaet her som ellers på linje med andre forretningsnavn, og er beskyttet av V. § 26, hvis de behørig er tatt i bruk. Så langt som denne beskyttelsen rekker — nemlig overfor firmanavn som brukes for forretninger av samme eller lignende slags og er egnet til å fremkalle forveksling med de første — er de formentlig også beskyttet overfor dem som fører sin personlige navnerett i marken, efter analogi fra R. § 10.

III. Navnerett — merkerett. Navnerettens forhold til varemerkeretten arter sig i alt vesentlig på samme måten som nettop er beskrevet for firmarettens del.

1. Som man ikke har lov til å ta andres navn til firma, må man også reonsere på å bruke dem som varemerker. V. § 2 b og d og § 22.² Man forgriper sig dog ikke på navneretten, når det ikke er navnekvaliteten man legger beslag på, men bruker ordet som fantasi-navn eller artsbetegnelse, eller tar det i den almindelige sproglige betydning som navnet oprinnelig hadde, som f. eks. merkene «Tempo», «Bjørn» eller «Falk».

Her som ved firmarettens må man dessuten gjøre undtak for de personnavns vedkommende som mangler «rettsbeskyttelse» som navn. Det er ingen rettskrenkelse overfor alle våre Olsener å døpe en ny såpe for «Olsen-såpen, såpen for de tusen hjem».

¹ I Tyskland har domstolene vært tilbøielig til å la navneretten gå foran av denne grunn, hvis det er et enkeltmannsfirma som kolliderer med den eldre firmarett. (Dette kritiseres bl. a. av B e c h e r s. 297.) Et lignende standpunkt inntar E b e r s t e i n for Sveriges vedkommende (N. I. R. 1936 s. 152), og den tsjekkiske konkurranselovs § 11 slår det uttrykkelig fast. I England er det derimot regelen at hvis det ikke lar sig gjøre å få frem tilstrekkelig ulikhet gjennom tillegg e. l., kan en mann bli helt hindret fra å bruke sitt personnavn som forretningsnavn, «*since the fact of the name being his own creates no difference in principle*». (P e a r c e s. 98.) Skjønt det vanskelig er tenkelig at saken kan komme helt på spissen, tror jeg løsningen må bli den samme hos oss. Forholdet er isåfall nokså parallelt til dobbeltopfinnelser, hvor oppfinner nr. 2 går glipp av sin «gode rett» til å få patent, fordi en annen oppfinner er kommet ham i forkjøpet.

² Ved BRD. i N. I. R. 1932 s. 43 blev varemerket «Original Harder» kjent ugyldig efter søksmål fra firmaet Georg Harder, og merkene «Ford» og «Fordoline» efter søksmål fra Henry Ford og Ford Motor Co.

2. På den annen side vil en bestående varemerkerett være en faktisk hindring for at andre får bevilling til likelydende personnavn, skjønt det heller ikke her vilde være direkte rettsstridig om slik bevilling blev gitt.

Og også når det spørres om bæreren av et personnavn kan bruke det som merke i kollisjon med en eldre varemerkerett, ligger saken an på lignende måte som ved firmarettet. Ganske visst sier V. § 5 at det vern som varemerkets registrering gir «ikke er til hinder for at enhver kan bruke sitt navn (eller firma), som merke for sine varer». Men forbudet i § 24 hindrer i virkeligheten innehaveren i å bruke navnet sitt som merke, hvis det kommer i kollisjon med et varemerke som alt er i bruk: Han må nemlig ikke sette det på varene «på en sånn måte at det blir egnet til å fremkalle forveksling med et varekjennetegn som en annen rettmessig bruker for varer av samme eller lignende slags». — Det må innrømmes at det blir lite igjen av § 5 ved denne fortolkning. Men den er formodentlig den eneste som kan forenes med § 24, og dessuten er den praktisk heldig.¹ Når § 5 er blitt stående som den gjør ved siden av § 24, kommer det sikkert av den forskyvning som denne siste § gikk gjennom på fosterstadiet, og som man ikke gav sig tid til å konfrontere med de andre reglene i loven. Helt uten innhold blir § 5 forøvrig ikke, selv om man er enig i at § 24 må gå foran: Om personnavnet faller sammen med et uregistrert merke, kan innehaveren nemlig fritt bruke det som kjennetegn for lignende varer, dersom de avsettes på et område hvor de ikke godt kan forveksles med de «ekte» merkevarer, og det samme kan han gjøre når merket visstnok er registrert, men ikke er tatt i bruk, jfr. ordene i § 24.²

IV. Merkerett — firmarett. Den viktigste kollisjon er imidlertid når varemerker og firmaer støter sammen, og her gjelder det ganske særlig at linjene er klare.

1. Når firmarettet er den eldste, skulde man

¹ HRD. i Rt. 1924 s. 97 nektet firmaet «Georg Harder» å bruke merket «Original Harder», som var registrert som merke for andre. HRD. i Rt. 1933 s. 752 kom til samme resultat, når det var navnet i forkortet skikkelse man vilde bruke. (Henrik Schaffersen & Co. = Hesko, ansåes for å kollidere med det eldre merke «Hess».) Fra eldre rett kan nevnes HRD. i 1910 s. 293, som nektet A/S «Orient» å bruke dette ordet som merke, da det var registrert for andre.

² På tilsvarende vis må kollisjonen løses når varemerket ikke er registrert, men innarbeidet.

kanskje tro at den ubetinget måtte hindre en yngre varemerkerett, når de to kjennetegn faller sammen. V. § 2 b og d forbyr jo å la andres firmanavn registrere som merke (jfr. HRD. i Rt. 1933 s. 752) og § 22 truer blankt med straff hvis man setter andres firmanavn på sine varer uten hensyn til om varene ligner hverandre, og uten at det spørres om det er konkret fare for forveksling. Er det tale om å registrere det enslydende varemerke, er dette også ubetinget riktig; her er kollisjon nemlig uundgåelig, siden firmarettens gjelder absolutt innenfor registreringskommunen, og retten til registrerte merker like ubetinget i hele landet for varer av samme slags. Derimot er det ikke sikkert at den eldre firmarett er krenket, fordi om uvedkommende bruker samme ordet som merke uten å registrere det. På samme måten som ved personnavnet er det nemlig forutsetningen for § 22 at firmaet er beskyttet som firma, slik at innehaveren vilde ha kunnet klage om det ikke hadde vært som merke, men som firmanavn at det var blitt annektert.¹ Hvis derfor merket brukes utenfor firmaets registreringskommune, og det hverken saklig eller territorielt er fare for at de to kjennetegn vil bli forvekslet med hverandre, kan firmarettens innehaver neppe sette stopper for det.²

2. Vi tenker oss dernest den omvendte situasjon at det er varemerkeretten som er eldst. Før V. kom til var det ganske på det rene at innehaveren av merket ikke kunde hindre andre fra å tilegne sig det som firmanavn (Mot. V. s. 29). Men § 24 i V. har heldigvis bragt saken i en annen stilling. Det loven forbyr er ganske visst ikke at man anlegger firmanavnet, men at man «bruker det på en sånn måte at det er egnet til å fremkalle forveksling med et varekjennetegn som en annen rettmessig bruker for varer av samme eller lignende slags». Men hvis saken ligger slik an, når firmanavnet blir brukt i sin registrerte skikkelse, kan det heller ikke være tillatt å anta firmaet og la det registrere. Loven forutsetter nemlig

¹ I Tyskland er et firmanavn ubetinget beskyttet mot at andre bruker det som merke. Se *Becher* s. 314. Men der nyter firmaet en absolutt beskyttelse på linje med personnavnet, efter B. G. B. § 12. Se foran s. 384.

² Her som ellers står et innarbeidet forretningsnavn i samme stilling som et firmanavn utenfor registreringskommunen. — Utk. 1930 s. 32 forstår visstnok loven slik at et registrert firmanavn er ubetinget beskyttet mot at andre bruker det som varemerke, uten hensyn til varenes art og uten hensyn til hvor i Norge bruken finner sted.

at firmanavnet skal brukes, ja krever det likefrem, når forretningen optrer utad. Men da vilde det være selvmotsigende om loven på den ene siden tillot registreringen og krevet firmaet brukt, mens den på den annen side straffet noen av de viktigste anvendelsene av det.¹ Til støtte for dette resultat taler også analogien fra § 26, som løser spørsmålet på denne måten, når det er et eldre forretningsnavn som det nye firma kolliderer med; noen skarp grense mellom slike navn og de egentlige «varekjennetegn» er det nemlig ikke.²

Det er dog bare når det nye firma vilde føre konkret fare for forveksling med sig ad adgangen til det er stengt. Er navnet således innarbeidet for visse vareslag, mens den forretning der bruker merket som firma handler med noe ganske annet eller driver på helt andre trakter av landet, rammes forholdet ikke av § 24. Hvis merket er registrert, kommer derimot forskjellen i lokal kundekrets antagelig ikke i betraktning. (§ 24, sammenholdt med § 5.) Den rett registreringen gir gjelder nemlig for hele landet, uten hensyn til hvor langt omsetningen er trengt frem, og da vil ethvert firma som fører samme varer iallfall potensielt komme i kollisjon med retten.

V. De reglene som nu er gjengitt ordner de fleste kollisjoner mellom forretningstegnene ved å gi et av dem prioritet, og avskjærer bruken av de andre — iallfall innenfor det område hvor det er fare for virkelig forvekslinger. Denne siste reservasjon reiser imidlertid et nytt spørsmål: Når loven ikke ubetinget lar det ene ha prioritet, men lar to enslydende kjennetegn bestå ved siden av hverandre, fordi de virker på områder hvor de ikke kan forveksles, hvordan går det da hvis det ene eller det annet utvider sin aksjonsradius, så de kommer i kollisjon med hverandre? Vi tenker oss som eksempel at merket «Miskmask» som er innarbeidet eller registrert for sukker, også anvendes av innehaveren som merke for sykler som han er begynt å lage. Litt senere begynner en fabrikk som har samme merke for sin trikotasje også å lage sykler, og tar sitt merke «Miskmask» med. Eller skofabrikken «Aeterna» som er regi-

¹ For personnavnets vedkommende står saken anderledes, for det kan jo brukes utenfor forretningslivet. Også sannhetsplikten i R. § 10 vil efter omstendighetene kunne hindre at andres merker blir tatt inn i firmaet.

² Jfr. Bernt Lund i N. I. R. 1932 s. 44, og en BRD. sammesteds, som frakjente «A/S Lissenola» dette firmanavn av hensyn til et eldre likelydende ordmerke. Jfr. også Rt. 1931 s. 655, hvor firmanavnet «Hesko» blev strøket av hensyn til merket og firmaet «Hess».

strert i Oslo tar til å handle på Oplandene, mens den tidligere har holdt sig til Oslo. En skofabrikk i Trondheim av samme navn utvider så senere sin interessesfære til Opland.

Løsningen av slike kollisjoner kan neppe være tvilsom, efter hele det prioritetsystem som vår lovgivning bygger på. Den som først har ført merket eller firmaet inn på områder som han hadde lovlig adgang til, og befestet dem der, kan protestere mot at likegyldende kjennetegn følger efter, slik at det oppstår mulighet for forveksling.¹ Man beskytter altså hvad tyskerne kaller *der redliche Besitzstand*, for å bruke et billede fra tingsretten. Men når det skal avgjøres hvem som først har etablert sig som «besitter» av kjennetegnet, må man ikke glemme å ta hensyn til at innarbeidede kjennetegn har et visst naturlig ekspansjonsområde, som de har fortrinnsrett til i og med rettsbeskyttelsen. (Jfr. foran s. 453 og Rosenthal s. 433.) Om f. eks. det eldre Oslofirma «Aeterna» hittil bare leilighetsvis har solgt sko i Aker, kan det hindre Trondheimsfabrikken i å optre der under det samme firmanavn, selv om det kanskje blir godtgjort at det første par «Aeterna» skotøi som blev solgt i Aker kom fra Olaf Trygvesønns by.

VI. Det er dog ikke bare de egentlige prioritetsreglene som har betydning, når det gjelder å forebygge og ordne kollisjoner mellom forretningskjennetegnene. Ved siden herav setter § 24 også en stopper for at man bruker sine rettmessige kjennetegn i forvekslingshensikt, eller iallfall «på en sånn måte at de blir egnet til å fremkalle forveksling» med andres lovlige forretningsymboler.

Fra praksis har man flere eksempler på slik illojal anvendelse av kjennetegn. I BRD. av 29 april 1911 (V. nr. 505) blev således firmaet «Oscar Molstad & Co.» som hadde forretning på hjørnet av Karl Johan og Kongensgate, forbudt å skrive «Osc.» med små bokstaver foran «Molstad & Co.», fordi dette kunde lede til forveksling med det virkelige «Molstad & Co.», som hadde butikk lenger nede i gaten. I en annen dom (N. I. R. 1933 s. 138) fikk det registrerte merke «Mobilolje» medhold i at en konkurrent som brukte betegnelsen «Automobilolje», ikke hadde lov til å sette «Auto» i en linje for sig på oljekannene, mens «Mobilolje» kom i en ny linje og med fremtredende utstyr. BRD. i N. I. R. 1934 s. 156 forbød «Motortidende»

¹ Rosenthal s. 417.

å trykke navnet sitt slik at «Motor» blev satt med svære bokstaver, og «tidende» med små og i en annen linje. Dette var utilstedelig overfor «Norsk Motorblad», eller «Motorbladet» som det gjerne kaltes i dagligtalen. Heller ikke måtte uttrykkene «Norsk Motorblad» eller «Motorblad» brukes i reklamen for «Motortidende».

En annen form for illojal navneanvendelse er det såkalte *stråmannsvesen*, som har vært nokså praktisk i utlandet, men heldigvis lite utbredt hos oss. Et almindelig eksempel er at man slår sig sammen med en mann hvis personnavn ligner en konkurrents firmanavn eller merke, og etablerer så forretning med stråmannens navn i firmaet. Det er naturligvis særlig gamle og gode firmanavn man på denne måten forsøker å snylte på. I Tyskland har champagnefirmaene Heidsieck, Mumm og Roederer, våbenfirmaet Krupp og parfymefirmaet Johann Maria Farina måttet verge sig mot slike angrep. (Becher s. 275 ff.) Såvel her som i England er de dog alltid blitt avvist. I Sverige har man nylig fått en dom i samme retning (N. I. R. 1936 s. 70): «Affärshuset Tempo, Katz & Co.» blev her forbudt å bruke dette firmanavn av hensyn til det eldre A/S «Tempo». Riktignok var en mann som het Tempo med i det første firma, men retten fant at dette bare var pro forma, og for å gi forretningen høve til å bruke hans navn. Her i Norge er det mulig at stråmannsvesenet kan rammes av V. § 24. Det forutsetter iallfall Mot. V. s. 29. Under enhver omstendighet faller det rett inn under generalklausulen i konkurranseloven som vi senere får anledning til å konstatere.

5. kapitel: Kjennetegnenes rett i tiden og rummet.

§ 51.

I. Hvis en ny lov innrømmer nye rettigheter over kjennetegn, og knytter dem til registrering e. l., sier det sig nesten selv at den bare kommer til å virke fremover, d. v. s. overfor de kjennetegn som registreres efterat loven er trådt i kraft. Er det derimot innarbeidelsen eller bruken som danner grunnlaget for retten, er det likeså naturlig at vernet virker straks loven trer i kraft, selv om bruken eller innarbeidelsen er eldre.

Hvis loven omvendt innskrenker rettsbeskyttelsen eller stiller nye krav for å opnå den, bør man være forsiktig med å anvende loven overfor eldre, beskyttede kjennetegn. Det er også V. § 34 og R. § 37. Men ikke enhver stramning av kravene til rettsvern kommer i strid med grl. § 97. Skjerper man f. eks. sannhetskravet til merker eller firmanavn, kan ikke eldre rettighetshavere si de har et grunnlovsmessig krav på å fortsette med å kaste publikum blå i øinene.¹

II. Også kjennetegnenes rett er territorielt begrenset, og finner bare anvendelse på handlinger som foretas innenfor Norges grenser.² Om et beskyttet merke blir brukt i utlandet, kan ikke den norske rettighetshaver protestere, selv om det er en nordmann som har gjort det, og uten hensyn til om vedkommende vare hadde et marked på det fremmede sted.³ Derimot er det — som vi så i § 43 — ikke noe i veien for at også et utenlandsk marked kan være del av den «omsetningskrets», som V. §§ 3, 10 og 23 taler om. Hvis en mann derfor melder et merke til registrering for en eksportartikkel, og det alt er innarbeidet for en annen norsk forretning i vedkommende fremmede land, kan denne protestere og eventuelt få merket frakjent innehaveren etter § 10. (Mot. V. s. 53.) På samme måten rammes det av § 23 om merket her i landet blir anbragt på konkurrentens varer, før de blir eksportert.

Det er anvendelsen av kjennetegnet som må finne sted på norsk territorium, dersom de norske lovene skal gripe inn. For merkene vedkommende altså såvel anbringelsen på varen og på de «i § 5 iøvrig omhandlede gjenstander», som salg eller falholdelse av de merkede varer. Noe lignende gjelder om vareutstyret, hvis det er dette som er gjenstanden for beskyttelsen.

På samme måten som ved åndsverker og patenter er det sannsynligvis ikke anledning til å påtale krenkelser av fremmed

¹ Dette er i virkeligheten forklaringen til HRD. i 1935 s. 815, hvor det ikke blev ansett for å stride med grl. § 97, at en eldre forretning måtte holde op med å kalle sig for «Middagsbørsen», fordi det stred mot børsloven av 19. juni 1931 å bruke ordet børs i firmanavnet. Jfr. også N.I.R. 1936, s. 130.

² I enkelte lover, f. eks. Italias art. 87, sier dette uttrykkelig. I Tyskland har domstolene før hatt et annet syn på saken, men er nu snudd om (E l s t e r s. 471).

³ Anderledes Alfred J. Bryn s. 156.

varemerke- eller firmarett i Norge, selv om gjerningsmannen har sitt verneting her.

III. I de fleste land er det et vilkår for kjennetegnenes rettsbeskyttelse at den forretning som bruker dem ligger i landet selv, eller har filial der. Dessuten sier det sig selv at hvis det er tale om vern gjennom registrering e. l., må de formaliteter være iaktatt som vedkommende lands lov fordrer.

For V.'s vedkommende står regelen i § 30: «Krav på vern efter nærværende lov tilkommer alene dem som her i riket driver sånn virksomhet som i § 1 nevnt», og R. § 16 forutsetter tydelig at det bare blir tale om registrering, når forretningen har kontor her i riket. Om det er innlendinger eller utlendinger som eier bedriften, og om de bor i Norge eller utenlands, spiller derimot ingen rolle.

Som nevnt i § 28, er det klart at en sånn ordning ikke byr full sikkerhet for den internasjonale vareomsetning. Ved særlige handels-traktater, men fremforalt ved vårt medlemskap av Parisunionen, er det dog rettet på dette.

IV. 1. Om den beskyttelse som Pariskonvensjonen gir kjennetegnenes rettigheter har vi alt talt en del i § 28, hvor konvensjonens grunnprinsipper blev fremstillet, med særlig tanke på oppfinnerretten.

Også for kjennetegnenes vedkommende er *n a s j o n a l b e h a n d l i n g* hovedsaken, d. v. s. at borgere i de andre unionsland får samme behandling som de innenlandske, når de oppfyller de krav til registrering som her gjelder. Det må dog aldri settes som vilkår for registreringen at unionsborgeren skal ha bolig eller bedrift der hvor beskyttelsen kreves (Konv. art. 2, jfr. V. § 30, annet ledd), og heller ikke må beskaffenheten av den vare som merket skal brukes for, hindre registreringen (konv. art. 7). Om prioritetsfrist og «benådningsfrist» har vi talt tilstrekkelig i § 28.

Tok man prinsippet om nasjonal behandling riktig strengt, skulde det synes å utelukke at man krevet «*h j e m l a n d s b e v i s*» av et fremmed merke for å registrere det, d. v. s. forlanger at «merket på foreskrevet måte er krevet vernet i den fremmede stat». (V. § 30.) Det skulde heller ikke gå an å bestemme at det «ikke vernes i videre omfang eller for lengere tid» enn her (l. e.). Det er imidlertid en lang rekke land som har slike regler, vesentlig fordi man har gått ut fra at vernet for et utenlandsk merke nødvendigvis måtte anses som et *a k s e s s o r i u m* til beskyttelsen i hjemlandet. Det er

også ubestridt i praksis at konvensjonen ikke hindrer dette.¹ Imidlertid erkjennes det mere og mere at det ikke er rimelig å kreve hjemlandsbevis. Det er en ren overtro at det utenlandske merkevern etter sin natur må ha «aksessorisk karakter», og det kan tale gode grunner for bare å registrere et merke i utlandet, f. eks. når det er tale om rene eksportartikler. På de nordiske varemerkekonferanser var det enighet om at kravet til hjemlandsbevis burde sløifes, og det blev også foreslått i Utk. 1930. Det viste sig imidlertid at Sverige og Danmark ikke vilde opgi kravet, og efter mønster av den østerrikske lov av 1928 tok man så inn følgende mellomregel i § 30: «Denne avhengighet av vernet i hjemlandet gjelder dog ikke like overfor stater som for merker som her fra landet er krevet vernet, ikke gjør vernet avhengig av at det her er gjenstand for vern, og heller ikke like overfor stater, med hvilke der inngås en gjensidig overenskomst herom.»

Hvad de øvrige konvensjonsreglene angår, er det praktisk å behandle de registrerte varemerkene først, og derefter de andre forretningskjennetegnene.

2. En viktig særregel om registrerte varemerker er den såkalte *telle quelle*-regel i art. 6. Den sier at et merke som er lovlig registrert i hjemlandet, skal mottas til registrering i de andre unionsland sånn som det er (*telle quelle*). Man vil nemlig forhindre at et land gjør beskyttelsen illusorisk ved å stille alskens vilkår for registreringen, som stenger det utenlandske merke ute. Hvis merket strider mot gode seder eller offentlig orden i registreringslandet, kan det dog vises tilbake, og det samme gjelder hvis det der ikke har distinktiv evne,² eller gjør inngrep i andres rettigheter. Derimot kan registrering ikke nektes, fordi den nasjonale lov ikke hjemler adgang til den slags merker, f. eks. ordmerker, tall eller bokstaver, eller merker som ikke kan settes på selve varen, men bare er en eiendommelig

¹ Det fremgår bl. a. av at det oftere har vært fremsatt forslag om at den skulde endres, sånn at det blev forbudt å kreve hjemlandsbevis. I Washington (1911) blev forslaget forkastet med 5 mot 10 stemmer, i London (1934) med 18 stemmer mot 7.

² En svensk regjeringsrettsavgjørelse i N. J. A. 1933 s. 62 nektet å registrere merket «Karlsbader salt» på tross av *telle quelle*-regelen, fordi ordet manglet særpreg i Sverige. I Finland er spørsmålet besvart anderledes i N. I. R. 1934 s. 38.

form for denne.¹ Vår nuværende V. tilgodeser *telle quelle*-regelen i følgende bestemmelse i § 30 pkt. 2: «Under forutsetning av tilsvarende rett for norske varemerker kan det bestemmes at merket under nærmere fastsatte vilkår her skal registreres og vernes således som det i den fremmede stat er gyldig registrert.»

Andre særregler om registrerte merker er art. 6 bis, som forplikter unionslandene til å beskytte hverandres offentlige våben og emblemer, og art. 7 bis, som gjør det samme for fellesmerkene vedkommende.

Noen adgang til å vinne en «verdensvaremerkerett» ved en enkelt internasjonal registrering, kjenner man ikke hos oss. Det har man derimot i de land som sogner til Madridunionen av 1891, når man lar varemerket registrere i Bern, etterat det er registrert i hjemlandet.

3. For andre forretningskjennetegn enn det registrerte varemerke er det særlig art. 6 bis, 8 og 10 bis, som har betydning. Den første forplikter unionslandene til å nekte registrering av et varemerke som notorisk er innarbeidet der av en fremmed unionsborger, og sier at denne minst må ha en frist på 3 år til å få merket strøket. Den annen foreskriver at handelsnavn skal være beskyttet i alle unionsland uten registrering, enten det er en del av et varemerke eller ikke. Den tredje og siste bestemmelsen forplikter til å sikre unionsborgerne en virksom beskyttelse mot illojal konkurranse, og fremhever at det særlig må være forbudt å foreta handlinger som er egnet til å fremkalle forveksling med en konkurrents varer. Samtlige disse forpliktelsene er sikkert oppfylt, når kongen i henhold til § 30 lar reglene i V. «også bli dem til del, som utenfor riket driver sånn virksomhet» som loven nevner i sin første paragraf.

Ganske visst fører ikke dette til at ethvert handelsnavn eller ethvert forretningskjennetegn vil være beskyttet her i landet hvis det tilhører en unionsborger, selv om det er aldri så fjernt og frem-

¹ En HRD. i Rt. 1904 s. 609 antok at en eiendommelig trekantet flaske som var registrert som varemerke i Frankrike ikke kunde registreres her. Mot. P. s. 35 kritiserer dommen, og formet V. § 30 med tanke på å utelukke sånne avgjørelser for fremtiden. I Sverige, hvor bokstaver ikke duer som merker, er de danske merkene A. A. og B. B. antatt til registrering, i kraft av *telle quelle*-regelen. N. I. R. 1934 s. 65.

med. Men en sånn fordring kan det heller ikke antas at art. 8 stiller. Når forretningsnavnene og de andre kjennetegn beskyttes på samme linje som de uregistrerte nasjonale kjennetegn, er konvensjonen tilfreds, forutsatt at beskyttelsen ikke i virkeligheten er illusorisk, fordi alt effektivt vern er betinget av registrering.

Et utenlandsk handelsnavn eller uregistrert forretningskjennetegn vil i kraft av disse reglene regelmessig bare ha vern i Norge, hvis det har innarbeidet sig her,¹ eller det på annen måte har aktuell interesse å hindre at andre bruker tegnet her i landet.² Og beskyttelsen rekker vanligvis ikke lenger enn faren for forveksling, slik at det godt kan hende at domstolene ikke reagerer, hvis en nordmann bruker kjennetegnet for andre varer, eller på kanter av landet hvor den utenlandske forretningen ikke har vist sig.

Den naturlige ekspansjonsmulighet, som man alltid må regne med når det gjelder kollisjon mellom uregistrerte norske kjennetegn, gjør sig imidlertid også her gjeldende, ja man kan visst si at det i internasjonale forhold er særlig viktig å ta hensyn til den: Selv om et utenlandsk firma ikke akkurat har drevet aktuell virksomhet på Norge, kan landet allikevel ligge så tydelig innenfor dets naturlige interessesfære at man, iallfall inntil videre, vil beskytte kjennetegnet hos oss. Særlig når dets forretningspolitikk har tatt sikte på å trekke Norge inn, eller det kanskje alt er tatt skritt i den anledning. De tyske domstolene har gått svært langt i retning av å beskytte utenlandske forretningsnavn på denne konto. I en dom av 1927 (om navnene «Eskimo Pie» og «Eskimo») slo Reichsgericht fast at det avgjørende ikke var om navnet hadde «*Verkehrsgeltung*» i det fremmede land, men i Tyskland. «*Allerdings muss auf die Möglichkeit künftiger Ausdehnung Rücksicht genommen werden . . . Die den Schutz begründenden tatsächlichen Verhältnisse brauchen daher noch nicht in dem Zeitpunkt, in dem der Anspruch von dem Ausländer geltend gemacht wird, in Deutschland völlig abgeschlossen vorzuliegen, sofern nur ihr Eintritt demnächst mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.*» (Rosenthal s. 461.) Det sier sig selv at det særlig er navnene til kjente og vidtomspendende forretninger,

¹ Jfr. Eberstein: Imm. rätt. s. 145.

² Akkurat som et norsk uregistrert forretningsnavn eller kjennetegn bare beskyttes, hvis det geografisk og saklig er konkret forvekslingsfare tilstede.

som på denne måten blir beskyttet «på forskudd», før de ennu har rukket å få etablert sig effektivt på det norske marked.

Er muligheten for ekspansjon derimot ganske i det blå, er det ikke noe i veien for at en nordmann legger beslag på kjennetegnet. Og om det fremmede firma allikevel senere kommer på andre tanker, og begynner å drive i Norge, kan det hende at dets adgang til å bruke sine forretningstegn er forspilt. Hvis det nemlig er grodd op respektable interesser i mellomtiden, knyttet til den legitime besittelsen av de forretningskjennetegn som oprinnelig var ledige her i landet, vil disse seire i konkurransen, akkurat som når det er to likelydende nasjonale kjennetegn som oprinnelig bestod ved siden av hverandre, men som kommer i kollisjon p. g. a. senere utvidelser. Vi sa foran at det skal ekstra takt til å løse slike kollisjoner. Det gjelder ikke mindre når det ene firma er et eldre utenlandsk.¹

4. Det er ikke bare de egentlige forretningskjennetegn som beskyttes av Pariskonvensjonen. Art. 10 forplikter også unionslandene til å gripe inn overfor uriktige og villedende opprinnelsesbetegnelser, slik som V. § 25 gjør her i Norge. Som foran nevnt er det forøvrig sluttet en særlig konvensjon for å bekjempe sånne misbruk, *M a d r i d - k o n v e n s j o n e n* av 1891, som bl. a. Sverige er medlem av.

¹ Det kan også hende at generalklausulen i Kon. kan komme de utenlandske navneinnehavere til hjelp. Det skal vi senere se på.

Tredje del: Åndsretten og de almene rettsgrunnsetninger.

§ 52.

Broen.

I. Å være et *jus speciale* har både sine velbehagelige og sine mindre hyggelige sider. Til de første får en kanskje regne chansen til å dyrke snurrepiperier og alskens singulariteter i fred, pusle med stoffet i lys av fedrenes nedarvede tranløkter, uten å generes av de almene rettsgrunnsetningers skarpe, men stundom ubarmhjertige lys. Baksiden av medaljen er at slike rettsområder ofte blir liggende i en bakevje og snurre rundt og rundt, mens livets friske strøm rinner dem forbi. Og det sekundastempel som all spesialrett så lett vil få, virker også inn på dens positive behandling: Videnskapen gidder ikke kaste bort tid på den, domstolene lar den friste undtaksreglenes og de «vilkårlige enkeltforskrifters» ugjestmilde kår. Derfor er det tegn på livskraft og juridisk opdrift, når nye rettsgrener søker tilknytning til de almene rettsgrunnsetninger for å prege dem og preges av dem, mens det røper dovenskap og mangel på selvtillit, når de lukker sig inne i sig selv og pukker på sin medfødte «singularisme».¹

Helt fra de kom til verden har åndsrettighetene ført en energisk kamp for å komme ut av særrettighetenes skammebok, og frem på den åpne juridiske arena, hvor de almene rettsgrunnsetninger hersker, brytes og utvikler sig. Utgangspunktet var det slettest mulige, for så lenge ophavsrettighetene hadde form av vilkårlige privilegier som fyrstene gav, kunde man ikke godt påstå at det var almene rettsgrunnsetninger de hvilte på. Men nesten alle senere fremstøt er gjort i disses

¹ Se for sjørettens vedkommende, min Sjørett § 1.

navn, idet man har krevet likestilling med andre rettigheter, under påberopelse av at almindelige rettsgrunnsetninger tilsier det. Man er derfor ikke ferdig med åndsretten, før dens status i så måte er gjort op.

II. Analyserer man grunnlaget for åndsrettighetene — slik som vi har forsøkt å gjøre det på mange steder foran — finner vi noen få store og sterke rettstanker, som er hovedhjørnesteinen for dem alle sammen.

Den første er prinsippet om at arbeidet er sin lønn verd, eller at den som har sådd bør høste frukten av sitt arbeide. Åndsproduksjonens rett hviler uomtvistelig på denne tanken, og retten består i rådighet over arbeidsresultatet. Ved firma- og varemerkeretten kommer den mere indirekte frem, idet det ikke er selve arbeidsresultatet som rettigheten knytter sig til, men kjennetegnet som symboliserer dette.

Den neste er personlighetstanken i dens forskjellige avskygninger: Enhver skal kalles og gjelde for hvad han er og har skapt, mens han kan protestere mot å forveksles med andre og holdes ansvarlig for deres meritter. Ved åndsproduksjonen kommer dessuten til at verket og skaperen henger slik sammen at ødeleggelse og forvanskning av verket er angrep på den skapende personlighet selv.

Endelig går sannhetsprinsippet som en rød tråd gjennom åndsretten, dels som en selvstendig tredje rettsfaktor, dels som en generalnevner for de to andre. Når personligheten motsetter sig forveksling, er det nemlig sannhetskravet den samtidig holder frem. Og når ophavsmannen til åndsverker protesterer mot forvanskning, er det ikke bare sitt arbeide han forsvarer, men også fordringen til sannhet i ophavsforholdet, som både han selv og kulturen er interessert i.

At disse rettstankene ikke er særegne for åndsretten, men hører til dem som all rett hviler på, er innlysende. Men det er ikke uviktig å peke på at de også ligger til grunn for åndsretten. Bevisstheten om å ha dyp rot i samfundsliv og rettsbevissthet gir hele åndsretten perspektiv og dens enkelte rettigheter reisning. Også i idéenes verden gjelder det gamle ordet: «Stor arv det er for mannen, av godt folk vera fødd.»

III. Forholdet mellem åndsretten og de almene rettsgrunnsetninger er dog ikke uttømmende skildret ved å peke på det organiske slektskap mellem dem, som kommer av at de har felles grunnlag.

Enda viktigere er sammenhengen og samspillet på det positive rettslige område. Flere av de tankene som nys blev fremhevet nøier sig nemlig ikke med å herske i rettsordnens underbevissthet, men er anerkjent i livet som virkelige rettssetninger, skjønt av almen karakter. Og også andre «almindelige rettsgrunnsetninger» rekker stundom inn på åndsrettens område. Mellom disse og de særlige åndsrettsreglene gjelder det å bringe forholdet på det rene.

Da det er på det positive område vi stiller spørsmålet, er det klart at svaret på det må variere fra land til land. Dels har lovene gitt uttrykk for de almindelige rettsgrunnsetninger i svært forskjellig utstrekning, dels har ikke domstolene samme lyst eller evne til å tumle med dem uten positiv hjemmel.

I et land som Schweiz finner man f. eks. personlighetsretten lovfestet i helt almindelig form, gjennom civillovens art. 28. I Frankrike har erstatningsregelen i code civil § 1382 vist sig brukelig til nesten hvad som helst. I Danmark er ifølge teorien den setning anerkjent, at når det gjelder erstatningsansvar, må «ethvert sædeligt Gode, der egner sig til at være retsbeskyttet, antages at være anerkendt som Ret, selv om denne Ret ikke er omtalt i Lovgivningen.»¹ Det er klart at i slike land vil de almene rettsgrunnsetninger ha lettere for å hevde sig ved siden av de særlige åndsrettslovene, enn om lovgivningen ikke gir hjemmel for dem, eller de ikke er anerkjent i rettslivet i så ubestemt en form.

Ikke mindre viktig er domstolenes innstilling til rettskildeproblemet. Jo friere de stiller sig til den positive lovgivning, desto lettere vil en appell til almene rettsgrunnsetninger vinne gehør, og desto nødigere vil domstolene holde de særlige lovene om op-havsrett, merkerett o. s. v. for «uttømmende». I så henseende er det en kjent sak at engelske og franske dommere har vært mere tilbøielig enn f. eks. de tyske, til å arbeide med rettsregler som ikke akkurat har fått uttrykk i lov, og til å avrunde og korrigere den positive lovgivning ved hjelp av dem.² Her i Norden har V i n d i n g

¹ J u l. L a s s e n, Obl. alm. del 3 utg. s. 246, jfr. V i n d i n g K r u s e, «Ejendomsretsspørgsmaal» s. 37.

² Den egyptiske *code civils* art. 11 sier uttrykkelig, at når loven tier skal dommeren anvende «*les principes du droit naturel et les règles de l'équité.*» På grunnlag herav har domstolene innrømmet en forfatter livsvarig enerett til å rå over sitt verk, skjønt man ingen forfatterlov har. D. a. 1930 s. 114.

K r u s e vist sterk tilbøielighet til å se de særlige ophavsrettslovene i lys av større, almene rettssetninger. Ifølge «Sagens Natur, der jo ogsaa er Retskilde i dansk Ret», mener han f. eks. at der «bør tilkomme Frembringeren af aandelig Ejendom en Ret til at raade over og tage Bestemmelse om denne i enhver Retning, hvor Loven ikke har gjort positive Indskrænkninger» (s. 467), og selv om loven det gjør — f. eks. ved å innskrenke eneretten til å gjelde offentliggjørelsen — synes det som om han ikke holder det utelukket at sakens natur kan endre forholdet.

Skulde man gjøre rede for hvordan norsk rett ser på disse spørsmålene, måtte nesten hele vår positive rettskildelære ruller op. Det skal vi av forståelige grunner la være. En så rundhåndet anvendelse av sakens natur som *Vinding Kruses* vilde dog sikkerlig norske domstoler ta avstand fra, og heller ikke kan ethvert «sædelig gode», som med større eller mindre grunn kan sies å egne sig til rettsbeskyttelse, gjøre regning med å få den anerkjent av domstolene. Under hensyn til disses krav om at en gyldig, almen rettsgrunnsetning må ha objektive støttepunkter i lov, rettspraksis eller temmelig samstemmig rettsopfatning, blir det i virkeligheten særlig to regler — eller snarere to grupper av regler — hvis forhold til åndsretten må undersøkes: Først den almindelige personlighetsregel, eller om man vil det knippe rettsregler som er umiddelbart knyttet til personligheten, og verner den i dens forskjellige utfoldelser. Dernest de reglene som har funnet uttrykk i lovgivningen mot utilbørlig konkurranse, og hvis hovedprinsipp er inkarnert i den såkalte generalklausul, som forbyr «under utøvelse av næringsvirksomhet eller i sånn virksomhets tjeneste, i konkurranseøiemed å foreta handlinger som efter god forretningsskikk er utilbørlig». Gang på gang har vi sett i det foregående hvordan skildringen av åndsrettighetene gled over i de reglene som sikter på å rense konkurransekampen, eller at de iallfall måtte suppleres med disse, om billedet av gjeldende rett skulde bli helt. Det gjaldt ganske særlig i kjennetegnernes rett, men også i patentretten og i ophavsretten til åndsverker var det mere enn en paragraf som sluttet med å konstatere at glidningen over i den almene konkurranserett var i full gang. Noe lignende har vi eksempler på også i forhold til personlighetsretten; skildringen av navneretten og av den ideelle rett over åndsverkene kan her tas frem i erindringen.

Det er dog klart at man ikke kan la det bli med slike vake og litesigende bemerkninger. Grenseområdet mellom åndsretten og de almene rettsreglene i personlighets- og konkurranserett må tråles ganske anderledes gjennom. Dels for å trekke grenselinjene for åndsretten litt tydeligere op, men særlig for å kaste lys over det samarbeide og samspill som øiensynlig finner sted mellom de særlige åndsrettsregler og de mere almene rettsgrunnsetninger. Da forholdet til konkurranseretten er det praktisk viktigste, begynner vi med det.

Åndsretten og konkurranseretten.

§ 53.

Konkurranserettens utviklingsgang.

I. Konkurranseskamp har det vært til alle tider, og utvekster på den har vel også alltid forekommet, når saken betraktes fra moralske eller sociale synspunkter. Men først i de senere år har de utilbørlige konkurransemetoder ynglet så sterkt at samfundet har vært nødt til å ta op kampen mot dem på bred front.

Forløpere for hvad vi nu for tiden vilde regne som typiske reaksjoner mot illojal konkurranse, finner man langt tilbake i historien. Kohler nevner således (U. s. 33) at gammel kinesisk rett hadde regler om utilbørlig reklame, likesom de romerske forskriftene om åger og *laesio enormis* kan sees under den illojale konkurranses synsvinkel, idet den som bruker slike midler lett får et urimelig forsprang for sine mere nøieregnende konkurrenter. I mange land hadde man også forbud mot å bruke falsk mål og vekt, og mot å bestikke konkurrentenes eller kundenes folk. Noen samlet, bevisst kamp mot utilbørlige midler i konkurranselivet følte oldtiden dog ikke behov for, likesom selve begrepet var ukjent.

Heller ikke i den neste fasen av den økonomiske utvikling, i laugstiden og merkantilismens tid, blev det til annet enn spredt fektning. Sånn som næringslivet var organisert hadde «den illojale konkurranses hydra» vanskelig for å komme riktig til, og noen kraftig kamp mot den blev derfor ikke nødvendig. Laugsordningen var jo et typisk «planøkonomisk» system, som holdt næringslivet innenfor stramme tøyler, og ikke gav større anledning hverken til kraftutfoldelse eller til utskielser. Reglene hadde ikke bare økonomisk, men også etisk anstrøk, og målet for den konkurranse som også dengang var tillatt, var ikke å skaffe sig størst mulig vinning, men et

sikkert og passelig levebrød for sig og sine.¹ Allikevel viste det sig stundom nødvendig å gripe inn mot beklagelige enkeltforeteelser. I et laugsreglement for Lüneburg fra 1401 finner man forbud mot å rose sine egne varer, mens man laster andres. I Nürnberg forbud mot å selge varer under falsk navn, f. eks. fransk vin som rinskvin. Mange laugsordninger satte straff for å lokke til sig andres kunder eller svenner; i 1482 blev således Hamburgbarberene tilholdt ikke å trenge inn i andre mestres kundekrets. I Frankrike bestemte Parisparlamentet i 1618 at ingen kjøpmann måtte bruke figurer i sitt skilt, som alt var optatt i et annet skilt i samme gaten. I Østerrike kom det i 1758 en forordning som forbød kjøpmenn å gi nyttårs-presanger til tyende, fordi det var en form for bestikkelse, o. s. v.

Men først i vår egen epoke, frikonkurransens og høikapitalismens tid, er samfundets kamp mot den utilbørlige konkurranse blitt samlet og organisert. Da næringsfriheten brøt gjennom, og den fri konkurranse blev proklamert som det store livgivende prinsipp, blev veldige krefter løst, både i produksjons- og i omsetningslivet. Det var ikke lenger det beskjedne laugsideal om sikkert, men beskjedent utkomme, som nå var målet for de erhvervsdrivende, men økonomisk aktivitet i størst mulig målestokk, uten stengsler eller skranker fra samfundets side. Det er kjent nok hvordan det økonomiske liv svulmet efter disse nye signalene. Men da den første begeistring over frikonkurransen hadde lagt sig, blev man noe hvert sted oppmerksom på at prinsippet hadde betenkelig likhet med Pandoras skrin, som bragte menneskene både godt og ondt. Det var nemlig ikke bare de byggende og lojale krefter i næringslivet man hadde sluppet løs, men også de illojale og destruktive, og slik som utviklingen artet sig fikk disse siste stadig større slagkraft, og øvet øket tiltrekning på svake sjeler. Sammen med omsetningsfriheten førte produksjonens eventyrlige stigning nemlig til en kamp om kundene, som før hadde vært ukjent. Reklamen fikk en betydning som ingen hadde drømt om, og konkurransekampen stadig nye virkemidler gjennom eventyrlige tekniske oppfinnelser, som gjorde den skarpere og skarpere. Fristelsen til å bruke forkastelige eller usmakelige midler i striden blev herunder større og større, det viste sig overalt. Og overalt gjorde man også den erfaring at de rettsreglene som hadde greid å holde konkurransen innen tilbørhetens

¹ Se I s a y: «Das Rechtsgut des Wettbewerbsrecht» s. 54—56.

ramme i laugenes idylliske fortid, nå kom sørgelig til kort. I alle land begynte man derfor å spørre sig om det ikke måtte trekkes visse grenser for den konkurransefrihet som man fra først av hadde lovet sig bare velsignelse av.

Riktig rettroende liberale økonomer så riktignok med betenkelighet på alle forsøk på å innskrenke den hellige næringsfrihet. Det skulde være frihet for Loke som for Tor, for den uredelige konkurranse som for den ærlige: «Man forbyr ikke solen, selv om den brenner jorden,» heter det i et fransk økonomisk leksikon fra 1852, «heller ikke må man forby konkurranse, som er for erhvervslivet hvad solen er for den fysiske verden». En så nesegrus dyrkelse av frikonkurranse falt dog praktiske folk tungt for brystet. Som K o h l e r senere uttrykte det, må næringsfriheten opfattes som «*eine Freiheit des redlichen Verkehrs, keine Freiheit des Betrugs, kein Wettrennen worin Lüge, Täuschung und Fälschung den Sieg erlangen*». I alle land trengte denne sunde opfatning litt efter litt gjennom, og kampen mot den illojale konkurranse blev tatt op. Men fremgangslinjene i kampen var nokså forskjellige fra land til land, og rettsapparatet tildels også, især når man ser på det utenfra.

1. Frankrike er det land som har ført an i kampen mot den utilbørlige konkurranse, iallfall til den siste tid. Her kom man også først til klarhet over at det ikke var nok å reagere, snart mot den ene snart mot den annen usmakelige foreteelse i erhvervslivet, men at kampen måtte sees under en felles stor synsvinkel: at *concurrence déloyale* ikke kan tåles. Prinsippet er ganske visst ikke uttalt i noen lov, men praksis har slått det fast på grunnlag av de almindelige erstatningsreglene i *code civil* art. 1382 og 1383,¹ som også på andre felter har vist sig å være framifrå redskap for utviklingen i en dyktig dommerstands hånd.

Som typiske eksempler på utilbørlig konkurranse betrakter man i Frankrike å fremkalle forveksling med en annens varer eller forretning, visse slags illojal og usmakelig reklame, nedsettende omtale av konkurrentene, forrederi overfor andres bedriftshemmeligheter. Ved siden av dette regnes det også som illojal konkurranse at man forser sig mot særlovene om merker, forretningsnavn og opprinnelses-

¹ Arbeidsfordelingen mellom dem arter sig slik, at 1382 brukes når handlingen er forsettlig (*concurrence déloyale*), men 1383, hvis den bare er uaktsom (*concurrence illicite*).

betegnelser, bryter forbudene mot å forandre eller tilegne sig medaljer eller utstillingspremier, anmasser sig patent som man ikke har o. s. v.

2. Også England kom tidlig med i kampen mot den utilbørlige konkurranse, og også der grep man den efter landets sed an med støtte i «almene rettsgrunnsetninger». Så vid en abstraksjon som *unfair competition* er man dog først senere nådd frem til. Men regelen om *passing off* som vi ofte har vært inne på,¹ gjorde på et meget vidt område samme nytten. Den avskjærer nemlig alle forsøk på å «*put off goods for sale as the goods of a rival trader*», likegyldig hvordan forvekslingen kommer i stand, gjennom direkte løgn, misbruk av merker, firma, handelsnavn og vareutstyr, eller på annen måte. Vilkåret for rettsbeskyttelsen er bare at konkurrenten har brukt penger og arbeide på å skaffe sig en goodwill, som han har rett til å ha for sig selv.

Ved siden av den beskyttelse som *passing off*-regelen gir, har England også skaffet sig lover om varemerker og firma, om villledende stedsangivelser, om bestikkelsesuvesenet etc. Og som en generalnevner for alt sammen — som dessuten har sitt selvstendige virkefelt — har også i England betegnelsen *unfair competition* vunnet frem til anerkjennelse.

3. I U. S. A. lå forholdene lenge an omtrent som i England. Man hadde den almindelige regel om *passing off*, og man hadde spesielle lover som hindret merkemisbruk, bestikkelse o. s. v. Men dessuten er begrepet *unfair competition* tatt op i lovgivningen i de senere år, og har fått et innhold og en betydning som rekker langt utover hvad det har i England, som vi snart skal se.

4. I Tyskland har lovgivningen mot utilbørlig konkurranse vokset frem i særlig nær tilknytning til varemerkelovgivningen, sånn som alt er beskrevet i § 3 og tildels i § 39. Som bekjent kom landet ikke så fort med i den økonomiske utvikling som den industrielle revolusjon og næringsfriheten bragte med sig. Men mot midten av det 19. århundre skjøt bevegelsen fart, samtidig som man også her begynte å merke misbruk av konkurransefriheten. Uten å eie sine engelske og franske kollegers dristighet, søkte de tyske dommere å komme uvesenet tillivs ved å ta sin tilflukt til den *gemeinrechliche*, ærverdige *actio doli*, som viste sig å kunne gjøre tjenesten mot grove forsøk på å skape forveksling og på å narre publikum.

¹ Se særlig s. 35.

Men denne utviklingen blev stanset i sin spede begynnelse av Tysklands første varemerkelov av 1874. Dette lyder underlig, siden loven hadde til oppgave å bekjempe merkemisbruk, som er typiske utslag av illojal forretningsvirksomhet. Ulykken var imidlertid at Reichsgericht holdt loven for å være *u t t ø m m e n d e*, slik at all annen illojalitet i konkurransen enn svindel med merker og firma, var uttrykkelig legalisert.¹

Da domstolene således hadde sviktet, måtte lovgiveren tre til. Den illojale konkurranse kunde nemlig ikke i lengden ha fritt spill. I 1896 fikk så Tyskland sin første «*Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs*». Den forbød en rekke av de verste misbrukene som hadde gått i svang: Usann og misvisende reklame, sverting av konkurrenter, bruk av kjennetegn i forvekslingsøiemed, åpenbaring av bedriftshemmeligheter o. s. v. Men noen *al m i n d e l i g* regel som stemplet illojal konkurranse som rettsstridig, gav loven ikke; man hadde nok drøftet tanken da loven blev forberedt, men avvist den som farlig for rettssikkerheten. Imidlertid viste erfaring at uten en slik almenregel kom retten alltid tilkort overfor den illojale foretaksomhets frodige fantasi. I sin nød grep noen av domstolene til de nye erstatnings- og rettsstridsparagrafene i B. G. B. §§ 823 og 826, mens andre resignerte overfor uvesenet. Igjen grep så lovgivningen inn, og i en ny *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* av 7 juni 1909 blev det satt en «generalklausul» i spissen for loven: «*Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstossen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.*»

Det har med rette vært sagt om generalklausulen, at den vesentlig er en anvendelse av B. G. B. § 826² på erhvervslivets område. Det tok litt tid før domstolene fant sig tilrette med den; før 1921 spilte den liten rolle. Men senere har dens betydning stadig steget, slik

¹ I dommen, som er fra 1882 sies det uttrykkelig at tysk rett ikke som den franske gir «*dem Gewerbetreibenden auch Schutz gegen betrügerische Nachahmungen sonstiger Kennzeichen seiner Ware (Art der Verpackung, Etikettierung u. s. w.), vielmehr abgesehen von der Firma, das Warenzeichen das einzige Mittel ist, um sich gegen ein illoyales Verfahren von Konkurrenten zu schützen.*» (K o h l e r U. s. 44).

² «*Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem andern vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.*»

at den nå står helt i centrum i kampen mot den utilbørlige konkurranse. Gjennem domstolenes anvendelse av den er tysk konkurranserett bragt op på siden av den franske og engelske, ja skal man tro de mest begeistrede forsvarere av generalklausulen og den gjeldende rettspraksis, har den til og med distansert dem. «*Wie vor Jahrzehnten das englische Wettbewerbsrecht, so gilt gegenwärtig das deutsche Wettbewerbsrecht als Vorbild,*» sier f. eks. Rosenthal (s. V.). Hvorom allting er — også i sin siste utformning har den tyske lovgivning om illojal konkurranse blitt flittig efterlignet. Østerriksk, ungarsk, tsjekkisk, dansk, finsk, svensk lovgivning har således tatt den til mønster, foruten den norske, som alt nevnt. Både Sverige og Danmark har dog latt generalklausulen falle.¹

5. Her i Norge har rettsutviklingen artet sig nesten nøiaktig som den tyske. Alt tidlig reagerte domstolene i kraft av sin umiddelbare rettsfølelse mot merkemisbruk, som alle dager har vært et av den illojale konkurranses yndlingsfelter. Å sette fremmed stempel eller merke på sine varer blev således betraktet som «en ulovbestemt art av falsk» i en dom av 1820.

Gjennem V. av 1884 og fimal. av 1875 la vi oss derefter til omtrent samme syn på den illojale konkurranse som den tyske V. av 1874: Beskyttelsen var knyttet strengt til registreringen, og utenfor dennes område var domstolene mest oplagt til å gi konkurransen fritt slag. Dette var så meget uheldigere, som fimalovgivningen ikke bygget på sannhetsprinsippet, og derfor gav dårlig vern mot illojalitet, selv innenfor sitt eget område. En viktig frontforandring fant imidlertid sted da domstolene vant frem til å anerkjenne den personlige navnerett i 1890 årene, vesentlig med støtte i «sakens natur». Det lå nemlig ikke langt unda å resonnerer likedan ved andre slags kjennetegn, og kanskje også ved andre misbruk av konkurransefriheten. Hvor nær man på denne måten hadde kunnet komme prinsippet om at utilbørlige konkurransehandlinger er rettsstridige, er ikke godt å vite.² Gjennem V. av 1910 blev det iallfall anerkjent på et stort og viktig rettsområde, sånn som vi foran har

¹ Sveriges lov er av 29 mai 1931 og Danmarks av 29 mars 1924. Regjeringen hadde i år foreslått en rekke endringer i loven, bl. a. å innføre en generalklausul. Under behandlingen i riksdagen blev man imidlertid enig om å utskyte behandlingen av storstedelen av forslaget til senere.

² Mot. V. s. 24 nevner et par symptomatiske dommer.

forklart. Ved siden av V. hadde man i tidens løp også fått flere andre regler, som på forskjellige fronter tok op kampen mot de illojale forretningsmetodene. Strl. § 370 satte straff for uriktige opgaver om varers sammensetning eller om deres industrielle rettsvern, 362 og 363 for svindel med nærings- eller nytelsesmidlers sammensetning. 247 ramte nedsettende omtale av konkurrenter, 294 vernet bedriftshemmelighetene, 275 kunde ramme visse slags bestikklser, handelsloven av 1907 hindret utilbørlige varerealisasjoner etc.

Alt dette viste sig dog ikke å være nok. Helt fra 1895 hadde handelsstanden ymtet om en lov mot utilbørlig konkurranse, og fra 1906 og utover fikk ønsket stadig fastere former. I 1915 blev det så opnevnt en lovkomité med advokat *Stang Lund* i spissen. Den gav sin innstilling i 1919, og på grunnlag av den blev så loven av 7 juli 1922 nr. 2 om utilbørlig konkurranse vedtatt. Loven sikter ikke på å gi uttømmende regler om alle konkurransens ekstravaganser. Den plukker ut en del eksempler og forbyr dem; således usann og utilbørlig reklame, utsalgssvindel, tilgift og rabatt i detaljhandelen, sverting av konkurrenter, bestikkelse og misbruk av betrodde tegninger. Men den viktigste bestemmelsen i loven er uten tvil *den s f a n e p a r a g r a f i § 1*, hvor man efter tysk mønster har tatt generalklausulen op.

De spredte reglene om illojal konkurranse som vi hadde fra før, lar Kon. gjerne stå der de stod, og flere er senere kommet til, f. eks. l. om fellesmerker av 9 juli 1923 nr. 2, og margarinloven av 24 juni 1931 nr. 15. Det er altså langt fra at loven av 1922 forpakter kampen mot den utilbørlige konkurranse for sig selv. Særlig har den fått en mektig hjelper og forbundsfelle i *trustloven* av 12 mars 1926 nr. 3, som i stor utstrekning må sees under samme synsvinkel. For å gjøre dette klart, må vi imidlertid stanse et øieblikk ved den indre vekst som begrepet utilbørlig konkurranse har hatt rundt om i verden, efterat lovgivningens ytre utvikning nå er skildret.

II. Det var i virkeligheten fra nokså forskjellige synspunkter man fra først av dro til felts mot den illojale konkurranse. Reaksjonen mot den var i høi grad følelsesbetonet, og skjönt det var et lykkelig grep å samle alle de anstøtelige enkeltfenomener i fellesbegrepet *concurrence déloyale*, var det litt av et spørsmål hvad illojaliteten egentlig bestod i, og hvem den var rettet mot.

At det var *konkurrentenes* interesse det i første rekke

var tale om, blev man dog snart klar over. Her som på idrettsbanen er det konkurransens idé at den beste mann skal vinne, men alle skal iaktta «spilletts regler», og ikke sikre sig forsprang ved midler som strider mot god sportsånd, f. eks. ved å svindle sig til den goodwill som konkurrentene har arbeidet op. Ved siden herav krevet også tanken på publikum at visse forretningsmetoder blev stemplet som illojale. Hvis en kjøpmann forfalsker sine varer eller oppgir galt produksjonssted for dem, er dette ikke bare utilbørlig overfor de hederlige konkurrenter som handicappes, men også overfor dem som blir narret til å kjøpe varene. Og snart begynte det også å demre for bevisstheten, at konkurransen kunde være illojal fordi den direkte var skadelig for almenheten eller for samfundet, idet den ikke blev drevet slik som forutsatt da prinsippet om fri konkurranse blev anerkjent.

De forskjellige sidene ved utilbørlighetsbegrepet trer mere eller mindre i forgrunnen, eftersom det er den ene eller annen form for konkurransekamp det gjelder. Holder vi oss således til en inndeling som Werner Sombart har lansert, kan man i grove trekk si at sålenge det er Leistungskonkurrenz som drives, er det fortrinnsvis konkurrentene man skal være lojale mot. I suggestionskonkurrensen, som bl. a. omfatter alt som heter reklame, blander tanken på publikum sig mere inn; de lett- og godtroende tredjemenn må ikke tas for sterkt ved nesen. Og kommer vi så til marktkonkurrensen, er det tydelig at også hensynet til samfundet må tillegges selvstendig betydning. Her gjelder det nemlig mindre om å drive enn om å opheve konkurransen ved å trampe ned medbeilerne, og dette er i direkte strid med det ideal som stod for lovgiverne da nærings- og konkurransefriheten blev proklamert.

Særlig i denne siste retning er det dog et vanskelig spørsmål, hvor grensen for den utilbørlige konkurranse skal trekkes. Skal således boikotten og eksklusivavtalen, som er de viktigste redskaper for maktkonkurrensen, reguleres eller bekjempes som former for illojal konkurranse? Svarer man ja på dette, er det vanskelig å nekte at også rettsreglene om trustar og karteller må sees under denne synsvinkel, siden boikott, eksklusivavtaler og prisundersalg er sammenslutningens viktigste midler til å knekke konkurrentene, og sikre sig den monopolstilling som de mere eller mindre åpenlyst streber

mot. Men hvis først kartellmisbrukene opfattes som utslag av illojal konkurranse, er det naturlig å anskue andre kontrakts- og prismisbruk på samme måten, og regne de lovene som bekjemper disse til samme rettslige kategori: Hvis man det gjør, er det tydelig at tyngdepunktet i begrepet illojal konkurranse er blitt adskillig forflyttet, og at man i virkeligheten er nådd frem til et eneste stort synspunkt: All erhvervsvirksomhet som ikke drives slik som samfundet er best tjent med, faller under denne forutsetning inn under betegnelsen.

Den begrepsekspansjon som nå er skildret har dog ikke vært like sterk i alle land. Lengst er den sikkert kommet i U. S. A. I sin bok *«Trade Association Activities and the Law»* (1922) sier således Franklin D. Jones: *«Unfair methods of competition divide themselves into two general classes. The first class consists of those competitive practices which are opposed to good morals because characterized by deception, bad faith, fraud or oppression, the second class are those which are unfair from an economic standpoint, and against public policy because of their dangerous tendency, unduly to hinder competition or create monopoly.»* Ut fra denne tankegang er såvel trustkampanjen som kampene mot prismisbruk ført som en strid mot illojale konkurransemetoder, og da Roosevelt satte i gang sin omfattende nyregulering av næringslivet, skjedde det gjennom en lang rekke *codes*, som hadde til oppgave å bestemme hvad det var *fair competition* innenfor vedkommende erhvervsgren. En så vid forståelse av den illojale konkurranse er ukjent i Frankrike og England. Der holder man sig nærmest til den «klassiske» opfatning av hvad det ligger i begrepet, og det er ikke engang sikkert at boikott og lignende maktforanstaltninger faller inn under det.

Tysk og norsk rettsopfatning ligger i midten. Det er således fullt på det rene i Tyskland at boikott og lignende kampmidler overfor konkurrenter meget vel kan ha et så «utilbørlig» preg at det må kalles for illojal konkurranse. På den annen side er boikotten gjort til gjenstand for en egen lovgivning sammen med rettsreglene om truster og karteller, og også den siste tids tvangsorganisering og lignende nyordning av næringslivet faller utenfor hvad man pleier å regne til reglene om konkurransens tilbørlighet. Også her i Norge er truster og karteller behandlet i en egen lov, *trustloven*, som dessuten har forskrifter om boikott, og om kontroll med prismisbruk og andre utilbørlige kontraktsvilkår. I det ytre har ikke denne loven

noe å gjøre med loven om utilbørlig konkurranse, men at de er i slekt med hverandre, og tildels griper over i hverandre er alle på det rene med. Særlig er det forholdet mellom trustloven og generalklausulen som volder vanskelighet. Da T. blev utarbeidet, mente de daværende prismyndigheter at det var greiest om loven om utilbørlig konkurranse kunde bli innarbeidet i den fremtidige trustlov, slik at denne blev en almindelig lov om kontroll med privat erhvervsvirksomhet. Dette blev dog ikke gjort, men konkurranse-loven fikk isteden en tilføielse (§ 16), som klart viser at mangt og meget av hvad trustloven bestemmer, også vilde falle inn under konkurranse-loven, først og fremst under generalklausulen.

At det under disse omstendigheter er praktisk å se konkurranse-loven og trustloven som de to bærende søiler for et eget rettsområde, *k o n k u r r a n s e r e t t e n*, der blir en viktig del av moderne formuerett, har jeg annetsteds søkt å vise.¹ Under alle omstendigheter er det ubestridelig at også T. inneholder vidtgående regler som supplerer dem Kon. inneholder, og som uten tvil må regnes til de «almene rettsgrunnsetninger» i norsk formuerett. Videre at disse reglene har stor praktisk betydning i forhold til flere av åndsrettighetene, idet de supplerer eller korrigerer dem. Når vi skal skildre forholdet mellom åndsretten og de almene rettsgrunnsetninger i konkurranseretten, faller stoffet derfor naturlig i to: Forholdet til generalklausulen og forholdet til trustloven. Det første begynner vi med.

§ 54.

Streiflys over generalklausulen.

I. Som nevnt i forrige paragraf kom generalklausulen inn i loven efter forbillede fra Tyskland. Her hadde den hatt adskillig motstand å overvinne, idet man var redd for at den vilde bringe usikkerhet og vilkårlighet med sig. Den norske forretningsstand delte imidlertid ikke denne frykt, og da lovkomitéen foreslo klausulen innført i 1919, blev forslaget godt mottatt. Hittil har det heller ikke vist sig at større engstelse hadde vært på sin plass.

Komitéens begrunnelse for generalklausulen var denne: «Den utilbørlige konkurranse antar i våre dager en mengde forskjellige

¹ Se min «Oversikt over Norges rett» § 72.

former, og nye former dukker stadig op. Når enkelte utslag av den blir forbudt ved lov, vil oppfinnsomme og mindre nøieregnende næringsdrivende, eftersom konkurransen skjerpes, søke andre utilbørlige midler for å trekke kundene til sig. En lov som alene inneholder forbud mot bestemte utslag av utilbørlig konkurranse, vil derfor ikke kunne ramme alle former av denne, og vil eftersom tiden går stadig bli mere ufullkommen. For å råde bot på dette er det at man ved siden av de særlige bestemmelser mot de enkelte mere kjente utslag av den utilbørlige konkurranse, trenger en almindelig bestemmelse som kan opfange de arter som ikke inngår under lovens særbestemmelser.» (S. 23.)

II. 1. Generalklausulen hører til de rettssetninger som i moderne rettsteori gjerne kalles for *s t a n d a r d s*. De knytter ikke rettsvirkningen til et bestemt, konkret faktum, slik som vanlige rettsregler gjør. Heller ikke er de rene blankettbud,¹ som nøier sig med å uttale sanksjonen, men overlater andre å fylle ut norminnholdet. Standarden er en mellemting. Den gir nok beskjed om hvordan forholdet skal bedømmes, men ikke som en presis norm, men som et direktiv eller en retningsangivelse for dommeren, idet den konkrete anvendelse av direktivet blir overlatt til hans skjønn. Til støtte for dette henvises til en målestokk som gjerne er nokså ubestemt, og som det forutsettes at dommeren kjenner eller kan skaffe sig kjennskap til. Målestokken i generalklausulen er hentet fra den «gode forretningskikk» krav, og innholdet av regelen et almindelig forbud mot å foreta handlinger i konkurranseøiemed, som den gode forretningskikk stempler som utilbørlige.

2. Moderne lovgivning vrimler av slike standards, og ikke minst forretningsretten. Trustlovens § 13, avtalelovens §§ 33, 36 og 38, ærbarhetsregelen i 5-1-2, boikottreglene i trustlov og arbeidstvistlov er noen enkelte, markerte eksempler. Her er hverken plass eller grunn til å gå dypere inn på dem, og særlig ikke til å utvikle hvilke fordeler de har — noe må det jo være ved dem, siden de har bredt sig så sterkt. Derimot er det nødvendig å dvele litt ved de *u l e m p e n e* som følger alle standards, fordi de forklarer den motstand som generalklausulen har møtt og møter. Det lar sig nemlig ikke nekte at de

¹ I s a y: «*Das Rechtsgut des Wettbewerbsrecht*» holder generalklausulen for en blankettnorm (s. 61).

er usikrere i anvendelsen enn rettsregler flest. De knytter sig ikke til bestemte fakta som kan bestemmes entydig, ved iakttagelse eller ved logikk. Den målestokk de anviser er ubestemt og glidende, mere en retningslinje eller en generell interessevurdering, enn en definitiv løsning av motsetningene. Kjernen i rettsanvendelsen blir derfor den skjønnsmessige dom om enkelttilfellet, bygget på intuitiv helhetsopfatning av situasjonen, og ledet av dommerens rettsinstinkt. I denne vurderingen blander det sig også følelsesbetonte momenter inn, likesom ulikhet i livs- og samfundssyn har lettere for å gjøre sig gjeldende enn ved domsavgjørelser flest.

3. Disse ulempene kan aldri helt fjernes, men de kan reduseres. Om rettsinstinkt, intuisjon og skjønn er uundværlige, behøver ikke derfor alt som heter fornuft å skjaltas ut. Tvert imot kan den rent forstandsmessige analyse av generalklausulen gi fastere grunn under føttene enn man skulde tro ved første blikk, og følgelig redusere de sidene ved avgjørelsen hvor man må gi sig skjønnets og de subjektive faktorene i vold. For det første kan man søke å få målestokken klarere frem av tåken, bl. a. ved å kaste lys over de interesser klausulen skal tjene, og dens almindelige vurdering av dem. For det annet gir det oversikt over generalklausulens rekkevidde, å samle de hovedtilfelle som går inn under den i grupper, og krystallisere ut mere spesielle «undernormer» på grunnlag av dette. I Tyskland har både teorien og domstolene vært travelt beskjeftiget med å «systematisere» generalklausulen på denne måten, særlig siden den har vunnet så veldig i praktisk betydning, som vi ovenfor sa.

Riktig fanatiske tilhengere av generalklausulen hevder ganske visst at all sann systematisering er av det onde, og fører til kastrering av klausulen: «*Feste Begriffe bedeuten Erstarrung! In solchem Erdreich gedeiht nur noch Phantasielosigkeit und Instinktschwäche,*» sier R o s e n t h a l (s. 3). Tanken er imidlertid ikke å behandle generalklausulen som et multiplum av enkeltsetninger, og løse den op i sine enkelte faktorer på rent matematisk vis. Det lar sig simpelthen ikke gjøre, fordi så mange elementer i klausulen ikke kan uttrykkes i logiske kategorier.¹ Hvad man ønsker er alene å føre den fornuftsmessige analyse av generalklausulen så langt frem som mulig, så

¹ «*Les faits de concurrence déloyale ne sauraient être définis d'une manière précise à raison de leur nombre et de leur variété,*» sier en fransk dom.

skjønnet om hvert enkelt tilfelle kan bygge på solid materiale. Heller ikke intuisjon og instinkt arbeider nemlig best i blinde, men har både glede og nytte av å ha forstanden med, iallfall et stykke på veien. Som Calmann uttrykker det: «*Nicht sollen die Tatbestände in ein Schema gepresst werden, dessen Starrheit das farbige Spiel der Entscheidungen tötet, nicht soll die Gruppierung zur Entseelung führen, sondern es soll verhindert werden, dass durch eine allzu starke Abnutzung und einseitige Betonung der im Sittenbegriff liegenden Gefühlsmomente, die schon an sich diesem Begriff innewohnende Gefahr der Rechtsunsicherheit, durch Richtungslosigkeit der Rechtsprechung und durch Verdunkelung der ihr zugrunde liegenden Rechtsgedanken vergrößert wird*» (s. 37).¹

Her i Norge er det ganske visst ikke så sterkt behov for å røntgenfotografere generalklausulen forstandsmessig, fordi den hittil ikke har vist sånn ekspansjonsevne som i Tyskland. Hva fremtiden kan bringe vet dog ingen. Og selv om klausulen hos oss kommer til å holde sig innenfor snevrere grenser, er det allikevel bra at den blir anvendt riktig og ensartet. I de to følgende romertall skal jeg derfor først søke å kaste lys over generalklausulens elementer og målestokk (III), og derefter dra frem noen av de undersetningene som skjuler sig i den (IV).

4. Men først kan det være nyttig å gjøre rede for det materiale som står til disposisjon, når generalklausulen skal forstandsmessig gjennomstråles. For det første gir dens forarbeider mange nyttige vink om hvordan klausulen er å forstå. «Hvorvidt en handling efter god forretningsskikk er utilbørlig» sier Mot. Kon. (s. 24) «vil bli å bedømme efter den almindelig rådende opfatning blandt hederlig og rett-tenkende næringsdrivende i vedkommende forretningsgren. Målestokken kan selvfølgelig ikke bygges efter de mest ideelle krav. Det er ikke en gradering efter de fineste fornemmelser som det gjelder, men den almindelige, redelige opfatning; den som i konkurranseøiemed foretar en handling som efter en sånn opfatning må dømmes som utilbørlig, forgår sig mot generalklausulen.» Oplysende er det også at mot. uttrykkelig henviser til den kjente *Sittenparagraph* i B. G. B., § 826, som en direkte parallell til generalklausulen: «Det er denne almindelige setning om rettsstridigheten av handlinger

¹ Elster sier at man på denne måten setter «*Gedankenkomplexe*» istedenfor «*Gefühlskomplexe*».

«gegen die guten Sitten», som gjennem generalklausulen i utkastets § 1 er gitt sin særlige anvendelse på næringslivets område.»¹

Derneft kaster de andre bestemmelsene i Kon. lys over hvilken målestokk loven tenker sig i § 1, og hvad slags forhold den kan anvendes på. Også uten hjemmel vilde man hatt rett til å ta for sig av dette materiale, siden de særlige forskriftene som følger generalklausulen i helene, er uttrykkelige eksempler på hvad loven oppfatter som mislig konkurranse. Til overflod sier dessuten Mot. Kon. (s. 23) at «særbestemmelsene under enhver omstendighet vil spille den rolle at de vil tjene som en målestokk og veiledning for bedømmelsen av hvorledes loven oppfatter kravet på at der ikke skal handles i strid med god og hederlig forretningsskikk.»

Endelig hjelper også reglene om åndsrettighetene — og for den saks skyld også andre rettsregler — til å forstå hvad generalklausulen vil reagere mot. Heller ikke dette trengte man i og for sig noen hjemmel til, siden den attråverdige rettstilstand på konkurranserettens område ikke kan være vesensforskjellig fra den som holdes for god og riktig på andre rettsområder. Desto sikrere er det at fremgangsmåten er tillatt, når män henter materialet fra lover som selv er viktige ledd i kampen mot den utilbørlige konkurranse. Under skildringen av kjennetegnernes rett gjentok vi nesten til uplikt at V. ikke vilde være en formell spesiallov, men en del av den almindelige konkurranserett, som den tildels glir tydelig over i. I Kon.'s forarbeider finner man ikke mindre tydelige utslag av samme tankegang. Både V. og en rekke andre lover oppfattes som reaksjon mot «enkelte av de hyppigste utslag av utilbørlig konkurranse», og det var nærmest makelighet eller treghet som fikk Kon. til å la dem bli hvor de var. Også reglene om patenter og om åndsverker var Mot. Kon. tilbøielig til å se som utslag av prinsippet om tilbørlighet i konkurransekampen, skjønt man ikke fant det praktisk å regne inngrep i dem for illojal konkurranse i egentlig forstand (s. 9). Og også fra nyere lover som naturlig hører med til konkurranseretten, kan generalklausulen hente lys og innhold, således i adskillig utstrekning fra trustloven. Det er derfor et rikt og mangesidig materiale vi kan øse av, når vi går generalklausulen litt nærmere inn på livet.

III. 1. Noe av det første en må spørre om når det gjelder å

¹ Jfr. også art. 10 bis i Pariskonvensjonen, som citeres på s. 539

bestemme innholdet i generalklausulen, er hvem en handling må være utilbørlig overfor, for å rammes av klausulen. Hvilke personer og hvilke interesser er det som beskyttes?

I første rekke er det de hederlige og lojale medarbeilerne i konkurransekampen, som vilde bli utilbørlig handicappet hvis konkurrentene skulde kunne boltre seg fritt. Både den historiske utviklingsgang og de positive bestemmelsene mot illojal konkurranse viser klart at det er disse interesser det først og fremst gjelder om. Slik anskues saken i alle land. I Tyskland har domstolene også gitt uttrykk for det, bl. a. i flere dommer av Reichsgericht, hvor det heter at «*das Wettbewerbsgesetz bezweckt in erster Linie den Schutz der Gewerbetreibenden gegen unlautere Machenschaften der Konkurrenten, und zielt nur mittelbar auf den Schutz des Publikums ab*» (Becher s. 7).

De siste ordene viser imidlertid at også tanken på kundene blander sig inn i motiveringen, skjønt bare middelbart. Her i Norge tror jeg nok den spiller større rolle, og har selvstendig og ikke bare middelbar betydning. Av Kon.'s egne regler hviler forskriftene om utsalgsvesenet i §§ 3—7 delvis på hensynet til det kjøpende publikum, og V. og dens forarbeider gjør det samme. I vår annen store konkurranselov, trustloven, er dette enda tydeligere. Det vilde da ikke være rimelig å stenge det ute fra generalklausulen. Ganske visst kan ikke den enkelte «publikumer» påberope sig klausulen ved domstolene. Men den påtalerett som handelsdepartementet har, og som vi nedenfor kommer til, er bl. a. gitt med tanke på publikum, forat dets interesser ikke skal bli glemt under konkurransekampen.

Handelsdepartementet har dog ikke fått påtalerett bare på publikums vegne, men for i det hele å hevde det offentliges interesse i at konkurransen foregår i tilbørlige former. Det gjelder å verge «*das Berufsethos des Gewerbes*» (Isay s. 62), som ikke ligger det offentlige mindre på hjertet enn de lojale forretningsmenn.¹ Men det er neppe utelukket at generalklausulen også kan reagere, når konkurransen beveger sig i baner som lovgivningen i det hele finner uheldige og skadelige for samfundet. At det er dette synspunkt som ligger bak T.'s regler om kontroll med konkurransen, er tydelig. Og så nær som de to lovene henger sammen, er det ikke

¹ Og deres organisasjoner, jfr. påtaleregelen i Kon. § 1.

trolig annet, enn at det også har smittet litt av på generalklausulen. Som foran nevnt er det opfatningen i U. S. A. at begrepet *unfair competition* må tas i så vid mening, at all offentlig regulering av næringslivet faller inn under det. Og også i Tyskland har det hevet sig stemmer for å se «*die Wirkung auf das Gemeinwohl*» som eneste målestokk for en handlings tilbørighet i forhold til generalklausulen.¹ Jeg tror dog man skal være forsiktig med å slippe disse synsmåtene inn i generalklausulen, iallfall ikke som eneste kriterium på utilbørigheten. Anvendelse av utilbørlige midler kan således ikke forsvares, selv om de fører til at det hjemlige næringsliv går frem. Og man kan heller ikke kalle alt som har den motsatte virkning for utilbørlig, f. eks. at en forretningsmann favoriserer utenlandske varer, eller selger hele sin produksjon til utlandet (C a l m a n n s. 101). Derimot skal man ikke forsverge at sånne synsmåter kan gjøre sig gjeldende som et element i bedømmelsen, særlig når det gjelder maktkonkurransens utskeielser, og hvad dermed står i forbindelse. Og det er heller ikke utelukket at det har fremtiden for sig.

2. Å gi en oversikt over de handlinger som er særlig typiske utslag av utilbørlige konkurransemetoder er ikke lett. Uttømmende kan listen aldri bli, og gruppeinndelingen blir alltid litt av en smak-sak. Et visst overblikk over slagfronten skal vi dog forsøke på å skaffe oss:² Det er først og fremst de handlinger som den gode forretningsmoral fordømmer, der faller inn under generalklausulen. Og skjønt også moralkrav må tilpasses efter forholdene, er handelsmoralen i sin kjerne ikke anderledes enn annen god samfundsmoral. Usann reklame, usann omtale av konkurrenter, bestikkelse, opfordring til kontraktsbrudd eller til å bryte taushetsplikt, misbruk av kjennetegn i forvekslingshensikt, har Kon. således uttrykkelig reagert mot i særlige paragrafer. Dette etiske drag i generalklausulen understrekes sterkt i Tyskland, hvor kravene til «*Lauterkeit*» i næringslivet stilles i forgrunnen, både i teori og praksis.

¹ G o l d b a u m i GRUR. 1927 s. 781. Han har dog møtt almindelig motstand, f. eks. av C a l m a n n s. 39 og R o s e n t h a l s. 11.

² Inndelingen av konkurransen i ydelses-, suggestions- og maktkonkurranse gir ingen særlig veiledning i så henseende. Heller ikke sondringen mellem de konkurransehandlinger som sikter på å skaffe sig selv frem, og de som prøver å sette konkurrentene tilbake.

De uttalelser fra forarbeidene som blev gjengitt ovenfor, tyder på at det også har en central plass i vår egen generalklausul.

Men enerådende er moralsynspunktet ingenlunde. Også den konkurranse som ikke er umoralsk, men bare *u s m a k e l i g* og *f r a s t ø t e n d e*, kan efter omstendighetene stemples som utilbørlig. Reglene om utsalgsvesenet og om tilgift og rabatt tar sikte på metoder som ikke er likefrem umoralske, men som en lojal og fornem forretningsmann ikke innlater sig på, fordi han ikke vil spekulere i godtfolks lettroenhet og svakhet for tilsynelatende presanger. I samme gaten ligger også mange misbruk av reklamen, f. eks. at den er særlig markskrikerisk, uteskende eller personlig, eller inneholder nærgående, men sanne uttalelser om konkurrentenes personer eller varer. Denslags optreden er typisk «dårlig forretnings-skikk», og at generalklausulen rammer den er ikke tvilsomt.

Den tredje hovedfordringen til konkurransekampen er at den skal drives på *o b j e k t i v t* *f o r s v a r l i g* og *f a i r* basis, som stiller konkurrentene på like fot. Det er om man vil, sportsidéen i konkurransen som her gjør sig gjeldende. All konkurranse bygger på at den beste mann skal vinne, og nettopp dette var lovgivningens hovedbetraktning, da konkurransen i sin tid blev gitt fri. Men her som ved idrettsstevner vinner ikke den beste mann, hvis det går an å jukse i konkurransen, få andres hopp regnet som sine egne, eller gå med halv pakning i marsjkonkurranser. Det er ved egne krefter man skal vinne frem, og under iakttagelse av de «spilleregler» som god sportsånd forlanger. At også dette synspunkt har sin plass i kampen mot utilbørlig konkurranse, er man overalt enig om.¹ Ikke minst er forskriftene om kjennetegn og stedsangivelser uttrykksfulle i så måte, siden de forsøker å hindre all slags forveksling og narring av publikum, selv om det ikke er gjort med vilje, så moralen kan mobiliseres. Men også de særlige reglene om at oppfinnere og ophavsmenn skal få beholde sine verker for sig selv, og sikre sig fordel i konkurransen på denne måten, er gode til å få forstand av.

Som en fjerde hovedgruppe av utilbørlige konkurransehandlingler kommer tilslutt de som sikter på å sette motstanderne ut av spillet ved *u t i l b ø r l i g e* *m a k t m i d l e r*, som boikott, pris-

¹ B e c h e r s. 2 uttrykker tanken slik, at det er kravet om «*Ordnung und Sicherheit*» i konkurransen, som her virker inn.

krig o. s. v.¹ Det er oftest sammenslutninger der er sterke nok til å sette konkurransen ut av funksjon på denne måten, men også enkeltmenn kan naturligvis forsøke på det. I selve Kon. fins det ingen særforrifter om denslags, og forarbeidene synes nærmest å tenke sig at sånn «utilbørlig konkurranse» ikke skulde gå inn under loven. I oversikten over «det vesentlige» av det stoff som Kon. befatter sig med, er således boikott slett ikke nevnt, skjønt fenomenet var velkjent i 1919 (Mot. Kon. s. 13). Men senere har loven fått et tillegg som stiller saken i nytt lys. Da trustloven blev vedtatt, fikk Kon. nemlig en ny § 16, sålydende: «Denne lov gjelder ikke avtaler, bestemmelser og ordninger, som av myndighetene er tillatt i medhold av annen lov.» Det var boikott, eksklusivavtaler og ugrunnet prisforskjell man her særlig tenkte på. Og hvis alt dette hadde falt utenfor Kon. og generalklausulen, vilde tilføielsen ha vært overflødig.

3. Hvad angår m å l e s t o k k e n for bedømmelsen, ligger det adskillig veiledning i at det er forretningslivets gode skikk det er tale om. Ikke om abstrakte moralnormer, eller om krav som kanskje kan ha gyldighet på andre felter av samfundslivet. Det er forretningslivets behov og muligheter man spør efter. Heri ligger at kravene må nyanseres efter tids-, bransje- og stedsforholdene, og kanskje også i andre retninger. Den gode forretningskikk er ikke den samme for leger, som for advokater eller for grosserere. Den behøver ikke være den samme i tømmerhandelen som i skibsrederiet. Ja, K o h l e r har visst rett i (jfr. C a l m a n n s. 95) at man kan mykne op målestokken enda mere, og forlange at storindustrien og storhandelen skal holde sig fjernere fra usmakelige metoder enn høkerne og torvhandlerne, fordi «*die Grossindustrie eine gesellschaftliche Figur bilden soll, die den bedeutenden Männern des Berufs- und Staatsleben würdig zur Seite stehen soll.*»

Som vi har sett advarer Mot. Kon. mot å legge målet an efter de mest ideelle krav eller de «fineste fornemmelser», og det med full grunn. En moral som f. eks. Brands er mere enn forretningslivet kan bære. Og ikke mindre skjebnesvangert er det å tro at god forretningskikk krever fantasiløshet og minutiøs nøiaktighet i tale

¹ Elster s. 418 taler her om «*unangemessene und übermäßige Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs.*»

og i handling, eller streng og diskret smakfullhet i ett og alt. Særlig når det gjelder suggestionskonkurransen, er det så langt fra pedanteri og besteborgeruangripelighet, den gode forretningskikk forlanger av de næringsdrivende. På den annen side vilde det stride bestemt med Kon.'s ånd om kravene blev for slappe. Man skal ikke underverdere den moralkodex som forretningslivet kan trives med. Og når det ikke er tale om egentlige moralske krav, men om å respektere de objektive vilkårene for fair konkurranse, er det enda mindre på sin plass å gå på akkord. En garanti mot overdrivelse ligger dessuten deri, at det ikke er ethvert brudd på god forretningskikk som rammes av generalklausulen, men bare hvis det er *utilbørlig*. Det er en nokså massiv fordømmelse som ligger i dette ordet.¹ Derimot må man ikke la sig villedes av den biklang av umoral som det unektelig kan ha. Overfor de rent «objektive» utvekstene på konkurransen, blir det utilbørlighetsfordringens eneste oppgave å markere at *minima non curat prætor*.

Den standard for konkurransen som Kon. søker å håndheve, må selvsagt ha et grunnlag i forretningslivet selv. De næringsdrivende vet jo best hvor skoen trykker, og hvilke krav som lar sig gjennomføre. Dommeren er dog ikke bundet til forretningsstandens mening om dette, men må gjøre sig op sitt eget skjønn om hvilken forretningskikk der kan anerkjennes som «god». Noe annet ligger heller ikke i Mot. Kon.'s uttalelse, om at det avgjørende blir «den almindelige rådende opfatning blandt hederlige og rettenkende næringsdrivende i vedkommende næringsgren» (s. 24). Det som «hederlige og rettenkende» mennesker blir stående ved, er nemlig nettopp det som rettsordnen forlanger.² Som veiledning ved avgjørelsen vil dommeren imidlertid ha stor interesse av å høre hvordan representative næringsorganisasjoner ser på spørsmålene. Handelsstandens

¹ Sammenlign forskjellen mellem T. § 13 som taler om «utilbørlige» priser, og § 14 som handler om «urimelige».

² I Tyskland har RG. slått fast i en rekke avgjørelser, at det blir «*das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden*», som må gi målestokken for hvad «de gode seder» i forretningslivet krever. Efter Hitlerrevolusjonen er det dem som mener at man må komme bort fra dette med «*gute Sitten*», som er «*ein römisches Erbstück der Spätzeit*». (Utescher i GRUR. 1936 s. 15.) Istedet skal man sette en målestokk som er langt sikrere og mere entydig, nemlig «*das Sittlichkeitsbewusstsein des deutschen Volkes*». Utenfor de troendes krets vil man kanskje ha vanskelig for å opdage forskjellen.

50-mannsutvalg, Industriforbundets konkurranseutvalg o. s. v. Men i blinde må slike uttalelser ikke følges. Det kan jo være at gammel slendrian eller uvilje mot for strenge moralkrav skaper en viss slapphet innenfor branchen, som retten ikke bør bøie sig for. Det kan også hende at mangt blir dømt som utilbørlig, som ikke er det. Treghet og stivnet laugsånd ser kanskje med mistro og uvilje på nye metoder i et erhverv, eller man misopfatter kravet om tilbørlighet som et pedantisk skolemesterbud, der utelukker all originalitet og personlig utfoldelse i konkurransekampen.¹

4. Forutsetningen for å anvende generalklausulen er at handlingen er foretatt «under utøvelse av næringsvirksomhet». Dette uttrykket har en meget omfattende betydning, idet det rummer «alle slags yrkesmessig virksomhet, rettet på økonomisk vinning» (jfr. Thorsens kommentar til Kon. s. 24). At ikke bare forretningsfolk driver næringsvirksomhet, men også forfattere, kunstnere og oppfinnere som søker å skaffe sig inntekt av sine arbeider, er utvilsomt.

Videre må handlingen være foretatt «i konkurranseøiemed». Også dette må forstås svært vidt. Alle handlinger som sikter på å bringe direkte eller indirekte fordel i konkurransekampen har et sånt øiemed, enten de i første hånd tar sikte på å gagne en selv, eller på å skade konkurrentene. Under disse omstendigheter får dette med konkurranseøiemedet neppe noen stor, selvstendig betydning.²

IV. De foregående betraktninger over generalklausulen gir oversikt over hvor landet ligger, og hvilke hovedformer for illojal konkurranse der forekommer i livet. Den neste opgaven skulde da bli å skyve analysen enda et skritt frem, og stille op flere eller færre «undernormer», som gir en mere spesifisert beskrivelse av hvad generalklausulen forbyr. Som ovenfor sagt kan man aldri uttømme

¹ Med rette fremhever Elster s. 417 at ikke all ubekvem konkurranse er utilbørlig, og at det særlig for reklamens vedkommende gjelder å verge sig mot «die unlautere, nicht gegen die unbequeme oder unschöne Reklame». Jfr. Mot. Kon. s. 26.

² Thorsen (s. 24 jfr. s. 73) nevner slike tilfelle som at en offentlig tjenestemann gir nedsettende uttalelser i stillings medfør, at vidner gjør det samme, eller at det skjer av videnskapelig interesse eller for å gagne almenheten. (En hotellgjest advarer mot et dårlig hotell.) Videre handlinger som foretas av hevnlyst eller blott og bart for å skade. Nesten alt dette faller imidlertid utenfor «utøvelse av næringsvirksomhet».

klausulen på denne måten. Og de undernormene man kommer til må heller ikke oppfattes som vanlige rettssetninger, og anvendes av dommeren med samme reverens som disse. Generalklausulens skjønnsmessige helhetsdom om forholdet må aldri tapes av syne. Undernormene virker bare til å gjøre klausulens generelle direktiv mere presist og levende, samtidig som de tjener som eksempler på hvilke foreteelser den særlig vil til livs. Alle de hovedtypene på illojal konkurranse som vi nevnte foran, kan man komme bedre inn på livet ved å stille op sånne undernormer. Noen almindelig systematisering av generalklausulen skal vi dog ikke forsøke på.¹ Det er bare forholdet til åndsrettighetene det her gjelder om, og derfor er det nok å trekke frem de undernormene som særlig interesserer i denne forbindelse.

1. I første rekke blandt dem står setningen om at man skal holde sig sannhetskravet etterrettelig i all sin ferd. Det er en grunnsetning som rettsordnen strever med å skaffe respekt på alle områder, og ikke minst i konkurranseretten. Reglene om usann reklame, usann omtale av konkurrenter, usanne opprinnelsesbetegnelser, firmaer og varemerker, patentanmasselse o. s. v. er eksempler på dette, og ikke mindre forbudene mot å tilegne sig andres kjennetegn. Det er da ikke underlig at generalklausulen slår ned på usannheten, også når den legger sig for dagen på andre måter.

Men selvsagt er det ikke formalistisk akkuratesse og korrekthet som kreves. Tvert imot kan formell respekt for sannheten godt være skalkeskjul for reell usannhet, når det nettop ikke er det bokstavelige innhold av utsagnet handelslivet fester sig ved.² Omvendt vil et usant utsagn ofte ikke være alvorlig ment, som når f. eks. en støvsuger fremstilles som «verdens beste». Det er derfor ikke et dødt og formelt sannhetskrav konkurranseretten hevder, men et levende og praktisk.

2. En annen viktig grunnsetning for lojal konkurranse er å vise respekt for andres kjennetegn, og undgå alt som kan føre til forveksling. At dette er et helt almindelig krav, er de fleste land enig om. England anerkjenner det i form av *passing*

¹ I Tyskland har teori og praksis drevet dette arbeidet meget langt.

² «*I venture to think*» sier Lord Macnaghten i saken Reddaway v. Banham, «*that a statement which is literally true, but which is intended to convey a false impression, has something of a faulty ring about it; it is not sterling coin; it has no right to the genuine stamp and impress of truth*» (Pearce s. 44).

off-regelen, i Tyskland og Frankrike gjelder det samme. Også Paris-konvensjonen gjør det til sitt i tredje ledd av art. 10 bis, hvor «*tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec les produits d'un concurrent*», blir kalt for illojal konkurranse. Her i Norge er det ikke bare firma- og varemerkeretten som kan tas til inntekt for dette syn, men også reglene om utstyr og forretningskjennetegn, likesom det også gir god støtte for analogi-slutning at den personlige navnerett er blitt anerkjent i praksis, på grunnlag av sakens natur. Under disse omstendigheter er det ikke for dristig å si at all bruk av andres kjennetegn er utilbørlig konkurranse, forutsatt at kjennetegnet er innarbeidet, eller det på annen måte er knyttet en virkelig goodwill til det.

Det illojale i en sånn optreden ligger dels i at den støter an mot personlighetens naturlige rett til å holdes ute fra andre, og bli bedømt på grunnlag av sig selv og sine gjerninger. Dernest er forveksling i strid med sannhetsprinsippet, idet personer og varer kommer til å seile under falsk flagg. Endelig fører bruken av andres kjennetegn til at deres goodwill kommer andre tilgode, så konkurrentene får høste frukten av arbeidet og omkostningene med å innarbeide dem. Men hermed kommer vi over til en tredje grunnsetning som ligger i generalklausulen.

3. Å utnytte andres arbeide eller tanker på en utilbørlig måte er nemlig også en typisk form for illojal konkurranse. Det er sine egne krefter man skal sette inn i kampen, mens det strider med frikonkurransens idé at man søker å komme foran ved å snylte på konkurrentene. I en lang rekke dommer har den tyske R. G. slått dette fast: «*Es ist anerkannter Grundsatz*», sier retten i en dom av 1926, «*dass es den Forderungen des redlichen Verkehrs und somit den guten Sitten widerstreitet, sich das mit besonderen Mühen und Kosten errungene Arbeitsergebnis eines anderen wettbewerbsmässig, also zum Nachteil dessen anzueignen, dem billigerweise die Früchte davon zukommen müssten.*» (R o s e n t h a l s. 175.) Og i en annen dom: «*Die schrankenlose Ausnutzung fremder Gedanken — auch ausserhalb des Gebietes der gewerblichen Schutzrechte — ist ebensowenig unbedingt zulässig wie die schrankenlose Ausnutzung fremder Arbeit.*» (R o s e n t h a l s. 185.)

Også her i Norge må kravet om at konkurransen skal være fair og «sporty» sette skranker for den ene konkurrents rett til å utnytte

den annen ved å snylte på ham. Det gir de særlige lovene om firma og varemerker, patenter, åndsverker og mønstre tydelig beskjed om. Eneretten over dem er nemlig nettop gitt, forat de som har skapt verkene eller goodwillen skal få et fortrin i konkurransekampen i den anledning, så de kan høste fruktene av sitt arbeide i fred. Man kan dog ikke slutte av dette at all utnyttelse av fremmede tanker og arbeide er forbudt av generalklausulen. Alt fremskritt forutsetter at man gjør sig til gode hvad andre har utrettet, tenkt og opdaget, og det vilde være likefrem kulturfriendtlig om dette ubetinget blev stemplet som utilbørlig konkurranse. Det har neppe heller vært Reichsgerichts mening. Det gjelder derfor å finne ut hvad som må komme til, forat snyltingen på andre skal fordømmes. I så måte er man vesentlig henvist til å dra slutninger fra de særlige lovene på området, samtidig som man tar sin rettsfølelse til hjelp:

Når man tilegner sig konkurrentenes renommé ved å skape forveksling m. h. t. person eller varer, er utnyttelsen av andres arbeide alltid utilbørlig. I dette stykke er firma- og varemerkelovgivningen ikke til å misforstå. Og selv om forvekslingen ikke fremkalles ved noen av de kjennetegn som disse lovene handler om, er den like utilbørlig for det. Det samme gjelder hvis man har skaffet sig adgang til konkurrentenes arbeider ved umoralske eller usmakelige midler, som f. eks. ved å snike sig inn i hans fabrikk, bestikke hans folk, eller gjøre sig delaktig i deres troskapsbrudd eller forræderi. Også i dette stykke har vi særlige lovregler, som gir klart uttrykk for lovgivningens almindelige syn. Derimot er det ikke lett å si, når en åpen og ærlig utnyttelse av andres arbeide er forkastelig. Men lovene om patenter, åndsverker og mønstre, regelen om nyheters rettsvern m. v., tillater dog visse slutninger som er nokså opplysende. De setter nemlig skranker for utnyttelsen, selv om den skjer aldri så åpenlyst, og selv om det ikke er brukt ufine metoder. Dette gjør de fordi slike verker ikke kan skaffes uten opbud av arbeide og penger, og fordi samfundet ikke kan regne med at det blir gjort, hvis konkurrentene skulde ha fri adgang til dem. Grensene for eneretten — eller om man vil skrankene for konkurransefriheten — bestemmes altså dels med tanke på å skaffe åndsarbeideren en rettfærdig lønn, dels på å gi produksjonen den spore den ikke kan undvære. Her ligger nøkkelen til å avgjøre når det er utilbørlig å utnytte andres arbeide utenfor

spesiallovenes område: For det første må det gjelde et arbeidsresultat som normalt ikke kan skaffes til veie uten arbeide eller omkostning; om en undermåler strever sig frem til et resultat som er et øieblikks sak for et lysere hode, kan ikke sliteren beklage sig over at det blir brukt av andre. For det annet må arbeidet ha en viss samfundsmessig verdi, så det ikke er likegyldig om det blir gjort eller ikke. Og for det tredje må vilkårene for dets utnyttelse være slike at åndsarbeideren ikke vilde få rimelig vederlag og ingen spore til fortsatt produksjon, om konkurrentene hadde fritt slag. Er disse betingelsene tilstede, er det en skadelig parasittvirksomhet som drives, og det er da vel tenkelig at den kommer i konflikt med generalklausulen.

4. I Tyskland er det vanlig å nevne som et særlig virkefelt for generalklausulen, at den griper inn overfor *misbruk av kjennetegn* som man i og for sig har rett til, og av de formelle rettighetene over disse som er vunnet ved registrering *e. l.* Historisk har disse ganske visst gått foran både generalklausulen og resten av lovgivningen om illojal konkurranse. Det hindrer dog ikke at de nå blir oppfattet som særlige utslag av denne lovgivnings prinsipp. Og da er det naturlig å spørre om de særlige rettighetene fremdeles skal gjelde formelt og ubetinget, eller om ikke utøvelsen av dem bør underordnes den almindelige grunnsetning om tilbørighet i konkurransekampen. Det er særlig anvendelse av kjennetegn i forvekslingshensikt, og visse bakholdsangrep fra registrerte rettigheters side overfor kjennetegn som har arbeidet sig inn i livet, som man i Tyskland har ansett avskåret av generalklausulen. Også her i Norge vil den her ha et virkefelt. Men det innsnevres betraktelig ved at andre rettsregler er på pletten på forhånd, og hindrer flere av misbrukene. V. § 24 forbyr således uttrykkelig å anvende sine lovlige kjennetegn i forvekslingshensikt, og i kraft av den »passivitetsstandard» som er anerkjent i rettspraksis ved alle subjektive rettigheter, vil mange av de nevnte bakholdsangrep være avskåret, uten at generalklausulen behøver å kalles til hjelp. I alle tilfelle er den imidlertid god å ha i reserve.

Også *misbruk av ophavsrettighetene* kan undertiden ha sånn karakter at generalklausulen får anvendelse. Men dette er meget sjeldnere. De «misbruk» som det her blir tale om, ligger nemlig gjerne i en annen gate enn den generalklausulen arbeider i,

og det er gjennom trustloven eller særlige lovforanstaltninger man binder an med dem.

V. 1. De handlingene som rammes av generalklausulen er «ikke tillatt». Etter sammenhengen og forarbeidene (Mot. Kon. s. 21) betyr dette at de er forbudt, altså rettsstridige.

Det er hele handlingen som må tas i betraktning, når dommen skal felles, dens indre side såvel som dens ytre. En gjerning rammes av generalklausulen, sier den tyske R. G., når den støter an mot god sed «nach ihren aus der Zusammenstellung von Inhalt, Motiv und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter, nach den objektiven und subjektiven Momenten».¹ At også indre, sjelelige faktorer tas med ved rettsstridsbedømmelsen er ikke noe singulært; heller ikke utenfor konkurranseretten er det en ufravikelig regel at bare yttersiden teller med, når grensen mellom rett og urett skal trekkes.² Men i så typiske forretningsforhold som dette spiller naturligvis handlingens fremtoningspreg hovedrollen, mens man ikke er særlig oplagt til å granske de agerendes hjerter og nyrer. Om formålet er aldri så laudabelt, helliger det således ikke utilbørlige midler, og det gjør heller ikke det fromme sinnelag eller det edle motiv. Omvendt vil de dårlige motiver som regel være irrelevante, som når en mann setter i gang en forretning for å hevne sig på en rival i kjærlighet.³ Et slett formål vil dog kunne få betydning for bedømmelsen av om fremgangsmåten til å realisere det er utilbørlig. Men selv den rene ødeleggelsesvilje bryter konkurranseretten ikke ubetinget staven over, sålenge man bruker sømmelige midler i kampen.⁴

I en annen forstand er rettsstriden derimot helt objektiv: Det hjelper ikke at vedkommende er uvidende om at hans handlemåte er utilbørlig, fordi han har en annen opfatning av det sømmelige eller smakelige enn folk flest. Og det redder ham heller ikke over på den riktige siden av rettsstridsgrensen at han ikke har kjent de sidene ved situasjonen som betinger utilbørligheten.⁵ Også i dette stykke faller reglene sammen med hvad der ellers pleier å gjelde.

¹ Jfr. også Rosenthal s. 137.

² Se min bok: «Hensiktens betydning for grensen mellom rett og urett».

³ Jfr. Calmann (s. 97), som fremhever at «ein sittenwidriges Motiv, z. B. Rachegefühl, nicht immer eine an sich zulässige Handlung zur sittenwidrigen macht».

⁴ For maktkonkurransens vedkommende gjelder delvis noe annet, jfr. T. § 21.

⁵ Derimot kan man nok se litt gjennom fingrene med utilbørligheten, hvis handlingen har funnet sted som retorsjon.

2. Når en handling er stemplet som rettsstridig, kan den der rammes forby handlingen. Han kan eventuelt også øve nødverge mot den. Hvis den fortsetter, kan han anlegge sak for å få den stanset, og er det fare for gjentakelser, kan han få domstolene til å forby dem. I så måte gjelder det imidlertid noe særeget ved den rettsstrid som hviler på generalklausulen. Ganske visst sies det i annet ledd av § 1, at «den som har handlet i strid hermed kan etter søksmål tilpliktes å avholde sig derfra». Men det er ikke hvermanns sak å reise søksmål, om han mener sig krenket. «Sånt søksmål kan bare reises av vedkommende regjeringsdepartement, eller av sammenslutninger av næringsdrivende som departementet har gitt søksmålsrett etter denne lov. Søksmålsretten kan av departementet når som helst tilbakekalles.»

Fra en side sett er det en innskrenkning i søksmålsretten denne regelen gjør, og det er dette som forarbeidene utelukkende synes å ha hatt blikk for: «På denne begrensning i adgangen til fastsettelsessøksmål legger komitéen adskillig vekt» sier Mot. Kon. s. 24. «Ved å avskjære den enkelte forretningsdrivende fra anlegg av sånt søksmål har man nemlig trodd å minske faren for at generalklausulen skal kunne lede til chikanøse prosesser. Samtidig har man ment at det i sig selv inneholder en vesentlig fordel at søksmålsretten alene ligger hos en nærings sammenslutning. Dennes opfatning av de forekommende tilfelle vil antagelig få sådan vekt at den enkelte frivillig vil bøie sig, uten å la det komme til saksanlegg. De næringsdrivende får herved en adgang til å øve selvjustis — med domstolenes beskyttelse mot overgrep i bakhånd.» — På den annen side er det en interessant utvidelse av søksmålsretten, at det offentlige og brancheorganisasjonene har fått den. Det har vi alt fremhevet, da vi talte om generalklausulens almindelige fysiognomi.

Et særlig rettsmiddel mot overgrep gir loven i tredje ledd av § 1: «Retten kan når saksøkeren forlanger det, ved midlertidig forføining forby at handlingen gjentas, sålenge der ikke foreligger rettskraftig dom i saken. Denne forføining kan gjøres avhengig av at der stilles en av retten godtatt sikkerhet for det tap den annen part, hvis han forefinnes, måtte ha litt ved forføiningen.» En regel som denne har man flere paralleller til. Mot. Kon. nevner (s. 25) P. § 39 og M. § 26, som gir adgang til å ta gjenstander som krenker eneretten i midlertidig forvaring. Nærmere ligger kanskje den rett

som boikottdomstolens formann har til å nedlegge midlertidig forbud mot boikott, etter arbeidstvistloven av 5 mai 1927 nr. 1 § 26 a nr. 6.

3. Kon. sier ikke uttrykkelig at forgåelse mot generalklausulen trekker erstatningsplikt etter sig. Men da slike handlinger er rettsstridige, følger det av sig selv at det skal betales erstatning, hvis de andre erstatningsbetingelsene er tilstede. (Mot. Kon. s. 21.) Sak-søkeren må altså først godtgjøre at han har lidt økonomisk tap ved den utilbørlige konkurransen. Å kreve matematisk bevis for dette vilde dog være malplisert, i betraktning av forholdene. Videre må det være skyld tilstede, og undertiden kan vel også adekvansregelen få en viss selvstendig betydning, særlig når det er skadens omfang det spørres om. Det blir dog ikke så ofte at skyldkravet får betydning, hvis det er på det rene at generalklausulen er krenket. Når handlingen stemples som utilbørlig, er nemlig dette som regel bebreidelse god nok. Imidlertid kan det hende at gjerningsmannen ikke kjente de sidene ved handlingen som gjør dommen over den berettiget, eller at utilbørligheten er helt objektivt betinget. I slike fall er det et vilkår for erstatningsplikten at gjerningsmannen dessuten har vist skyld.¹ Har han ikke det, kan han ikke dømmes til erstatning, og sannsynligvis vil det heller ikke nytte å kreve utbetalt den berikelsen som den illojale konkurranse har skaffet ham.²

Når det kreves erstatning på grunnlag av generalklausulen, kommer de vanlige søksmålsreglene til anvendelse.³

¹ Særlig under hensyn til at alle de særlige lovene om patenter etc. krever skyld som vilkår for erstatningsplikten, må dette anses som sikkert.

² I Tyskland har det stått strid om man skal kreve skyld ved siden av generalklausulen. Støttet til en ytring av R. G. svarer R o s e n t h a l (s. 131) nei på dette, og det samme gjør B e c h e r (s. 24). C a l m a n n (s. 93) mener derimot at de vanlige skyldreglene er på sin plass. Den tyske diskusjonen om dette kan ikke umiddelbart anvendes her i Norge, fordi generalklausulen har et mere etisk og subjektivt preg i Tyskland enn i Norge.

Derimot er det tvilsomt hvilken betydning det skal ha, at V. §§ 23—26 bare illegger erstatningsplikt for misbruk av innarbeidede kjennetegn, når de er brukt i forkastelig hensikt. Enten må man pr. analogi forstå generalklausulen på samme måten, når den får anvendelse overfor misbruk av kjennetegn som ikke faller inn under V., eller la den supplere reglene i V., forsåvidt angår uaktsomme krenkelser av de tegn som er særlig nevnt i loven.

³ Et erstatningssøksmål fra den enkelte skadelidendes side er således ikke betinget av at en organisasjon har fått fastslått på forhånd at forholdet er rettsstridig etter § 1, HRD. i Rt. 1933 s. 1240.

Det er bare når det gjelder å stanse eller få forbudt den utilbørlige opptreden at handelsdepartementet eller en næringsorganisasjon har monopol på å gjøre klausulen gjeldende. (Mot. Kon. s. 24. Thorsen s. 27.)

4. Det kan også bli tale om straff, når generalklausulen er overtrådt. Men bare hvis det er handlet i strid med en midlertidig forføining som forbyr handlingen, eller med en rettskraftig dom som stempler den som utilbørlig. Straffen er da bøter eller fengsel inntil 6 måneder. Offentlig påtale skjer bare, hvis handelsdepartementet eller en nærings sammenslutning med påtalerett begjærer det.

V. 1. For å bestemme forholdet mellom generalklausulen og åndsrettighetene, har det interesse å vite hvordan lovgiveren har tenkt sig det tilsvarende samarbeide ordnet i konkurranseloven selv. Som foran nevnt består nemlig denne av den generelle klausul i § 1, og en rekke spesielle forbud mot forskjellige slags illojal forretningsvirksomhet. Både plassen i loven og forarbeidene viser klart at generalklausulen er tiltenkt en dominerende stilling i kampen mot den utilbørlige konkurranse.¹ Mot. Kon. (s. 23) overveide endog om man ikke kunde la det bli med den. Når man ikke gjorde dette, var det dels fordi man fant det praktisk at de hyppigste misbruk blev bekjempet ved «utformede lovregler med et bestemt efter behovet avpasset innhold», dels fordi disse kunde tjene som eksempler på hvad det var utilbørlig i lovens øine.

En sånn blanding av generelle og spesielle regler vil alltid reise vanskelighet, når det spørres om samarbeidet mellom dem. Fra en side sett er saken dog klar: Der hvor særreglene ikke rekker, trer generalklausulen støttende til, og fanger op illojale foreteelser som loven ikke har tenkt på, eller ikke gitt særregler om. At dette er hovedformålet for hele klausulen, fremhever Mot. Kon. sterkt. (Jfr. citatet i I.) Og som eksempler på sånne forhold nevner de «innsnigen i en konkurrents forretnings- og bedriftslokaler, å la sig innføre i en annens forretning som kunde, arbeider, lystreisende e. l. for å søke opplysninger eller gjøre erfaringer som man ikke vilde ha adgang til ad lojal vei, indiskret benyttelse av tilfellet til gjennemsyn av brever eller planer i et ulåst skrivebord, å lokke til sig andres arbeidere eller kunder, å forlede til kontraktsbrudd o. s. v.» (s. 24). Annetsteds forutsettes det at særlig markskrikerisk

¹ Også i Tyskland fremheves det stadig at generalklausulen behersker hele kampfronten.

reklame rammes av generalklausulen, og at forsikringsselskaper eller opplysningsbyråer kan komme i heisen, hvis de søker å få tak i en konkurrents erfaringsmateriale på en usmakelig måte (s. 22).

Men hvis en særlig bestemmelse rammer det illojale forhold, er da generalklausulen uten anvendelse, eller er det meningen at de kan anvendes kumulativt? Noen stor praktisk betydning skulde ikke spørsmålet ha, hvis man er sikker på at spesialregelen dekker. Men er man i tvil om dette, er det betryggende å kjøre op med generalklausulen, og forskjellen i påtaleregler kan også føre til at man foretrekker å holde sig til den. At det skulde være noe i veien for dette, eller for å påberope sig begge bestemmelsene samtidig, kan ikke antas. Noen avgjørende dom for dette har man neppe, men Rt. 1927 s. 23, som anvendte generalklausulen sammen med loven om fellesmerker, er i virkeligheten temmelig opplysende. I Tyskland har ingen vært i tvil om at kumulasjon går an¹, og der drives den så langt at generalklausulen blir påberopt nesten i hver eneste sak hvor en særregel i konkurranse-loven er overtrådt. Denne utviklingen er dog ikke uten betenkelighet, og det er neppe grunn til å efterligne den her i Norge. Faller et forhold inn under et av særforbudene i Kon., bør man holde sig til det, og la generalklausulen få fred.

Men hvis nu spesialreglene fører til et annet resultat enn generalklausulen, er den siste da stengt ute, eller er det allikevel adgang til å øve konkret censur over handlingen, under tilbørighetens og den gode forretningsskikkens synsvinkel? Noe almenyldig svar på spørsmålet kan ikke gis. Man må nemlig fortolke hver enkelt særregel, for å finne ut hvordan den stiller sig til generalklausulen i dette stykke. Og da vil det vise sig at de reagerer nokså forskjellig. Forbudet i § 4 mot å holde flere enn 2 sesongsalg om året er således absolutt, og det er ikke adgang til å undskylde sig med at det ikke strider mot god forretningsskikk å holde 3 eller 4. Derimot er det ikke umulig at selv 2 kan være for meget, hvis op-

¹ Elster s. 415 citerer f. eks. en R. G.-dom fra 1912, hvor det først sies at generalklausulen behersker hele loven, og griper inn der enkeltforskriftene ikke rekker. Dette betyr dog ikke at den er utelukket, når en særregel dekker forholdet. «*Vielmehr wollte der Gesetzgeber dem § 1 seine Anwendbarkeit nicht versagen, wenn der für ihn bestimmte Tatbestand zugleich auch noch die Verletzung einer der nachfolgenden Einzelschriften darstellt.*» — Også flere uttalelser av 50-mannsutvalget peker i samme retning.

fatningen i forretningsverdenen tar den retning at alle «utsalg» er utilbørlige. Og tar vi forbudet mot usann reklame i § 2, er det klart at ikke all annonsering som går klar av det, er erklært for å være positivt tillatt; den kan godt være rettsstridig i kraft av generalklausulen, f. eks. fordi den er for personlig i sin form eller utillatelig aggressiv.

VII. I territorial henseende rekker ikke generalklausulens herredømme ut over Norges grenser. Den deler forsåvidt skjebne med åndsrettighetene, hvilket er rimelig nok, i betraktning av sammenhengen mellom dem.

For å organisere kampen mot den illojale konkurranse internasjonalt, har Pariskonvensjonen tatt sig av den.¹ Det heter i dens art. 10 bis, at unionslandene er forpliktet til å sikre unionens borgere et virksomt vern mot illojal konkurranse. For å forklare hvad den forstår ved dette bruker konvensjonen omtrent samme vendinger som vår generalklausul, nemlig «enhver konkurransehandling som strider mot anstendig forretningsskikk i industri- og handelsforhold». Som særlige eksempler på dette fremheves to ting nemlig: 1) Alle handlinger som er egnet til å fremkalle forveksling med en konkurrents varer og, 2) alle uriktige oppgiver i handelsvirksomheten, som er egnet til å skade det ry sånne varer har.²

Det er noe ubestemt, hvilke bånd disse reglene legger på unionslandene. At de ikke forplikter dem til å ha en generalklausul i sin lovgivning, er dog på det rene. Derimot gjelder regelen om nasjonal behandling fullt ut, sånn at de er nødt til å gi fremmede unionsborgere samme beskyttelse mot illojal konkurranse som de egne borgere. Hos oss spiller medlemskap av Parisunionen imidlertid ingen særlig rolle i denne forbindelse. I motsetning til V. og R. gjelder nemlig Kon. — og altså også generalklausulen — all erhvervsdrift som foregår her i Norge, enten det er utlendinger eller innlendinger som driver den, og enten forretningen har basis her i landet eller ikke. Og det er heller ikke utelukket at erhvervshandlinger stemples som illojal konkurranse, fordi de er utilbørlige overfor næringsdrivende som ikke har særlig tilknytning til Norge, eller til markedsforholdene her.

¹ Dette skjedde på Washingtonkonferansen i 1911.

² På Londonkonferansen blev ordet «varer» rettet til «en konkurrents forretning, varer eller industrielle eller kommersielle virksomhet».

VIII. Så viktig som generalklausulen er, har den ikke ennu trengt sånn gjennom i rettslivet som man skulde vente. Det henger dels sammen med at det tar tid å gjøre sig fortrolig med et nytt generelt rettsprinsipp; i Tyskland varte det også en 10-12 år før rettslivet opdaget hvad det hadde i generalklausulen.

En annen grunn til at man omgås den med forsiktighet, er det infamerende preg som søksmålet lett får, hvis den påberopes. (Jfr. I s a y s. 7. R o s e n t h a l s. 7.) Det gjelder forresten om hele loven, fordi den så demonstrativt sier sig å være rettet mot den «utilbørlige» konkurranse, og enten man vil eller ei har dette en odiøs beklang, skjønt den slett ikke alltid er på sin plass.¹ Litt hjelper det kan hende å kalle loven for «konkurranseloven», sånn som jeg gjennomgående gjør.

§ 55.

Generalklausulen og kjennetegnenes rett.

I. Fra meget lang tid tilbake har det vært enighet om at det ikke stemte med god og anstendig forretningsskikk å sette andres kjennetegn på sine varer eller på sin forretning. Det er uriktig overfor publikum som blir narret og tatt ved nesen, og uriktig overfor konkurrentene som får sin goodwill ødelagt eller overført til andre. Det var for å komme slike foreteelser til livs, at England innførte den langtrekkende *action for passing off* som vi oftere har nevnt. Og i de land hvor begrepet illojal konkurranse har vunnet borgerrett, er alle klar over at misbruk av konkurrentenes kjennetegn er typiske utslag av denne. Sånne misbruk bekjempes imidlertid også av de særlige lovene om firma og om varemerker. Ja det kan endog sies at det nettop var i disse rettigheters skikkelse at grunnsetningen om det uanstendige i å tilegne sig andres renommé først holdt sitt inntog i konkurranseretten. (Se B e c h e r s. 77.) At det derfor er nær sammenheng mellom de særlige firma- og merkelover og den almindelige lovgivning om utilbørlig konkurranse er gitt.

¹ En lignende vanskjebne kan avtalel. § 33 lett bli utsatt for. Skjønt den ugyldighetsgrunn den inneholder er svakere enn de andre, og ingenlunde behøver å gå på æren løs, får det lett et odiøst preg — særlig i avisoverskrifter — når en manns avtaler kjennes ugyldige, fordi det var i strid med «redelighet og god tro» å holde fast ved dem.

Så tydelig som det går an streker V. under denne sammenhengen i sine motiver, men sålenge vi ikke hadde noen lov om utilbørlig konkurranse, kunde den allikevel ikke komme helt til sin rett. Men nå er forholdet endret. Ved siden av alle særreglene som bekjemper utilbørligheten hver på sin lille front, griper også generalklausulen inn i striden, med en helt almen forbudsregel mot utilbørlige forretningsmetoder. Og også i generalklausulens øine er det typiske eksempler på dette at den ene konkurrent søker å gi sine varer eller sin forretning ut for andres, for å fremkalle forveksling, og for å snylte på konkurrentenes goodwill. Derfor blir det et viktig spørsmål hvordan samarbeidet arter sig mellom den nye generelle regel og de eldre særreglene med det samme formål.

Dette problemet må løses på samme måten som når det gjelder forholdet mellom generalklausulen og spesialforskriftene i selve Kon. Her som der kommer det an på om særreglene er tenkt som uttømmende, eller om de tåler generalklausulen ved siden av eller over sig. Og dette må man igjen finne ut ved fortolkning av de enkeltregler det er tale om. Rent *a priori* kan jo forholdet enten opfattes sånn at særregelen trekker grensen mellom rett og urett definitivt op, stigmatiserer enkelte konkurransehandlinger, men erklærer andre for positivt tillatt. Eller den rette forståelse kan være at loven visstnok har slått ned på enkelte slags utskielser, men uten derfor å forsverge at også lignende handlinger kan være usmakelige, eller at de forbudte handlinger undtaksvis kan passere, fordi de efter forholdene allikevel ikke var utilbørlige. Ved alle de særlige kjennetegn har rettsreglene tatt form av subjektive rettigheter, som gir innehaveren enerett til å rå over tegnet. Når man ser problemet ut fra disse rettigheters synspunkt, faller det derfor i tre deler: Kan man kumulere generalklausulen og særreglene? (II). Kan man supplere den rettsbeskyttelsen som de særlige rettigheter byr ved å ta generalklausulen til hjelp? (III). Kan man appellere til generalklausulen for å korrigere de særlige subjektive rettigheter, hvis de anvendes på en måte som efter god forretningsskikk er utilbørlig? (IV).

II. Hvis det er foretatt en konkurransehandling som er et klart brudd på særreglene om et eller annet kjennetegn, vil den forurettede sjelden ha større opfordring til å kjøre op med generalklausulen ved siden av. Han klarer sig lenge med sin krenkede rettighet, og dess-

uten vil de innskrenkende regler om søksmålskompetansen ofte hindre ham i å kalle generalklausulen til undsetning. Men hvis det av en eller annen grunn er tvilsomt om han rekker frem med påstanden om et særlig rettighetsbrudd, kan generalklausulen være god å ha i reserve.

Foran har vi antatt at det ikke er noe i veien for å kumulere generalklausulen med en av særreglene i selve Kon., dersom vilkårene for å anvende den ellers er tilstede. Enkelte uttalelser i lovens motiver tyder imidlertid på at man har tenkt sig noe annet, når den særlige regel befinner sig utenfor Kon. På s. 9 sies det nemlig at også «urettmessig bruk av en annens patenterte oppfinnelse, registrerte varemerke eller mønster eller av en annens navn eller firma, likesom også krenkelse av en annens litterære eller kunstneriske eiendomsrett» ganske visst må holdes for særlige utslag av illojal konkurranse, men «inngrep i sådanne særskilt lovbeskyttede rettigheter bør dog ikke henregnes under illojal konkurranse i egentlig forstand», og følgelig skulde de ikke kunne rammes av generalklausulen.

Denne mening lar sig dog neppe oprettholde for firma- og varemerkebruddenes vedkommende. Ikke alene forsikrer motivene til V. at reglene om merker og forretningsnavn er en del av den almindelige konkurranserett, men loven selv bærer også utvetydig vidnesbyrd om at slik er det. Nesten over hele linjen er grensen flytende mellem de «særlige rettigheter» som er knyttet til bestemte kjennetegn, og den rettsbeskyttelse som ydes konkurransen ved almene forbudsregler, der ikke lar sig sette om i subjektive rettigheter. Det vilde ikke alene være urimelig, men stundom nesten umulig, å la anvendelsen eller ikke-anvendelsen av generalklausulen være avhengig av om man hadde en særlig rettighet for sig, eller en annen konkurranseregulering av særlig karakter. Praksis i andre land gir også tydelige fingerpek om at en kumulasjon av generalklausulen og reglene om de særlige kjennetegn ikke er prinsippstridig. I England kan en varemerkekrenkelse således forfølges både som et brudd på den særlige merkerett, og som en overtredelse av regelen om *passing off*. (Griffiths s. 87, Pearce s. 16.) Og i Tyskland har ingen tvilt på at forholdet til generalklausulen er ordnet på samme måten. Helt på spissen kan det ikke sies at spørsmålet har vært her i Norge. I en dom i Rt. 1927 s. 23 gikk imidlertid HR. ut fra at en krenkelse av en forretningsrett til et fellesmerke samtidig var et brudd på generalklausulen.

Og i dommen i N. I. R. 1933 s. 46 synes det ikke å ha vært tvil om at generalklausulen kunde brukes sammen med V. Sånn kumulasjon bør dog ikke opmuntres.¹ Bare når det virkelig er tvilsomt om særregelen rekker frem, kan den være på sin plass.

III. 1. Vender vi oss så til spørsmålet om de særlige rettigheter over firma og varemerke kan *s u p p l e r e s* ved hjelp av generalklausulen, må man utvilsomt si som hovedregel at det kan de. Enten man ser historisk eller positivrettslig på saken, blir dette resultatet.

I sistnevnte henseende er det således ganske tydelig at fordi om loven regner op enkelte særlige kjennetegn og forbeholder innehaveren en viss enerett over dem, er det ingen grunn til å tro at den vil erklære all annen bruk for positivt tillatt, og alle andre kjennetegn fri som fuglen. Hvis grensen for rettighetene var blitt trukket som resultat av en avveieing mellom innehaverens og samfundets interesser, kunde en slik ordning ganske visst ligget nær, men ikke når en sånn motsetning er ukjent. Da er det naturlig å se saken slik at loven har nøyd sig med å plukke ut enkelte særlige kjennetegn og gitt rettighetshaveren en viss rådighet over dem, mens den lar det stå hen om også annen bruk av dem kan være mislig, og om også andre kjennetegn står i en lignende stilling. Når det så senere kommer en generalklausul, hvis hovedoppgave er å ramme de illojale foreteelser som særforordningene ikke når, er det fra disses side ingenting i veien for at generalklausulen tar fatt efter sitt innhold, der hvor de særlige rettigheter over kjennetegnene slutter.

Også lovgivningens utviklingshistorie viser at dette må være riktig. Først blev det registrerte varemerke beskyttet, dernest det registrerte firmanavn. V. av 1910 tok så et kjempeskritt fremover,

¹ Derimot har Mot. Kon. s. 9 rett i at overtredelse av politiforskrifter vanligvis faller utenfor generalklausulen, slike som lukningsforskrifter, forbud mot omførselshandel, særlige regler om salg av margarin, om kontroll med gull og sølvsaker, håndverksnæring etc. Det samme gjelder hvis konkurransen drives ved hjelp av almindelige forbrytelser, f. eks. ved å stjele konkurrentens varer. De forgåelser det her gjelder betrakter rettsordnen ikke fortrinsvis som konkurranseforgåelser, men ser dem under andre og større synsvinkler. Imidlertid skal det innrømmes at grensen kan være flytende. Jeg vil således ikke forsverge at generalklausulen skulde være uanvendelig, hvis en konkurrent søkte å sikre sig forsprang i kampen ved systematisk å bestjele sine kolleger, eller skaffer sig billige varer ved planmessig smugling eller tariffbrudd, ved overtredelse av margarinlov, håndverkslov eller hvad det kan være.

idet den utvidet vernet til en rekke andre kjennetegn, det innarbeidede merke, utstyret, forretnings- og etablissemetsnavnet. Men noen antydning om at den samtidig vilde sette punktum for utviklingen, og erklære alle andre tegn for å være fri i all fremtid, ligger fjernest mulig fra lovens ordlyd og ånd. Og hvad merkeretten selv angår, utvidet V. den ganske visst kraftig i forhold til eldre rett. Men heller ikke her kan loven med rimelighet forstås som om den uttrykkelig vilde erklære annen bruk av merkene for å være betingelsesløst tillatt. I begge retninger er generalklausulen tvert imot en naturlig forbunds-felle for V., og den logiske avslutning på en lang utvikling.

2. Det er adskillige forretningskjennetegn og individualiseringsmidler som kan finne beskyttelse i generalklausulen. F. eks. merker som ikke går inn under V., fordi forretningen ikke driver egentlig vareomsetning, altså farveriers, vaskeriers, forsikringssekskapers, transportforretningers, skolors særlige merker eller emblemer. I samme stilling står andre kjennetegn som er positivt utelukket fra varemerkeretten, f. eks. en bilfabrikks «høretegn» eller et parfymers «luktetegn».

Også tegn som i og for sig kan opnå særlig beskyttelse, kan ha interesse av å søke vern i generalklausulen, f. eks. når de ennu ikke har vunnet den innarbeidelsen som er nødvendig. Således når et startendes selskap har antatt et navn som det ennu ikke har brukt i livet,¹ eller en fabrikk truffet store forberedelser til å lansere et merke, men ennu ikke registrert det.

Et ikke uviktig virkefelt har generalklausulen videre overfor forskjellige andre ting i forretningslivet som ikke behøver å være egentlige kjennetegn, men som allikevel er karakteristiske for en forretning, og bidrar til å markere dens ansikt i publikums bevissthet. Budenes livré, utstyret på forretningens biler (jfr. P e a r c e s. 78), farven på forretningslokalene, særegne vindusarrangementer, måten å avertere på,² formen for sirkulærer og kataloger, reklamefigurer som «Lilleborgmannen» eller «Maler'n til Bjercke», o. s. v. — alt sammen saker som loven ikke innrømmer uttrykkelig særrett til, men som allikevel hjelper til å oparbeide en goodwill og holde den fast. Og ingen av dem er så små at generalklausulen går dem forbi.

¹ Se tilfellet med «Norske Alliance» som er nevnt på s. 478.

² Det reklamefolk kaller for reklamens «get up».

Endelig vil også titler på bøker, musikk, film, teaterstykker o. s. v. her finne en beskyttelse som ofte er høist nødvendig.¹ Ganske visst kan også reglene om ophavsvern her komme i betraktning. Men, som foran fremhevet (s. 186) er ophavsrettsvernet ikke det adekvate middel til å verne titlene, og dessuten er det de ferreste titler som fyller de krav Å. stiller.

3. Generalklausulen fanger også op anvendelser av et særlig beskyttet kjennetegn som ikke faller inn under eneretten, slik som loven har definert den. Hvis en kjøpmann således bare opgir muntlig at de varer han selger har et annet merke enn de har, rammes han ikke av V. Heller ikke om han reklamerer med at hans ploger er av «Olivertype», at varen er et «Asperin-surrogat», av «Singer-system» e. l., eller at han er «elev av N. N.», bruker «N. N.'s metode» eller hvad det nu kan være. I slike tilfelle er jo ikke selve merket eller forretningsnavnet annektert, men anvendt på en slik måte at innehaveren med rette kan appellere til rettsordnen om beskyttelse.

Det samme vil han undertiden føle trang til, når merket eller firmaet nok er brukt *in optima forma*, men utenfor det område hvor eneretten rekker. Merkeretten — og tildels firmarettet — gjelder jo ikke absolutt, men er stort sett betinget av at forvekslingsmulighet er tilstede. Imidlertid kan merkets innehaver godt føle sig brøstholden ved annen merkebruk fra uvedkommendes side. Selv om merket nemlig anvendes på ting som ikke kan forveksles med de varene det er registrert for, er det allikevel mulig at dets verdi tar skade. Den suggestive kraft minker når det ikke lenger er alene i verden, innehaveren kan urettelig bli satt i forbindelse med andres mindreverdige produkter, og bare den kjensgjerning at f. eks. «Rolls Royce»-navnet blir brukt som merke for noen avskyelige cigarer, tar vekk en del av den fornemme bouquet, som merket er vant til å ha. Isåfall er det en skral trøst for innehaveren at merket ikke er brukt på lignende varer, og at han ikke behøver være redd for noen egentlig forveksling. Endelig kan det også være plass for generalklausulen når et kjennetegn visstnok blir brukt utenfor det egentlige enerettsområde, og også utenfor dets naturlige ekspansjonssfære,

¹ Den tyske konkurranselovs § 16 nevner uttrykkelig «*die besondere Bezeichnung einer Druckschrift*» ved siden av «*eines Erwerbsgeschäfts und eines gewerblichen Unternehmens*». Den danske lovs § 9 gjør noe lignende. I England gjør *passing off*-regelen tjenesten, P e a r c e s. 128.

men hvor bruken allikevel setter stengsel for fremtidige utvidelser, på en lite rimelig måte.

4. I alle disse tilfelle kan generalklausulen være til hjelp. Og vilkårene er at den handling det klages over er foretatt i konkurranseøiemed, og at den efter god forretningsskikk må stemples som utilbørlig. Det første vilkåret vil regelmessig være tilstede. Men når handlingen er utilbørlig er vanskeligere å si.

Hvis den er foretatt i direkte forvekslingshensikt, vil man dog ikke være i tvil om at betegnelsen er på sin plass. Men selv om forveksling bare blir det objektive resultat, må handlingen ofte stemples som stridende med den gode forretningsskikkens krav. At både generalklausulen og de særlovene som kjemper for å rense konkurransen tildels bygger på objektive kriterier, har vi påvist i forrige paragraf. Dessuten forutsettes det uttrykkelig i motivene, at generalklausulen kan komme til å supplere V. under helt objektive auspisier. Når vaskerier og forsikringsselskaper etc. har innarbeidet sine særlige emblemer, skal det regelmessig være utilbørlig at andre efteraper dem, selv om egentlig forvekslingshensikt ikke er tilstede. (Mot. Kon. s. 25—26.)

Men også på en annen konto kan generalklausulen få anvendelse. Selv om det ikke skjer pr. forveksling, kan efterligning av andres kjennetegn og forretningsfysiognomi være en utilbørlig tilegnelse av andres verdier, særlig av renommé og goodwill. Har A. f. eks. oparbeidet et godt merke for skotøi, kan det godt tenkes at det er utilbørlig av B. å registrere det for sukkertøi. I Tyskland har man flere dommer om dette. Man har holdt det for stridende med generalklausulen å registrere merket «4711» som gjaldt kosmetikk, for strømper, og merket «Odol» som gjaldt munnvann, for knivsmedsaker. Og hvad de egentlige handelsnavn angår, har sjokoladefabrikken «Kwatta» fått strøket dette navnet som merke for smør og margarin, og skofabrikken «Salamander» fikk medhold i at ordet ikke kunde registreres som merke for smergelprodukter.¹

¹ *Becher* s. 269—270. Disse siste eksemplene ligger litt anderledes an, fordi de avgjør at handelsnavnet beskyttes av B. G. B. § 12, og får derved samme langtrekkende vern som personnavnet har. Det gjelder som bekjent ikke hos oss. — I England har man på samme måten beskyttet «Dunlop»-navnet mot å bli brukt for brenseloljer, «Kodak» for sykler, og også avisen «The Times» fikk medhold i at man ikke hadde lov til å kalle en sykkel for «Times-sykkelen» (*Parce* s. 22—25).

Hvad tittelvernet angår, har man ikke latt det bero med konkurranse. § 16 som griper inn i tilfelle av forveksling, men har ansett det utilbørlig efter generalklausulen at en forfatter kalte sitt arbeide for «Jung-Heidelberg», med allusjon til det kjente «Alt-Heidelberg», for derved å utnytte det ry som dette stykket hadde. (B e c h e r s. 250.) Og også mot alskens tendenser til å maskere rettskrenkelsen ved å sette til «system», «surrogat», «X-type» o. s. v. har man — som i Frankrike og England — reagert kraftig, men har gjerne klart sig med B. G. B. § 12, så det ikke har vært nødvendig å kalle generalklausulen til hjelp.

Hos oss er det, i mangel av større rettspraksis, ikke godt å vite hvor langt domstolene vil gå. En BRD. i N. I. R. 1933 s. 46 synes å ha anvendt generalklausulen for å stanse efterligning av andres etiketter, mens den derimot visst ikke var fremme i et tilfelle hvor det registrerte merke «A. B. C.» blev brukt som navn på en middags-salong, altså ikke som merke på «varer». (N. I. R. 1932 s. 44.)¹ Selv om domstolene hittil har vært tilbakeholdne, tror jeg dog at når de blir mere fortrolig med generalklausulen, vil de erkjenne at den her har en naturlig oppgave. Ikke alene bør den brukes til å supplere reglene om de særlige kjennetegn når det er fare for forveksling, men også når det snyltes på andres renommé på annen måte. I slike fall bør man imidlertid innskrenke sig til kjennetegn som i kraft av innarbeidelse og bruk virkelig har vunnet universelt renommé — som f. eks. «Rolls Royce» — og ikke rykke ut med den store kanonen hver gang et lite fillemerke blir uhjemlet anvendt utenfor det område som den egentlige merkerett dekker.

5. En særlig interessant supplerings av kjennetegnenes rettsregler gir generalklausulen anledning til, forsåvidt angår deres saklige og territoriale rekkevidde. Mens de særlige reglene nemlig er begrenset til innenlandske næringsdrivende og tar lite hensyn til utenlandske markeder og forhold, er generalklausulen, som vi så, mere liberal og universell i så måte.

Det er således ikke helt uviktig at generalklausulen kan komme

¹ For Kon.'s tid antok HR. (Rt. 1918 s. 832) at det ikke var rettsstridig å kalle en «Ohio-plog» for «Oliver-type», skjont ordmerket «Oliver» var behørig registrert. Efter at vi har fått generalklausulen, tror jeg ikke sånt vilde passere hos oss mere enn i andre land. Jfr. også en BRD. i N. I. R. 1932 s. 41 om «System Fouché» og B e r n t L u n d sammesteds s. 40.

til å skjærme utenlandske kjennetegn, selv om Norge ikke akkurat ligger innenfor deres naturlige ekspansjonsområde. Den kan også få betydning overfor fremmede kjennetegn som er i bruk her i landet, men som skriver sig fra en stat som ikke er med i Parisunionen.¹

IV. På mere gyngende grunn kommer vi ut, når det er tale om å innskrenke utøvelsen av de særlige rettigheter ved generalklausulens hjelp, fordi bruken vilde være utilbørlig efter god forretningskikk.

1. Innledningsvis tør det være nyttig å kaste et blikk på spørsmålets stilling i Tyskland, vårt åndelige fedreland på dette område. Som foran berørt har generalklausulen bredt sig så sterkt i de senere år at særreglene om kjennetegnens rettsvern er trengt helt i bakgrunnen. De betegnes stadig som «*ein Ausschnitt aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht*», og beherskes helt av generalklausulen, som ikke bare supplerer de rettigheter som firma- og varemerkelovgivningen gir, men korrigerer eller censurerer dem i utøvelsen, så de ikke i noe tilfelle kommer i strid med hvad generalklausulen vilde ha ført til. Særrettighetene er under disse omstendigheter sunket ned til å være «*Beispielsfalle der Generalklausul*», og ved hver eneste av dem må det føies til i tanken, at den bare gir rådighet over kjennetegnet «*worausgesetzt dass kein Verstoss gegen die guten Sitten vorliegt*». (C a l m a n n s. 44.)

I en kjent dom, «Batschhari-Krone — Waldorf-Krone» har R. G. gitt en rent programmessig utformning av sitt syn: «*Massgebend ist der Grundsatz, dass das formale Recht nur innerhalb der Grenzen ausgeübt werden darf, die das Recht höherer Ordnung² setzt, insbesondere nur innerhalb der Grenzen des lautereren Wettbewerbs und der guten*

¹ Jfr. en finsk HRD. i N. I. R. 1933 s. 125: Da det australske firma «The Kiwi Polish Company Proprietary Limited» vilde registrere sitt merke i Finland, fant det at det samme merket, som inneholdt ordene fra firmanavnet «Kiwi Boot Polish», nettop var registrert av en annen. Firmaet krevet dette merke strøket som utslag av illojal konkurranse. Underinstansene avviste klagen, fordi Australia ikke hørte med til Pariskonvensjonen, mgn HR. gav den medhold og strøk merket. I en senere dom i N. I. R. 1934 s. 38 kan man dog til et annet resultat, hvor det var et utenlandsk firmas merke som en innlending hadde tilegnet sig i hensikt å drive illojal konkurranse.

² Dette er en meget anskuelig tanke. Det er bare pedanderi når S c h u m a n n protesterer mot den i GRUR. 1933 s. 94, under påberopelse av at all rett er like bindende.

Sitten, in deren Dienst auch das formale Zeichenrecht steht, nicht aber zur Verübung unlauterer Handlung und zur Verletzung materiellen Rechts. Hieraus folgt die Notwendigkeit, in jedem einzelnen Fall, in dem aus einem nicht benutzten Warenzeichen auf das Warenzeichen-gesetz gestützte Ansprüche bzw. Einwendungen hergeleitet werden, zu prüfen, ob dem Inhaber eines solchen Zeichens nach den Umständen ein unter dem Gesichtspunkt des lautereren Wettbewerbs und der guten Sitten schutzwürdiges Interesse zur Seite steht, oder ob er nicht vielmehr mit seinem formalen Zeichenrecht einen nach den Grundsätzen des einwandfreien Geschäftsverkehrs abzulehnenden Missbrauch treibt.» B e c h e r s. 86.

Disse siste ordene er meget oplysende, og gir hele problemet dets riktige valør og perspektiv: Det er en del av det almindelige problem om misbruk av rett, som i de siste ti-år har beskjeftiget både rettsvidenskapen og lovgivningen så sterkt. Når misbruksregelen har kunnet trenge så ubetinget gjennom her ved kjennetegnene, mens den ved andre rettigheter, f. eks. eiendomsretten, fremdeles møter sterk motstand, er grunnene til dette mangelhånde: Først og fremst kan den her støtte sig til en positiv rettsregel, generalklausulen, mens den ellers må operere med flytende størrelser, som rettighetenes sociale formål eller rettsgrunnlag. Dernest har de synsmåter generalklausulen gir uttrykk for meget stor gjennomslagskraft i moderne erhvervsliv. Endelig har selve rettighetssynspunktet, som krever en viss rummelighet i rådigheten og frihet for påtrengende kontroll, langt mindre egenverdi her, enn når det f. eks. gjelder eiendomsretten. Mens det er mange slags eiendomsrådighet som er rettslig nøytral, og som bør kunne foregå uten altfor nærgående posekikkeri fra lovgivningens side, er det gjerne slik ved kjennetegnene at enten er rådigheten helt i rettsordnens ånd, eller også står den tvert og likefrem i strid med hvad loven har tenkt sig. Alt dette forklarer hvordan rettighetene til kjennetegn står helt under generalklausulens censur i Tyskland, skjønt det nok har hevet sig stemmer for å innskrenke dens herredømme.¹

¹ «§ 1 Unl. W. G. hat in der Rechtsprechung allmählich die Rolle des Saturn angenommen, der seine Kinder frisst» sier B a u m b a c h i sin kommentar til konkurranse-loven (s. 508). Den første som for alvor gikk til angrep på generalklausulens maktstilling var visstnok H e r m a n n I s a y i en artikkel i GRUR. 1928 s. 71: «Die Gefährdung des gewerblichen Rechtsschutzes durch die Anwendung

2. I Norge står saken antagelig omtrent på samme måten,¹ skjønt man bør være noe mere forsiktig med å bruke generalklausulen som tuktemester, når det gjelder utøvelsen av de særlige firma- eller merkerettigheter.

Forholdet mellom den almindelige konkurranserett og de særlige lovene om firma og merke er det samme hos oss som i Tyskland. Under utarbeidelsen av V. var man ytterst engstelig for at reglene skulde «få et innhold som selv bryter på prinsippet om den utilbørlige konkurranses rettsstridighet» (Mot. V. s. 27). Denne grunnsetning gjør loven flittig anvendelse av. Den anerkjenner således det innarbeidede merke i strid med det yngre registrerte, og selv om merket bare var tatt i bruk gjelder det samme, hvis anmelderen hadde kjenskap til forholdet. Ut fra det samme syn lar § 26 den formelle firmarett tape i konkurransen med et innarbeidet forretningsnavn som firmaet vilde kollidere med. Og ikke mindre uttrykksfull er regelen i § 24 (jfr. R. § 10), som hindrer navne- og firmarettens innehaver i å bruke sin «gode rett» på en slik måte at den tjener til forveksling istedenfor individualisering. Når man da i tidens fylde får en generalklausul som er selve inkarnasjonen av konkurranserettens dypeste idé, og som skal være fullenderen der hvor de særlige merkelover var forløperne, er det neppe trolig at de spesielle rettigheter skulde stå i en sterkere stilling overfor den, enn når det gjelder de spesielle misbrukstilfelle som lovgiveren særlig har tenkt på og gitt uttrykkelige regler om. Iallfall må de grovere og oplagte misbrukstilfelle rammes av generalklausulen. Rent eksempelvis nevner jeg følgende:

All anvendelse av kjennetegnet i forvekslingshensikt, selv om man har aldri så god rett til dem, og selv om man er utenfor det område som dekkes av V. § 24.² Hvis

des § 1 Unl. W. G. Senere har bl. a. H e d e m a n n gjort det samme i skriftet «Die Flucht in die Generalklauseln» (1933) og det synes som hans opfatning har fått offisiell tilslutning under naziregimentet. (Se artikkelen «Nationalsozialistische Rechtsauffassung und Generalklauseln» i F r a n k s «Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung» s. 971 ff.)

¹ Jfr. A l f r e d B. B r y n s. 4: «I enhver varemerkesak kan det generelle prinsipp som er uttalt i Kon. § 1 bli inndradd i saken til bedømmelse av tilfellet.»

² En BRD. fra 1920 (N. I. R. 1932 s. 47) avviste et søksmål fra P. A. Larsens vinhandel mot barbermester Peder Alfred Larsen, som hadde lansert et hårvann som «P. A. Larsens hårvann». Hvis denne saken hadde kommet op etterat vi hadde fått generalklausulen, kan jeg ikke tvile på at resultatet var blitt et annet.

kjennetegnet er anlagt med slik latent hensikt, er dette tilstrekkelig til at anvendelsen av det faller inn under generalklausulen. Et klassisk eksempel har man i Tyskland, hvor en mann dømte sin sønn J o h a n n M a r i a F a r i n a, for å ruste ham i god tid til å ta opp konkurransen med det kjente parfymefirma (B e c h e r s. 276).

Å lage deskriptive firmanavn er som påvist i § 36 ikke forbudt hos oss, iallfall hvis de ikke savner alle individualiserende trekk, men er helt nøytrale artsbetegnelser som «Spikerfabrikken» eller «Hotellet». I virkeligheten er dette adskillig av en uskikk. Hvis navnet derfor mangler særpreg i påfallende grad, og særlig hvis det er valgt for å gjøre tjeneste som varemerke, synes det ikke urimelig å stanse uvesenet ved hjelp av generalklausulen. (Jfr. R o s e n t h a l s. 429.)

Helt sikkert er det at a l s k e n s s t r å m a n n s v e s e n og proforma-arrangementer støter an mot denne. Foran i § 50 har vi i tilslutning til Mot. V. antatt at adskillig av dette faller inn under V. § 24. Under alle omstendigheter vil generalklausulen ramme det.

Tvilsommere er det derimot om man kan komme misbruk av defensiv- og reservetegn til livs ved generalklausulens hjelp. Den tyske Reichsgericht har antatt at det strider mot generalklausulen å la merker registrere, hvis anmelderen «*nach Art und Umfang des Vorrats über ein anzuerkennendes schutzwürdiges Bedürfnis hinausgegangen ist, so dass darin eine unzulässige Beschlagnahme der jedermann zugänglichen Warenzeichen für sich und eine übermäßige Beeinträchtigung der Ausübung des freien Wettbewerbs enthalten ist.*» (B e c h e r s. 83.) De fleste er dog enig om at dette går vel vidt, og jeg tror vanskelig at domstolene vilde komme til et slikt resultat hos oss, iallfall ikke utenfor de mest ekstreme misbrukstilfelle.

Heller ikke rammes det ubetinget av generalklausulen at man holder opp å bruke et merke, men lar det bli stående i registret. Men ser man en annen ta det i bruk, og arbeide opp en goodwill under det, kan det godt være at retten til den eldre merkerett blir forspilt, hvis man sitter tilstrekkelig lenge på lur, og lar forholdet utvikle sig. I Tyskland taler man isåfall om merkerettens «*Verwirkung*» og man søker hjemmelen til dette i generalklausulen.¹ Hos

¹ B e c h e r s. 83 og 278 gjengir en del av den rike tyske praksis.

oss er det ikke alltid nødvendig å ta denne til hjelp for å nå lignende resultater, skjønt det naturligvis ikke kan skade å støtte sig til den. Også uavhengig av generalklausulen, og utenfor den egentlige konkurranserett, har vår rettspraksis nemlig slått fast hvad man kan kalle for *passivitetsstandard* ved de subjektive rettigheter, som ofte hindrer utøvelsen av disse, når de i lengere tid har vært ubrukt. Hvad det ligger i denne standard er det dog her ikke plass til å komme inn på.¹

I alle tilfelle vil anvendelsen av generalklausulen være utelukket dersom den enkelte særregel undtaksvis er slik å forstå, at den gir definitiv beskjed om hvad den gode forretningsskikk krever i et bestemt forhold. Slik må f. eks. V. § 10 leses, når den sier at den som har tatt et merke i bruk kan få andres registrering av det kjent ugyldig, hvis det er skjedd i ond tro. Det nytter da ikke å begjære registreringen strøket under henvisning til god forretningsskikk, når merket visstnok var tatt i bruk, men anmelderen savnet kjennskap til det.

V. Mellom retten til de særlige kjennetegn og generalklausulen er det altså nært samarbeide og samspill. Så dominerende som i Tyskland er generalklausulen ganske visst ikke hos oss. Men man får ikke det rette helhetsinntrykk, hvis man ikke tar dens innsats med i betraktningen. Det er derfor ikke bare gjennom V. § 25 og reglene om fellesmerker, at kjennetegnenes rett glir over i den almindelige konkurranserett, men fullt så meget gjennom forholdet til generalklausulen, som slutter sig som ramme om de særlige rettsregler, kumulerende, supplerende og stundom korrigerende.

§ 56.

Generalklausulen og åndsproduksjonsretten.

I. Ved første blick synes sikkert de fleste at åndsproduksjonen og dens rett ligger temmelig langt fra de livsområder hvor konkurransekampen foregår, og som generalklausulen søker å beherske. Åndsproduksjon, det er jo kunst og diktning, altså lutter idealitet. Konkurransen derimot går ut på penger og atter penger. Å plante åndsproduksjonens sarte blomst inn i så barsk en atmosfære, kan

² Jeg håper snart å kunne gjøre det i en annen forbindelse.

nesten synes blasfemisk. «*Wettbewerb hat rechtlich mit Urheberrecht nichts zu tun*», sier da også en tysk forfatter som Elster citerer (s. 30).¹ Ser man nærmere til, er det allikevel tydelig sammenheng til stede.

At en oppfinner tar ut patent for å tjene penger, og ikke fortrinsvis for å la sitt lys skinne for menneskene, tør sikkert være det regelmessige, og mønstertegneren har ikke mindre «materialistiske» tanker når han lar sitt mønster registrere. Slik er det nok også ved de fleste «åndsverker». Dette navnet har forsåvidt for storslagen klang, som man uvilkårlig tenker på noe i retning av den sixtinske madonna eller Vigelands fontene, som sikkerlig ikke er blitt skapt bare for å tjene penger. Men også film, musikalske slagere og kjøkkenromaner er åndsverker, og deres ophavsmenn vil være de første til å innrømme at de driver sin industri for å skaffe sig føden, og ikke for å beile til musene. Fra øverst til nederst gjør konkurransemomentet sig derfor gjeldende, ikke bare i patent- og mønsterretten, men også ved de egentlige åndsverker. At Peter Bendow og Sigrid Boo konkurrerer om publikums gunst er ingen i tvil om, men også forfattere i den «høiere» genre gjør smertelige erfaringer, når Knut Hamsun — eller Trygve Gulbrandsen — optrer på julebordet.²

Ganske visst bør man neppe gå så langt som italieneren Mario Ghiron,³ der slår åndsproduksjonens rettigheter helt sammen med kjennetegnenes, og ser alle sammen som hjelpemidler i kampen om «*die Kundschaft*», som det er konkurranserettens oppgave å regulere. Det kan stemme for kjennetegnenes vedkommende, mens det bare er den økonomiske siden ved åndsproduksjonens rettsbeskyttelse som vender ut mot konkurranseretten. Derfor finner man heller ikke alle åndsproduksjonens rettstanker igjen i konkurranseretten, eller i dennes mest uttrykksfulle eksponent, generalklausulen. Personlighetens rett til å hevde farskapet til sine verker og til å forsvare

¹ Jfr. også Streissler, «*Das Recht des Ungreifbaren*», s. 98 ff.

² At også forfattere og kunstnere driver erhverv og står i konkurranseforhold til hverandre fremhever bl. a. Elster og Calmann. Jfr. også Pinzger i Ufita. 1930 s. 281: «*Abgrenzung von Urheber- und Wettbewerbsrecht*». Det er også ganske interessant at ophavsrettsvernet for forfattere og kunstnere i virkeligheten begynte som en beskyttelse for forleggerne, mot utilbørlig konkurranse fra andre forleggeres side. Jfr. Marwitz i Ufita. 1928 s. 4.

³ «*Grundsätzliche Betrachtungen über die Urheberrechte*», Ufita. 1932 s. 34.

deres integritet, kommer således bare i betraktning hvis den har økonomisk betydning. Derimot er grunnsetningen om at arbeidet er sin lønn verd, en typisk konkurransetanke. Når det derfor gjelder å kaste lys over forholdet mellom åndsproduksjonens rettigheter og generalklausulen, blir det fortrinsvis en enkelt side ved klausulens rike rettsinnhold som oppmerksomheten må rettes mot: prinsippet om at man ikke skal søke fordeler i konkurransekampen ved å utnytte andres arbeidsresultater på en utilbørlig måte.

Rent i det yre kommer undersøkelsen til å bevege sig efter de samme linjer som da det gjaldt kjennetegnene: Man må søke å tolke de forskjellige særregler for å se hvordan de reagerer overfor generalklausulen, hvis det er plass for den efter ordlyden.¹ Som ved kjennetegnene anbefaler det sig å stykke fremstillingen op. Først spør vi om generalklausulen kan kumuleres med de særlige reglene til vern for åndsproduksjonen (II), så om den supplerer dem (III), og endelig om den kan brukes til å censurere utøvelsen av rettighetene (VI).

II. Spørsmålet om å kumulere generalklausulen med P. eller Å., kunde kanskje synes å stå i samme stilling, som da det gjaldt kjennetegnenes rettigheter.² Sønn kumulasjon er dog lite påkrevet og ofte unaturlig. I betraktning av at åndsproduksjonens rett ikke er del av konkurranseretten, på samme måten som kjennetegnenes er det, kan det visst forsvares å avskjære den. Det stemmer også, som foran sagt, med motivenes forutsetning.

III. Da vi drøftet generalklausulens forhold til kjennetegnene i forrige §, fant vi frem til den tolkningsregel, at særreglene om firma, merke etc. ikke gjorde motstand mot å bli supplert av generalklausulen, hvis de spesielle vilkår for å anvende denne er til stede. De forskjellige forretningstegn er ganske visst blitt anerkjent litt efter litt, men det skyldes ikke motstand fra konkurrerende interesser, men at behovene har gjort sig gjeldende efter hvert. Da så generalklausulen slo kjennetegnenes rettsvern

¹ «Neben den besonderen Bestimmungen der gewerblichen Schutzgesetze stehen ergänzend die des allgemeinen bürgerlichen Rechts und des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb; nur soweit jenes Sonderrecht die Anwendung dieser ergänzenden Vorschriften ausdrücklich oder sinngemäss ausschliesst, muss sie unterbleiben,» sier Reichsgericht (Calmann s. 45).

² I Tyskland står man på dette standpunkt. Calmann s. 45.

fast i en almindelig setning, blev de særlige rettigheder stående som kasuistiske anvendelser av det almindelige prinsipp, men uten å legge hindringer i veien for at setningen får den rekkevidde den har krav på efter sitt innhold.

Ved åndsproduksjonens rettigheter er situasjonen en annen. Også disse kan nok opfattes som særlige utslag av et stort prinsipp, som nu har tatt form i generalklausulen: At konkurransekampen skal drives ved eget arbeide, og ikke ved å snylte på andres. Men grensen for prinsippet beror på interessekamp mellom ophavsmannen og almenheten, og derfor har hvert nytt fremstøt fra rettighetenes side artet sig som en erobret skanse, der samtidig satte en grense for fremrykningen. Denne kjensgjerning viskes ikke ut, fordi om generalklausulen kommer til verden. Og så langt fra at det gjelder noen almindelig regel om at de enkelte åndsproduksjonsrettigheter går stille og smertefritt op i generalklausulen, kunde det snarere spørres om ikke de enkelte rettigheter må formodes å være uttømmende, og ikke lar sig supplere av generalklausulen i noen retning.

Dette vilde dog være å gå for langt til den annen side. I mangel av en helt almen tolkningsregel, får man dele undersøkelsen i to: først spørre om man ved generalklausulens hjelp kan utvide vernet for produktivt åndsarbeide til andre rettigheter enn dem som er positivt anerkjent i lovgivningen (1). Dernest om det lar sig gjøre å gi de særlig anerkjente rettigheter en større rekkevidde enn særlovene gjør (2).

1. Vi tenker oss som eksempel at en mann har gjort en nyttig konstruksjon, som han imidlertid ikke kan få patent på fordi oppfinnelseskvaliteten mangler. Eller at han har utarbeidet et skjema for prosesskrifter med stort hodebry og pengeutlegg, har bragt til veie et rikt statistisk materiale, laget en hotellkalender med nyttige opplysninger o. s. v. — alt sammen ting som ikke gir anledning til ophavsrett. Skal han i alle disse tilfelle være helt forsvarsløs overfor konkurrentenes utnyttelse av arbeidsresultatet, eller kan det tenkes at generalklausulen byr ham et visst vern mot dette?

Man kan ikke uten videre avvise denne mulighet ved å pukke på at særlovene oppfatter sig som «uttømmende». P. utelukker ikke at andre åndsprodukter vernes efter andre lover, og det gjør heller ikke M. eller Å. Større virkning i denne retning har de heller ikke,

når de betraktes under ett: Det er den langtrekkende og eksklusive patentrett, ophavsrett eller mønsterrett som disse lovene utelukker, dersom åndsproduksjonen ikke fyller kravene i de respektive lover. Om den derimot kan være beskyttet på en annen konto, uttaler de sig ikke om. Forsåvidt er altså feltet fritt for generalklausulen.

Det er mange slags åndsarbeide som aspirerer til en slik beskyttelse. Foruten konstruksjonene, kan man fra industriens verden nevne de videnskapelige opdagelser, oppfinnelser som ikke kan patenteres fordi de angår legemidler etc., idéer som enten ikke er ferdig uteksperimentert, eller ligger i en gate som utelukker patent. I naboskapet til åndsverkene er eksemplene enda tallrikere: Verker som ikke når op til det minimum av originalitet og skapende åndsinnsett som Å. krever, rent mekaniske oversettelser, visse skjemaer og kalendre, muligens motekunst, stoler som ikke er kunstverker o. s. v. Andre åndsprestasjoner hvis kvalitet er ubestridelig, men som ikke finner plass i noen av de kjente rubrikker, de utøvende kunstneres prestasjoner, grammofonfabrikantens plater og kringkastningens sendinger, gartnerens nye planter, forretningsmannens stenografisystem. Også her blir det dessuten et spørsmål om idéen aldri skal være beskyttet, før den har fått sin endelige individuelle utformning, om titler skal ha vern uavhengig av en eventuell ophavsrett, om arbeidet med å skaffe nyhetsstoff skal være hvermanns bytte o. s. v.

At særlovene ikke hindrer generalklausulen fra å beskytte alt dette, betyr imidlertid ikke at den alltid gjør det. For det første kreves det at det er under erhvervsvirksomhet tillegnelsen er skjedd, og dertil i konkurranseøiemed. Men dernest må utnyttelsen av andres åndsarbeide stemples som utilbørlig efter god forretningsskikk, og det vil slett ikke alltid være tilfellet, fordi om man nyter godt av sin nestes arbeide. Når vi foreløbig ser bort fra den særlige måte som utnyttelsen er skjedd på, er den efter hvad vi søkte å vise i § 54 utilbørlig, dersom konkurrentens virksomhet er varig innstillet på å snylte på andres nyttige virksomhet, forutsatt at denne vil koste enhver som driver den penger og arbeide, og den ikke kan bestå hvis den i lengden skal ligge åpen for hvermann. Det blir naturligvis et skjønsspørsmål hvor langt regelen rekker, og om den dekker flere eller færre av de pretensjoner som ovenfor

er nevnt.¹ Til belysning skal jeg bare nevne et par eksempler: Tenker man sig at der før 1930 var etablert et nyhetsbyrå i Oslo, hvis oppgave var å telefonere Norsk telegrambyrås nyheter utover landet straks de kom, er det lite tvilsomt at forholdet vilde ha vært ramt av generalklausulen.² Og et annet eksempel som har vært for domstolene: Et Oslofirma lot med store omkostninger og med sakkyndig bistand lage en rekke skjemaer til bruk ved den nye prosessordning. Et konkurrerende firma i Halden trykte dem op alle sammen straks de kom, og sparte utgiftene ved komponeringen. Tenker vi oss her at skjemaene ikke var så originale at de gikk inn under Å., hadde man et nokså tydelig eksempel på et forhold som kunde kreves stanset ved generalklausulens hjelp.³

Mere enn en formodning om at de forskjellige spesiallovene kan suppleres på denne måten, lar det sig dog ikke opstille. Det er mulig at enkelte av dem må forstås på annen måte, idet de uttrykkelig sier at åndsprodukter som faller utenfor lovene skal stå til fri forføining for almenheten. Slik må patentloven visselig forstås, forsåvidt angår oppfinnelser av legemidler, nærings- eller nytelsesmidler og kjemiske forbindelser. Og det samme gjelder også om det meste av det som er utelukket fra ophavsretten, f. eks. lover og forhandlinger i rettene, og betenkninger til et departement. Selv om forfatteren senere gir avhandlingen ut i bokform, kan han derfor ikke beklage sig over illojal konkurranse, om en forlegger trykker den av.

2. Helt anderledes er stillingen hvis det er tale om å la generalklausulen utvide den rådighet som innehaveren av patent-, mønster- eller ophavsretten kan glede sig ved. Her må hovedregelen utvilsomt

¹ I Tyskland er ifølge *Becher* s. 66—68 generalklausulen blitt brukt til å hindre efterligning av grammofonplater, optagelse av radiosendinger på grammofon, og kopiering av andres kataloger, selv om ophavsretten ikke hindrer det.

² Uttalelsen i *Mot. Å.* s. 34 er ikke riktig.

³ Byretten i Halden kom til et annet resultat. — Som selve anvendelsen av klausulen er skjønsmessig betonet, blir det også et skjønsspørsmål hvor langt beskyttelsen skal gå. Det er jo utilbørigheten det gjelder å skulle av, og dette er gjort når åndsarbeideren alt i alt har fått slikt utbytte av sitt arbeide at det lar sig forsvare fra et sosialt synspunkt, og under hensyn til den forholdsmessighet mellom innsats og belønning som de forskjellige særlovene gir vidnesbyrd om.

være at rådhjeten er definitivt utmålt, og at åndsproduktene ellers er fri for hvermann. Grensene for rettighetene er nemlig bestemt ved en interesseavveining, hvor tanken på ophavsmannens rettferdige lønn har krysset klinge med almenhetens ønske om at alle åndsverdiar skal være fri. De må følgelig opfattes som autoritative uttrykk for hvilken utnyttelse av andres verker som i lovens øine er utilbørlig, og det kan ikke nytte å ville rokke dette ved generalklausulens hjelp. En oppfinner kan således ikke kreve eneretten respektert etter patenttidens utløp, ved å si at sømmelig forretningsførsel forlanger at man skal la andres arbeidsresultater være i fred.¹ Heller ikke kan man føre generalklausulen i marken for å hindre at musikk blir kringkastet etter Å. § 9, malerier stillet ut offentlig, eller bøker leid ut og citert.²

Tysk rettspraksis har ganske visst slingret betenkelig i dette spørsmål. Mens man har vært klar over at generalklausulen ikke kan forlenge vernetiden for oppfinnelser og åndsverker, har man ment noe annet for mønsterrettens vedkommende, idet *«es besteht kein öffentliches Interesse, den Gegenstand des Geschmacks-musters möglichst bald gemeinfrei zu machen»*. (E l s t e r s. 38.) De fleste er dog enig i at denne forskjellen ikke eksisterer. Og heller ikke har det vakt

¹ De som ser patentvernet som en kontrakt mellom oppfinneren og samfundet, kan jo spisse argumentasjonen ytterligere til: oppfinneren kan ikke kreve avtalen revidert, når samfundet alt har opfylt den fra sin side.

² Heller ikke kan et telegrambyrå kreve vern for sine utenlandske telegrammer strukket ut over lovens 16 timer ved å henvise til generalklausulen, mens loven ikke hindrer at også innenlandske telegrammer etter omstendighetene får en viss beskyttelse på denne konto.

På samme måten forholder trustlovens regler sig i hovedsaken overfor generalklausulen. De har nettop til opgave å bestemme i enkeltheter og endelig hvordan fordringene til tilbørlighet arter sig, når det gjelder forhold som har konkurranseregulering til formål. Å revidere disse særregler ved generalklausulens hjelp kan det derfor regelmessig ikke bli tale om, noe som konkurransel. § 16 også slår uttrykkelig fast for visse avtalers eller «ordningers» vedkommende.

Men også utenfor § 16, f. eks. når det gjelder boikott eller salg til underpris for å knekke en konkurrent, må saken ligge likedan an: Trustlovens regler er de eneste som er anvendelige. Jfr. HRD. i Rt. 1933 s. 1240. Noe annet er det naturligvis at selv om en boikott eller et salg til underpris er tillatt etter trustloven, kan måten de drives på være utilbørlig etter konkurranseloven, og rammes av generalklausulen. Således når boikotten skjer ved hjelp av usanne opplysninger eller undersalget er egnet til å bringe varens kvalitet i vanry.

udelt anerkjennelse at det har vist sig tendens til å utvide patenttiden utover lovens 18 år, gjennom å la generalklausulen fange op den såkalte «*sklavische Nachahmung*», som består i at en patentert maskin ikke bare blir efterlignet i sitt prinsipp, men detalj for detalj, inntil den fullkomne kongruens. Efter norsk rett er det neppe tvil om at en sånn optreden ikke i og for sig er utilbørlig konkurranse, forutsatt at det ikke kommer andre momenter med i spillet.

3. Hittil har vi nemlig forutsatt at det utilbørlige ene og alene lå i at uvedkommende bemektiger sig det arbeidsresultat som åndsarbeideren har frembragt. Måten det gjøres på kan imidlertid være en egen utilbørlighetsgrunn, eller den kan iallfall få begeret til å flyte over, så generalklausulen trer i funksjon:

Selv om det er lovlig å utnytte hvad andre har skapt, krever således hederlig konkurranse at man ikke gir det skinn av at det er originalproduzentens arbeide som bys frem. Når patenttiden er forbi, kan enhver lage den patenterte maskin, men ingen har lov til å gi den slik form at den må forveksles med originalmaskinen, som publikum kjenner og har tillit til. Ved den *sklavische Nachahmung* vil dette imidlertid ofte være tilfellet, og dette synspunkt kan forsvare de fleste tyske dommene, som isåfall har erklært generalklausulen for å være anvendelig.

Hvis konkurrenten har fått tak i andres åndsprodukter ved bestikkelser eller andre forkastelige midler, vil generalklausulen også lett få anvendelse, skjønt selve utnyttelsen ikke vilde ha kalt den frem. Det samme gjelder hvis taushetsplikt eller andre særlige plikter er satt til side. Vi har foran forklart at oppfinnelser ikke bare beskyttes gjennom patentretten, men også av den særlige konkurranseregulering i strl. § 294, og hvad bestikkelser angår har Kon. et selvstendig forbud mot dette. Det er imidlertid ikke bare oppfinnelsen som får et supplerende rettsvern på denne måten. Overallt hvor det er frembragt et åndsresultat som av en eller annen grunn ikke får plass innenfor de særlige åndsrettigheter, har opphavsmannen iallfall den nødtørftige beskyttelsen at andre ikke får utnytte hans arbeide, hvis de har fått kjennskap til det under taushetsplikt, eller ved å gjøre sig medskyldig i andres rettsbrudd. Hvis A. betror B. en oppfinnesidé som han ennå ikke har lagt siste hånd på, eller gangen i et drama som ikke er utarbeidet i detaljene, vil det være illojal konkurranse fra B.'s

side, om han tar ut patent efter å ha skyndt sig å foreta det avsluttende eksperiment, eller lager et eget drama efter sin kollegas opskrift.¹

Ja, selv om det hverken dreier sig om egentlig bestikkelse eller brudd på taushetsplikt, men man har fått adgang til konkurrentens åndelige verksted på u s m a k e l i g m å t e, kan det være at generalklausulen griper inn: Mot. Kon. s. 22 sier således at et forsikrings-selskaps statistikk og et opplysningsbyrås kundekjennskap ikke kan utnyttes av konkurrentene, hvis de er kommet i besittelse av dem ved å ta vedkommende forretnings folk i sin tjeneste.

4. Om generalklausulen er anvendelig eller ikke beror til syvende og sist på et skjønn, hvor handlingen som helhet må tas i betraktning. Og de momenter som setter farve på helhetsbilledet, er det ikke mulig å regne uttømmende op. Men er det tvilsomt om snyltingen på andre er utilbørlig, trekker det i bekreftende retning at man står overfor en v a r i g e l l e r e n d o g s y s t e m a t i s k utnyttelse, at konkurransen er særlig innpåsliten eller lurvet, at den går ut over folk som har særlig bruk for beskyttelse, som f. eks. de utøvende kunstnere o. s. v. Den levende rettsopfatning i livet og i rettspraksis får her trekke grensen til enhver tid.²

IV. 1. Å bruke generalklausulen som k o r r e k t i v m o t m i s b r u k av rettighetene, blir det ikke så ofte anledning til i åndsproduksjonen som ved kjennetegnene. Misbrukene av patentretten og ophavsretten ligger nemlig oftest i en annen gate enn den generalklausulen opererer i. Her er det ikke tale om å bruke retten stikk i strid med dens formål — sånn som når kjennetegn brukes i forvekslingshensikt — men misbrukene består gjerne i at man tar for høie priser, stiller urimelige vilkår for lisenser eller overdragelse, lar være å offentliggjøre boken eller anvende oppfinnelsen o. s. v. Alt sammen ting som kan være forkastelige fra samfundets syns-

¹ Se en artikkel av Elster i Ufita. 1935 s. 177: «*Geheimnisschutz der Idee.*» Dommen i Rt. 1899 s. 657 står nokså kjolig overfor tanken om at den almindelige erstatningsregel kan skjerme oppfinnelser eller oppfinneridéer utenfor den positive patentrett. Men meget er hendt siden da.

² Jeg tror eksempelvis at det ikke nytter de videnskapelige opdagere å søke en «videnskapelig eiendomsrett» gjennomført i ly av generalklausulen. Derimot holder jeg det ikke for umulig at de utøvende kunstnere kan få vern mot grammofofonoverføring og mot kringkasting på denne måten, og heller ikke at grammofofonfabrikantene kan bli beskyttet på samme konto.

punkt, men som ikke akkurat kolliderer med den gode forretnings-skikkens særlige fordringer.¹

Men også ved ophavsrettighetene kan det forekomme misbruk som generalklausulen griper inn mot. Når den således verner titler mot forsøk på å fremkalle forveksling eller på å snylte på et eldre åndsverks renommé, er dette i virkeligheten en reaksjon mot misbruk av ophavsretten til det nye verk. Og selv om man ikke i formen går andres rett for nær, kan det allikevel være tilfellet. I Tyskland gjorde således en talefilm nylig stor lykke, og samlet fullt hus overalt. Opmuntret av dette trakk en kinoeier frem en gammel stumfilm av samme navn, og satte den på plakaten med store bokstaver. Sann anvendelse av ophavsretten blev stanset av generalklausulen, og det hadde den vel blitt i Norge også.

Hvis innehaveren av ophavsretten eller patentretten lar en annen mann anvende penger og arbeide på å utnytte den fordi han tror den er hans, kan det også hende at den virkelige rett går tapt p. g. a. passiviteten. Så ofte som ved kjennetegnene blir det dog ikke spørsmål om dette. Men synspunktene er i begge fall de samme, og generalklausulens rolle likeså.

2. En egen slags «misbruk» av åndsrettighetene er at man sier at ens varer er patent- eller mønsterbeskyttet, mens de i virkeligheten ikke er det, «*Patentanmassung*», som tyskerne kaller det. Helt til iår hadde den tyske P. en egen bestemmelse om dette (§ 40), men nu er den sløifet, fordi man mente at reglene i konkurranseloven klarte sig. Hos oss rammes man av strl. § 370, hvis man opgir noe uriktig om sine varers industrielle rettsbeskyttelse, og også § 2 i Kon. vil oftest være anvendelig i sakens anledning. Det samme vil også generalklausulen.²

Den engelske patentlov har en egen bestemmelse i art. 36: Hvis man truer noen med at en handling vil være patentbrudd, og ikke anlegger sak mot ham i den anledning, kan den annen part kreve erstatning hvis truselen ikke var fundert, selv om patenthaveren var i aldri så god tro. Hos oss vil et slikt forhold rammes av den

¹ Se derimot § 58, om forholdet til trustloven.

² Den som har gitt gale opplysninger i grunnet god tro er ikke erstatningspliktig, men selvfølgelig når han burde ha visst bedre. Jfr. dansk HRD. i U. f. R. 1928 s. 23.

almindelige erstatningsregel, men bare hvis det kan bebreides vedkommende at han handlet som han gjorde.¹

V. Skjønt generalklausulen etter det foregående ikke henger så nært sammen med åndsproduksjonens rett som med firma- og varemerkeretten, har den neppe mindre betydning for åndsproduksjonen enn for kjennetegnene. Historisk har jo vernet for åndsproduksjonen kjempet sig frem skritt for skritt, i 3 store formasjoner som livet selv har lagt til rette: patentretten, ophavsretten til åndsverker og mønsterretten. Men om dette er de viktigste grenene av åndsproduksjon, er de slett ikke de eneste, og derfor er vi nu vidne til at det stadig banker nye folk på portene, med krav om rettsbeskyttelse. Hvis man er enig i at kravene i og for sig er berettiget, er det tre veier å gå:

Man kan søke å skaffe plass for de nye åndsprodusentene ved å utvide kadrene for ophavsretten, patentretten og mønsterretten, og ved å senke kravene til verkenes kvalitet. Som jeg ofte har sagt, anser jeg dette for en farlig vei. Jeg vil ikke nekte at den kan være farbar et stykke, men ikke så langt at man visker ut de naturlige og sociale ulikheter innenfor åndsproduksjonen, eller glemmer den klasseforskjell som heller ikke er ukjent i åndsverdiens verden.

Man kan dernest søke å øve rettferd overfor de nye produksjonsformer ved å føie nye rettigheter inn i åndsretten, og gi dem et innhold som svarer til hver enkelts behov og egenart. At dette er en brukbar utvei for mere enn en av de utestengte åndsprodusenters vedkommende, har jeg søkt å vise på forskjellige steder. Det har dog alltid sine vanskeligheter å lansere nye rettigheter, og det er neppe trolig at all nyttig åndsproduksjon kan bli innkvartert på denne måten.

Endelig kan man verne åndsarbeidet ved en smidig og langtrekkende regel som generalklausulen, der er elastisk nok til å fange op all den åndsproduksjon som fortjener samfundets oppmuntring, og som gir beskyttelsen det omfang som behovet og forholdene tilsier. Ikke bare som nødhjelp i en akutt situasjon av «lovgivningsinsuffiensi» har den en viktig opgave, men også når tingene betraktes på lengere sikt. Om det vokser nokså mange nye særrettigheter frem, vil man

¹ En dansk HRD. i U. f. R. 1916 s.138 dømte en mann til erstatning, fordi han på løst grunnlag hadde advart folk mot å kjøpe et apparat som han sa stred mot hans patent.

alltid trenge generalklausulen for å avslutte og avrunde rettsbeskyttelsen, hvis man skal nå det store mål som rettsordnen bør stille sig: At ingen form for nyttig åndsproduksjon skal gå tomhendt fra dens bord.

§ 57.

Konkurransmomentet innenfor selve åndsretten.

Ved å skildre forholdet til generalklausulen har man imidlertid ikke gjort uttømmende rede for hvordan konkurranseretten og konkurransetanken virker inn på åndsrettighetene. Det er nemlig ikke bare samspill mellom dem i det ytre, men konkurransetanken gjør sig også gjeldende *innenfor åndsretten selv*. Ikke sjelden tar rettsordnen den til hjelp for å bestemme innholdet av de enkelte åndsrettigheter, og også ellers ligger den så å si i luften, og får ofte betydning når det er tvil om hvor langt rettighetene når. Vi skal påvise dette litt nærmere, først for kjennetegnenes vedkommende, og så for åndsproduksjonen.

I. Som kjennetegnenes rett står konkurranseretten særlig nær, faller det også her sterkest i øinene hvordan konkurransmomentet setter preg på innholdet av rettsreglene, og på deres praktisering.

At firma- og varemerkerett må være knyttet til bestående forretninger, og at den siste bare omfatter enkelte vareklasser, beror således på konkurranserettslige tanker. Det er for å hevde virkelige interesser i konkurranskampen at tegnene er på sin plass, ikke for moro skyld eller av gammel vane. Ikke mindre levende gjør konkurransetanken sig gjeldende, når retten støttes til innarbeidelse eller bruk, enten det nu gjelder forretningsnavn, merker eller utstyr.

Forvekslingsmuligheten, der går som en rød tråd gjennom hele kjennetegnenes rett, er også konkurranserettslig betonet. Det er bare når varer eller forretninger konkurrerer med hverandre at retten virkelig blir aktuell, og det er fordi forveksling betyr et plus eller et minus i konkurranskampen at rettighetshaveren frykter den, og den illojale medbeiler ønsker den. Som følge av dette bedømmes likheten mellom to kjennetegn alltid efter forholdene i livet, og ikke efter det inntrykk de gjør på dommeren, når de rives løs fra den levende konkurranskamp, og ligger stille på rettens bord.

Men enda mere direkte betydning kan konkurranseforholdet få, når det er tvilsomt om en bestående firma- eller merkerett er krenket.

Spørres det f. eks. om et anmeldt firmanavn ligner ett som alt er registrert i kommunen, kan det få innflytelse på avgjørelsen om de to forretningene ligger i samme branche, og følgelig driver direkte konkurranse med hverandre. På samme måten ligger forholdet an, når det er tvilsomt om et anmeldt varemerke kolliderer med en eldre merkerett. Hvis det nye merket skal brukes på en annen kant av landet, så noen virkelig konkurranse ikke påtenkes, vil man være snarere til å løse knuten i dets favør, enn om merkene skal føre krig på kniven. Det samme gjelder hvis de to visstnok ligger i samme vareklasse, men det allikevel ikke er synderlig konkurranse mellom de varer og de forretninger det gjelder.¹

II. Også ved utformningen og anvendelsen av åndsproduksjonens rettigheter gjør konkurransemomentet sig gjeldende i tvilsomme grensetilfelle. Når man først har lagt av fordommen mot å sette så ideelle saker i forbindelse med penger og konkurransekamp, er dette ikke noe å undres over. For når rettsvernet i stor utstrekning er gitt forat ophavs mannen skal kunne tjene penger på sin produksjon, er det bare naturlig å gjøre forskjell, eftersom rådighet fra andres side konkurrerer med ophavsmannens egen eller ikke.

Adskillige av de rettsreglene som bestemmer hvor langt patent- eller ophavsretten strekker sig i enkelthetene, er formet med dette for øie. Særlig påtagelig er dette ved den grunnleggende begrensning av patent- og mønsterretten, at den bare gjelder rådighet som skjer i nærings- eller driftsøiemed. Men også den tilsvarende regel om at ophavsretten ikke gjelder utøvelse til personlig og privat bruk ligger i samme plan, skjønt nok tanken på privatlivets fred her virker noe kraftigere med. En rekke av de innskrenkninger som gjøres i encrettet, forklares også ved at de ikke gir anledning til konkurranse med rettighetshaverens egen rettsnytelse, og følgelig ikke volder ham virkelig skade. Citatretten og retten til å fremføre musikk ved folkefester er eksempler på dette, og det samme er regelen om fri bruk

¹ Denne nyansering i bedømmelsen er visstnok almindelig i fremmed rett. Se f. eks. E l s t e r s. 444. Her i Norge kan man kanskje se BRD. i «Masta»-saken som utslag av den (N. I. R. 1932 s. 37). Her blev merket «Mascot» ansett uanvendelig for piper som lignet «Masta»-pipen, men ikke for andre tobakks piper, skjønt de lå i samme vareklasse. HR. antok imidlertid at merkene «Mascot» og «Masta» overhodet ikke kunde forveksles, og tok dessuten avstand fra visse uttalelser i BRD. som ikke var helt riktige, jfr. også B e r n t L u n d i N. I. R. 1932 s. 38.

av patenterte fremkomstmidler som midlertidig er innenfor selve åndsretten i Norge. Når lover, dommer etc. så ubetinget faller utenfor ophavsretten, kommer det også delvis av at alt som smaker av økonomisk utnyttelse og konkurranse her er utelukket.

Og selv om loven ikke gir uttrykkelig anvisning på det, vil en forstandig dommer ta konkurransemomentet til hjelp både titt og ofte, når han skal avgjøre tvilsomme enkeltspørsmål, fordi det i virkeligheten faller sammen med det konkrete interessesy n s p u n k t, som rettens håndhevere ikke bør lukke øinene for, når loven ikke tvinger dem til det. Om gjengivelse av andres åndsverker kan forsvares som citater, eller som tillatte illustrasjoner til egen tekst, avhenger således til dels av om åndsverket søkes økonomisk utnyttet — altså i konkurranse med ophavsmannen selv — eller om bruken bare er aksessorisk i forhold til et eget selvstendig åndsverk. Det samme gjelder avgrensningen av retten til å bruke andres verker i skolebøker, og musikk på folkefester, likesom også grensen mellom offentlig og privat bruk kan falle forskjellig ut, eftersom den skjer i erhvervsmessig hensikt eller ikke. Både i ophavsretten og i patentretten vil sontringen mellom de forbudte bearbeidelser og de fri benyttelser bli trukket forskjellig, eftersom det nye verk står i konkurranseforhold til det gamle eller ikke. Når A. bruker B.'s film som grunnlag for en konkurrerende film, vil man snarere holde ham for skyldig i ulovlig bearbeidelse, enn når han gjengir filmens tanker og handling i skikkelse av et lyrisk dikt, eller som artikkel i et magasin. Og også når det spørres om et åndsverk fyller lovens minimumskrav, vil det samme synspunkt kunne være på sin plass. Hvis det således er tvilsomt om blanketter og skjemaer stiller lovens krav tilfreds, vil man snarere svare ja på dette, når andre utnytter dem systematisk i konkurranseøiemed, enn når det gjelder en tilfeldig og uskyldig enkeltanvendelse av det eventuelle åndsverk.

Endelig er det også konkurranse- eller interessesy n s p u n k t e t, som gir forklaringen til at parodier og karikaturer faller utenfor ophavsretten, skjønt det kan være uomtvistelig at de gjengir det originale åndsverk i dets vesentlige drag. Her er det nemlig ikke hensikten å drive utilbørlig konkurranse med ophavsmannen, ved å tilegne sig hans åndsverdier og slå mynt på dem.¹ Snarere tvert imot.

¹ Den som mest energisk har fremholdt hvilken betydning konkurransetanken har i åndsrettighetenes grenseområde er visstnok Elster, særlig s. 34—40.

§ 58.

Åndsrettighetene og trustloven.

I. En viktig del av konkurranseretten er reglene i trustloven av 12 mars 1926. Dens oppgave og rekkevidde er angitt i § 1 som sier at «denne lov omhandler prismisbruk og kontroll med konkurranseinnskrenkninger, og gjelder privat og kommunal erhvervsvirksomhet, bortsett fra arbeide i andres tjeneste». Men oppgaven er i virkeligheten videre enn som så. Det er ikke bare de konkurranse-regulerende avtaler og sammenslutninger som er gjenstand for kontroll, men også de enkelte næringsdrivende, idet det slett ikke er deres «prismisbruk» alene, loven slår ned på. Også enkeltmenn kan således gjøre sig skyldig i rettsstridig boikott eller slutte ulovlige eksklusivavtaler, og ifølge § 13 og § 14 er det ikke bare prisberegningene som er under opsyn, men også andre forretningsvilkår som er utilbørlige eller urimelige. Noen helt almindelig kontroll av erhvervslivet gir T. ganske visst ikke anledning til. Men dens regler rekker allikevel så langt at loven får en central plass i konkurranseretten.¹

Spørsmålet blir derfor hvordan åndsrettens regler og rettigheter stiller sig til den. For kjennetegnenes vedkommende er forholdet nokså platonisk; tegnene er nemlig bare undtaksvis gjenstand for kjøp og salg, og noen sammenslutninger for å utnytte dem er det slett ikke tale om. Men ophavsrettighetene står i en annen stilling. At også oppfinnerne og dikterne driver økonomisk erhvervsvirksomhet og står i konkurranseforhold innbyrdes, har vi påvist foran, da vi drøftet åndsrettens forhold til konkurranseretten i almindelighet og til generalklausulen i særdeleshet. Og det er heller ikke tvilsomt at denne erhvervsvirksomhet faller inn under T. § 1, som ikke holder de såkalte «liberale erhverv» utenfor. Om mulig enda klarere er det at alle sammenslutninger som utnytter ophavsrettighetene går inn under loven.² Det vil naturligvis ingen tvile på, når et almindelig industrielt kartell erhverver patentrettigheter og bruker dem i fabrikkene. Men også når sammenslutningen har til eneste oppgave å utnytte ophavsrettigheter eller patenter i fellesskap gjelder det

¹ Se min «Oversikt over Norges rett» s. 358.

² Jfr. Rudolf Isaacs artikkel «Patentrecht und Kartellrecht» i Mintz's festskrift til H. Isaacs 60 årsdag.

samme. Et godt eksempel på en sånn sammenslutning er den såkalte «Radiopatentpool», som blev inngått i 1935 mellom en rekke innehavere av radiopatenter, og hvis formål er «å istandbringe en praktisk ordning for den forretningsmessige utnyttelse av de patentrettigheter på kringkastingsmottagerområdet, som selskapene innehar i Norge» («Trustkontrollen», 1936 s. 133).

Imidlertid er det jo mulig at ophavsrettighetenes særlige karakter stiller dem utenfor loven, skjønt en efter dens ordlyd skulde tro de falt innenfor. Man måtte da si som så at P. og Å. er spesielle lover som gjør innskrenkninger i næringsfriheten, og gir ophavsmannen til åndelige verdier ubetinget enerett til å skalte og valte med sine produkter. Disse spesielle lovene må gå foran T., hvis kontrollregler er helt almene. Man behøver dog bare å sette resonnementet på papiret for å se at det er uriktig. Når både ophavsretten og patentretten har kjempet sig frem til anerkjennelse som enerettigheter, er det bare andres rådighet som er utelukket, men ikke den kontroll med rettsutøvelsen som samfundet til enhver tid finner nødvendig. Likestilling med andre subjektive rettigheter har vært målet for ophavsmennenes kamp, men ikke noen preferansestilling overfor det offentlige, som skulde undta disse rettigheter fra det opsyn som alle andre må finne sig i av samfundsmessige grunner. En motsatt opfatning er like bakvendt, enten man ser positivrettslig eller historisk på saken. Patentretten f. eks. har fra første ferd vært gjenstand for en rekke særlige kontrollforanstaltninger for å hindre misbruk, og flere spesielle innskrenkninger i rådigheten er gjennomført i den anledning. Det vilde da være rart om disse rettighetene skulde stå sterkere enn alle andre, når der innføres almindelige rettsregler som tar sikte på å komme rettsmisbruk til livs. Og om disse reglene har form av et ulovbestemt rettsprinsipp om *abus de droit*, eller er detaljerte og håndheves av egne organer, kommer naturligvis ut på ett.

Heller ikke fra et internasjonalt synspunkt kan det rettes noen innvending mot at et lands almindelige lovgivning om priser og kartellkontroll m. v. får anvendelse overfor ophavsmennene og deres sammenslutninger. Det måtte særlig være Bernkonvensjonens bestemmelser som her skulde stå i veien, siden de på flere punkter er obligatoriske for unionslandene, og forplikter dem til å innrømme ophavsmannen «utelukkende rett» til dette eller

hint. Men heller ikke disse reglene tar sikte på å bringe åndsrettighetene i sikkerhet overfor offentligrettslige kontrollregler, og gi dem en privilegert stilling i samfundslivet. At konvensjonens bestemmelser skulde stå i veien for skattebestemmelser har således ikke falt noen inn. Og da man under Romkonferansen i 1928 drøftet hvordan man skulde binde an med eventuelle misbruk fra ophavsmannsselskapenes side, blev det uten motsigelse henvist til at man iallfall klarte sig et stykke med rettsreglene om *abus de droit*, som ikke var utelukket fordi om ophavsmannen har enerett. Når enkelte land har tatt enda et skritt, og underkastet selskapene en særlig kontroll gjennom offentlig autorisasjon etc., har det riktignok vært sagt at dette ikke var forenelig med konvensjonen. Heller ikke dette er efter min mening riktig. (Se foran § 16.) Men når det ikke er særlige kontrollregler ophavsrettighetene og ophavsmennene utsettes for, men bare den almindelige opsikt som alle rettigheter må finne sig i for samfundets skyld, anser jeg det i ethvert fall for sikkert at Bernkonvensjonen ikke har noe å innvende mot dette.

Hermed er det naturligvis ikke sagt at T.'s forhold til åndsrettighetene arter sig presis på samme måten som til eiendomsretten. Som en enerett over et gode der kan mangfoldiggjøres i det uendelige, har ophavsretten til åndsverker og oppfinnelser en annen karakter enn eiendomsrett og fordringsrett, og det må man ta i tilbørlig betraktning overfor enkelte av reglene i T.

II. Når vi skal søke å skildre hvordan T.'s regler griper inn overfor ophavsrettighetene, er det praktisk å se først på den enkelte rettighetshavers rettsutøvelse, og så på ophavsmannsorganisasjonene.

1. Hvis en forfatter eller oppfinner tar utilbørlig pris for å overlate retten til andre, rammes han av T. § 13, som forbyr «å ta eller kreve priser eller vederlag som må regnes for utilbørlige». Akkurat som dikteren rammes av avtalel. § 31, hvis han benytter sig av sin forleggers «nødstilstand, lettsinn, forstandssvakhet, uerfarenhet eller det avhengighetsforhold som denne står i til ham, til å opnå eller betinge fordeler som der ikke skal ydes vederlag for, eller som står i åpenbart misforhold til vederlaget». Det er ikke bare når selve prisen er utilbørlig at § 13 griper inn, men også når det er satt «utilbørlige forretningsvilkår ellers». Slike vilkår er ugyldige, og det er dessuten straffbart å lansere dem. Det skal dog adskillig til før prisen eller vilkårene kan stemples som utilbørlige. Hvis en

fremmed patentinnehaber stiller som vilkår for sine lisenser at hververen ikke skal anvende norske råvarer eller norsk arbeidskraft, eller ta en «kontingent» av varer som han ikke har bruk for, er det dog tenkelig at regelen kan få aktualitet.

Større praktisk betydning har dog her som ellers § 14, som gir kontrollmyndighetene rett til å gripe inn overfor urimelige priser og kontraktsvilkår, enten gjennom særlige maksimalpriser e. l., eller ved generelle «regulerende bestemmelser». Betingelsen er ifølge paragrafens annet ledd at det «er fastsatt, kreves, tas eller innrømmes urimelig høi eller lav pris eller fortjeneste eller urimelige forretningsvilkår ellers», og at kontrollrådet finner at a) «konkurransen innen erhvervet ikke er tilstrekkelig virksom eller b) foregår på en slik måte at den ikke kan antas å ville medføre ophevelsen av det mislige forhold». Overfor en enkelt ophavsmann er betingelse a) neppe til stede, fordi «erhvervet» ikke kan forstås som markedet for den bok eller den oppfinnelse eneretten gjelder, men bokmarkedet, musikkmarkedet, «opfinningsmarkedet» o. s. v. Derimot vil betingelse b) regelmessig være opfylt, og i kraft av den må også den enkelte ophavsmann finne sig i alle slags regulerende bestemmelser, hvis han holder urimelige priser eller stiller urimelige vilkår for andres bruk av retten. Særlig ved oppfinnelser kan dette siste være praktisk, som når lisenser bare innrømmes på betingelse av at man utelukkende bruker selgerens patenter, gir ham enerett til å reparere maskinen, ikke forhandler konkurrentenes varer o. s. v. I «Trustkontrollen» 1936 s. 94 står et ferskt eksempel på sånne inngrep fra kontrollmyndighetenes side: Ved vedtak av 13 mars d. å. blev det forbudt å sette som vilkår ved salg av patenterte radiorør, at det skal kjøpes fullstendige rørsett.

Også reglene om boikott i § 21 og om eksklusivavtaler i § 22 kan undertiden få anvendelse overfor utnyttelsen av ophavsrettighetene. Vilkår om utelukkende forretningsforbindelse er nemlig forbudt, «når avtalen antas å ville skade almene interesser, eller å virke utilbørlig overfor utenforstående». Sånne eksklusive avtaler er samtidig en boikott av utenforstående, og vil derfor også kunne rammes av § 21. Og også ellers kan dette være tilfellet, f. eks. hvis en patenthaver gir lisenser i øst og vest, men holder en enkelt erhvervsdrivende utenfor, f. eks. fordi han også vil føre andres merker. Derimot er det ingen boikott om en oppfinner overhodet ikke gir

lisenser, men bruker oppfinnelsen på egen hånd, eller bare er villig til å overlate selve eneretten. Dette er en adekvat anvendelse av selve den rett som loven gir ham, og kan derfor ikke opfattes som noen boikottaksjon fra hans side. Det samme gjelder naturligvis om en forfatter gir en forlegger eller en teaterdirektør eneretten til å trykke eller føre op hans stykke, skjønt det er en uundgåelig følge av dette at andre liebhavere blir «nektet forretningsforbindelse».

Ved siden av § 14 har disse bestemmelsene dog liten betydning. I praksis er det nemlig alltid kontrollrådet som kommer til å avgjøre om boikotten eller eksklusivavtalen er utillatelig, og er saken først kommet så langt, er det gjerne greiere og lettvintere for rådet å gripe inn med hjemmel i § 14. En enkelt slags «misbruk» av ophavsretten kan man dog ikke komme til livs ved T.'s hjelp: Ophavsmannen lar retten ligge brakk, og holder boken eller oppfinnelsen for sig selv. I krigstidens prislovgivning hadde man midler også mot denslags, idet det var forbudt «å holde varer tilbake fra omsetningen». En sånn regel har imidlertid T. ikke.

En enkelt innehaver av ophavsrettigheter vil sjelden være m e l d e p l i k t i g efter T. § 6. Plikten gjelder nemlig bare «erhvervsdrivende som gjennom sin virksomhet har vesentlig innflytelse på prisene for vedkommende varer eller ydelser på det norske marked eller en større del av det». Men hvis en enkelt mann slår under sig svært mange ophavsrettigheter, kan nok saken stille sig anderledes, og selv en eneste patentrett kan undertiden være så viktig at innehaveren får vesentlig innflytelse på prisen på den slags varer som oppfinnelsen brukes til å fremstille.

2. Når ophavsrettighetene ikke befinner sig på enkeltmenns hender, men hos en sammenslutning, får T. enda større betydning. De industrielle sammenslutninger — kartellene, syndikatene og og trustene — erhverver jo i stor utstrekning patentrettigheter i sin virksomhet, og måten de utnytter dem på blir et viktig trekk i billedet av deres virksomhet, og gjenstand for trustmyndighetenes kontroll sammen med denne.

Videre er alle sammenslutninger mellom ophavsmennene om å utnytte sine rettigheter i fellesskap «konkurranseregulerende sammenslutninger», som står helt under T.'s herredømme. Det gjelder ikke bare om slike sammenslutninger som «Radiopatentpoolen» som vi nevnte foran, men også om forfatternes eller musikernes, som

«Tono» og dets søsterselskaper. Sånne selskaper kan derfor kreves anmeldt i henhold til T. § 6, som taler om «sammenslutninger mellom erhvervsdrivende der har truffet eller har til formål å treffe bindende eller veiledende bestemmelser som tilsikter regulering av pris-, produksjons- eller omsetningsforhold, og som må anses for å være av betydning for markedsforhold her i landet». Videre følger det av § 16 at medlemskapet ikke er bindende hvis melding urettelig er undlatt, og at avtale om å være med i sammenslutningen trenger samtykke av kontrollrådet for å være gyldig, hvis den er sluttet for lengere tid enn 1 år eller har opsigelsesfrist på over 3 måneder. Både sammenslutningens prisansettelser og dens øvrige forretningsvilkår er undergitt trustmyndighetenes kontroll og revisjon, hvis de er urimelige (§ 14 første ledd).¹ Endelig kan den oppløses etter § 20, hvis den «utøver en skadelig innflytelse på pris, produksjons- eller omsetningsforhold her i landet, eller dens virkemåte må anses utilbørlig». Hva det skal til i så måte er ikke godt å si: Men det er tenkelig at regelen vilde bli anvendt, hvis f. eks. en sammenslutning av ophavsmenn holdt sine «varer» tilbake fra omsetningen som en slags selgerstreik, for å tvinge frem priser som ikke var rimelige.

III. 1. Samspillet mellom T. og åndsproduksjonsretten har stor betydning, og bidrar sterkt til å fjerne eller minske de farer for almenheten og for samfundet som en ubetinget enerett til åndsprodukter og oppfinnelser kan føre med sig. Det tjener ikke til noe å lukke øinene for disse farene, og vi har ved flere leiligheter pekt på dem. I lojale og måteholdne folks hender sikrer eneretten bare ophavsmannen hans rettferdige lønn. Men den kan også misbrukes sånn at viktige åndsverdier blir unddradd samfundet, eller må betales langt dyrere enn rett og rimelig er. Det kommer av selve enerettens karakter. Den gir nemlig herredømme over goder som i og for sig hadde kunnet komme alle og enhver til gode, og skjønt det neppe er korrekt å kalle den for et monopol i den anledning, har innehaveren dog samme gunstige stilling som monopolisten, idet han i kraft av eneretten kan bestemme pris og utnyttelsesmåte helt på egen hånd. De farer som erfaringsmessig følger med monopolene gjør sig derfor gjeldende også her. Og de vokser betydelig, når op-

¹ Hvis det er etablert særlige kontrollinstanser, som f. eks. når kirkedepartementet skal bestemme ophavsmennenes godtgjørelse for kringkasting, må disses vedtak være endelige.

havsmennene slutter sig sammen og lager virkelige monopolselskaper, som samler alle landets musikkverker eller dikterverker på en eneste hånd. Fra ophavsrettighetene kom til verden har lovgivningen vært mere eller mindre opmerksom på disse farene, og søkt å verge sig mot dem.

2. Helt til det siste har man imidlertid ikke visst andre måter å gå frem på, enn å gjøre innskrenkninger i selve ophavsretten, så muligheten for misbruk blir så liten som mulig.

Tydeligst er dette på patentrettens område, hvor faren for misbruk er særlig nærliggende og iøinefallende, fordi det er økonomiske verdier det i tilfelle går ut over. Alt *Statute of Monopolies* av 1623 var opmerksom på den. Som et vilkår for et gyldig patent satte den derfor at *«they be not contrary to the law nor mischievous to the State, by raising prices of commodities at home, or hurt of trade, or generally inconvenient.»* Og dens eksempel er forsåvidt fulgt av alle senere patentlover, som de på mange forskjellige måter søker å verge sig mot misbruk av den eksklusive patentrett, og hindre at oppfinneren benytter anledningen til å snyte almenheten for oppfinnelsen, eller flå publikum for sterkt. Reglene om at patentretten faller bort hvis den ikke brukes, eller hvis den bare brukes utenlands, er tydelig utslag av denne tankegang. Det samme er forskriftene om ekspropriasjon av patentretten, og de fleste av de tvangslisensregler som finnes rundt omkring i patentlovene. Flere av disse gir dessuten særlige regler for å hindre at patenthaveren driver en lisens- eller salgspolitik som er urimelig fra almenhetens synspunkt. § 38 i den engelske patentloven hindrer således patenthaveren i å knytte forskjellige betingelser til sine lisenser. Han må ikke pålegge lisens-tageren å kjøpe andre artikler samtidig, og heller ikke forby ham å bruke andres varer eller andres patenter. Med visse undtak som nærmere spesifiseres, erklæres slike lisensvilkår for å være *«null and void, as being in restraint of trade and contrary to public policy.»* Og art. 27 nr. 2 (e) stempler det dessuten som en særlig slags *abuse of monopoly*, hvis *«any trade or industri in the United Kingdom or any person or class of persons engaged therein is unfairly prejudiced by the conditions attached by the patentee, to the purchase, hire, license, or use of the patented article, or to the using or working of the patented process.»* I Østerrike har man nylig fått en egen lov mot misbruk av patentretten (P. i. 1936 s. 53): Når en lisenstager har forpliktet

sig til å undlate handlinger som ikke utelukkende gjelder utnyttelsen av patentet, kan handelsministeriet erklære forpliktelsen ugyldig, hvis den krenker økonomiske eller forskjellige offentlige interesser. Som eksempler nevnes avtaler om å la være å fabrikere og selge andre produkter, bruke andre metoder o. l.¹

Heller ikke ophavsretten til åndsverker er fremmed for sånne synsmåter, skjønt de først i den senere tid har gjort sig bevisst gjeldende. Mange av de tradisjonelle innskrenkningene i åndsretten hviler imidlertid på frykten for at retten kan bli misbrukt, f. eks. lånefriheten for skolebøker, for antologier o. l. De ekspropriasjonsreglene som man hist og her treffer har en lignende forklaring. Men det er først grammofonen, filmen og fremfor alt radioen som til gagns har gjort problemet om misbruk av ophavsretten aktuelt, fordi det er så brede og vitale interesser i folket som i tilfelle vil ta skade. Ikke minst har de store ophavsmannssammenslutninger gjort lovgiveren betenkelig. Gjennom regler om tvangslisenser og alskens tantiémestemmelser søker man å besverge farene. Ophavsmannsselskapene er dessuten i en rekke land stillet under en særlig kontroll-lovgivning. Begynnelsen gjorde visstnok Canada, hvis lov av 11 juni 1931 påla dem å gi rapport til det offentlige om sine prissatser m. v., og tillot administrasjonen å sette dem ned hvis de var for høie. Senere har bl. a. Holland, Tyskland, Danmark og Østerrike gjort sånne sammenslutninger betinget av offentlig autorisasjon eller konsesjon, og den tyske loven bestemmer dessuten (l. 4 juli 1933 § 4), at hvis konsumentene ikke kan bli enige med selskapet om tariffen, skal spørsmålet avgjøres av en voldgiftskommisjon, hvis formann pekes ut av det offentlige.

3. En rekke av de misbruk som ophavsretts- og patentlovgivningen har strevet med gjennom tidene kan imidlertid, som vi har sett, også bekjempes gjennom den almindelige priskontroll og kartellovgivning. Og når de to alternative muligheter veies mot hverandre, må det slå en at den siste fremgangsmåten oftest løser vanskelighetene både riktigere og mere praktisk enn den første.

¹ Art. 54 i Italias patentlov av 13 september 1934 lar et patent falle bort *«lorsqu'il est commis un abus du droit par l'emploi, l'introduction ou la vente dans le Royaume, des objets auxquels le privilège se rapporte»*, og tvangslisenser ikke kan rette på forholdet.

Fra et prinsipielt synspunkt er det mere tiltalende å la den almindelige lovgivning ordne op med urimelige priser og misbruk av monopolstilling, enn å gjøre innhugg i selve ophavsretten i den anledning. Bare på denne måten kommer det frem at de «misbruk» man står overfor ikke er særlige for åndsretten, men helt almindelige, og kan forekomme ved de fleste rettigheter. Måten de skal bekjempes på kommer imidlertid naturlig til å variere fra land til land. Mangesteds søker man som bekjent å klare sig uten særlig kontrolllovgivning også på eiendomsrettens område, og slår sig isteden frem så godt man kan ved hjelp av smidige og langt-rekkende prinsipper om *abus de droit*. Det er da rimelig å ta samme standpunkt til misbruk innenfor åndsretten, slik som det blev anbefalt på Romkonferansen, da man diskuterte ophavsmannsselskapenes mulige misbruk av sine rettigheter. Hvis man derimot har gjennomført en almindelig pris- og kartellkontroll utenfor åndsretten, er det naturlig å la den virke også overfor åndsproduzentenes erhvervs-virksomhet, sånn som tilfellet er hos oss.

Men også i praktisk henseende tør det anbefale sig å skjære bort utvekstene på åndsretten ved den almindelige pris- og kartell-lovgivnings hjelp, istedenfor å operere med tvungne lisenser, autorisasjon av ophavsmannsselskapene etc. Slår man inn på denne siste vei, og møter hvert enkelt misbruk med en særlig motforholdsregel, får man aldri uttømt emnet, hvor omhyggelig man enn går til verks. Reglene får heller ikke den smidighet som forholdene krever, og systemet blir ikke så harmonisk og rettfærdig som når flest mulige misbruk blir sett under ett, og motarbeidet av en institusjon som har særlig sakkyndighet på området.

Særlig ved ophavsretten til åndsverker har et kontrollsystem som T.'s en viktig opgave nettop i våre dager. Man husker kanskje at det fra flere kanter blåses til angrep på enerettssystemet, særlig når det gjelder de nye populære meddelelsesmidler, grammofoenen, filmen og radioen. For at almenheten ikke skal utnytted på en urimelig måte av ophavsmennene, og ganske særlig av deres sammen-slutninger, krever man at ophavsretten skal gjøres smidigere, gjennom tvungne lisenser, tantiemesystemer o. s. v. Hvis et land har en gjennomført priskontroll og kartell-lovgivning, er disse farene imidlertid nokså illusoriske. Vi så foran hvordan ophavsmannsselskapene hos oss kan kreves meldt til trustkontrollen, hvordan deres pris-

politikk og øvrige virksomhet er under opsikt, og hvordan de kan oppløses om de allikevel skulde vise sig å være skadelige for samfundet. Noen grunn til å forandre reglene om ophavsretten av frykt for at selskapene skal misbruke sin monopolstilling skulde det derfor neppe være. En rekke av de vanskeligheter som ophavsretten for tiden kjemper med blir således bragt lykkelig ut av verden, takket være samarbeidet mellom åndsretten og trustloven.¹

¹ Under drøftelsen av kringkastingsproblemet fremholdt også Ot. prp. nr. 22, 1930, s. 13 at det neppe var så farlig om ophavsmannen hadde eneretten også til kringkasting: «Skulde det hende at ophavsmennene vilde stille krav som var urimelige, har man som bekjent hos oss det adekvate hjelpemiddel i lovgivningen om urimelig prisberegning og misbruk av monopolstilling.» Når man allikevel gjorde en innskrenkning i kringkastingsretten, var det nærmest for husfredens skyld, idet kringkastingen hadde uttrykt sin store engstelse for en ubetinget enerett.

Åndsretten og personlighetens rettsvern.

§ 59.

Almindelig orientering.

Den annen «almene rettsgrunnsetning» som åndsretten står i forhold til, er prinsippet om at den menneskelige personlighet nyter rettsbeskyttelse i de fleste retninger hvor den legger sig for dagen.

Selve avgrensningen av begrepene åndsrett og åndsrettigheter må gjøre det klart at slik sammenheng er til stede. Det er nemlig ikke alle rettigheter med ulegemlig gjenstand som er virkelige åndsrettigheter, men bare ophavsretten, patentretten, varemerkeretten etc. Altså de rettigheter hvor gjenstanden henger særlig sammen med eller er avledet fra den menneskelige personlighet,¹ enten fordi den har til opgave å kjenne-tegne personligheten overfor omverdenen, eller er frukt av åndelig skaperkraft. Holder man ikke denne begrensningen fast, flyter åndsretten ut. Fordringsrettigheter, retten til *fonds de commerce*, til visse stillinger og «reelle privilegier», og en mengde andre ting vilde da falle inn under den, og et sånt rettsbegrep vilde ingen be-trettigelse ha, fordi det dekker ting som ikke har noe å gjøre med hverandre.²

Det er imidlertid ikke bare i det ytre det er sammenheng mellom personligheten og åndsrettighetene, men også i det indre, i selve rettsgrunnlaget. Som vi ofte har fremhevet er det en viktig

¹ I Ufita. 1930 s. 191 fremhever Smoschewer med rette at Kohlers definisjon av en «*Immaterialrecht*» trenger en korreksjon på dette punkt. Retten må ikke bare knytte sig til noe ulegemlig, men «*an einem Gegenstand der aus der Persönlichkeit selbst abgeleitet ist, an einem verselbständigten, vergegenständlichen Ausfluss der Persönlichkeit.*»

² Omtrent slik tar Jossrand begrepet åndelig eiendom i sin *Droit civil I* (1930 s. 756).

side både ved kjennetegnenes rett og ved ophavsrettighetene, at de skal verne berettigede personlige og ideelle interesser hos innehaveren. At misbruk av kjennetegn er et direkte attentat på personligheten er aldeles tydelig, siden det resulterer i at den blir forvekslet med andre. Men også når det disponeres ulovlig over åndsverker blir personligheten såret, skjønt på mere indirekte vis, fordi verket ikke lenger er en del av ophavsmannen. Det består nemlig et nærmere forhold mellom dikteren og hans bok, enn mellom skredderen og hans dress og snekkeren og hans møblement. På en ganske annen måte gir personligheten sig til kjenne i dikterverket,¹ og selv om det kommer på fremmede hender, blir forbindelsen med ophavsmannen aldri revet helt over. Ethvert angrep på de ideelle interesser² i verket er derfor et angrep på den skapende personlighet selv.

Slått av sammenhengen mellom åndsrettighetene og personligheten er det dem som vil innlemme hele åndsretten i personretten, idet de sier at vernet for åndsverker og for kjennetegn bare er særlige utslag av personlighetens rettsbeskyttelse. Som vi skal se i § 62, er dette dog neppe praktisk. Andre vil iallfall sondre den ideelle interessen ut fra ophavsrettighetene, og verne den ved en egen personlighetsrett, som ikke må blandes sammen med ophavsretten til verket, der er rent økonomisk. Heller ikke denne opfatningen kan jeg slutte mig til. Slik som norsk lov tar ophavsretten til åndsverker, er vernet for ophavsmannens ideelle interesser en del av selve ophavsretten.³

¹ Det må dog innrømmes at motsetningen ikke er absolutt.

² Uttrykkene «ideell interesse» og «personlig interesse» brukes av mange forfattere i fleng. (Undertiden ser en også «immateriell interesse» tatt i samme mening, men dette er en sprogbruk man bør være forsiktig med, iallfall her i immaterialretten.) Jeg tror dog det er praktisk å differentiere litt mellom dem: Alle interesser har forsåvidt tilknytning til personligheten, som de gir uttrykk for at ting eller forhold i utenverdenen har verdi for denne i en eller annen retning. Interessens forhold til personligheten er dog svært forskjellig, eftersom den er økonomisk eller ideell. I første fall er sammenhengen med personligheten temmelig løs, eller kan nesten sies å mangle, idet interessen er personlig i det økonomiske gode den er knyttet til, og kan overdras sammen med dette. Den ideelle interesse trenger derimot dypere ned i personligheten, og kan vanskelig skilles fra denne. Uten vesentlig unøiaktighet kan man derfor si at alle ideelle interesser er personlige. Derimot er ikke alle personlige interesser ideelle; således kan retten til legemlig integritet, til æren og til friheten ha utpreget økonomisk interesse for bæreren av rettsgodet.

³ Se nærmere § 8 og § 62.

Når uvedkommende disponerer over verket så den ideelle rett tar skade, er ganske visst også personlige interesser krenket, men den rett man har forgått sig mot er ikke personlighetsretten, men ophavsretten.

De personlige interessene i kjennetegnene og i de ulike slags åndsforebringelser er dog ikke alltid uttømt, fordi om en særlig åndsrettighet beskytter dem. Det fins således kjennetegn som ikke er innlemmet i den positive navne-, firma- eller varemerkerett, og det kan være knyttet personlige interesser til åndsverkene som ikke blir tilgodesett gjennom ophavsretten. Isåfall blir det spørsmål om de kan søke vern i en mer eller mindre almindelig personlighetsrett, siden de særlige rettigheter slår hånden av dem. Dette problem minner svært om et annet som vi tidligere har drøftet, nemlig om samspillet mellem generalklausulen og de særlige åndsrettigheter. På ny står vi overfor spørsmålet om hvor grensen skal trekkes mellem særreglene og den mere almene rett i bakgrunnen, om den siste kan supplere de første, eller endog korrigere eller modifisere de resultater de måtte føre til. Før vi kan innlate oss på noen undersøkelse av dette, må det imidlertid sies noen ord om det virkelig består en sånn almen personlighetsrett her i Norge.

1. At interessen og respekten for personligheten og dens verdier er steget sterkt i den senere tid, er en kjensgjerning som mange har gjort opmerksom på, til dels med en viss forbauselse, i betraktning av den «materialistiske» tid vi lever i. Den ene loven efter den andre tar op nye sider ved personlighetsvernet til rettslig behandling, og teorien har heller ikke ligget på latsiden.

Det er imidlertid ikke så lett å gi uttømmende og klar beskjed om hvad vernet egentlig består i, eller bør bestå i. Det henger sammen med at den menneskelige personlighet er så rik og mangeartet, og dens interesser så allsidige og innfiltret i hverandre. Og skjønt flere av rettsvidenskapens stormenn har gitt sig i kast med opgaven — det kan være nok å nevne *I h e r i n g* og *G i e r k e* — har man ennå ikke kommet til avsluttende og tilfredsstillende resultater. I virkeligheten lar det sig vel heller ikke gjøre å gi uttømmende beskjed om alt hvad personlighetsretten rummer. Man får nøie sig med en viss omtrentlig beskrivelse av de viktigste sidene ved den, og da gjelder det å finne en praktisk grovinnledning av de elementer den består av.

I mangel av noen bedre kan man kanskje ta utgangspunkt i en inndeling som tyskeren *Smoschewer* legger til grunn i en artikkel i *Ufita*. 1930 s. 119 om «*Das Persönlichkeitsrecht im allgemeinen und im Urheberrecht.*» Han mener at det i det vesentlige er tre forskjellige rettsgoder som den almindelige personlighetsrett beskytter, freden, friheten og aktelsen. *Freden* tas da i vid betydning, så den omfatter både den legemlige og sjelelige integritet, sundheten, privatlivets fred i egentlig forstand, og dessuten noe *Smoschewer* kaller for individets «*Geheim- und Eigensphäre*», som det har billig krav på å beholde for sig selv. *Frihet* har personligheten krav på både i åndelig og legemlig forstand. *Aktelsen* er det siste, men ikke det minst viktige element i trioen. Den omfatter nemlig ikke bare retten til æren i aller snevreste mening, men munner ut i et almindelig krav om at enhver personlighet skal gjelde for og dømmes efter hvad den er og har gjort, og ikke tillegges handlinger og egenskaper som andre har ansvaret for.¹ Dette betyr ikke bare at enhver personlighet kan protestere mot å bli forvekslet med andre, men gir også et særlig vern for den skapende personlighet, som skal ha æren — og ansvaret — for hvad han selv har frembragt, men hverken æren eller ansvaret for andres produkter. Det er altså dypere sett selve sannhetskravet personligheten her gjør gjeldende, såvel når det gjelder fullstendig forveksling som beskyttelse for skaperpersonligheten, og respekten for dette krav er i våre dager vokset frem til å bli en central del av hele personlighetsretten.

2. I enkelte land oppstiller loven en helt almindelig regel som verner personligheten i hele dens utfoldelse. Det gjør f. eks. den schweiziske civillovs § 28 som sier: «*Wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugterweise verletzt wird, kann auf Beseitigung der Störung klagen.*» Hos oss, som i de fleste andre land, har man ingen slik almen regel, men derimot en rekke særregler som verner personligheten snart i den ene retning, snart i den annen. *Freden* vernes således ved reglene om legemskrenkelsler, vern for privatlivets fred (strl. § 390), plikt til å respektere andres hemmeligheter i form av taushetsplikt m. v., rett til sitt eget bilde (Foto. §§ 3, 6—8, V. § 2 d) etc. *Friheten* ved reglene om frihetsberøvelse og tvang, og

¹ Jfr. det citatet fra *Kohler* som blev gjengitt på s. 371.

enkelte av boikottbestemmelsene. Aktelsen først og fremst ved reglene om ærekrenkelses; men også enerådigheten over kjennetegnene er til vern for denne siden av personlighetsretten, og det samme er den enerett som ophavsmannen har til å bestemme om hans åndsverk skal offentliggjøres, hans oppfinnelse patenteres eller hans mønster registreres. Også plikten til å angi kilde ved ettertrykk hører til samme kategori, og det gjør også alle reglene om *droit moral* i Å.

Om det på grunnlag av disse enkeltreglene kan sluttes at det også hos oss består en helt almen personlighetsrett i stil med den schweiziske, er kanskje tvilsomt.¹ Svaret må avhenge av om man kan forstå de spredte reglene som utslag av et forutsatt almindelig prinsipp av dette innhold, eller om man ikke pr. analogi iallfall kan fylle ut de positive enkeltreglene så meget at man nærmer sig til en almindelig rettsbeskyttelse for personligheten. Siden det for oss bare gjelder å bestemme personlighetsrettens forhold til åndsrettighetene, er det dog ikke nødvendig å rulle op spørsmålet i så stor en bredde. Vi kan nøie oss med å undersøke om ikke personlighetens rett iallfall rekker videre enn de spesielle åndsrettigheter, så disse ikke kan anses for uttømmende hver på sitt område. Denne undersøkelsen foretas mest praktisk sammen med skildringen av samspillet mellom det almindelige prinsipp og de særlige rettigheter, og det beste er da å behandle kjennetegnene og de forskjellige slags ophavsrettigheter hver for sig.

§ 60.

Personlighetsretten og åndsrettighetene.

I. For kjennetegnenes vedkommende har problemet ikke svært mange faser og avskygninger. Selve rådigheten over de kjennetegn som efter loven er gjenstand for særlige åndsrettigheter, blir det regelmessig hverken tale om å utvide eller innskrenke ved personlighetsrettens hjelp. Derimot er det ikke helt uviktig om man på denne

¹ I Tyskland har det stått stor strid om saken, særlig i forhold til § 823 i B. G. B., hvor det spørres om også personlighetsretten er en *sonstiges Recht* som vernes av erstatningsregelen. Reichsgericht har dog besvaret spørsmålet med nei.

måten kan forlenge listen over de beskyttede kjennetegn, og kanskje også trekke andre ting inn under vernet.

For å orientere sig overfor spørsmålet må man først ta overblikk over de lovreglene man har om emnet. Innenfor forretningslivet viser det sig at alt som navn og kjennetegn heter, er svært godt beskyttet. Firmanavnet, varemerket, vareutstyret, etablisementsnavnet og andre forretningsnavn, alle har de sine særlige forskrifter i R. eller V., og som vi så foran kan man dessuten gripe inn med generalklausulen, hvis ens kjennetegn eller forretningsemler blir misbrukt av andre i konkurransøiemed. Utenfor erhvervslivet er det derimot bare en enkelt slags navn som nyter uttrykkelig rettsbeskyttelse, nemlig personnavnet i henhold til N. Spørsmålet blir derfor om denne loven skal holdes for uttømmende, eller om man kan fylle den ut med en mere almen rett til å ha sine kjennetegn og sine personlige merker i fred. Retten må i tilfelle bygge på analogi fra de nevnte lovene, på rettspraksis og på sakens natur.

Til veiledning ved avgjørelsen av hvad sakens natur tilsier, minner vi om hvad vi fremholdt under firma- og varemerkeretten: Såvel den enkelte som almenheten er interessert i at sannhetsprinsippet her blir gjennomført så langt som mulig, slik at man er forpliktet til å respektere andres kjennetegn og emblemer, og undgå alt som kan føre til forveksling. Noen beskyttelsesverdige interesse i å forsyne sig med andres individualiseringsmidler er nemlig regelmessig ikke tilstede. På erhvervslivets område har disse synsmåtene ført til en temmelig almindelig enerett til kjennetegn og forretningsemblemer. Hvis ikke N. positivt utelukker det, taler sterke grunner for å anta at noe lignende også må gjelde utenfor forretningsverdenen.

Hverken i N.s ord eller i dens forarbeider finner man imidlertid noen antydning om at loven sikter på å være uttømmende i denne forstand — noe som forøvrig vilde ha vært temmelig sælsomt. Tvertimot peker den måten som navneretten i sin tid kom til verden på, sterkt i retning av at det ikke var meningen å forbeholde rettsvernet for de egentlige slektsnavn. Det var jo — som nevnt i § 34 — ikke loven men rettspraksis, som slo den private navnerett fast her i Norge. Og det var på sakens natur den seilte inn. Den grunnleggende navnedom, Aarsdommen, fremholdt sterkt at navneretten ikke hadde positiv hjemmel behov, slik lå den forankret i umiddelbar rettsfølelse og i den almindelige rettsbevissthet i et moderne samfund. Så sterk

en hjemmel kan kanskje ikke retten til andre navn og emblemer påberope sig. Men de har samme grunnlag i sakens natur, såsant som det reale interessespørsmål står vesentlig ens, og dessuten har respekten for andres kjennetegn steget ganske kraftig siden 1890-årene — noe de tallrike lovene om dette er bevis for. Alt i alt er jeg derfor ikke synderlig i tvil om at personnavnet ikke er det eneste «borgerlige» kjennetegn som kan kreve respekt hos oss, men at man i kraft av den almindelige personlighetsrett må anerkjenne adskillige tilsvarende rettigheter utenfor N.

Men hvilke kjennetegn dette gjelder er ikke så lett å si: Under hensyn til begrunnelsen og særlig til sakens natur, kan man vel gå ut fra at det ikke bare er egentlige navn som kommer i betraktning, men også emblemer o. l. som sikter på å skille en person eller gruppe ut fra andre, og særmerke dem i en eller annen retning. Videre at det ikke bare er virkelige fysiske personer som kan gjøre krav på slik rettsbeskyttelse, men også foreninger og institusjoner som også har en egen «personlighet», og god bruk for rettsvern. Som eksempler på ting som faller inn under personlighetsretten, må først nevnes en manns dekknavn og kunstnernavn. Disse kan ha stor praktisk verdi i kunstens og diktningens verden, og svarer til forretningsnavnene i erhvervslivet. At det er lovlig å opptre under slike navn, på tross av N.s tilsynelatende absolutte påbud om å holde sig til det navn man har, er det ingen som tviler på, og for dekknavnets vedkommende forutsetter Å. det uten videre. I utlandet beskyttes sånne særnavn gjerne på linje med personnavnet, f. eks. i England, hvor *passing off*-regelen får anvendelse (P e a r c e s. 27), og i Tyskland hvor de går inn under B.G.B. § 12. Det er ikke tilfellet hos oss. Men den almindelige personlighetsrett kommer til undsetning og bøter iallfall på den verste urimeligheten.¹ Også

¹ Det vilde ikke være riktig å se HRD. i Darbosaken (Rt. 1929 s. 754) som bevis for at kunstnernavn overhodet ikke er rettsbeskyttet hos oss: En fraskilt sangerinne som giftet sig på ny, vilde her fortsette å bruke sin forrige manns navn som kunstnernavn, men det blev nektet henne. Grunnen var dog ikke at kunstnernavn er noe som mangler rettsbeskyttelse, men at det var mannens personnavn hustruen vilde bruke på denne måten, og det mente retten man ikke kunde tillate uten positiv hjemmel, siden hun efter N. hadde mistet retten til navnet ved sitt nye giftermål.

En annen sak er at dommen efter min mening er uriktig, og kan føre til adskillig urimelighet, hvis den blir oprettholdt. N. taler bare om navnet på

foreninger og institusjoner har sikkert en viss enerett til sine navn i kraft av dette rettsprinsipp, og heller ikke navn på gårder, skib¹ eller steder² er helt uten vern, hvis uvedkommende vil tilegne sig dem. Endelig kan også emblemer, faner og merker kreve rettsbeskyttelse i kraft av den samme regel. Hvis f. eks. folk som ikke er studenter begynte å gå med duskeluer som en vanlig hodebedekning, vilde dette ikke være tillatt,³ og heller ikke om en forening tilegnet sig Studentersamfundets fane som sin. Også titler, videnskabelige grader o. l. gjelder det samme om, rent bortsett fra spørsmålet om de ikke også administrativt er beskyttet ved offentligrettslige forbud mot å tilegne sig dem.

Også når det spørres om hvor langt rettsvernet rekker, og hvad det skal til for at det kommer i stand, befinner man sig på gyngende grunn, sånn som en alltid gjør når sakens natur er det vesentlige rettsgrunnlaget. Adskillig støtte har man dog i reglene om navn, firma, merker o. s. v., og i den tankegang som ligger til grunn for dem. Regelmessig vil man således ikke si at den blotte okkupering av et navn eller et emblem gir noen fortrinsrett til å beholde det, men kreve at det skal være «innarbeidet» eller iallfall blitt kjent, slik som det forlanges av ikke-registrerte varemerker og forretningsnavn. Dessuten må det sikkert være en

hele personen, og ikke om særnavn som firmanavnet, kunstnernavnet eller dekknavnet. Men i ly av det almindelige personnavn kan det også gro op særlige navneinteresser, nemlig når man også bruker det i særlige livsforhold, som forretningsnavn eller som kunstner f. eks., hvad man jo har full anledning til. Om da retten til å bruke navnet som almindelig personnavn faller bort, bør dette ikke uten videre føre til at også de særlige navneinteresser tilintetgjøres, som vedkommende har lagt sig til, mens hun også hadde navnet til personnavn. En enke som gifter sig på ny, bør således ikke miste retten til å bruke sitt gamle navn som firmanavn, og noe annet bør heller ikke gjelde, om navnet er oparbeidet til et virkelig kunstnernavn. Og N.'s ordlyd kan neppe stå i veien for dette, siden spørsmålet om særnavnene og deres beskyttelse i virkeligheten ligger utenfor dens horisont.

¹ For skibs vedkommende byr regelen om at to registreringspliktige skib ikke må ha samme navn, full betryggelse forsåvidt. Se min Sjørett s. 36.

² Dommen i Vardåsen-saken (Rt. 1928 s. 839) er ikke uten betenkelighet, men kan kanskje forsvares p. g. a. forholdene.

³ Heller ikke om andre enn sakførere begynte å trykke M. N. S. på sine brevark. I dette stykke synes engelsk rett å ha vært for engstelig, jfr. P e a r c e s. 28.

ikke for ubetydelig reell interesse tilstede, hvis rettsbeskyttelse skal være på sin plass; selv retten til personnavnet er jo ikke «rettsbeskyttet», når navnet er altfor almindelig. Men økonomisk behøver interessen ikke nødvendigvis å være.¹

Også når det gjelder innholdet av retten og dens evne til å slå gjennom overfor konkurrerende navnebruk, kommer det reelle interessesynspunkt i forgrunnen, akkurat som i firma- og varemerkeretten (utenfor registreringsreglene), og efter rettspraksis også i den personlige navnerett. Kunstnernavnet gir således rett til å forby andre å bruke samme navn som kunstner, men hindrer ikke ubetinget at en skomaker antar det som slektsnavn.² Og er det tale om å skride inn mot dem som i kortere eller lengere tid har brukt navnet eller emblemet i direkte kollisjon med dets rette innehaver, må man også her falle tilbake på en fornuftlig interesseavveining, sånn som rettspraksis har gjort ved den personlige navnerett.

Om man i de tilfelle som nu er nevnt bør tale om virkelige åndsrettigheter, med kjennetegnet eller emblemet som gjenstand, er tvilsomt men nokså uvesentlig. Her som ved merkantile kjennetegn er det i virkeligheten en jevn overgang fra de tilfelle hvor dette synspunkt er naturlig, over til dem hvor det er rimelig å se rettsbeskyttelsen som et utslag av den almindelige personlighetsrett. (Se foran § 48, III.)

II. Spørsmålet om åndsproduksjonens forhold til personlighetsretten er mest praktisk ved åndsverkene, fordi de personlige og ideelle interessene her er mest utpreget. Det er imidlertid både mere komplisert og vanskeligere, enn da det var samarbeidet mellem personlighetsretten og kjennetegnenes rett det gjaldt.

Mere komplisert, fordi det ikke bare er tale om å supplere rettsvernet ved å trekke nye gjenstander inn under beskyttelsen, men også om å bygge ut og utvide omfanget av de rettighetene man har, eventuelt om å innskrenke og modifisere dem ved hjelp av personlighetsretten.

¹ Dommen i Vardåsen-saken synes nærmest å tenke sig at det bare er økonomisk skade som teller, når det er spørsmål om vern for et stedsnavn. Derimot er det riktig at navnet på en ås bare beskyttes når det er «særpreget», og ikke også gjelder en hel rekke andre åser.

² Om det analoge spørsmål for firmanavnets og varemerkets vedkommende se § 50, II og III.

Den større vanskelighet kommer særlig av at det materiale man må bygge på når personlighetsretten skal stables på benene, ikke er så solid og entydig som ved de «ulovbestemte» kjennetegn og emblemer. Lovreglene som kommer i betraktning har vi gjengitt i forrige paragraf. De gir tydelige vidnesbyrd om at den ideelle siden ved all åndelig produksjon ligger lovgiveren varmt på hjertet, og man mangler heller ikke støtte i den almindelige rettsbevissthet, når man søker å bygge videre på dem ved hjelp av analogier og sakens natur. Men selve analysen av den reale interessesituasjon gir et meget tvilsommere grunnlag for slutninger, enn da det var personlighetsretten til kjennetegn og emblemer vi arbeidet med: Her pekte nemlig «sakens natur» temmelig utvetydig i retning av en utvidet beskyttelse, fordi det i grunnen ikke taler noen rettsverdige interesser imot den. Både tanken på innehaveren og på almenheten tilsier at sannhetsgrunnsetningen blir gjennomført så langt som mulig, slik at folk får beholde sine personlige kjennetegn og emblemer for sig selv. I åndsproduksjonens verden er situasjonen anderledes. Når man der søker å skape rettsvern for ophavsmennenes personlige og ideelle interesser, må det gjerne skje på bekostning av andres økonomi, og vernereglens utformning blir derfor resultat av en vanskelig interesseavveining. Det gjelder for lovgiveren, som for den der søker å opstille rettsregler på grunnlag av sakens natur. Og den siste må dessuten regne med at lovens verne-regler kan sikte på å være uttømmende, idet de ideelle interesser er veiet og funnet verdige til vern så langt loven sier, men heller ikke lenger.¹ Og hvis dette er meningen, må selvsagt all tale om å supplere vernet ved personlighetsrettens hjelp høre op.

Uten å gjøre krav på hverken fullstendighet eller ufeilbarhet skal jeg i det følgende forsøke å sette disse synsmåtene om i praksis:

2. På adskillige punkter kan man sikkert bygge vernet for ophavsmannens ideelle interesser ut ved den almindelige personlighetsretts hjelp.

a) § 13 i Å. gir således ophavsmannen en uavhengelig rett til å protestere, hvis verket blir offentliggjort i endret skikkelse. Denne retten kan han ikke fraskrive sig, hvis endringene går på «vesentlige kunstneriske eller personlige interesser» løs. Men hvis nu

¹ Situasjonen er altså ganske den samme, som da det gjaldt å supplere de økonomiske elementer i ophavsretten ved generalklausulens hjelp.

verkets form er uforandret, men det er plasert i en uverdige ramme, eller fremført på en sånn måte at kunstneriske eller personlige interesser tar skade? Et alvorlig drama blir f. eks. lagt inn som sketch i en sparkerevy eller satt op på en måte som får det å virke parodisk, eller et bilde med religiøst motiv anbringes i et hefte med tvilsomme avertisser. Man kan neppe si at dette rammes av Å. Men da de to situasjoner i virkeligheten er analoge, ligger det nær å holde ophavsmannens ideelle interesser for å være beskyttet av hans almindelige personlighetsrett.¹ Og også regelen om at retten delvis er uavhengelig, vil man formodentlig finne plass for pr. analogi.

b) Skjønt forskriften om «privatlivets fred» i strl. § 390 efter ordene bare rammer den som gir «offentlig meddelelse om personlige eller huslige forhold», kan man uten betenkelighet utvide den til slike ting som å gjøre brudd på en forfatters anonymitet, eller anbringe en kunstners navnetrekk på verker eller reproduksjoner som han nok har frembragt, men som han av en eller annen grunn ikke ønsker å stå ved. Også brudd på diskresjonsplikt med hensyn til idéer, innholdet av ferdige eller halvferdige verker etc. kan lett bli rettsstridige som krenkelse av personlighetsretten, altså uten hensyn til om eieren lider økonomisk tap, fordi handlingen har funnet sted i konkurranseøiemed.

c) Hvis en manns navn anbringes på verker han ikke har skapt, er det personlighetsretts elementære rett å protestere. Noen positiv hjemmel for dette behøver man ikke, men Å. § 13 byr til overflod en avgjørende analogi: Når ophavsmannen har en uavhengelig rett til å få strøket signaturen, hvis hans verk blir gjengitt i forvansket skikkelse, må jo retten til å ta avstand fra verker som han overhodet ikke har hatt noe med, være desto mere bombesikker. (Jfr. Mot. Å s. 43.²)

¹ For å skaffe utvilsom hjemmel for dette har forarbeidene til Brysselkonferansen foreslått en tilføielse til Bernkonvensjonens art. 6 bis som handler om ophavsmannens *droit moral*. Ikke alene skal han kunne sette sig imot enhver «*modification*» av verket, men også «*toute utilisation*» som skader hans ideelle interesser.

² Her presenteres «retten for kunstneren til å forby at hans navn anbringes på andres verker» som en viktig side ved ophavsmannens «moralske rett», og altså som en del av ophavsretten. Dette er dog ikke riktig. (Jfr. Eberstein s. 161, noten.) Retten til å forby at ens navn knyttes til andres verker er en ren personlighetsrett, skjont en skapende kunstner nok rammes på en annen og hårdere måte hvis hans navn tas forfengelig, enn en skredder eller skomaker.

d) I slutten av Å. § 13 står det, at en ophavsmann ikke «kan gi avkall på sin rett til å kreve at hans navn blir angitt på vanlig måte, når de verker han har skapt forelegges offentligheten».¹ En forfatter kan altså ikke avtale at hans verk skal gå navnløst gjennom livet, eller at en annen skal få lov til å stå som ophavsmann til det. Derimot sier ikke loven om det skal gå an å avtale at verker som er skrevet aldri skal publiseres, eller at en forfatter aldri mere skal sette penn på papiret. Men slike avtaler vil ofte være uten rettsvirkning i kraft av en ophavsmanns almindelige personlighetsrett, som det vilde stride mot «ærbarhet» å legge slike bånd på. For en virkelig skapende kunstnernatur vil de nemlig bety et voldsomt inngrep i hans rett til personlig utfoldelse, og også hensynet til almenheten og til kulturen taler sterkt for å bremse avtalefriheten i dette stykke. Dertil kommer at Å.s regel om den ubetingede rett til å hevde farskapet til sine åndsverker gir ganske god støtte for analogi, båret som den er av respekt for de ideelle og sjelelige verdier det her dreier sig om.

Men det er naturligvis ikke hver gang en ophavsmann fraskriver sig retten til å forelegge et opus for offentligheten, at ærbarheten tar anstøt. Gjelder avtalen bare for en bestemt tid eller for et enkelt, forholdsvis ubetydelig verk, passerer den gjerne uantastet. Anderledes kan saken stille sig når det gjelder definitiv undertrykkelse av betydelige åndsverker, og særlig løfte om aldri å produsere mere, slik som Ø r s t e d i sin tid måtte gi. Et vektig moment ved bedømmelsen vil dog alltid medkontrahentens interesse være. Har han en legitim og plausibel grunn for sitt ønske om å undertrykke verkene, strekker man sig naturligvis lenger, enn når det er smålig misunnelse fra en konkurrents side som har vært motivet til avtalen.²

e) Vi nevnte under omtalen av ophavsmannens ideelle rett i verket (foran s. 154) at enkelte fremmede lover lar denne omfatte noe som undertiden kalles «*le droit de retrait*», undertiden «*le droit au repentir*». Den viser sig når ophavsmannen har gitt ophavsretten fra sig, men ønsker å ta den igjen for å forandre eller undertrykke verker som han ikke lenger finner å kunne forsvare, personlig eller

¹ Som foran nevnt er denne bestemmelsen mere velment enn velformet.

² Dette sier sig nesten selv. Trenges det positiv støtte, kan man bl. a. trekke analogi fra avtalel. § 36, som gjør gyldigheten av en avtalt konvensjonalbot avhengig av den interesse mottageren har i prestasjonen.

kunstnerisk. Portugals lov § 34 gir således en forfatter ubetinget rett til å trekke trykte eksemplarer tilbake, mot å godtgjøre en eventuell forlegger hans tap. Italia (art. 15) gir en lignende rett til alle ophavsmenn, men bare hvis «*graves raisons morales*» er tilstede. Polens lov (art. 32) omhandler særlig kontrakter om fremtidige åndsverker, og gir ophavsmannen rett til å gå fra kontrakten mot erstatning helt til verket er levert, hvis det er inntrådt «*des circonstances imprévues, contraignant l'auteur à renoncer à son oeuvre en considération de ses intérêts moraux réels*». (En lignende regel har den tyske forlagslovs § 35.) Andre lover, f. eks. Romanias art. 3, sier at selv om ophavsretten er overdradd, beholder ophavsmannen «*le droit de contrôle*» over verket, og kan trekke det tilbake hvis det gjengis i kontraktstridig eller forvansket skikkelse, eller på en måte som er «*préjudiciable à la réputation de l'auteur*».

Som foran nevnt har ikke Å. slike regler. Mot. Å. drøfter en enkelt side ved *le droit au repentir*, nemlig om ophavsmannen alltid har rett til å kreve endringer foretatt i verket, eller iallfall få navnet sitt strøket, hvis dette nektes ham. Man fant imidlertid å burde gå utenom spørsmålet, fordi det, «som så mange andre må besvares i forbindelse med de mange problemer som ophavsrettens overdragelse kan gi anledning til» (s. 43). Man avskjærer m. a. o. ingeniunde *le droit de retrait*, men finner ikke at den hører naturlig med til ophavsretten, eller til Å. Og når feltet forsåvidt er fritt, kan jeg ikke tro annet enn at ophavsmannens almindelige personlighetsrett i adskillige tilfelle vil gi ham rett til å angre sig, og til å trekke ophavsretten til verket tilbake. For å innrømme en slik *droit de contrôle* som den rumenske loven, behøver man ikke engang å ta personlighetsretten til hjelp: hvis verket gis ut i forvansket skikkelse eller på en måte som ellers krenker ophavsmannens ideelle interesser, vil alt de vanlige reglene om følgen av vesentlige kontraktsbrudd gi ophavsmannen rett til å trekke verket tilbake. Men selv om det er hans egen vurdering av verket eller av kunsten som har endret sig, vil han undertiden ha en slik rett. Såvel Å. som andre moderne rettsregler gir tydelige vidnesbyrd om hvilken vekt man nu til dags legger på slike ideelle hensyn. Og alle kontrakter om utnyttelse av åndsverker må nødvendigvis ta dem i betraktning, og ta farve av dette. Det er ikke bare økonomiske forhold det gjelder om, når man skal avgjøre virkningen av bristende forutsetninger, eller av vesentlige

forandringer i den gjensidige situasjon. Kunstneriske og rent personlige forskyvninger hos ophavsmannen er også fullt legitime, og skjønt de er nokså inkommensurable med den annen parts rent økonomiske interesse i å holde fast ved sin rett, vil en forstandig dommer strekke sig langt, når det gjelder å la dem virke modifierende inn på kontrakten. Naturligvis kan man ikke gå så langt som til å innrømme en ubetinget *droit de retrait*, selv ikke mot erstatning. Men når motparten holdes økonomisk skadesløs, bør ophavsmannen kunne verge sine vitale ideelle interesser i de fleste av de situasjoner som kan opstå under kontraktsforholdet, selv om han har gitt ophavsretten belingelsesløst fra sig.

3. I en rekke andre tilfelle må reglene i Å. derimot anses for å ha regulert de ideelle interesser på en uttømmende måte, så det ikke kan nytte ophavsmannen å hevde videregående rettigheter i kraft av den almindelige personlighetsrett.

a) Det gjelder således først og fremst bestemmelsene om *droit moral*, som for største delen hviler på en avveieing overfor andres motstående økonomiske interesser. Når ophavsmannen har gitt samtykke til forandringer, kommer Å. § 13 ham således bare til hjelp, hvis hans «personlige eller kunstneriske interesser vesentlig krenkes», og gir heller ikke rett til annet enn til å kreve navnet strøket, eller angitt på verket at endringene ikke skriver sig fra ham. Selv om en forfatter finner dette utilstrekkelig, idet han mener at også uvesentlige endringer er forargelige, eller at verket overhodet ikke må få komme ut, kan han ikke føre den almene personlighetsrett i marken til støtte for dette. Og bedre hell har man ikke, om man vil utvide *le droit moral* overfor arvingene, eller efterat verkene er falt i det fri.¹

b) Vi sa foran i § 13, at noe av det viktigste ved ophavsmannens ideelle rett i verket er adgangen til å sette sig imot at det blir gjengitt offentlig i forvansket skikkelse. Denne retten hindrer imidlertid ikke at et e k s e m p l a r a v v e r k e t — originalen eller en reproduksjon — blir forvansket og «forbedret» av eieren, og enda mindre at han simpelthen tar og ødelegger det. Hvis det derimot blir tale om noen slags offentliggjørelse av det reviderte kunstverk, er ophavsretten på pletten og hindrer det. Eieren kan således ikke holde det

¹ Derimot er antagelig retten til å nevnes som oppfinner i patentbrevet så naturlig og dypt personlig, at oppfinneren ikke kan gi avkall på den ved avtale.

tilfals, og heller ikke stille det ut offentlig.¹ Det minste ophavsmannen isåfall kan kreve er at hans signatur blir strøket, og hvis maleriet allikevel bærer umiskjennelige spor av hvem som er ophavsmannen, kan han helt forby det.²

Men ophavsmannens ideelle interesser er ikke helt frelst ved disse reglene. Selv om kunstverket befinner sig i det privateste eie, kan det være kjedelig for ham at hans navn er knyttet til det i forvansket skikkelse, og man kan også spørre (som Mot. Å. gjør s. 44), om han ikke «av hensyn til sin interesse i at verket bevares for kommende slekter i den form han har gitt det, og derved bevarer hans navn på en måte han er tjent med, kan forlange at eieren ikke ødelegger, overstryker eller overhodet forandrer det verk han har skapt». Skjønt forfatterlovkomitéen var klar over at man derved lot en viktig del av den ideelle retts positive side ligge ubskyttet, tok den ikke op regler som kunde hindre dette. Ikke akkurat fordi de «begrepsmessig» vilde falle utenfor ophavsretten, men «dels fordi et forbud rettet til eieren mot ødeleggelse eller forringelse av verket som regel er helt overflødig, dels fordi forbudet efter forholdets natur nødvendigvis vilde være dødfødt», idet eieren så lett kan omgå det, fordi ingen kan kontrollere hvad det hender i privatlivets fred.

¹ En kjent tysk dom handler om dette. En maler hadde i vestibylen til et hus malt noen takdekorasjoner, som forestillet «*Eiland mit Sirenen*». Disse siste var, som man kan tenke sig, lite påklædt. Av hensyn til enkelte av sine gjester fant imidlertid eieren at de burde være forsynt med fikenblader både hist og her, og lot dette effektuere. Da maleriet var anbragt på et sted som folk lett hadde adgang til, fant Reichsgericht at dette stred mot malerens ophavsrett. (D. a. 1913 s. 9.)

² Slik lå forholdet an i en eiendommelig sak i U. f. R. 1932 s. 702. Maleren Slott-Møller hadde malt et billede, «Ægir og hans døtre», en rødskjegget mannsperson omgitt av seks nakne kvinner. Ægir var senere blitt gjort om til en dame, og maleriet hadde fått tittelen «Venus fødsel». En mann som hadde fått billedet overdradd og tenkte på å selge det videre, lot Slott-Møller se på det. I vrede over forvandlingen, og for å hindre at det på ny kom i omsetningen, tok denne og skar det i stykker, hvorefter han blev saksøkt til erstatning. HR. frifant ham imidlertid. Selv om signaturen blev fjernet, vilde billedet allikevel holdes for hans, p. g. a. den karakteristiske malemåte. Og da fant retten at maleren hadde «krav på at videreförhandling av billedet utelukkes ved at det tilintetgjøres, jfr. herved grunnsetningen i §§ 32 og 16 i L. nr. 72 av 1 april 1912». Og selv om han selv hadde eksekvert dødsdommen, kunde han ikke være erstatningspliktig. Dommen er djerv, men kunde heller ikke efter norsk rett kalles uriktig, siden det var på det rene at maleriet skulde holdes tilfals.

Under disse omstendigheter lar det sig sikkert ikke gjøre å komme frem til et forbud mot ødeleggelse, ved å falle tilbake på den almindelige personlighetsrett, som vilde krenkes når kunstnerens «åndelige barn» blir lemlestet eller drept. Så sterkt som en sånn regel vilde stride mot tilvante forestillinger om eiendomsrett og eiendomsrådighet, kreves det nok positiv lov for å få den gjennomført.¹ Derimot vil jeg tro at kunstneren i alle tilfelle må ha rett til å få signaturen strøket, hvis han finner at den ellers blir skandalisert. Og k a n s k j e kan man gå så langt at han kan kreve arbeidet ødelagt, hvis det også efterat signaturen er strøket bærer umiskjennelig preg av å skrive sig fra ham.

En annen og eiendommelig kollisjon mellom kunstnerens personlighetsrett og eiendomsretten til det fysiske materiale som åndsverket er uttrykt i, vil også ubetinget måtte løses i personlighetsrettens favør: For noen år siden hendte det i Frankrike at en maler skar i stykker et av sine bilder og kastet det i søplekassen. En klutesamler fant det, satte det sammen og solgte det. (D. A. 1932 s. 47). Med rette fant de franske domstoler at kunstneren kunde kreve billedet tilintetgjort. Han kunde ikke tvinges til å stå som ophavs- mann til et åndsprodukt som han uttrykkelig hadde forkastet, selv om klutesamleren hadde erhvervet eiendomsretten til de forskjellige stykkene av lerretet.

e) Det er et spørsmål om man ikke kan skaffe de u t ø v e n d e k u n s t n e r e beskyttelse mot dårlige og kompromitterende gjengivelser av deres prestasjoner, ved den almindelige personlighetsretts hjelp. Ved behandlingen av den egentlige ophavsrett var vi nødt til å stille oss avvisende til deres i og for sig berettigede krav, og det skulde også temmelig meget til før man vil dømme det som utilbørlig konkurranse at prestasjonene blir gjengitt mekanisk eller kringkastet, uten at kunstneren har gitt lov til det. Hvis det derimot ikke bare er chansen til å tjene penger man tar fra ham, men

¹ Slik har også de franske domstolene sett på saken, D. a. 1931 s. 123 og 1935 s. 30. Den nye østerrikske lovs § 21 (2) lar forbudene mot endringer av verket eller signaturen også gjelde originaleksemplaret, «*auch dann, wenn die Urstücke nicht auf eine Art benutzt werden, die das Werk der Öffentlichkeit zugänglich macht.*» Den tsjekkiske lovs § 19 har en interessant regel om forholdet mellom ophavsretten og eiendomsretten til eksemplarer; den går meget langt i ophavsrettens favør.

utnyttelsen går på kunstneriske og personlige verdier løs, må han kunne protestere, med den rett han har som menneske og som kunstner. Før man får sikrere støtte for dette i den almindelige rettslige opinion og helst også i rettspraksis, er det dog best å være forsiktig og innskrenke rettsbeskyttelsen til de grovere og mest oplagte tilfelle.

d) Halsløs gjerning vilde det derimot være om man forsøkte å skaffe plass for *le droit de suite* og lignende utvidelser av forfatterretten, ved å appellere til personlighetsrettens beskyttelse.¹ Både i sin grunntanke og i sine forskjellige utformninger er dette institutt temmelig positivrettslig anstrøket, og det er heller ikke ideelle og personlige interesser det tar sikte på å verne, men meget prosaiske pengehensyn.

4. I mange av de tilfelle hvor vi i henhold til foranstående fant anledning til å fylle ut Å.'s vern for de ideelle interesser ved hjelp av den almindelige personlighetsregel, er det notorisk og vitterlig at det dreier sig om rene personlige rettigheter. Således når det gjøres brudd på anonymiteten, eller ens navn settes i forbindelse med verker man ikke har hatt det fjerneste med. I andre tilfelle er derimot forbindelsen med den ophavsrettslige *droit moral* nærmere, og undertiden kan grensen mellom dem endog være helt flytende. Hvis verket selv er intakt, men fremføres i kompromitterende utstyr eller omgivelser, skulde det således ikke være ophavsretten som var krenket, men personlighetsretten; og dog er det lett å tenke sig overgangsformer, hvor man ikke vet om det er selve verket eller bare rammen, som er forargelsens kilde. Knyttes ens navn til forvanskninger av egne verker, er det brudd på ophavsretten, mens det krenker personlighetsretten at det henges på helt fremmede; grensen mellom forvanskninger og nye verker er imidlertid flytende. Vil man komme fra en avtale om å la andre stå som far til sine arbeider, skjer det i kraft av ophavsretten, og det samme må man si hvis man nekter å stå ved et løfte om å la være å offentliggjøre verker som er skapt; men sier man sig løs fra en kontrakt om aldri å skrive eller male mere, må det nærmest bli personlighetsretten man faller tilbake på. Gjør man gjeldende *le droit au repentir* overfor sin medkontrahent, må det være ophavsretten til verket man hevder, skjønt vår Å. ikke har anerkjent den i sine paragrafer. Og når endelig en maler setter sig imot overmaling av rent «private» bilder, eller

¹ Det samme gjelder om den «videnskapelige eiendomsrett».

i allfall krever signaturen fjernet, er det i kraft av en personlig rett, mens det er ophavsretten han bruker når han protesterer mot at billedet blir solgt eller utstillet.¹

At grensen mellom ophavsretten og de rent personlige beføielser blir så flytende i alle disse tilfelle, har sin naturlige forklaring: De interesser som skal vernes er de samme i begge fall, og har sitt utspring i visse menneskelige verdier av ideell og personlig natur. Forskjellen er bare at man regner vernet for å høre med til ophavsretten, hvis interessene krenkes gjennom handlinger som samtidig inneholder en uberettiget disposisjon over verket, som åndelig realitet betraktet. Og da dette ifølge sakens natur ikke har helt faste og utvilsomme grenser, blir det en uundgåelig følge at grensen mellom ophavsrett og personlighetsrett ikke kan trekkes op med lineal.

III. Personlighetsretten oppstår av sig selv, uten at det spørres om noen slags formaliteter, som registrering c. l. Den varer så lenge interessen ved den er tilstede, altså først og fremst mens personen selv lever. Men heller ikke etterpå er personlighetens rettsvern forbi, noe som bl. a. viser sig i reglene om *droit moral* etter døden, og bestemmelsen i V. § 2 d, som verner navnet og utseendet mot å bli brukt til varemerke av andre, hvis de ikke «åbenbart sikter på en for lengere tid siden avdød person». Men når personligheten selv er død, skal det naturligvis mere til før rettsstridsgrensen er overskredet.

Også om personlighetsvernet gjelder det i almindelighet at det bare virker på norsk territorium. Men hvem det kommer til gode er kanskje litt tvilsomt. Etter sin karakter, og under hensyn til rettens verdighet, skulde man tro at den menneskelige personlighet burde vernes her i landet, uten hensyn til vedkommendes bosted, rase eller statsborgerforhold. Men enkelte positive bestemmelser i lovgivningen peker i annen retning. N. § 23 forutsetter således at «utenlandske slektsnavn» ikke går inn under loven, og de personrettslige reglene i Å. og V. kommer ikke helt fremmede personligheter til gode.

Ikke desto mindre må i allfall de mere centrale personrettslige reglene også beskytte utlendinger. Gjelder det anvendelse som varemerke, er et utenlandsk navn utvilsomt vernet etter V. § 2 d (jfr.

¹ Den polske lovs art. 58 regner op 8 slags «personlig skade» i forbindelse med åndsverker. Enkelte av dem er tydelige ophavsrettskrenkelser.

Utk. 1930 s. 13, som uttaler det samme også om utlendingers billede) og heller ikke Å. kan forstås sånn, at den positivt utelukker utlendingers ideelle interesser i åndsverker fra å beskyttes av andre regler enn Å.'s. Når dertil kommer at det også ellers er regelen at personlige interesser beskyttes her i landet, uten at man spør hvor bæreren er fra, mener jeg man kan gå ut fra at visse fl a g r a n t e a n g r e p p å d e m v i l b l i a v v i s t e f t e r n o r s k r e t t, s e l v o m d e t s k j e r g j e n n e m m i s b r u k a v k j e n n e t e g n e l l e r a v a n d r e s å n d s v e r k e r. F o r p e r s o n n a v n e n e s v e d k o m m e n d e b l i r f o r h o l d e t s j e l d e n p r a k t i s k, s i d e n d e t o f f e n t l i g r e t t s l i g e f o r b u d m o t n a v n e f o r a n d r i n g s t å r i v e i e n, o g s i d e n e n f o r n u f t i g b e v i l l i n g s p r a k s i s n o k v i l h i n d r e d e v e r s t e m i s b r u k. M e n v e d k u n s t n e r n a v n o g d e k k n a v n k a n s p ø r s m å l e t b l i a k t u e l l e t. O g d a m e n e r j e g, a t f. e k s. e n d a n s k f o r f a t t e r m e d e t k j e n t d e k k n a v n k a n g r i p e i n n i k r a f t a v p e r s o n l i g h e t s r e t t e n, o m e n k o l l e g a i N o r g e b e g y n n e r å s k r i v e u n d e r s a m m e n a v n. P å s a m m e m å t e n t r o r j e g a t e n k u n s t n e r s o m e r u b e s k y t t e t a v B e r n k o n v e n s j o n e n, k a n p r o t e s t e r e m o t v i s s e g r o v e k r e n k e l s e r a v h a n s i d e e l l e r e t t i v e r k e t, f. e k s. n å r d e t o f f e n t l i g g j ø r e s f o r f ø r s t e g a n g m o t h a n s v i l j e, e l l e r i e n h e l t f o r v a n s k e t s k i k k e l s e.

Det skal imidlertid innrømmes at de rettsreglene som her er utviklet ikke hører til de mest effektive, siden overtredelse av dem ikke er belagt med straff, og vi dessuten lever under den høist ufullkomne rettsstilstand at bare økonomisk skade er gjenstand for erstatning.

IV. Personlighetsretten og åndsrettighetene arbeider imidlertid ikke bare hånd i hånd, men kan også komme i konflikt med hverandre, idet den enes personlighetsrett vilde krenkes, om den annen bruker sin åndsrettighet innenfor dens naturlige grenser. Resultatet kan da enten bli at vedkommende åndsrettighet blir kvalt i fødselen, eller at det blir lagt visse bånd på utøvelsen av den.

Ved ophavsretten til private brev har man et godt eksempel på dette. Her som ellers er det ophavsmannen, d. v. s. brevskriveren, som har forfatterretten til produktet, mens adressaten bare er eier av det papir som brevet er skrevet på. Men hvis brevet inneholder personlige ting, som er offentligheten uvedkommende, behøver han ikke finne sig i at det blir publisert av den brevskrivende forfatter. Det var uttrykkelig sagt i Ot. prp. 22, 1930 s. 32: «Ophavsmannen er avskåret fra å gjøre bruk av sin rett ved private brev, når mot-

tageren eller hans arvinger p. g. a. sine personlige interesser nekter å gi sitt samtykke til dets offentliggjørelse.» Etter en nokså forvirret debatt i stortinget gikk bestemmelsen ut, men da den ikke sier annet enn hvad det alt gjelder efter almindelige rettsgrunnsetninger, spiller dette ingen rolle. Adressatens — eller andres — personlighetsrett legger allikevel bånd på ophavsretten, og hindrer den positive utøvelsen av den.

Det samme kan retten til eget bilde gjøre efter A. § 12, og efter Foto. §§ 3 og 6, som i prinsippet gjør all offentliggjørelse av andres personlige bilde avhengig av dennes samtykke.¹ Som varemerke kan man ikke få registrert andres bilde uten samtykke (V. § 2 d), og det er heller ikke lovlig å bruke et sånt merke uten registrering.

V. Da forholdet mellem konkurranseretten og de særlige åndsrettighetene blev skildret, viste det sig at den økonomiske siden ved dem blev supplert på en meget virkningsfull måte av de almene konkurranserettslige prinsipper, først og fremst av generalklausulen. Med et kosmogonisk bilde kan forholdet beskrives sånn, at de ulike åndsrettigheter i tidens løp er krystallisert ut som faste planeter av den almindelige konkurransemorals urtåke, men at en del av denne er blitt hengende igjen rundt dem, som ringene rundt Saturn. Noe lignende kan imidlertid også sies om åndsrettighetenes forhold til personlighetsprinsippet, som også har gilt materiale til oppbyggingen av de særlige åndsrettigheter, og også til dels er blitt hengende rundt dem, forsåvidt deres ideelle side angår.

Den «aura» av almene rettssetninger som omgir åndsrettighetene, er derfor i virkeligheten dobbelt. Ikke en, men to ringer omgir de spesielle åndsrettslige «planeter», den ene økonomisk, den annen ideell. Å angi når planetene slutter og tåkeringene begynner er ikke alltid lett, og heller ikke å bestemme hvor langt ringene strekker sig ut i eteren, p. g. a. det luftige materiale de er gjort av. Det er imidlertid dette vi har forsøkt på i den del av boken som nå er slutt.

¹ I §§ 7 og 8 gjør Foto. dog visse undtagelser fra prinsippet, og de må gjelde ved åndsverkene også.

Slutning.

§ 61.

Åndsrettighetenes natur.

I. De som er fortrolig med immaterialrettslitteraturen, har kanskje undret sig over at de hittil ikke har støtt på noen paragraf om disse rettigheters juridiske natur. Skildringen av den pleier nemlig å ha en bred plass,¹ ikke minst når det er forfatter- og kunstnerretten det gjelder. Diskusjonen om dennes sanne karakter har gått uavbrutt på i de siste par hundre år, og kampen for eller imot retten har for største delen vært ført som en strid om hvordan den skulde opfattes i rettslig henseende. Ikke bare jurister, men også politikere og filosofer har gitt sitt besyv med i laget, stundom med adskillig effekt. Ifølge K o h l e r (s. 98) skulde således hele ophavsrettens utvikling i det 19. århundre bero på idékampen mellom «*dem mystisch-phantaschischen Schwaben Hegel*» — som K o h l e r selv søker støtte hos — «*und dem blutlosen Königsberger Kant*», som lanserte personlighetsteorien.

Et dramatisk høydepunkt nådde diskusjonen om forfatterrettens karakter i 1886, da hele Bernkonvensjonen holdt på å gå i vasken, fordi franskmennene endelig vilde kalle ophavsretten til åndsverker for en *propriété*, mens tyskerne erklærte at det kunde de ikke for sin samvittighet, og at konvensjonen da heller fikk være. Først i siste øieblikk lyktes det konferansens president, N u m a D r o z, å få ørenslyd for den fornuftige betraktning at «*l'essentielle est d'avoir la chose, puisqu'il n'est pas possible d'avoir le mot*».

Efter dette skulde man tro at spørsmålet om åndsrettens juridiske natur var grunnleggende, både teoretisk, praktisk og lovgivningspolitisk. På en måte er dette også tilfellet. Således må rettighetenes utviklingshistorie overbevise alle om hvilken betydning det har å

¹ Hos G r u n d t v i g fyller den således 30 av de vel 200 sider, og S t o l f i skriver innpå 60 sider om spørsmålet.

velge en anslående og riktig etikett, når nye rettstanker skal kjempes frem. Også i våre dager gjelder *Laboulayes* bemerkning, at hvis det tales om eiendomsrett bøier de fleste sig, men nevner man ordet *privilegium*, reiser det sig straks protest.¹ Denne siden av saken lar jeg dog ligge. Dels ligger lovgivningspolitisk propaganda i periferien av dette arbeide, dels vil en karakterisering med slikt formål lett falle anderledes ut, enn den som bygger på dagens positive rett.² Heller ikke skal jeg opholde mig ved hvad riktig karakteristikk betyr for rettighetenes beskrivelse og systematiske plasering, men la fremstillingen tale for sig selv i så måte. Derimot vil jeg si noen ord om hvilken verdi den kan ha for rettsanvendelsen, skjønt dette spørsmål i virkeligheten er helt almindelig, og ikke særeget for åndsretten.

Imidlertid har det vært livlig diskutert her i Norden nettop for disse rettigheters vedkommende. I en ungdomsavhandling i T. f. R. 1907 s. 181 ff. har således *Vinding Kruse* fremhevet hvor viktig det er å ordne og særmerke de forskjellige rettigheter, og ment at en slik undersøkelse gir nøkkelen til mange viktige enkeltspørsmål i forfatter- og kunstnerretten. Dypere selt er det nemlig karakteren som er kilden til de enkelte lovbestemmelser, ikke omvendt som det vanligvis påstås (s. 191). Hvis man savner lovregel, eller lovens løsning er tvilsom, er det derfor rettighetens natur man faller tilbake på, og som gir løsningen (s. 187). I fremmed forfatterrett dukker lignende synsmåter ofte frem. *Stolfi* går således i rette med *Scialoja*, fordi han ikke tok inn en beskrivelse av forfatterrettens natur i den italienske forfatterlov av 1865, slik som *de Borchgrave* gjorde i den belgiske loven av 1886. Nesten enda videre går franskmannen *Darras*, som mener at alle ophavsrettslover burde si i motivene hvordan de ser på rettens juridiske natur, til orientering for rettsanvendelsen.³

¹ Se *Ruffini* (s. 45).

² Gjelder det å drive propaganda blandt politikere eller blandt publikum for ophavsrettslige idéer, kan det således nok være at teorien om åndelig eiendomsrett fremdeles har sin misjon.

³ *Ruffini* s. 24. At de forfattere som selv er far til en ceber «teori», tillegger den stor praktisk verdi, kan ikke forundre. *Kohler* undlot således sjelden å fremheve hvilken betydning hans *Immaterialgüter-Theorie* har hatt for utviklingen av verdens patent- og ophavsrett. Og belgieren *Picard* mente at hans lære om *les droits intellectuels* kunde sammenlignes med dampmaskinens oppfinnelse i industriens verden.

Helt avvisende overfor slike tanker er derimot E. H y l l e s t e d i en artikkel i T. f. R. 1910 s. 211 ff. Han hevder bestemt at når nye, ulovbestemte spørsmål melder sig, må dommeren løse dem etter forholdets «reale» grunner, og ikke ut fra hvad han mener rettighetens karakter tilsier (s. 212). Den «konstruktive» metode, som trekker almen-setninger ut av en rekke fastslåtte enkeltløsninger, og så bruker disse setningene til å avgjøre nye spørsmål, er ifølge H y l l e s t e d bare en hindring for at disse får en allsidig og uhildet bedømmelse.¹ Enda verre er det naturligvis, hvis rettens påståtte karakter ikke hviler på virkelige positive rettsregler, men på deres antagelige formål, eller på subjektive formeninger om hvordan retten i almindelighet ser på eller bør se på de rettigheter det gjelder.

Skjønt H y l l e s t e d s advarsler inneholder adskillig sannhet, skyter de dog over målet. Det er riktig at prøvelsen av enkelttilfellets reale eiendommelighet ikke må drukne i almindelige betraktninger over rettighetens karakter, og ikke mindre riktig at man ikke må gripe denne karakter ut av luften, eller støtte den på en aldri så klippefast overbevisning om hvordan sakene egentlig b u r d e arte sig. Men herav følger ikke, at også en karakteristikk som har sitt grunnlag i positive lovbestemmelser, skulde være verdiløs for dommeren. Når den er vunnet på denne måten, vil den tvertimot være til stor nytte. Dels opplyser den ham om lovens almindelige interessevurdering på området, dels viser den innstillingen til spørsmål som ligger nær det han stiller med. En henvisning til karakteren kan ganske visst aldri tre istedenfor den reale spesialundersøkelse. Men all den stund det er bra at rettsreglene henger sammen og harmonerer, er det overfladisk å frakjenne betraktninger om en rettighets karakter, rettslige natur eller lignende, all verdi. Det positivrettslige grunnlag som slike undersøkelser må bygge på, fører dog til at man ikke kan beskrive ophavsrettighetenes karakter universelt, men må holde sig til en bestemt gitt rettsorden, til en gitt tid. Derfor tar jeg, som P i l e n k o i sin patentrett, rettighetenes almene karakteristikk i slutten av fremstillingen, og ikke i begynnelsen, som de fleste har for skikk.²

¹ «*Q'importe le flacon, pourvu qu'on ait l'ivresse!*»

² I denne plaseringen ligger også antydning at jeg ikke anser spørsmålet for å ha grunnleggende betydning for fremstillingen, men som en gagnlig avsluttende undersøkelse, som gjør det mulig å vinne et avrundet og samlende helhetsinntrykk av rettighetene.

Før jeg tar fatt på den, må jeg dog ytterligere prøve leserens tålmodighet med en aldri så liten «Principinledning», som svenskene kaller det: Det gjelder om rettigheter som om mennesker og ting, at de kan beskrives og bedømmes ut fra mange forskjellige synspunkter. To forskjellige karakteristikk kan derfor være like riktige, hvis synsvinklene er forskjellige. Hvis A. sier om en hest at den er 3 år gammel, kan ikke B. slå påstanden ihjel ved å godtgjøre at hesten er sta. Hadde de juridiske forfattere holdt sig denne sannhet etterrettelig, vilde diskusjonen om åndsrettighetenes natur ha skrumpet betraktelig inn.

Når man skal gi et uttømmende bilde av en subjektiv rettighet, er det hovedsakelig to forskjellige synsvinkler det må opereres med. Først må man se saken g e n e t i s k og skildre hvordan retten blir til, og hvilken plass blandt rettighetene dens tilblivelsesmåte gir den. Dernest må rettigheten beskrives fra den statiske side (P i l e n k o s. 597), eller rettere fra den s t a t i s k e o g f u n k s j o n e l l e; derved får man beskjed om hvad retten går ut på, hvilke elementer den består av, og hvordan den arter sig i livet. Begge disse sidene ved åndsretten skal vi nu søke å skildre.

II. 1. Hvordan rettighetene tar sig ut fra et genetisk synspunkt har vi beskrevet i en av de første paragrafene (§ 4), da vi talte om deres stilling i nutidens rettsliv. Alt i innledningen holdt jeg det nemlig for nødvendig å slå fast at de ikke var vilkårlige nådesakter, men virkelige rettigheter, og at de hadde et like sikkert grunnlag i reale betraktninger og i den levende rettsopfatning, som f. eks. eiendomsretten til legemlige ting. For ophavsrettens vedkommende gir Mot. Å. s. 14 klart uttrykk for dette syn: «Det foreliggende utkast til lov om vern for åndsverker bygger på den prinsipielle opfatning av ophavsretten som den franske revolusjons lovgivere slo fast, og som siden den tid har vunnet stadig større tilslutning: Kunstnerens og forfatterens krav på at rettsordnen garanterer ham adgang til å nyte de økonomiske frukter av sitt arbeide, er likeså dypt etisk og socialt berettiget, som selve eiendomsretten til materielle ting. I samme forstand som denne er også forfatter- og kunstnerretten en «naturlig rett», som den positive rettsorden ikke skaper, men bare beskytter og eventuelt begrenser. Berettigelsen av åndsarbeiderens krav er for nutidens rettsbevissthet så innlysende, at en rettsorden som gjorde forsøk på å fornekte det vilde komme i så sterk kollisjon

med rettsfølelse og rettferdsforestillinger, at dens bud vilde stå i fare for å miste sin karakter av rettsbud, og iallfall foreløbig være henvist til å hevde sig som rene maktovergrep.» Den opfatning som her gjøres gjeldende — kanskje i en vel tilspisset form — er ikke gyldig bare for ophavsretten, men for alle åndsrettighetene. Det er den samme tanken P o u i l l e t og en rekke andre fremmede forfattere vil uttrykke, når de sier at loven ikke skaper oppfinner- eller forfatterretten — den har bestått til alle tider — men bare stadfester den og regulerer den i enkelthetene.¹

2. Når vi derefter skal særmerke åndsrettighetene efter deres innhold og virksomhet, er det nyttig å minne om hvad en subjektiv rettighet er. Som foran antydnet er det nemlig ikke naturlig å bruke denne betegnelsen, overalt hvor borgerne har adgang til å dyrke og forsvare sine interesser på egen hånd. Det kreves dessuten at rettsnytelsen er fortettet omkring en materiell eller immateriell gjenstand, som rettighetshaveren får rå over, og sånn at rådigheten nettop blir innholdet av rettigheten. G j e n s t a n d e n s a r t (a) og r å d i g h e t e n s u t s t r e k n i n g (b) blir derfor de to første viktige trekk i en rettighets juridiske fysiognomi. For spørsmålet om retten kan gå over på andre, er det dernest interessant å vite om den er a v p e r s o n l i g e l l e r ø k o n o m i s k k a r a k t e r (c).

a) Som oftere fremhevet er det praktisk å se alle åndsrettighetene som en adgang til å ø v e r å d i g h e t o v e r e n u l e g e m l i g g j e n s t a n d, åndsverket, oppfinnelsen, navnet eller varemerket.² Dette er ikke noen fiksjon; det objekt som retten knyttes

¹ s. 2 jfr. B. s. XVI. På lignende måte uttrykker også Wienerkongressen av 1873 sig: «Patent er en eiendomsrett. Loven skaper den ikke, men regulerer den.» Derimot mener den svenske Patent. bet. (s. 162), at det her er en forskjell mellom patentretten og f. eks. eiendomsretten: «Patentet innebär därför icke, såsom man med äganderättsbeteckningen velat antyda, endast ett bekräftande av en uppfinnaren tillkommande, i själva rättsordningen grundad så kallad naturlig rätt till sitt verk, utan är att fatta såsom en genom positiva lagbestämmelser av såväl lämplighets- som billighetsskäl, med hänsyn lika mycket till näringslivets, särskilt industriens, som till uppfinnarnas intressen tillskapad rätt av, såsom nyss antytts, i viss mån monopolartad natur.» — Det er ikke bare stilens skyld at denne uttalelsen faller tungt for brystet.

² I M i n t z ' s f e s t s k r i f t t i l H e r m a n n I s a y s 60-årsdag s. 68 ff. har M a r i o G h i r o n fremsatt en teori som er adskillig i slekt med tekstens, men som ikke holder selve åndsproduktet, merket o. s. v. for å være rettsobjektet, men det b e s k y t t e d e verk.

til er ikke mindre reelt enn legemlige ting, bare en annen slags. Ved alle åndsrettigheter må det derfor sondres mellom det materielle uttrykksmiddel som er eiendomsrett undergitt — et eksemplar av boken, oppfinnelsen eller merket — og det immaterielle «verk» som er selve rettighetens gjenstand.

Ved flere av dem er det dessuten et grenseområde, hvor det er tvilsomt om de lar sig kondensere slik omkring en ulegemlig gjenstand, at det er riktig og praktisk å tale om en virkelig rettighet. I denne overgangssfare forflyktiges derfor rettighetene. Det henger sammen med, at mens de fysiske gjenstander har skarpe grenser — iallfall skarpe nok til rettsordnens bruk — er grensen mellom å være og ikke være temmelig flytende i åndsverdiens verden.

b) Den rådighet som de forskjellige åndsrettigheter gir adgang til er forsåvidt *a b s o l u t t*, som den må respekteres av alle og enhver, akkurat som eiendomsretten og de andre tinglige rettigheter. Den tilspisser sig ikke, sånn som fordringsretten gjør, mot en bestemt annen person, som er særlig forpliktet i forholdet.

Derimot er rådigheten ikke absolutt i den forstand, at rettighetshaveren får adgang til å rå over gjenstanden i alle tenkelige retninger. Det er heller ikke eiendomsretten, og neppe heller noen annen subjektiv rettighet. Den rådighet åndsrettighetene gir beskrives forskjellig i de ulike lovene. Men i hovedsaken får innehaveren enerett til å utnytte rettsobjektet på den måten som dets natur tilsier.¹ Ved de fleste åndsrettighetene er dog eneretten gjennomført med sterke begrensninger. Og det er heller ikke utelukket at rådigheten tar en annen form, f. eks. rett til å kreve en viss betaling hver gang verket blir brukt. Å nekte at også denne slags beskyttelse gir anledning til en virkelig immaterialrett, er det ingen grunn til.

c) Særlig for spørsmålet om åndsrettighetenes sirkulasjon i rettslivet — derunder om de kan være kredittbasis og gå i arv — er det av stor betydning at de har *d o b b e l t r e t t s g r u n n l a g*, idet de dels verner ideelle interesser, dels økonomiske. Denne dualismen går dem nemlig sånn i blodet, at den preger alle de rettsreglene det her blir tale om. «Legeringen» mellom de ideelle og økonomiske

¹ At eneretten består av to deler, en *p o s i t i v* rett til å utnytte godet selv, og en *n e g a t i v* forbudsrett som hindrer at andre gjør det samme, har vi fremholdt ved forskjellige anledninger.

ingrediensene er imidlertid forskjellig ved de forskjellige rettigheter, likesom det heller ikke er ganske de samme personlige rettshensyn som trer i forgrunnen. Resultatet blir derfor at reglene om overdragelighet, eksekusjon, arv, ekspropriasjon m. v. slett ikke stiller sig ens over hele linjen.

Overhodet er det en av de vanskeligste sidene ved åndsretten å veie de personlige og de økonomiske interesser mot hverandre når de kommer i konflikt. Det gjelder da å sammenligne verdier som i virkeligheten er inkommensurable, og det er alltid litt av et kunststykke. Å opstille noe almindelig prinsipp om hvordan denne avveining skal legges an — f. eks. at de personlige interesser alltid skal ha overvekten over de økonomiske¹ — lar sig ikke gjøre, hverken *de lege lata* eller *ferenda*.

3. Skulde jeg samle i noenlunde knapp form, hvordan åndsrettighetenes natur arter sig, vilde jeg si omtrent som så: De er rådighetsrettigheter over ymse slags ulegemlige gjenstander, med både personlig og økonomisk karakter. Av innhold og utstrekning er de forskjellige, men de er rettet mot alle og enhver.²

Mot en slik karakteristikk innvender *Dernburg* (s. 39), at den er tom på det avgjørende punkt. Den sier ikke hvad slags rådighet retten gir adgang til. Ganske anderledes opplysende er f. eks. definisjonen av en fordringsrett, som forklarer at retten består i å kreve en handling eller en undlatelse av skyldneren. Til det kan man igjen svare, at heller ikke definisjonen av eiendomsretten er mere innholdsrik; også den tier om hvad slags rådighet retten gir. Når den allikevel har klart sig noen tusen år, kommer det av at den rådighet det kan bli tale om i virkeligheten gir sig av sig selv, fordi den avhenger av gjenstandens medfødte evne til å tjene menneskelige behov. Ganske det samme gjelder imidlertid om åndsretten og den rådighet som den gir anledning til. Over et åndsverk kan man rå ved å trykke det, lese det op eller kringkaste det, som man rår over en biff ved å spise den. Åndsverker kan derimot ikke fortæres, likeså litt som biffen kan kringkastes.

¹ *Vinding Kruse* hos *Grundtvig* s. 40.

² Altså som *Bernbyråets* avdøde direktør *Röthlisberger* skal ha uttrykt sig: «*Le droit d'auteur est donc, un, mais il est un droit à double face, une sorte de Janus juridique.*» (*Ruffini* s. 57.) Jfr. også *Allfelds* kommentar til den tyske forfatterlov (1928) s. 21, og redaksjonsartikkelen i *D. a.* 1933 s. 15.

§ 62.

Andre opfatninger. Særlig om den «åndelige eiendomsrett».

I. I tidens løp er det fremsatt ubegripelig mange meninger om hvad som særmerker åndsrettighetene i juridisk henseende. Å gjøre uttømmende rede for dem vilde være et Sisyfos-arbeide. Men noen av de viktigste teoriene bør nevnes.

Ved første blick virker uenigheten mellem forfatterne rent forvirrende. Adskillig av den kommer dog av at noen søker å karakterisere åndsrettighetene efter deres innhold og virkning, mens andre fester sig ved tilblivelsesmåten og deres stilling i retten. Dessuten vil naturligvis ulikheten mellem landenes positive rett forklare en del av divergensene; en teori som kan være «riktig» i et land, behøver derfor ikke å dekke de positive lovbestemmelsene i et annet. Men selv med disse forbehold blir det dissenser nok tilbake.

1. Innledningsvis stanser jeg et øieblikk ved en teori som man godt kan kalle offentligrettslig,¹ fordi den ikke holder åndsrettighetene for virkelige private rettigheter, men bare for refleksvirkninger av de offentligrettslige straffebud mot ettertrykk, patent- og varemerkemisbruk. Betegnende nok er det særlig statsrettslærere som har gått inn for den, Laband, Gerber m. fl. Teorien er ganske visst ikke synderlig i skuddet for tiden, men er allikevel så karakteristisk at jeg nevner den.

Torp (s. 3) og efter ham Grundtvig (s. 20) har ment å kunne slå den ihjel, ved å si at den forveksler årsak med virkning: rettighetenes anerkjennelse er ikke en følge av straffebudene, men nettop årsaken til disse. Dette er dog ikke særlig treffende; rettigheten og rettsreglene som beskytter den, er samme sak sett fra forskjellige sider, og står ikke i noe årsaksforhold til hverandre. Men teorien er gal av andre grunner. Historisk og positivrettslig er det like skakt, å se vernet for ophavsmennes og merkeinnhavernes interesser som en refleks av rettsregler der står i andre formåls tjeneste. Tvertimot er det disse selvsamme private interesser straffebudene har til formål å trygge, — *«das Verbietsrecht ist nur die Schale, welche den fruchtbaren Kern umschliesst»* (Kohler) — og da beskyttelsen også oppfyller de tekniske krav som må stilles, er

¹ Således Ruffini s. 37.

åndsrettighetene så gode rettigheter som noen. Man kunde like godt påstå at heller ikke eiendomsretten var en sann subjektiv rett, men bare refleksen av straffebudet mot tyveri.¹ Til overflod har vi hos oss en autoritativ uttalelse som tar positiv avstand fra refleksteorien: «At man her står overfor en virkelig r e t t i g h e t, og ikke bare har en refleksvirkning av straffebudet mot ettertrykk for sig, fremgår med all tydelighet av utkastet,» sier Å. i sine motiver (s. 15).

2. Som nr. to i rekken kan kanskje nevnes de forskjellige p r i v i l e g i e- og m o n o p o l t e o r i e r, som heller ikke i nutiden er helt uten tilhengere. Ved å kalle åndsrettighetene for privilegier har man ganske visst ikke sagt noe om deres innhold, men bare at de er undtak fra andre regler, som forutsettes som de normale. I dette stykke suppleres dog privilegieteorien gjerne av monopolteorien, idet privilegiet nettop består i at rettighetshaveren får monopol på handlinger som ellers stod åpne for alle, i kraft av prinsippet om almenhetens fri erhvervsvirksomhet. Som illustrerende paralleller henviser man til de forskjellige «*Bannrechte*», som gjorde så den ene og så den annen næring til privilegium for enkeltmenn i gammel tid, og kommer til det resultat at åndsrettighetene i virkeligheten er «*die Bannrechte der Neuzeit*».

Forsåvidt den rene privilegietanke angår, der forutsetter at ophavsmannen får en begunstiging som hans egen innsats og almindelige rettsgrunnsetninger ikke berettiger ham til, er det i det foregående gjort op med den så ofte, at jeg ikke skal trette med å gjenta det. Det samme gjelder i virkeligheten også monopolteorien, hvis den underforstår — og det gjør den som regel — at det er et uforljønt og derfor privilegieartet monopol, rettighetshaveren blir betenkt med.

Men monopolteorien har også en annen skikkelse. Den behøver ikke bestride at åndsrettighetene har like alment grunnlag som andre rettigheter, men kan likevel mene at deres innhold beskrives best ved å si at de er monopoler. Heller ikke i denne form tror jeg dog karakteristikken er heldig — rent bortsett fra at ordet «monopol» sproppspsykologisk og historisk har en biklang, som erfaringsmessig viser sig å bringe åndsrettighetene i miskreditt. Skal man nemlig gi en rettslig, og ikke en økonomisk definisjon av hvad monopoler er,

¹ Denne opfatning har engang vært hevdet av tyskeren S c h l o s s m a n n, som i mere enn en henseende var en interessant forfatter.

må man visstnok si med *Pilenko* (s. 695), at de gir enerett til å foreta forskjellige slags erhvervshandlinger med gjenstander som ikke er individuelt bestemt, men bare etter sin art. Våre korn- og vinmonopoler er derfor sanne monopoler. Derimot er ikke dette tilfellet med eiendomsretten, som visstnok gir enerett, men over en individuelt bestemt ting. Nu skiller ganske visst åndsrettighetene sig fra eiendomsretten ved at deres gjenstand kan materialisere sig i et ubegrenset antall eksemplarer. Men som vi foran har forklart kan alle de beføielser retten rummer allikevel samles til ett, og opfattes som rådighet over selve åndsverket, oppfinnelsen eller varemerket, tatt som immaterielle goder. Og da disse er like individuelt bestemt som de tingene eiendomsretten har til gjenstand, skulde heller ikke åndsrettighetene med føie kunne kalles monopoler, skjønt de unektelig har adskillig slektskap med dem.¹

3. Mens alle disse teoriene har et for sterkt offentligrettslig anstrøk, har den såkalte *kontraktsteori* til gjengjeld et for ensidig privatrettslig preg. Også den beskjeftiger sig bare med åndsrettighetenes tilblivelse og rettsgrunnlag, og sier ingenting om deres innhold og karakter.

Det er særlig for oppfinnelsenes vedkommende teorien har vært anvendt, men den kan som påvist på s. 198, likeså gjerne anvendes ved åndsverkene. Den ser grunnen til patentbeskyttelsen i en kontrakt som samfundet slutter med oppfinneren: Han stiller sin oppfinnelse til almenhetens forføining ved å beskrive den offentlig, og til gjengjeld gir samfundet ham enerett til å bruke den i en viss kort tid. Hele tankegangen er en gjenganger fra *contrat social's* tid, da alle rettsvirkninger helst skulde føres tilbake til individets fri beslutninger, og kontrakten stod som det urokkeligste av alle rettsgrunnlag. Teorien har engang hatt en viss berettigelse, forsåvidt som den har bidradd til å skaffe patentretten plass. I våre dager virker de som forsvarer den — man finner dem fortrinsvis i Frankrike og delvis i England — derimot som røster fra graven. Vi lar den derfor hvile i fred.

4. Med teorien om at åndsrettighetene i virkeligheten er *personlige* eller iallfall «personlighetsrettigheter», kommer vi inn på rimeligere og interessantere tankebaner. Det er tyskeren *Gierke*

¹ Den gamle patentlovkommisjon tar sterk avstand fra monopolteorien i sin innstilling (s. 9).

som står som hovedrepresentanten for disse synsmåter, men uten forgjengere er han ikke. Således fremholdt Kant i sin tid at man krenket en ophavsmanns personlighet, når man offentliggjorde hans verk mot hans vilje. I sine arbeider taler nemlig dikteren til folket, og det bør han ikke kunne tvinges til å gjøre, når han selv ikke ønsker det. Først hos Gierke («*Deutsches Privatrecht*» I (1895) er imidlertid teorien fullt juridisk utformet. Etter ham er den hevdet av enkelte tyske forfattere, og i de senere år også av adskillige franske. Her i Norge har Gjelsvik uttrykt sin sympati for den («Personrett» s. 3).

Ved personlighetsrettigheter forstår Gierke «*Rechte, die ihrem Subjekte die Herrschaft über einen Bestandteil der eigenen Persönlichkeitssphäre gewährleisten*» (s. 702). De opstår gjerne ved fødselen, kan ikke overdras og faller bort ved døden. Ved oppfinner- og forfatterretten er rettens objekt ganske visst en ytre gjenstand, et åndsverk i videre forstand. Men som skapt av ophavsmannen vedblir det allikevel å være en del av hans *Persönlichkeitssphäre*, og andres rådighet over verket krenker derfor personligheten (s. 756). Nærmere besett er ophavsrettens gjenstand derfor ikke «*das Geisteswerk in seiner Totalität, sondern nur insoweit als es Persönlichkeitsgut seines Schöpfers ist und bleibt*» (s. 765). Som de andre personlighetsrettighetene er også denne uavhendelig, men bare hvad «substansen» angår; utøvelsen av retten kan godt overdras til andre (s. 767, jfr. s. 805).

En mere outrert personlighetsteori har sett lyset i Frankrike, bl. a. i Sfeteeas arbeide: «*De la nature personnelle du droit d'auteur.*» Han nekter bestemt at gjenstanden for retten ligger utenfor personligheten ved åndsproduksjonens rettigheter, og mener at det er personligheten selv som direkte beskyttes. Ophavsmannen har ingen «*droit d'auteur sur son oeuvre, mais le droit de défendre sa personnalité à propos de cette oeuvre.*» Og denne rett er ifølge Sfetee ikke bare uoverdragelig hvad substansen angår, slik som Gierke vilde bli stående ved. Den er til siste trevl «*inaccessible, insaisissable et intransmissible par successions.*»¹

For åndsproduksjonens vedkommende må det dog ubetinget sies, at teorien om rettighetenes personlige karakter ikke fortjener

¹ l. c. s. 59. Som man ser mangler ikke Sfetee mot til å forfølge sine meninger til deres ytterste logiske konsekvens.

tilslutning. I hovedsaken har Kohler rett i sin livlige polemikk mot den i «*Urheberrecht*»: Når Gierke forlegger det beskyttede rettsgode til ophavsmannens indre, minner Kohler ham om den enkle sannhet at «*jede Schöpfung sich vom Schöpfer ablöst*». Skulde en aldrende dikters ungdomsvers regnes for å høre til hans personlighet, måtte en 20-årig yngling fremdeles være en del av sin mor, og mangen forfatter vilde segne under «*die schwere Aufgabe, wie Bleimäntel die dicken und dünnen Bände stets auf sich zu schleppen, die man in seinem Leben geschaffen hat*». Det er riktig og nyttig å innskjerpe at også ophavsmannens ideelle interesser har krav på rettens vern; men kan det ikke gjøres uten å tvangsinnlegge verket i ophavsmannens personlighet, er fordelen for dyrekjøpt. I så fall gir man nemlig op det eneste faste kritirium på en personlig rett, nemlig at gjenstanden for retten er personligheten selv.¹ Og man bringer inn i personretten elementer som ellers er den nokså fremmed. Åndsproduksjonens rettigheter har nemlig en meget vesentlig økonomisk side, særlig patentretten, hvis regler i mange stykker har et nesten merkantilt anstrøk. Ved en slik utvidelse vilde personretten ikke bare miste all klar avgrensning, men også få et temmelig heterogent preg, som vilde gjøre det vanskelig å stille op felles rettsregler. Det viser sig da også at teorien råker i evindelige vanskeligheter, når den skal søke å forsone de positive lovreglene om overdragelse og arv av åndsrettigheter, med grunnsetningen om de personlige rettigheters uoverdragelighet, og det føles nesten befriende, når S f e t e a blankt erklærer at åndsrettigheter alltid er uoverdragelige, skjønt all verdens lover sier det motsatte.

Anvendt overfor kjennetegnene er det imidlertid tydelig at personlighetsteorien har mere å fare med. Et vink i denne retning gir alt den kjensgjerning at en rekke forfattere som bekjemper teorien når den anvendes overfor åndsproduksjonens rettigheter, her slutter sig til den.² Det viktigste argument i dens favør er sikkert at det er som kjennetegn for personligheten at navn, firma og merker anvendes og anerkjennes, og at ethvert misbruk av dem derfor er et direkte angrep på denne. Dernest at kjennetegnene ikke

¹ Jfr. de Boor s. 47 som holder alle rettigheter som gir «*Genuss eines ausserpersönlichen Gutes*» utenfor personretten. Likeså Melliger: «*Das Verhältnis des Urheberrechts zu den Persönlichkeitsrechten*», Bern 1929, s. 21.

² Se foran s. 362.

er åndsprodukter med verdi i sig selv, og derfor ikke i samme grad ytre selvstendige goder, uavhengig av den personlighet som de skal kjennetegne. Allikevel er jeg heller ikke her i tvil om at teorien er praktisk uheldig: For det første må også kjennetegn regnes som selvstendige immaterielle goder, skjønt dette kanskje ikke er så klart som ved åndsproduktene. Navnet er ingen del av selve personligheten, og enda mere søkt vilde det være å betrakte varemerket på denne måten. Dette er ikke bare «teori», men en viktig økonomisk og social realitet, som blir tydeligere for hver dag. Det lot sig kanskje høre i gamle dager, å betrakte varemerket som del av forretningsmannens personlighet. Da var de fleste forretninger personlige, og eieren hadde et eneste personlig merke, eller i høiden noen få. Men som forretningsvirksomheten i våre dager er blitt upersonlig, er også merkene blitt det, bare i enda høyere grad. Båndet mellom varemerket og dets personlige innehaver er nesten borte, og merket i god gang med å bli et frittstående kjennetegn for en vare, med selvstendig økonomisk verdi. Og som varemerket så firmaet, skjønt ikke fullt så utpreget. Denne utviklingen henger sammen med det neste store argument mot å regne firma- og varemerkeretten med til de personlige rettigheter: Mens disse verner og trygger vesentlig ideelle interesser, er det økonomiske betraktninger som alle dager har veid tyngst i firma- og varemerkeretten, og som nu har trengt sig slik i forgrunnen at kjennetegnene nesten helt har mistet tilknytningen til eierens person. Regner man dem allikevel med til de personlige rettigheter, fører man — akkurat som da det var tale om åndsverkene — et fremmed element inn i dem, og bryter den enhet i ånd og i rettsregler som ellers hersker der.¹ Enn ikke grunnregelen om at personrettigheter ikke kan overdras vilde kunne hevde plassen uanfektet. Dertil kommer det siste, men ikke dårligste argument mot å regne firma- og varemerkeretten som personlige rettigheter, og følgelig skille dem fra åndsproduksjonen, som det efter hvad vi har sett ikke kan bli tale om å behandle på denne måten: Såvel i rettsgrunnlag som i innhold og karakter er alle disse rettigheter nær i slekt, og fremstillingen har formodentlig gitt ikke så få eksempler på at det er

¹ Helt rensset for økonomiske betraktninger er de rene personrettigheter dog ikke. Se foran § 58.

fruktbart å behandle dem sammen, fordi de på centrale punkter kaster lys over hverandre.¹

En original variant av personlighetsteorien skyldes *Vinding Kruse* (T. f. R. 1907 s. 211 ff.): Forskjellen mellom personlige rettigheter og formuerettigheter ligger etter hans mening hverken i innholdet eller i objektets forhold til personligheten, men i rettsreglenes formål. Sikter de på å «tjene Samfundets økonomiske Liv», har man en formuerett for sig; er rettigheten derimot skapt hovedsakelig med åndslivets tarv for øie, er den en personlig rett. Etter dette kriterium holder *Vinding Kruse* forfatter- og kunstnerretten for å være en personlig rett, mens han ikke uttaler noe om de andre åndsrettighetene.² Denne versjon av personlighetsteorien løser dog neppe vanskelighetene. Som bl. a. *Eberstein* har fremhevet (s. 121 ff.) er det upraktisk, eller rettere umulig, å la rettsreglenes formål være avgjørende for hvad det er personlige rettigheter og hvad ikke. Dessuten kan man slåss i det uendelige, om det er personlige eller økonomiske interesser det «hovedsakelig» gjelder å verge i forfatterretten. *Vinding Kruse* har heller ikke selv holdt fast ved sin opfatning av 1907. I sin behandling av spørsmålet hos *Grundtvig* kaller han forfatterretten for «en sammensat Ret af en højst personlig Karakter» (s. 42), og i sitt verk om «Ejendomsretten» heiser han helt nye signaler, som vi kommer til om et øieblikk.

5. En særlig plass fortjener den *Immaterialgüter-Theorie* som er fremsatt av *Kohler*, og som han har forsvart og anvendt i en lang rekke skrifter. Adskillige forfattere, både tyske og utenlandske, har sluttet sig til hans opfatning — her i Norden således *Torp* (s. 6) — og også lovgivningen har den flere steder hatt innflytelse på. Såvel i navn som innhold ligger *Kohlers* teori om ånds-

¹ Flere av disse resonnementer savner gyldighet, når det gjelder retten til personnavnet. Når jeg også regner denne for en åndsrettighet og ingen personrettighet, er det dels fordi også personnavnet har en ytre real eksistens, utenfor selve personligheten. Dels og vesentlig fordi det er urimelig å tillegge den annen karakter enn rettighetene til forretningskjennetegn, som navneretten henger uløselig sammen med. Imidlertid er det ikke akkurat betegnelsen som er mig så meget om å gjøre, men at den reelle sammenheng kommer frem i behandlingen, jfr. om navnerettens systematiske plassering nedenfor § 62.

² Etter begrunnelsen måtte imidlertid patent-, firma- og varemerkeretten ubetinget kalles for formuerettigheter.

produksjonens rettigheter nær op til den jeg selv gjør gjeldende, og også min behandling av de ulike ophavsrettigheters gjenstand er i første rekke inspirert av hans tanker og undersøkelser.¹ Men det er også betydningsfull ulikhet tilstede. Vi har alt nevnt at Kohler bare holder ophavsrettighetene for å være virkelige *Immaterialgüterrechte*, mens navn-, firma- og varemerkeretten er rettigheter av personlig natur. Dessuten tar han sterk avstand fra tanken om at åndsrettighetene har en økonomisk og en personlig side, som sammen gir retten dens særpreg. Både ved åndsverkene og oppfinnelsene mener Kohler tvert imot at selve immaterialretten er rent økonomisk. Men ved siden av denne har opphavsmannen også en personlig rett over verket, som hverken må glemmes eller neglisjeres, men bare ikke blandes sammen med immaterialretten, fordi den både i utspring, utformning og videre skjebne er uavhengig av denne.

Fra et rettsteoretisk standpunkt kan det sies adskillig både for og imot teorien om den Kohlerske tvedeling av ophavsretten. På kredittsiden må det anføres at det alltid er lettere å arbeide med homogene rettigheter, enten rent økonomiske eller rent ideelle, enn å omgås bastarder, som snart viser frem den ene siden, snart den annen. Ikke minst er tvedelingen nem å ta til, når det gjelder å forklare særreglene om ophavsrettens overgang og dens eiendommelige skjebne når opphavsmannen er død. Men postene på debetsiden er allikevel overveiende: Sålenge retten er hos opphavsmannen, arbeider begge sidene ved retten fredelig hånd i hånd, og man gjør bare saken innviklet, hvis man allikevel opererer med to skilte rettigheter. Dessuten er de økonomiske og de ideelle interessene filtret sånn inn i hverandre, at det ofte ikke er godt å si når den ene slutter og den annen begynner. Tilhengerne av tverrettsteorien har således aldri kunnet bli enige om retten til å offentliggjøre verket for første gang er en del av «immaterialretten», eller av den personlige rett. Og skjønt man pleier å regne retten til respekt og til paterniteten for

¹ Ingen enkelt mann har innlagt sig så stor fortjeneste av åndsrettens teoretiske behandling og praktiske fremgang som Kohler. Derfor fortjener han den æreslittel Eberstein gir ham (s. 128) som «de immateriella rättigheternas grand old man». Men det skal medgis at han leilighetsvis uttaler sig med en arroganse og selvtilfredshet, som vilde være mere forståelig hos en mann som ikke var fullt så stor, og heller ikke fullt så gammel.

typiske «personlige» beføielser, er det klart at de også har en utpreget økonomisk side. Viktigere er det imidlertid at man foretar en uberegtliget deklassering av ophavsretten, hvis man deler den i to, og skaller av just de sider ved retten som særlig kjennetegner den, og gir den dens adelsbrev blandt rettighetene. Med føie sier Marwitz at dette «*bedeutet, das Urheberrecht seines besten Teiles entkleiden und es rein materiell gestalten. Das droit moral steht nicht neben, sondern im Urheberrecht.*» (Ufita. 1928 s. 9.) Og en slik fremgangsmåte synes særlig urimelig og bakstrevsk nettop i våre dager, da man mere og mere får øinene op for at også eiendomsretten til legemlige ting kan rumme verdifulle ideelle bestanddeler,¹ uten at man derfor finner på å dissekere den, for å holde de «sjelelige» ingrediensene utenfor.²

Ser man dernest spørsmålet positivrettslig an, er det klart at noen almenyldig løsning av det ikke kan oppstilles. Både den «monistiske» opfatning av ophavsrettighetene og tverrettsteorien er nemlig logisk mulige, og først ved å analysere det enkelte lands lov kan man si hvilken av dem som står loven nærmest. Det fins lover som går klart inn for den Kohlerske tankegang, f. eks. den polske lov av 1926 og den nye østerrikske av iår. Det fins andre som går like klart i motsatt retning, eller som stiller sig nøitralt til spørsmålet. For Norges vedkommende kan det sies nokså sikkert at loven ikke ser den ideelle og den økonomiske siden av ophavsrettighetene som to særskilte rettigheter. Ved patent- og mønsterretten er de ideelle interessene så litet pååktet at spørsmålet neppe engang kan reises. Og hvad åndsverkene angår har vi foran påvist hvordan både forarbeidene og Å. tar avstand fra tanken om at ophavsretten skal deles i to, iallfall sålenge ophavsmannen selv er i live. Senere inntrer

¹ Teorien om ophavsrettighetenes tvedeling kan vel bare forstås på bakgrunn av den foreldede opfatning, at eiendomsretten — eller overhodet formuerettslige rettigheter — var kjemisk ren for andre elementer enn økonomiske, slik at en rett som både hadde pengeverdi og tjente ideelle formål måtte stå som en merkelig anomali.

² Vinding Kruses nye begrep «sjelelig eiendomsrett» forekommer mig dog å være et betenkelig tilløp i denne retning. — Omvendt frakjenner man ikke en rett egenskap av personlighetsrett, fordi om den har en uttalt økonomisk side, som retten til åren, til friheten og til legemlig integritet. Enda mindre kløver man den i to, og holder de økonomiske bestanddeler ute fra selve personlighetsretten, *puritatis causa*.

nok et visst skisma, men ikke sånn at de ideelle interesser blir gjenstand for en egen subjektiv rett. De går snarere over på almenheten, og vernes for størstedelen ved administrativ forsiorg.

6. I få ord må jeg også berøre en teori om åndsrettighetenes natur som belgieren *Edmond Picard* har fremsatt, bl. a. i avhandlingen «*Embryologie juridique, nouvelle classification des droits*» (i *Journal du droit int. privé* 1883 s. 565), og som har stor tilslutning i de romanske land. Såvel i navn som i innhold er denne teori enda nærmere i slekt med min egen, enn selv *Kohlers* er.

Picard fremholder at den tradisjonelle tre-delning av private rettigheter i personlige, tinglige og obligatoriske ikke har vist sig uttømmende. Ved siden av disse består nemlig en fjerde slags rettigheter, *les droits intellectuels*, som hverken har handlinger, ting eller selve personligheten til gjenstand, men en *res intellectualis*, som den skapende menneskeånd har frembragt. Og disse *jura in re intellectuali* har en så egenartet karakter og så stor økonomisk og social betydning, at det er forsvarlig eller nødvendig å behandle dem for sig selv.¹

II. Endelig er det en siste mening som fortjener inngående omtale: Teorien om at åndsrettighetene bør opfattes som en egen slags *eiendomsrett*, men av åndelig art. Som oftere nevnt har denne teori spilt stor rolle for åndsrettens historiske utvikling, og bidradd kraftig til å kjempe frem forståelsen for den. Også i våre dager har eiendomsteorien mange tilhengere, først og fremst i Frankrike og England, men også i Tyskland, som *Dernburg* og *Osterrieth*. En særlig grunn til å gå inn på den er det imidlertid at den nylig har oplevd en renessanse her i Norden gjennom *Vinding Kruses* arbeider. I sitt rike verk om «*Ejendomsretten*» går han inn for den åndelige eiendomsrett med kraft og energi, og en vel-talenhet som virker bestikkende.

¹ *Picards* og *Kohlers* teorier blev fremsatt omtrent samtidig, men uavhengig av hverandre. Også *Picards* teori har hatt stor betydning. Bl. a. ligger den til grunn for den belgiske forfatterlov av 1886, som var et utmerket arbeide for sin tid. Etter min mening har den det fortrin for *Kohlers*, at den ikke spalter ophavsmannens rett i to, men lar de personlige og økonomiske interesser utfolde sig innenfor rammen av en og samme rettighet. Til gjengjeld har *Picard* aldri foretatt den dyptgående analyse av immaterialrettighetenes ulegemlige gjenstand, som er *Kohlers* store fortjeneste. — Om forholdet mellem *Kohler* og *Picard* kan forøvrig henvises til *Ruffini* s. 48 ff., de *Borchgrave* i D. a. 1907 s. 65 ff., *Eberstein* s. 91 n. l.

Når man skal ta teorien op til drøftelse, opdager man imidlertid at den har en viss likhet med kameleonene: den skifter farve, mens man betrakter den. De forfattere som taler om åndelig eiendom, *geistiges Eigentum, propriété littéraire ou industrielle*, legger nemlig slett ikke samme innhold i begrepet. Noen bruker det bare for å fremheve at åndsretten er en virkelig rett — sikter altså bare på å gi en genetisk karakteristikk av den. Andre anvender nok eiendomsbetegnelsen for å beskrive rettens innhold og karakter, men bare som en treffende analogi, eller en god illustrasjon. Endelig er det enkelte som tar den åndelige eiendom helt på ordet, og mener den gir en fullgod juridisk karakteristikk av rettighetene. Det er kanskje praktisk å ta teoriens tre versjoner hver for sig.

1. Til alle tider har eiendomsretten stått i centrum av de private rettigheter. Den har vært det sikreste og mest grunnfestede folk har kunnet tenke sig. Det er derfor ikke noe rart i at både sprogbruken og den folkelige rettsopfatning gjerne oppfatter den som prototypen på all virkelig rett, ja som identisk med subjektiv rett overhodet. «*Qui dit droit, dit propriété*», sier man i Frankrike. Slik så også de jurister og politikere på saken, som i sin tid kjempet den åndelige eiendomsrett frem. Når de hevdet at forfatteren eller oppfinneren hadde eiendomsretten til hvad han hadde skapt, mente de bare at det var en virkelig rett han gjorde gjeldende, ikke en nåde han bad om.¹ Det var også ophavsrettens motstandere smukt enig i. «*Pour qu'il y eut droit, il faudrait que le breveté pût alléguer une propriété*,» sa patentmotstanderen *Chevalier*.²

Det er ikke tvilsomt at eiendomsteorien hadde en historisk misjon, da den på denne måten blev brukt som brekkstang for åndsretten. Men i våre dager er det forlengst erkjent at åndsrettighetene kan stå på egne ben, og teorien har derfor ingen berettigelse hvis det ikke er annet man legger i den. Her som ellers gjelder livets ubarmhjertige lov: *Der Mohr hat seinen Dienst getan, der Mohr kann gehen*.

2. Den neste versjon av eiendomsteorien vil ikke bare fremheve at åndsrettighetene er virkelige rettigheter, men også at de er i slekt

¹ «*Le droit des inventeurs sur leurs oeuvres est un droit de propriété: la loi civile ne le crée pas, elle ne fait que le régler*,» sier Pariskongressen for industriell eiendomsrett i 1878.

² Citert efter *Pilenko* s. 605.

med den fysiske eiendomsrett. Man tenker her særlig på at retten gir adgang til umiddelbar rådighet, at den er beskyttet mot alle, ofte er helt almindelig formet o. s. v. For å vise at det dog er betydningsfull skilnad, føier man så til at den er en eiendomsrett av en egen slags, *sui generis*, og ikke uten videre må slås i hartkorn med den vanlige eiendomsrett, som knytter sig til legemlige ting. Slik er det gjerne eiendomsteorien presenteres i Frankrike og England.¹ Alt *Chapelier*, som lanserte de dramatiske forfatteres «eiendomsrett» i 1891, føiet til at den var «*une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés*», og *Pouillet*, som ellers holder sterkt på eiendomsteorien, finner at denne tilføielse rummer «*autant de raison que de vérité*» (s. 26 n. l.). På samme måten fremhever *Bray*, at den åndelige eiendomsrett slett ikke kan fullstendig sammenlignes med den eiendomsrett som *code civil* taler om, men er en eiendomsrett «*sui generis, d'une nature spéciale*» (s. 7).²

Opfattet sånn har teorien om den åndelige eiendomsrett en opgave også i våre dager. På en anskuelig måte slår den til lyd for åndsretten, og fører stort sett legfolks tanker i riktig retning. Ja selv jurister kan ha godt av å bli minnet om de analogier som eiendomsnavnet vekker, selv om betegnelsen ikke er juridisk adekvat, eller egner sig til bruk ved den videnskapelige behandling av rettsstoffet. Derfor er jeg ganske enig med *Eberstein* (s. 117) i, at det ikke er grunn til å gå til «ett fullstændigt utrotningskrig» mot eiendomsteorien, så lenge den holder sig innenfor den ramme som nettop er angitt.

3. Men det er nettop det den ikke alltid gjør. Undertiden må eiendomsteorien også opfattes i dødsens alvor, slik at den ikke bare vil få frem likheten mellom åndsretten og den fysiske eiendomsrett, men påstår at de to ting er *identiske*, og at det er vold mot virkeligheten å skille dem ad, og behandle dem forskjellig.

¹ «The word «property» as applied to them, is not conceived in the common law idea of property,» sier *Ladas* om åndsrettighetene (s. 5).

² Den gamle patentlovkommisjon kaller patentretten for en eiendomsrett i sin innstilling (s. 11), men foier til at man «herved ikke mener at slutte sig til den anskuelse som stiller den intellektuelle eiendomsrett ved siden av den materielle.» Illustrerende for hvordan man i romansk teori oppfatter eiendomsnavnet, er *Pouillet*'s uttalelse om at «*droits intellectuels, ou propriété d'une espèce particulière, cela nous semble bien près de revenir au même*» (B. s. XVII).

I helt naiv form kom denne tankegang frem i en berømt uttalelse av Louis Napoleon, som ganske visst ikke var noen stor jurist, men til gjengjeld senere blev keiser: «*L'oeuvre intellectuelle est une propriété, comme une terre, comme une maison.*» Denne overfladiske identifisering har imidlertid lite tilfelles med Vinding Kruses interessante forsøk på å vise at materiell og åndelig eiendom bare er forskjellige former for en og samme ting.

Vinding Kruses reformtiltak innenfor åndsrettighetenes teori er et ledd i hans revisjon av eiendomsbegrepet, slik som det hittil har vært opfattet i nordisk rettsvidenskap. I tilslutning til moderne tysk rett og til romerretten, pleier man nemlig å forbeholde ordet eiendomsrett for legemlige ting, altså det romerne kalte *dominium*. Ute i folket lever imidlertid et annet og videre eiendomsbegrep, som har sitt utspring i gammel germansk rettstankegang, og som fremdeles er det gjengse i de romanske land og i England. Ved *Eigentum* forstod de gamle germaner «*Herrenrechte absoluter Natur*»,¹ og det gjør dagligtalen fremdeles, hvis den da ikke utvider begrepet til å omfatte alle økonomiske rettigheter overhodet, servitutter, fordringer, panterettigheter o. s. v.² Denne siste fatningen av eiendomsbegrepet er ifølge Vinding Kruse den eneste som er juridisk riktig og praktisk, og den romanistiske innsnevring av det beror på «pedantisk, tilmed uriktig Teori» (s. 154). Som en almindelig regel omfatter den enkelte eiendom «den Kres hans Virksomhet opfylder» (s. 99). Eiendomsretten er ikke en rett som særlig er knyttet til en enkelt slags goder, f. eks. legemlige ting, men bare et nøytralt uttrykk for «et bestemt Sæt Beføielse» (s. 143), som snart kan anvendes overfor en slags goder, snart overfor en annen.³ Nærmere bestemt består disse beføielse i makt til 1) å rå innad over godet og nyte dets frukter, 2) avhende det helt eller delvis, 3) bruke det som basis for kreditt og 4) la det gå i arv. Overalt hvor denne makt er samlet har vi en sann og virkelig eiendomsrett for

¹ Dernburg s. 37 jfr. Kohler s. 21.

² Det samme gjør adskillig eldre lovgivning, f. eks. grl. § 105. Denne bruken av eiendomsnavnet er det ikke meningen å ta ille op. Tvert om nytter jeg den undertiden selv, for korthets skyld.

³ Jfr. Josserrand: Droit civil I (1930) s. 756 som understreker at vi for tiden «*assistons à la libération du concept juridique par rapport à son objet, avec lequel il cesse d'être confondu.*»

oss, uten hensyn til hvilken gjenstand rådigheten øves over. Og da også forfatter-, patent- og varemerkeretten gir innehaveren den firedobbelte makt som er karakteristisk for all eiendomsrett, er det ingen grunn til å nekte den dette navn, selv om objektet for retten er ulegemlig og ikke materielt. Forskjellen forsåvidt uttrykkes helt adekvat ved adjektivet «åndelig», som settes foran. Ut fra denne grunnopfatning hevder V i n d i n g K r u s e, at det hverken teoretisk eller praktisk er forsvarlig å skille den åndelige eiendomsrett fra andre eiendomsrettigheter, men at de bør behandles og fremstilles under ett.

Her er ikke stedet til å gå inn på V i n d i n g K r u s e s nye eiendomsbegrep i hele dets bredde.¹ For åndsrettens vedkommende er det mig imidlertid umulig å slutte mig til ham, skjønt det er meget verdifullt i hans tankeføringer. Ikke alene tviler jeg på at eiendoms-teorien er praktisk brukbar når det gjelder å skildre øieblikkets positive rett (a), men den rummer også en tendens i rettspolitisk henseende, som i mine øine er farlig for åndsretten (b).

a) V i n d i n g K r u s e har ubestridelig rett i at det fins b e t y d n i n g s f u l l l i k h e t mellom eiendomsretten og åndsrettighetene, og det er fortjenstfullt at han har trukket den frem. «Disse nye Rettigheter» sier han om åndsrettighetene, «har i Virkeligheten nærmere beset de samme retslig-økonomiske Virkeformer som Ejendomsrettighederne over de ydre, materielle Ting» (s. 98),²

¹ Lignende opfatninger har også vært fremme i eldre tid, f. eks. hos I h e r i n g (bl. a. i avhandlingen «*Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen*», Jahrbücher 1885 s. 155—338). De fleste forfattere har dog tatt avstand fra dem. I sin «*Urheberrecht*» s. 24 sier f. eks. K o h l e r, at «*der Begriff Eigentum im Sinne des «Gehörens», des «ein Recht haben», ist in einer fortgeschrittenen Technik der Rechtslehre nicht verwendbar: denn es fehlt dem Begriff an der nötigen Besonderheit und Abgrenzung*». Og mot den «åndelige eiendom» innvender P i l e n k o (s. 613) at derved «*verallgemeinern wir notgedrungen unsere klare und genaue Vorstellung vom dominium und setzen an die Stelle eines bestimmten Dogmas, irgend ein verschwommenes Hirngespinnst.*» Her i Norden har I h r f o r s («Om författarerätt och äganderätt», 1926) gjort sig til talsmann for en eiendomsopfatning som på mange punkter er i slekt med V i n d i n g K r u s e s. Han holder dog ikke patentretten for å være eiendomsrett, men derimot forfatterretten. Dennes gjenstand er imidlertid ikke selve verket, men dets økonomiske verdi, mens alle ideelle interesser faller utenfor.

² Det samme mener D e r n b u r g (s. 38): «*Bei aller Verschiedenheit in einzelnen Sätzen ist Sacheigentum und geistiges Eigentum dem Grundcharakter nach gleichartig.*»

og med visse modifikasjoner har han rett i dette. Som eiendomsretten kan de fleste åndsrettigheter overdras, og de problemer som dette gir anledning til, minner om dem man kjenner fra eiendomsretten. At retten kan deles op og settes i pant, har man også eksempler på i åndsretten, og flere av dennes rettigheter kan likeledes tjene som grunnlag for innehaverens personlige kreditt på samme måte som eiendomsretten, fordi fordringshaverne kan ta utlegg i dem. Endelig er det heller ikke utelukket at åndsrettigheter går i arv. Alt det *Vinding Kruse* samler under nr. 2—4 i sitt skjema over «eiendomsbeføielse», finner man følgelig igjen i åndsretten, skjønt det nok er større forskjell i enkelthetene enn han vil være ved. Også en rekke andre problemer kommer igjen: Om forholdet mellom retten og dens ytre skinn, om tidens innflytelse på rettighetene, om virkningen av at en rett blir misbrukt eller ligger ubrukt o. s. v.

Men i begeistringen over alle disse likhetspunktene må en ikke overse de mange og minst like viktige ulikheter, som billedet byr på. Rådigheten innad — beføielse nr. 1 i *Vinding Kruses* skjema — som er og blir kjernen i enhver subjektiv rett, er således fundamentalt forskjellig. Det ligger i sakens natur at rådigheten over ting som bare er tilstede en eneste gang, må bli anderledes enn over gjenstander som kan mangfoldiggjøres i det uendelige, og rettigheten selv tar farve av dette.¹ Selv der hvor likheten med eiendomsretten er størst, fordi retten over åndsverdiene har form av en enerett, trer forskjellen skarpt i øinene: Eiendomsretten gir rett til å rå fysisk over legemlige ting, mens åndsretten åpner adgang til åndelig «rådighet», ved å meddele åndsverket til andre, bruke oppfinnelsen i en fabrikk eller anvende varemerket som kjennetegn. Videre er eierens rådighet nok utelukkende, men ingen sann enerett, siden det ikke er mulig at flere kan bruke tingene samtidig, sånn som ved åndsrettighetene. Og mens eiendomsretten gir helt almindelig rådighet over rettsobjektet, er åndsrettighetene enten et knippe enkeltbeføielser eller iallfall undergitt store generelle begrensninger, f. eks. ved regelen om at privat bruk av dem er tillatt. Dessuten behøver åndsrettighetene slett ikke være virkelige enerettigheter, man tenke f. eks. på navneretten eller på firma- og

¹ Det kan, som det har vært sagt, ikke bidra til å klarne begrepene, at retten til en sonate sies å være den samme som retten til den fiolin den spilles på. Eller at retten til navn og firma gjøres til ett med retten til hus eller grunn.

varemerkeretten, som ofte er både saklig og stedlig begrenset. Under tiden er endog alt som smaker av enerådighet forsvunnet, som når ophavsretten bare gir adgang til å kreve avgift for bruken, og da blir likheten med eiendomsretten helt borte. Dertil kommer at åndsrettighetene gjerne er tidsbegrenset — enkelte er endog meget kortvarige — at de ofte stiftes ved offentligrettslig akt, stundom er betinget av betaling, er territorielt begrenset o. s. v. — Det samspill mellom personlige og økonomiske hensyn som utmerker alle åndsrettighetene har eiendomsretten ikke maken til. Adgangen til å overdra dem til andre, til pantsettelse, eksekusjon og arv blir derfor ikke den samme som ved eiendomsretten. Navne¹ og firmaretten er endog i prinsippet uoverdragelige, og varemerket kan bare overdras sammen med virksomheten. Selv de «rettslige og økonomiske virkeformer» som står som nr. 2—4 i *Vinding Kruses* eiendomsskjema, er derfor langt fra de samme.² — Som de to slags rettigheter skiller sig fra hverandre i gjenstand, innhold og karakter, er de problemer de frembyr også temmelig forskjellige.³ Ved eiendomsretten gjelder det tingenes fysiske grenser, forholdet til naboene og til naturherlighetene, besittelsen og dens problemer, nødrett og selvtekt, hevd o. s. v. og spørsmålet om eiendomsrettens overgang er langt viktigere enn hvordan retten kommer til verden. I åndsretten er forholdet omvendt. Her er tilkomsten av retten hovedproblemet, og andre viktige oppgaver er å beskrive rettens gjenstand, trekke grensen mellom bearbeidelse og fri bruk, forme innholdet og varigheten av retten under hensyn både til rettighetshaveren og til almenheten, og sist men ikke minst skape mulighet for internasjonalt rettsvern.

All denne ulikhet måtte en se bort fra, hvis man skulde slutte sig til *Vinding Kruses* eiendomsteori, og behandle åndelig og fysisk eiendomsrett under ett. Og det vilde være så uheldig at at det nesten var bedre om de blev helt skilt fra hverandre, selv om

¹ Om navneretten som «åndelig eiendomsrett», se *Vinding Kruse* i U. f. R. 1931 B. s. 201—202.

² Visstnok under inntrykk av dette har han i sin seneste uttalelse («Ejendomsretsspørgsmaal» s. 41) skilt navne- og firmaretten ut fra den åndelige eiendomsrett, og synes betenkt på å la varemerkeretten gå samme vei. At disse skulde ha annen «natur» enn de andre åndsrettighetene er dog efter min mening uriktig.

³ *Vinding Kruse* er av en annen mening (s. 98).

man da gikk glipp av fordelene ved en samlet fremstilling av likhetspunktene. For hvis man virkelig gjør alvor av å legge den fysiske eiendomsretts metermål på åndsrettighetene og deres problemer, befinner de sig snart like uvel som gjestene i Prokrustes' seng.¹ Men heldigvis er man ikke i så grusomt et dilemma. Keiseren kan nemlig få sitt, uten at Gud berøves det som med rette er hans: Det gode og riktige i *Vinding Kruses* tanker kommer fullt ut til sin rett, om man lar eiendomsretten og åndsretten — og for den saks skyld også fordringsretten — være sammen sålenge likheten er den fremherskende, mens man stykker fremstillingen op ved spesialbehandlingen, hvor det individuelle særpreg og all ulikheten forøvriger i forgrunnen.² Og selv efterat rettighetene er gått hver sin vei, behøver ikke forbindelsen mellom dem å brytes helt. Gjennem *analogi* fra det ene område til det annet kan likhetspunktene fremdeles komme frem. Og siden eiendomsretten og åndsrettighetene begge er absolutte rådighetsrettigheter med en viss tendens henimot almindelighet, vil analogier fra eiendomsretten ligge åndsretten nærmere enn f. eks. fra fordringsretten. De må dog trekkes med forsiktighet, hvis de ikke skal gjøre skade istedenfor gagn. Jeg er således ikke sikker på at alle de jevnføringene *Vinding Kruse* gjør i «Ejendomsretten» er oplysende og riktige. Det er i mine øine mere misvisende enn rettledeende, at ophavsrettens tilkomst sammenlignes med spesifikasjon, eller endog med tilegnelse av herreløse ting som luft eller vann. Og jeg tror heller ikke man lettelig kan statuere godtroerhverv ved omsetningsadkomst i åndsretten, skjønt man både i tingsretten og i fordringsretten har mange eksempler på dette.³

¹ Det skal dog innrømmes at det ikke er alle deler av åndsretten som gjør like sterk motstand mot slik hårdhendt omgang. Mest utilpass føler sikkert navneretten sig (jfr. *Borum*, Familieretten s. 167—168) og dernest firma- og varemerkeretten, som også i prinsippet er uoverdragelige, og som dessuten henger uløselig sammen med lovgivningen mot den illojale konkurranse. Det innser også flere av den åndelige eiendomsretts forkjempere, bl.a. *Vinding Kruse*. Men skulde dette gi sig det praktiske utslag at man holder disse rettigheter utenfor, og folgelig klover åndsretten i to, vilde dette være en bedrøvelig følge av teorien om åndelig eiendom.

² Et forsøk i denne retning har jeg gjort i min «Oversikt over Norges rett», hvor alle formuerettighetene får en innledende felles karakteristikk.

³ Jfr. foran s. 139 og s. 302. Hvilke ulykker eiendomsanalogien har avstedkommet i navneretten, har vi gjort oppmerksom på i § 34, jfr. *Eberstein*, *Namn* s. 8.

Hvis dette er den beste fremstillingsmåten i saklig henseende, er det selvsagt heller ingen grunn til å foreta en sånn terminologisk revisjon av grunnbegrepene som Vinding Kruse går inn for. Tvert imot vilde den bety et tilbakeskritt i forhold til den sprogbruk som er slått fast i Tyskland og i Norden efter langt og møisommelig juridisk arbeide, og som i hovedsaken dekker de begrepsbehov som er tilstede: Vi trenger et navn på den almindelige rådighetsrett over legemlige ting, fordi den er forskjellig fra fordringsretten og fra åndsrettighetene. Vi har det i begrepet eiendomsrett. Vi har også bruk for et fellesnavn på de tre slags rett, når de skal omtales og behandles under ett. Her gjør ordet formuerettighet tjenesten, skjønt det ikke er helt ideelt.¹

b) Men selv om man ikke finner at teorien om åndelig eiendomsrett dekker den gjeldende rett, kunde det allikevel hende den hadde en misjon. Nu som før kan det ligge nyttig agitasjon i eiendomstanken, og den kan inneholde et ideal, som den positive rett bør strebe henimot. Denne rolle spiller teorien stadig hos Vinding Kruse, og dette er vel i virkeligheten den dypeste grunn til at han holder så sterkt på den som han gjør. «Ligestillingen af Forfatter- og Kunstnerretten som en virkelig åndelig Ejendom med den materielle Ejendomsret, paa Høide med denne ogsaa i hele den faktiske Raaden over Godet, er ikke blot et Spørgsmaal om Systematik, Terminologi og rigtig Teori, men et levende og kæmpende Retskraav» sier han i «Ejendomsretsspørgsmaal» s. 49. Og i «Ejendomsretten» s. 467 fremholder han, at «efter Sagens Natur, der jo ogsaa er Retskilde i dansk Ret», bør eieren av åndelige goder ha full og hel rådighet over dem: «Der ses ikke at være nogen Grund til at give Ejeren af åndelig Ejendom en mere indskrænket Raadighetsret over denne, end der tilkommer Ejeren af materielle Genstande overfor disse.» Det er imidlertid nettop disse tendenser som synes å være uadskillig forbundet med eiendomsteorien,² når den

¹ For å gjøre sig op en endelig mening om den praktiske verdi av Vinding Kruses eiendomsteori, måtte man se den gjennomført i en noenlunde uttømmende fremstilling, hvor tingsrett, fordringsrett og åndsrett blev behandlet under ett. Det har neppe vært forfatterens tanke at fremstillingen i «Ejendomsretten» skulde ha så vidt et omfang.

² Ordet «eiendomsrett» har selv i våre dager en eksklusiv og individualistisk klang.

gjennemføres i ånd og sannhet, som i mine øine er det aller mest betenkelige ved den.

Minst vekt legger jeg på at det i virkeligheten er et tomt argument, dette at ophavsmannen til åndelige verdier må ha like stor rett som eieren av legemlige ting. Forholdene er nemlig så inkommensurable, at intet menneske kan si hvad «like stor rett» betyr. Og såvel den reale grunn for beskyttelsen, som de sociale mothensyn er dessuten så uensartet at slagordet om lik behandling savner virkelig verdi. Men selv bortsett fra dette tror jeg at det ideal den åndelige eiendomsretts forkjempere stiller op bør bekjempes, ikke minst av hensyn til denne selvsamme «eiendomsrett» selv.

Det vilde ganske visst ikke være riktig å holde teorien ansvarlig for alle de krav som settes frem i dens navn. Således ikke når den anvendes som argument for at rådigheten over åndelig eiendom må være hel og uavkortet, og ikke tåler noen slags innskrenkning av hensyn til almenheten. Den som argumenterer sånn er nemlig *plus royaliste que le roi*. Selv den virkelige eiendomsrett er sosialt betinget og beskåret i våre dager, og kreves det en sterkere stilling for den «åndelige eiendomsrett», er det iallfall ikke analogier fra den fysiske, kravet kan støttes på.

Derimot inneholder eiendomstanken en bevisst tendens, eller kanskje rettere et bevisst program for utformningen av rettighetene: Så vidt mulig bør retten være en helt almindelig, utelukkende rådighetsrett, og gjelde alle slags åndsvirksomhet, ikke bare den som historisk har kjempet sig frem til anerkjennelse i form av ophavsrett, patentrett o. s. v. Men et uheldigere program er det vanskelig å tenke sig, særlig når det er den egentlige åndsproduksjons rettsbeskyttelse det gjelder. Titt og ofte har vi fremhevet hvordan reglene her er i uro og gjæring, fordi de overleverte rettsformer ikke passer helt til de endrede samfundsforhold, og ikke kan stille alle åndslivets berettigede krav tilfreds. Der er sterk bevegelse for å få den ubetingede enerett omdannet og lempet i visse forhold, og det melder sig stadig nye grupper av åndsprodusenter med så berettiget krav på vern at de i lengden ikke kan avvises. Å møte alle disse vanskelighetene med analogier fra eiendomsretten, og med en henvisning til prinsippet om at alle som skaper åndsverdier bør ha enerådighet over dem, vilde minne betenkelig om hin gamle militærlege, som gikk til kamp mot alle menneskelige skavanker ved hjelp av

jod og amerikansk olje. Det er efter fordomsfri, kritisk prøvelse av åndsprodusentens innsats på den ene siden og samfundssituasjonens muligheter og krav på den annen, at problemene må finne sin løsning, og hverken analogier fra eiendomsretten eller de nedarvede forestillinger om hvordan ophavsrettighetene naturlig bør arte sig, må stå hindrende i veien for dette.¹

Så vidt jeg kan se går da også de krav og retningslinjer som en slik behandling munner ut i, temmelig på tvers av dem som den åndelige eiendomsretts forkjempere går inn for. Innenfor de gamle ophavsrettigheters verden nytter det ikke lenger å pukke på eneretten som den eneste mulige og verdige form for beskyttelse; også andre rettsformer må godtas når forholdene krever det, som tantièmesystemet, de tvungne lisenser o. s. v. Og når vi så kommer til alle de nye åndsprodusentene, gjelder det her i enda høyere grad at vernet må nyanseres efter forholdene. De bra folk som lager kunstnerisk eller teknisk «småmynt», har ikke bruk for en så eksklusiv og langtrekkende beskyttelse som forfatterne eller oppfinnerne, og ved å stille alle på like linje, kompromitterer man lett de krav som fra oppfinnernes og forfatternes side er berettiget nok. Det de andre åndsprodusentene trenger, der de arbeider hver på sitt område, er en rettsbeskyttelse som er avpasset efter behovene og står i forhold til den produktive innsats. Den må variere efter forholdene, ikke være stiv og «ensrettet», og når det kreves må den kunne forflyktige sig til en tantiémerett eller endog gå over i gassform, idet den løser sig op som subjektiv rettighet, og glir over i det almindelige vern som lovgivningen mot utilbørlig konkurranse kan gi.

Ingen av disse kravene kommer teorien om åndelig eiendomsrett i møte. Den krever uniformitet der livet krever differentiering, enerådighet der andre beskyttelsesformer er teknisk heldigere. Den er massiv og uhåndterlig, mens livet skriker efter regler som er elastiske, og har bløte og vikende linjer. Når dertil kommer at det statiske og ubevegelige i eiendomsretten har lite tilfelles med all åndsretts

¹ Det er meget som taler for at også i den gjeldende rett er grunnsetningene fra eiendomsrett og arverett fort altfor kritikkløst over i åndsretten. Kanskje får Lindemeyer rett, når han sier om vårt nuværende ophavsrettssystem, at det sikkert engang vil stå i historien som «*eine Etappe auf dem leidensvollen Wege zum sachgemässen Aufbau dieses Rechtsgebietes*» (Ufita. 1931 s. 385).

dynamiske natur,¹ vil man forstå at eiendomsteorien ikke er den fane man bør fylke sig under, når åndsrettens fremtidslinjer skal stikkes ut.

c) Hverken fra et positivrettslig eller et lovgivningspolitisk synspunkt kan jeg derfor slutte mig til eiendomsteorien, i den skikkelse *Vinding Kruse* har gitt den. Den er utvilsomt uttrykk for sin ophavsmanns brennende interesse for åndslivet og dets vel, og også i denne delen av det store verk merker man leilighetsvis løvekloen. Allikevel betegner teorien videnskapelig sett en tilbakegang til et standpunkt som med rette var almindelig forlatt, og de praktiske fremgangslinjer den anviser er enten «over ævne», eller likefrem forkastelige, fordi de kan føre til at åndsretten kommer i miskreditt, eller blir helt sprengt. Alt i alt er jeg enig med *Torp*, når han sier om eiendomsteorien (s. 4): «Derfor ere Betegnelser som litterær og kunstnerisk Ejendomsret, hvis de skulle forstaas bogstaveligt, Udtryk for en Misforstaaelse, hvis de bruges billedligt, for saa vidt uheldige, som de friste til Misforstaaelser.» (Jfr. også *Grundtvig* s. 25.)

§ 63.

Åndsrettens plass i rettssystemet.

I. Å drøfte systematiske spørsmål er ikke synderlig i kurs i våre dagers rettsvidenskap. Det opfattes gjerne som avlegs og gold «begrepsjurisprudens» som en moderne jurist ikke ofrer tid på, optatt som han er av praktiske spørsmål og realistiske rettsbetraktninger. *Iherings* kloke ord om betydningen av en god og oversiktlig systematikk (*Geist II* s. 331), klinger i øieblikket for døve ører, eller møter likefrem og skarp motsigelse, som f. eks. av *Hyllested* i *T. f. R.* 1910 s. 211 ff. Når *Ihering* således peker på hvilke skjebnesvangre følger dårlig systematikk har hatt for rettsutviklingen, svarer *Hyllested* at det slett ikke er den falske systematikken som er farlig, men feilen er «at udlede rettlige Resultater af Systematik — enten nu denne er god eller daarlig» (s. 252).

¹ Se nærmere § 63. Med rette sier *Calmann* (s. 55) at «*das dynamische Wesen des Immaterialgüterrechts, das ein Recht von Verwertungsmöglichkeiten ist, kann mit dem statischen Wesen des Eigentums nicht verglichen werden.*»

Jeg skal ikke her bryte noen lanse for systematikkens betydning i all almindelighet.¹ Men for en nykomling i rettsvidenskapen som åndsretten ligger det etter min mening i dagen, at dens systematiske plasing lett vil få avgjørende betydning for behandlingen av den. Uten betenkning ofrer jeg derfor en egen paragraf på spørsmålet. Derimot skal jeg ikke forlange fremstillingen ved å gjøre rede for de meninger om plasingsspørsmålet som er fremsatt av alle nordiske forfattere. Nesten ingen av dem er nemlig blitt til etter en virkelig behandling av åndsretten og dens problemer, og verdien blir derfor nokså begrenset.²

Efter den skildring av åndsrettighetenes natur som blev gitt i de foregående paragrafer, er det så vidt jeg ser bare tre alternativer som det i virkeligheten kan være tale om i systematisk henseende: Åndsretten må enten opfattes som en del av personretten eller av formueretten eller som en selvstendig del av privatretten, ved siden av personrett og formuerett. Hvis jeg har rett i at åndsrettighetene ikke bør kalles for personlige rettigheter, faller imidlertid det første alternativ bort. Og da man ikke i utregsmål bør lage nye privatrettslige båser, dersom det er høvelig plass i en av de gamle, blir spørsmålet til syvende og sist bare om det er naturlig og riktig å se åndsretten som en del av formueretten, eller om det ikke er det.

II. En åndsrettighet betyr utvilsomt økonomisk verdi for den som har den. Den knytter sig også til goder i den ytre verden, skjønt ikke av legemlig natur. Hvis åndsretten allikevel skal holdes utenfor formueretten, må det være særlige hensyn tilstede, som gir den en karakter og et innhold som er fremmed for de formuerettslige reglene. To ting kan her komme i betraktning: Først det sterke personlige islett som iallfall enkelte av åndsrettighetene har.

¹ Rent antydningssvis vil jeg dog advare mot å forveksle sin egen åndelige nærsynthet med et realistisk og praktisk rettssyn. At en fremstilling er oversiktlig og lett å tilegne sig, fordi systematikken er grei, skulde vel være en «realverdi» så god som noen. Og det lys som kan falle over et spørsmål fra rettsfelter som det systematisk er satt i forbindelse med, har sikkert verdi også for den praktiske rettserkjennelse. Hyllested har ganske visst rett i at man ikke blindt skal stole på en slik systematisk pekepinn — likeså litt som man skal ha blind tillit til de veivisere man moter i fjellet på en fottur. Men om veivisere kan være falske, bør man ikke i den anledning frakjenne dem all nytte, og hevde at man alltid tar sig best frem ved å gå efter nesen.

² Dette gjelder også min egen uttalelse i Arverett s. 3.

Dernest at objektet for retten ikke er til å ta og føle på, men u l e g e m l i g. Ser man nærmere til, viser det sig imidlertid at ingen av disse innvendingene fører frem.

Det er ganske visst så at formueretten fra gammel tid, helt fra romerrettens *condemnatio semper pecuniaria*, har vært tilbøielig til bare å regne med pengeverdier og pengeinteresser, når den skulde forme sine regler. Selve navnet «formuerett» fører også tanken i retning av at her er det bare økonomien det spørres om. Personlige og ideelle interesser har dog aldri kunnet vises helt ut av formueretten; fra vår juridiske barnelærdom husker vi kanskje at man kunde ha eiendomsrett til private brev og familiepapirer, for ikke å snakke om visnede roser og gulnede ballkort. Nyere strømninger i formueretten har imidlertid reagert ganske anderledes kraftig overfor de snevre pengesynsmåter som før rådde grunnen.¹ Også til økonomiske verdier kan det være knyttet interesser av annen art, pietetsverdi eller annen affeksjonsverdi f. eks., og det står ingensteds skrevet at rettsordnen frivillig skal innsnevre sin horisont, og nekte å ta hensyn til disse interesser, som kan ha stor social verdi. Her i Norden har særlig V i n d i n g K r u s e streket under at rettsreglene må ta hensyn til slike ideelle verdier, og har endog skapt en ny «sjelelig eiendomsrett» i den anledning. Det beste eksempel på at nutidens formuerett ikke er fremmed for personlighetens krefter og verdier, er dog arbeidskontraktens utvikling. Her krysses personlige hensyn og pengehensyn minst like sterkt som i åndsretten, uten at man har skutt arbeidskontrakten ut av formueretten av den grunn. Det vilde da være lite konsekvent om man nektet åndsretten adgang, fordi den ikke bare har pengehensyn å ta.²

Bedre bevendt er det heller ikke med det annet argument, at åndsrettighetene ikke er knyttet sånn til en legemlig gjenstand som en respektabel formuerett bør være. Også denne fordringen hører fortiden til.³ Forlengst har formueretten måttet erkjenne at i en tid som endog løser materien op i kraft og energi, kan heller ikke rettsreglene bli hengende ved de døde legemlige tingene.³ Vann-

¹ Se m i t t skrift: «Utviklingslinjer i moderne formuerett».

² Heller ikke navnet «formuerett» kan stå i veien for dette. Alt nu rummer den rettigheter som er uten pengeverdi, og ordet «formue» kan jo også opfattes rent nøytralt, så det omfatter alle ytre goder. Denne betydningen av ordet bør efter min mening støttes.

³ F e h r: «*Recht und Wirklichkeit*» s. 100.

kraften, elektrisiteten, radiobølgene er like reelle økonomiske verdier som fast eiendom og løsøre. Ja, tenker man på de verdier som moderne forretningsliv tumler med, er det ofte slett ikke de viktigste som har legemlige ting til underlag. En forretnings renommé, dens innarbeidede kundekrets, overhodet dens goodwill, er ofte langt mere verd enn lagrene og fabrikklokalet, og det vilde være en dårlig formuerett som lot dem ubeskyttet. I moderne forsikringsrett har man mæisommelig gjort sig fri for tanken om at forsikringen måtte knyttes til «lingen», og isteden gjort «interessen» til forsikringsrettens centrum. Det samme gjelder erstatningsretten og ekspropriasjonsretten, skjønt det her henger adskillige gamle vrangforestillinger igjen. Også andre eksempler på at formueretten ikke bare tumler med legemlige verdier kunde nevnes.¹ Men disse tør være nok til å vise at man ikke kan stenge døren til formueretten igjen, fordi de goder åndsrettighetene knytter sig til ikke er håndgripelige.

Mens det altså viser sig at innvendingene mot å regne åndsrettighetene med til formueretten ikke har noe på sig, taler det gode positive argumenter for å gjøre dette: Det er således neppe tvilsomt at de grunnforestillinger og prinsipper som formueretten bygger på, også gjelder åndsretten. I patentretten, mønsterretten, firma- og varemerkeretten er dette særlig klart. Men også ophavsretten til åndsverker har en utpreget økonomisk, ofte likefrem en kommersiell side, og i en formuerett som ikke er ensidig materialistisk, vil også dens ideelle sider være betryggende varetatt. Et særlig viktig argument for å regne åndsretten med til formueretten er det at bare på denne måten kan man få klart frem hvordan den henger sammen med den almindelige konkurranserett. At denne siste horer hjemme i formueretten kan det nemlig ikke være tvil om.

Men også fra formuerettens synspunkt taler gode grunner for å slippe åndsretten inn:² Formueretten befinner sig for tiden i utvikling. Den har brutt med mange tradisjonelle skranker, som i

¹ I min bok: «Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett», har jeg skildret en beslektet side av utviklingen, tendensen til også å ta hensyn til en handlings indre side, når grensen mellem rett og urett skal trekkes op.

² Også D. a. synes å holde på denne systematikk. Den sier nemlig (1933 s. 15) at man bor «ramener modestement le droit d'auteur au niveau plus humble d'un droit patrimonial, mais ajouter que l'auteur conserve toujours le droit de sauvegarder sa personnalité, qui se révèle à travers l'oeuvre.»

9 av 10 tilfelle kan føres helt tilbake til romerretten. Nettop nå holder den på med å utvide sin interessesfære ut over pengehensynene, og trekke andre verdier enn de håndgripelige inn under sig. Men denne utviklingen går ikke av sig selv. Og det vil være til vesentlig støtte for de krefter som arbeider i denne retning, om åndsrettens regler blev innlemmet i formueretten, og stillet på linje med de gamle rettsdisipliner innenfor denne, tingsretten, fordringsretten o. s. v. Det skal bli nærmere påvist i neste paragraf, hvor vi taler om åndsrettens misjon i rettslivet og i rettsvidenskapen.

III. Når jeg i henhold til foranstående finner det praktisk å regne åndsretten med til formueretten, skjer det under bestemte forutsetninger, og med betenkelighet på et enkelt punkt. Forutsetningen er at det dreier sig om en formuerett som den norske, som alt har arbeidet sig ganske langt bort fra eldre tids ensidige penge dyrkelse, og fra overtroen på at legemlige ting var det eneste virkelige i rettslivet. Jeg vil derimot ikke nekte at åndsretten står i fare for å kveles, hvis man putter den inn i en formuerett som helt ut har holdt romerrettens grunntanker fast.

Den betenkelighet jeg antydte skriver sig fra *navneretten*. At også denne er en virkelig åndsrettighet, som ikke bør skilles fra resten av åndsretten, har jeg overfor søkt å vise. Men de fleste vil sikkert steile når de ser den personlige navnerett anbragt i formueretten. Det kan jeg også forstå. For ganske visst skriver den instinkt-messige reaksjon sig i første rekke fra trossetningen om at formueretten bare gir plass for det som kan gjøres i penger. Men det er også reale betenkeligheter ved en slik plasering. Den personlige navnerett er nemlig sterkt knyttet til personligheten. Som regel erhverves den ved fødselen, kan aldri overdras og slett ikke selges. Den navneplikt som ledsager retten, er også noe som formueretten ikke har mange paralleller til. På den annen side er det ikke personligheten, men navnet som er navnerettens gjenstand, altså et immaterielt gode som eksisterer utenfor personen. Dette gode har også en viss økonomisk verdi, eller kan iallfall når som helst få det, således når man begynner å bruke navnet som firma- eller som varemerke. Endelig — og dette er det viktigste — håper jeg fremstillingen har godtgjort at det ikke går an å skille navneretten helt fra firma- og varemerkeretten, fordi man ikke kan forstå disse siste uten med navneretten som bakgrunn.

Det lar sig neppe gjøre å tilgodese alle disse hensyn fullt ut. Som så ofte støter en systematiker her på en gordisk knute, som ikke kan løses, men må hugges over. Denne skjebne rammer ham, fordi han har til oppgave å skjære i levende, organisk sammenheng, og ikke kan stille sig høiere mål enn å føre snittet der hvor smerten ved adskillelsen føles minst. Efter min mening leder dette til at navneretten under ingen omstendighet må amputeres fra åndsrettighetene. Men om den sammen med disse behandles i formueretten, betyr dette langtfra at forbindelsen med personretten er skåret over. Vi har jo sett at åndsretten henger nær sammen med den almene personlighetsrett, som den på flere steder endog glir over i; at også navneretten kommer til å bli et sånt forbindelsespunkt, sier sig selv. Men er heller ikke dene erkjennelse i stand til å berolige engstelige navneekspertes, kan man godt betrakte navneretten som en personrettslig utpost innenfor formueretten, som bare av praktiske grunner behandles sammen med åndsretten. Eller som en bro fra det ene rettsområdet til det annet. Så har man ikke plasert den noen av stedene!¹

§ 64.

Åndsretten i rettsvidenskapen.

I. Helt til nokså nylig har åndsretten vært et stedbarn i rettsvidenskapen, iallfall her i Norge. Svært få forfattere har brydd sig noe større med den, og har den vært med i det juridiske eksamenspensum, har det vært i den aller ytterste periferi. Et karakteristisk utslag av våre juristers usikkerhet overfor åndsretten er dens systematiske plasing, som varierer nesten fra forfatter til forfatter. Rekorden av ekstravaganse i så henseende har vel A u b e r t, som presenterer storparten av åndsretten som et tillegg til obligasjonsrettens spesielle del, sammen med tinglysings- og registreringsvesenet.

I de senere år har vinden imidlertid snudd sig, og i utlandet finnes nu en mektig spesiallitteratur om forfatterrett, patentrett, varemerkerett o. s. v. Men også denne er i stor utstrekning preget av at man har sett på åndsretten som et *Fremdkörper* i jussen (O s t e r-

¹ B o r u m behandler den danske navnerett i sin bok om Familieretten (1936). Men dette har vel en praktisk forklaring, beslektet med den som fikk mig til å gå navneretten forbi, jfr. s. 16.

rieth), og følgelig anskuet og behandlet den som et *jus speciale*. Som regel er det ikke engang den samlede åndsrett den enkelte forfatter har for øie, men bare en del av den, forfatterretten, firmaretten, mønsterretten eller hvad det kan være. En følge av dette har vært at åndsretten har manglet tilknytning til de almene rettsgrunnsetninger, som kunde ha belyst den og kanskje også rettleidet dens utvikling. På den annen side har man ganske glemt bort åndsretten, når de grunnleggende rettsprinsipper skulde vinnes og fremstilles, slik at den ikke har fått gi sitt bidrag til rettens almindelige fysiognomi.

Rettsvidenskapens holdning har utvilsomt virket med til at åndsrettens regler ikke ennu er gått juristene i blodet, slik som f. eks. obligasjonsrettens og tingsrettens. Her i Norge er det nokså almindelig at praktiserende jurister betrakter forfatterrettslige spørsmål som rettslige kuriositeter der muligens kan interessere «divsfjerne» teoretikere, men som praktiske folk ikke behøver å bry sig med. Resultatet er som man lett kan tenke sig at forståelsen av åndsrettslige problemer ikke er særlig klar blandt våre sakførere, og selv domstolene gir undertiden nedslående vidnesbyrd om det samme. At åndsretten under disse omstendigheter skulde kunne trenge dypere ned i det almindelige publikums rettsbevissthet, vilde være for meget forlangt.

Her har rettsvidenskapen en oppgave som den ikke kan la ligge. Åndsrettens problemer må tas op til så inngående behandling som deres sociale betydning tilsier, og som svarer til den rolle de alt spiller i praktisk lovgivning. Og skal fremstillingen holde mål, må den ikke bare være en formell spesialbehandling, som holder åndsretten på kjølig avstand fra den centrale juss og dens sirkler. En virkelig blodblanding må til, så åndsretten får dra nytte av hele det fond av rettstanker og erfaring som de almene rettsgrunnsetninger rummer. Bare på denne måten kan den komme til sin rett i teorien, i det praktiske rettsliv og i godtfolks rettsbevissthet.

Det er gledelige tegn til at denne forandring er i ferd med å fullbyrdes her i Norden. I Sverige har Eberstein dyrket immaterialrettslige problemer i stor bredde, og med sikker rettskultur. Og i Danmark har Vinding Kruses kraftige hånd revet åndsretten ut av dens tidligere isolasjon, hevet den op i høide med de andre centrale deler av formueretten, og behandlet dem alle på

like fot. Man kan være enig eller uenig med *Vinding Kruse* i det særlige eiendomssynspunkt han vil se åndsretten under. At han har gitt interessen for den en mektig støt fremover i nordisk rettsteori, kan ingen være blind for.¹

II. Det er imidlertid ikke bare åndsretten som har noe å vinne ved at rettsvidenskapen tar den inn i sig på denne måten. På sin side har også åndsretten verdier å bringe rettsvidenskapen og rettslivet, og kanskje større enn den tar imot. I ganske særlig grad er åndsretten nemlig eksponent for tanker og bevegelser som har dagen og fremtiden for sig, og som resten av retten kan ha godt av å tilegne sig, og rettsvidenskapen å studere.

Først nevner jeg det samspill mellom økonomiske og personlige interesser der går som en rød tråd gjennom størstedelen av åndsretten, og preger dens regler og problemer. All nedarvet tilbøielighet til å holde pengehensynene for de eneste, når man kommer utenfor den aller snevreste person- og familierett, må fordampe som dugg for solen, hvis man for alvor trenger inn i åndsretten. Og gjennom de brytninger man der blir vidne til mellom ideelle og økonomiske interesser, høster man veiledning til å løse tilsvarende konflikter i de materielle goders verden, hvor problemene nok har ligget latent, men hvor man oftest har lukket øinene for dem. Så sterkt som pengehensynene hittil har preget formueretten, og så avgjørende som formuerettsstudiet igjen har virket inn på juristenes mentalitet, tør en visitt i åndsretten nok sette merker efter sig, både i den rettsvidenskapelige teori og i rettslivet.

Ved å gjøre sig fortrolig med åndsrettens regler, vender juristen sig også til å omgås verdier og krefter som ikke akkurat er forankret i trauste legemlige ting, men ikke er mindre reelle for det. Det er riktig som vi foran sa, at også den tradisjonelle formuerett holder på å gi op gammel fordom på dette punkt, og regner med krefter, energier og ulegemlige verdier, på samme måte som den før regnet med de legemlige. Men gammel vane er vond å vende, og det er nok av eksempler på at en viss treghet gjør sig gjeldende, eller at naturen likefrem går over optuktelsen, både i teorien og i rettspraksis. Ingenting kan være tjenligere til å motvirke dette enn å beskjefte sig med åndsrettens regler. De verdier det her dreier

¹ Jfr. v. *Zweigbergk* i *N. I. R.* 1933 s. 65.

sig om kan være høist påtagelige, de går som nevnt i § 4 undertiden op i helt astronomiske tall. Men legemlige gjenstander er de ingenlunde knyttet til.

Et tredje trekk ved åndsretten, som rettsvidenskapen — og for den saks skyld enhver jurist — gjør vel i å merke sig er dens alogiske, eller om man vil irrasjonelle karakter. Nesten overalt arbeider den med begreper som ikke lar sig snøre inn i logiske definisjoner, slike som åndsverket, oppfinnelsen eller varemerket, for ikke å snakke om alt som heter goodwill. Begreper som disse kan ikke mestres med logikk alene, men krever praktisk skjønn og intuitiv forståelse under anvendelsen, ofte også fantasi og psykologisk innsikt, som når det gjelder sammenligningen mellom to varemerker. Å være klar over dette, og øve op disse evnene gjennom arbeidet med de åndsrettslige problemer, tør være en gagnlig lærdom for rettsvidenskapen. Ikke alene kommer den til praktisk nytte på andre rettsfelter, flere og flere. Men den bidrar også til å utrydde den gamle misforståelsen at juss bare er anvendt logikk, og til å bringe klarhet over hvilke evner den gode jurist må være i besittelse av, og som rettsundervisningen må se å elske frem.

Endelig nevner jeg en siste egenskap ved åndsretten, som nok henger sammen med de foregående, men også kan gi selvstendige impulser til rettslivet og til rettsvidenskapen: Åndsrettens regler har i utpreget grad d y n a m i s k n a t u r. I uminnelige tider har rettsreglene og hele rettsapparatet vært formet med sikte på å gi retten et stillestående eller statisk preg. Det viser sig bl. a. i at reglene gjerne er stive og absolutte, sånn at dommeren ikke har stor frihet til å avgjøre enkelttilfellene individuelt. Ut fra den samme tendens har man også vært tilbøielig til å fortette interessebeskyttelsen til subjektive rettigheter på borgernes hender, små festninger som er sikre og trygge, men ubevegelige og lite utviklingsdyktige. Motviljen mot å ta hensyn til andre interesser enn de økonomiske, og mot å omgås andre rettsobjekter enn de legemlige, kan også til dels skrives på samme konto, idet man nødvendig har villet forlate tallenes og de håndgripelige realiteters sikre grunn.

På et primitivt kulturtrin, hvor retts teknikken er lite utviklet, og hensynet til rettens stabilitet går foran alt, svarer et sånt retts-system godt til de krav livet stiller. Men det er klart at det ikke er ideelt, så sant det rettsliv det skal tjene nettop i k k e befinner

sig i stillstand og hvile, men i uro og utvikling. Så snart det lar sig gjøre uten å bringe rettssystemets sikkerhet og stabilitet i fare, må det derfor bli oppgaven å søke å komme tettere inn på livsforholdene, ved å gi rettsreglene litt av den bevegelighet og utviklingsevne som livet selv eier, m. a. o. gi dem et mere dynamisk anstrøk. Dette er man i våre dager i full gang med. Med rette har f. eks. Oswald Spengler pekt på hvordan rettssystemet holder på å skifte ham: «*Das antike Recht war ein Recht von Körpern, unser Recht ist das von Funktionen. Die Römer schufen eine juristische Statik, unsere Aufgabe ist eine juristische Dynamik. Für uns sind Personen nicht Körper sondern Einheiten der Kraft und des Willens, und Sachen nicht Körper, sondern Ziele, Mittel und Schöpfungen dieser Einheiten.*»¹ Det viser sig bl. a. i at man i stor utstrekning erstatter de abstrakte og stive detaljreglene med smidige og almene normer, som virker mere som direktiver enn som imperativer for dommeren, og som både åpner større mulighet for individualisering, og lettere kan følge med i rettsutviklingen. Samtidig foretrekker man begreper som ikke er altfor stive og umedgjørliche, men bløte og vikende i kanten, så anvendelsen av dem blir friere. Endelig merker man en viss uvilje mot å fortette rettsreglene til subjektive rettigheter omkring et bestemt ytre objekt, og med en person som centrum; isteden betrakter man saken utenfra, fra de tenkte rettskrenkelsers side, og nøier sig med å forme rettsbeskyttelsen som generelle innskrenkninger i handlefriheten.

I alle disse henseender er åndsretten litt av en pioner. Dens grunnleggende begreper har nettopp den «dynamiske» karakter man ønsker. Den er ikke bundet til pengeinteresser eller til rettsobjekter som man kan ta og føle på. Den arbeider ganske visst ofte med subjektive rettigheter, men de suppleres og glir over i de almene rettsprinsipper i personlighets- og konkurranseretten, og får derigjennem en smidighet og nyanseringsevne, som kommer vel med i disse forskjelligartede forhold. Ved de almindelige prinsippers hjelp, særlig da ved general-klausulens evne til å gjengi de skiftende tiders syn på det tilbørlige

¹ «*Untergang des Abendlandes*» II s. 97, jfr. også Hans Fehr: «*Recht und Wirklichkeit*» s. 99 ff., og Bott-Bodenhausen: «*Formatives und funktionelles Recht in der gegenwärtigen Kulturkrise*» (1926). Her beskrives utviklingen som en tendens bort fra den primitive rett, som handler om former og døde legemer, henimot en funksjonell rett, som arbeider med funksjoner og energier.

i erhvervslivet, har man endelig god anledning til å holde sig å jour med hvad utviklingen krever til enhver tid.

Takket være alle disse eiendommelighetene får rettsreglene en ånd og tone som hittil har vært noe for sig selv, men som nu også andre deler av privatretten strever med å tilegne sig. Det gjelder derfor om å gi den leilighet til å virke i så vide kretser som mulig, ved å trekke åndsretten inn i centrum av rettsvidenskapen, så den blir med å bygge op de almene rettsbegreper, og sette preg på juristenes hele mentalitet.

Immaterialrettens ånd! Å skildre den i ord er ikke lett, men heller ikke særlig maktpåliggende. Det er nemlig ikke gjennom teoretisk beskrivelse juristen blir fortrolig med den, men ved å leve sig praktisk inn i åndsrettens regler og prinsipper. Skal han ha hell til dette, må han gå til verks med åpent sinn og med lydhørt øre. Men først og fremst må han legge sig på hjerte et ord av Kohler, som tør ha gyldighet overalt hvor jurister ferdes, men som i åndsretten har en grunnlovs rang: *«Wenn der Jurist vom Boden der Tatsachen ausgehen muss, so ist es nicht seine Sache auf der Erde zu kriechen, sondern die Ergebnisse des Kulturlebens geistig zu erfassen und zu beherrschen.»*

Forkortelser.

- Å = Lov om åndsverker 6 juni 1930 nr. 17.
Foto = Lov om rett til fotografier av 11 mai 1909.
Kon = Lov om utilbørlig konkurranse 7 juli 1922 nr. 11.
M = Lov om mønstre 2 juli 1910 nr. 6.
N = Lov om personnavn 9 februar 1923 nr. 2.
P = Lov om patenter 2 juli 1910 nr. 4.
R = Lov om handelsregistre, firma og prokura 17 mai 1890.
T = Lov om kontroll med konkurranseinnskrenkninger og om prismisbruk
12 mars 1926 nr. 3.
V = Lov om varemerker og om utilbørlige varekjennetegn og forretningsnavn
2 juli 1910 nr. 5.

- Mot. Å. = Forfatterlovkomitéens innstilling av 1925.
Mot. Kon. = Innstilling til lov mot utilbørlig konkurranse av 1919.
Mot. M. = Patentlovkomisjonens utkast til mønsterlov av 1900.
Mot. M. II = Patentlovkomisjonens utkast til mønsterlov av 1904.
Mot. P. = Patentlovkomisjonens innstilling til patentlov av 1904.
Mot. R. = Utkast til R. fra de nordiske komitéer av 1884.
Mot. V. = Patentlovkomisjonens innstilling til varemerkelov av 1904.
Patent. bet. = Patentlagstiftningskommittéens betänkanden VI. Förslag til lag
om Patent m. m. (1919).

- Rt. = Norsk Retstidende.
T.f.R. = Tidsskrift for Retsvidenskap.
U.f.R. = Ugeskrift for Retsvæsen.
N. J. A. = Nytt Juridiskt Arkiv, avd. I.
N. I. R. = Nordiskt Industriellt Rättsskydd.
D.a. = *Le droit d'auteur*.
P. i. = *La propriété industrielle*.
GRUR = *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*.
Ufita = *Archiv für Urheber-, Film- und Theaterrecht*.

- Allfeld = Allfeld, Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst (1928).
- Aubert = Aubert, Den norske Obligationsrets specielle Del, III (1894).
- Baumbach = Baumbach, Kommentar zum Wettbewerbsrecht (1929).
- Becher = Becher, Wettbewerbsrecht (1928).
- de Boor = de Boor, Urheberrecht und Verlagsrecht (1917).
- Bry = Bry, La propriété industrielle, littéraire et artistique (1914).
- Bryn = Alfred J. Bryn, Varemerket (1927).
- Calmann = Calmann, Der unlautere Wettbewerb (1929).
- Damme = F. Damme und R. Lutter, Das deutsche Patentrecht (1925).
- Dernburg = Dernburg, Das bürgerliche Recht 6. bind (1910). (Utgitt av Kohler.)
- Eberstein = Eberstein, Den svenska författarrätten (1923—1925).
- Eberstein, Im. rätt. = Eberstein, Immateriellt rättsskydd (1927).
- Eberstein, Namn = Eberstein, Bidrag til läran om namn och firma (1909).
- Ekeberg = Ekeberg, Studier i patenträtt (1904).
- Elster = Elster, Urheber- und Erfinder, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht (1928).
- Goldbaum = Goldbaum, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht (1922).
- Griffiths = Griffiths, Trade Mark Law and Practice (1930).
- Grundtvig = Grundtvig, Kort Fremstilling af Forfatterretten (1918).
- Hagens = Hagens, Warenzeichenrecht (1927).
- Hallager = Hallager, Om Personnavne (1895).
- Heggelund = Heggelund, Lov om handelsregistre, firma og prokura (1932).
- Isay = Isay, Wirtschaftskrise und gewerblicher Rechtsschutz (1933).
- Kerly = Kerly, The Law of Trade Marks and Trade Name (1927).
- Kisch = Kisch, Handbuch des deutschen Patentrechts (1923).
- Kohler = Kohler, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht (1907).
- Kohler K. = Kohler, Kunstwerkrecht (1908).
- Kohler U. = Kohler, Der unlautere Wettbewerb (1914).
- Kohler W. = Kohler, Warenzeichenrecht (1910).
- Ladas = Ladas, The international protection of Industrial Property (1930).
- Torben Lund = Torben Lund, Loven om Forfatterret og Kunstnerret af 26 april 1933 (1933).
- Lundh = Lundh, Navneplikt og navnerett (1928).
- Lundh, Kommentar = Lundh, Navneloven av 9 februar 1923 (1924).
- Marwitz-Möhrling = Marwitz und Möhrling, Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst in Deutschland (1929).
- Middelthon = Middelthon, Hovedlinjer i norsk navnerett (1932). (Tillegg til T.f.R.)
- Osterrieth = Osterrieth, Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes (1908).
- Pearce = Holroyd Pearce, Passing off (1928).
- Pichot = Pichot, De la concurrence déloyale et de la contrefaçon (1924).
- Pilenko = Pilenko, Das Recht des Erfinders (1907).

- Plaisant et Fernand-Jacq = Plaisant et Fernand-Jacq:
 Les brevets d'invention en droit international (1931).
 Pouillet = Pouillet, Propriété littéraire et artistique (1908).
 Pouillet B. = Pouillet, Brevets d'invention (1915).
 Riezler = Riezler, Deutsches Urheber- und Erfinderrecht (1909).
 Rosenthal = Rosenthal, Wettbewerbsgesetz (1930).
 Ruffini = Ruffini, La protection internationale des droits sur les oeuvres
 littéraires et artistiques (1927).
 Ræstad = Ræstad, Bernkonvensjonen (1929).
 Seligsohn = Seligsohn, Warenzeichenrecht (1925).
 Stolfi = Stolfi, La propriété littéraire et artistique (oversatt av Potu) 1916.
 Thorsen = Thorsen, Love om det industrielle rettsvern (1911)
 Terrell = Terrell, Letters Patent for inventions, 1927.
 Torp = Torp, Læren om den ideelle Produktions Beskyttelse (1898).
 Undén = Undén, Översikt över den svenska patenträtten (1915).
 Vinding Kruse = Vinding Kruse, Ejendomsretten, 1929—1933.

Annen litteratur.

Nedenfor nevnes noen arbeider som ikke er citert i boken:

- Bayet, La Société des auteurs et compositeurs dramatiques (1908).
 Copinger, The Law of copyright (1927).
 Stephen Davis, The Law of the radio communication (1927).
 Goldbaum, Berner Übereinkunft (1928).
 Goldbaum, Tonfilmrecht (1929).
 de Gorguette d'Argoeuves, Le droit moral de l'auteur (1926).
 Hainneville, Les droits de l'auteur sur son oeuvre (1926).
 Isay, Patentgesetz (1931).
 Isay, Das Rechtsgut des Wettbewerbsrecht (1929).
 Jungmann, Das internationale Patentrecht (1924).
 Lepaulle, Les droits de l'auteur sur son oeuvre (1927).
 Levin, Lov om Bestemmelser mod uretmæssig Konkurrance og Varebetegnelse
 (1929).
 Malaplatte, Le droit d'auteur (1931).
 Marck, Der internationale Rechtsschutz der Patente, Muster, Warenzeichen und
 des Wettbewerbs (1924).
 Neugebauer, Fernmelderecht und Rundfunkrecht (1929).
 Olganier, Le droit d'auteur (1934).
 Osterrieth-Marwitz, Der Kunstschutzgesetz (1929).
 Pinzger, Das deutsche Geschmacksmusterrecht (1932).
 Pinzger-Heinemann, Das deutsche Warenzeichenrecht (1926).
 Marcel Plaisant et Fernand-Jacq, Traité des noms et appellations
 d'origine (1921).
 Pouillet, Traité des dessins et modèles (1911).
 Rault, Le contrat d'édition en droit français (1927).

- Robertson, The Law of copyright (1912).
Saudemont, La radiophonie et le droit (1927).
Strøm Tejsen, Reklamens samfundsøkonomiske Virkninger (1932).
Ulmer, Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb (1929).
Vaunois, Geoffroy et Darras, La propriété littéraire et artistique (1929).
Weinmann-Walden, Die Gesetzgebung gegen den unlauteren Wettbewerb (1927).
Wirz, Das Urheberrecht des Tonfilms (1932).
de Wolf, An outline of copyright Law (1925).

Ordregister.

- Åndelig* eiendomsrett 612.
Åndsrett 1.
Åndsrettens alm. del 14.
— som egen disiplin 11.
— inndeling 15.
— historie 18.
— systematiske plass 623.
— og rettsvidenskapen 628.
— og personlighetsretten 580.
Åndsrettighetenes felles rettsgrunnlag 4.
— felles gjenstand 8.
— felles preg 9.
— er internasjonale 11.
— som refleksvirkninger 603.
— og trustloven 566.
— dobbelte aura 595.
— natur 596.
— natur, andre meninger 603.
Åndsverk, ordets to betydninger 51.
— forskjellen fra oppfinnelser 52.
— hvilke å. beskyttes? 60.
— hvad kreves av et å.? 62.
— med praktisk formål 71.
— usedelige og ulovlige 72.
— vernes uten registrering 75.
— skapt i andres tjeneste 83.
— rettsvernet 161.
— uten rettsvern 117.
Aarsdommen 374.
Adressekalendre, ophavsrett til 68.
Aggregasjoner 212, 279.
Anmeldelsesprinsippet i patentretten 244.
Anonyme åndsverker 76, 122.
Arv av ophavsrett 144.
Association littéraire et artistique internationale 170.
avhengige oppfinnelser 220, 281, 298.
— ophavsrett 114.
avisers lånerett 127.
avstøpninger, ophavsrett til 69.
Ausstattung 472.
Bearbeidelse av åndsverker 104.
bedriftshemmeligheters rettsvern 321.
bedriftsoppfinnelser 252.
begrensninger av ophavsretten 115.
— av patentretten 283.
benådningsfrist i Pariskonvensjonen 316.
Bernkonvensjonen 170.
beskyttelse for tekniske tegninger 323.
bestikkelse 323.
blanketter, ophavsrett til 68—69.
biblioteksavgift 95.
brev, ophavsrett til 67, 137.
Citatretten 125.
Coda 133.
Dagsnytt i aviser 118.
dekknavn 370, 378, 582.
dobbeltmønstre 342.
— oppfinnelser 246.
domaine d'État 123.
— *public payant* 122, 123.
dominerende bestanddeler av firma 403.
— bestanddeler av varemerker 456.

- droit au repentir* 151, 154, 587.
 — *au respect* 152.
 — *de rctrait* 151, 154, 587.
 — *de suite* 96, 592.
 — *moral* ved mønstre 347, 353.
 — *moral* ved fotografier 180.
 — *moral* ved ophavsretten 147.
 — *moral* de utøvende kunstneres 184.
 — *moral* grammofonfabrikantenes 186.
dødsmasker, ophavsrett til 70.
- Editio princeps* 181.
ekspropriasjon av åndsverker 119.
ekvivalenter ved oppfinnelser 279.
etablissementsnavn 472.
- Fabrikk* og handelsmerker 431.
fellesmerker 470.
film, ophavsforholdet 81.
 — ophavsretten 70.
firmaets begrep 385.
 — registrering 391, 396.
 — sannhetsplikt 393.
 — utseende og innhold 391.
 — kan være deskriptivt 395.
 — registreringsplikten 388, 398.
 — forkortelser 398.
 — forvekselbarhet 402.
firmarettens historie 32.
 — lovgivningens utvikling i Norge 386.
 — silhuett 362.
 — grunnlag 388.
 — innhold 399.
 — gjenstand 401.
 — rettsvern 406.
 — overgang 407.
 — ophør 411.
 — og varemerkerett 494.
fonds de commerce 364.
forlagskontrakt ved åndsretten 141.
 — ved patenter 306.
forbedring av oppfinnelser 282.
forbenyttelsesrett 291, 316.
- formularer*, ophavsrett til 68.
forretningskjennetegn, ulike slags 471, 485.
 — samspillet mellom rettighetene 487.
 — bruk i forvekslingshensikt 497.
 — naturlige ekspansjonsområde 497.
forretningsnavn, uoffisielle 398.
 — beskyttelsen 475.
forretningsverdi 362.
forsikringsselskapers firma 406.
fotografiers rettsvern 177.
fremførelseskontrakter ved åndsverker 142.
frilegn 422.
funksjonæroppfinnelser 250.
- Gartneres* ophavsrett 64.
generalklausulens begrunnelse 519.
 — systematisering 521.
 — hvilke interesser vernes 524.
 — nærmere innhold 525.
 — målestokken 527.
 — undernormer 529.
 — påtalen 534.
 — og de andre reglene i Kon. 537.
 — internasjonalt 539.
 — anvendelsen i livet 540.
generalklausulen og kjennetegnernes rett 540.
 — kumulasjon 541.
 — supplerings 543.
 — korrigerings 548.
 — og åndsproduksjonen 552.
 — kumulasjonen 554.
 — supplerings 554.
 — korrigerings 560.
get up 472.
Gierkes personlighetsrettsteori 605.
gift kvinnes ophavsrett 77.
goodwill 363.
grammofonfabrikantenes rettsvern 111, 185, 560.
granskingsystemet ved patenter 230.
 — ved varemerker 434.
granskingen av varemerker 432.

- Haagkonvensjonen* av 1925 om mønstre 313.
- handelsnavnets* internasjonale vern 502.
- Havankonvensjonen* 171.
- hjemlandsbevis* ved varemerker 500.
- husflid* må respektere monsterretten 350.
- Ideell* rett ved åndsverkene 147.
- imaginære* bilde 100.
- immateriell* 1.
- indre* form ved åndsverker 100.
- innarbeidede* varemerker 438.
- innførsel* av åndsverker 89, 162.
— av patenterte ting 265.
- innføringspatenter* 245.
- innsigelse* mot patentkrav 237.
- instruktørs* ophavsrett 113.
- Journalisters* ophavsrett 83.
- juridiske* personers ophavsrett 83.
— personers patentrett 249.
- justaposition* 279.
- Karikaturer* 90, 565.
- kjemiske* forbindelser kan ikke patenteres 287.
- kjennelegnes* naturlige ekspansjonsområde 497.
— rett i rummet 499.
- kjokkenkunstnerens* ophavsrett 64.
- Kohlers* Immaterialgüter-theorie 609.
- kombinasjonsopfinnelser* 221, 280.
- konkurransmomentet* i åndsretten 563.
- konkurranserettens* ytre utvikling 510.
— indre vekst 516.
- konstruksjoner* 359.
- kontraktsteorien* i åndsretten 605.
- kringkastingens* rett til tvangslisens 129.
— gjengivelse pr. høttaler 93.
- kunstindustri* og kunsthåndverk 70.
- kunstnernavn* 370, 378, 582.
- Legemidler* kan ikke patenteres 286.
- Leistungsschutz* 187.
- lisenser* ved åndsverker 138, 141.
— ved patenter 303.
- lysingsystemet* ved patenter 232.
- Madridkonvensjonen* av 1891 313, 504.
- meldingsystemet* ved patenter 230.
- melodeopfinnelser* 220.
- misbruk* av ophavsrett 131.
— av patentrett 299.
- monopolteorien* 604.
- Montevideokonvensjonen* 171.
- molekunst* 71.
- monstrets* sociale betydning 42.
— i andres tjeneste 346.
- monsterrett*, vilkårene for 343.
— historie 337.
— egenart 341.
— subjekt 346.
— erhvervelse 345.
— ugyldighet 348.
— frakjennelse 348.
— innhold 343.
— gjenstand 352.
— overgang 354.
— internasjonalt 358.
- monsterrett-kunstnerrett* 354.
— patentrett 356.
— vareutstyr 358.
- Navn*, begrep 370.
- navn* uten rettsvern 381.
- navneplikt* 372.
- navneretten*, del av åndsretten 16, 372.
— grunnlag 371.
— anerkjent hos oss 374.
— innhold 376.
— gjenstand 381.
— er uoverdragelig 384.
— samtykke til andres bruk 384.
- navnerett-firmarett* 490.
— varemerkerett 493.
- navnerettslitteraturen* 373.
- nyhetskravet* ved opfinnelser 221.
- nyltemonster*, se bruksmonster.
- nærings-* og nytelsesmidler kan ikke patenteres 286.

- Offentlig utleie* av åndsverker 94, 130.
 — utstilling av åndsverker 94, 130.
offentliggjørelse — privat bruk 89.
opdagelser 208, 325.
opfinnelsens begrep 205.
 — nyhet 221.
 — i andres tjeneste 250.
 — uten rettsvern 285.
 — mot lov og ærbarhet 285.
opfinneren har krav på patent 244.
opfinnerklausuler 254.
opfinnerrett uten patent 317.
 — ideelle rett 258, 319.
ophavsretten historie 18.
 — i Russland 30.
 — egenart 54.
 — utvikling i Norge 56.
 — litteratur 59.
 — innhold 85.
 — gjenstand 97.
 — begrensninger 115.
 — overgang ved avtale 136.
 — ophor 147.
 — overgang ved arv 144.
 — en eller to rettigheter 160.
 — herredømme i tiden 166.
 — herredømme i rummet 166.
opleseres ophavsrett 109.
operaer, ophavsrett til 81.
- Panamerikansk* patentunion 313.
pant i ophavsrett 138.
 — i patentrett 302.
Pariskonvensjonen 313.
 — patentregler 316.
 — firma- og merkeregler 500.
 — prioritetsregler 315.
parodier 90, 565.
patentenes sociale betydning 40.
 — meddelelse 230.
 — ugyldighet 239.
 — frakjennelse 242.
 — tolkning 272.
 — *Schutzumfang* 277.
 — tidsbegrensning 288.
- patentagenter* 249.
patentanmasselse 561.
patentgebyrer 289.
patentpåstand 234, 273.
patentlovens herredømme i rummet 311.
 — forhistorie i Norge 200.
patentrettens historie 31.
 — i Russland 18.
 — egenart 196.
 — grunnlag 197.
 — litteratur 204.
 — innhold 261.
 — karakter 267.
 — gjenstand 274.
 — overgang 301.
 — ophor 306.
 — rettsvern 308.
personlighetsretten hos oss 578.
 — og kjennetegnetenes rett 580.
 — og åndsproduksjonen 584.
personnavn, se navn.
petits droits 132.
pioneropfinnelser 220.
pressens lånerett 127.
prioritetsbestemmelser i Pariskonvensjonen 315.
prioritetskollisjon mellom oppfinnere 246.
privat — offentlig 89.
privat bruk av mønstre 349.
 — bruk av oppfinnelser 263.
 — gjengivelse av åndsverker 87.
 — mangfoldiggjørelse av åndsverker 90.
produktopfinnelser 220.
pseudonyme åndsverker 71, 122.
- Regissorens* ophavsrett 113.
reklamebyråers rett overfor medarbeiderne 85.
reklamekunst, rettsvernet 71, 136, 141
reklamestoff i aviser 127.
rettelse av patentkrav 234.
- Samarbeide* ved andsverker 78.
 — ved oppfinnelser 249, 318.

- samlerverker* 79.
samtykke til navnebruk 384.
 — til firmabruk 409.
 — til varemerkebruk 428, 465.
sangeres og skuespilleres ophavsrett 109, 183, 591.
sekundær betydning av ord 442.
sinnssykes ophavsrett 77.
 — patentkrav 247.
skisser, ophavsrett til 69, 76.
skjemaer, ophavsrett til 68.
skolebøker, ophavsrett til 126.
slagordbeskyttelse 403.
sperrefrist ved varemerker 428, 463.
standards 520.
 — systematisering av 521.
 — ulempene ved 520.
stedsangivelser, uriktige 481.
stenografisystemer 337.
sterke og *svake* varemerker 422, 457.
Stim 133.
stråmannsvesen 498, 551.
særnavn 385.
- Tantlième-systemet* i åndsretten 86, 132.
tariffmessig ordning av funksjonær-
 oppfinnelsen 258.
telegramadresse 472.
telegramstoffets rettsvern 180.
telle quelle-regelen 501.
territorialitetsprinsippet 11, 166, 311,
 499.
tidsgrensen ved ophavsretten 120.
tidsskrifters lanerett 127.
tilbakekallelse av patentkrav 235.
tilleggspatenter 270.
tittel, vern for 69, 186.
Tono 133.
tvangsforfølgning ved åndsverker 145.
 — ved oppfinnelser 295.
 — i oppfinnerretten 318.
 — i monsterretten 352.
tvangslisens ved radio 129.
 — ved grammofon 134.
- Umyndiges* ophavsrett 77.
 — patentrett 247.
Unternehmen 364.
utleie av åndsverker 94, 130.
ullendings ophavsrett 77.
 — patentrett 248, 312.
 — monsterrett 347.
 — merkerett 500.
usedelige åndsverker 72.
 — oppfinnelser 285.
 — mønstre 345.
 — varemerker 425.
utøvelsesvang ved patenter 294.
utøvende kunstneres ophavsrett 109, 183
- Varemerkets* sociale betydning 42.
 — utseende 418.
 — ordmerker og figurmerker 419.
 — må være distinktivt 419.
 — navn og firma som merke 423.
 — må ikke være deskriptivt 419.
 — stedsnavn som merke 424.
 — ulovlige og usedelige 425.
 — desepive merker 425.
 — med offentlige emblemer 426.
 — må respektere andres kjennetegn 427.
 — registreringer 431.
 — vilkårene 431.
 — fremgangsmåten 432.
 — registreringens virkning 436.
 — ugyldighet 436.
 — frakjennelse 437.
 — innarbeidede merker 438, 441.
 — tatt i bruk 440.
 — registrering av et innarbeidet vare-
 merke 445.
 — forholdet mellom registrering og
 innarbeidelse 444.
 — ekspansjonsmulighet 453.
 — sterke og svake merker 422, 425,
 457.
 — forvekslingsfaren 455.
 — forvekslingshensikt 458.
varemerkeplikt 461.

- varemerkerett*, historie 32.
— rettens silhuett 362.
— forhistorien til V. 412.
— litteraturen 417.
— dens dobbelte grunnlag 417.
— innholdet av den rett registreringer gir 448.
— innholdet av innarbeidelsen 451.
— gjenstanden 454.
— rettsvernet 459.
- varemerkerett*, overgang 402.
— sperrefrist 428.
— ophor 466.
— ikke-bruk 468.
— forholdet til firmaretten 494.
- Vareulstyret* 472.
— rettsvernet 473.
- Ytre form*, åndsverkernes 100.