

# **BRUK AV TREDJEMANNS VERNEDE VERK I REKLAMEØYEMED**

En gjennomgang og vurdering av opphavsmannens beskyttelse  
kontra allmennhetens adgang til bruk av tredjemanns vernede  
åndsverk i reklameøyemed

Kandidatnr:

Veileder: Bente Holmvang

Leveringsfrist: 25. november

Til sammen 17955 ord

19.08.2005

# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b>1</b>
1.1	PROBLEMSTILLING	1
1.2	BAKGRUNN	1
1.3	AVGRENSNING	3
1.4	METODE OG RETTSKILDER	4
1.5	NOEN PRESISERINGER	5
1.6	EKSEMPLER SOM VIL FØLGE IGJENNOM OPPGAVEN	5
<b>2</b>	<b><u>OPPHAVSMANNENS ENERETT TIL SITT ÅNDSVERK</u></b>	<b>8</b>
2.1	VILKÅRENE FOR AT ET VERK ER ET ÅNDSVERK I LOVENS FORSTAND, JF § 1	8
2.2	ENERETTEN TIL Å FREMSTILLE EKSEMPLAR	10
2.2.1	EKSEMPLARFREMSTILLINGSBEGREPET	11
2.2.2	”OPPRINNELIG ELLER ENDRET SKIKKELSE, I OVERSETTELSE ELLER BEARBEIDELSE”	11
2.2.3	”I ANNEN LITTERATUR- ELLER KUNSTART ELLER I ANNEN TEKNIKK”	12
2.2.4	ENERETTENS UTSTREKNING	13
2.3	EKSEMPLARFREMSTILLINGSRETTENS ØVRE OG NEDRE GRENSE	16
2.3.1	BEARBEIDELSE/“AVHENGIGHETSVERK” ELLER ULOVLIG GJENGIVELSE?	17
2.3.2	NYTT SELVSTENDIG VERK ELLER ULOVLIG ETTERLIKNING?	18
2.3.3	SÆRLIG OM PARODIER, KARIKATURER OG LIKNENDE	20
2.4	ENERETTEN TIL Å GJØRE VERKET TILGJENGELIG FOR ALLMENNHETEN	22
2.4.1	FREMFØRINGSRETTE	23
2.5	KRENKELSESVURDERINGEN	24
2.5.1	DOBBELTFREMBRINGELSER	24
2.5.2	SENTRALE KRITERIER I KRENKELSESVURDERINGEN	25
2.6	OPPHAVSMANNENS IKKE-ØKONOMISKE RETTIGHETER	31
2.6.1	NAVNEGJENGIVELSESRETTEN	31
2.6.2	RESPEKTRETTE	34
2.7	KLASSIKERVERNET	35
2.7.1	BAKGRUNN OG VIRKEOMRÅDE	36

2.7.2	"TILGJENGELIGGJØRING PÅ EN MÅTE ELLER I EN SAMMENHENG SOM ER KRENKENDE"	37
2.7.3	"ALMENE KULTURINTERESSER"	40
<b><u>3</u></b>	<b><u>ENERETTENS AVGRENSNINGSREGLER</u></b>	<b>44</b>
3.1	LÅNEREGLENEs BEGRENSNING, JF § 11	45
3.2	SITATRETTE	46
3.3	GJENGIVELSE AV KUNSTVERK I MEDHOLD AV § 23 TREDJE LEDD	50
3.4	GJENGIVELSE AV KUNSTVERK I MEDHOLD AV § 24 ANNET LEDD	52
<b><u>4</u></b>	<b><u>TOLKNINGSMOMENTER</u></b>	<b>54</b>
4.1	TRETRINNSTESTEN	54
4.2	BAGATELLMESSIG BRUK	55
4.3	STILLTIENDE SAMTYKKE	58
<b><u>5</u></b>	<b><u>OPPSUMMERING AV GJELDENDE RETT MED LEGE FERENDA VURDERING.</u></b>	<b>61</b>
5.1	VIL UTNYTTTELSE AV VERK I REKLAMEØYEMED HINDRES ALLEREDE FRA ET "FUGLEPERSPEKTIV"?	61
5.2	GRENSENE FOR FRI BRUK	62
5.3	TRENGER VI ENDRINGER I ÅNDSVERKLOVEN?	63
<b><u>6</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b>64</b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>VEDLEGG</u></b>	

# 1 Innledning

## 1.1 Problemstilling

Problemstillingen for denne oppgaven er i hvilken grad tredjemanns vernede åndsverk kan benyttes i reklameøyemed uten samtykke fra opphavsmannen. Jeg vil med oppgaven søke å belyse de spesielle problemstillinger som oppstår ved den kommersielle bruk av andres vernede åndsverk. Jeg skal derfor drøfte opphavsmannens enerett med henblikk på dette, herunder enerettens grenser mot allmennhetens rett til fri bruk av vernede åndsverk.

## 1.2 Bakgrunn

Bakgrunnen for oppgavens hovedproblemstilling er hvordan åndsverkene i moderne tid har bredt om seg på alle livsområder, ikke bare som et unikum i en kunstsamling. Åndsverksbegrepet omfatter i dag langt flere typer verk enn den tradisjonelle kunst. Kravene til hva som skal til for å være et åndsverk, har over tid blitt redusert. Fra kjøkken til stue finnes åndsverk av mange slag, fra praktiske bruksgjenstander som en trendy hvitløkspresse til tradisjonelle kunstverk som malerier og skulpturer.

Forbrukersamfunnets økende fokus på design og trender stiller krav til produsentenes presentasjon av sine produkter. I en tid der "tidsklemma" og motefokus er to sentrale tema i manges hverdag, må produsentene ty til slike midler i sin markedsføring som tiltrekker forbrukernes øyne raskt, og videre appellerer til en designfokuset og trendbevisst konsument.

Reklamebransjen gjør bruk av kjente, solide, trendy og iøynefallende åndsverk av alle slag i reklame for eget produkt. Den potensielle kjøper skal raskt assosiere den aktuelle vare med kvalitetskunst, merkevarer, elegante og velkjente linjer. Reklamebransjen ønsker å kle seg i de kreative uttrykk tiden ellers er kledd med.



Den vidde og fokus som åndsverkene de senere år har fått, skaper komplekse spørsmål forbundet med åndsverkloven.

Opphavsretten er båret av to hovedhensyn, der hensynet til vern av opphavsmannens økonomiske og ideelle investeringer står mot hensynet til allmennhetens frie rett til bruk av eksisterende utgitte og offentliggjorte åndsverk.

Enerettens økonomiske side er begrunnet i opphavsmannen krav på kompensasjon for investert tid og innstats, og er i tillegg ment å virke stimulerende for samfunnets ønske om kunstproduksjon.

Sistnevnte hensyn begrunner også allmennhetens frie rett til bruk av eksisterende åndsverk. Inspirasjon fra eksisterende kunst er en viktig kilde for nyskapning. Allmennhetens rett til fri bruk er også båret av hensynet til den private bruk, samt samfunnets praktiske behov for adgang til å benytte for eksempel brukskunst.

Til tross for at opphavsretten åpner for fri bruk av andres åndsverk i visse tilfeller, er det på grunn av rettsområdets åndelige karakter nødvendig ikke bare å verne opphavsmannens økonomiske innsats, men også den åndelige. Den ideelle siden av eneretten sikrer opphavsmannens personlige tilknytning til sitt åndsverk, samt at åndsverket benyttes med respekt for innhold og mening.

Den kommersielle bruk har i utgangspunktet ikke hjemmel i åndsverkloven, som ikke ble skapt med tanke eller ide for vår tids høyteknologiske og reklamefinansierte samfunn. Åndsverkloven kan hevdes å være lite kompatibel med dagens forståelse av kunst spredt over et vidt spekter, og like lite fleksibel for dagens økende behov og interesse for den kommersielle bruk av dagens kunst.

Det masseproduserte åndsverk eksponeres ofte i langt større grad en det tradisjonelle kunstverk. Et sentralt spørsmål er om dette har innvirkning på den beskyttelse åndsverkloven gir.

Oppgaven blir å klargjøre hvilke grenser åndsverkloven og opphavsretten generelt setter for bruk av andres vernede åndsverk i reklameøyemed. Endelig vil jeg vurdere om åndsverkloven virker etter sin hensikt, eller bør endres.

### 1.3 Avgrensning

Oppgaven er med sine utgangspunkter meget omfattende, da det reises ulike problemstillinger på ulike rettsområder tilgrenset opphavsretten i kjølvannet av problemstillingen.

Jeg vil behandle åndsverklovens økonomiske og ideelle regulering av eneretten, herunder eneretten til å fremstille eksemplar og gjøre verket tilgjengelig for allmennheten ved fremføring. Videre skal jeg drøfte de aktuelle avgrensingsregler som gir allmennheten adgang til bruk av andres vernede verk. Jeg skal også drøfte enerettens utstrekning, for å belyse hva som fritt kan benyttes av andres åndsverk.

Jeg skal ikke behandle eneretten til visning og spredning av verket, da bruk av tredjemanns vernede verk vil innebære enten eksemplarfremstilling eller fremføring.

Skillet mellom det offentlige og private området er sentralt i opphavsretten. Oppgavens tema tilsier klart at vi befinner oss i det offentlige rom. Jeg skal derfor ikke gå inn på denne grensegangen.

For å sentrere oppgaven rundt dens kjerneområde, avgrensner jeg mot konkurranseretten bestemmelser. På enkelte punkter vil jeg tangere grensen mot konkurranseretten, en grense som ikke går som en rett snor mellom de to rettsområdene.

Da jeg søker å fokusere åndsverklovens bestemmelser og de hensyn loven er båret av isolert, har jeg dessuten valgt ikke å behandle de konvensjoner og EU-direktiver Norge er bundet av. I henhold til det alminnelige presumpsjonsprinsipp, legger jeg til grunn for oppgaven at åndsverkloven er i tråd med gjeldende internasjonale forpliktelser. I den grad det er relevant for formålet, vil jeg likevel kommentere de aktuelle internasjonale forpliktelsers innhold.

Av samme hensyn har jeg valgt å ikke drøfte åndsverklovens vernetid- og vernestedbestemmelser.

Jeg har endelig sett meg nødt til å gjøre en praktisk avgrensning når det gjelder detaljbehandlingen av ulike typer verk. De generelle drøftelsene er i stor grad like for ulike typer av verk, og avgrensningen hindrer derfor unødvendige gjentakelser. En hovedsondring har jeg imidlertid ansett viktig og praktisk, nemlig sondringen mellom industriell brukskunst og tradisjonelle rene kunstverk. Denne sondringen vil gå igjennom hele oppgaven.

#### 1.4 Metode og rettskilder

Oppgaven er i det vesentligste basert på vanlig norsk rettskildelære, og følger alminnelig juridisk metode.

Rettspraksis og juridisk litteratur om oppgavens problemstilling er mager. Mye av oppgaven er derfor basert på praksis og litteratur som streifer problematikken rundt bruk av vernede verk i reklameøyemed.

Det sakkyndige råd for åndsverk (Rådet) har med hjemmel i åndsverkloven § 53 kompetanse til å bistå ”vedkommende departement etter denne lov”. Videre heter det i bestemmelsen at saker om forbud etter lovens § 48, som regulerer klassikervernet, alltid skal forelegges Rådet.

Av hensyn til Rådets kompetanse og plikt til å komme med uttalelser i visse saker vedrørende bruk av åndsverk i offentligheten, har jeg forsøkt å kontakte Kirke- og kulturdepartementet og derigjennom Rådet. Rådet er imidlertid for tiden nedlagt, men jeg er opplyst om at departementet er i gang med å oppnevne et nytt sakkyndig råd for åndsverk.

Jeg henviser i oppgaven til tidligere uttalelser fra Rådet. Uttalelsene antas å ha en ikke ubetydelig vekt som rettskilde ved fastleggelsen av gjeldende rett på opphavsrettens område. Jeg nevner i denne sammenheng at Rådets uttalelser i flere Høyesterettsavgjørelser har blitt tillagt vekt, om enn i ulik grad.



Endelig henviser jeg tidvis til domsavgjørelser fra Sverige og Danmark. Opphavsretten er i stor grad preget av nordisk rettsenhet. Jeg anser derfor rettspraksis fra de nevnte land å være relevant for oppgavens tema.

### 1.5 Noen presiseringer

Med begrepet ”reklameøyemed” mener jeg i utgangspunktet å omfatte all kommersiell markedsføring. Begrepet omfatter etter naturlig språklig forståelse i hovedsak produktreklame, men bedriftspromotering og annonsering omfattes også.

Med begrepene ”åndsverk” og ”verk”, mener jeg åndsverk som er vernet i henhold til åndsverklovens vernebestemmelser – uten at jeg skal behandle disse.

### 1.6 Eksempler som vil følge igjennom oppgaven

For å illustrere de ulike rettslige problemstillinger gjennom oppgaven, har jeg valgt å innta 4 ulike reklameannonser som eksempler. I forbindelse med enkelte av de teoretiske drøftelsene, vil jeg drøfte lovligheten av reklamene.

Eksempelene er medtatt for å illustrere de problemstillinger som reises ved bruk av åndsverk i reklame. For oppgaven forutsettes de aktuelle medtatte produktene å tilfredsstille kravene til åndsverk – slik at produktene nyter opphavsrettslig vern.

Reklamene følger vedlagt oppgaven.

#### Eksempel 1:

##### *Reklame for Sigdal-kjøkken (Vedlegg 1)*

Reklamen er hentet fra trendmagasinet ”IN – magasinet for vestkanten” (nr. 1/2005) som distribueres til deler av Oslos befolkning med jevne mellomrom.

Reklamen viser bilde av et nytt kjøkken, hvor det på kjøkkenbenken står 4 Rosendahlglass, en Altovase, en Rosendahl oljekaraffel, samt noe annet kjøkkenutstyr.

Produktene er plassert noe oppstilt, likevel slik at de synes naturlig å høre hjemme på kjøkkenet.

Jeg siterer fra reklameteksten:

***”TØFT!***

*Skal du innrede en råttøff byleilighet? Eller ha et smakfullt villakjøkken i tidløs design? Alle Sigdals kjøkkenmodeller kan bli begge deler.”*

Sigdal medtar kjente trendmerker og spiller på de moderne linjer som folk kjenner fra disse produktene for selv å identifisere seg med denne trenden. Den trendbevisste kjøper skal kunne identifisere seg med produktet.

Eksempel 2:

*Reklame for Gaggenau-kjøkken (Vedlegg 2)*

Reklamen er hentet fra en reklamebrosjyre der 3 sitronpresser fra Alessi er avfotografert og medtatt i en reklame for et Gaggenau-kjøkken. Sitronpressene er plassert i en haug av lime-frukter, og er de eneste gjenstander i reklamen bortsett fra kjøkkenet.

Plasseringen har et lite tilfeldig preg, og produktene utgjør ikke et naturlig element i kjøkkenet.

Eksempel 3:

*Reklame for bredbånd fra Telenor (Vedlegg 3)*

Reklamen er hentet fra reklamekampanjer i Aftenposten og reklameplakater. Reklamen er også vist som reklamefilm. Reklamen spiller på det kjente eventyr, ”Rødhette”.

Gjengivelsen er nostalgisk, på en humoristisk måte, og spiller på trygghetsfølelse - som jo er et gjennomgangstema i det nevnte eventyr. ”Det skal være trygt å velge bredbånd fra Telenor”, er slagordet for reklamen.

Det kan reises spørsmål ved om eventyrene tilfredsstillende kravene til åndsverk, men verkene forutsettes for oppgaven vernet. I drøftelsene vil vurderingene være knyttet til det litterære verk i original utgave, der ikke annet blir sagt.

Eksempel 4:

*Reklame for bredbånd fra Telenor (Vedlegg 3)*

Eksempelet er hentet fra en reklameplakat for bredbåndsprodukter fra Telenor. Plakaten er tydelig inspirert fra filmplakaten til filmen "Tatt av vinden". Gjengivelsen av filmplakaten er ikke identisk, flere elementer er fjernet og flere er lagt til. Mannsfiguren på filmplakaten er gjengitt nokså identisk på reklameplakaten.



## 2 Opphavsmannens enerett til sitt åndsverk

Utgangspunktet for opphavsmannens enerett må tas i åndsverklovens bestemmelser. Forutsetningen for at loven skal utløse vern for opphavsmannens verk er at kravene til åndsverk er oppfylt. Er kravene oppfylt, utløses opphavsmannens enerett til å fremstille eksemplar og til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten. Opphavsretten omfatter dessuten opphavsmannens ikke-økonomiske rettigheter.

### 2.1 Vilkårene for at et verk er et åndsverk i lovens forstand, jf § 1

Åndsverkloven § 1 første ledd bestemmer at:

*”Den som skaper et åndsverk, har opphavsrett til åndsverket.”*

Det som er skapt må ha åndsverkskarakter, eller verkshøyde som det gjerne kalles. Kravet til verkshøyde blir også omtalt som originalitetskravet. Det frembrakte må ”være uttrykk for original og individuelt preget åndsvirksomhet fra opphavsmannens side.”<sup>1</sup> Norsk høyesterettspraksis har gitt uttrykk for et tilsvarende krav, og generelt kan kravet til verkshøyde sies å innebære at verket må gi uttrykk for individuelt skapende åndsinnsetts.<sup>2</sup>

I henhold til Knoph kan man av loven utlede 3 vilkår for at loven skal utløse opphavsrettsbeskyttelse, nemlig ”en frembringelse, på det litterære eller kunstneriske område, av den art at det rettelig kan kalles et åndsverk.”<sup>3</sup>

Forarbeidene indikerer at det må foreligge en nyskapning, noe som også må tolkes av ”den som skaper et åndsverk”. Oppdagelser og lignende skapes ikke, og er derfor ikke

---

<sup>1</sup> Knoph s. 64, jf Ot. prp. nr. 26 (1959-60) s. 12

<sup>2</sup> Se Rognstad s. 28 og 50, RG 1999 s. 330, Rt. 1940 s 327, Rt. 1997 s. 199, Rt. 1962 s. 964

<sup>3</sup> Knoph s. 62

åndsverk. I uttrykket "den som skaper" ligger også at det kun er mennesker som kan skape åndsverk. Dyr og andre ikke-menneskelige vesener er sikkert nok ikke rettssubjekter.

Kravet til at noe må skapes, innebærer videre at det må være frembrakt en ytre realitet. Det er således verket i dets ytre konkrete fremtreden som beskyttes, ikke ideen eller tanken bak, noe jeg kommer nærmere tilbake til.

Åndsverkloven § 2 punkt 10 gir åndsverksbeskyttelse "for kunsthåndverk og kunstindustri". Det har ved flere anledninger vært reist spørsmål ved hensiktsmessigheten av at alle slike verk kan oppnå vern etter åndsverkloven, blant annet fordi det har vært antatt at åndsverkloven "ikke alltid er den som er best egnet til å ivareta brukskunsternes interesser."<sup>4</sup>

Den vesentligste grunnen til at slike verk likevel skulle vernes etter åndsverkloven, var at domstolene allerede fattet avgjørelser på bakgrunn av strenge kriterier og krav til verkshøyde for slike krav.<sup>5</sup>

Friholdelsesbehovet er behovet for ikke å monopolisere funksjonalitet. Dette skaper, sammenholdt med de små variasjonsmulighetene som gjerne preger brukskunst, en så vidt streng bedømmelse av om brukskunstgjenstander skal bedømmes som åndsverk at dette ikke utvanner åndsverksbegrepet. Brukskunst er derfor generelt undergitt strengere vilkår for åndsverksbeskyttelse enn annen kunst. Dette er fastslått blant annet i Rt. 1962 s. 964 "Wegners sybord" og "Nøkkelhullbeslag"-dommen i NIR 1968 s. 227.

Jeg har nå kort og upresist gjennomgått forutsetningene for at eneretten utløses. Det er det nærmere innholdet av de rettighetene som utløses ved at kriteriene til åndsverk er oppfylt som er gjenstand for den videre behandling under kapittel 2 – og som utgjør oppgavens kjerneproblemstilling.

---

<sup>4</sup> Inst. O. XI(1960-61) s. 10

<sup>5</sup> Se Rognstad s. 38

Til eksempel 1 og 2:

For å illustrere de rettslige problemstillinger rundt verkshøydevurderingen for kunstindustrielle verk, skal jeg kort reise spørsmål ved hvorvidt de produktene som er inntatt i ovennevnte eksempel kan anses å tilfredsstille kravene til åndsverk.

I Wegners sybord-dommen konkluderte høyesterett med at den var den konkrete utforming av blant annet sybordets ben som ga uttrykk for en individuell skapende åndsinnsetning. Bordets funksjon og andre elementer hadde ikke verkshøyde. I Nøkkelhullbeslag-dommen fant retten at den utforming som var nødvendig på grunn av nøkkelhullbeslagets funksjon ikke hadde verkshøyde. Den øvrige konkrete utforming av nøkkelhullbeslaget ga imidlertid uttrykk for åndelig skaperinnsetning og hadde verkshøyde.

På bakgrunn av friholdelsesbehovet og de nevnte dommer, kan det utledes at Altovasen, Rosendahlproduktene og Alessi sitronpresse kun har vern i den utstrekning de utover sin funksjonelle verdi gir uttrykk for en individuell skapende åndsinnsetning. Det som eventuelt oppnår åndsverksbeskyttelse er den konkrete utforming og de dekorative kunstneriske uttrykk produktene innehar.

Etter mitt syn skiller Altovasen, Alessi sitronpresse og Rosendahlkaraffellen seg fra Rosendahlglassene, i den forstand at førstnevnte har større grad av distinkt kunstnerisk uttrykk i tillegg til sin funksjonalitet. Et glass har i stor grad funksjonalitet som hovedelement, og enda mindre variasjonsmuligheter enn de andre produktene. Dette taler isolert sett for at glasset ikke har verkshøyde. Den konkrete formgivning særpreger og kjennetegner likevel Rosendahlglasset, som etter min mening derfor har verkshøyde hva gjelder den konkrete linjeføring på stett og selve glasset. Altovasen, Alessi sitronpresse og Rosendahlkaraffellen gir ved sin konkrete formgivning uttrykk for kunstnerisk skaperevne, og tilfredsstiller etter mitt skjønn originalitetskravet/kravet til verkshøyde av denne grunn.

## 2.2 Eneretten til å fremstille eksemplar

Åndsverkloven § 2 gir opphavsmannen en absolutt enerett til å fremstille eksemplar av verket. Her fremkommer at opphavsretten gir:

*”enerett til å råde over åndsverket, ved å fremstille eksemplar av det og ved å gjøre det tilgjengelig for almenheten, i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunst eller i annen teknikk.”*

Det sentrale innenfor opphavsmannens enerett er den eksklusive retten til å fremstille eksemplar av eget åndsverk. Vi er her innenfor det som kan beskrives som



opphavsrettens kjerneområde, internasjonalt gjerne omtalt som opphavsmannens ”copyright”.

Tidligere omtalte åndsverkloven dette som en enerett til å mangfoldiggjøre verket, men terminologien ble endret for at opphavsmannen også skulle få herredømmet over fremstillingen av kun et enkeltstående eksemplar; eneretten er absolutt. Dette innebærer at det kreves samtykke fra opphavsmannen i alle tilfeller der det kan sies å bli fremkalt eksemplar av verket.

### 2.2.1 Eksemplarframstillingsbegrepet

En naturlig språklig forståelse av eksemplarframstillingsbegrepet tilsier at enhver form for kopiering, produksjon, etterlikning og lignende faller innenfor opphavsmannens enerett. Denne type handlinger må derfor klareres med opphavsmannen.

Ikke enhver måte å videreformidle opplevelsen av verket anses likevel for å være en eksemplarframstilling. Det må forutsettes at det skjer en fiksering med tilstrekkelig selvstendighet og varighet.

Denne forståelsen av eksemplarframstillingsbegrepet synes å ha festet seg i juridisk litteratur og rettspraksis på området.<sup>6</sup>

Eksemplarframstillingsbegrepet har en side mot de bearbeidelser av verket som skaper nye selvstendige åndsverk, og som derfor ikke gjør brudd på opphavsmannens enerett til å fremstille eksemplar av det opprinnelige åndsverk. Jeg skal komme nærmere inn på denne siden ved framstillingsbegrepet under punkt 2.3.2.

### 2.2.2 ”Opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse”

Det tilligger opphavsmannens enerett å fremstille eksemplar av verket i ”opprinnelig eller endret skikkelse verket, i oversettelse eller bearbeidelse”.

---

<sup>6</sup> Se Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 15

Ordlyden indikerer eksemplarframstillingsrettens omfang ved å la den omfatte enhver skikkelse av det samme verk. Endringer og bearbeidelser er handlinger som i utgangspunktet tilligger opphavsmannens rådighetsrett. Grensene for denne siden av eneretten er satt i åndsverkloven § 4, som gir nye opphavsmenn anledning til på visse måter å benytte det originale verk til egen nyskapning. De nærmere grensene i § 4 skal behandles i punkt 2.3.

I eksempel 3 er eventyret gjengitt i tegning, mens originalverket foreligger som skjønnlitterært verk. Verket gjengis med andre ord i endret "skikkelse". Utgangspunktet er altså at dette er en handling som tilligger opphavsmannens rådighetsrett. Spørsmålet blir videre om handlingen likevel kan hjemles som bearbeidelse eller nytt selvstendig verk, noe jeg skal drøfte senere.

### 2.2.3 "I annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk"

Eksemplarframstillingsretten omfatter det å fremstille verket i "i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk", jf § 2 første ledd. Annet ledd fastsetter dessuten at "som fremstilling av eksemplar regnes også overføring til innretning som kan gjengi verket".

Sentralt for denne oppgaven er at det faller inn under eksemplarframstillingsretten å gjengi verket i annen skikkelse, kunstart eller teknikk.

Koktvedgaard uttaler til denne siden av eksemplarframstillingsretten: "At beskyttelsen retter sig på den konkrete form, er ikke ensbetydende med, at denne skal genfindes i det krænkende værk i samme fremtrædelse. Det står fx aldeles fast at en filmatisering af et litterært verk falder indenfor dettes beskyttelsesområde. Her er fremtrædelsesformene ganske vist meget forskelligartede, men der foreligger det loven benævner omarbejdelse i en anden kunstart eller i en anden teknik. Det samme gælder normalt overgangen fra to-dimensionale værker, fx malerier, til tre-dimensionaler, fx skulpturer, eller omvendt."<sup>7</sup>

Dette innebærer for eksempel at fotografi av skulptur er eksemplarframstilling i lovens forstand.

---

<sup>7</sup> Se Koktvedgaard s. 128

Eksempel 1, 2 og 3 illustrerer godt hvordan eksemplarframstilling kan skje i ”annen kunstart eller teknikk”. Reklamene gjengir originalverk ved å benytte andre kunstarter og teknikker, fra tredimensjonale gjenstander til fotografi, fra litterært til fotografisk verk. I utgangspunktet synes derfor reklamene å gjøre brudd på denne delen av opphavsmannens enerett til eksemplarframstilling.

Når det gjelder eksempel 1 og 2, er disse ved annen ”teknikk” gjengitt i sin helhet offentlig. I lovens forstand har brukerne dermed fremstilt eksemplar av verket. Slik bruk krever samtykke av opphavsmannen.

Dersom samtykke ikke er gitt, blir spørsmålet videre om samtykke kan hevdes å være gitt stilltiende – i form av at opphavsmennene til de gjengitte verk ved sin masseproduksjon og egen markedsføring har eksponert verkene i stor grad. Dette skal behandles under punkt 4.3.

#### 2.2.4 Enerettens utstrekning

Rettspraksis og teori har gjennom en årrekke utpenslet grenseganger for hvor langt eneretten strekker seg. Som nevnt sies det gjerne at opphavsretten rekker så langt som den individuelle, skapende innsatsen når.<sup>8</sup>

I kjerneområde for eneretten er med andre ord opphavsmannens åndelige skaperinnsats, dersom denne manifesterer seg i det ytre på en eller annen måte. Dette kan utledes av kravet til verkshøyde, og er fastslått blant annet i ”Wegners sybord”-dommen.

Knoph uttalte enerettens utstrekning slik: ”Beskyttelsen gjelder åndsverket i den individuelle form og skikkelse som opphavsmannen har gitt det.”<sup>9</sup> Rognstad presiserer dette slik: ”Kanskje er det vel så treffende å si at eneretten gjelder verket i den skikkelse opphavsmannen selv har gitt det, og omfatter dessuten verket i alle andre skikkelser hvor de individuelle trekk beskyttelsen er knyttet til, går igjen på en slik måte at verket kan sies å bevare sin identitet.”<sup>10</sup>

På bakgrunn av ovennevnte er det vanlig å begrense eneretten slik at faktiske opplysninger, motiver, bakenforliggende ideer, tanker, teknikker og funksjonalitet ikke er omfattet av opphavsretten. Opphavsmannen kan derfor ikke nekte andre å bruke disse

---

<sup>8</sup> Se Rognstad s. 66

<sup>9</sup> Knoph s. 101

<sup>10</sup> Rognstad s. 68



og denne type komponenter fra sitt åndsverk. Det er verket i den individuelle form og skikkelse opphavsmannen har gitt det som er vernet.<sup>11</sup>

Den alminnelige grunnsetning om at tanker og ideer ikke nyter opphavsrettslig vern er for øvrig forankret i WCT<sup>12</sup> (1996) art 2. Dette støtter hovedregelen om at verket er beskyttet i dets konkrete form.

Begrunnelsen for denne alminnelige grunnsetning er å styrke den kunstneriske frihet og den alminnelige livsutfoldelse.<sup>13</sup> Regelen kan på denne måten også ses på som et utslag av hensynet til ytringsfrihet.

Det vil følgelig i utgangspunktet være fri adgang til å benytte de deler av tredjemanns åndsverk som ikke nyter vern i åndsverkloven, også da i reklameøyemed.

Når det er sagt, vil gjengivelsen selv om den er fri og lovlig, kunne utgjøre et sentralt moment i en krenkelsesvurdering. Når man skal ta stilling til om det foreligger ulovlig gjengivelse, kan tilstedeværelsen av slike elementer være av betydning. For eksempel er motivet i et bilde i prinsippet ikke vernet. Når man skal vurdere om bildet er gjengitt, vil bruken av samme motiv likevel inngå som en del av helhetsvurderingen av om åndsverket er gjengitt.<sup>14</sup> Jeg skal gå dypere inn i krenkelsesvurderingen under punkt 2.3.3.

Til eksempel 3:

Motivet fra filmplakaten nyter ikke på selvstendig grunnlag vern. I en krenkelsesvurdering, der blant annet likeheten mellom filmplakaten og reklameplakaten er et sentralt moment, vil motivet likevel inngå i den helhetsvurdering som ligger til grunn for avgjørelsen av om krenkelse foreligger eller ikke.

For å fastlegge enerettens utstrekning, er det sentralt å se hen til de bærende hensyn bak opphavsretten. På den ene side skal opphavsretten være en effektiv beskyttelse for opphavsmannen slik at vedkommende nyter et hensiktsmessig vern for sin prestasjon.

---

<sup>11</sup> Se Aakre s. 16, "Wegners sybord"-dommen

<sup>12</sup> WIPO Copyright Treaty

<sup>13</sup> Se Koktvedgaard s. 127

<sup>14</sup> Se Aakre s. 16

På den annen side innkommer friholdelsesbehovet og allmennhetens naturlige rett til fritt å kunne diskutere og gjøre bruk av tanker og ideer bak foreliggende åndsverk, herunder la sin inspirasjon fra det vernede verk komme til uttrykk i nye verk.

Generelt kan det på bakgrunn av dette hevdes at den kommersielle bruk som truer eneretten, lettere vil kunne gi støtte for en videre utstrekning av eneretten enn omvendt. I tillegg vil konkurranserettslige retningslinjer om "fair play" kunne være relevante rimelighetsmomenter som gjør at en faller ned på et resultat i favør av beskyttelse for opphavsmannen som er utsatt for illojal bruk av sitt verk. Når det gjelder kommersiell bruk av brukskunst, vil de ovennevnte hensyn kunne føre til det motsatte resultat. For en opphavsmann som selv masseproduserer sitt åndsverk, vil konkurranserettslige prinsipper kunne tilsi at en viss bruk må tåles.

Enerettens utstrekning vil også kunne tenkes å ha sider mot de ideelle elementer som relevante momenter i en krenkelsesvurdering. Aakre uttaler dette slik: "For eksempel dersom et fragment er brukt i en reklame, og brukeren både har angitt kilde og opphavsmann. I en slik situasjon vil en kanskje lettere falle ned på at det dreier seg om en vernet gjengivelse, enn om fragmentet ble gjengitt uten navn og kildeangivelse."<sup>15</sup>

Oppsummeringsvis vil jeg sitere fra Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 29:

*"Norsk og internasjonal regulering av opphavsretten presiserer for det første at kun det konkrete, kreative uttrykk er vernet, ikke ideene bak. For det andre vil et vern være begrenset i tid. For det tredje vil ingen være forhindret fra å la seg inspirere av eksisterende åndsverk til å skape egne selvstendige verk. Sist, men ikke minst, gis det hjemmel for unntak fra eneretten, gjennom adgang til å utnytte verk uten samtykke for nærmere bestemte formål, enten fritt eller mot betaling."*

---

<sup>15</sup> Aakre s. 26

### 2.3 Eksemplarframstillingsrettens øvre og nedre grense

Eksemplarframstillingsbegrepet har grenser mot de bearbeidelser som krever samtykke, og slik bruk som fører til at nytt selvstendig verk oppstår – en bruk som går klar av eneretten.

Eksemplarframstillingsretten hindrer ikke at andre lar seg inspirere av det vernede verk, og det står alle fritt å benytte frie elementer fra et åndsverk til eget verk. Hvis det nye verk ligger så langt fra det opprinnelige i form og uttrykk at det opprinnelige verk ikke lar seg gjenkjenne, ja da oppstår ingen problemer. Hvorvidt det nye verk tilfredsstiller kravene til åndsverk, er et eget spørsmål. Finnes likhet mellom det gamle og nye verk, blir spørsmålet om det foreligger en slik grad av likhet at det nye verk krenker opphavsretten til det gamle. Spørsmålet blir videre om det forligger en endring med verkshøyde slik at endringen får status som bearbeidelse, og krever samtykke. Har endringen et selvstendig skapende uttrykk, som har fjernet seg fra det opprinnelige verk, kan et nytt selvstendig verk ha oppstått. Sistnevnte endring fordrer ikke samtykke fra den opprinnelige opphavsmann.

Retten til å fremstille eksemplar har altså en grense mot endring og bruk av eksisterende åndsverk som ikke nyter vern etter § 4 annet ledd, ren gjengivelse, og endring som nyter vern som bearbeidelse etter § 4 annet ledd. Denne grensen er lik grensen mellom åndsverk og verk som ikke nyter beskyttelse på grunn av manglende verkshøyde, og behandles under i punkt 2.3.1.

Den andre grensen går mellom bearbeidelse og slik bruk som fører til at et nytt selvstendig åndsverk oppstår. Denne grensen er identisk med grensen mellom plagiat og fri bruk, som skal behandles under i punkt 2.3.2.

Bearbeidelsene omfatter følgelig hele området mellom de rene gjengivelser av originalverket, hvor endringene ikke bærer preg av individuell skapende åndsinnsetning og de nye selvstendige verk som går klar av eneretten, jf. § 4 første ledd. Som Rognstad sammenfatter det: "Den nedre grensen er helt enkelt grensen mellom åndsverk og ikke-



åndsverk. Den øvre er grensen mellom inngrep og fri bruk av de ikke vernede elementer i originalverket.”<sup>16</sup>

### 2.3.1 Bearbeidelse/“avhengighetsverk” eller ulovlig gjengivelse?

Åndsverkloven § 4 annet ledd bestemmer følgende om bearbeidelser:

*”den som oversetter eller bearbeider et åndsverk eller overfører det til en annen litterær eller kunstnerisk form, har opphavsrett til verket i denne skikkelse, men kan ikke råde over det på en måte som gjør inngrep i opphavsretten til originalverket”*

Bestemmelsen yter etter sin ordlyd vern for den som tilfører et eksisterende åndsverk preg av ny skapende individuell åndsinnsett, uten at de vernede elementer i det opprinnelige verk fortrenses. Denne forståelsen er også lagt til grunn i Høyesterett.<sup>17</sup>

For at en vernet bearbeidelse skal foreligge må bearbeideren har tilført det opprinnelige åndsverk egen skapende åndsinnsett på en slik måte at det fremtrer som et åndsverk også fra hans hånd. Dersom han ikke har skapt et åndsverk ved sin bearbeidelse, foreligger ingen bearbeidelse i åndsverklovens forstand, men en ren gjengivelse.

Bearbeideren får opphavsrett til verket i den skikkelse han har gitt det, men kan ikke råde over verket ”på en måte som gjør inngrep i opphavsretten til originalverket”. Bearbeideren får opphavsrett til det han selv har skapt, ikke mer og ikke mindre.

Her oppstår det problem at den originære opphavsmann kan ikke gjøre verket i den nye skikkelse tilgjengelig for allmennheten uten samtykke fra bearbeideren, på samme måte som bearbeideren ikke kan gjøre verket tilgjengelig for allmennheten uten samtykke fra den opprinnelige opphavsmann. Bearbeiderens opphavsrett blir dermed avhengig av originalopphavsmannens, og bearbeideren må innhente samtykke før han fremstiller og

---

<sup>16</sup> Rognstad s. 52

<sup>17</sup> Rt. 1957 s. 275 ”Flaggermusdommen”

eller utgir eksemplar av verket.<sup>18</sup> Verk som hjemles etter denne bestemmelsen kalles derfor gjerne ”avhengighetsverk”.

Til eksempel 4:

Det tilligger i utgangspunktet originalopphavsmannens enerettsbeføyelser å foreta endringer i verket. Spørsmålet er om endringene foretatt i reklamen gir uttrykk for individuell skapende åndsinnsetning, for de elementer som er endret i forhold til originalverket.

Vesentlige elementer er fjernet og lagt til. Reklamens utforming gir etter mitt skjønn uttrykk for en individuell skapende åndsinnsetning. Det antas på denne bakgrunn at reklamen har verkhøyde, og således tilfredsstillende kravene til bearbeidelse. Likheten mellom filmplakaten og reklamen er stor, men en rekke av elementene fra filmplakaten er fjernet og ikke etterlignet. Spørsmålet blir derfor om reklamen er et nytt selvstendig verk, eller bearbeidelse som krever samtykke/avhengighetsverk. Dette skal drøftes under.

### 2.3.2 Nytt selvstendig verk eller ulovlig etterlikning?

Den andre siden av eksemplarfremstillingsretten er grensen mellom den bruk av åndsverk som innebærer at et nytt selvstendig åndsverk oppstår og ulovlig etterlikning.

Eneretten omfatter opphavsmannens åndsverk, og må avgrenses mot andres benyttelse av dette på en slik måte at nye selvstendige åndsverk får oppstå. Denne grensen er vanskelig å trekke, og volder i praksis store problemer. Kort og upresist kan grensen trekkes etter hvorvidt publikum oppfatter gjengivelsen og verket som samme verk, eller ikke. Opplevs gjengivelsen som samme verk, vil dette kunne tyde på at man har med en ulovlig etterlikning å gjøre. Dersom gjengivelsen ikke opplevs som samme verk, vil det ha formodningen for seg at et nytt selvstendig verk har oppstått.

Situasjonen der en bearbeider benytter et åndsverk på en slik måte at det oppstår et nytt selvstendig verk, er regulert i åndsverkloven § 4 første ledd:

*”Opphavsmannen kan ikke sette seg imot at andre benytter hans åndsverk på en slik måte at nye og selvstendige verk oppstår. Opphavsretten til det nye og selvstendige verk er ikke avhengig av opphavsretten til det verk som er benyttet.”*

---

<sup>18</sup> RG 2000 s. 1516

Etter ordlyden går bruk som resulterer i eget selvstendig verk klar av originalopphavsmannens enerett. Det er følgelig ikke krav om samtykke fra originalopphavsmannen til en slik bruk av hans verk.

Forutsetningen er at alle vernede deler av det nye verk er selvstendige og uten preg av originalopphavsmannens individuelle skapende åndsinnsetning. Bestemmelsen kan således anses som et utslag av at tanker og ideer ikke nyter opphavsrettslig vern.

I Ot.prp.nr.26 (1959-60) s. 11 er det lagt til grunn som vilkår for at et verk kan sies å være et nytt selvstendig verk at omskapningen av det originale verk fremstår som et originalt arbeid kunstnerisk sett, slik at verket på selvstendig grunnlag har verkshøyde - at det representerer en innsats av skapende åndsarbeid. Dette er senere også det gjeldende syn, etter etablert praksis og teori, jf tidligere nevnte høyesterettsavgjørelser.

Kravene for brukeren som ved sin endring skaper et nytt selvstendig åndsverk, er følgelig de samme som for originalopphavsmannen. Grensen mellom det å skape eget selvstendig verk og ulovlig etterlikning er ofte vanskelig å trekke, og er gjenstand for egen behandling under punkt 2.5.2..

Oppsummeringsvis finner jeg grunn til å understreke at det nye selvstendige verk nyter eget opphavsrettslig vern og er underkastet den nye opphavsmannens enerett. En bruk av andres åndsverk som resulterer i at nytt åndsverk oppstår er en fullt legal bruk, og er et utslag av hensynet til på best mulig måte kunne stimulere til et mangfold i kulturlivet. Utnyttelse av andres verk av kunstneriske formål synes derfor å kunne stille seg i et annet lys enn utnyttelse av andres verk av kommersielle formål. En problemstilling i krenkelsesvurderingen er derfor hvorvidt dette er et relevant moment i krenkelsesvurderingen.

Til eksempel 4:

Spørsmålet er om alle de vernede deler av det nye verk er uten preg av originalopphavsmannens individuelle skapende åndsinnsetning. Videre må reklamen i henhold til nevnte forarbeider fremstå som et originalt arbeid kunstnerisk sett som på selvstendig grunnlag tilfredsstillende til verkshøyde.

Linjeføringene i de to plakatene er like, og det fremstår som tydelig at verk 1 er benyttet som grunnlag for verk 2. Det er imidlertid klart nok at de nye elementer i verk nr 2 ikke har preg av



originalopphavsmannens individuelle skapende åndsinnset, men hviler på egen skaperinnset. En dataskjerm har kommet til, en mann er byttet ut med en annen mann, damen er fjernet, bakgrunn og skrift er endret, men fargevalg er nokså likt.

Alt i alt synes endringene så vidt store at dette taler for at et nytt selvstendig verk er oppstått. Den nærmere krenkelses- og identitetsvurdering skal foretas under punkt 2.5.2.

### 2.3.3 Særlig om parodier, karikaturer og liknende

Tradisjonelt er humoristisk fremføring og eksemplarframstilling av utgitte eller offentliggjorte verk, ved å være parodi, karikatur eller liknende, ikke ansett for å krenke opphavsmannens økonomiske enerett. Normalt er slike heller ikke ansett for å krenke opphavsmannens ikke-økonomiske enerett, bortsett fra i de helt spesielt krenkende tilfelle.

Dette unntaket har ingen lovfestet forankring, men antas i teorien<sup>19</sup> å være gjeldende rett, fast forankret i sedvanemessige prinsipper. Hensynet til ytringsfrihet og konkurransehensynet tilsier at slik gjengivelse er legal. En parodi synes å være rettmessig ettersom den sjelden gjør seg gjeldene som en økonomisk konkurrent og videre fordi retten til fritt å ytre seg er en fundamental rettighet. Et utslag av dette, er at en parodi lettere enn andre bearbeidelser tilfredsstiller kravene til at nytt selvstendig verk har oppstått.

Synspunktet fremkommer også av forarbeidene til åndsverkloven § 3, der det uttales at bestemmelsen ikke skal være til hinder for ”parodier, travestier eller karikaturer, idet slike ansees tillatelige etter fast tradisjon, og det er ikke meningen å endre dette.”<sup>20</sup>

Hensett til enerettens bærende hensyn, synes unntaket på mange måter rimelig. Grensene for den rene parodi og gjengivelse med snev av parodi, parodi med snev av gjengivelse/ulovlig etterlikning kan imidlertid være meget vanskelige å trekke.

På samme måte som det er klart at den rene parodi er en legal gjengivelsesform, er det klart at gjengivelse som tydelig forsøker å etterlikne, om enn med en ironisk tone, er en

---

<sup>19</sup> Se Aakre s. 87

<sup>20</sup> Inst. O.XI (1960-61) s. 15

krenkelse av eneretten. Aakre sier: ”Bruk som i realiteten er snylting på opphavsmannen under dekke av parodi kan ikke foretas under parodiregelen.”<sup>21</sup>

Svea Hövrett uttalte i en sak om fotografi av en oppblåsbar plastdukke etter Munchs ”Skrik” følgende, referert i NIR 1999 s. 248:

*”Att upphovsrättsligt skyddade figurer använts lösrykta ur sitt normala sammanhang – så som att exempelvis en tragisk figur utan tillstånd används i reklamsammanhang med en humoristisk anstrykning – borde inte medföra att användningen anses tillåten som parodi.”*

Vurderingen vil på mange måter bli lik krenkelsesvurderingen, se punkt 2.5.2. Spørsmålet blir i så henseende et identitetsspørsmål, hvor likheten mellom åndsverket og gjengivelsen er sentral.

Det vises for øvrig til avgjørelsen i RG 1999 s. 1009 ”Bang Hansen”, der retten antar at de tydelige parodier går klar av beskyttelsen, men understreker at grensen mellom parodier og etterlikninger er vanskelig å trekke.

Når det gjelder parodi av verk i reklameøyemed vil konkurransehensynet kunne gjøre seg gjeldende og hensynet til ytringsfrihet slår ikke til.

Unntaket savner følgelig begrunnelse i reklameøyemed, og antas som hovedregel derfor ikke å komme til anvendelse på dette området. Det foreligger lite praksis omkring dette, og de nærmere grensene for den legale bruk må anses uklar.

Til eksempel 3:

Telenor gjør på en humoristisk måte bruk av et velkjent eventyr, forutsatt opphavsrettslig vernet. Reklamen gjengir bare en kort sekvens av åndsverket. Handlingen er omgjort, ulven er ekstra glupsk og stygg, rødhetten ekstra naiv og søt.

Forutsatt at reklamen er å anse som en parodi, blir spørsmålet om dette kan hjemle bruken. Åndsverkets opphavsmann lider etter all sannsynlighet ikke økonomisk tap som følge av Telenors bruk av verkets

---

<sup>21</sup> Aakre s. 89

elementer. Konkurrans hensynet taler derfor for at reklamen kan hjemles i kraft av å være en parodi. I og med at bruken skjer i reklameøyemed og eventyret ikke hovedsaklig bærer på et samfunnspolitisk standpunkt, finnes lite som taler for at Telenor skal ha en særlig sterk rett til å ytre seg som følge av hensynet til ytringsfrihet. Dette taler for at parodiunntaket ikke kommer til anvendelse.

Fra den nevnte svenske domsuttalelse og den juridiske teori synes kommersielle øyemed ikke å kunne "gjemme" seg bak parodiunntaket.

Etter en samlet vurdering synes derfor bruken ikke å kunne hjemles i kraft av parodiunntaket.

#### 2.4 Eneretten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten

Det tilligger opphavsmannens enerett å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten.

Fra åndsverklovens § 2 siste ledd hitsettes:

*"Verket gjøres tilgjengelig for almenheten når det fremføres utenfor det private område, eller når eksemplarer av verket frembys til salg, utleie eller utlån eller på annen måte spres eller vises utenfor dette område."*

Tilgjengeliggjøringsbegrepet rammer i utgangspunktet enhver tilgjengeliggjøring for allmennheten, og lovens oppregning i § 2 tredje ledd er derfor ikke uttømmende. Dette har senest blitt fastslått i Rt. 2005 s. 41 "Napstersaken". Det tilligger følgelig opphavsmannens enerett å gjøre sitt verk kjent og tilgjengelig i ethvert fora, på enhver måte, i ethvert omfang. Videre er denne retten ikke en engangsrett, og gjelder i utgangspunktet også etter at opphavsmannen har gjort sitt verk tilgjengelig for allmennheten en gang.

Ovennevnte ble for øvrig lagt til grunn i Ot.prp.nr. 26 (1959-60) s. 16:

"Opphavsmannens enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten omfatter ifølge de delegerte, en hvilken som helst måte hvormed allmennheten får adgang til å bli kjent med verket, helt eller delvis, således for eksempel ved utgivelse, offentlig opplesning, fremføring, utstilling, kringkasting, televisjon og videre gjengivelse gjennom høyttaler, jfr Knoph side 92-93".



### 2.4.1 Fremføringsretten

Fremføringsretten gir opphavsmannen enerett til å la verksopplevelsen bli gjort tilgjengelig for allmennheten via en rekke suksessive sanseinntrykk. Dette anses å gjelde uansett om fremføringen skjer direkte eller via opptak.

I henhold til dagens teori og forarbeider antas visning eller offentliggjøring over nett også å være fremføring i lovens forstand<sup>22</sup>. Slik fremføring tilligger dermed opphavsmannens rådighetsrett.

Fremføringsbegrepet har vært gjenstand for atskillig diskusjon, hva gjelder begrepets innhold. Generelt kan det sies at fremføring gjelder enhver visning eller spredning som ikke er knyttet til fysiske eksemplarer.

Det har hittil vært tvil i teorien om indirekte visning, for eksempel bilde av et maleri i et TV-program eller liknende, skal anses som fremføring eller visning. Et argument for at slik indirekte visning skulle anses som visning er § 20 annet ledd som ville vært overflødig uten denne forståelsen av fremførings- og visningsbegrepet.

I Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) blir spørsmålet avklart. Her fremkommer det klart at visning kun skal være knyttet til fysiske eksemplarer og tilstedeværende publikum, mens fremføring for fremtiden skal dekke all form for indirekte visning, se s. 24 flg. Lovens § 20 tredje punktum foreslås som en følge av dette opphevet.

For å klargjøre skillet mellom fremføringsbegrepet og visningsbegrepet ytterligere, foreslås endringer i § 2 annet ledd slik at denne vil lyde:

*”Som fremstilling av eksemplarer regnes også overføring til innretning som kan gjengi verket.*

*Verket gjøres tilgjengelig for allmennheten når*

- a) eksemplarer av verket frembys til salg, utleie eller utlån eller på annen måte spres til allmennheten*

---

<sup>22</sup> Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 46

b) *eksemplar av verket vises offentlig uten bruk av tekniske hjelpemidler, eller*

c) *verket fremføres offentlig*

*Som offentlig fremføring regnes også kringkasting eller annen overføring i tråd eller trådløst til allmennheten, herunder når verket stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket.”*

All visning av vernede verk via TV eller Internett vil følgelig omfattes, og tilligge opphavsmannens enerett. Åndsverk brukt i TV eller på Internett må derfor være klarert med opphavsmannen.

Til eksempel 3:

Reklamen har vært vist på TV som reklamefilm. For å illustrere vurderingen av reklamefilmens lovlighet, skal jeg kort skissere de rettslige problemstillinger her. Det er ikke adgang til å tilgjengeliggjøre verket for allmennheten ved fremføring. Ved å vise denne reklamefilmen på TV, fremføres verket i lovens forstand. Det som her fremføres, er en etterlikning. Spørsmålet blir om etterlikningen er ulovlig. Den videre vurdering blir lik vurderingen under punkt 2.5.2, og jeg viser til denne.

## 2.5 Krenkelsesvurderingen

### 2.5.1 Dobbeltfrembringelser

Der man har kommet til den del-konklusjon at brukeren har fremstilt eksemplar uten samtykke, må man ta stilling til om brukeren kan ha skapt verket uten påvirkning fra den originære opphavsmann.

Dersom en annen uten å kjenne det eksisterende verk, selvstendig skaper et åndsverk som er mer eller mindre identisk med verk nr. 1, omfatter ikke originæropphavsmannens enerett denne situasjon. Opphavsretten er ikke en prioritetsrett, slik vi kjenner beskyttelsen i patent- eller designretten.

Teoretisk er altså muligheten for dobbeltfrembringelser til stede i opphavsretten. Det første spørsmålet man må søke svare på, er derfor om opphavsmann nr. 2 faktisk har hatt adgang til å gjøre seg kjent med verk nr. 1. Hvis ikke, har han jo heller ikke hatt

adgang til å etterlikne eller kopiere verk nr. 1. Man må altså bringe på det rene om opphavsmann nr. 2 har hatt kopierings- eller etterlikningsmulighet.

Dette spørsmålet byr på store bevisproblemer. Tradisjonelt presumeres derfor opphavsmann nr. 2 å ha hatt tilgang til verk nr. 1 dersom dette har vært offentliggjort, utgitt og er tilgjengelig i butikk eller på internett.<sup>23</sup>

Presumpsjonen kan imidlertid ikke fastholdes ubetinget. Dersom tilgang til verk nr. 1 bare har kunnet oppnås helt hypotetisk, har det formodningen mot seg at opphavsmann nr. 2 har snyllet på opphavsmann nr. 1. Likhetene kan likevel være så påfallende at de i seg selv må anses som tilstrekkelig bevis for tilgang.

Oslo Byrett presumerte kjennskap i avgjørelsen RG 2000 s. 1042. Saken var den at en billedkunstner krevde erstatning av NRK for bruk av motiv fra et av hans malerier i en scenedekorasjon. Det aktuelle parti av scenegulvet fremsto som en nøyaktig kopi av maleriet. Retten fant det overveiende sannsynlig at scenografen som hadde utarbeidet dekorasjonen, hadde plagiert og følgelig hatt kjennskap til maleriet.

### 2.5.2 Sentrale kriterier i krenkelsesvurderingen

Når risikoen for dobbeltfrembringelse er avfeiet, blir problemet i krenkelsesvurderingen å trekke grensen mellom de bearbeidelser som omfattes av eneretten og den frie benyttelsesadgang. Hvorvidt en bruker av en annens åndsverk ulovlig har fremstilt eksemplarer av verket må fastslås på bakgrunn av en konkret vurdering. Vurderingen er dels juridisk og dels estetisk<sup>24</sup>

De deler av verket som er vernet i medhold av åndsverkloven, er de deler som gir uttrykk for en individuell skapende åndsinnsetning. Dersom disse delene gjengis i den utstrekning de er vernet, vil krenkelse foreligge. Det sies gjerne at gjengivelsen må frembringe den samme identitetsopplevelse som det originale verk for at krenkelse skal sies å foreligge.

---

<sup>23</sup> Se Rognstad s. 64-65

<sup>24</sup> Se Kjektvedgaard s. 129



Agder Lagmannsrett uttaler i dom inntatt i RG 2001 s. 676:

*”Det rettsgode som beskyttes ved opphavsretten er derfor en abstrakt størrelse, et forestillingsinnhold, som gjenfinnes i konkrete produkter opphavsmannen har frembrakt og identifiserer disse som ytre manifestasjoner av opphavsmannens verk, uten å være identisk med dette. (...)Det er den individuelle kunstneriske behandling av motivet, dvs. konkretiseringen av det, som opphavsmannen får enerett til. Hvorvidt opphavsretten er krenket, beror i den enkelte tilfelle på et konkret skjønn, hvor vurderingstemaet er om den påståtte etterlikning alt i alt gir inntrykk av å være ”samme verk” som originalverket. Stort lenger er det vanskelig å komme på det generelle plan”*

Man må følgelig først klarlegge hvilke elementer i det opprinnelige verk som nyter vern, og derfra undersøke hvorvidt utnyttelsen er ulovlig.

For de typer verk som har mange ikke-vernede elementer, blir krenkelsesvurderingen inngående og kompleks. For eksempel må man ved de industrielle kunstverk først klargjøre hvilke vernede elementer verket har, og dernest inngå på en identitetsvurdering. Slike verk har ofte små variasjonsmuligheter, og vernet er mindre enn ved verk som har store variasjonsmuligheter – typisk unika. Dette er et utslag av friholdelsesbehovet; funksjonalitet og ideer skal ikke kunne monopoliseres.

For den rene kunst er gjerne hele verket mer eller mindre beskyttet, og krenkelsesvurderingen blir derfor ikke like komplisert. Der kunsten er særegen og preget av en sær individuell skapende åndsinnsetning (”ingen har sett maken til”), vil det lettere kunne fastslås om ulovlig eksemplarframstilling eller bearbeidelse foreligger.

Først ved å ta stilling til hvilke deler i det benyttede verk som er vernet, kan man gå inn på en vurdering om det faktisk er disse elementer som er benyttet i etterlikningen.

Et spørsmål som oppstår er følgelig hvor mye av et vernet verk man kan benytte før det kan konstateres krenkelse.

Den svenske Högstadsdoms avgjørelse inntatt i NIR 1995 s. 341 fastslår at den benyttede del må, for å nyte opphavsrettslig vern, i seg selv ha ”tillräcklig verkshöjd för at utgöra ett upphovsrättslig verk”. Synet får tilslutning av Rognstad s. 73.

For at krenkelse skal foreligge, må følgelig de deler man har tatt eller etterliknet være av et slikt omfang at det i seg selv oppfyller verkshøydekravet.

Hvis likheten mellom verkenes konkrete form er stor, oppstår spørsmålet om hvor stor likheten skal være for at den innebærer en krenkelse.

Den rene brukskunst antas ved slavisk etterlikning å nyte beskyttelse av markedsføringsloven § 1, og har beskyttelsesmuligheter også i designloven. Sett i sammenheng med at variasjonsmulighetene er små, tilsier dette at det må godtas store likheter for denne type verk, særlig for de motepregede produkter. Såkalte ”fair followers” vil sjelden gjøre brudd på originalopphavsmannens enerett, jf prinsippet om at ideer og funksjonalitet ikke beskyttes. Det er følgelig fullt legalt å utgi et verk som i markedet blir oppfattet som konkurrent til det opprinnelige verk.<sup>25</sup>

Det fremkommer av Oslo byretts dom om Dams lykketroll at der en bearbeider utilbørlig utnytter en ide, hvis resultat manifesterer seg i et produkt eller gjenstand som har en betydelig forvekslingsfare, vil dette tale for at bearbeidelsen er rettsstridig.<sup>26</sup> Når det gjaldt spørsmålet om dette også var en opphavsrettskrenkelse var retten i noe tvil, men konkluderte med at Ruds troll ” både med hensyn til emnevalg og utførelse frembyr så store likheter at det vil være riktig å anse dem som rettsstridige bearbeidelser”.

Koktvedgaard har formulert grensegangen godt, og jeg hitsetter fra s. 129:

*”den beror i praxix altid på et konkret, sagkyndig skøn. Det afgørende er da om man opfatter de to fænomener – det originale værk og bearbejdelsen/efterlikningen – som så likeartede, at de med føje kan siges at*

---

<sup>25</sup> Koktvedgaard

<sup>26</sup> NIR 1968 s. 323

*hitføre samme æstetiske opplevelse – at de er samme ”værk” – ganske uansett de eventuelle forskjælle. Skønnet er en blandet juridisk/æstetisk foranstaltning: I juridisk henseende drejer det sig om å udmåle et sådant beskyttelsesomfang, at det ophavsretlige rettsvern, bliver effektivt uden dog at hindre andres rimelige krav på udfoldelse, i æstetisk henseende drejer det sig om at blotlægge de værksstrukturer, der er egnede til genkendelse og anerkendelse”*

Grensen mellom fri og ulovlig utnyttelse er vag, men hviler altså i stor grad på hvilken identitetsopplevelse de to verk gir. Sentralt i denne vurderingen er grunnsetningen om at tanker og ideer ikke er vernet i seg selv. De kan likevel være viktig i en sammenlikningsøvelse, og er bærende for selve identitetsopplevelsen, som Koktvedgaard understreker.

Til illustrasjon hitsettes Agder Lagmannsrett sin identitetsvurdering i ovennevnte dom:

*”De fremstår (trollene red.anm.) etter lagmannsrettens oppfatning ikke bare ved første øyekast, men også etter nærmere granskning, som like i utformingen av hode og kropp og helt ned til den lille detalj med smilehullet, en likhet som er mer slående enn det er mulig å formidle ved en verbal beskrivelse trekk for trekk av de respektive troll. En slik beskrivelse finnes derfor unødvendig. Byretten har riktignok vurdert det annerledes, og det er derfor vanskelig å se bort fra at bedømmelsen kan være subjektiv og bero på ”øye som ser”. ”.*

Høyesterett vurderte skillet mellom selvstendig verk og ulovlig bearbeidelse i avgjørelsen inntatt i Rt. 1957 s. 275, ”Flaggermusen”. Saken gjaldt oppføring av en operette på Centralteateret. Opphavsretten til den skrevne handling i operetten var falt i det fri<sup>27</sup>, men det var ikke lystspillet operettens handling bygde på. Det oppstod derfor spørsmål om handlingen til Flaggermusen kunne sies å være et selvstendig verk i forhold til det vernede lystspillet eller en bearbeidelse av dette som krevde samtykke fra lystspilletts opphavsmenn. Høyesterett la til grunn av det var identisk handling og overensstemmelse scene for scene. I og med at det var tale om overføring fra lystspill til

---

<sup>27</sup> Vernetiden var utløpt



operette var det likevel skapt noe i tillegg, og det var derfor tale om en bearbeidelse. Det forelå ”så stor grad av likhet” at bearbeidelse utvilsomt måtte sies å foreligge.

Krenkelsesvurderingen bygger i noen grad på et lojalitetssynspunkt, slik at den lojale bearbeidelse nok lettere vil kunne føre til at selvstendig nytt verk oppstår eller får beskyttelse som bearbeidelse. Dette reiser spørsmål om det kommersielle formål er et moment for krenkelse, i motsetning til det kunstneriske.

Spørsmålet vil etter min vurdering kunne besvares bekreftende for ”rene” kunstverk, alene på bakgrunn av hensynene bak opphavsmannens enerett og allmennhetens rett til fri bruk. Åndsverkloven tar sikte på å stimulere til den kunstneriske utfoldelse, og bruk av andres verk i dette øyemed vil følgelig være i tråd med bestemmelsenes siktemål. Det kommersielle formål derimot, finner ikke støtte av lovens bærende hensyn.

På den annen side er opphavsmenn bak masseprodusert brukskunst i en annen situasjon, og spiller selv på de samme motepregede strenger. Det kan derfor hevdes at slike opphavsmenn stilltiende samtykker til en kommersiell bruk, eller at bruken av den grunn ikke synes illojal. Dette skal jeg drøfte nærmere under punkt 4.3.

Til eksempel 1 og 2:

Verkene er i sin helhet gjengitt og brukerne har i lovens forstand fremstilt eksemplarer av verkene. Slik fremstilling fordrer opphavsmennenes samtykke for å være lovlig. Her ser vi hvordan krenkelsesvurderingen blir meget enkel der det foreligger ren gjengivelse. Spørsmålet blir om opphavsmannen kan sies å ha samtykket i denne bruken. Jeg vil drøfte dette under punkt 4.3.

Til eksempel 3.

Problemstillingen er om reklamen er et nytt selvstendig verk, eller en ulovlig gjengivelse. Idèbakgrunnen er lik, og reklamen er klart nok ment å henseile på det kjente eventyr. Spørsmålet blir om originalverket og etterlikningen er så identiske at de gir den samme estetiske opplevelse. Gir etterlikningen inntrykk av å være samme ”verk”?

Det er den konkrete kunstneriske utforming eventyret har fått som er vernet. Det konkrete handlingsforløp er også beskyttet. Reklamens handlingsforløp er tatt ut av en sekvens av eventyrets handlingsforløp, men må også sies å være endret i vesentlig grad.



I henhold til Ot.prp.nr.26 (1959-60) s. 11 må omskapningen av det originale verk fremstå som et originalt arbeid kunstnerisk sett. Spørsmålet blir i henhold til Koktvedgaard om verkene er så likeartede at de kan sies å være samme "verk". Likheten er så vidt stor, og omskapningen kan derfor ikke sies å være preget av "originalt arbeid kunstnerisk sett". Identiteten mellom det originale verk og reklamen er for stor til at det kan sies å ha oppstått et nytt selvstendig verk.

I henhold til Flaggermusdommen, blir spørsmålet videre om det er en tilstrekkelig grad av likhet, slik at bearbeidelse må sies å foreligge. Handlingsforløpet og figurene er svært like med originalverket, men likevel endret i tråd med reklamens formål. Det bør derfor være på det rene at det foreligger bearbeidelse, jf § 4 annet ledd.

Åndsverkloven tar i utgangspunktet ikke sikte på å åpne for kommersiell bruk. Spørsmålet blir om det faktisk at formålet bak bruken av verkene er kommersielt, forsterker inntrykket av urettmessig bruk. Det originale verk spiller selv i meget begrenset grad på de kommersielle krefter, og kjennetegnes som et "klassisk" åndsverk/ren kunst. Dette taler for at den kommersielle bruken er et moment for at eneretten er krenket.

Nytt selvstendig verk er ikke oppstått, men det foreligger bearbeidelse som krever samtykke. Uten slikt samtykke foreligger ulovlig gjengivelse.

Til eksempel 4:

Problemstillingen er om reklamen er å anse som en ulovlig etterlikning eller et nytt selvstendig verk. I henhold til de momenter som er trukket frem over, vil konklusjonen hovedsakelig bero på hvorvidt de to verk tilfører publikum den samme estetiske opplevelse, slik at det er naturlig å anse verkene for å være samme "verk". Videre er det, i henhold til lovens formål, et sentralt moment om originalopphavsmannens krav på beskyttelse tilsier at bruken er urettmessig eller ikke.

Ved første øyekast har de to verk en stor grad av likhet. De kan på denne måten hevdes å være samme "verk". Ved en nærmere likhetsvurdering, er imidlertid likheten kun begrenset til enkelte elementer. De elementer som klart har vern i verk 1, er blant annet mannens omfavnelse av kvinnen og de linjer dette skaper i bildet. Den konkrete utforming på dette punkt er ikke etterliknet. Selve mannens stilling, motivet, er etterliknet, men antas ikke å ha selvstendig verkshøyde. De endringer som er foretatt bærer preg av "original skapende åndsinnset", og spørsmålet blir om denne har resultert i at det her er tale om nytt selvstendig verk.

I vurderingen må det tas hensyn til om originalopphavsmannens behov for beskyttelse tilsier krenkelse eller ikke. Reklamen kan hevdes å gripe inn i originærøpphavsmannens økonomiske enerett. Dette taler for at reklamen ikke er et nytt selvstendig verk.

Spørsmålet videre blir om selve det kommersielle formålet bak bruken taler for krenkelse i denne saken. Det foreligger ingen spesielle holdepunkter for å hevde at det kommersielle formålet skal anses legalt. Dette taler for at verk 2 ikke er et selvstendig verk.

Verk 2 er distansert fra verk 1, både med hensyn til innhold og utforming. Dette taler for at verk 2 er et selvstendig verk. Den store graden av ytre likhet, samt øvrige hensyn peker imidlertid i en annen retning.

Etter mitt skjønn krenker reklamen originalopphavsmannens enerett, samtykke må innhentes.

## 2.6 Opphavsmannens ikke-økonomiske rettigheter

Problemstillingen for dette kapittelet er om de ideelle rettigheter hindrer bruk av vernede verk i reklameøyemed.

Åndsverkloven regulerer også den ikke-økonomiske siden av opphavsmannens enerett, de ideelle rettigheter som ofte kalles opphavsmannens "droit moral". Lovens hovedregel om opphavsmannens ideelle rettigheter er nedfelt i § 3. Bestemmelsen sies gjerne å være et utslag av generelle rimelighetsoppfatninger.

De ideelle rettigheter omhandler i hovedsak retten til å bli navngitt slik "god skikk" tilsier, samt retten til ikke å bli utsatt for endringer i verket som er krenkende for opphavsmannens eller verkets anseelse eller egenart. Sistnevnte rettighetsgruppe omtales ofte som respektretten.

De ideelle rettigheter er, til forskjell fra de økonomiske, ikke overdragelige. Skulle de eventuelt bli overdratt, kan opphavsmannen ugyldiggjøre dette ved inngripen, se § 3 tredje ledd.

### 2.6.1 Navnegjengivelsesretten

Retten til å få sitt navn forbundet med verket kalles gjerne farskapsretten og gjelder på eksemplar av åndsverket og når verket gjøres tilgjengelig for allmennheten, jf § 3 første ledd:

*"Opphavsmannen har krav på å bli navngitt slik som god skikk tilsier, så vel på eksemplar av åndsverket som når det gjøres tilgjengelig for almenheten."*

Navnet skal i henhold til tradisjonell forståelse av bestemmelsen gis det utstyr og plass som skikken tilsier, og skal tas med når god skikk tilsier det. Dersom god skikk ikke tilsier at navnet medtas, kan det utelates. På samme måte bør loven kunne forstås slik at navnet skal utelates dersom god skikk tilsier dette, jf også § 3 siste ledd. Virker det således støtende å angi navnet, kan navneangivelse utelates.<sup>28</sup>

Det sentrale ved denne bestemmelse er å fastlegge ”god skikk”- standarden, for vårt formål ved bruk av verk i reklameøyemed.

”God skikk”- standarden er en rettslig standard. I dette ligger at regelen er dynamisk og alltid må tolkes i lys av samfunnsutviklingen og den til enhver tid gjeldende rettsoppfatning og rettsfølelse.

Det må i utgangspunktet være slik at god skikk avhenger av hvilket livsområde man befinner seg på, og hva som på dette området er sedvanebestemt. Spørsmålet blir hva som er vanlig på dette området for denne bruken på dette tidspunkt. Det er imidlertid sikker rett at ikke all skikk er god skikk. Urimelige sedvaner oppfyller følgelig ikke uten videre kravet til god skikk.

Den rettslige standarden kan tilpasses ulike verkstyper. Der ”alle” vet hvem opphavsmannen er fordi verket er masseprodusert, kan det for eksempel være gode grunner til å anse regelen for å være mindre streng enn ved den rene kunst der opphavsmannen er avhengig av å få sitt navn angitt for å bli identifisert med verket og for egen promotering.

Reglen vil også virke dynamisk i forhold til ulike typer verk i ulike typer av sammenhenger. Her er det grunn til å anta at den kommersielle bruk av andres verk som åndsverkloven i utgangspunktet ikke åpner for, vil bli strengere bedømt enn den bruk som skyldes ren kunstnerisk utfoldelse.

---

<sup>28</sup> Se Koktvedgaard s. 115



Loven må forstås slik at det ikke er noe i veien for at opphavsmannen avstår fra å bli navngitt eller få verket offentliggjort under pseudonym. I så fall kan ikke opphavsmannen gjøre verket tilgjengelig for allmennheten under et dekknavn eller merke som er egnet til å fremkalle forveksling med tidligere offentliggjorte verk eller deres opphavsmenn, jf. § 46.

Andre enn opphavsmannen selv må på samme måte ikke uten hans samtykke sette hans navn eller merke på eksemplarer av et kunstverk, jf. § 47 første ledd. Videre må ikke opphavsmannens navn eller merke påføres et ettergjort eksemplar slik at eksemplaret kan forveksles med det originale, jf. § 47 annet ledd. For det tilfellet at et verk medtas i reklameøyemed, vil ethvert brudd på disse regler gjøre gjengivelsen ulovlig.

Forutsatt at et verk i utgangspunktet legalt kan medtas i en reklame, blir spørsmålet om lovens krav til at opphavsmannen skal bli navngitt slik god skikk tilsier innebærer påbud om navneangivelse eller ikke.

Det er ingen klar rettsoppfatning på dette punkt. Utifra hensynet bak regelen synes det likevel klart nok at utfallet i utgangspunktet beror på hva som er sedvane på det aktuelle livsområde, samt hva opphavsmannen selv måtte ønske, eller ut fra egen eksponering av verket bør kunne forvente.

Til eksempel 1 og 2:

I eksempel 1 er det ikke oppgitt hvem som er opphavsmennene til Rosendahlproduktene eller Altovasen som er brukt. Navneangivelse mangler også i eksempel 2.

Spørsmålet blir om den utelatte navneangivelsen medfører en krenkelse av retten til å få sitt navn angitt.

Resultatet beror på hva som er god skikk på området. God skikk innebærer normalt at navn skal angis, dersom det ikke skulle være god skikk ikke å angi navnet.

Hva som er god skikk på dette området er ikke klart. Av hensyn til begrunnelsen for navneangivelsesretten, må det imidlertid antas at god skikk – standarden stiller seg annerledes for masseproduserte og høyeksponerte verk enn for de klassiske åndsverk.

Produktene er av en slik art at de sjelden navngis på selve produktet, noe som taler for at god skikk ikke fordrer navneangivelse for denne type produkter.



Etter en uhøytidelig gjennomgang av liknende reklamer, er det på det rene at det sjelden eller aldri angis navn for denne type brukskunst. Juridisk konsulent i BONO hevdet i samtale med ham at praksisen skyldes at det er "lettere å be om tilgivelse enn tillatelse". Den klare tendensen var likevel at enkeltteksemplar og klassiske kunstverk ofte navngis, mens denne typen brukskunst sjelden navngis. På bakgrunn av disse kutymene og den egeneksponering de aktuelle opphavsmenn har stått for, antas konklusjonen å være at farskapsretten ikke er krenket.

## 2.6.2 Respektretten

Respektretten innebærer at opphavsmannen kan motsette seg enhver krenkende bruk av verket, og er forankret § 3 annet ledd:

*"Har en annen rett til å endre et åndsverk eller å gjøre det tilgjengelig for almenheten, må dette ikke skje på en måte eller i en sammenheng som er krenkende for opphavsmannens litterære, vitenskapelige eller kunstneriske anseelse eller egenart, eller for verkets anseelse eller egenart."*

En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at ikke bare endringer i verket kan være krenkende, men også sted, tid og måte verket gjengis på.

Respektretten er i alminnelighet antatt ikke å hindre fremføring eller utgivelse av parodier, karikaturer og liknende. Det understrekes i denne sammenheng likevel at endringer av eller på et enkeltteksempel prinsipielt sett må antas å kunne være krenkende.

Det sentrale kriteriet i respektretten er innholdet av de skjønnsbetonede begrepene "krenkende" samt "anseelse eller egenart".

I sin kjerne vil respektretten først inntre dersom opphavsmannen selv føler seg, sin anseelse eller egenart, krenket ved bruken av sitt verk. Dernest vil det måtte avgjøres konkret ut fra de foreliggende fakta, etter en skjønsmessig objektiv vurdering, om bruken faktisk er krenkende.

Fotografi og beskjæring av dette, vil for eksempel normalt overskride grensene for hva som kan kalles sedvanlig tilpassing.<sup>29</sup> Det samme må kunne sies å gjelde der et fotografi blir benyttet til å illustrere en helt annen begivenhet enn opprinnelig. Av hensyn til opphavsrettens bærende hensyn, antas særlig dette å gjelde der verket blir benyttet i reklameøyemed.

Når det gjelder verk som ”hører alle til” og musikkverk, vil det i henhold til Kocktvedgaard nærmest ikke være hjemmel for påtale i dagens samfunn uten i de helt grove tilfelle, der unika endres eller ødelegges. Dette syn finner liten støtte i dagens lovttekst. Rettspraksis er så vidt snever at det kan hevdes å være manglende grunnlag for et slikt syn.

Til eksempel 1 og 2:

Spørsmålet er om bruken er krenkende for opphavsmannen eller verket. Når det gjelder måten og sammenhengen verkene blir fremstilt på, er verkene tilknyttet andre produkter enn sitt eget. Dette kan isolert sett tale for at bruken er krenkende.

De nevnte åndsverk spiller selv på en høy mote- og trendfaktor, noe som taler for at bruken likevel ikke er krenkende. Et moment som imidlertid kan antas å være krenkende, er at produktene benyttes til fordel for en annens økonomisk gevinst. Opphavsmennenes økonomiske investeringer benyttes av andre for å heve det økonomiske nivå på eget produkt. Selve det kommersielle formål kan i så måte hevdes å innebære en krenkelse. Den interesseavveining som må foretas er om brukerne har et berettiget behov for denne anvendelsen, og om de krenkede har et legitimt krav på ikke å bli benyttet i reklame for et annet produkt.

Brukerne kan hevdes ikke å ha et naturlig behov for å benytte tredjemanns vernede verk i reklame og annonsering for eget produkt. Når det gjelder den krenkede part, har disse i dette tilfellet blitt tilknyttet andre solide trendmerker, og således fått ”gratis” reklame. Når produktene i tillegg står i sitt rette element, nemlig et kjøkken og har høy egeneksponering i reklameverdenen, kan det på den annen side hevdes at bruken av verkene ikke krenker opphavsmennenes, eller verkene, anseelse eller egenart. Bruken antas på denne bakgrunn ikke å gjøre brudd på respektretten.

## 2.7 Klassikervernet

Problemstillingen for dette kapittelet er om klassikervernet er til hinder for bruk av åndsverk i reklameøyemed.

---

<sup>29</sup> Se Kocktvedgaard s. 119

### 2.7.1 Bakgrunn og virkeområde

Åndsverkloven § 48 fastslår at åndsverket skal behandles med respekt, selv om vernetiden er utløpt, alternativt dersom opphavsmannen er død. Vernet som ytes i medhold av denne bestemmelsen er derfor av ideell karakter.

Jeg vil innledningsvis bemerke at det vern som gis i medhold av § 48 ikke er en del av eneretten. Da bestemmelsen innrømmer vern for åndsverk i ovennevnte situasjoner, finner jeg det likevel relevant å drøfte bestemmelsen i tilknytning til enerettsbeføyelsene.

Bestemmelsen lyder:

*”Selv om opphavsrettens vernetid er utløpet, kan et åndsverk ikke gjøres tilgjengelig for almenheten på en måte eller i en sammenheng som er krenkende for opphavsmannens litterære, vitenskapelige eller kunstneriske anseelse eller egenart, eller for verkets anseelse eller egenart, eller på annen måte antas å kunne skade almene kulturinteresser.*

*Uten hensyn til om vernetiden er utløpet eller ikke kan vedkommende departement, når opphavsmannen er død, forby at et åndsverk gjøres tilgjengelig for almenheten på slik måte eller i slik sammenheng som nevnt i første ledd”*

Fordi bestemmelsen verner verk hvis opphavsmann er død, verk med utløpt vernetid, og søker å beskytte allmenne kulturinteresser, blir bestemmelsen gjerne omtalt som ”klassikerbestemmelsen”. Derav benevnelsen ”klassikervernet”.

Bestemmelsen har hittil ikke vært tolket av domstolene. Rådet har en lovgitt hjemmel i § 53 til å komme med uttalelser. I henhold til norsk rettskildelære, har forvaltningspraksis normalt begrenset rettskildemessig vekt.. På dette området er imidlertid Rådets uttalelser eneste rettskilde som foreligger, foruten lovens ordlyd og rimelighetsbetraktninger. Uttalelser fra Rådet vil derfor være relevant for å avgjøre hvordan bestemmelsen er å forstå, og antas derfor å ha en viss rettskildemessig vekt.

Klassikervernet kan sees på som en del av den balanse opphavsretten søker å ivareta mellom opphavsmannens krav på beskyttelse for sine verk og samfunnets interesse i å



bruke verkene. Klassikervernet har da også vært et tema i hele opphavsrettens levealder. Begrunnelsen for det klassikervern som 1930-loven ga, var: ”å bevare menneskehetens åndskapital, uforfalsket og beskyttet mot vandalisering”.<sup>30</sup>

Bestemmelsen ble videreført i 1961- loven. Nytt i denne loven var at bestemmelsens annet ledd beskytter vernede verk, der opphavsmannen er død.

### 2.7.2 ”Tilgjengeliggjøring på en måte eller i en sammenheng som er krenkende”

Som ordlyden sier, gis vernet for åndsverk. Dersom forbud mot nedleggelse i medhold av bestemmelsen skal kunne skje, er det altså et ufravikelig krav til at det forligger et åndsverk.

Også her blir det derfor avgjørende først å avklare hvorvidt man står overfor en ulovlig bearbeidelse som krenker opphavsmannens enerett i henhold til § 2, eller om bearbeidelsen går under § 4 og ikke vernes av åndsverkloven. Det vises til drøftelsene over om disse bestemmelsene.

Verket skal ikke gjøres tilgjengelig for allmennheten på en slik ”måte eller i en sammenheng” som finnes krenkende for opphavsmannen eller hans verk. For så vidt gjelder tilgjengeliggjøringsbegrepet, vises til drøftelsen under punkt 2.4.

Uttrykkene ”på en måte eller i en sammenheng” har rent ordlydsmessig ingen klare avgrensninger. De henspeiler på en endring, en bruk, samt forbindelser verket kan tenkes brukt i. Malerier som blir fordreid ved tegning, skulpturer som mister elementer eller får elementer tilføyd, er eksempler på en tilgjengeliggjøring på krenkende ”måte”. En slik forståelse av uttrykket er også lagt til grunn av Rådet i ”Skrik-saken” fra 1998.

I ”Skrik-saken” tok rådet stilling til en reklamekampanje for GILDE- kjøtt, der det ble distribuert et postkort og annonse med en illustrasjon lik Munchs maleri ”Skrik”. Rådet tok først stilling til om reklamen var så vidt ulik fra original – maleriet at det kunne sies

---

<sup>30</sup> Ot. prp. nr. 22 (1930) s. 21



å være et nytt verk. Flertallet fant at illustrasjonen inneholdt så mange av ”Skrik”s vernede elementer at den utgjorde en gjengivelse av kunstverket. Videre hevdet flertallet at spredningen av postkortet og annonsen var gjort på en måte og i en sammenheng som var krenkende for opphavsmannen og verket. Endelig uttalte Rådet at det at den krenkende bruken skjedde i reklameøyemed, forsterket krenkelsen.

Med ”sammenheng” omfattes etter en naturlig språklig forståelse tid, sted, tilknytning, forbindelse og omgivelse verket er brukt i.

Der et åndsverk blir benyttet til støtte for noe annet enn det representerer, vil bestemmelsen kunne omfatte dette. En melodi som henspeler til fred og kjærlighet blir brukt til støtte for kommersielle øyemed, et skjønnlitterært verk til støtte for bredbåndtelefoni, en skulptur brukt i en bilreklame, alle disse er sammenhenger og omgivelser som lett kan tenkes krenkende for opphavsmannen, eller verket selv.

Det sentrale videre er å avgjøre om måten eller sammenhengen verket er benyttet på eller i kan sies å være ”krenkende”.

”Krenkende” er et skjønnsmessig begrep, en rettslig standard. Det som kjennetegner en slik rettslig standard, er at den er dynamisk og lett lar seg tilpasse ulike situasjoner og ulike tidsepoker. Derfor har den en viktig utviklingsmulighet. Det må kunne legges til grunn at lovgiver bevisst av ovennevnte hensyn har gitt en slik rettslig standard på dette området.

Den legislative begrunnelsen bak opphavsretten tilsier at det skal mer til før bruken er krenkende dersom hensikten bak bruken er kulturelt betinget enn når formålet bak bruken er rent kommersielt.

Samfunnsmessig sett er det ønskelig med et kulturelt mangfold, og hensynet til dette søkes ivaretatt av åndsverkloven. Den kommersielle utnyttelse, og særlig der ”snylteformålet” kommer tydelig frem, vil derfor kunne tilsa en strengere fortolkning av loven enn den kulturelle utnyttelse. Dette syn støttes av Lange, i hennes avhandling ”Klassikervernet i norsk åndsrett”, s. 74. Synspunktene blir dessuten lagt til grunn av Rådet i ”Eidsvoldsmaleri” – saken, der det uttalte: ”særlig er behovet for å kunne gripe

inn overfor usmakelige kommersielle utnyttelser av eldre verk, som begrunner en regel som den i § 48<sup>31</sup> I denne saken ble Rådet anmodet av departementet om å gi en generell uttalelse om i hvilken utstrekning åndsverkloven gir vern mot bruk av kunstverk i reklameøyemed. Saken gikk ut på at Wergelands maleri fra Riksforsamlingen på Eidsvold var blitt benyttet som motiv i reklame for et kjøkken. Noen elementer var fjernet, andre omgjort, men gjengivelsen var generelt identisk.

De ovennevnte saker viser at det beror på en konkret helhetsvurdering å avgjøre om bruken er krenkende eller ikke.

Det kan reises spørsmål ved hvor langt man egentlig kommer ved å gjøre en distinksjon mellom den ”legitime” og ”ikke-legitime” utnyttelsen av åndsverk, særlig når distinksjonen står og faller på rent skjønnsmessige avveininger. Den kulturelle verden har mange grener, og enkelte vil kanskje hevde at kommersielle øyemed ikke nødvendigvis er det motsatte av kulturelle øyemed. Hva er kultur?

Det sentrale må derfor være å avgjøre den ”legitime” og ”ikke-legitime” utnyttelse ut fra hvorvidt hensikten bak utnyttelsen er å snylte på den annens åndelige og økonomiske investering, slik at den ”legitime bruk” kjennetegnes ved å mangle et slikt snylteformål. I tillegg kommer man ikke utenom de moralske vurderinger som følger enhver ideell rettighet, og da også begrepet ”krenkende”.

Lange trekker linjer til markedsføringsloven, og uttaler at dersom bruken av et verk ”nærmer seg en overskridelse av forbudet mot usmakelig reklame<sup>32</sup>, vil dette kunne trekke i retning av at utnyttelsen av åndsverket er tilgjengeliggjort på en ”krenkende måte eller sammenheng”.

Også i ”Buksesaken” fra 1973 stod Rådet overfor åndsverk brukt i reklameøyemed. Her ble klassiske mesterverk påkledd dongeribukser, og distribuert på plakater i ulike klesforretninger. Rådet fant at den kommersielle sammenhengen kunstverkene ble benyttet i, ikke kunne godtas. Begrunnelsen ble støttet av argumenter som at verkene

---

<sup>31</sup> Lange s. 75

<sup>32</sup> Lange s. 76

motivinnhold og den plass verkene hadde i kulturhistorien og den kulturelle bevissthet, gjorde tilgjengeliggingen støtende.<sup>33</sup>

Rådets uttalelser i denne saken ble gitt for vel 30 år siden, og må leses i lys av dette. Det er et interessant moment hvordan Rådets uttalelser reflekterer de til enhver tid gjeldende oppfatninger. Hva som var krenkende på 1970-tallet er ikke nødvendigvis lenger krenkende, og grensen for hva som anses krenkende utvides og utviskes stadig. Publikum lar seg ikke støte av de samme tingene i 2005 som i 1973. Offentligheten blir utsatt for flere impulser fra flere typer media.

Uttalelsene fra Rådet i "Skrik"-saken viser imidlertid at bruk av åndsverk i reklameøyemed også i dagens samfunn kan være kritikkverdig.

Oppsummeringsvis kan det trekkes fra Rådets forståelse av § 48 at bruk av åndsverk i reklameøyemed ikke automatisk fører til brudd på bestemmelsen. Det er likevel tydelig at den kommersielle utnyttelse lettere anses å være krenkende enn den kulturelle. Det må foreligge en kvalifisert krenkelse, noe som lettere fastslås der endring av verket i seg selv kan anses krenkende. Dersom sammenhengen og måten det endrede verk tilgjengeliggjøres på er krenkende og samtidig i reklameøyemed, vil forbud kunne nedlegges i henhold til § 48.

### 2.7.3 "Almene kulturinteresser"

Loven fastslår at et verk ikke kan tilgjengeliggjøres på en måte som "antas å kunne skade almene kulturinteresser", jf. § 48 første ledd.

Dersom et verk tilgjengeliggjøres, for eksempel ved å medtas, endres eller på annen måte benyttes i reklameøyemed, vil dette kunne være brudd på § 48 dersom tilgjengeliggingen kan skade "almene kulturinteresser".

Det har i teorien vært usikkerhet knyttet til om det er et alternativt eller kumulativt vilkår for krenkelse at tilgjengeliggingen kan antas å skade allmenne kulturinteresser.

---

<sup>33</sup> Se Lange s. 77



Lovens ordlyd ”på annen måte” skaper to tolkningsalternativer. Det ene er å legge til grunn at det ikke er tilstrekkelig at tilgjengeliggjøringen skjer ”på en måte eller i en sammenheng” som er krenkende for opphavsmannen og/eller verket, men at også allmenne kulturinteresser er skadelidende. Den andre måten å forstå loven på er å anse vilkåret om de ”almene kulturinteresser” som et alternativt vilkår. Dette tolkningsalternativet innebærer at forbud kan nedlegges for tilgjengeliggjøring ”på en måte eller i en sammenheng” på selvstendig grunnlag. Uavhengig tolkningsalternativ vil tilgjengeliggjøring som skader ”almene kulturinteresser” på selvstendig grunnlag hjemle nedleggelse av forbud.

Koktvedgaard hevder det første tolkningsalternativ må legges til grunn<sup>34</sup>, noe Lange støtter<sup>35</sup>. Uttalelser fra Rådet tilsier imidlertid at vilkårene bør anses alternative.<sup>36</sup>

For det tilfellet at det avgjørende for om bestemmelsen er virksom, er om allmenne kulturinteresser blir skadelidende ved den aktuelle tilgjengeliggjøringen, vil terskelen for å nedlegge forbud i medhold av bestemmelsen måtte bli langt høyere, enn dersom motsatt tolkningsalternativ legges til grunn. Hva som til enhver tid er krenkende vil da avhenge av om allmenne kulturinteresser blir skadelidende, og hensynet til den enkelte opphavsmann og hans verk får mindre betydning.

Selv om det nok utvilsomt må legges til grunn at det er beskyttelse av de allmenne kulturinteresser, herunder velkjente kulturskatter, bestemmelsen søker å gi, utelukker ikke dette etter min mening at bestemmelsen også hjemler beskyttelse for de mindre velkjente skatter, dersom disse på en krenkende måte blir tilgjengeliggjort for allmennheten.

Det mest interessante vil uansett hvilket tolkningsalternativ man legger til grunn, være å fastlegge innholdet av begrepet ”almene kulturinteresser”.

---

<sup>34</sup> Koktvedgaard s. 127

<sup>35</sup> Lange s. 89

<sup>36</sup> Lange s. 88



Forarbeidene til 61-loven har ingen bemerkninger til begrepet, men Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) legger til grunn at vernet for de allmenne kulturinteresser utgjør en alminnelig rettsgrunnsetning. Dette gir ingen ytterligere forståelse av begrepets innhold.

Rådet ga i "Eidsvoldsmaleri"-saken sin tolkning av begrepet. Jeg antar tolkningen er sentral for hvilken forståelse som bør legges til grunn. Det hitsettes fra Rådets tolkning følgende:

*"Rådet antar at det med ordene kunne skade almene kulturinteresser ikke bare tas sikte på for eksempel en gjengivelse som kan gi almenheten et fortegnert inntrykk av en kulturverdi, men også på tilfelle hvor det dreier seg om en utnyttelse av et verk som på en måte som i vide kretser vil bli oppfattet som støtende, av nasjonale, religiøse eller tilsvarende grunner"*

Terskelen for krenkelse må videre antas å avhenge av om det er et originalverk som blir misbrukt. Uopprettelig ødeleggelse som innebærer et kulturelt tap,<sup>37</sup> tilsier lavere terskel for krenkelse, enn dersom et masseprodusert verk risikerer sin undergang.

Til eksempel 3:

Jeg legger for denne drøftelsen til grunn at opphavsmannen bak åndsverket er død, men at vi befinner oss innenfor 70 år i påfølgende vernetid.

Spørsmålet blir om reklamen er gjengitt på en krenkende "måte eller sammenheng", og/eller om verket er "tilgjengeliggjort på en måte antas å kunne skade almene kulturinteresser".

Verket er gjengitt i en helt annen sammenheng enn de ble skapt i, i hensikt av å fremme Telenors bredbåndsalg. Reklamen kan derfor sies å ha gjengitt verket i en sammenheng som virker krenkende både for verket selv og opphavsmannen. I henhold til Rådets uttalelser, vil dessuten det faktum at verket er medtatt i reklameøyemed, være et krenkende moment i seg selv, se "Skrik"-saken kommentert over.

Spørsmålet videre blir om dette er gjort på en måte som antas å kunne skade allmenne kulturinteresser.

Verket er karakteristisk og utgjør utvilsomt en del av vår kulturarv. Det har en sentral plass i barnefortellinger, og innehar en særpreget kvalitet innenfor sin sjanger. Det utgjør således en viktig del av den litterære historie, og kan anses som et "allemannseie", en kulturskatt.

---

<sup>37</sup> Koktvedgaard s. 127

Verket er bare delvis gjengitt, i en annen form og med andre uttrykk enn originalverket. Originalverket lider således ingen fysisk risiko for skade, noe som taler for at § 48 ikke kommer til anvendelse. Den eventuelle skade de allmenne kulturinteresser vil lide som følge av gjengivelsen, er imidlertid av en annen karakter. Telenor søker å identifisere seg med et allemannseie, ved på en "humoristisk" måte omgjøre verket i den hensikt at det skal være økonomisk innbringene. Den allmenne kulturfølelse antas derfor å kunne bli støtt. Totalt sett taler disse momenter for at § 48 kommer til anvendelse.

Rådets uttalelser sett i sammenheng synes å tilsi at § 48 er ment å ramme de helt grove tilfeller. Denne forståelse støttes også av Kockvedgaard, s. 117 flg. Reklamen kan neppe hevdes å være et grovt tilfelle av bruk av andres åndsverk.

Konklusjonen blir derfor at § 48 ikke kommer til anvendelse. Jeg finner grunn til å nevne at konklusjonen er fattet under en viss tvil.

### 3 Enerettens avgrensingsregler

Jeg har til nå gjennomgått sentrale deler av opphavsmannens enerett til å råde over sitt åndsverk, og sett på de muligheter som der ligger i bruk av tredjemanns vernede verk.

Problemstillingen for dette kapittelet er om åndsverklovens regulering av allmennhetens rett til fri bruk og gjengivelse selv innehar hjemmel for kommersiell bruk.

Eneretten finner sin motvekt i åndsverklovens kapittel to, som avgrenser eneretten mot allmennhetens rett til bruk og gjengivelse av verket.

Lovens kapittel to har overskriften "Avgrensning av opphavsretten". Av forarbeidene og teori fremkommer at reglene som avgrenser opphavsmannens enerett hviler på et like sikkert rettspolitisk grunnlag som opphavsmannens enerett<sup>38</sup>. Ordvalget er bevisst. Bestemmelsene er dermed ikke unntak, men hovedregler på linje med reglene om opphavsmannens enerett. Reglene omtales gjerne som låneregler.

Loven gir adgang til å fremstille eksemplarer til privat bruk, ved kopiering, etterlikning eller annet, se åndsverkloven § 12. Likeledes oppstiller loven adgang til eksemplarfremstilling i undervisningsøyemed, ved særlige institusjoner, ved museer og bibliotek, og for funksjonshemmede. Jeg skal ikke gå nærmere inn på disse lånereglene.

Alle lånereglene forutsetter at åndsverket er enten offentliggjort og eller utgitt. I henhold til § 8 er åndsverk "offentliggjort" når det med samtykke av opphavsmannen er gjort tilgjengelig for allmennheten og "utgitt" når et rimelig antall eksemplarer av verket med samtykke av opphavsmannen er brakt i handelen eller på annen måte spredt blant allmennheten, jf § 8 henholdsvis første og annet ledd. Det nødvendige samtykket fra opphavsmannen kan gis uttrykkelig eller stilltiende, se Ot.prp.nr.26 (1959-60) s. 27.

---

<sup>38</sup> Innst. O.XI (1960-61) s 2 og 17-18, Rognstad s. 106



Ved anvendelse og tolkning av lovens låneregler kan det være nyttig å ha som utgangspunkt det grunnleggende tolkningsprinsipp at lånereglene aldri må tolkes slik at de åpner for utnyttelse av verket i økonomisk "konkurranse med opphavsmannen selv"<sup>39</sup>. Spørsmålet blir derfor om noen av lovens regler likevel kan sies å hjemle en slik bruk, og i hvilket omfang.

### 3.1 Lånereglenes begrensning, jf § 11

All bruk av lovens låneregler må skje innenfor den gitte ramme i åndsverkloven § 11:

*"Bestemmelsene i dette kapittel gjør ingen videre innskrenkninger i opphavsmannens rett etter § 3 enn den som følger av § 29.*

*Når et verk gjengis offentlig i medhold av bestemmelsene i dette kapittel, kan det skje i den størrelse og skikkelse øyemedet krever, men verkets karakter må ikke derved forandres eller forringes. Ved gjengivelse som nevnt, må kilden alltid angis slik som god skikk tilsier"*

Bestemmelsen understreker lånereglenes karakter, og er gitt for å fremme allmennhetens legitime interesser i å benytte andres åndsverk i offentligheten. Utgangspunktet for tolkningen av lånereglene, er dermed at bestemmelsene åpner for den lojale bruk som ikke bryter med opphavsmannens beskyttede interesser i lovens bestemmelser om eneretten.

All gjengivelse krever kildeangivelse i henhold til "god skikk". Begrepet er skjønnsmessig, hvis innhold må fastsettes etter en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Lovens forarbeider uttaler følgende om kravet til kildeangivelse (den gangens § 24)<sup>40</sup>:

*"Fordi opphavsmannens samtykke ikke er nødvendig etter bestemmelsene i 2. kap., gir § 24, annet ledd, opphavsmannen en videregående beskyttelse enn*

---

<sup>39</sup> Knoph s. 565

<sup>40</sup> Ot. prp. nr. 26 (1959-60) s. 65

*fastsatt i § 3. Det er i disse tilfelle ikke nok at opphavsmannen navngis slik som bestemt i § 3 – det kreves også at k i l d e n angis ”slik god skikk tilsier”.*

Lovens forarbeider gir lite veiledning, og begrepets innhold må fastlegges skjønnsmessig, utifra kutymer, livsområde, og rimelighetshensyn for øvrig.

Når det gjelder bruk av vernede verk i reklameøyemed vil utgangspunktet, hensett til ordlyden og formålet med § 11, være at lånereglene ikke hjemler slik bruk. Særlig fordi lånereglene ikke er gitt for å åpne for kommersiell bruk av andres verk vil dette måtte sies å være et utgangspunkt.

En slik forståelse av loven kan likevel i visse tilfeller synes å være urimelig. Begrensningene i § 11 antas ikke å være satt for å hindre den allmenne handlefrihet og den adgang dette gir for å benytte allerede offentliggjorte, utgitte, eller overdratte åndsverk.

For å klargjøre de generelle linjer som må antas å gjelde i dagens åndsverklov når det gjelder bruk av verk i reklameøyemed, skal jeg i det følgende gå nærmere inn i de aktuelle lånebestemmelsene. Spørsmålet er om åndsverklovens utgangspunkt om at kommersiell bruk ikke kan hjemles i loven gjelder ubetinget, eller om det finnes enkeltunntak.

### 3.2 Sitatretten

Sitatretten er en av opphavsrettens klassiske og velbegrunnede ”innskrenkninger” i opphavsmannens enerett, hjemlet i åndsverkloven § 22:

*”Det er tillatt å sitere fra et offentliggjort verk i samsvar med god skikk og i den utstrekning formålet betinger”*

Etter langvarig oppfatning i rettspraksis og teori gir bestemmelsen ikke hjemmel for sitat av andres verk i reklameøyemed.<sup>41</sup> Problemstillingen er om dette kan sies å gjelde ubetinget, eller om bestemmelsen i enkelte tilfelle åpner for slik sitatbruk.

Det er i Ot.prp.nr.26 (1959-60) s. 36 flg. og NOU 1988:22 s. 108 lagt til grunn at sitatet må være lojalt og kun i den utstrekning formålet betinger. Dette er senere fastslått i den juridiske litteratur, og også i RG 1990 s. 843, der retten uttaler:

*”I sitatretten ligger under enhver omstendighet at det klart presiseres hva som er en gjengivelse, og at denne gjengivelse i form, presentasjon og innhold er lojal mot og korresponderende med gjenstanden for opphavsretten.”*

Selv om sitatretten synes å gjelde for alle typer verk, er det i teorien og Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 93, lagt til grunn at kunstverk og fotografiske verk bare unntaksvis vil kunne gjengis med hjemmel i denne bestemmelsen. Hovedbegrunnelsen for dette er at adgangen til tilsvarende gjengivelse av slike verk reguleres i § 23.

Sentralt i bestemmelsen er hva som nærmere ligger i god skikk – standarden. Forarbeidene til 1961 – loven gir ingen særlig veiledning, men ved lovrevisjonen i 1995 fremkommer fra forarbeidene at:

*”Den alminnelige sitatregelen er en rettslig standard. Slike (...) må nødvendigvis være generelt formulert, og vil kunne medføre avgrensingsproblemer. Den nærmere fastleggelse av hva som er lovlig sitat bør være opp til domstolene. Rettsutviklingen bør kunne løpe uforstyrret i en lengre årrekke, slik at det gjennom praksis på en smidig måte vil kunne tas hensyn til den tekniske og samfunnsmessige utvikling”<sup>42</sup>*

Fra forarbeidene kan det etter min oppfatning utledes at den samfunnsmessige utvikling i prinsippet kan tilsi at god skikk ikke hindrer sitat i reklamebruk.

---

<sup>41</sup> Se Aakre s. 96-97, Rognstad s. 120

<sup>42</sup> Ot. prp. nr. 15 (1994-95) s. 127



Lassen vurderer ”god skikk”- standarden slik: ”det som skikkelige, innsiktsfulle og ansvarsfulle folk anser som redelig og all right bruk av andres åndsverk, må anses som bruk i samsvar med god skikk”<sup>43</sup>

Det antas i alminnelighet å være god skikk at sitatet ikke gjør endringer i åndsverket. Endring av åndsverk er betinget av opphavsmannens samtykke, jf §§ 1,2,3. I henhold til Ot.prp.nr.26 (1959-60) s. 65 kan imidlertid gjengivelse av åndsverk av forskjellige hensyn foranledige behov for å gjøre noen endringer i verket og ”visse endringer” skal være tillatt. Adgangen til dette skal likevel være ”sterkt begrenset”, slik at endringen ikke innebærer krenkelse av opphavsmannens litterære, vitenskapelige eller kunstneriske anseelse eller egenart. Dette syn er fulgt opp i Hålogaland lagmannsretts dom i LH-2000-620, og må antas å gi uttrykk for gjeldende rett.

Det er i teorien videre antatt at god skikk innebærer fravær av konkurransemomenter. Jeg viser til Aakre s. 109 flg., og nøyer meg med å sitere fra oppsummeringen på s. 115: ”Jo mer utpreget konkurranseforholdet er, jo mindre grunn er det til å akseptere bruken som et rettsmessig sitat. (...) Sitatbruk i et klart konkurranseforhold til opphavsmannens rett (...) vil en neppe sitere i samsvar med god skikk.”

Videre er det etter tradisjonell oppfatning på bakgrunn av blant annet de danske og svenske forarbeider til tilsvarende bestemmelse, lagt til grunn at formålet bak bestemmelsen i all hovedsak er å sikre den alminnelige diskusjonsfrihet. Hensynet til nordisk rettsenhet tilsier at dette også bør gjelde her.

Knoph sa det slik: ”Retten til å citere er en nødvendig forutsetning for meningsutveksling, og denne kan et kultursamfund ikke undvære i lengden”.<sup>44</sup> Kocktvedgaard uttaler: ”I talrige tilfælde, har man et sterkt og anerkendelsesverdig behov for å kunne citere andres værker – så vel skriftligt som mundtlig – og anvendelse av citater frem for mer eller mindre korrekte referater vil også regelmæssigt være i den citeredes interesse.”<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Lassen s. 18

<sup>44</sup> Knoph s. 125

<sup>45</sup> Kocktvedgaard s. 147

På bakgrunn av de nevnte rettskilder, kan det legges til grunn at formålet bak sitatretten ikke er å fremme kommersiell utnyttelse av tredjemanns vernede verk. En slik bruk må i utgangspunktet sies å ligge utenfor det sitatretten hjemler, og er under enhver omstendighet ikke innenfor sitatrettens kjerneområde. Den avgjørende begrunnelse for å innrømme sitatrett synes å være det praktiske behov som ligger i alminnelig samfunnsdebatt og kulturliv, dog slik at bruken ikke kommer i et konkurranseforhold til opphavsmannens enerett.

Dette syn støttes av Rognstad: "Sitat i reklame ligger normalt utenfor det som er sitatrettens formål og legislative begrunnelse. Slik har man gjerne vurdert spørsmålet også i andre land."<sup>46</sup>

Spørsmålet har vært oppe for domstolene i "Hertervigsaken", inntatt i NIR 1995 s. 687. Dommen er sentral for å fastlegge hvorvidt bruk av vernede verk i reklameøyemed kan hjemles i sitatretten. Jeg skal derfor gå nærmere inn i denne dommen.

Lagmannsretten tok utgangspunkt i alminnelige tolkningsprinsipper for låneregler og i den legislative begrunnelse for sitatretten, og uttalte:

*"Salgsfremmende reklame for konkrete varer og tjenester ligger markert utenfor den sentrale begrunnelse for sitatretten. Verken hensynet til almenheten i vid forstand – den offentlige frie meningsutveksling – eller andre reelle hensyn begrunner fri sitatbruk i reklame. Sterke reelle hensyn tilsier tvert i mot at loven tolkes slik at lovgivningen beskytter fri sitatrett i reklame for varer og tjenester. En slik sitatbruk medfører en latent risiko for å bli identifisert med og tatt til inntekt for de produkter det reklameres for. Dette er en prinsipielt forskjellig bruk fra å bli sitert i andre sammenhenger. I tillegg til de sterke reelle hensyn som gjør seg gjeldende, har rettens syn også støtte i juridisk litteratur"*

I dommen viste retten også til en uttalelse fra Rådet:

---

<sup>46</sup> s. 120

*”For de fleste av de regler som begrenser opphavsmannens enerådighet av hensyn til almenheten gjelder at de, vurdert utifra formål de er gitt for å fremme, ikke kan påberopes for utnyttelse av et verk i reklameøyemed.”*

Det kan etter dette legges til grunn at sitatretten ikke hjemler bruk av andres vernede verk i reklameøyemed. Det kan reises spørsmål om det bagatellmessige og tilfeldige sitat, der konkurransemomentet er fraværende, likevel kan anses rettmessig. Jeg drøfter perifer verksgjengivelse under punkt 4.2.

### 3.3 Gjengivelse av kunstverk i medhold av § 23 tredje ledd

Problemstillingen er om åndsverkloven § 23 tredje ledd hjemler adgang til å benytte andres verk i reklameøyemed.

Bestemmelsens tredje ledd fikk sin nåværende utforming i forbindelse med revisjonen av åndsverkloven som fant sted i 1995. Bestemmelsen hitsettes:

*”Er et kunstverk eller et fotografisk verk utgitt, eller har opphavsmannen overdratt eksemplarer av verk som nevnt, kan verket medtas i aviser, tidsskrifter, ved film og i kringkasting, såfremt verket utgjør en del av bakgrunnen eller på annen måte spiller en underordnet rolle i sammenhengen.”*

Spørsmålet er følgelig om andres verk kan medtas i reklameøyemed, ”såfremt verket utgjør en del av bakgrunnen eller på annen måte spiller en underordnet rolle i sammenhengen.”

Ordlyden er generell og har vage begrep som byr på tolkningstvil. Det foreligger liten veiledende praksis, og bestemmelsen er lite omtalt i den juridiske teori. Jeg anser det derfor avgjørende å hense til formålet bak bestemmelsen, lovens systematikk og siktemål generelt, samt lovens forarbeider.

Fra Ot prp nr 15 (1994-95) hitsettes fra departementets kommentarer til tredje ledd:



*”For å fange opp at bestemmelsen også gjelder aviser og tidsskrifter, er formuleringen ”spiller en underordnet rolle i forhold til det som er hovedinnholdet i filmen eller programmet” i gjeldende § 23 annet ledd som foran nevnt blitt endret til ”spiller en underordnet rolle i sammenhengen”. Det er ikke meningen at dette skal innebære noen realitetsendring. Når også aviser og tidsskrifter tas med, er det fordi det ikke bare er ved opptak av film og fjernsynsprogram, men også ved illustrasjonsoppdrag i den trykte presse at det kan være vanskelig å unngå at det kommer vernede kunstverk med på opptakene. Ved utendørs opptak vil man lett kunne få kunstnerisk utsmykking av en eller annen art med på bildet, f.eks. skulpturer eller vindusutstillinger hvor det er utsilt kunstverk. Ved innendørs opptak, f.eks. ved intervjuer med personer i deres private hjem eller kontorer, vil det også lett kunne være praktisk umulig å unngå å få med avbildning av den kunstneriske utsmykking i rommet.”*

I Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 94 fremkommer at: ”bestemmelsen gjør at det kan tas bilder og filmes ”selv om kunstverk vil komme med som en del av de omgivelser hovedmotivet befinner seg i. Bestemmelsen gir ikke adgang til å stille opp kunstverk slik at disse ”krydrer” et bilde, men å ta kunstverkene med fra de deler der de er plassert”, jf Ot. prp. nr. 15 (1994-95) side 131.”

Fra ovennevnte kan det utledes at verk som ikke utgjør hovedmotiv kan medtas i media, dersom verkene som medtas befinner seg i sitt vanlige element og sine vanlige omgivelser. Ulike typer av manipulering med verkenes oppstilling eller gjengivelse av underordnet rolle, må på den annen side antas å stride i mot bestemmelsen. Særlig må dette legges til grunn med tanke på de lojalitetsskranker § 11 og § 3 setter for retten til fri gjengivelse.

Bestemmelsen er gitt blant annet fordi det anses ”praktisk umulig å unngå å få med avbildning av den kunstneriske utsmykking i rommet”.

Reklamelaging er en møysommelig prosess, der lite antas å være overlatt til tilfeldighetene. Det skal presenteres et produkt eller en tjeneste av et eller annet slag. Reklamen er sjelden tilfeldige opptak, preget av hastige beslutninger om vinkling og

motiv. Det er tvert imot gjennomtenkte motiver og vinklinger som kjennetegner en reklame.

Av de siterte forarbeider er det forutsatt at bestemmelsen anvendes for helt andre sammenhenger enn reklameøyemed. Dersom bruken er bagatellmessig, antas dette å kunne tale for at bruken går klar av eneretten på det grunnlag, se punkt 4.2.

Konklusjonen blir at bruk av åndsverk i reklameøyemed ikke kan hjemles i denne bestemmelsen, som tar sikte på helt andre situasjoner.

### 3.4 Gjengivelse av kunstverk i medhold av § 24 annet ledd

Problemstillingen er om bestemmelsen hjemler avbildning av kunstverk i reklameøyemed.

Bestemmelsen lyder:

*”Kunstverk og fotografisk verk kan også avbildes når det er varig satt opp på eller ved offentlig plass eller ferdselsvei. Dette gjelder likevel ikke når verket klart er hovedmotivet og gjengivelsen utnyttes ervervsmessig”*

Bestemmelsen er begrunnet i at verk som er blitt en del av det offentlige rom, til en viss grad er å regne som ”felleseie”. Ingen arkitekt eller kunstner kan ha enerett til å gjengi en del av den ytre natur, som kunstverket eller byggverket gjennom selve sin oppstilling er blitt en del av. Samtidig begrunner ikke disse hensyn en ervervsmessig gjengivelse av et verk som hovedmotiv, noe for eksempel den isolerte gjengivelse av skulpturen ”Sinnataggen” kan være.

Gjengivelse kan skje dersom verket ikke utgjør et hovedmotiv og utnyttes ervervsmessig.

Hva som regnes å være ervervsmessig utnyttelse fremgår av Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 36-37: ”I dette (ervervsmessig red. anm.) ligger at det er et mål om økonomisk overskudd for øye med den aktivitet der bruken av verket finner sted. Dette er også

drøftet i Ot.prp. nr 85 (1197-98) s. 32, der det bl.a. sies: "En virksomhets kommersielle formål antas å forutsette en målsetting om økonomisk overskudd". Det sentrale er følgelig om målsettingen er økonomisk overskudd eller ikke. Bruk av verk i reklameøyemed må følgelig sies å være ervervsmessig utnyttelse.

Lovens vilkår om at verket ikke kan være hovedmotiv og om at gjengivelsen ikke kan utnyttes ervervsmessig synes å være kumulative. Dette innebærer etter en normal forståelse at verk som gjengis uten å være hovedmotiv, også kan utnyttes ervervsmessig.

Det er ingen rettspraksis omkring § 24, og hvordan bestemmelsen skal forstås nærmere må anses å være uklart.

Rent språklig kan bestemmelsen isolert sett synes å hjemle bruk av andres verk i reklameøyemed, så fremt verket ikke utgjør hovedmotivet.

§ 24 gjelder med de begrensninger som følger av § 11. Den offentlige gjengivelse må derfor være i den størrelse og skikkelse øyemedet krever. Verkets karakter må ikke forandres eller forringes ved gjengivelsen, og kildene må alltid angis slik god skikk tilsier. Gjengivelse, medtakning eller avbildning må videre være i henhold til § 3.

Reklameøyemed må antas ikke å kreve bruk av åndsverk i nevneverdig størrelse og skikkelse. Slik bruk hjemlet i § 24 må på denne bakgrunn derfor anses meget snever, særlig sett hen til lånereglens formål. Der bruken er svært perifer, kan dette tale for at krenkelse ikke foreligger. Hjemmel for slik gjengivelse synes i tilfelle å måtte søkes i at bruken er bagatellmessig, se punkt 4.2.

Bestemmelsen kan på denne bakgrunn ikke anses å hjemle bruk av andres åndsverk i reklameøyemed.



## 4 Tolkningsmomenter

I dette kapittelet er problemstillingen hvorvidt det finnes øvrige momenter som er relevante å ta hensyn til i en krenkelsesvurdering – når hjemmelsgrunnlaget for bruk av andres åndsverk er tynt eller usikkert.

### 4.1 Tretrinns testen

Det har på opphavsrettsområde alltid vært en sentral oppgave å balansere opphavsmannens behov for rettsbeskyttelse mot samfunnets og den enkeltes behov for å kunne bruke offentliggjorte og utgitte åndsverk uten først å innhente samtykke fra den enkelte opphavsmann.

I Bernkonvensjonen<sup>47</sup> er adgangen til unntak fra eksemplarframstillingsretten regulert gjennom artikkel 9 (2), gjerne omtalt som ”tretrinns testen”. Denne danner rammen for konvensjonspartenes adgang til å ha unntak fra denne eneretten i nasjonal lovgivning. Tretrinns testen innebærer at et unntak må oppfylle tre vilkår. Unntaket skal bare gjelde i spesielle og avgrensede tilfelle, ikke skade den normale utnyttelse av verket og ikke på urimelig måte tilsidesette opphavsmannens legitime interesser.

I opphavsrettsdirektivet<sup>48</sup> er tretrinns testen også inntatt som en generell ramme for alle de unntak som direktivet i utgangspunktet hjemler gjennom artikkel 5.5. Dette innebærer blant annet at vidtgående unntak hjemlet i direktivets ordlyd må prøves mot tretrinns testen.

Tretrinns testen fremstår i henhold til Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 30 i dag ”derfor som en internasjonalt anerkjent ramme for den nasjonale handlefrihet når det gjelder

---

<sup>47</sup> Norge er medlem av Bernkonvensjonen, som regulerer opphavsmannens enerett mellom medlemslandene.

<sup>48</sup> R.dir 2001/29/EF

adgangen til å gjøre unntak fra eneretten. Tretrinnsatesten er som navnet tilsier et prinsipp alle nasjonale unntak skal kunne testes mot." Departementet fant ikke tilstrekkelig grunnlag for å foreslå tretrinnsatesten inntatt i åndsverkloven. Begrunnelsen er at det i norsk rett ikke er tradisjon for å lovfeste alle prinsipper som lovtekster bygger på, og som gjeldende rett skal forstås med utgangspunkt i. Tretrinnsatesten var mer å anse "som et verktøy for lovgiver", se s. 30.

Det fremstår imidlertid som klart, og følger av EØS-loven § 2, at tretrinnsatesten må overholdes i vår nasjonale lovgivning. Eventuelle unntak fra eneretten til eksemplarframstilling må derfor gå klar av tretrinnsatesten.

Spørsmålet blir, forutsatt at bruk av åndsverk i reklameøyemed finner hjemmel i en av lovens avgrensningsregler, hvorvidt dette kan sies å gå klar av tretrinnsatesten. Svaret beror på en konkret vurdering i hvert enkelte tilfelle. Generelt kan det imidlertid hevdes at hvorvidt verket risikere å ta skade av bruken, avhenger av brukens omfang.

Opphavsmannens legitime interesser vil normalt også stride imot en slik bruk. Om opphavsmannens interesser er legitime, vil også måtte bero på en konkret helhetsvurdering. Det må foretas en interesseavveining mellom opphavsmannens behov for beskyttelse og samfunnets behov for bruk. Her finnes grunn til å anta at bruken av allerede velekspontert brukskunst, lettere kan hjemles enn et enkeltstående kunstverk.

Tretrinnsatesten fungerer på denne måten som et relevant tolkningsmoment, der man skal vurdere hjemmelsgrunnlaget for bruk av verk i reklameøyemed.

#### 4.2 Bagatellmessig bruk

Problemstillingen er om det kan hevdes å gjelde et prinsipp i dagens rett om at bagatellmessig bruk av andres åndsverk i reklameøyemed er lovlig, og i så fall i hvilken utstrekning. Med bagatellmessig bruk mener jeg bruk av lav intensitet, perifer gjengivelse, slik at utnyttelsen sett under ett fremstår som meget liten.

Prinsippet har sitt opphav i det latinske ”minima non curat praetor”, og er i følge Rognstad ”et klokt prinsipp”<sup>49</sup>. Han hevder videre å finne spor av prinsippet i en dansk høyesterettsdom, U 1997 s. 691. Prinsippet går i korte trekk ut på at der et verk blir utnyttet på en helt bagatellmessig måte slik at verksgjengivelsen er perifer, virker det ubegrunnet og lite hensiktsmessig å kalle den ulovlig eller kreve bruken stanset.

Den nevnte dommen er interessant for problemstillingen. Saken gjaldt reklame for en konkurranse hvor det var mulig å vinne pengepremie. I reklamen var det avbildet bunter av pengesedler. Danmarks Nationalbank reiste sak mot annonsøren med påstand om opphavsrettskrenkelse. Anførselen var i hovedsak at pengesedler er åndsverk, og derfor ikke kan avbildes uten samtykke fra nasjonalbanken.

Den danske høyesterett var enig i at pengesedlene i seg selv var vernede kunstverk, som ikke var unntatt fra åndsverksbeskyttelse etter den danske ophavsretslov § 9 om offentlige dokumenter mv. Retten uttalte imidlertid at ved fastleggelse av lovens beskyttelse av åndsverk måtte det legges vekt på åndsverkets formål, altså måtte det tas hensyn til at pengesedlenes sentrale formål var å representere en økonomisk verdi. I reklamen var pengesedlene videre ikke gjengitt i sin helhet eller normal størrelse, og gjengivelsen av pengesedlene som kunstverk var av uvesentlig betydning. I reklamens sammenheng var det pengesedlenes symbolverdi (som symbol på en økonomisk verdi) som var avgjørende, og retten kom på bakgrunn av dette til at det ikke forelå ulovlig eksemplarframstilling i henhold til den danske ophavsretslovens § 2 første ledd.

Fra dommen kan man generelt slutte at ikke all bruk er ulovlig bruk, hensett til brukens omfang og formål.

Problemstillingen videre blir om man av dette kan utlede et prinsipp, og dernest hvorvidt prinsippet kan sies å gi uttrykk for gjeldende norsk rett.

Det foreligger ingen klare rettskilder som hjemler et slikt prinsipp. Spørsmålet blir derfor om det likevel kan utledes av relevante rettskilder i gjeldende rett.

---

<sup>49</sup> s. 75



I forrige avsnitt drøftet jeg ”tretrinnsstegen”. De hensyn som ligger bak dette prinsippet må kunne sies i hovedsak å være båret av den balansegang opphavsretten søker å ivareta. Denne balansegangen består i å fastlegge opphavsmannen interesser, så vel de ideelle som økonomiske, på den ene side, og samfunnets behov og interesse i på den annen side å kunne nyttiggjøre seg av de verk som blir offentliggjort og utgitt.

De rent bagatellmessige utnyttelser av et vernet verk, synes i første øyeblikk ikke å stride i mot de nevnte hensyn. Opphavsmannen har i utgangspunktet liten beskyttelsesverdig interesse i å hindre bruk som ikke strider mot disse hensyn. Samtidig fremtrer samfunnets behov for å kunne gjøre en slik bagatellmessig bruk legitim. Et sted må grensen gå for hva som kan anses ulovlig. Ikke et hvert bakgrunnsmotiv, ufokusert, tilfeldig osv, vil man kunne reservere seg mot kommer med i en reklame. På den annen side, reklame er sjelden tilfeldig, og er det et maleri i bakgrunnen vil det kanskje nettopp være et poeng med gjengivelsen.

Vi befinner oss på et område der tema er å gjøre bruk av andres investeringer, både personlig og økonomisk. Snyltefaren er dermed stor, og eventuelle smutthull må forventes å bli tatt ivrig i bruk. Legalisering av perifer verksgjengivelse i reklameøyemedøyemed bør derfor gjøres med stor varsomhet.

I Ot.prp. nr. 46 (2004-2005) s. 31 refereres IFPIs<sup>50</sup> høringsuttalelse vedrørende lovens § 12. Uttalelsen er av en viss interesse for om et prinsipp om bagatellmessig bruk kan sies å foreligge. IFPI Norge uttaler at deres:

*”erfaring fra antipiratarbeide tilsier at en slik bestemmelse er helt vesentlig for å fange opp både mellommenn (for medvirkning) og store nedlastningsaktører. Det er på den annen side **lite tenkelig at bestemmelsen i praksis skal føre til kriminalisering eller saksøking av enhver privatperson som i neglisjerbart omfang laster ned og derved kopierer fra ulovlig kilde**”*(Min uthevning)

Uttalelsen har ingen rettskildemessig vekt for drøftelsen. Den er like fullt interessant, da den henviser til et prinsipp hvis innhold er at vi ”bryr oss ikke om småting”. Slik jeg

---

<sup>50</sup> Norges Antipiratororganisasjon

forstår uttalelsen er den likevel noe på siden av det som eventuelt måtte være prinsippets innhold, i det kriminalisering er ønsket, men ikke tenkt forfulgt i de "neglisjerbare" tilfelle. "Småtingprinsippet"s eventuelle innhold er imidlertid tenkt å innebære at de neglisjerbare tilfelle ikke anses kriminelle, og som følge av dette ikke kan forfølges.

Departementet uttaler i proposisjonen at tretrinnsprinsippet er et prinsipp, og at prinsipper tradisjonelt ikke har plass i loven, men som tolkningsprinsipp/tolkningsregler til støtte for lovbestemmelser.<sup>51</sup>

I dette ligger om ikke annet at et prinsipp om perifer verksgjengivelse kan tenkes å gjelde som et tolkningsprinsipp til støtte for lovens bestemmelser.

Konklusjonen blir at prinsippet har gode grunner for seg, men har for tynn forankring rettskildemessig til å gjelde som et alminnelig prinsipp i gjeldende rett. Prinsippet vil likevel kunne ha betydning som en rimelighetsbetraktning og for tolkingen av lovens bestemmelser ved en krenkelsesvurdering, særlig der lovens hensyn blir ivarettatt.

#### 4.3 Stilltiende samtykke

Problemstillingen er her først om opphavsmannens utgivelse og salg av masseproduserte åndsverk/ brukskunst, kan sies å innebære et stilltiende samtykke til bruk av verket i reklameøyemed. Videre er problemstillingen om et stilltiende samtykke kan være et relevant moment i en krenkelsesvurdering.

Det er i teorien fremholdt at samtykke fra opphavsmannen generelt kan gis uttrykkelig eller stilltiende, noe som også er lagt til grunn i forarbeidene til § 8. Hva som kreves må i utgangspunktet bero på en konkret helhetsvurdering, dog slik at omfattende bruk antas å måtte hjemles i et "klarere" samtykke enn den helt bagatellmessige.

Når det gjelder opphavsmannens utgivelse, offentliggjøring eller overdragelse av masseproduserte verk, kan det hevdes at ved å gi samtykke til massivt salg og

---

<sup>51</sup> Ot.prp. nr. 46 s. 30

eksponering av eget verk, ja så har man også gitt samtykke til å la andre bruke verket i hverdagens naturlige sammenheng.

Det må anses uklart i gjeldende rett hvorvidt det er adgang til å innfortolke aksept for slik bruk, i de tilfeller der åndsverket er velekponert i markedet.

På den ene side gjøres ofte slik bruk av andres verk i reklameøyemed. Hvor mye av bruken som er klarert med opphavsmannen foreligger ingen tall på, men etter å ha loddet holdningen i bransjen, synes prinsippet om at det er lettere å be om tilgivelse enn tillatelse å råde også her. Det kan hevdes at det foreligger en sedvanerettslig adgang til å gjøre en slik bruk, begrunnet i at stilltiende samtykke foreligger for denne type åndsverk, og i at bruken har vunnet aksept i bransjen på begge sider.

På den annen side foreligger ingen klar og langvarig praksis, og bruken kan derfor neppe hjemles i en slik sedvanerettslig akseptregel.

Et moment som likevel taler for at det foreligger hjemmelsgrunnlag i stilltiende samtykke til slik bruk, er prinsippet om bagatellmessig bruk. I den grad det foreligger et unntak fra eneretten der bruken er særs bagatellmessig, vil dette derfor kunne tale for at bruken er lovlig, spesielt der opphavsmannen hevdes stilltiende å ha gitt samtykke til en slik bruk.

Slik synes et eventuelt stilltiende samtykke å kunne fungere som et tolkningsmoment i en vurdering av om eneretten er krenket. Som et moment i en krenkelsesvurdering, tilsier momentet at der en opphavsmann selv har høy grad av eksponering, bør han tåle en viss bruk. Avgjørende for om det kan hevdes å foreligge et samtykke, synes å være om bruken er omfattende eller ikke. Dersom bruken anses skadelig for opphavsmannens økonomiske eller ideelle rett, vil momentet tilsi at samtykke ikke er gitt. Er bruken ”normal” og verket gjengis i sitt naturlige miljø, synes momentet i visse tilfeller å kunne tilsi at krenkelse av eneretten ikke foreligger.

Til eksempel 1:

Problemstillingen er om det faktum at opphavsmannen har samtykket i masseproduksjon av sitt verk, innebærer et stilltiende samtykke til at verket medtas i reklameøyemed.



Verkene gjengis i sitt naturlige miljø, og bruken antas ikke å skade opphavsmannens økonomiske eller ideelle rett. Verkene er av opphavsmennene høyeksponert i markedet. Dette tilsier at bruken ikke krenker opphavsmennenes enerett.

Det foreligger imidlertid ingen rettspraksis på området, og rettskildegrunnlaget er for tynt til å kunne hjemle bruken på bakgrunn av et stilltiende samtykke alene. (Dersom for eksempel § 24 annet ledd ville kommet til anvendelse på denne saken, antas resultatet å kunne blitt annerledes)

Til eksempel 2:

Problemstillingen er om Alessi sitronpressen er så vidt eksponert at opphavsmannen kan sies å ha samtykket i en slik bruk som foreligger her.

Sitronpressen utgjør et ikke bagatelmessig moment i reklamen. Den omfattende bruken tilsier at stilltiende samtykke ikke kan påberopes. Sitronpressen er videre ikke like eksponert i markedet som produktene i eksempel 1. Dette tilsier også at bruken ikke kan hjemles i et stilltiende samtykke.

## 5 Oppsummering av gjeldende rett med lege ferenda vurdering

### 5.1 Vil utnyttelse av verk i reklameøyemed hindres allerede fra et "fugleperspektiv"?

Jeg har i oppgaven vært igjennom hovedhensyn og prinsipper som ligger til grunn for opphavsretten, der opphavsmannens enerett er sentral. Den kommersielle utnyttelsen av verk er i all hovedsak tiltenkt å tilligge opphavsmannen. Opphavsmannens råderett over verket avgrenses av allmennhetens rett til gjengivelse i visse situasjoner. Som et klart utgangspunkt må gjengivelse for reklameøyemed kunne sies å falle utenfor den alminnelige rett til gjengivelse allmennheten er gitt.

Jeg har helt kort drøftet "tretrinnsstesten", som danner rammen for adgang til å ha unntak fra eneretten i nasjonal lovgivning. På bakgrunn av Norges internasjonale forpliktelser, er det nødvendig å se hen til tretrinnsstesten. Hvorvidt man velger å foreta en prøving av eventuelle unntak mot denne, mot de alminnelige opphavsrettslige prinsipper, eller foretar en slik prøving som et ledd i en tolkningsprosess er for så vidt uvesentlig.

Det interessante er, slik jeg ser det, at disse overordnede retningslinjene nedfelt i Bernkonvensjonen, opphavsrettsdirektivet, samt de alminnelige rettsgrunnsetninger og hensyn som bærer opphavsretten og dagens åndsverklov, indikerer allerede før man ser på de enkelte bestemmelser hvordan disse bør forstås.

Det er dette jeg mener når jeg i overskriften spør om bruk av verk i reklameøyemed allerede fra et "fugleperspektiv" kan anses ulovlig. Selv om enkelte bestemmelser i lov eller direktiv kan leses som om de gir adgang til fri bruk av verk i reklameøyemed, kan dette være ulovlig på bakgrunn av mer generelle og tungtveiende rettskilder. Hvis man i stedet for å vende blikket ned i de små bokstaver, retter blikket opp på de overliggende prinsipper og rettskilder, finner man etter min mening deler av svaret allerede der.

Det er min vurdering at spørsmålet i utgangspunktet derfor kan besvares bekreftende. Oppgaven viser at ingen tungtveiende rettskilder tilsier noe annet. Like viktig som å fastslå dette utgangspunktet, er det imidlertid å holde døren på gløtt for den totalvurdering som må gjøres. Utfallet beror på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

## 5.2 Grensene for fri bruk

Jeg har gjennom oppgaven vist at det klare utgangspunkt i opphavsretten er at den frie bruk ikke gjelder ved kommersielle formål.

Grensene mot den frie bruk synes mer komplisert ved de industrielle kunstverk enn de tradisjonelle. Masseprodusert brukskunst har i utgangspunktet et svakere vern, særlig fordi variasjonsmulighetene er små og friholdelsesbehovet stort. Slik kunst utgjør dessuten en annen rolle i samfunnslivet enn øvrig kunst.

Uansett verkstype, har imidlertid originæropphavsmannen ingen muligheter for å nekte medtatt i reklameøyemed slik bearbeidelse som medfører at nytt selvstendig verk oppstår. Eneretten hindrer ikke at andre lar seg inspirere til kreativ utfoldelse.

Enerettens avgrensingsregler er ikke laget med tanke på den kommersielle bruk. Lånereglene åpner derfor i utgangspunktet ikke for bruk av tredjemanns vernede verk i reklameøyemed. Bestemmelsene om gjengivelse av kunstverk må likevel anses uklare, og er utformet slik at noen "smutthull" finnes. Særlig antas dette å gjelde der hensynet til opphavsmannens enerett ikke tilsier særlig streng fortolkning av bestemmelsene.

Det er videre ingen klare rettskilder som tilsier at bagatellmessig bruk går fri av eneretten på prinsipielt grunnlag. Rimelighetshensyn taler imidlertid sterkt for at de helt bagatellmessige gjengivelser ikke krenker eneretten, og således er legale. Konkurransmomentet er avgjørende for prisnippets vekt. Prinsippet om bagatellmessig bruk er mer et tolkningsmoment enn rettsprinsipp.

Endelig har vi sett at det finnes gode grunner for å hevde at bruk av vernede verk i reklameøyemed i visse tilfelle vil kunne hjemles i stilltiende samtykke. Det er likevel



ingen rettskilder som tilsier at dette skal gjelde på prinsipielt grunnlag. I enkelte tilfelle kan dette likevel være et relevant tolkningsmoment, særlig der bruken også er bagatellmessig, tilfeldig og verkene ellers står i sitt rette element. Disse momentene forsterkes for den masseproduserte brukskunst, men antas å ha mindre gjennomslagskraft for enkeltstående åndsverk.

### 5.3 Trenger vi endringer i åndsverkloven?

Gjennom oppgaven har jeg vist at åndsverkloven kan hevdes å være lite "fungerende" på dagens hyppigere og mer intense bruk av åndsverk, særlig for den masseproduserte brukskunst. Grensene for hvilken benyttelsesadgang som i hvert enkelt tilfelle foreligger er vage.

Utgangspunktet er likevel klart, åndsverkloven åpner ikke for kommersiell bruk av andres åndsverk.

Noen vil kanskje hevde at den ikke på tilfredsstillende måte gjør dette klart nok, da noen av lovens låneregler har åpnet for diskusjoner og tvil om bestemmelsenens omfang. Vi har sett at usikkerheten likevel ikke burde være uforholdsmessig stor, hvis man ser hen til formålet bak eneretten og dens avgrensingsregler.

Andre vil igjen kunne hevde at loven klarere burde åpne for den rent bagatellmessige bruk, der også andre hensyn taler for dette. Den risiko for legal snylting dette medfører, tilsier etter min mening at en slik åpning vil kunne utvanne opphavsmannens enerett, og på denne måten være uheldig.

Det kan være lett å hevde at åndsverkloven ikke fungerer for den moderne brukskunst. Dette er imidlertid en diskusjon om hvilke krav vi bør stille til åndsverk i dagens samfunn, heller enn en diskusjon om åndsverkloven fungerer for den moderne brukskunst.

## 6 Litteraturliste

### *Litteratur*

Aakre, Håkon. *Retten til å sitere fra Åndsverk*. Oslo, 2002

Knoph, Ragnar. *Åndsretten*. Oslo, 1936

Koktvedgaard, Mogens. *Lærebog i Immaterialret*. 5. utg. 1999

Lange, Anne Beth. *Klassikervernet i norsk åndsrett*. Complex 1/2000

Lassen, Birger Stuevold. *De opphavsretslige lånereglens avgrensning av eneretten ved utnyttelse/sammenstilling av deler av verk og prestasjoner i "multimedia"-sammenheng – særlig med henblikk på sitatrettens utstrekning*. Oslo, 1998.

Rognstad, Ole Andreas. *Fragmenter til en lærebok i opphavsrett*. Oslo, 2004

### *Forarbeider*

Ot. prp. nr. 22 (1930) Lov om vern for åndsverker.

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

Inst. O.XI (1960-61) Innstilling fra kirke- og undervisningskomiteen om lov om opphavsrett til åndsverk

NOU 1988:22 Endringer i åndsverkloven m.v

Ot prp nr 15 (1994-95) Om lov om endringer i åndsverkloven m m

Ot.prp. nr 85 (1997-98) Om lov om endringer i åndsverkloven (gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser)

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

***Rettsavgjørelser – Høyesterett:***

Rt. 1940 side 327 "Hallo Hallo"

Rt. 1957 s 275 "Flaggermusen"

Rt. 1962 s 964 "Wegners sybord"

Rt. 1997 s 199 "Cirrus"

Rt. 2005 s 41 "Napster"

***Andre rettsavgjørelser***

RG. 1999 s 330 "MOCS" (Borgarting lagmannsrett)

RG. 1999 s 1009 "Bang Hansen" (Borgarting lagmannsrett)

RG. 2000 s 1042 (Oslo byrett)

RG. 2000 s 1516 "Markus data" (Sandefjord byrett)

RG. 2001 s 676 "Treasure Trolls" (Agder lagmannsrett)

LH-2000-620 [Lovdata online] (Hålogaland lagmannsrett – Dom. 2001-04-25)

NIR 1968 s 227 "Nøkkelhullbeslag"

NIR 1968 s 323 "Dams lykketroll"

NIR 1995 s 341

NIR 1995 s 687 "Hertervigsaken"

NIR 1999 s. 248 "Skrik"

UfR 1997 s. 691

***Lover***

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

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



### ***Konvensjoner***

Bernkonvensjonen for litterære og kunstneriske verk (1886)

WIPO Copyright Treaty

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001.

(Opphavsrettsdirektivet)

### ***Forkortelser***

Inst. S – Innstilling til Stortinget

NOU – Norges offentlige utredninger

Ot.prp. – Odelstingsproposisjon

Rt. – Norsk Rettstidende

RG. – Rettens Gang

UfR – Ugeskrift for Retsvæsen

## **7 Vedlegg**

Vedlegg 1: Reklameannonse for Sigdal-kjøkken

Vedlegg 2: Reklameannonse for Gaggenau-kjøkken

Vedlegg 3: Reklameannonse for Telenor-bredbånd

Vedlegg 4: Reklameannonse for Telenor-bredbånd

VEDLEGG 1



Avbildet modell: Casa Palett. Fåes i 11 trendfarger.

Sigdal Kjøkkensenter. Drammensvn. 126, 0277 Oslo. Tlf: 22 12 13 00. E-post: [firmapost@sigdal-kjokken.no](mailto:firmapost@sigdal-kjokken.no)



VEDLEGG 2



**TIDLØS, FRANSK ELEGANSE**

**GAGGENAU**

**MOBALPA**

**KJØKKENDESIGN AS**

Håkon VII gt. 2,  
0161 Oslo.  
Tlf.: 22 83 01 70  
Fax: 22 83 01 71

ÅPNINGSTIDER:  
Man.-fre.: Kl. 10.00-17.00  
Lørdag: Kl. 10.00-14.00  
eller etter avtale

**FRANSKE KAMPANJEDAGER HELE APRIL!**

[www.mobalpa.no](http://www.mobalpa.no)



# ONLINE ADSL

BREDBÅND FRA TELENOR



Abonnementet inneholder:

**KOMPLETT SIKKERHETSPAKKE**

MED NORTON INTERNET SECURITY

**FILTER MOT UØNSKET E-POST**

SØRGER FOR AT DU FÅR HA PC-EN I FRED

**BRANNMUR**

HOLDER INNTRENGERE UTE!

**STOR UNDERHOLDNINGSPAKKE**

FRA ICANAL MED BL.A. MUSIKK, FILMER, OG SPILL

For mer informasjon om dekning og bestilling gå inn på [www.telenor.no](http://www.telenor.no), ring 05000 eller besøk din lokale forhandler.

Tilbudet gjelder ved bestilling av bredbånd mellom 1. mars og 31. mai og forutsetter at du har hjemmetelefon, modem og Online ADSL-abonnement i 12 mnd. Hvis du ikke har modem, kan du kjøpe det hos Telenor til 529,-. Har du ikke hjemmetelefon, påløper det 998,- for montør + 720,- per år i tillegg.

Tryggere Internett for deg og dine





# VEDLEGG 4

