

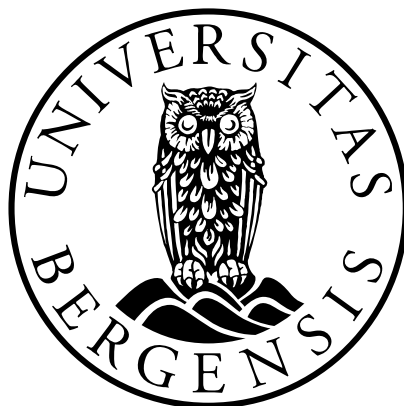
# Sammenhengen mellom verkshøydekravet og opphavsrettens beskyttelsesomfang

– *En nyansert tilnærming til verkshøyde- og krenkelsesvurderingen*

Kandidatnummer: 193097

Veileder: Knut Martin Tande

Antall ord: 14 631



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

30. mai 2014

# Innholdsfortegnelse

---

Innholdsfortegnelse .....	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling .....	3
1.2 Avhandlingens aktualitet og nærmere om problemstillingen .....	4
1.3 Den videre fremstilling.....	6
2 Rettskildebilde og metode.....	8
2.1 Innledning.....	8
2.2 Norske rettskilder.....	8
2.3 Det nordiske samarbeidet .....	9
2.4 Internasjonale rettskilder .....	10
3 Generelt om verkshøydekravet.....	12
3.1 Kort om verkshøydekravet og den tosporede krenkelsesvurderingen .....	12
3.1.1 Verkshøydekravets funksjon og vurderingstema .....	12
3.1.2 Fastleggelsen av verkshøydekravet er en del av krenkelsesvurderingen .....	13
3.2 Momenter ved verkshøydevurderingen.....	14
3.2.1 Innledning.....	14
3.2.2 Rimelighets- og rettferdighetssynspunkter og hensyn til motivasjon, variasjonsbredde og friholdelsesbehov .....	15
4 Verkshøyde og beskyttelsesomfang i grensetilfellene .....	18
4.1 Utgangspunktet for beskyttelsesomfangets rekkevidde .....	18
4.2 Ulike tilnærminger til beskyttelsesomfangets grenser .....	19
4.3 Nærmere om hvordan vurderingen vil være ved en nyansert tilnærming til verkshøyde- og krenkelsesvurderingen .....	21
4.3.1 Tysk rett og «kleine Münze».....	21
4.3.2 Danmarks lave verkshøydekrav og det «kvalifiserede identitetsprincip» i etterlikningsvurderingen.....	23
4.3.3 Den balanserte vurderingen i Sverige .....	25

4.3.4	Europeisk utvikling .....	27
4.3.5	Hvordan behandles verk med lav verkshøyde i norsk rett? .....	29
4.3.5.1	Innledning.....	29
4.3.5.2	Rt. 2007 s. 1329, Huldra i Kjosfossen.....	30
4.3.5.3	RG 2001 s. 676, Dams lykketroll.....	33
4.3.5.4	Rt. 2012 s. 1062, Tripp Trapp-stolen. ....	36
4.3.5.5	Rt. 2013 s. 822, Ambassadør-dommen .....	39
4.3.5.6	En sammenfatning. Når er det relevant å se på verkshøydekravet i lys av beskyttelsesomfanget?.....	42
4.4	En evaluering. Hvilke fordeler og ulemper kan den nyanserte tilnærmingen bringe med seg? .....	44
5	Oppsummering og avsluttende refleksjoner .....	48
	Litteratur- og kildeliste .....	50

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Etter åndsverksloven<sup>1</sup> § 1 har den som skaper et åndsverk opphavsrett til verket. Et åndsverk foreligger når verket oppfyller vilkårene om at det må være *skapt* noe, det skapte er av *litterær, vitenskapelig eller kunstnerisk art*, og det skapte har såkalt *verkshøyde*.

Det er som regel vilkåret om verkshøyde som skaper tvil ved spørsmålet om noe utgjør et åndsverk. Verkshøydekravet er derfor ofte det avgjørende vilkåret for om noe har vern, og innebærer at verket må ha et visst minstenivå av originalitet og preg av individuell skapende åndsinnsett. Kravets abstrakte karakter gjør at det ofte er vanskelig å trekke grensene for når det er oppfylt.

Temaet for denne avhandlingen er terskelen for oppfyllelse av verkshøydekravet, og sammenhengen mellom denne terskelen og det beskyttelsesomfanget opphavsretten gir mot etterlikninger. Problemstillingen for avhandlingen er nærmere bestemt i hvilken grad man kan senke terskelen for hva som oppfyller kravet om verkshøyde, dersom det kombineres med en tilsvarende reduksjon av rekkevidden av vernet mot etterlikninger.

Når man ser verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget i sammenheng på denne måten, tar man hensyn til muligheten for et mindre omfattende etterlikningsvern allerede ved verkshøydevurderingen. Dette gjør det mulig å sette terskelen for verkshøyde lavere. I denne avhandlingen vil en slik tilnærming til verkshøydevurderingen kalles en nyansert tilnærming.

Bakgrunnen for valget av denne problemstillingen, er at man i norsk rett har sett tendenser til både en nyansert tilnærming, og en «enten-eller»-tilnærming, der verkshøydekravet er strengt og beskyttelsesomfanget er omfattende. I utlandet legges et stadig mer nyansert krav til grunn for både verkshøyde- og krenkelsesvurderingen, samtidig som beskyttelsesomfanget innsnevres. Det er derfor relevant å stille spørsmål om det er rom for det samme etter norsk rett.

Selv om uttrykket beskyttelsesomfang naturlig kan forstås som omfanget av alle rettigheter som følger av åndsverksloven, vil det i denne avhandlingen brukes om etterlikningsvernet.

---

<sup>1</sup> Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åvl.). Lov 12. mai 1961 nr. 2.

Når det stilles spørsmål om muligheten for et snevrere beskyttelsesomfang, er det altså snakk om et snevert etterlikningsvern, hvor vernet bare gjelder svært nærgående etterlikninger. Det er altså ikke et spørsmål om beskyttelsesomfanget kan snevres inn ved innskrenking i vernetid eller andre rettigheter.

Når det gjelder uttrykket krenkelsesvurdering, siktes det til den vurderingen som foretas når man står ovenfor en etterlikningstvist. Først må det vurderes om det eldste verket har vern, før man vurderer om det yngre verket er så likt det eldste at det utgjør en krenkende etterlikning. Krenkelsesvurderingen omfatter dermed både verkshøydevurderingen og etterlikningsvurderingen. En nyansert tilnærming til verkshøydekravet innebærer dermed også en nyansert tilnærming til krenkelsesvurderingen.

## **1.2 Avhandlingens aktualitet og nærmere om problemstillingen**

Spørsmålet om muligheten for en nyansert tilnærming til verkshøyde- og krenkelsesvurderingen aktualiseres særlig når man står ovenfor grensetilfeller og er i tvil om et verk har tilstrekkelig verkshøyde. Spørsmålet kan komme på spissen uavhengig av om man står ovenfor en etterlikningstvist eller andre opphavsrettslige spørsmål. Som vi skal se senere i avhandlingen, har det skjedd en utvikling i norsk opphavsrett de senere årene, og i lys av dette er det relevant å vurdere om det er innenfor rettkilderammene å ha en nyansert tilnærming til verkshøydekravet i norsk rett.

Historisk har opphavsretten i stor grad dreid seg om tradisjonelle verk som bøker, musikk og den rene kunst, men teknologiske fremskritt har åpnet for nye måter å skape, spre, bruke og misbruke åndsverk på. Med internett har opphavsretten fått sin renessanse, noe som også gjør det interessant å vurdere om det er grunnlag for en mer nyansert tilnærming til verkshøyde- og krenkelsesvurderingen enn tidligere.

I utenlandsk praksis har det lenge vært vanlig å se verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget i sammenheng. Både Danmark og Sverige balanserer lavere verkshøydekrav med et snevert etterlikningsvern,<sup>2</sup> og Tyskland har lang tradisjon med å gi såkalte «kleine Münze» et snevert beskyttelsesomfang. Som vi skal se senere i avhandlingen har det i utlandet blitt gitt vern for

---

<sup>2</sup> NJA 2002 s. 178, «Drängarna», NJA 2009 s. 159, «Mini-Maglite».

både leketøy, lommelykter og kjøkkenarmaturer, til tross for enkle utforminger.<sup>3</sup> Verkene har blitt ansett å være originale og skapt med åndelig innsats, men den opphavsrettslige beskyttelsen gjelder kun mot svært nærgående etterlikninger. En slik tilnærming ivaretar hensynene til både opphavsretten og opphavsmannen på en god måte.

I norsk rett har det som nevnt tidvis blitt operert med en «enten-eller»-tilnærming til opphavsretten, ved at verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget vurderes mer isolert. Verkshøydevurderingen har vært strengere enn i våre naboland, og åndsverkene har enten fått et omfattende vern, eller så har de ikke fått vern i det hele tatt. I Rt 2009 s. 1329, Huldra i Kjosfossen, som vil gjennomgås senere i avhandlingen, begrunnet Høyesterett at en forestilling ikke hadde opphavsrettslig vern med at etterlikningsvernet ville bli for omfattende. De mente at en hel folketradisjon ville blitt monopolisert dersom den to minutter lange forestillingen med en dansende hulder fikk opphavsrettslig beskyttelse.

Dersom Høyesterett hadde hatt en mer nyansert tilnærming til verkshøydekravet i hulderforestillingen kunne det i stedet gis vern for den konkrete forestillingen, slik at beskyttelsesomfanget kun gjaldt svært nærgående etterlikninger. Da ville utviklerne av forestillingen i det minste nytt godt av de andre opphavsrettslige rettighetene, selv om selve etterlikningsvernet ville vært snevert.

Den «enten-eller»-tilnærmingen som i stedet legges til grunn passer ikke så godt når man står ovenfor verk med lavere verkshøyde, ettersom et omfattende etterlikningsvern gjør det betenkelig å verne noe som er så lite. Ofte har opphavsmannen brukt mye kreativitet og innsats for å skape verket, uten at resultatet hever seg markant over det man har sett før. Konsekvensen av en streng terskel for opphavsrettslig beskyttelse begrunnet i et omfattende etterlikningsvern, kan bli at mange verk som fortjener vern ikke får det.

Også opphavsmenn bak enklere verk enn de tradisjonelle har interesse i beskyttelsen og rettighetene åndsverksloven tilbyr. Med «enten-eller»-tilnærmingen til verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget vil mange opphavsmenn stå helt uten rettigheter fordi verkshøydevurderingen er for streng. De opphavsrettslige rettighetene går lenger enn bare vernet mot etterlikninger, og det er ikke bare når det er spørsmål om etterlikning at en nyansert tilnærming til verkshøydevurderingen er relevant.

---

<sup>3</sup> Se kap. 4.3, med eksempler fra tysk, dansk og svensk rettspraksis.

Dersom man tar hensyn til muligheten for et snevrere beskyttelsesomfang ved verkshøydevurderingen, kan kravene til verkshøyde settes lavere. Dette bidrar til en effektiv beskyttelse som passer for det konkrete verk, og ivaretar hensynet til opphavsmannens interesser. Kort sagt hindrer man at verkshøydevurderingen blir for streng ved at man ikke legger et for sterkt etterlikningsvern til grunn.

I rettspraksis og juridisk teori etter dommen om Huldra i Kjosfossen, har man sett tendenser til at norsk rett er i utvikling. Terskelen for verkshøyde settes stadig lavere, samtidig som det kreves at en etterlikning må være desto mer nærgående før det foreligger en krenkelse.<sup>4</sup> Denne innsnevringen av beskyttelsesomfang er et viktig argument i forbindelse med vurderingen av om det er grunnlag for en mer nyansert tilnærming til verkshøyde- og krenkelsesvurderingen enn tidligere.

Tatt i betraktning at det er vanlig med en nyansert tilnærming i utlandet, og at opphavsretten harmoniseres i stadig større grad, gjennom både konvensjoner og direktiver, er det relevant å se om vi også her i Norge kan ha samme tilnærming til verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget for verk som ligger på grensen for å få beskyttelse. Når man åpner for å snevre inn vernet i takt med lavere krav til verkshøyden, ivaretas både hensynene bak opphavsretten og opphavsmannens interesser i større grad enn dersom man tar stilling til spørsmålene til verkshøyde og etterlikning isolert.

En mer nyansert tilnærming til sammenhengen mellom verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget vil dermed ikke bare være motiverende til nyskapning og åndsproduksjon, men også bringe norsk opphavsrett nærmere våre naboland.

### **1.3 Den videre fremstilling**

For å belyse oppgavens tema på en best mulig måte, vil det i kapittel 2 gjøres rede for metoden som ligger til grunn for arbeidet med avhandlingen, i tillegg til hvilke rettskilder som er relevante for å belyse spørsmålene om verkshøyde og beskyttelsesomfang.

---

<sup>4</sup> Se for eksempel Torvund (2013), s. 50, og fra praksis RG 2001s. 676, «Lykketroll-dommen», Rt. 2013 s. 822, «Ambassadør-dommen».

Kapittel 3 vil kort gjøre rede for verkshøydekravet, krenkelsesvurderingen og momenter som spiller inn ved verkshøydevurderingen, mens hovedtyngdepunktet i analysen kommer i kapittel 4.

I kapittel 4 vil avhandlingen mer konkret gå inn på sammenhengen mellom verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget. Først vil det i kapittel 4.1 og 4.2 gjøres rede for utgangspunktet for beskyttelsesomfanget og ulike tilnærminger til hvor langt det strekker, og i kapittel 4.3.1 – 4.3.4 vil det gjøres rede for den nyanserte tilnærmingen til verkshøydekravet i utlandet.

Videre i kapittel 4.3.5 vil det ses hen til norsk rett. Relevante dommer vil analyseres for å belyse hvordan domstolene har vektlagt de ulike momentene ved verkshøydevurderingen, og om man ser tendenser til en nyansert tilnærming også i norsk rett. Deretter vil funnene sammenfattes i kapittel 4.3.6, før det trekkes slutninger om den utviklingen som har skjedd. Til slutt vil den nyanserte tilnærmingen evalueres i kapittel 4.4, før det i kapittel 5 oppsummeres med noen avsluttende refleksjoner rundt temaet.



# 2 Rettskildebilde og metode

## 2.1 Innledning

Ettersom avhandlingen dreier seg om et tema som ikke synes er avklart eller særlig problematisert tidligere, vil det foretas en analyse av relevante rettskilder som belyser sammenhengen mellom verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget. Utgangspunktet for en slik analyse må være norsk rett og alminnelig juridisk metode. Tatt i betraktning opphavsrettens internasjonale karakter, må det også sees hen til utenlandsk rett.

De nærmere retningslinjene for en nyansert verkshøyde- og krenkelsesvurdering vil derfor trekkes opp ut fra underliggende sammenhenger og verdier i opphavsretten, med norske og utenlandske rettskilder som ramme.

## 2.2 Norske rettskilder.

Åndsverksloven er den uttømmende kilden til opphavsrettslig vern i Norge. Uttrykkene verkshøyde og beskyttelsesomfang er ikke brukt i loven, men det er likevel ikke tvil om at kravet til verkshøyde skal innfortolkes i § 1, noe som forutsettes både i forarbeider, rettspraksis og juridisk teori.<sup>5</sup> Det opphavsrettslige beskyttelsesomfang må avgjøres ut fra de rettighetene som kommer til syne i lovens ytterligere bestemmelser.

Forarbeider som er relevante i forbindelse med verkshøydekravet er hovedsakelig forarbeidene til loven slik den ble vedtatt i 1961,<sup>6</sup> samt forarbeidene til den tidligere åndsverksloven av 1930.<sup>7</sup> Når det gjelder sammenhengen mellom verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget, sier også forarbeidene lite.

Verkshøydekravet er av stor praktisk betydning, og er grundig gjennomgått i juridisk litteratur. Likevel er det ikke så mye rettspraksis om verkshøydekravet, og de dommene som stadfester og utdyper verkshøydekravet er av relevans for denne avhandlingen. Det samme gjelder dommer om opphavsrettens beskyttelsesomfang.

---

<sup>5</sup> Rognstad (2009), s. 77.

<sup>6</sup> Ot.prp. nr. 26 (1959-60).

<sup>7</sup> Innstilling til lov om åndsverk av 1925.

Verkshøydekravet ble først formulert og stadfestet i Hallo Hallo-dommen og senere i Wegners sybord.<sup>8</sup> I dag er det vanlig å vise til formuleringene fra Rt. 2007 s. 1329, Huldra i Kjosfossen, som utgangspunkt for verkshøydevurderingen. I forhold til verkshøydekrav og beskyttelsesomfang, har dommene Rt. 2012 s. 1062, Tripp Trapp-dommen, og Rt. 2013 s. 822, Ambassadør-dommen, stor relevans. Disse dommene vil derfor analyseres senere i avhandlingen. Selv om underrettspraksis er av mindre betydning, vil RG 2001 s. 676, Dams Lykketroll, også være egnet til å belyse avhandlingens tema, og således være gjenstand for analyse senere i avhandlingen.

## 2.3 Det nordiske samarbeidet

Den gjeldende åndsverksloven av 1961 ble til etter et omfattende lovsamarbeid mellom Norge, Sverige, Danmark og Finland. Formålet var å oppnå nordisk rettsenhet på det opphavsrettslige området. I innledningen til forarbeidene ble det uttalt at grunnlaget for felles lovgivning er til stede fordi de nordiske land danner et kulturområde med samme syn på samfunnets og individets rettigheter. En opphavsmann fra et av de nordiske land har lett adgang til et nordisk publikum, og det burde derfor bære likhet i rettsreglene. «Både for opphavsmenn og for dem som skal bruke åndsverk, vil det være en fordel om dette rettsområde kunne reguleres av så enslydende regler som mulig.»<sup>9</sup>

Lovsamarbeidet innebærer at både forarbeidene og rettspraksis fra de høyeste domstolene i de nordiske landene kan gi god veiledning ved tolkningen av den norske loven.

Høyesterett har ofte vist til danske og svenske dommer i sine drøftelser av opphavsrettslige tvister, noe som var særlig synlig i Rt. 1985 s. 883, Electric Circus, som gjaldt import av grammofonplater fra USA. Norske lovforarbeider ga lite direkte veiledning i forhold til spørsmålene, og Høyesterett valgte derfor å se hen til de svenske forarbeidene til den tilsvarende svenske regel. Når norske forarbeider ikke var i strid med de svenske, valgte de å konkludere slik det ville blitt konkludert i Sverige. Høyesterett brukte i samme sak svensk rettspraksis som om den skulle vært deres egen.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Rt. 1940 s. 327 og Rt. 1962 s. 924.

<sup>9</sup> Side 7 i forarbeidene.

<sup>10</sup> Dommen er referert i Rognstad (2009), s. 42.

Rettspraksisen kan dog ikke gis prejudikatsvirkning, men kan ha stor argumentasjonsverdi i lys av den nordiske rettsenhet. I denne avhandlingen vil det derfor ses hen til både svenske og danske dommer.

## 2.4 Internasjonale rettskilder

Norge må også forholde seg til de krav som følger av den internasjonale opphavsretten. Opphavsretten har alltid hatt et sterkt internasjonalt preg, og det har derfor alltid vært relevant å se til utenlandsk praksis og teori for inspirasjon og innflytelse etter hvert som opphavsretten har utviklet seg.<sup>11</sup>

Åndsverkene krysser landegrenser raskt og enkelt, enten det er musikk som spres over internett eller et maleri eller en bok som selges til utlandet. Særlig på det teknologiske området har utviklingen ført til en grenseløs utveksling av opphavsrettslig materiale, og behovet for omtrent likelydende vern i ulike land har derfor økt.

Internasjonale avtaler som Bernkonvensjonen, Wipo-avtalene og Verdenskonvensjonen sikrer opphavsmannens rettigheter på tvers av landegrenser, men gir ellers ikke holdepunkter for å si noe konkret om verkshøydekravet. Avtalene vil derfor ikke gis noen sentral plass i denne avhandlingen.

En sentral plass må derimot gis til EUs direktiver og praksis. Gjennom EØS-avtalen er Norge forpliktet til å følge EUs direktiver om opphavsrett, og i den forbindelse står Opphavsrettsdirektivet sentralt.<sup>12</sup> I fortalet til Opphavsrettsdirektivet fremheves viktigheten av harmonisering på det opphavsrettslige området. Rettslig ulikhet og usikkerhet kan være hemmende for markedet, og det er viktig å oppmuntre til investeringer i kreativitet og nyskapning. Harmonisering innenfor opphavsretten vil derfor bidra til vekst og økt konkurransevne for europeisk industri innen immaterielle felt som informasjonsteknologi, kultur og næring.<sup>13</sup> Norsk rett kan derfor ikke utvikles i utakt med utviklingen i EU.

Den europeiske rettsenhet blir stadig viktigere, og Norge er bundet av EU-domstolens tolkning av direktivet. I senere tid har hensynet til den nordiske rettsenhet havnet i skyggen av

---

<sup>11</sup> Rognstad (2009), s. 41.

<sup>12</sup> Direktiv 2001/29 EF, om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet. Kalles også Infosoc-direktivet.

<sup>13</sup> Fortalen punkt 4-7.

EU-retten, men det er likevel fortsatt relevant å ta hensyn til det nordiske samarbeidet. Særlig gjelder dette ved spørsmål som ikke er regulert på internasjonalt nivå.

Selv om de øvrige nordiske landene er EU-medlemmer, og utviklingen i disse landene sannsynligvis er i tråd med EU-retten, må EU-retten likevel vurderes på selvstendig grunnlag i Norge. Dog kan det at de nordiske landene har vurdert forholdet til EU-retten i sine avgjørelser kan være et tilleggsargument for å fortsatt ta hensyn til nordisk rettsenhet.

Selv om de nordiske landene ligger legislativt nært Norge, og rettspraksis har stor betydning både argumentativt og som autoritativ kilde som et reelt hensyn ved tolkningen av norske regler, står også tysk rett i en særstilling. De nordiske åndsverkslovene har blitt til under sterk innflytelse fra tysk rettstenking. Når det gjelder avhandlingens tema med sammenhengen mellom verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget, er det derfor relevant å se til den tyske tradisjonen for «kleine Münze». «Kleine Münze», som direkte oversatt betyr småmynt, er åndsverk som har veldig lav verkshøyde, og derfor kun har snevert vern.<sup>14</sup> Ved «kleine Münze» nyanseres verkshøydevurderingen ut fra hvor snevert vern som kan gis. Tysk rettspraksis og litteratur om «kleine Münze» er derfor relevant for å belyse spørsmålet om et nyansert verkshøydekrav også i norsk rett.

---

<sup>14</sup> Löwenheim (1987), s. 761.

# 3 Generelt om verkshøydekravet

## 3.1 Kort om verkshøydekravet og den tosporede krenkelsesvurderingen

### 3.1.1 Verkshøydekravets funksjon og vurderingstema

Ettersom verkshøydekravet er et av vilkårene for opphavsrettslig vern, og således avgjørende for når det opphavsrettslige vernet inntreer, er det nødvendig å være godt kjent med verkshøydekravet og hvilke hensyn og momenter som har betydning når man står ovenfor en opphavsrettslig tvist. Hensikten med dette kapittelet er ikke å gjøre rede for detaljene rundt verkshøydekravet, men å rette fokuset mot de hovedtrekkene som er relevante for avhandlingens tema.

Først må det gjøres rede for hvilket vurderingstema som må legges til grunn ved verkshøydevurderingen i norsk rett.

I åvl. § 1 beskrives et åndsverk som ethvert litterært, vitenskapelig eller kunstnerisk verk, uansett uttrykksmåte eller uttrykksform. Bestemmelsens ordlyd i seg selv stiller ingen krav om verkshøyde, men lang juridisk tradisjon innenfor opphavsretten legger til grunn et slikt krav.

I forarbeidene beskrives kravet til verkshøyde som at «det må foreligge en virkelig åndsproduksjon fra opphavsmannens side, slik at verket (...) «representerer en innsats av skapende åndsarbeide». I tillegg må åndsverket «iallfall i noen grad være uttrykk for original og individuelt preget åndsvirksomhet fra opphavsmannens side».<sup>15</sup>

Verkshøydekravet vil måtte bero på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, og i rettspraksis har det blitt gitt uttrykk for at det ikke bare gjelder krav til selve verket, men også til prosessen fra idé til resultat.

I Rt. 1940 s. 327, Hallo-Hallo, og Rt. 1962 s. 964, Wegners Sybord, ble det uttrykt at det dreier seg om individuelt preget åndsvirksomhet, og at «opphavsmannens idéer må ha realisert seg på en slik måte at det ved hans verk er skapt noe originalt av kunstnerisk verdi».

---

<sup>15</sup> Ot. Prp. (1959-60) s. 11-12.

Det samme følger av Høyesteretts uttalelser i Rt. 2007 s. 1329, Huldra i Kjosfossen. «For at en frembringelse skal ha karakter av «åndsverk» i åndsverkslovens forstand, må den være resultat av en individuelt preget skapende innsats, og ved denne innsatsen må det være frembrakt noe som fremstår som originalt».<sup>16</sup>

Denne uttalelsen har senere blitt lagt til grunn i både Rt. 2012 s. 1062, Tripp trapp-dommen og Rt. 2013 s. 822, Ambassadør-dommen, og gir grunnlag for å si at det etter en reell vurdering av den individuelt skapende innsatsen må trekkes en nedre grense for verkshøyden.<sup>17</sup> Formuleringen kan også brukes som et generelt vurderingstema ved spørsmålet om verkshøydekravet er oppfylt.

Det er ikke noe krav til estetikk eller kvalitet,<sup>18</sup> men et krav til skapelsesprosessen og resultatet. Slik omfatter verkshøyden både den åndelige skapende innsatsen opphavsmannen brukte, i tillegg til originaliteten i verkets utforming. Det er ikke avgjørende for originaliteten at opphavsmannen har skapt noe som objektivt sett er nytt, men at han har skapt noe som uttrykksmessig er sitt eget.

Det er også sentralt om man kan identifisere opphavsmannens individuelle åndsinnsetts i verket, ved at det er skapt gjennom individuelle og frie valg som har bidratt til utformingen. Dette innebærer at idéer, funksjoner, teknikker, kulturarv, fakta eller naturlover aldri vil ha verkshøyde.

Verkshøydekravet er altså minstekravet for opphavsrettslig vern. Verkshøydevurderingen må avgjøres etter spørsmålet om verket er et resultat av en individuelt skapende innsats, hvor det har blitt frembragt noe som fremstår som originalt.

### **3.1.2 Fastleggelsen av verkshøydekravet er en del av krenkelsesvurderingen**

Som nevnt i kapittel 1.1 er krenkelsesvurderingen sammensatt av verkshøydevurderingen og etterlikningsvurderingen. Spørsmålet her er hvordan man tar fatt på krenkelsesvurderingen i praksis.

---

<sup>16</sup> Dommens avsnitt 43.

<sup>17</sup> Rognstad (2009), s. 82, med videre henvisninger.

<sup>18</sup> Ot. Prp. (1959-60) s. 10.

Det er vanlig å omtale vurderingen som en tosporet krenkelsesvurdering. Vurderingen skjer ved at man først må avklare om det verket som påstås etterliknet faktisk oppfyller vilkårene for vern etter åndsverksloven, før det tas stilling til om det yngre verket er så likt det eldre verket at det er snakk om en krenkelse.

Ettersom verkshøydekravet er et av de tre vilkårene for opphavsrettslig vern, er spørsmålet om verkshøyde gjerne det første spørsmålet det må tas stilling til. Verkshøydevurderingen må skje konkret ut fra det helhetsinntrykket verket gir, og vurderingstemaet er som nevnt om verket bærer preg av å være resultatet av en individuell skapende åndsinnsett, og således er originalt.<sup>19</sup>

Når det er fastslått at det eldste verket er beskyttet etter åvl. § 1, går man videre til etterlikningsvurderingen, og tar stilling til om det yngre verket krenker det eldre verkets opphavsrett. I praksis blir dette en sammenligning mellom det eldre og det yngre verket, og rettsanvenderen må foreta en konkret vurdering av hvor grensene for beskyttelsesomfanget går.<sup>20</sup>

Vernets rekkevidde vil kunne variere mellom ulike verk og verkstyper. Utgangspunktet er at vernet bare omfatter det som faktisk har verkshøyde.<sup>21</sup> Dette innebærer at den som bare har latt seg inspirere av en idé eller et plott, eller har brukt uoriginale eller funksjonelle elementer fra et verk, ikke har frembragt en krenkende etterlikning.

## **3.2 Momenter ved verkshøydevurderingen**

### **3.2.1 Innledning**

Hva som avgjør verkshøydevurderingen er blant de vanskeligste spørsmålene i opphavsretten. I juridisk teori og praksis har det derfor blitt vist til momenter og hensyn som kan gi en viss veiledning ved vurderingen av om et verk er et resultat av en individuelt skapende åndsinnsett, og særlig hensynene til motivasjon, variasjonsbredde og friholdelsesbehov har blitt trukket frem. Det er viktig å kjenne til disse, og balansere de på en best mulig måte i den konkrete sak, slik at det settes riktig terskel for verkshøydekravet.

---

<sup>19</sup> Se kap. 3.1.1 og dommene det henvises til der.

<sup>20</sup> Helset, m.fl. (2009), s. 461.

<sup>21</sup> Rognstad (2009), s. 137.

Ettersom opphavsretten rekker like langt som den individuelle skapende innsatsen, er det de samme hensyn som gjør seg gjeldende både ved verkshøydevurderingen og krenkelsesvurderingen.<sup>22</sup> De nevnte hensynene vil kort beskrives i det følgende.

### **3.2.2 Rimelighets- og rettferdighetssynspunkter og hensyn til motivasjon, variasjonsbredde og friholdelsesbehov**

#### **(I) Rimelighets- og rettferdighetssynspunkter**

Ofte fremstilles opphavsretten som et urettferdig og begrensende regelverk som hindrer brukerne i å utnytte åndsverk fritt og gratis. Hensikten bak opphavsretten er imidlertid å ivareta opphavsmannens interesser, ved å beskytte åndsverkene mot snylting og utnyttning. Åndsverksloven gir opphavsmannen både økonomiske og ideelle eneretter til verket han har skapt, jf. §§ 2 og 3, og opphavsmannen skal selv være den som høster fruktene av sin egen åndsinnsetts.<sup>23</sup> Slik bygger opphavsretten på grunnleggende rimelighets- og rettferdighetssynspunkter.

For å oppnå en effektiv opphavsrett som føles rimelig og rettferdig for opphavsmannen, bør det ved vurderingen av verkshøyde og beskyttelsesomfang tas hensyn til blant annet motivasjonshensyn, variasjonsbredde og friholdelsesbehov.

#### **(II) Motivasjonshensynet.**

Gjennom de økonomiske og ideelle rettighetene belønnes opphavsmannens åndsproduksjon, noe som virker motiverende for nyskapning. Motivasjonshensynet tilsier at terskelen for verkshøyde settes til et slikt nivå at det virker overkommelig og mulig for opphavsmenn å oppnå vern for sin innsats.

At motivasjonshensynet er sentralt i opphavsretten, fremgår også i fortalen til Opphavsrettsdirektivet. En harmonisert rettslig ramme for opphavsretten vil føre til økt rettssikkerhet, gi godt vern og oppmuntre til investering i kreativitet og nyskapning.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Rognstad (2009), s. 137.

<sup>23</sup> Rognstad (2009), s. 31.

<sup>24</sup> Fortalen punkt 4.



Motivasjonshensynet tilsier gjerne at verkshøydekravet må være lavt, ettersom en høy terskel ikke motiverer til å legge inn den ekstra innsatsen ved åndsproduksjon, noe som i sin ytterste konsekvens kan føre til mindre kreativitet og kultur.

Motivasjonshensynet spiller ikke bare inn på verkshøydevurderingen, men også i forhold til hvor langt vernet strekker seg ved etterlikningsvurderingen. I RG 2001 s. 676, Dams lykketroll, ble motivasjonshensynet trukket frem som moment når lagmannsretten la vekt på at det ville være demotiverende for andre opphavsmenn dersom lykketrollet ikke hadde vern mot den aktuelle etterlikningen. Dersom trollene ikke hadde vern, var det ingen «realitet igjen i eneretten».

### (III) Variasjonsbredde

Når det gjelder variasjonsbredde, eller kunstnerisk spillerom, siktes det til de valgmulighetene en opphavsmann står ovenfor under skapelsesprosessen. Dersom opphavsmannen står ovenfor få valgmuligheter er ikke verket resultatet av en individuell åndelig innsats, men av de begrensede mulighetene som finnes.

For å kunne skape noe nytt og originalt, må det foreligge et visst kunstnerisk spillerom. Hvis spillerommet er snevert, er risikoen for dobbeltfrembringelser stor, noe som taler imot originalitet. I Rt. 2007 s. 1329 viste Høyesterett til at det ellers i Norden er vanlig å legge vekt på «om det er usannsynlig at en annen opphavsmann ville ha frembrakt et identisk verk, og i hvilken grad den som har frembrakt verket, har stått overfor valgmuligheter».<sup>25</sup>

Særlig i Sverige har det blitt lagt stor vekt på risikoen for dobbeltfrembringelser, og selv om det ikke er et kriterium for verkshøyde, er det et veldig relevant moment.<sup>26</sup> Dersom opphavsmannen stod ovenfor et stort kunstnerisk spillerom og valgmulighetene var mange, vil et verk lettere anses som en original åndsskapelse som oppfyller verkshøydekravet.

Hensynet til variasjonsbredde og kunstnerisk spillerom spiller også inn på krenkelsesvurderingen, og trekkes ofte frem ved brukskunst. I Rt. 2012 s. 1062, Tripp Trappdommen, la Høyesterett vekt på at produsenten av barnestolen Oliver hadde stått ovenfor

---

<sup>25</sup> Dommens avsnitt 44.

<sup>26</sup> Se for eksempel NJA 2009 s. 159, Mini Maglite og NJA 1998 s. 563, Byggmoduler. Begge dommene fremholder sannsynligheten for at noen andre ville skapt det samme som et sentralt moment ved originalitetsvurderingen.

svært mange valgmuligheter da de skulle produsere en barnestol, og derfor ikke trengte å legge seg så nært Tripp Trapp-stolens karakteristiske L-form.<sup>27</sup>

#### (IV) Friholdelsesbehov og monopolrisiko

Hensynet til variasjonsbredde henger tett sammen med hensynet til friholdelsesbehov og monopolrisiko. Noen elementer bør holdes fri, slik at de i prinsippet kan brukes av alle. Ingen skal få monopol på uoriginale eller funksjonelle elementer gjennom opphavsretten. Slik ivaretas det kunstneriske spillerommet, og friholdelsesbehovet vil ofte være et argument for å stille strengere krav til verkshøyde.

Den utviklingen vi har sett i juridisk teori og praksis om at hva som anses som tilstrekkelig i forhold til verkshøydekravet har blitt «høvlet ned» de siste årene.<sup>28</sup> Dette kan medføre at det kunstneriske spillerommet innsnevres gjennom andres monopol, slik Høyesterett argumenterte med i Huldra i Kjosfossen.

Det er ikke meningen at opphavsrettens eneretter skal være begrensende for andre. Høyesterett har derfor trukket frem ved krenkelsesvurderingen og vurderingen av vernets rekkevidde at noen elementer må holdes fri, herunder kulturarv, funksjonelle løsninger eller andre originalitetsbegrensede elementer.<sup>29</sup>

Ved avveiningen av de nevnte hensynene ved verkshøydevurderingen, bør det vektlegges at terskelen for verkshøydekravet bør være på et slikt nivå at den er egnet til å motivere til nyskapsel og ivareta kunstnerisk spillerom på opphavsrettens område. Samtidig må det tas hensyn til både andre opphavsmenns og samfunnets interesser. Det er en glidende overgang mellom hensynene som er nevnt over, og det må til sist bero på en konkret helhetsvurdering om verkshøydekravet er oppfylt eller ikke.

---

<sup>27</sup> Se dommens avsnitt 85.

<sup>28</sup> Torvund (2013), s. 50.

<sup>29</sup> Se kapittel 4.3.5, herunder om Tripp Trapp-dommen og Ambassadør-dommen.

# 4 Verkshøyde og beskyttelsesomfang i grensetilfellene

## 4.1 Utgangspunktet for beskyttelsesomfangets rekkevidde

Som sagt i kapittel 3.1.1 danner verkshøydekravet utgangspunktet for opphavsrettens beskyttelsesomfang. Dette skal nå utdypes, ved at det reises spørsmål om hvor langt et verks beskyttelsesomfang rekker.

Hvor langt et verks beskyttelsesomfang strekker seg, er avgjørende ved etterlikningsvurderingen. Det er alltid lov å la seg inspirere av andre, og et yngre verk er ikke krenkende før likheten er så stor at det utgjør et inngrep i det eldre verkets beskyttelsesomfang. Ved etterlikningsvurderingen må det derfor fastslås hvor langt beskyttelsesomfanget til det eldste verket rekker.

Etter § 2 har opphavsmannen enerett til fremstillinger av verket. Fremstillingsretten gjelder verket både i den skikkelsen opphavsmannen har gitt det, men også alle andre skikkelser hvor de individuelle skapende trekkene går igjen på en slik måte at det bevarer verkets identitet.<sup>30</sup> Fremstillingsretten gir dermed et vern mot etterlikninger. Etterlikningsvernet er ikke et rent kopieringsvern, og kan beskytte mot etterlikninger selv om de er gitt en annen form eller skikkelse.

Hvor nærgående en etterlikning må være for å være krenkende, gir imidlertid ikke § 2 noen anvisning på. Hva som utgjør en lovlig inspirasjon og hva som utgjør en krenkende etterlikning, må avgjøres etter en sammenligning av verkene man står ovenfor.

Den konkrete grensdragningen av vernets rekkevidde må skje etter et konkret skjønn. Ved vurderingen må man ta i betraktning både de juridiske og estetiske sidene ved verket. Det må således utmåles et beskyttelsesomfang som gjør at «det opphavsrettslige retsværn bliver effektivt uten dog at hindre andres rimelige krav på utfoldelse, i æstetisk henseende drejer

---

<sup>30</sup> Rognstad (2009), s. 138.

det sig om at blotlægge de værksstrukturer, der er egnede til genkendelse og anerkendelse.»<sup>31</sup> Vernets rekkevidde må altså slås fast etter en konkret helhetsvurdering, hvor de samme hensyn og momenter som nevnt i kapittel 3.2 spiller inn.

Etter forarbeidene til åndsverksloven av 1930 rekker vernet bare så langt at det omfatter resultatet av nyskapningen.<sup>32</sup> Dette tilsier at verkshøyden vil påvirke beskyttelsesomfanget. I juridisk teori omtales utgangspunktet som at beskyttelsesomfanget rekker like langt som den individuelle skapende innsatsen.<sup>33</sup> Funksjonelle eller andre originalitetsbegrensede elementer faller derfor utenfor beskyttelsesomfanget.

Et verks beskyttelsesomfang må altså avgjøres etter en konkret vurdering der både verkshøyde og bakenforliggende hensyn spiller inn.

## **4.2 Ulike tilnærminger til beskyttelsesomfangets grenser**

Som nevnt innledningsvis i avhandlingen, er det flere tilnæringsmåter til sammenhengen mellom verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget. De ulike tilnæringsmåtene ivaretar de bakenforliggende hensynene på ulik måte og i ulik grad.

Ut fra hvordan man setter terskelen for verkshøydekravet, og hvordan terskelen påvirker beskyttelsesomfanget, kan det tenkes en rekke ulike varianter av fleksibilitet og strenghet ved krenkelsesvurderingen. Slik jeg ser det, vil man grovt sett stå ovenfor to hovedkategorier; enten tar man i betraktning et absolutt beskyttelsesomfang, eller så lar man beskyttelsesomfanget være mer relativt.

Dersom man ser på beskyttelsesomfangets rekkevidde som noe absolutt og statisk, er det vanlig å operere med en høy terskel for verkshøyde og opphavsrettslig vern. Huldra i Kjosfossen er et eksempel på dette, da forestillingen ikke fikk vern, fordi beskyttelsesomfanget ville blitt for omfattende.

Dersom man ikke ser muligheten for å nyansere eller relativisere beskyttelsesomfanget vil strenge krav til verkshøyde føre til at få verk oppfyller vilkårene for vern, noe som virker

---

<sup>31</sup> Rognstad (2009), s. 136, med videre henvisninger. Uttalelsen stammer fra Koktvedgaard, men har fått tilslutning i norsk rett.

<sup>32</sup> Innst. 1925 s. 21. Se også Rognstad (2009), s. 137.

<sup>33</sup> Rognstad (2009), s. 137.

demotiverende. På den annen side vil lave krav til verkshøyde, uten at beskyttelsesomfanget er relativt, føre til at mange verk får for omfattende vern. Da vil spillerommet for andre aktører begrenses. I tillegg vil lave krav innebære stor risiko for at noen får monopol på elementer som burde holdes fri. Konsekvensene av å gi verk med lav verkshøyde et omfattende beskyttelsesomfang vil altså gi negative konsekvenser.

For å imøtekomme opphavsmenn som har skapt verk med lavere verkshøyde, passer det bedre med en mer nyansert tilnærming til verkshøyde- og krenkelsesvurderingen hvor beskyttelsesomfanget relativiseres ut fra graden av originalitet og åndsinnsetning som ligger til grunn for verket. Med andre ord vil hvor mye verkshøyde et verk har, avgjøre om et åndsverk har snevert eller omfattende etterlikningsvern.

Med en slik nyansert tilnærming er det ikke like betenkelig å gi vern i grensetilfellene, ettersom man tar hensyn til muligheten for et mindre omfattende etterlikningsvern, selv om noe regnes som et åndsverk.

Denne nyanserte tilnæringsmåten tilsvarer det vi ser i Tyskland med «kleine Münze», og i tendensene fra Danmark, Sverige og EU, som vil utdypes senere i avhandlingen. Kravet til verkshøyde settes lavt, og balanseres med et tilsvarende snevert vern.

Ved å bruke en nyansert tilnærming til verkshøydekravet og sammenhengen med beskyttelsesomfanget vil man kunne ivareta flere hensyn bak opphavsretten. Selv om resultatet er at flere oppnår vern for sin åndelige innsats, vil det snevre beskyttelsesomfanget likevel redusere faren for monopol på elementer som burde holdes fri, samtidig som spillerommet for andre potensielle opphavsmenn består, og således motiverer til nyskaping.

I kapittel 4.3 vil det gjøres nærmere rede for fremgangsmåten ved den nyanserte verkshøydevurderingen og relativiseringen av beskyttelsesomfanget. Tysk dansk, svensk og europeisk rett vil brukes for å vise eksempler på hvordan en nyansert tilnærming anvendes i praksis. Deretter vil det ses hen til norsk rett, og dommer som er egnet til å belyse verkshøydevurderingen vil analyseres. Til slutt vil det sammenfattes hvilken utvikling vi ser i de aktuelle dommene, før den nyanserte tilnæringsmåten vil evalueres i kapittel 4.4.

## 4.3 Nærmere om hvordan vurderingen vil være ved en nyansert tilnærming til verkshøyde- og krenkelsesvurderingen

### 4.3.1 Tysk rett og «kleine Münze»

Tyskland har vært et foregangsland når det gjelder immaterialrett, og praksis og begreper herfra har vært til inspirasjon ved utviklingen av opphavsretten i de nordiske landene.

Begrepet verkshøyde i norsk terminologi stammer fra det tyske «Werkhöhe», hvoretter et verk må utvise «Individualität und Gestaltungshöhe». Det tyske verkshøydekravet er altså sammensatt av krav til både individualitet og utformingen av verket. Dette innebærer ikke krav til verken kvalitet eller estetikk, men et krav om at det er skapt noe subjektivt nytt, der skaperens individualitet utgjør kjernen i verket og dennes utforming.<sup>34</sup>

Kravet til utforming henger tett sammen med individualitetskravet, og jo høyere grad av individualitet, dess mindre kreves i forhold til utformingen, og vice versa. Det dreier seg om et originalitetskrav, og terskelen for verkshøyde er lav.

Den lave terskelen åpner for at svært enkle verk, såkalte «kleine Münze» nyter opphavsrettslig vern. Selv om det må være en viss terskel, tatt i betraktning omfanget av rettigheter som opphavsretten gir, må terskelen ikke settes så høyt at «kleine Münze» mister sin beskyttelse.<sup>35</sup>

«Kleine Münze» er som nevnt betegnelsen på verk som ligger helt på den nedre grense for opphavsrettslig beskyttelse. Disse verkene har minimalt med verkshøyde og nyter derfor bare et snevert opphavsrettslig vern. For «kleine Münze» er kravene til individualitet og utforming så lave at de anses oppfylt når verket skiller seg fra det hverdagslige eller banale, uten at det trenger å heve seg over det.<sup>36</sup> Fra rettspraksis har man eksempler på at så enkle verk som kontaktannonser og reklametekster har blitt ansett å være «kleine Münze».<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> Wandtke (2009), s. 61.

<sup>35</sup> Ibid, s. 62.

<sup>36</sup> Löwenheim (1987), s.766.

<sup>37</sup> AG Hamburg – 35a C 40/12 og OLG Brandenburg – 6 U 18/08.

Det vil bero på en konkret vurdering om verket oppfyller kravet til verkshøyde. Det er ingen egne vilkår som skiller vurderingen av «kleine Münze» fra den vanlige verkshøydevurderingen, og det er de samme hensyn og momenter som spiller inn ved vurderingen.

«Kleine Münze» kan foreligge innenfor hvilken som helst verkskategori, noe som senest kom til uttrykk i BGH I ZR 143/12, «Geburtstagszug», fra november 2013. I saken hadde et leketøystog som kunne brukes som kakedekorasjon verkshøyde. Domstolen uttalte at det ikke er ulik terskel for verkshøyde for ulike verkstyper. Leketøystoget falt under kategorien brukskunst, og det hadde ikke betydning for opphavsretten at skaperen kunne søkt vern etter andre tilgrensende rettsområder, som for eksempel mønsterretten.<sup>38</sup> Det sentrale er at dersom opphavsmannen fortjener vern for sin skapende innsats, og verket har en viss originalitet, får verket opphavsrettslig beskyttelse. Etterlikningsvernet blir i slike tilfeller snevert, mens øvrige rettigheter består slik de fremgår av loven.

At det ikke er egne vurderingskriterier for «kleine Münze» har gjort at disse verkene tidvis har vært gjenstand for kritikk. Den pragmatiske og skjønnsmessige vurderingen skiller seg fra det tradisjonelle rettspositivistiske synet i tysk rett. I nyere tysk teori har imidlertid «kleine Münze» blitt ansett å bidra til harmonisering med EU-rettens lave originalitetskrav.<sup>39</sup> «Kleine Münze» forutsetter et nyansert og dogmatisk syn på både rettsreglene og sammenhengen mellom verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget,<sup>40</sup> og ved verkshøydevurderingen av en «kleine Münze», tas det med i vurderingen at vernet vil bli snevert.

«Kleine Münze» befinner seg altså på den nedre grense for opphavsrettslig vern, og begrepet er bare en betegnelse på et verk med lav verkshøyde og snevert vern. For å ivareta hensynet til friholdelsesbehov og monopolrisiko, i tillegg til å beholde et kunstnerisk spillerom, foreligger krenkelse av «kleine Münze» først når en etterlikning er svært nærgående.

Vurderingen av hvorvidt en «kleine Münze» er etterliknet, må bero på en konkret sammenligning av de to verkene. Vernet strekker seg noe lenger enn den rene kopi, og det skal også legges vekt på likheten i identitetsopplevelsen verkene gir. Avgjørelsen må således bero på en helhetsvurdering.

---

<sup>38</sup> Strauss (2014), s. 17.

<sup>39</sup> Wandtke/Bullinger (2009), Rn 4.

<sup>40</sup> Wandtke (2009), s. 62.

### 4.3.2 Danmarks lave verkshøydekrav og det «kvalifiserede identitetsprincip» i etterlikningsvurderingen

Selv om det nordiske samarbeidet har ført til omtrent liklydende formuleringer av verkshøydekravet, og det er de samme hensyn som begrunner opphavsretten i norsk, svensk og dansk rett, har terskelen for verkshøydekravet blitt praktisert noe ulikt.

I den danske dommen UfR 1951 s. 725, var spørsmålet om filmtittelen «Hvem ringer klokkerne for?» krenket opphavsretten til opphavsmannen bak den danske oversettelsen av Hemingways bok «For Whom the Bells Tolls». Høyesterett uttalte at oversetteren bak den danske tittelen hadde gitt oversettelsen en «særpreget og særdeles heldig form, der har festnet sig i den almindelige bevissthet. Sagsøgerens oversættelse er således udtryk for et individuelt og skabende åndsarbeide, der er beskyttet». Ved å gi vern for bare den enkle sammenstillingen av en filmtittel, settes terskelen for verkshøyde mye lavere enn hva som har blitt akseptert etter norsk rett.<sup>41</sup>

Ved verkshøydevurderingen legges det i Danmark vekt på både særpreg, individualitet og utforming, i tillegg til at risikoen for dobbeltfrembringelser står sentralt. Terskelen for verkshøyde er svært lav, noe som også forutsetter et snevert beskyttelsesomfang.

Når det gjelder selve etterlikningsvurderingen, innebærer den også etter dansk rett en sammenligning mellom det eldre og det yngre verket. Dersom tvisten dreier seg om verk med lav verkshøyde, vil ofte det avgjørende være i hvilken utstrekning dommeren får en identitetsopplevelse på grunn av likheter mellom verkene.<sup>42</sup> Dersom identitetsopplevelsen er så sterk at dommeren mener at partenes verk er «det samme», foreligger en krenkelse. Dette har blitt kalt «det kvalifiserede identitetsprincip».<sup>43</sup>

Det «kvalifiserede identitetsprincip» åpner for at det for noen verk kreves særlig stor likhet mellom verkens identitetsopplevelse før det foreligger en krenkelse, mens for andre kreves mindre. Det er en utbredt antagelse i dansk rett om at et verks beskyttelsesomfang dikteres av originalitetsgraden, slik at jo mer originalt et verk er, dess større vern, og jo mindre identitet er nødvendig før det er snakk om en krenkelse.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Rognstad (2009), s. 87.

<sup>42</sup> Kockvedgaard (1990), s. 118 ff.

<sup>43</sup> Jf. bl.a. Rosenmeier (2005).

<sup>44</sup> Ibid, s. 506.



I den danske Tripp Trapp-dommen, UfR 2001 s. 747, konkluderte Høyesterett med at barnestolen var banebrytende, usedvanlig og et selvstendig design som oppfylte kravet til verkshøyde. Samtidig ble det understreket at stolens vern måtte begrenses til meget nærgående etterlikninger, fordi den hadde et funksjonalistisk formspråk.

Det samme ble vektlagt i Armatur-dommen, UfR 2014 s. 954, hvor Høyesterett uttalte at det er helhetsinntrykket som avgjør om et verk har vern, og om en etterlikning er krenkende eller ikke. Et omfattende vern for armaturer og annen brukskunst innebærer en risiko for eneretter som begrenser andres mulighet til å skape noe nytt, og det funksjonalistiske formspråket tilsier et snevert vern. Hvor snevert vernet skal være, må blant annet bero på hvilken variasjonsbredde kunstneren stod ovenfor.<sup>45</sup>

Krenkelsesvurderingen foretas etter en konkret helhetlig sammenligning mellom de to verkene. Verkshøyden har betydning for hvor langt vernet rekker, og beskyttelsesomfanget avhenger av originalitetsgraden.

Armaturet var funksjonelt og hadde snevert vern. Ved etterlikningsvurderingen ble det funnet likheter mellom det eldre og det yngre armaturet, men de fleste gjaldt elementer som var funksjonelt betinget eller allerede kjent. Når likhetene gjelder elementer uten verkshøyde, foreligger ikke krenkende etterlikning. Nærheten mellom verkene var derfor ikke tilstrekkelig.

Selv om krenkelsesvurderingen skal skje etter en helhetsvurdering, må den være systematisk og nyansert. I UfR 2012 s. 1185, Hermes-veske-dommen, brukte Høyesterett en utradisjonell fremgangsmåte, idet de først vurderte om det var tilstrekkelig nærhet mellom veskene til at den yngste utgjorde en krenkende etterlikning. Kopien ga ikke den samme identitetsopplevelsen, og var derfor ikke tilstrekkelig nær. Når verkene ikke var like anså Høyesterett det som unødvendig å ta stilling til om den originale vesken hadde verkshøyde. Med denne fremgangsmåten vurderes vernets omfang før man har vurdert om vesken i det hele tatt nyter opphavsrettslig vern, og dommen har derfor høstet en del kritikk.<sup>46</sup>

Krenkelsesvurderingen etter dansk rett må skje systematisk ved at man først foretar en vurdering av om det eldste verket har verkshøyde, og deretter sammenligner verkene med utgangspunkt i likheten mellom identitetsopplevelsene verkene gir.

---

<sup>45</sup> Rosenmeier (2005), s. 507.

<sup>46</sup> Schönning (2012), s. 540-541.

Det som avgjør om et verk har vern bare mot svært nærgående etterlikninger skal ikke bare bero på de samme hensyn som ved verkshøydevurderingen, men også på om det er samfunnsmessig, hensiktsmessig og anbefalelsesverdig å gi verket et bredt eller snevert beskyttelsesomfang.<sup>47</sup> Ved å la vurderingen bero på flere opphavsrettslige hensyn i tillegg til graden av originalitet, minner den danske tilnærmingen til sammenhengen mellom verkshøydekravet og beskyttelsesomfang i stor grad om verkshøyde- og krenkelsesvurderingen i tysk rett.

### 4.3.3 Den balanserte vurderingen i Sverige

Svensk opphavsrett bygger også på de samme grunnleggende hensyn som dans og norsk opphavsrett. I likhet med Danmark har terskelen for vern tradisjonelt vært lav, og spørsmålet i det følgende er om Sverige også har en mer nyansert tilnærming til verkshøydekravet, beskyttelsesomfanget og krenkelsesvurderingen.

Etter svensk rett avgjøres verkshøydekravet etter en helhetsvurdering.<sup>48</sup> Vurderingstemaet er om verket har tilstrekkelig grad av originalitet, individualitet og selvstendighet. Det legges stor vekt på risikoen for dobbeltfrembringelser,<sup>49</sup> men det må uansett tas i betraktning om også andre bakenforliggende hensyn er ivaretatt.

At svensk rett åpner for en mer nyansert tilnærming til verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget illustreres tydelig i NJA 2009 s. 159, Mini Maglite, hvor Högsta Domstolen tok stilling til om en lommelykt hadde opphavsrettslig vern, og i så fall om IKEAs salg og markedsføring av en nærmest identisk lommelykt utgjorde en opphavsrettslig krenkelse.

Högsta domstolen konstaterte at lommelyktens formgivning distinkt hevet seg over å være banal eller triviell, og at den ikke var resultat av rutinemessig arbeidsinnsats. En annen person i tilsvarende situasjon ville sannsynligvis skapt en lommelykt med helt eller delvis annen utforming, og risikoen for dobbeltfrembringelser var derfor lav. Helhetsinntrykket var at lommelykten var noe mer enn et funksjonelt objekt og gjennom utformingen hadde den oppnådd en egen identitet og var resultatet av en konsekvent og veloverveid

---

<sup>47</sup> Rosenmeier (2005), s. 514.

<sup>48</sup> NJA 2002 s. 178, Drängarna, en fiolinsnutt på åtte takter fikk vern da det avgjørende for verkshøyden var «en bedømming av melodien i den form den kan oppfattas av lysnaren, dvs. en helhetsbedømming».

<sup>49</sup> NJA 1995 s. 256, «Nummerbanken».

formgivningsinnsats. Den måtte derfor «anses vara ett uttryck för sådan originalitet och individualitet som förtjänar upphovsrättsligt skydd.»<sup>50</sup>

Lommelykten hadde imidlertid et veldig snevert beskyttelsesomfang, og dommen viser at det er en klar sammenheng mellom verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget i svensk rett. Lommelykten lå helt på grensen til å få vern, og Högsta Domstolen uttalte at i slike tilfeller må verkshøydekravet sees i sammenheng med det beskyttelsesomfanget opphavsretten gir, i og med at omfanget bestemmes med henblikk til blant annet verkets originalitet. Et forholdsvis lavt krav til verkets originalitet, og dermed verkshøyde, skal kunne balanseres av et tilsvarende begrenset beskyttelsesomfang.<sup>51</sup>

Högsta Domstolen bruker med andre ord en nyansert og pragmatisk tilnærming til verkshøydevurderingen, og likt som i Danmark er det åpenbare likhetstrekk med «kleine Münze». Det foretas en helhetsvurdering og balansering av hensynene bak opphavsretten, samtidig som det tas hensyn til om verket fortjener et snevert vern på grunn av den åndelige og kreative innsatsen opphavsmannen har nedlagt. At det trekkes frem at lommelykten hever seg over det banale eller trivielle minner også om vurderingsmomenter fra tysk rett. Samtidig legges det vekt på at opphavsretten og vernet skal oppmuntre kompetente og seriøse formgivere, og forhindre etterlikningsvirksomhet.<sup>52</sup>

Ved å ta i betraktning muligheten for snevert beskyttelsesomfang allerede ved verkshøydevurderingen, blir krenkelsesvurderingen mer nyansert. Når verkshøyden fastslås, legges samtidig et snevert beskyttelsesomfang til grunn. Deretter kan man gå rett i gang med sammenligningen i etterlikningsvurderingen. Verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget henger tett sammen, og den nyanserte tilnærmingen ivaretar de bakenforliggende hensynvernets rekkevidde, og de bakenforliggende hensyn ivaretas på en god måte.

Etter domsavsigelsen ble det i Sverige stilt spørsmål ved om en slik nyansert vurdering er i tråd med de EU-rettslige kravene til verkshøyde. Dette ble imidlertid raskt avklart, da EU-domstolen bare noen måneder senere avsa Infopaq-dommen, hvor det ble lagt til grunn et originalitetskrav som i stor grad tilsvarende det svenske verkshøydekravet.<sup>53</sup> Den svenske tilnærmingen til verkshøydevurderingen er i tråd med EU-retten, hvorefter verket må være

---

<sup>50</sup> Se dommen s. 181.

<sup>51</sup> Se dommen s. 178.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> Infopaq-dommen, Sak C-05/408.

originalt, og skapelsen av det må gjenspeile opphavsmannens personlighet ved at han under skapelsesprosessen gir uttrykk for sin kreative kapasitet gjennom å gjøre frie valg og setter sitt personlige preg på verket.<sup>54</sup>

#### 4.3.4 Europeisk utvikling

At opphavsretten er i stadig utvikling er det ingen tvil om. I Rognstads lærebok fra 2009 skriver han at det «fremholdes at en «verkshøydeler» med entydig innhold neppe kan oppstilles i nordisk og øvrig europeisk rett».<sup>55</sup> Siden 2009 har imidlertid EU-domstolen avsagt flere dommer hvor det legges vekt på totalharmonisering av det opphavsrettslige originalitetskravet i EU-retten.

Originalitetskravet kom først til uttrykk i EDB-direktivet art. 1 (3), og senere i Databasedirektivet art. 3 (1), og innholdet er hovedsakelig at verket må være opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse.<sup>56</sup> I Opphavsrettsdirektivet er det imidlertid ikke et uttalt originalitetskrav, men art. 2 gir opphavsmannen enerett til verket sitt, og oppstiller således et etterlikningsvern. Det er i forbindelse med dette etterlikningsvernet EU-domstolen har brukt originalitetskravet som er utledet fra øvrige opphavsrettslig relevante direktiver.

Den første dommen om originalitetskravet er den nevnte Infopaq-dommen fra 2009.<sup>57</sup> EU-domstolen brukte de øvrige opphavsrettslige direktivene, og slo fast at det gjaldt et allmenngyldig opphavsrettslig originalitetskrav, hvoretter verket er opphavsmannens egen intellektuelle frembringelse.<sup>58</sup> I Painer-dommen og Football Dataco-dommen ble det presisert at originalitetskravet gjelder på tvers av de opphavsrettslige direktivene.<sup>59</sup> Originalitetskravet innebærer etter dette at en frembringelse kvalifiserer som et vernet verk når (1) det er opphavsmannens originale frembringelse, (2) frembringelsen gjenspeiler opphavsmannens personlighet, og (3) opphavsmannen i forbindelse med frembringelsesprosessen har kunnet

---

<sup>54</sup> Rosén (2013), s. 560.

<sup>55</sup> Se Rognstad (2005), s. 85.

<sup>56</sup> Direktiv 96/9/EF av 11. mars 1996 om rettslig vern av databaser (Databasedirektivet) og Direktiv 2009/24/EF av 23. april 2009 om rettslig beskyttelse av dataprogrammer (EDB-direktivet).

<sup>57</sup> Sak C-05/408.

<sup>58</sup> Dommens premiss 35.

<sup>59</sup> Sak C-145/10, Painer, og C-604/10, Football Dataco.

uttrykke sin kreative kapasitet gjennom å gjøre frie og kreative valg som har gitt verket personlig preg.<sup>60</sup>

Det EU-rettslige originalitetskravet tilsvarer således verkshøydekravet, og ettersom utviklingen i EU er førende for hvordan direktivet tolkes i Norge, vil den påvirke utviklingen i norsk opphavsrett.

EUs krav til originalitet og kreativitet er isolert sett veldig lave. Det legges stor vekt på om man i frembringelsessituasjonen stod ovenfor valgmuligheter, men det er opp til nasjonaldomstolene å vurdere hvor terskelen skal gå.<sup>61</sup> Likevel tyder både praksis og Opphavsrettsdirektivets fortale på at det ikke er ønskelig med en høy terskel, og at det bør være noenlunde like krav mellom medlemslandene. Målet er å ha en opphavsrett som er fleksibel og effektiv.<sup>62</sup>

Denne fleksibiliteten og effektiviteten innebærer at beskyttelsesomfanget vil variere mellom ulike verk, ut fra hvor stor grad av originalitet de har. I Painer-avgjørelsen konstaterte EU-domstolen at ingen direktiver legger føringer for vernets rekkevidde, men at det uansett var slik at eventuelle ulikheter i muligheten til kunstnerlig kreativitet ved ulike verkskategorier som avgjør. Vernet må i hvert tilfelle bero på en konkret helhetsvurdering, og har sammenheng med hvilke valgmuligheter opphavsmannen stod ovenfor.<sup>63</sup>

EU-domstolen uttalte i Football Dataco-saken at ingen andre krav enn originalitetskravet kan legges til grunn for opphavsrett. Nasjonalstatene kan altså ikke stille andre egne vilkår for opphavsrett enn originalitetskravet. Dette taler for at originalitetskravet er i ferd med å totalharmoniseres.<sup>64</sup>

Som følge av EU-retten kan ikke opphavsretten lenger anses å være uavhengig og nasjonal. Opphavsretten har med tiden fått en tydelig internasjonal side, og det er viktig at rettsanvendere følger med på den utviklingen som skjer i EU.

---

<sup>60</sup> Formuleringen av vilkårene er hentet fra Rosén (2013), s. 558.

<sup>61</sup> Tøien (2012), s. 417.

<sup>62</sup> Riis (2013), s. 140.

<sup>63</sup> Se Painer-dommen, premiss 96-99.

<sup>64</sup> Se blant annet Tøien (2012), s. 422.

## 4.3.5 Hvordan behandles verk med lav verkshøyde i norsk rett?

### 4.3.5.1 Innledning

Etter gjennomgangen av verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget i nordisk, tysk og europeisk rett, synes det å være en gjennomgående lav terskel for å fastslå verkshøyde og påfølgende opphavsrettslig vern. Gjennom det nordiske samarbeidet og EØS-avtalen taler harmoniseringshensyn for at retningslinjene for krenkelsesvurderingen i de nevnte rettssystemer har overføringsverdi til norsk rett, og kan gi både argumenter og veiledning ved en mer nyansert tilnærming til både verkshøydevurderingen og etterlikningsvurderingen.

Det har i den senere tid blitt hevdet av både advokater og andre rettsanvendere at norsk rett ser ut til å ta etter de svenske tendensene fra blant annet Mini Maglite-dommen. Terskelen for verkshøyde blir stadig lavere, og det har blitt anført at beskyttelsesomfanget i opphavsretten er relativt.<sup>65</sup>

De teknologiske fremskritt som har ført til at åndsverk krysser landegrenser og kontinenter på bare noen tastetrykk, aktualiserer behovet for at norsk rett følger utviklingen i opphavsretten i utlandet. Det vil føles urimelig for en opphavsmann dersom han får vern i våre naboland, men ikke hjemme i Norge. Rimelighets- og likhetshensyn taler derfor for at opphavsretten bør vurderes på samme måte i Norge som i de landene vi ønsker å sammenligne oss med legislativt. Gjennom bindingen til Opphavsrettsdirektivet kan utviklingen i Norge uansett ikke skje uavhengig av EU.

Spørsmålet videre er om vi ser noen likheter med Tyskland, Danmark eller Sverige i norsk rettspraksis, eller om norske domstoler eventuelt bruker andre tilnæringsmåter for å ivareta hensynene bak opphavsretten på en god måte.

I det følgende vil dommene Huldra i Kjosfossen, Lykketroll-dommen, Tripp Trapp-dommen og Ambassadørdommen analyseres. Gjennom analysen vil det særlig vurderes om dommene kan gi bidrag ved vurderingen av om vi kan ha en nyansert tilnærming til verkshøydekravet og krenkelsesvurderingen i norsk rett. Det vil derfor pekes særlig på momenter som kan tale

---

<sup>65</sup> Jf. blant annet partenes anførsler i Rt 2013 s. 822, Ambassadør og Vyrje (2009).

for at domstolene går i retning av å ha en nyansert tilnærming til verkshøydekravet, herunder hvilke hensyn som gjør seg gjeldende ved fastleggelsen av beskyttelsesomfanget.

#### **4.3.5.2 Rt. 2007 s. 1329, Huldra i Kjosfossen**

Som nevnt tidligere i avhandlingen hadde Høyesterett en «enten-eller»-tilnærming til opphavsrettslig vern i dommen om Huldra i Kjosfossen. I domsanalysen vil det derfor først gjøres rede for hvordan Høyesterett tilnærmet seg verkshøydevurderingen, og hvorfor de la til grunn en høy terskel for vern i saken. Deretter vil det vurderes hvordan saken kunne vært løst med en mer nyansert tilnærming til verkshøydekravet.

Saken gjaldt en to minutter lang forestilling som var laget av Hybris på forespørsel fra Flåm Utvikling. Forestillingen bestod av en hulder i rød kjole som danset enkle bevegelser til folkemusikk i naturskjønne omgivelser i Kjosfossen. Etter fire års samarbeid ønsket Flåm Utvikling å sette opp forestillingen alene, noe Hybris mente stred mot deres opphavsrett til forestillingen.

Spørsmålet for Høyesterett var om forestillingen hadde tilstrekkelig verkshøyde til å få vern etter åndsverksloven.

Høyesteretts flertall konkluderte med at forestillingen ikke hadde tilstrekkelig verkshøyde. De begrunnet det med at hulderfiguren bygde på kjente elementer fra folketradisjonen, dansebevegelsene var enkle og uoriginale, og det samme gjaldt kostymet. Sammenstillingen ga derfor ikke tilstrekkelig særpreg. I tillegg mente de at vern for hulderfiguren «uten at det tilføres noe vesentlig nytt» ville innebære monopol på folketradisjon, noe som måtte unngås, særlig tatt i betraktning den lange vernetiden som følger av § 40. Terskelen for verkshøyde måtte derfor settes høyt i foreliggende tilfelle, og forestillingen oppfylte ikke kravene.<sup>66</sup> Det ble også uttalt at det ikke må «tas bokstavelig» at vurderingen måtte ta hensyn til om det var usannsynlig at en annen ville skapt det samme, samt om opphavsmannen sto ovenfor valgmuligheter i skapelsesprosessen.<sup>67</sup>

Som nevnt tidligere i avhandlingen hadde ikke opphavsrett til forestillingen nødvendigvis trengt å innebære et svært omfattende monopol. At sammenstillingen ikke ga særpreg fordi elementene ikke var originale, trenger heller ikke bety at opphavsrett er utelukket, noe vi

---

<sup>66</sup> Se dommen, avsnitt 50.

<sup>67</sup> Se dommen, avsnitt 44.

kommer nærmere tilbake til i analysen av Rt. 2013 s. 822, Ambassadør-dommen. Høyesterett legger med andre ord til grunn et veldig strengt og unyansert verkshøydekrav for Huldra i Kjosfossen.

Dommen har i etterkant fått kritikk, og det har blitt hevdet at flertallet vurderte verkshøydekravet for strengt.<sup>68</sup> Noen har samtidig hevdet at mindretallets tilnærming til terskelen for verkshøydekravet ligger på et mer riktig nivå.

Mindretallet var enig med flertallet i at det ville vært ugunstig å gi opphavsrettslig vern på deler av folketradisjonen dersom det gjaldt en forestilling som bygget på et eventyr eller lignende, men i denne saken måtte det stille seg annerledes.

Selv om det dreide seg om en dansende hulder, ville ikke opphavsrett medføre monopol på et eventyr eller en fortelling. Og til tross for at forestillingen var skapt innenfor begrensede rammer, stod forfatteren ovenfor mange variasjonsmuligheter under skapelsesprosessen, noe som i seg selv taler for verkshøyde. Mindretallet vektla at selv om forestillingen var satt sammen av elementer uten særlig originalitet, var forestillingen samlet sett et resultat av en så vidt original skapende innsats at den hadde verkshøyde, og dermed vern etter åndsverksloven.<sup>69</sup>

Flertallet og mindretallet hadde altså ulikt perspektiv på de bakenforliggende hensyn, og kom derfor til ulike resultater. Et viktig moment som ingen av dommerne tok stilling til ved verkshøydevurderingen, var hvor langt et eventuelt etterlikningsvern for en slik forestilling ville rekke.

Dommen handlet imidlertid ikke om krenkende etterlikning, og det kan reises spørsmål ved om Høyesterett kanskje ville vurdert saken annerledes dersom situasjonen var at de stod ovenfor to forestillinger der den ene etterliknet den andre.

Om Høyesterett hadde kommet til at Huldra i Kjosfossen hadde opphavsrettsbeskyttelse, ville ikke det ført til monopol på alle iscenesettelser eller sceneverk med Huldra i hovedrollen. Opphavsretten tilbyr et etterlikningsvern, ikke et konseptvern.<sup>70</sup> Å avvise opphavsrettslig vern av hensyn til monopolrisiko, uten å ta i betraktning hvor omfattende et eventuelt monopol

---

<sup>68</sup> Vyrje (2009), s. 212. Se også Rognstad (NIR 2009), s. 214.

<sup>69</sup> Se dommen, avsnitt 61.

<sup>70</sup> Vyrje (2009), s. 212.



ville vært, eller at et etterlikningsvern kunne vært snevert, virker uskjønnsomt av hensyn til opphavsmannen. Stray Vyrje kommenterte i den forbindelse at «Det hadde derfor ikke vært noe å si på om Høyesterett obiter dictum hadde uttalt at forestillingens vern var smalt. Men å avvise enhver form for opphavsrettslig vern, med den begrunnelse som ble gjort, uten at det foreligger noen etterlikningsproblematikk, fremstår som underlig».<sup>71</sup>

Kritikken som har kommet mot Huldra i Kjosfossen tyder på at man bør se verkshøydekravet i lys av det vernet opphavsretten faktisk gir, uavhengig av om man skal vurdere om det foreligger en etterlikning eller ikke.

Hybris måtte være kreative når de skapte forestillingen som var begrenset både i forhold til lokalisasjon, tid, musikk og i tillegg til den varierte publikumsgruppen. At hulderfiguren var kjent fra før tilsier ikke at interessen for vern er mindre for Hybris enn for andre som setter samme sceneverk.<sup>72</sup> Prosessen for å finne sin egen variant av Huldra til en så kort forestilling krevde en viss åndsinnsetning, og selv om forholdene rundt forestillingen satte begrensende rammer, er det et bredt spekter av variasjonsmuligheter når det skal settes opp en forestilling ved en togstasjon. I Mini Maglite-dommen la Högsta Domstolen vekt på at den kreative prosessen som lå til grunn for utviklingen av lommelykten talte for at resultatet fortjente vern, selv om lommelykten fremstod som enkel og stilren. Sammenlignet med foreliggende sak burde også den kreative tankeprosess som resulterte i Huldreforestillingen også innebære at det forelå åndsinnsetning som tilfredsstiller verkshøydekravet.<sup>73</sup>

Med en nyansert tilnærming til verkshøydevurderingen av Huldra i Kjosfossen, ville forestillingen fått et snevert etterlikningsvern, men opphavsmennene kunne i det minste nytt godt av de øvrige rettighetene etter åndsverksloven. Resultatet i denne saken ville da blitt at Hybris kunne motsatt seg Flåm Utviklings bruk av forestillingen.

Hensynene bak opphavsretten tilsier et opphavsrettslig vern som er effektivt, og virker motiverende for opphavsmannen. Det må beskytte mot mer enn den rene kopi,<sup>74</sup> men ikke rekke så langt at spillerrommet for andre potensielle opphavsmenn innskrenkes. Dette innebærer at Hybris ikke ville fått vern for verken konseptet om hulder i en foss, eller selve

---

<sup>71</sup> Ibid.

<sup>72</sup> Se NJA 2009 s. 159, s. 178. Högsta Domstolen la vekt på at skaperen av et verk med lav verkshøyde også har interesse i opphavsrettslig vern.

<sup>73</sup> NJA 2009 s. 159.

<sup>74</sup> NJA 2009 s. 159, s. 181.

hulderfiguren, slik Høyesteretts flertall fryktet i sin begrunnelse, men de ville hatt rettighetene til den konkrete forestillingen som de hadde skapt. Et etterlikningsvern ville imidlertid vært snevert, likt som for «kleine Münze».

Denne mer nyanserte tilnæringsmåten til verkshøydekravet innebærer at også enklere verk kan få vern etter opphavsretten, uten at det begrenser andre potensielle opphavsmenns kunstneriske eller kreative spillerom. At verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget sees i lys av hverandre, vil bidra til en effektiv og motiverende opphavsrett. Samtidig blir risikoen for monopolisering av elementer som bør være fritt tilgjengelig lavere, ved at det snevre vernet sørger for at variasjonsmuligheter og spillerom ikke begrenses av andres opphavsrett.

En nedre grense for opphavsrettslig vern må likevel bestå også ved en nyansert tilnærming til verkshøydekravet. I Mini Maglite-dommen, som ble ansett å være et grensetilfelle, trakk domstolen frem dobbeltfrembringelseshensyn og at lommelykten ved å heve seg over det trivielle og banale, var uttrykk for noe mer enn en rutinemessig arbeidsinnsats. Verket ga uttrykk for sin egen identitet, og det fortjente derfor vern. Det er ikke slik at hva som helst nyter opphavsrettslig vern, det må uansett foreligge individuell skapende åndsinnsetning, men med en nyansert tilnærming kan man senke terskelen for verkshøyde samtidig som man ivaretar hensynene bak opphavsretten.

#### **4.3.5.3 RG 2001 s. 676, Dams lykketroll.**

Denne dommen ble avsagt i november 2000, og gir altså ikke et bilde på hvilken utvikling som har skjedd etter dommen om Huldra i Kjosfossen. Ettersom det er snakk om en lagmannsrettsdom har den heller ikke prejudikatsvirkning. Likevel er dommen et eksempel på en nyansert krenkelsesvurdering, ettersom det dreide seg om et leketroll som ikke hadde spesielt mye verkshøyde.

I saken om Dams lykketroll, som gjaldt etterlikning av et populært masseprodusert troll, skulle lagmannsretten ikke ta stilling til hvorvidt trollene hadde verkshøyde, men kun til spørsmålet om Brios treasure-troll krenket opphavsretten til de originale lykketrollene. Lykketrollenes verkshøyde var fastslått i tidligere dommer i både Danmark og Norge.

Spørsmålet for analysen er hvordan lagmannsretten trakk grensene for Dams lykketrolls beskyttelsesomfang, og om de bruker hensyn og momenter som taler for at de har en nyansert tilnærming til krenkelsesvurderingen.

Ettersom man sto ovenfor et masseprodusert leketøy, ble det trukket snevre grenser for Dams lykketrolls beskyttelsesomfang. Likevel kom lagmannsretten til at Brios treasure-troll var for nærgående, slik at det forelå en krenkende etterlikning.

Lagmannsretten uttalte at det opphavsrettslige vernet bare omfatter «den individuelle kunstneriske behandling av motivet», noe som innebar at etterlikningsvurderingen måtte bero på et «konkret skjønn, hvor vurderingstemaet er om den påståtte etterlikning alt i alt gir inntrykk av å være «samme verk» som originalverket.»

Ved å vurdere om verkene man står ovenfor gir inntrykk av å være det samme verket, bruker lagmannsretten her den samme tilnærmingen som omtalt i forbindelse med dansk rett og «det kvalifiserede identitetsprincippet». Dersom trollene gir den samme identitetsopplevelse, foreligger en opphavsrettslig krenkelse, og vurderingen må bero på en sammenligning av den opplevelsen trollene gir. I UfR 2014 s. 954, Armaturdommen, sammenlignet Høyesterett hvilket helhetsinntrykk armaturene ga, herunder om det forelå forvekslingsfare. Det eldste verket hadde større grad av eleganse, og det ga en annen identitetsopplevelse enn de yngre. Det samme la Høyesterett til grunn i UfR 2012 s. 1185, Hermesveske-dommen, hvor det ble fremholdt at ingen ville forveksle de to veskene, og at den yngre vesken ikke ga den samme elegante opplevelsen som den eldre, og dermed ikke var så nærgående at den krenket originalen.

For norsk retts vedkommende, ble det i Rt. 1962 s. 964, Wegners Sybord, fremholdt at forvekslingsfare ikke er et relevant moment ved krenkelsesvurderingen i opphavsretten. Saken gjaldt etterlikning av et sybord, der det yngre verket var grovere og manglet den ”forfinelsen” som Wegners sybord hadde. Når det gjelder å sammenligne den estetiske opplevelsen verkene gir, så er det altså ikke forvekslingsfaren som avgjør, men en helhetsvurdering av den opplevelsen verkene gir.

De originale lykketrollene var mer detaljerte, og Brios troll ga ikke den samme estetiske opplevelsen, noe som kunne trukket i retning av at Brios troll ikke var krenkende dersom man kunne ta i betraktning om det forelå forvekslingsfare mellom verkene. Trollene var laget for å

fylle de samme funksjonene som de originale lykketrollene, og var et leketøy som ble solgt i de samme butikkene til en lavere pris. Lagmannsretten uttalte imidlertid at «Hvis opphavsretten ikke skulle beskytte innehaveren mot en slik etterlikning som treasure-trolls, så er det ikke lett å se hvilken realitet som ville være igjen i eneretten».

Lagmannsretten la altså vekt på at beskyttelsesomfanget måtte være effektivt. Uttalelsen kan også tas til inntekt for at lagmannsretten legger vekt på at trollene fortjente vern mot den aktuelle etterlikningen, tilsvarende Högsta Domstolen argumentasjon i Mini Maglite-dommen, hvor lommelykten fikk vern mot IKEAs etterlikning.<sup>75</sup> At et verk fortjener vern henger sammen med motivasjonshensyn og rimelighetshensyn, hvorefter opphavsmannen får belønning for sin skapende innsats.

Lagmannsretten bruker en nyansert tilnærming ved krenkelsesvurderingen når de legger til grunn et snevert vern, og vektlegger bakenforliggende opphavsrettslige hensyn ved fastleggelsen av vernets rekkevidde. Flere av momentene som trekkes frem i vurderingen tilsvarende fremgangsmåten vi har sett i utenlandsk praksis, og slik får lykketrollene vern mot etterlikningen, til tross for at det ikke er en ren kopi. Lykketrollenes vern blir dermed effektivt, og virker motiverende for senere opphavsmenn ved at de kan forvente vern for tilsvarende nærgående etterlikninger.

Dommen viser altså at verkshøyden spiller inn ved krenkelsesvurderingen, slik at lav verkshøyde innebærer at vernet er snevert, men likevel effektivt.

Sammenlignet med Huldra i Kjosfossen, bruker lagmannsretten en mye mer nyansert tilnærming til krenkelsesvurderingen. Hadde lagmannsretten hatt den samme «enten-eller»-tilnærmingen som Høyesterett hadde i Huldra i Kjosfossen, ville opphavsrett til lykketrollene betydd monopol på folketradisjonen med troll. Som nevnt, ble lykketroll-dommen avsagt før Huldra i Kjosfossen, og det hadde vært interessant om Høyesterett hadde sett hen til denne saken. Slik sett er det relevant å stille spørsmål til om Høyesterett ville kommet til samme resultat ved verkshøydevurderingen av hulderforestillingen dersom det dreide seg om en etterlikningssak.

Lagmannsrettens resonnement i lykketrolldommen viser også at den nyanserte tankegangen ikke er noe nytt og revolusjonerende i norsk rett.

---

<sup>75</sup> NJA 2009 s. 159.

#### **4.3.5.4 Rt. 2012 s. 1062, Tripp Trapp-stolen.**

Saken om Tripp Trapp-stolen bør også analyseres i forbindelse med sammenhengen mellom verkshøydekravet og beskyttelsesomfangets rekkevidde. Selv om Høyesterett har en spesiell holdning til EU-retten i denne dommen, sier den noe om utenlandsk praksis sin betydning, og bruker en mer nyansert tilnærming til verkshøyde- og krenkelsesvurderingen enn hva Høyesterett har vist tidligere.

Bakgrunnen for saken, som gjaldt opphavsrettslig krenkelse av barnestolen Tripp Trapp, var at Trumf hadde produsert barnestolen Oliver som hadde mange likhetstrekk med den kjente Tripp Trapp-stolen. Høyesterett måtte ta stilling til om Tripp Trapp-stolen hadde opphavsrettslig vern, og om Oliver-stolen var en krenkende etterlikning.

Høyesterett kom til at Oliver-stolen krenket Tripp Trapp-stolens opphavsrett, og i dommen kommer de med en rekke generelle allmenngyldige uttalelser om verkshøyde og beskyttelsesomfang.

Første spørsmålet i analysen av Tripp Trapp-dommen, er hvordan Høyesterett vurderte verkshøydekravet.

Det ble vist til utenlandske rettsavgjørelser om Tripp Trapp-stolen hvor det var konkludert med verkshøyde, og Høyesterett lente seg på vurderingen fra sakkyndige, i tillegg til lagmannsrettens uttalelse om at stolen ga et «helhetspreg av originalitet, som er resultat av en selvstendig skapende innsats», og dermed hadde vern etter åndsverksloven.<sup>76</sup>

At Høyesterett bruker utenlandsk praksis for å fastslå verkshøyden, kan tilsi at norsk opphavsrett utvikler seg i samme retning som de landene vi ønsker å sammenligne oss med legislativt. Til tross for dette avviser Høyesterett at det er noe felleseuropeisk originalitetskrav som påvirker norsk rett. I dommens avsnitt 69 uttaler de at selv om EU-domstolen skulle ha avsagt avgjørelser om kriteriene for opphavsrettsbeskyttelse, vil denne «under ingen omstendighet være bindende for en avgjørelse om verkshøyde for brukskunst basert på norsk rett».

---

<sup>76</sup> Dommens avsnitt 81 og 82.

Denne uttalelsen synes å bero på en misforståelse, og har vært gjenstand for kritikk.<sup>77</sup> Gjennom EØS-avtalen er Norge bundet av praksisen fra EU-domstolen, også når det gjelder utviklingen av prinsipper som ikke er knyttet til noe konkret direktiv. Slik Trumf anførte, går utviklingen i EU i retning av en samordning av verkshøydekravet, og en utvidelse av det opphavsrettslige vernet.<sup>78</sup>

I Fotball Dataco-saken uttalte EU-domstolen at ingen andre krav enn originalitetskravet kan legges til grunn for opphavsrett.<sup>79</sup> Med dette mener de at nasjonalstaten ikke kan operere med egne krav som ikke er blitt anlagt i EU-retten, og originalitetskravet er dermed totalharmonisert. At Høyesterett da snakker om «norsk opphavsrett» i Tripp Trapp-dommen, fremstår som uriktig sett i lys av harmoniseringshensyn.

Årsaken til at Høyesteretts resonnement på dette punkt har vært gjenstand for kritikk er at norsk opphavsrett kan ikke utvikle seg uavhengig av hva som skjer i EU. Både harmoniseringshensyn og rimelighets- og rettferdighetshensyn, i tillegg til våre EU-rettslige forpliktelser tilsier at et felleseuropeisk originalitetskrav må være retningsgivende for norsk rett. Fremtidig rettspraksis bør rette seg etter EU-domstolens tolkning av originalitetskravet, uansett om man befinner seg innenfor eller utenfor virkeområdet for de direktivene som direkte regulerer originalitetskravet.<sup>80</sup>

Til tross for at Høyesterett synes å overse Norges EU-rettslige forpliktelser på det opphavsrettslige området i denne saken, fikk ikke det betydning for utfallet av saken, da Tripp Trapp-stolen uansett ble ansett som et åndsverk.

Noe annet det er viktig å bemerke seg i dommen, er at Høyesterett i forbindelse med verkshøydevurderingen avviser at det er en prinsipielt høyere terskel for vern for brukskunst enn for vanlig kunst.<sup>81</sup> Med henvisning til Rognstad uttales det at åndsverksloven ikke skal hindre at gjenstander med funksjonelt preg kan få vern, men slike verk vil få et snevert beskyttelsesomfang.<sup>82</sup> Juridisk er det altså ingen forskjell i terskelen for verkshøydekravet for

---

<sup>77</sup> Sejersted m.fl. (2012), s. 105-106.

<sup>78</sup> Dommens avsnitt 40.

<sup>79</sup> Sak C- 604/10, omtalt i Tøien (2012), s. 414 og 421.

<sup>80</sup> Rognstad (2012) s. 20.

<sup>81</sup> Dermed setter Høyesterett de samme krav som man ser i svensk og tysk rettspraksis, se særlig BGHs uttalelser i dommen «Geburtstagzug», omtalt i kapittel 5.3.2.

<sup>82</sup> Dommens avsnitt 66-67.

brukskunst og andre åndsverk, men det at man ikke får vern for det funksjonelle innebærer at det i praksis skal mer til før brukskunst oppnår vern.<sup>83</sup>

Samlet sett har Høyesterett en fleksibel og nyansert tilnærming til verkshøydekravet i Tripp Trapp-dommen. Selv om stolen var funksjonell, enkel og stilren i sin utforming, bar den preg av individuelt skapende åndsinnsett, og tilfredsstilte verkshøydekravet.

Neste spørsmål i domsanalysen er hvordan Høyesterett forholdt seg til den konkrete etterlikningsvurderingen, når det tok stilling til om Oliver-stolen var en krenkende etterlikning av Tripp Trapp-stolen.

I forbindelse med beskyttelsesomfangets rekkevidde uttalte Høyesterett at «Det synes å være en samstemt oppfatning, i hvertfall i Danmark, Sverige og Norge, at graden av nyskapning har betydning for hvor vidtgående vernet er mot etterlikninger. Hvor originalt og særpreget et åndsverk er, vil være bestemmende for vernets omfang. Vernet rekker så langt den individuelle skapende innsats når.»<sup>84</sup> Høyesterett viser her at det fortsatt er relevant å se hen til det nordiske samarbeidet i opphavsretten, og i likhet med de svenske dommene nevnt i kapittel 4.3.3, balanserer Høyesterett beskyttelsesomfanget med den lave verkshøyden.

I samsvar med to danske dommer om samme stolen, ble det lagt til grunn at Tripp Trapp-stolens vern påvirkes av verkshøyden. Stolen hadde derfor et snevert vern, og etterlikningsvurderingen måtte bero på en sammenlignende vurdering av det helhetsinntrykket Tripp Trapp-stolen og Oliver-stolen ga.<sup>85</sup>

Ved å foreta en helhetsvurdering hvor vernet påvirkes av verkshøyden, legger Høyesterett til grunn en mer nyansert tilnærming til krenkelsesvurderingen. Stolen bar preg av funksjonelle elementer, noe som begrunnet et snevert vern, og blant spørsmålene som ble reist var om de ga den samme identitetsopplevelse, tilsvarende tilnærmingen med «det kvalifiserte identitetsprinsipp» i Danmark.

I tillegg legges det vekt på hensynene til kunstnerisk spillerom og variasjonsmulighetene for begge verkene. Selv om Tripp Trapp-stolens form og funksjon var tett sammenbundet, stod Trumf ovenfor så mange variasjonsmuligheter og et så stort kunstnerisk spillerom da de

---

<sup>83</sup> Sejersted m.fl. (2013), s. 105.

<sup>84</sup> Dommens avsnitt 86.

<sup>85</sup> Dommens avsnitt 89-90.

skulle produsere en barnestol, at de burde laget en stol som ikke var så nærgående Tripp Trapp-stolen. At likheten i stor grad gjaldt funksjonelle elementer var ikke av betydning ettersom elementene, slik de var satt sammen, oppfylte kravene til verkshøyde, og ga Tripp Trapp-stolen identitet.<sup>86</sup>

Oliver-stolen ble etter dette ansett å være en for nærgående etterlikning av Tripp Trapp-stolen.

Kanskje gikk Høyesterett her noe langt i å gi vern for elementer av funksjonell karakter. Opprinnelig skiller opphavsretten klart mellom estetikk og funksjon, og det skal ikke gis vern for det funksjonelle. Dette gjør at det er vanskelig å foreta en verkshøydevurdering eller krenkelsesvurdering ved brukskunst. Nettopp derfor må det foretas en helhetsvurdering, der hensyn til variasjonsbredde, friholdelsesbehov og risikoen for monopol på det funksjonelle, veies opp mot vern for den konkrete estetiske utformingen.

Dommen har vært gjenstand for kritikk, og Torvund har uttalt at Høyesterett her ga for mye vern, ettersom opphavsretten gjelder enhver fremstilling av verket. Dette innebærer at også bilder av gjenstanden er vernet, og det gir et vern som er altfor vidtgående.<sup>87</sup>

Det er klart at dersom man ikke bruker en nyansert tilnæringsmåte til verkshøydevurderingen, og lar beskyttelsesomfanget være en fast størrelse, uavhengig av verkshøyden i det konkrete tilfellet, kan urimelig stort vern oppnås. Men dersom man bruker en nyansert tilnærming og gir snevert vern, og ved krenkelsesvurderingen også tar i betraktning om etterlikningen gir den samme identitetsopplevelsen, vil ikke vernet bli mer vidtgående enn nødvendig for å ivareta hensynet til opphavsmannen.

#### **4.3.5.5 Rt. 2013 s. 822, Ambassadør-dommen**

Utviklingen i Tripp Trapp-dommen mot et mer nyansert krav til verkshøyde- og krenkelsesvurderingen videreføres i Ambassadør-dommen, som fortsatt er den nyeste norske dommen om verkshøydekravet.

I Ambassadørdommen slo Høyesterett fast at også ganske alminnelig trehusbebyggelse kan utgjøre et beskyttet åndsverk. Saken gjaldt typehuset «Ambassadør», et bolighus som var å finne i Norske Hus sine huskataloger. En byggherre som ikke kom til enighet med Norske

---

<sup>86</sup> Dommens avsnitt 93.

<sup>87</sup> Torvund (2013), s. 72.



Hus hadde tatt med seg tegningene av Ambassadør til konkurrenten Hovin, og de satte opp huset etter tegningene. Norske Hus hevdet at oppføringen krenket deres opphavsrett til Ambassadør, og saksøkte både byggherren og Hovin.

Når saken nådde Høyesterett skulle det kun tas stilling til hvorvidt Ambassadør hadde verkshøyde, noe flertallet på tre dommere besvarte bekreftende.

Første spørsmål for domsanalysen er hvordan Høyesterett vurderte verkshøyden til det aktuelle huset, herunder om de har en nyansert tilnærming til verkshøyden og sammenhengen til beskyttelsesomfanget.

Høyesterett brukte verkshøydeformuleringene fra Tripp Trapp-dommen og Huldra i Kjosfossen, og sa at kravet er at verket må være originalt og et resultat av en individuelt skapende innsats. I motsetning til i Huldra i Kjosfossen ble det fort slått fast at kravet til originalitet kunne oppfylles ved en sammenstilling av allerede kjente elementer.<sup>88</sup> Verkshøydekravet var imidlertid ikke «oppfylt med margin» for typehuset, og det ble reist spørsmål om det var strengere krav til verkshøyde for bygningskunst enn ellers.

I avsnitt 49 uttaler Høyesterett at «Om Ambassadør anses som et åndsverk, innebærer det ikke at opphavsretten vil omfatte de idéer som ligger til grunn for utviklingen av hustypen. Det er heller ikke tale om å verne funksjonelle elementer. Vernet vil være begrenset til den særlige utformingen/det særlige uttrykk som huset har fått». Det opphavsrettslige vernet må med andre ord være snevert. Her synes Høyesterett å bruke en nyansert tilnærming, der det legges vekt på hensynet til monopolrisiko. Når vernet bare omfatter nærgående etterlikninger, ivaretas friholdelsesbehovet innenfor bygningskunsten, og gir full adgang til å la seg inspirere.

Likt som i Tripp Trapp-dommen, om strengere krav for brukskunst, ble det lagt til grunn at det ikke kunne stilles strengere krav til verkshøyde for bygningskunst, men at verkshøydekravet i praksis vil være vanskeligere å oppfylle på grunn av funksjonelle og originalitetsbegrensende elementer.<sup>89</sup> Dette var også mindretallet var enig i, selv om de kom

---

<sup>88</sup> Dommens avsnitt 40-44. Se også kap. 4.3.5.2.

<sup>89</sup> Dommens avsnitt 64.

til at huset ikke var tilstrekkelig originalt.<sup>90</sup> Etter dette bør det være avklart at terskelen for verkshøyde ikke beror på verkstype, tilsvarende hva BGH slo fast i «Geburtstagszug».<sup>91</sup>

Ved den konkrete vurderingen av om Ambassadør tilfredsstilte verkshøydekravet, la flertallet vekt på risikoen for dobbeltfrembringelser, men det var en konkret helhetsvurdering og uttalelser fra sakkyndig som til sist var avgjørende. Huset fremstod eksteriørmessig som resultatet av en original skapende innsats, og kravet til verkshøyde var oppfylt.<sup>92</sup>

Dommen er svært relevant for tematikken i denne avhandlingen, blant annet fordi Høyesteretts flertall nærmer seg den utviklingen og tilnærmingen til verkshøydekravet som vi har sett i Norden, Tyskland og EU. Imidlertid påpeker mindretallet noen viktige sider ved det å gi opphavsrettslig beskyttelse for verk der utformingen og funksjon henger tett sammen. «Hvis man gir vern for verk som bare innebærer kombinasjoner av kjente elementer, uten at det ved det er skapt noe med en viss originalitet, risikerer man å begrense andres muligheter til å finne praktiske og funksjonelle løsninger basert på den samme felles bygningstradisjonen, en byggetradisjon som bør være fritt tilgjengelig for alle.»<sup>93</sup>

Den risikoen mindretallet viser til, er større dersom man har en «enten-eller»-tilnærming til opphavsretten. En nyansert tilnærming til verkshøydevurderingen og krenkelsesvurderingen vil imidlertid legge til rette for at en opphavsmanns rettigheter ikke rekker så langt at det forhindrer andre i å anvende praktiske og funksjonelle løsninger.

Til tross for utgangspunktet om at vernet bare omfatter den individuelt skapende åndsinnsetning, er det den konkrete utformingen som er vernet, og de funksjonelle og praktiske løsningene står fritt for andre å bruke. Når bare de svært nærgående etterlikninger er krenkende, er både byggetradisjoner og funksjonelle løsninger fritt tilgjengelig så lenge yngre verk holder tilstrekkelig avstand fra det originale byggverket. Som vi så i UfR 2014 s. 954, Armaturdommen, vil det ikke foreligge en krenkelse dersom likhetene gjelder funksjonsbetingede elementer.

---

<sup>90</sup> Dommens avsnitt 78.

<sup>91</sup> Kap. 4.3.1.

<sup>92</sup> Dommens avsnitt 73.

<sup>93</sup> Dommens avsnitt 79.

På generelt grunnlag kan det i forhold til både Ambassadørdommen og Tripp Trapp-dommen bemerkes at Høyesterett i svært liten grad knytter sine vurderinger opp mot rettspraksis knyttet til EU-domstolens avgjørelser og Opphavsrettsdirektivet.

I begge dommene har partene vist til EU-retten, i Tripp Trapp-dommen har Stokke anført at EU-domstolen har moderert verkshøydekravet, mens i Ambassadør-dommen anfører Hovin at det er en utvikling i EU-retten som kan tilsi at vernet om opphavsretten rekker like langt uansett verkstype.<sup>94</sup> Likevel tar ikke Høyesterett konkret stilling til hvordan EU har praktisert originalitetskravet i nyere tid.<sup>95</sup>

Både pedagogisk og rettskildemessig hadde det vært nyttig med henvisninger til internasjonale dommer som bruker samme tilnærminger til opphavsretten, slik at rettsanvendere påminnes at immaterialretten er et rettsområde som må utvikles i tråd med EU. Norge kan ikke behandle immaterielle saker uavhengig av utviklingen av de EU-rettslige prinsipper.

Ambassadørdommen gir likevel uttrykk for at norsk rettspraksis utvikler seg i samme retning som EU-retten, ved at det strenge kravet til verkshøyde fra Hulderdommen har blitt myknet opp, selv om det fortsatt er det samme vurderingstemaet som legges til grunn.

#### **4.3.5.6 En sammenfatning. Når er det relevant å se på verkshøydekravet i lys av beskyttelsesomfanget?**

Som vi ser i domsanalysene kan man se tendenser til at en nyansert tilnærming til verkshøydekravet påvirker krenkelsesvurderingen også i norsk rett. Bakenforliggende hensyn trekkes frem både i verkshøydevurderingen og etterlikningsvurderingen, og terskelen for vern har blitt lavere. I tillegg fører utviklingen til at norsk opphavsrett blir mer i tråd med den utenlandske praksisen.

Første spørsmål i sammenfatningen er om den nyanserte tilnærmingen til verkshøydevurderingen bare skal skje i grensetilfeller, der rettsanvenderen er i tvil om verket har tilstrekkelig verkshøyde.

---

<sup>94</sup> Se hhv. Rt. 2012 s. 1062, avsnitt 41 og Rt. 2013 s. 822, avsnitt 31.

<sup>95</sup> Se om dette ovenfor i 4.3.5.4.

Det vil alltid være relevant å utmåle et verks beskyttelsesomfang når man står ovenfor en etterlikningstvist, men det fremstår som mer nyttig i grensetilfellene, slik som i Ambassadørdommen, hvor byggverket ikke oppfylte verkshøydekravet med margin.

Dersom et verk åpenbart har tilstrekkelig verkshøyde, kan man gå rett til selve sammenligningen mellom etterlikningen og originalen, fremfor å bruke tid på å fastslå hvor langt vernet strekker seg. Utgangspunktet er som sagt nevnt vernet rekker like langt som den individuelt skapende åndsinnsetts.<sup>96</sup> Derfor er en balansert vurdering mest relevant i grensetilfellene.

En annen situasjon hvor det er relevant å foreta en vurdering av verkets beskyttelsesomfang, er der skaperen av det yngre verket ikke har etterliknet et helt verk, men bare deler av det.

I slike tilfeller oppstår spørsmålet om hvor mye som må være tilegnet for at det skal foreligge en opphavsrettslig krenkelse.<sup>97</sup> Utgangspunktet om at bare det som er preget av opphavsmannens individuelle skapende innsats er vernet i det originale verk, innebærer at hvem som helst kan benytte seg av det som måtte være av funksjonell eller uoriginal karakter. Den delen som er etterliknet må i seg selv oppfylle kravene til verkshøyde for at det skal bli snakk om å vurdere om det foreligger en krenkende etterlikning.<sup>98</sup>

Dette innebærer videre at de delene av et verk som i seg selv tilfredsstiller kravene til verkshøyde vil ha opphavsrettslig vern, enten det utgjør et helt, eller bare en del av et større verk. For svensk retts vedkommende ble dette slått fast i NJA 1995 s. 256, Nummerbanken, hvoretter «Delar av et skyddat verk utgör exemplar av verket under förutsättning att delen i sig har tillräckligt verkshöjd för att utgöra ett upphovsrättslig verk».<sup>99</sup>

Hvor omfattende vern en verksdel har, vil bero på samme vurderingen som ved et helt verk. Beskyttelsesomfanget henger sammen med nivået på verkshøyden, og det må foretas en konkret vurdering basert på samme momenter og hensyn som om det gjaldt et helt verk, der lav verkshøyde balanseres med tilsvarende snevert beskyttelsesomfang.

---

<sup>96</sup> Se over, avsnitt 4.1 i tillegg til henvisninger til teori og praksis.

<sup>97</sup> Rognstad (2009), s. 147.

<sup>98</sup> Rognstad (2009), s.148, hvor forfatteren legger Ødegaard og Wagles diskusjon om vern bare for essensen av verket, død.

<sup>99</sup> Dommen, s. 267.

Den nyanserte tilnærmingen slik den er beskrevet i denne avhandlingen, vil være mest relevant der man enten står ovenfor et verk med lav verkshøyde, eller der det er snakk om bare en del av et verk. Det bør ikke ha betydning for verkshøydevurderingen om man har med en etterlikningstvist å gjøre, eller om det bare er reist spørsmål om tilstrekkelig verkshøyde.

Ved at verkshøydevurderingen skjer i lys av hvilket beskyttelsesomfang opphavsretten gir, vil flere opphavsmenn få vern for sine verk, og dermed motiveres det til nyskapning. I tillegg er den nyanserte tilnærmingen i tråd med den utviklingen av sammenhengen mellom verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget vi har sett i andre land som ligger legislativt nært Norge, og som vi ønsker å sammenligne oss med på opphavsrettslig område.

## **4.4 En evaluering. Hvilke fordeler og ulemper kan den nyanserte tilnærmingen bringe med seg?**

I dette kapittelet vil det kastes et kritisk blikk på den nyanserte tilnærmingen, slik at eventuelle svakheter og ulemper kan belyses. I tillegg vil det vurderes om den utviklingen som har skjedd angående den nyanserte tilnærmingen er en utvikling i riktig retning.

For det første kan det fremholdes at en nyansert tilnærming vil føre til at enkle verk kan få uforholdsmessig langt vern.

Det opphavsrettslige vernet varer i 70 år etter opphavsmannens død, uavhengig av verkstype og verkshøyde, jf. åvl. § 40. Det kan hevdes at vernetiden er ufortjent lang for verk med lav verkshøyde, noe som også har blitt trukket frem av tyske teoretikere i kritikken av «kleine Münze». Imidlertid bærer disse verkene ofte preg av tiden de er skapt i, og de snevre rettighetene vil neppe være av betydning eller begrensende for andre gjennom vernetiden. Moter og etterspørsel er i stadig endring, og yngre opphavsmenn har uansett full adgang til å la seg inspirere.

Poenget med en nyansert tilnærming er å bidra til en effektiv og fleksibel opphavsrett, der flere verk kan nyte godt av de opphavsrettslige rettigheter, uten at det begrenser andre. Den lange vernetiden er derfor ikke noen ulempe ved den nyanserte verkshøydevurderingen.

Det har også vært en generell bekymring i opphavsretten at noen verk har for mye vern, og begrenser andres mulighet til åndsproduksjon. Med en nyansert tilnærming til opphavsretten,

vil sannsynligvis flere verk få vern, og i forlengelse av dette kan det reises spørsmål ved om det er problematisk om det blir veldig mange åndsverk.

Ettersom den nyanserte tilnærmingen til verkshøydekravet ivaretar hensynene til friholdelsesbehov, kunstnerisk spillerom og monopolrisiko, tilpasses vernet det konkrete verk. At mange verk har vern, vil derfor ikke være begrensende for andre, og dermed ikke problematisk.

Derimot vil flere opphavsmenn kunne motsette seg misbruk av det han har skapt, og opphavsretten blir mer effektiv.

Den nyanserte tilnærmingen åpner for en mer fleksibel opphavsrett, og at flere hensyn spiller inn på vurderingen. EU-domstolen har de siste årene tolket opphavsretten fra å være et formelt og nokså abstrakt regelverk, til å bli et regelverk som i stor utstrekning beror på en skjønnsmessig avveining av legitime interesser under hensyn til lojal konkurranse og andre markedsøkonomiske effekter.<sup>100</sup> EU-domstolen synes å ha vært opptatt av å nå rimelige resultater i konkrete saker fremfor å legge stor vekt på opphavsrettslig tradisjon.

Opphavsrettslig beskyttelse har i større grad blitt avhengig av reelle forhold enn av abstrakte og formelle kriterier.

I noen nyere saker har EU-domstolen hatt fokus på spørsmålet om de økonomiske interessene er ivare tatt gjennom andre regelsett. Både Donner-saken, Used-Soft-saken og SCF-saken ble i realiteten avgjort etter en balansering av økonomiske interesser, der det avgjørende for opphavsrettsbeskyttelse var om rettighetshaverens økonomiske interesser var tilstrekkelig beskyttet i den konkrete situasjon. Samtidig ble det foretatt en differensiert vurdering, hvor beskyttelsesomfanget ble tilpasset det reelle beskyttelses- og friholdelsesbehov. Dette har ført til forventninger om at fremtidige opphavsrettslige saker vil bli avgjort på bakgrunn av en balansering av økonomiske interesser og grunnleggende opphavsrettslige hensyn, slik at resultatet er en mer fleksibel opphavsrett.<sup>101</sup>

Det er klart at en viktig del av opphavsretten er å ivareta opphavsmannens økonomiske rettigheter, jf. § 2, men det er en fare for at EUs utvikling medfører at man nærmer seg det engelske prinsippet om «sweat of the brow», hvor opphavsmannen får vern blant annet ut fra sine økonomiske investeringer og ikke bare den kreative innsatsen.

---

<sup>100</sup> F.eks. Sak C-135/10, SCF, Sak C-5/11, Donner, Sak C-128/11, UsedSoft.

<sup>101</sup> Riis (2013), s 149.

I den nordiske opphavsretten har ikke antall timer og kroner investert i skapelsesprosessen vært relevante for opphavsretten.<sup>102</sup> Likevel taler EU-retten for at hensynet til økonomiske interesser kan være et moment ved vurderingen av om et verk skal få vern, dersom det gir et rimelig resultat. Et avgjørende moment vil det likevel neppe være.

Den nyanserte tilnærmingen til verkshøydekravet og krenkelsesvurderingen slik den er presentert i denne avhandlingen er mer fleksibel enn den gamle «enten eller»-holdningen man har sett i rettspraksis. I tillegg vil en nyansert tilnærming med fleksible resultater bringe norsk rett nærmere den utviklingen vi ser i utlandet. Å la verkshøydevurderingen skje i lys av muligheten for et snevert opphavsrettslig vern, er også i tråd med EU-retten.<sup>103</sup>

At det er en sammenheng mellom verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget er imidlertid ikke noe nytt for verk med mye verkshøyde. Jo mer originalt og særpreget et verk er, dess større beskyttelsesomfang tilmåles, og senere opphavsmenn må holde desto større avstand.<sup>104</sup> Når mye originalitet og verkshøyde medfører mye vern, bør det også være mulig å snevre inn vernet når verkshøyden er lav, slik at verkshøydevurderingen skjer i lys av hvor snevert vern et verk kan få. Dette finner vi nå støtte for i Tripp Trapp-dommen og Ambassadør-dommen.

I stedet for å bruke den vanlige tosporede krenkelsesvurderingen, der man starter med verkshøydevurderingen før man går videre til den konkrete etterlikningsvurderingen og sammenligner verkene, bør krenkelsesvurderingen skje etter en mer balansert helhetsvurdering, der man lar overgangen mellom de to «sporene» være mer flytende.

Om vernet blir snevert eller omfattende kan være et moment i verkshøydevurderingen, samtidig som høy eller lav verkshøyde er et moment i beskyttelsesomfangsvurderingen. Dermed kan man fastslå verkshøyde og gi vern, uten at verket får et mer omfattende beskyttelsesomfang enn nødvendig for å ivareta opphavsmannens interesser. Det var dette Högsta Domstolen gjorde i Mini Maglite-dommen, når de sa at et lavt krav til originalitet og verkshøyde kan balanseres av et tilsvarende snevert beskyttelsesomfang.<sup>105</sup>

Åndsverksloven er dessuten over femti år gammel, og det har ikke skjedd betydelige endringer i forhold til vilkårene for vern, til tross for at samfunnsmessige og teknologiske

---

<sup>102</sup> Se om dette over i kapittel 4.2.

<sup>103</sup> Se kap. 4.3.3, etter NJA 2009 s. 159, Mini Maglite, ble det uttalt i svensk teori at balanseringen av verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget var i tråd med EU-retten.

<sup>104</sup> Rognstad (2009), s. 138.

<sup>105</sup> Dommen s. 178.

fremskritt har vært enorme og lagt forholdene til rette for nye måter å skape, spre og misbruke åndsverk på. Den nyanserte tilnærmingen til verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget passer bedre i en moderne tidsalder, hvor særlig internett har medført en ny aktualisering av opphavsretten. Allmennheten ønsker enkel, rask og billig tilgang til musikk, film og annen kunst og kultur, og dersom terskelen for vern er høy, og mange potensielle opphavsmenn står helt uten vern, vil færre motiveres til åndsproduksjon.

Særlig i Huldra i Kjosfossen hadde Høyesterett en «enten eller»-holdning til opphavsrettsbeskyttelse. I de nyere dommene ser det imidlertid ut som om Høyesterett har lettet litt på kravene, og det gis heller snevrere vern enn ikke noe vern. Denne utviklingen er etter min mening et steg i riktig retning.



# 5 Oppsummering og avsluttende refleksjoner

Praksis fra både Høyesterett og EU-domstolen tilsier at man i stadig større grad kan senke terskelen for hva som oppfyller kravet om verkshøyde dersom det kombineres med en tilsvarende reduksjon av rekkevidden av vernet mot etterlikninger.

Den nyanserte tilnærmingen til verkshøydekravet, slik den er gjennomgått i denne avhandlingen, gjør at man kan stille lave krav til verkshøyde uten at det går på bekostning av andre potensielle opphavsmenns mulighet til å produsere åndsverk. Krenkelsesvurderingen må skje etter en helhetsvurdering, og verken verkshøyde eller beskyttelsesomfanget bør vurderes isolert uten hensyn til hverandre.

På denne måten tillates vern for flere åndsverk, og flere opphavsmenn vil føle at de får den fortjente belønning for sin kreative innsats. For mange opphavsmenn er andre opphavsrettslige rettigheter vel så viktig som etterlikningsvernet, og opphavsrettslig vern vil motivere til nyskapning og åndsproduksjon.

Mini Maglite-dommen fra Sverige er etter min mening et godt eksempel for å illustrere en fornuftig fremgangsmåte ved verkshøydevurderingen. Opphavsmannen får belønning for sin kreative innsats gjennom opphavsrettslig beskyttelse, men vernet som oppnås begrenser ingen andre enn de som lager en svært nærgående etterlikning.

Et eksempel som ikke bør tjene til inspirasjon, så vi i Hermesveske-dommen fra Danmark, der Høyesterett først vurderte om det forelå en nærgående etterlikning, noe det ikke gjorde, for deretter å la være å vurdere om den originale vesken hadde verkshøyde. Med en slik tilnærming vurderes vernets omfang før man har vurdert om verket i det hele tatt nyter opphavsrettslig vern.

En nyansert tilnærming til sammenhengen mellom verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget innebærer at krenkelsesvurderingen endres og tilpasses verket og dets verkshøyde, men vernet må fastslås før man sammenligner verkene i en etterlikningstvist. Rekkefølgen på vurderingene bør ikke endres.

Selv om utenlandske kilder ikke alltid er egnet til å gi definitive svar på hvordan norsk rett skal utvikles, gir de viktige bidrag når det gjelder opphavsretten. Åndsverk er som sagt av grenseoverskridende karakter, og harmoniserings-, rettferdighets- og rimelighetshensyn taler for at dersom et verk får vern i våre naboland, bør det få vern også i Norge. Et av hovedformålene bak det nordiske lovsamarbeidet var at det skulle være likhet i Norden. Det taler for at norsk rett bør følge samme prinsipper for opphavsrettsbeskyttelse som våre naboland. I tillegg er immaterialretten et rettsområde hvor utviklingen i Norge ikke kan skje uavhengig av EU, blant annet på grunn av vår binding til Opphavsrettsdirektivet og EØS-avtalen.

Å se verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget i sammenheng er dog ikke noe nytt. Originalitet som styrende for beskyttelsesomfanget er beskrevet både i dommer og litteratur, men som oftest i motsatt tilfelle, slik at mye originalitet fører til mye vern.<sup>106</sup> Etter gjennomgangen i denne avhandlingen fremstår det som naturlig og hensiktsmessig at originalitetsgraden påvirker beskyttelsesomfanget også når det gjelder verk med mindre originalitet og verkshøyde, slik vi så i Lykketrolldommen.

Når både etterlikningsvurderingen og verkshøydevurderingen har verkets beskyttelsesomfang i fokus, ivaretas flere bakenforliggende hensyn på en effektiv måte, uten at de går på bekostning av hverandre.

Harmoniseringshensyn og den argumentative vekten av praksisen vi ser i Norden, Tyskland og EU, tilsier at balansegangen mellom verkshøydekravet og beskyttelsesomfanget også er mulig i Norge. Nyere rettspraksis fra både Norge og EU-domstolen tyder på at det også blir stadig mer vanlig å anvende en nyansert tilnærming til verkshøyde- og krenkelsesvurderingen.

Etter å ha drøftet om verkshøydekravet kan nyanseres ut fra behovet for, og omfanget av, vern i det konkrete tilfellet, konkluderes det med at de underliggende sammenhenger i opphavsretten innebærer at man kan bruke en mer nyansert tilnærming ved krenkelsesvurderingen enn hva som har vært tradisjonen etter norsk rett.

Om utviklingen fortsetter i retning av en mer nyansert verkshøydevurdering og fleksibel opphavsrett, både i Norge, Norden og EU, gjenstår imidlertid å se.

---

<sup>106</sup> Se for eksempel Rt. 1962 s. 964, «Wegners sybord», Rt. 2012 s. 1062, «Tripp Trapp», Rognstad (2009), s. 138, Torvund (2013) s. 50.

# Litteratur- og kildeliste

---

## Litteratur:

- Helset m.fl. (2009) Helset, Per, Felix Reimers, Toril Melander Stene og Ragnar Vik: *Immaterialrett og produktetterlikning mv. etter markedsføringsloven, 1. utgave* (Oslo 2009)
- Koktvedgaard (1990) Koktvedgaard, Mogens: *Immaterialretspositioner*, 1. utgave (København 1990)
- Löwenheim (1987) Löwenheim, Ulrich: «Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht», *GRUR* 1987, s. 761-770.
- Riis (2013) Riis, Thomas: «Ophavsrettens fleksibilitet», *NIR* 2013 nr. 2, s. 139-151.
- Rognstad (2009) Rognstad, Ole-Andreas og Lassen, Birger Stuevold: *Opphavsrett*, 2. utgave (Oslo 2009)
- Rognstad (NIR 2009) Rognstad, Ole-Andreas: «Forledet av sceneinstruksjoner, men neppe av Huldra. Kommentar til Huldra-dommen (Rt 2007 s. 1329) II», *NIR* 2009 nr. 2, s. 214.
- Rognstad (2012) Rognstad, Ole-Andreas: «Opphavsrett til brukskunst. Etterligning av TRIPP TRAPP-stolen, Varemerkerett – Rt-2012-1062.» *Nytt i privatretten*, 2012 nr. 3, s. 19-21.
- Rosén (2013) Rosén, Jan: «EU-domstolens och svensk rättspraxis, Upphovsrätt och närstående rättigheter 2003-2012», *SvJT* 2013 s. 545.
- Rosenmeier (2001) Rosenmeier, Morten: *Værkslæren i ophavsretten*, 1. utgave (København 2001)

- Rosenmeier (2005) Rosenmeier, Morten: «Brugskunstbeskyttelsen mod «nærgående efterligninger». Nogle terminologiske overvejelser», *NIR 2005 nr. 5, s. 503-514.*
- Rosenmeier (2009) Rosenmeier, Morten: «Er originalitetskravet, strengt, mildt eller midt imellem? Kommentar til Högsta Domstolens dom NJA 2009 s. 159 (Mini Maglite)», *NIR 2009 nr. 5 s. 498.*
- Schønning (2012) Schønning, Peter: «Ophavsretsudviklingen i Danmark siden 2009», *NIR 2012 nr. 6, s. 537-545.*
- Sejersted m.fl. (2012) Sejersted, Anne M. Iversen, Vebjørn og Bernt, Andreas: «Immaterialrettsutviklingen i Norge 2010-2012» *NIR2012 nr. 1, s. 92-112.*
- Stenvik (2008) Stenvik, Are: «Utviklingen på immaterialrettsområdet i Norge», *NIR 2008 nr. 6 s. 537-550.*
- Strauss (2014) Strauss, Jürgen: «Urheberrechtsschutz bei Werke der angewandten Kunst – Geburtstagzug», *GRUR-Prax 2014, s. 17.*
- Torvund (2013) Torvund, Olav: *Opphavsrett for begynnere, 1. utgave* (Oslo 2013)
- Tøien (2012) Tøien, Irina Eidsvoll: «Originalitetskriteriet i EU-retten – ny kurs?», *NIR 2012 nr. 4, s. 403-422.*
- Vyrje (2012) Vyrje, Magnus Stray: «Åndsverk og plagiat – noen refleksjoner», *Jussens venner 2012, nr. 1.*
- Vyrje (2009) Vyrje, Magnus Stray: «Forledet av Huldra? Kommentar til Huldradommen (Rt 2007 s. 1329) I», *NIR 2009 nr. 2, s. 212.*
- Wandtke (2009) Wandtke, Artur-Axel: *Urheberrecht, 3. utgave* (Berlin 2009)
- Wandtke/Bullinger (2009) Wandtke, Artur-Axel og Bullinger, Winfried: *Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. utgave* (München 2009)

## **Norske lover og forarbeider:**

- Åndsverksloven Lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk mv. (åvl.).
- Forarbeidene til åvl. Ot.prp.nr. 26 (1959-60), Om lov om opphavsrett til åndsverk.
- Forarbeidene til åvl. (1930) Innstilling til lov om vern av åndsverk, 1925.

## **Direktiver og konvensjoner:**

- EDB-Direktivet: Direktiv 2009/24/EF av 23. april 2009 om rettslig beskyttelse av dataprogrammer (EDB-direktivet).
- Opphavsrettsdirektivet: Direktiv 2001/29/EF av 16. juli 2001 om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet.
- Databasedirektivet: Direktiv 96/9/EF av 11. mars 1996 om rettslig vern av databaser.
- Bernkonvensjonen: Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk av 9. september 1886, med senere revisjoner.

## **Rettspraksis:**

### Norsk rettspraksis:

- Rt. 2013 s. 822, «Ambassadør-dommen».
- Rt. 2012 s. 1062, «Tripp Trapp-dommen».
- Rt. 2007 s. 1329, «Huldra i Kjosfossen».
- Rt. 1962 s. 964. «Wegners sybord».
- Rt. 1940 s. 327, «Hallo Hallo-dommen».
- RG 2001 s. 676, «Dams lykketroll».

Svensk rettspraksis:

NJA 2009 s. 159, «Mini Maglite-dommen»

NJA 2002 s. 178, «Drängarna»

NJA 1995 s. 256, «Nummerbanken»

Dansk rettspraksis:

UfR 2014 s. 954, «Armatur-dommen»

UfR 2012 s. 1185, «Hermes-vesker»

UfR 2001 s. 747, «Tripp Trapp-stolen»

UfR 1951 s. 72, «Hvem ringer klokkerne for?»

Tysk rettspraksis:

BGH, Urteil vom 13.11.2013, I ZR 143/12, «Geburtstagszug»

AG Hamburg – 35a C 40/12, Reklametekster.

OLG Brandenburg – 6 U 18/08, Kontaktannonser.

Fra EU-domstolen:

Sak C-05/408, «Infopaq»

Sak C-604/10, «Football Dataco»

Sak C-403/08 og C-429/08, «FAPL, Football Assosiation Premier League»

Sak C-145/10, «Painer»

Sak C-05/11, «Donner»

Sak C-135/10, «SCF»

Sak C-128/11, «UsedSoft»