

## Høyesterett og Il Tempo Gigante – en kommentar til advokat Rune Ljostads artikkel i NIR 2018 s. 394

Av professor Ole-Andreas Rognstad<sup>1</sup>

### 1 Om bakgrunnen for advokat Ljostads kommentar – og egen involvering

Advokat Rune Ljostad kommer i NIR 2018/3 med kraftig kritikk av norsk Høyesteretts dom i HR-2017-2165-A (Il Tempo Gigante).<sup>2</sup> Kommentaren er sterkt preget av at Ljostad var prosessfullmektig for tapende part i saken, Caprino Filmcenter AS.<sup>3</sup> Leses artikkelen ut av denne konteksten, gir den inntrykk av at dommen er beheftet med alvorlige svakheter av prinsipiell karakter. Slutningene Ljostad trekker i sin artikkel om forholdet mellom EU-retten og Høyesteretts dom må imidlertid ses på bakgrunn av at faktum i saken har vært sterkt omtvistet mellom partene. I sin saksfremstilling legger Ljostad Caprino Filmcenters, og ikke Høyesteretts, faktumforståelse til grunn for sin kritikk, som i første rekke er rettslig fundert. Man kan selvsagt ha ulike oppfatninger av den subsumsjonen Høyesteretts dom gir uttrykk for, spesielt avhengig av om man har stått på en spesiell side av konflikten, slik også undertegnede har. Men det er etter min mening intet grunnlag for Ljostads påstand om at dommen er i strid med EU-retten og Norges internasjonale forpliktelser. Her må det også presiseres at EU-retten i liten grad ble problematisert under sakens gang, og i hvert fall av den tapende part selv. Derfor er det nokså underlig at dette nå skyves frem som et hovedproblem med Høyesteretts dom av partens prosessfullmektig. Men det er nok som sagt heller ved Høyesteretts faktumforståelse og subsumsjon at skoen egentlig klemmer.

La meg presisere det jeg allerede har antydnet: Også forfatteren av dette innlegget har vært tungt involvert i rettssaken, som tidligere styremedlem av, og i den egenskap rådgiver for, Aukruststiftelsen – en av Caprino Filmcenters to motparter. Jeg har derfor heller ikke et nøytralt forhold til saksforholdet i denne saken, som jeg vanligvis har som jussprofessor i Norge, der vi av prosessuelle grunner ikke har tradisjon for å skrive rettsbetenknninger i pågående rettssaker. Av den grunn har jeg også til nå avstått fra å skrive rettssakskommentarer til denne saken. Men jeg finner, med min egen involvering i saken som

---

<sup>1</sup> Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo. Forfatteren var i perioden 2010-2015 styremedlem i Aukruststiftelsen – en av partene i Il Tempo Gigante-saken – og har bistått stiftelsen med råd i denne saken.

<sup>2</sup> Rune Ljostad, «Il Tempo Gigante i Høyesterett», NIR 2018 s. 394-407

<sup>3</sup> Jf, NIR 2018 s. 394 fotnote xx, innsatt på initiativ av NIRs redaksjon etter at man ble gjort oppmerksom på forholdet.

en klar og eksplisitt premiss, grunn til å presentere en alternativ forståelse av de forholdene Ljostad påpeker. Så kan NIRs lesere trekke sine egne slutninger. Det ligger i dette at min kommentar ikke er ment som noe debattinnlegg. Jeg mener bare at Høyesteretts dom ikke fortjener at omtalen Ljostad har gitt den i tidsskriftet NIR blir stående uimotsagt.<sup>4</sup> Og det er slik sett en fordel å ha vært på innsiden av saken for å kunne bringe en viss balanse i regnskapet.

## 2 Kort om bakgrunn og kontekst for konflikten

Dypest sett handler rettstvisten om berg- og dalbanen Il Tempo Extra Gigante i Hunderfossen Familiepark om en grunnleggende uenighet om de kreative prosessene som lå til grunn for Norgeshistoriens desidert største filmsuksess, Flåklypa Grand Prix, som bl.a. portretterer den ikoniske racer bilen Il Tempo Gigante, konstruert av sykkelreparatør Reodor Felgen. Helt kort fortalt mener Aukruststiftelsen, som forvalter rettighetene etter forfatteren og billedkunstneren Kjell Aukrust, at figurene og mesteparten av de elleville påfunnene som også preger filmen Flåklypa Grand Prix i stor grad kan henføres til Kjell Aukrusts forfatterskap og kunstneriske virke. Filmprodusenten Caprino Filmcenter på sin side synes å mene – og det bekreftes av advokat Ljostads saksfremstilling i kommentaren til Høyesteretts dom – at filmen mer løselig er basert på Kjell Aukrusts fantasiunivers, og at det gjennom filmen er skapt et eget univers, Flåklypa Grand Prix-universet. Det er ingen grunn her til å gå nærmere inn på ulikhetene i virkelighetsoppfatning, annet enn å bemerke at begge parter mener at motparten undervurderer egen parts kreative innsatser. Men uenigheten skaper uløselige konflikter ved den videre utnyttelsen av det universet som ligger til grunn for filmen. Uløselige, i den forstand, at de – beklagelig nok – bare kan finne sin løsning i domstolene.

Konflikten som førte til rettssaken om berg- og dalbanen har i saken fått sin løsning på de opphavsrettslige problemene den reiste gjennom Høyesteretts dom. Fortsatt gjenstår tvisten om Aukruststiftelsen har handlet i strid med sine kontraktsforpliktelser og om stiftelsen samt dens lisenstaker Hunderfossen Familiepark har brutt konkurransebestemmelsene i markedsføringsloven. Den delen av saken har nettopp vært til fornyet behandling i

---

<sup>4</sup> Det er like fullt grunn til også å henvise til Torger Kiellands domskommentar i NIR 2018 s. 427-429, som får representere 'utenfrablikket' i denne sammenhengen, ettersom Kielland ikke har vært involvert i saken på noen som helst måte.

Eidsivating lagmannsrett, hvis utfall ikke er kjent i skrivende stund. Uavhengig av dette er det forståelig at Høyesteretts dom om de opphavsrettslige spørsmålene har vakt sterk misnøye hos Caprino Filmcenter og dets advokater, gitt det sterke engasjementet som har vært utvist og ikke minst sakskostnadene som er i spill. Men det berettiger ikke at advokat Ljostad ved sin fortsatte prosedyre av opphavsrettssiden av saken, nå i tidsskriftet NIR, later som om Caprino Filmcenters virkelighetsoppfatning danner det faktiske grunnlaget for saken, som da også blir styrende for hans kritikk av Høyesteretts rettsanvendelse.<sup>5</sup>

### 3 Bevissituasjon og bevisvurdering

En vesentlig premiss for å forstå Il Tempo Gigante-saken, og Høyesteretts dom, er de betydelige vanskelighetene som er forbundet med å føre bevis for forhold som ligger nesten 50 år tilbake i tid, og der hovedaktørene i saken for lengst er borte. Både for tingretten og lagmannsretten var det omfattende bevisførsel. For å gjøre en lang historie kort, trakk Sør-Gudbrandsal tingrett den slutningen fra bevisene – etter en omfattende og inngående vurdering – at de kreative valgene som påvirket filmbilens utseende i stor utstrekning kunne tilbakeføres til Kjell Aukrusts kunstneriske innsats.<sup>6</sup> Unntaket var det tingretten oppfattet som den kunsthåndverksmessige finishen ved bilen. Det er i den forbindelse grunn til å bemerke at tingretten besto av en fagdommer og to – fra partene uavhengige – kunstsakkyndige medlemmer. Rettens konklusjon var at det bare var det sistnevnte trekket ved filmbilen som hadde opphavsrettslig vern på Caprino Filmcenters hånd.

Ved anken til Eidsivating lagmannsrett sto ikke saken i en nevneverdig annen bevismessig stilling. Det avspeiles i lagmannsrettens dom, som i ubetydelig grad avviker fra tingrettens forståelse av hva som rent faktisk var skjedd i saken, selv om resultatet ble motsatt av i tingretten. Det er likevel verd å merke seg at lagmannsrettens flertall på flere punkter sluttet seg til Aukruststiftelsen og Hunderfossens Familieparks anførsler vedrørende selve bevissituasjonen, blant annet ved å legge til grunn at «Aukrust i tidligere tegninger benyttet en rekke enkeltelementer som finnes igjen i filmbilen. Flere av disse enkeltelementene finnes i ulike utforminger, og har større eller mindre likhetstrekk med enkeltelementene i filmbilen

---

<sup>5</sup> At Caprino Filmcenter AS holder fast ved den virkelighetsforståelsen som har ligget til grunn for søksmålet, illustreres av at dokumentet «Hva skyldes egentlig tvisten mellom Aukruststiftelsen og Caprino Filmcenter AS?», som ble utarbeidet i perioden mellom forhandlingene i tingretten og tingrettsdommen, fortsatt ligger ut på firmaets nettside, se <http://www.caprino.no/mail/no/150914.html>.

<sup>6</sup> Sak 14-169454TVI-SGUD, dom av 16. oktober 2015.

...». Videre legger lagmannsrettens flertall til grunn at det «er ... sannsynlig at Aukrust har kommet med innspill overfor Bjarne Sandemose [Caprino Filmcenters scenograf som bygde filmbilen]», idet man viser til «vitneforklaringer om at Aukrust både var i filmstudioet og hjemme i kjelleren hos Bjarne Sandemose under byggeperioden, og hans store interesse for biler». Ifølge flertallet var det «også sannsynlig at Bjarne Sandemose – i tillegg til tegning A – har vært kjent med flere av Aukrusts tidligere publiserte tegninger hvor slike enkeltdetaljer fremgår, og at disse tegningene har påvirket den konkrete utformingen av filmbilen, og således bidratt til helhetsuttrykket av filmbilen». Som belegg viser flertallet til et intervju med Sandemose. Intervjuet er foretatt der han, etter ferdigstillelsen av en foreløpig versjon av filmbilen, som inneholdt der mange av elementene som ikke fantes på tegningen av bilen som forelå forut for samarbeidet med Caprino Filmcenter (den såkalte tegning A). Sandemose sier i intervjuet at han, fikk en tegning fra Kjell Aukrust og så satte i gang med å finne ting han hadde liggende og som liknet de tingene Aukrust hadde tegnet. Lagmannsretten viser også til en uttalelse fra Kjell Aukrust om at han brukte fire dager på å tegne dashbordet slik han ville ha det.<sup>7</sup>

Denne bevisvurderingen, som ender med slutningen om at Aukrusts bidrag til utformingen av filmbilen utgjorde en individuell, skapende åndsinnsetning, sto i skarp kontrast til Caprino Filmcenters anførsler i anken til lagmannsretten.<sup>8</sup> Motsatt er det ingen stor avstand mellom lagmannsrettens bevisvurdering på dette punktet og tingrettens vurdering av at det var sannsynliggjort at Kjell Aukrust «under arbeidet med filmbilen ... laget flere tegninger og skisser både av hele bilen og ulike detaljer, som Sandemose brukte under arbeidet med bilen»,<sup>9</sup> som advokat Ljostad bruker som eksempel på at Høyesterett bryter med lagmannsrettens bevisvurdering.<sup>10</sup> Nettopp den nære sammenhengen som det her var mellom tingrettens og lagmannsrettens bevisvurdering, var årsaken til at Aukruststiftelsen og Hunderfossen valgte ikke å anke lagmannsrettens bevisvurdering. Det gjorde heller ikke Caprino Filmcenter, til tross for at bevisvurderingen på flere punkter klart gikk imot deres

<sup>7</sup> Se sak 16-00101 IASD-ELAG, dom av 9. januar 2017, s. 33-34.

<sup>8</sup> I Caprino Filmcenters anke til Eidsivating lagmannsrett av 20. november 2015, der det bl.a. ankes over tingrettens bevisvurdering, fremheves det at det er «en sterk presumsjon for at *all utforming* som skiller filmbilen fra tegning A må tilskrives Sandemose» og at «[d]et ... ikke [er] fremlagt et eneste bevis som dokumenterer *hva* Aukrust har bidratt med utover tegning A. Det er på det rene at Aukrust besøkte filmstudioet under produksjonen og at Aukrust og Sandemose hadde en god dialog. Det var imidlertid ikke slik at Aukrust instruerte de ansatte hos Caprino. Tvert i mot, da han var til stede var han entusiastisk og godkjente alt som ble gjort.» Denne bevisvurderingen er klart tilbakevist i lagmannsrettens dom.

<sup>9</sup> 14-169454TVI-SGUD, s. 52.

<sup>10</sup> Ljostad, NIR 2018 s. 406.

anførsler i anken til lagmannsretten, Den oppgitte årsaken var at man ikke hadde noen interesse av å anke en dom man hadde fått fullt medhold i.<sup>11</sup> Det skaper likevel det problem at når Høyesterett setter til side lagmannsrettens rettsanvendelse, men beholder bevisvurderingen, står saken i et helt annet lys. Det kan forklare hvorfor advokat Ljostad nå angriper Høyesteretts rettsanvendelse på et annet grunnlag enn det som var omtvistet i saken, men kritikken blir ikke berettiget av den grunn.

#### 4 Rettsspørsmålene for Høyesterett – og løsningen av dem

Når Aukruststiftelsen og Hunderfossen anket lagmannsrettsdommen til Høyesterett, var det fordi lagmannsrettens flertall trakk gale *rettslige slutninger* ved anvendelsen av åndsverklovens regler på det faktum den selv fant bevist. For det første uttalte flertallet i lagmannsretten at det forhold at Kjell Aukrust tidligere hadde benyttet enkeltelementer tilsvarende dem som finnes på filmbilen, hadde «begrenset betydning» ved vurderingen av opphavsretten til filmbilen.<sup>12</sup> For det andre ga flertallet eksplisitt uttrykk for at tingrettens dom bygget på feil rettsanvendelse når den ved vurderingen av hva som var originalt i filmbilen, måtte ta stilling til hva Kjell Aukrust hadde bidratt med og så gjøre ‘fradrag’ for det.<sup>13</sup> Lagmannsrettens flertall mente i stedet at det var helhetsinntrykket av filmbilen som utgjorde opphavsretten i filmbilen, og at det ikke kunne gjøres ‘fradrag’ for Kjell Aukrusts bidrag til filmbilen ut over det helhetsuttrykk som fremgikk av ‘originalverket’, som her ble definert som ‘tegning A’.<sup>14</sup> For det tredje unnlot man å gå videre inn på implikasjonene av at Kjell Aukrust hadde ytet originale bidrag ved utformingen av bilen, med henvisning til at Aukruststiftelsen ikke hadde gjort gjeldende krav om opphavsretten til filmbilen som bearbeidelse.<sup>15</sup>

Høyesterett gikk i sin enstemmige dom mot lagmannsrettens flertall på alle de nevnte punktene, idet lagmannsretten baserte seg «på en uriktig forståelse av åndsverkloven [1961] § 4 annet ledd [jf. åndsverkloven 2018 § 6 første ledd]». Den korrekte tilnærming for å fastslå hva som er vernet som bearbeidelse, var ifølge Høyesterett, «å klarlegge hvilke selvstendige *endringer og tillegg* bearbeideren hadde tilført originalverket, og så vurdere om *disse* fyller

---

<sup>11</sup> Caprino Filmcenters prosesskriv av 21. april 2017 s. 2.

<sup>12</sup> 16-00101 IASD-ELAG, s. 32.

<sup>13</sup> 16-00101 IASD-ELAG, s. 46.

<sup>14</sup> Tegning A er avbildet i NIR 2018 s. 400 og 416. Filmbilen på s. 401 og 417.

<sup>15</sup> 16-00101 IASD-ELAG, s. 34.

kravene til verkshøyde, hver for seg eller etter en helhetsbedømmelse. Bearbeidelse må ved denne vurderingen holdes opp mot alle sider av originalverket som er uttrykk for originalopphavsmannens åndsinnsetning – detaljer så vel som helhet.»<sup>16</sup> I den forbindelse ble det presisert at Kjell Aukrusts opphavsrett til den såkalte tegning A – altså den tegningen av bilen som uomtvistelig forelå før filmen – ikke var begrenset til helhetsinntrykket av tegningen, slik lagmannsrettens flertall la til grunn. Videre bemerket Høyesterett at «når lagmannsretten i tilknytning til dette legger til grunn at bearbeidelsen utgjør ‘helhetsinntrykket’ av filmbilen, tas det dessuten ikke tilstrekkelig høyde for at Sandemose ikke skal ha vern for ideer og håndverksmessige endringer og heller ikke for verkselementer og kunstneriske uttrykk som kan tilbakeføres til Aukrust». En konsekvens av lagmannsrettens rettanvendelse, ville ifølge Høyesterett være «at opphavsretten til originalverket blir innskrenket og fortrent av bearbeidelsen», noe som ville være i strid med både åndsverklovens og Bernkonvensjonens regler om bearbeidelser.<sup>17</sup>

Høyesteretts rettsavklaring av originalitetsvurderingen ved bearbeidelser er viktig, og er påfallende nok knapt nevnt i advokat Ljostads kommentar. Dette til tross for at det var *dette* spørsmålet som var omtvistet mellom partene i rettssaken, og ikke implikasjonene av EU-domstolens tolkning av originalitetskravet, som er det Ljostad er opptatt av nå. Det skal her også bemerkes at Høyesteretts tilnærming impliserer at lagmannsretten tok feil også ved å unnlate å trekke inn Kjells Aukrusts originale bidrag ved utformingen av filmbilen, *fordi* Aukruststiftelsen ikke hadde gjort gjeldende rettigheter til *filmbilen* som bearbeidelse. Som lagmannsretten flertall selv også er inne på, fantes mange av elementene i filmbilen på Aukrusts tidligere tegninger, og etter lagmannsrettens bevisvurdering var det sannsynlig at disse tegningene har påvirket utformingen av filmbilen. Dette må det, etter Høyesteretts dom, tas høyde for ved vurderingen av hva som var Bjarne Sandemoses originale bidrag ved byggingen av filmbilen. I saken hadde Caprino Filmcenter anført at Kjells Aukrusts eventuelle bidrag ved utformingen av filmbilen måtte inngå i bearbeidelsen som et fellesverk. Også denne anførselen ble tilbakevist ved Høyesteretts tilnærming. Jeg kommer tilbake til dette.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> HR-2017-2165-A, avsnitt 83 (se NIR 2018 s. 421).

<sup>17</sup> HR-2017-2165-A, avsnitt 84-86.

<sup>18</sup> Se nedenfor i pkt. 9.

## 5 Høyesteretts konkrete vurdering – forholdet mellom rettsanvendelse og bevisvurdering

Høyesteretts generelle vurdering av originalitetsvurderingen ved bearbeidelser, leder over i dens konkrete vurdering av hva som var originalt ved filmbilen som bearbeidelse av Kjell Aukrusts verk. Sentralt ved Høyesteretts vurdering står skillet mellom rettsanvendelsen, som altså var gjenstand for anken, og bevisvurderingen som ikke var det. Her uttales det at Høyesterett må bygge på lagmannsrettens bevisvurdering, som imidlertid kan suppleres med ‘vitterlige kjensgjerninger’. Videre fremheves det at spørsmålet i opphavsrettssaker gjerne vil være hvilke rettslige slutninger som kan trekkes fra faktum – altså det som på fagspråket gjerne omtales som subsumsjon. Dette dreier seg, ifølge Høyesterett, ikke om bevisbedømmelse, men om å anvende reglene på faktum.<sup>19</sup> Høyesterett viser her til en tidligere dom, avsagt samme år, der det uttales at Høyesterett må bygge på det faktum lagmannsretten har funnet bevist, men kan trekke andre slutninger fra samme faktum. I den dommen erkjennes det at det slik sett kan være en subtil overgang mellom bevisvurderingen og subsumsjonen.<sup>20</sup>

Hvis vi kobler dette til lagmannsrettens bevisvurdering, måtte det i saken legges til grunn at Kjell Aukrusts tidligere tegninger hadde påvirket utformingen av filmbilen. Dette faktum kunne Høyesterett legge til grunn sammen med de vitterlige kjensgjerningene som selve tegningene, avisartikler og manuskriptet til Flåklypa Radio og TV, som ble skrevet til en TV-serie forut for filmen, som ikke ble noe av.<sup>21</sup> På denne bakgrunn foretok Høyesterett en konkret vurdering av hva som var originalt ved filmbilen som bearbeidelse av Kjell Aukrusts verk. Konklusjonen var den samme som i tingrettsdommen og den som lagmannsrettens mindretall kom til – at «opphavsretten til Sandemoses bearbeidelse er knyttet til det forfinete kunsthåndverksmessige uttrykk han har gitt filmbilen, den er strømlinjeformet og elegant, med en høy grad av finish».<sup>22</sup> Det er denne vurderingen, og konklusjonen, advokat Ljostad nå mener er i strid med det EU-rettslige originalitetskravet som utviklet gjennom EU-domstolens praksis. Jeg mener det ikke er grunnlag for en slik påstand. Problemet er heller at Høyesterett ikke deler Ljostads faktumforståelse enn at originalitetsvurderingen er basert på

<sup>19</sup> HR-2017-2165-A, avsnitt 88-89 (se NIR 2018 s. 321).

<sup>20</sup> HR-2017-2165-A, avsnitt 88, med henvisning til HR-2017-971-A, avsnitt 56 (se NIR 2018 s. 321-322).

<sup>21</sup> Se HR-2017-2165-A, avsnitt 99-108.

<sup>22</sup> HR-2017-2165-A, avsnitt 109.

uriktige kriterier. Videre mener jeg Ljostad dels også utlegger det EU-rettslige originalitetskravet galt. Jeg skal begrunne begge forhold i det følgende, det siste først.

## 6 Høyesteretts konkrete vurdering – forholdet til det EU-rettslige originalitetskravet

Som det også fremgår av advokat Ljostads kommentar, *viser* Høyesterett at den er klar over det EU-rettslige originalitetskravet, men uttaler at man ikke finner grunn til å gå nærmere inn på EU-domstolens praksis.<sup>23</sup> En nærliggende årsak til det er at Høyesterett ikke mener særproblemer som oppstår som følge av dette kravet kommer på spissen i denne saken. Det har også sammenheng med at slike særproblemer heller ikke var anført av noen av partene. Dette til tross for at den sterke kritikken Ljostad nå retter mot Høyesteretts dom på dette punktet, også kunne ha vært reist mot tingrettsdommen. Forholdet til det EU-rettslige originalitetskravet var i det hele ikke noe særskilt tema i saken, og når Ljostad nå fremhever som den store feilen med høyesterettsdommen at man ikke har forholdt seg til EU-domstolens praksis, har dette i beste fall preg av etterpåklokskap. Men, som allerede nevnt, det er nok ikke her skoen egentlig trykker.

Selv om Høyesterett ved vurderingen av hva som er originalt i filmbilen ikke går nærmere inn på EU-domstolens praksis, er en av formuleringene som benyttes ved angivelsen av kriteriene for vurderingen, hentet derfra. Som også advokat Ljostad påpeker, sier Høyesterett at «[e]t generelt moment ved verkshøydevurderingen, som er relevant i foreliggende sak, er om opphavsmannen har hatt mulighet til å foreta frie og kreative valg».<sup>24</sup> Her viser Høyesterett til Rt. 2007 s. 1329 (Huldra i Kjosfossen),<sup>25</sup> men formuleringen «frie og kreative valg» er ikke hentet fra Høyesteretts dom, men fra EU-domstolens praksis. I Huldra dommen taler Høyesterett om «valgmuligheter». Slik sett er det vanskelig å hevde at Høyesterett ignorerer skjønnstemaet som preger det EU-rettslige originalitetskravet.

Advokat Ljostad hevder imidlertid at Høyesterett, ved i det følgende å fremheve at Sandemoses spillerom for original innsats var innskrenket som følge av at man skulle gjenskape Aukrusts Flåklypamiljø, «gjør den feilen EU-domstolen advarer mot i sak C-145/10 (Painer Standard): I stedet for å gjøre en analyse av hvilke kreative og frie valg

<sup>23</sup> HR-2017-2165-A, avsnitt 68. Se Ljostad i NIR 2018 s. 398.

<sup>24</sup> HR-2017-2165-A, avsnitt 98. Se Ljostad i NIR 2018 s. 398.

<sup>25</sup> Avsnitt 44.



Sandemose har *kunnet foreta*, konkluderer Høyesterett først med at valgmulighetene var begrenset. EU-domstolen avviser i avsnitt 93 i Painer Standard-dommen ... en slik tilnærming». <sup>26</sup>

Dette er helt åpenbart galt, og gir et vrengebilde av det EU-domstolen her faktisk sier, nemlig at spillerrommet for kreativitet ikke nødvendigvis er begrenset ved portrettfotografier. Hovedpoenget med den uttalelsen er at det er fullt mulig å uttrykke sine kreative evner ved portrettfotografier selv om motivet er gitt. Det er på langt nær det samme som å si at man ved vurderingen av om opphaveren har foretatt frie og kreative valg ikke kan, eller må, legge vekt på forhold som begrenser spillerrommet for slike valg. Hvis uttalelsen var slik å forstå, ville også EU-domstolens egen praksis være i strid med den. I sak C-403 m.fl./08 (Premier League) fastslår EU-domstolen at fotballkamper ikke kan anses som «intellektuelle frembringelser, fordi de «begrenses af spilleregler, som ikke levner plads til en kreativ frihed i ophavsretslig forstand». <sup>27</sup> Og i sak C-393/08 (BSA) fastslår EU-domstolen at et brukergrensesnitt for et datamaskinprogram ikke oppfyller originalitetskravet i den utstrekning komponentene i det er bestemt av funksjonelle forhold. Dette fordi komponentene i en slik situasjon «ikke gir ophavsmanden mulighed for at udtrykke sin kreative ånd på en original måde og skabe et resultat, der udgør hans egen intellektuelle frembringelse». <sup>28</sup>

Det er derfor helt i tråd med det EU-rettslige originalitetskravet å ta utgangspunkt i forhold som legger begrensninger på opphaverens muligheter for å uttrykke sin kreative ånd, eller for den saks skyld foreta kreative valg. Dermed er det ikke sagt at visse begrensninger utelukker andre muligheter for å uttrykke kreativ frihet. Det er *det* som kan utledes av uttalelsen i Painer-dommen – ikke at man ved originalitetsvurderingen er avskåret fra å ta utgangspunkt i faktorer som begrenser spillerrommet for de frie og kreative valgene.

## 7 Høyesteretts konkrete vurdering – forholdet mellom bevisvurdering og originalitetsvurdering

---

<sup>26</sup> Ljostad i NIR 2018 s. 398.

<sup>27</sup> Premier League, avsnitt 98-99.

<sup>28</sup> BSA, avsnitt 41-42.

Med utgangspunkt i det begrensede spillerommet og lagmannsrettens bevisvurdering,<sup>29</sup> foretar Høyesterett en konkret vurdering av hvilke trekk ved filmbilen som bearbeidelse som kan ha opphavsrettslig vern. I den forbindelse trekker Høyesterett både på vurderinger foretatt av tingretten og av lagmannsrettens mindretall. Det sentrale momentet her er at svært mange av filmbilens trekk kan tilbakeføres til Kjell Aukrusts kunstneriske virksomhet. Bevissituasjonen i saken, slik Høyesterett vurderer den, indikerer med andre ord at mange av de valgene som er tatt ved utformingen av filmbilen, er foretatt av *Kjell Aukrust* – ikke Bjarne Sandemose. Advokat Ljostad virkelighetsbeskrivelse står, på den annen side, i sterk kontrast til denne Han skriver, bl.a.:

Bearbeidere står som andre opphavsmenn fritt til å la seg inspirere av andre, og bearbeideren står i så måte også fritt til å la seg inspirere av originalopphavsmannen (og originalopphavsmannens egne inspirasjonskilder). *Hvem* en har latt seg inspirere av, er uten betydning. At filmbilen *Il Tempo Gigante opplevs* som å bære preg av Aukrusts originalitet, er således uten betydning. Det er *Sandemose*, og *ikke Aukrust*, som har foretatt de frie og kreative valg som ledet til frembringelsen av den, og det er således Sandemoses originalitet som *faktisk* preger filmbilen, ikke Aukrusts. I den grad resultatet inkluderer *vernede* elementer fra andres – i dette tilfellet Aukrusts – verk, så vil det være en bearbeidelse av dette eller disse originalverk. Noen andre relevante originalverk enn *Reodor V-20* (som er eldre enn filmbilen), har imidlertid ikke vært fremme i saken.»<sup>30</sup>

Denne beskrivelsen gir inntrykk av at Bjarne Sandemose utarbeidet *Il Tempo Gigante* fritt etter Kjell Aukrust. Beskrivelsen er ikke i samsvar med lagmannsrettens bevisvurdering, der det konstateres at Kjell Aukrusts tidligere publiserte tegninger – og ikke bare den såkalte tegning A – har påvirket den konkrete utformingen av filmbilen.<sup>31</sup> Hva som da menes med at ingen andre ‘relevante originalverk’ enn *Reodor V-20* (Tegning A) har vært fremme i saken, er uforståelig. Til dette kommer manuskriptet til Flåklypa Grand Prix, der Kjell Aukrust inngående har beskrevet bilens utseende, og der det uttrykkelig fremgår at bilen skal være utstyrt med elementer som håndveiv, diopersikte for fotgjengere, ekstratank for dyrlegesprit, (blandingsforhold ¼), radar (for folk og fe – og vinglete mopedister på uforutsette sideveier) og to glasstuber med blod av blodtypene rhesus + og rhesus minus (som

---

<sup>29</sup> HR-2017-2165-A, avsnitt 99.

<sup>30</sup> Ljostad i NIR 2018 s. 405.

<sup>31</sup> 16-00101 IASD-ELAG, s. 34, jf. ovenfor i pkt. 3.

senere ble supplert med en tube med blått blod i tilfelle bilen skulle kjøre på de kongelige).<sup>32</sup> Ingen av disse elementene finnes på den såkalte tegning A, men de finnes på filmbilen. Og alle elementene, bortsett fra bremseklossen og glasstubene med blod, gjenfinnes på andre av Kjell Aukrusts originaltegninger som fremstiller et utall av kjøredoninger og Reodor Felgens oppfinnelser. De to forholdene sett i sammenheng gjør det nærliggende å trekke slutningen om at valgene som er tatt med å plassere elementene på filmbilen er Kjell Aukrusts – ikke Bjarne Sandemoses. Og Høyesterett mener det er tilfellet uavhengig av om den ovennevnte beskrivelsen var skrevet før eller etter byggingen av filmbilen.<sup>33</sup> Lagmannsrettens flertall trakk på sin side ikke inn manuskriptet fra Flåklypa Radio og TV, av grunner som henger sammen med dens rettslige vurdering som jeg kommer jeg tilbake til i pkt. 9 nedenfor. Men Høyesteretts tilslutning til tingrettens og lagmannsrettens mindretalls subsumsjon her er ikke som Ljostad sier basert på en annen bevisbedømmelse enn lagmannsretten<sup>34</sup> – det er samme bevisgrunnlag, men helt ulik forståelse av rettighetssituasjonen.

Så er det også slik at Kjell Aukrust *har* tegnet en versjon av Il Tempo Gigante med elementene på – det som i saken er omtalt som tegning B.<sup>35</sup> Både tingretten og lagmannsretten kom til at tegning B, i betydningen det eksemplaret som ble benyttet som rekvisitt i Flåklypa Grand Prix, der tegningen første gang ble offentliggjort, ble laget etter at filmbilen ble ferdigstilt. Tingretten og Høyesterett la likevel til grunn at Kjell Aukrust hadde opphavsretten til denne tegningen alene, fordi tegningen avspeiler Aukrusts tidligere tegninger, mens lagmannsretten kom til en annen konklusjon – at tegning B ikke hadde verkshøyde fordi de ulikhetene som finnes i tegning B i forhold til tegning A «og ... særlig i forhold til filmbilen» ikke tilfredsstilte «de krav som åndsverkloven stiller for at et verk skal gis opphavsrettslig beskyttelse». Ifølge advokat Ljostad bryter Høyesterett med lagmannsrettens bevisbedømmelse når man her følger tingretten, fordi tingretten baserte seg på en annen bevisbedømmelse enn lagmannsrettens flertall. Det er ikke treffende. Spørsmålet om opphavsretten til tegning B er et rettsspørsmål, ikke et bevisspørsmål. Som Ljostad selv fremhever, kom tingretten til at tegning B var en bearbeidelse av Aukrusts tidligere tegninger, herunder tegning A, men ikke av filmbilen.<sup>36</sup> Det er en rettslig slutning basert på tegningene som bevis. Lagmannsrettens flertall bygget på sin side sin konklusjon bl.a. på at trekkene i tegning B i stor grad stammer fra filmbilen. Denne konklusjonen henger sammen med at lagmannsretten forstår rettighetssituasjonen i filmbilen annerledes enn tingretten og Høyesterett. Jeg kommer

---

<sup>32</sup> Se HR-2017-2135-A avsnitt 102-108 om partenes uenighet om den her gjengitte beskrivelsen kunne føres tilbake til tegningene, idet Caprino Filmcenter hevdet det ble skrevet etter at filmbilen ble bygget, grunnlaget for hvorfor Høyesterett kunne ta stilling til dette bevisspørsmålet selv om lagmannsretten ikke tok stilling til det, Høyesteretts vurdering av at manuskriptet i betydelig grad avspeiler Aukrusts univers, og at man ikke fant at tidspunktet for når det ble skrevet i noe tilfelle rokket ved at beskrivelsen «bærer preg av Aukrusts originalitet».

<sup>33</sup> HR-2017-2135-A, avsnitt 108.

<sup>34</sup> Ljostad i NIR 2018 s. 406.

<sup>35</sup> Se tegning i NIR 2018 s. 416.

<sup>36</sup> Ljostad i NIR 2018 s. 406, ved note 19.

nærmere tilbake til det i pkt. 9 nedenfor. Men dette betyr at de ulike vurderingene av rettighetene i tegning B er utslag av ulikhet i rettsoppfatning – ikke at man baserer seg på en annen bevisvurdering.

I tilknytning til sitatet ovenfor om Aukrust som inspirasjonskilde for Sandemoses frie og kreative valg, hevder advokat Ljostad at Høyesteretts vektlegging av at elementene i filmbilen bærer preg av Aukrusts originalitet, innebærer et særnorsk nyhetskrav i strid med EU-retten.<sup>37</sup> Påstanden er isolert sett uforståelig, men den er utslag av at Ljostad bygger på et annet faktum enn det Høyesterett la til grunn. Høyesterett bygger på lagmannsrettens bevisvurdering om sammenhengen mellom tegningene og utformingen av bilen, støttet av manuskriptet til Flåklypa Radio og TV, og trekker derav den slutning at originaliteten knyttet til enkeltelementene skyldes Aukrusts innsats. Ljostad bygger på en forutsetning om at Sandemose har hatt tilgang til Aukrusts tegninger som inspirasjonskilde, men selv har foretatt de kreative valgene ved utformingen av filmbilen.

I det perspektivet blir Høyesteretts uttalelse om at filmbilen bærer preg av Aukrusts originalitet i advokat Ljostads verden til et særlig krav til originaliteten i bearbeidelser, som han utlegger som et nyhetskrav i forholdet mellom bearbeideren og originalopphaveren. Men dette er en misforståelse av Høyesteretts uttalelse som altså skyldes at det faktiske utgangspunktet er vesensforskjellig fra det som Ljostad beskriver. Høyesteretts rettslige utgangspunkt, som Ljostad ikke kommenterer, er at bearbeideren bare får rettigheter til det *han selv har skapt*, og ikke det som kan tilbakeføres til originalopphaveren.<sup>38</sup> Når det kobles til vurderingen av at de originale innsatsene knyttet til utplukking og plassering av enkeltelementene på filmbilen kan tilbakeføres til Aukrust, betyr dette at Sandemose ikke har rettigheter i slike trekk ved filmbilen. Dette er basert på at bearbeideren bare har rettigheter i den han selv har skapt, noe som er i samsvar med det vanlige originalitetskravet. Det er ingen særkonstruksjon for bearbeidelser.

Ljostads konklusjon etter påstanden om at Høyesterett oppstiller et særlig krav til verkshøyden for bearbeidelser, er at resultatet blir «en nedvurdering av filmscenograf Bjarne Sandemose som kunstner, og den fratar Caprino Filmcenter opphavsretten til det Sandemose skapte ved frembringelsen av filmbilen *Il Tempo Gigante*».<sup>39</sup> Grunnlaget for Aukruststiftelsens anke til Høyesterett, og årsaken til at stiftelsen i det hele tatt gikk inn i det søksmålet som opprinnelig var reist mot Hunderfossen Familiepark, var at det standpunktet lagmannsretten la til

---

<sup>37</sup> Ljostad i NIR 2018 s. 405-406.

<sup>38</sup> Se ovenfor i pkt. 4.

<sup>39</sup> Ljostad i NIR 2018 s. 406.

grunn fratar Aukruststiftelsen opphavsretten til Kjell Aukrusts åndsverk. Ulikheten i virkelighetsoppfatning er som sagt selve kjernen i konflikten. Et enstemmig Høyesterett deler, i likhet med tingretten og lagmannsrettens mindretall, Aukruststiftelsens syn på de rettslige og faktiske forholdene i saken. Et vesentlig forhold er imidlertid at Høyesterett bygger sin konklusjon på lagmannsrettens bevisvurdering. Ljostads fremstilling gjør det som sagt ikke.

## 8 Høyesteretts konkrete vurdering – vurderingen av frie og kreative valg

Et hovedanliggende i advokat Ljostads kritikk av Høyesteretts dom, er at Høyesterett unnlater å ta stilling til hvilke frie og kreative valg Bjarne Sandemose hadde kunnet foreta da filmbilen ble skapt. Min påstand er at dette ikke stemmer. Dette henger sammen med det som er påvist i det foregående punkt. Men la oss gå nærmere inn på spørsmålet. Før det må det også klargjøres hva som ligger i EU-domstolens uttalelse om at originalitetskravet er oppfylt «hvis ophavsmannen har kunnet uttrykke sine kreative evner på grundlag af frie og kreative valg».<sup>40</sup>

Det kan, ut fra EU-domstolens uttrykksmåte i Painer-saken, være lett å trekke den slutning at det EU-rettslige originalitetskravet automatisk er oppfylt dersom det overhodet har foreligget spillerom for å foreta frie og kreative valg. Med en slik slutning kunne det være nærliggende å slutte seg til Ljostads bombastiske uttalelse om at verkshøydekravet er lavt.<sup>41</sup> Men slik kan kravet ikke forstås. Det fremgår klart av avsnitt 94 i Painer-dommen at et portrettfotografi skal være beskyttet dersom «ophavsmandens intellektuelle frembringelse afspejler hans personlighed og *er udtryk for hans frie og kreative valg i forbindelse med fremstillingen*» (mine uth.). Samtidig overlater EU-domstolen til nasjonale domstoler å foreta selve subsumsjonen – om det som er frembragt er uttrykk for opphaverens frie og kreative valg. Her er det viktig å presisere at valgene ikke bare skal være frie – de må være kreative også. EU-domstolen sier imidlertid ikke noe om *hvor* kreative de må være, bortsett fra den retningslinjen som ligger i at frembringelsen «avspejler hans personlighed».<sup>42</sup> Det kan selvsagt hevdes at Infopaq I-dommen, der domstolen åpner opp for at 11 ord av en tekst kan oppfylle originalitetskravet,<sup>43</sup> indikerer at verkshøydekravet ikke skal være spesielt høyt. På

<sup>40</sup> Sak C-145/10 (Painer), avsnitt 89.

<sup>41</sup> Ljostad i NIR 2018 s. 396.

<sup>42</sup> Sak C-145/10 (Painer), avsnitt 94, jf også avsnitt 92. Jf. Eleonora Rosati, *Originality in EU Copyright Law. Full Harmonization through Case Law*, Cheltenham UK/Northampton US 2013, s. 153 om funksjonen av dette kriteriet.

<sup>43</sup> Jf. sak 5/08 (Infopaq I), avsnitt 49-51.

den annen side sier EU-domstolen heller ikke i denne saken noe om *hvilke* ordsammenstillinger som må anses som «the author's own intellectual creation». Med Rosenmeier kan det hevdes at spørsmålet om hvor høyt eller lavt verkshøydekravet er, ligger på et abstraksjonsnivå som gjør at det ikke nødvendigvis gir god mening å stille det.<sup>44</sup> Det henger sammen også med faktorer som begrenser spillerommet for kreativitet.<sup>45</sup> I alle fall er det viktig å betone at det rettslige skjønnsstemaet for nasjonale domstoler er om det som er frembragt *er uttrykk for opphaverens frie og kreative valg*. Det er ikke tilstrekkelig å fastslå at opphaveren har kunnet foreta valg, slik man kan få inntrykk av når man leser Ljostads kommentar.

Ut fra dette kan man gå nærmere inn i vurderingene som er foretatt gjennom Høyesteretts dom. I den forbindelse må det tas høyde for at Høyesterett henviser, og slutter seg til, vurderinger foretatt av tingretten og lagmannsrettens mindretall. Det er derfor ikke bare relevant å se på det Høyesterett uttrykkelig skriver selv, men også de vurderingene som ligger til grunn for Høyesteretts konklusjon.

Ifølge advokat Ljostad gjør Høyesterett ingen vurdering av hvilke frie og kreative valg Sandemose har kunnet foreta ved sammenstillingen av elementer fra tegning A og tidligere tegninger.<sup>46</sup> Det er intet grunnlag for den påstanden. Som også Ljostad påpeker, viser Høyesterett uttrykkelig til uttalelsen til lagmannsrettens mindretall om at sammenstillingen ikke har vært foretatt på en original måte, og slutter seg til den.<sup>47</sup> Ljostads synspunkt synes å være at mindretallet, og dermed også Høyesterett, bare postulerer dette resultatet uten å ha foretatt noen vurdering av hvilke valgmuligheter Sandemose har hatt, og at det er i strid med EU-retten. Her er det grunn til å minne om to ting; (i) hvilket faktisk grunnlag vurderingen bygger på, og (ii) at det avgjørende er om verket er uttrykk for opphaverens frie og kreative valg, og at eksistensen av *valgmuligheter* ikke er nok. Både tingretten og lagmannsrettens mindretall gir tydelig uttrykk for at en vesentlig årsak til at Sandemoses innsats knyttet til plasseringen av enkeltelementer ikke er originale, er at den kan tilbakeføres til Aukrusts verk. Tingretten gir da også uttrykk for at både helhetsinntrykket og sammenstillingen er preget av

<sup>44</sup> Se Morten Rosenmeier, «Er originalitetskravet strengt, mildt eller midt imellem? Kommentar til Högsta Domstolens dom NJA 2009 s. 159 (Mini Maglite)», NIR 2009 s. 498–500, s. 500.

<sup>45</sup> Jf. Høyesteretts dommer i Rt. 2012 s. 1062 (TRIPP TRAPP), avsnitt 67 og Rt. 2013 s. 822 (Ambassadør), avsnitt 45.

<sup>46</sup> Ljostad i NIR 2018 s. 400.

<sup>47</sup> HR-2017-2165-A, avsnitt 107.

Aukrusts verk.<sup>48</sup> En annen måte å si det samme på er at disse trekkene avspeiler Aukrusts personlighet.<sup>49</sup> Dette slutter Høyesterett seg til.<sup>50</sup> For sammenstillingen kan dette forstås på to måter; enten at bevisføringen knyttet til sammenhengen mellom Aukrusts aktivitet under byggingen av bilen og eksistensen av elementene i Aukrusts verk indikerer at det var Aukrust som foretok denne sammenstillingen, eller at sammenstillingen følger naturlig av Aukrusts tegninger. Det kan også være en kombinasjon. Man kan godt ønske at Høyesterett hadde presisert grunnlaget for den vurderingen så lenge det heller ikke fremgikk av tidligere instansers votum. Men å hevde at spørsmålet ikke *er* vurdert, og at dommen derfor er i strid med EU-domstolens praksis, er langt mer enn en overdrivelse. Knappt nok noen dommer ville oppfylle EU-kravene hvis man ut fra dem oppstilte en så streng begrunnelsesplikt for hvert eneste trekk som inngår i originalitetsvurderingen.

Heller ikke påstanden om at Høyesterett har unnlatt å vurdere fargevalget ved filmbilen, fordi det ikke nevnes med et ord i dommen, er holdbar. Høyesterett har sluttet seg til vurderingen til tingretten og lagmannsrettens mindretall om at opphavsretten i filmbilen er knyttet til det forfinede kunsthåndverksmessige uttrykket Sandemose ga bilen.<sup>51</sup> Til grunn for dette ligger en rekke vurderinger, særlig foretatt av tingretten, som var satt med to kunstfagkyndige medlemmer. Tingretten gikk inn på spørsmålet om material- og fargevalg, og uttalte at «det å velge messing var antakelig et funksjonelt valg fra Sandemoses side, fordi det er et metall som er relativt lett å bearbeide og forme». Samtidig mente tingretten at «messing-karosseriet [gjør] at bilen får et eksklusivt preg, og effekten av dette inngår i rettens vurdering av bilens helhetsinntrykk og finish». På den annen side var «fargevalget på detaljene, med røde seter og røde hjulkapsler, ikke så originalt eller kunstnerisk interessant at det er relevant i verkshøydevurderingen».<sup>52</sup> En annen måte å si det samme på, er at dette fargevalget ikke er et kreativt valg, og det følger implisitt at tingretten mente det også gjelder sorte slanger og brun bremsekloss, som Ljostad også nevner i sin kommentar.<sup>53</sup> Her må det også tas hensyn til farene ved å gi opphavsrettsbeskyttelse for fargevalg, som tilsier at det skal noe til før et slikt valg anses som kreativt. Det er likevel verd å merke seg tingrettens vurdering av valg av messing – på den ene siden mener man at messing har preg av å være et funksjonelt valg,

---

<sup>48</sup> 14-169454TVI-SGUD, s. 59.

<sup>49</sup> Jf. sak C-145/10 (Painer), avsnitt 92 og 94.

<sup>50</sup> HR-2017-2165-A, avsnitt 109.

<sup>51</sup> HR-2017-2165-A, avsnitt 109.

<sup>52</sup> 14-169454TVI-SGUD, s. 59.

<sup>53</sup> Ljostad, NIR 2018 s. 401.

hvilket også i henhold til EU-domstolens praksis innebærer begrensninger i originaliteten.<sup>54</sup> På den annen side erkjenner man at fargepreget ved messingvalget har kvaliteter som kan bidra til filmbilens originalitet, gjennom det kunsthåndverksmessige uttrykket. Det ligger med andre ord også et estetisk valg her. Dette er en nokså nyansert vurdering, som Høyesterett har sluttet seg til, og som tilbakeviser påstanden om at fargevalget ikke har vært vurdert.

Når det gjelder øvrige forhold som nevnes i Ljostads kommentar, er det grunn til å bemerke følgende: Ljostad bruker rapporten som Caprino Filmcenter AS fikk utarbeidet av designfirmaet Brand Valley som sterk støtte for at Sandemose ved utformingen av filmbilen kunne foreta en rekke kreative valg.<sup>55</sup> Første versjon av denne rapporten, som ble fremlagt i tingretten,<sup>56</sup> inneholdt ikke en eneste henvisning til Aukrusts tegninger forut for samarbeidet med Caprino. Den glassklare konklusjonen i den første versjonen av rapporten om at filmbilen inneholdt en rekke originale trekk som var etterliknet i Hunderfossens berg- og dalbane, var med andre ord trukket på et klart mangelfullt faktumgrunnlag. Ved versjonen som ble lagt frem i lagmannsretten, er Aukrusts tidligere tegninger trukket inn,<sup>57</sup> men det ligger i sakens natur at disse ikke har fått nevneverdig betydning for de vurderingene som allerede var foretatt. Det forhold at de aller fleste elementene på filmbilen som skiller den fra tegning A kan gjenfinnes i Aukrusts tidligere tegninger, er i liten grad kommentert eller vektlagt. I stedet konsentrerer man seg om å argumentere for at Aukrust ikke presenterte andre tegninger enn tegning A overfor Sandemose.<sup>58</sup> Det fremheves videre i rapporten at Kjell Aukrust i sine tegninger bygget på andres frembringelser, noe også advokat Ljostad gjør et poeng av i sin kommentar.<sup>59</sup> Dette er imidlertid irrelevant for det saken dreier seg om. I en situasjon der originalopphaveren er saksøkt for brudd på bearbeiderens opphavsrettigheter, må det tas stilling til hvilke trekk som stammer fra hvem – originalopphaveren eller bearbeideren. Det primære spørsmålet i en slik situasjon er hvilke rettigheter bearbeideren har – ikke hvilke rettigheter som tilligger originalopphaveren. I Brand Valley-rapporten går det

---

<sup>54</sup> Jf. ovenfor i pkt. 6 vedrørende EU-domstolens uttalelse i sak C-393/09 (BSA), avsnitt 41 og 42. Se også sak C-406/10 (SAS Institute), avsnitt 39-40.

<sup>55</sup> Se henvisning i Ljostad i NIR 2018 s. 394, note 5. Den versjonen av rapporten Ljostad henviser til, er datert 6. september 2016 (heretter Rapporten).

<sup>56</sup> Versjon datert 12. juli 2014.

<sup>57</sup> Rapporten, s. 24 flg.

<sup>58</sup> Noen av slutningene i den forbindelse er da også av det heller dubiøse slaget, med liten tilknytning til designfaglige vurderinger, som at når Sandemose og Aukrust i intervjuer snakket om 'tegning' i entall, indikerer det at det utelukkende var tegning A Sandemose hadde for hånden (Rapporten s. 35).

<sup>59</sup> Rapporten, s. 38, jf. Ljostad i NIR 2018 s. 403.



ikke inn i spørsmålet i hvilken utstrekning de relevante trekkene som finnes i filmbilen er hentet fra Aukrusts verk, men det fremheves i stedet at tegningene kun er skisser. Det er slike forhold som ligger til grunn for Høyesteretts bemerkning i avsnitt 93 om at rapporten «ikke [tar] tilstrekkelig hensyn til at mange elementer er hentet fra Aukrusts Flåklypaunivers» og at «betydningen av Aukrusts tegning som originalverk [nedtones]». Det er slik sett ikke så underlig at Høyesterett ved subsumsjonen fra bevisene støtter seg til kunsthåndverkskompetansen i tingretten, i stedet for til Brand Valley-rapporten.

Men bare for kort å kommentere de konkrete forholdene Ljostad tar opp knyttet til byggingen av filmbilen: Både karbidlykter og rakettrør finnes på tidligere Aukrust-tegninger. Skal man da, ut fra bevisbildet i lagmannsretten, legge til grunn at det var Bjarne Sandemoses frie og kreative valg å plassere slike elementer på filmbilen? Bremsklossen finnes ikke på tidligere tegninger, men den er som sagt beskrevet i manuskriptet til Flåklypa Radio og TV, og er i hvert fall noe som er typisk for den type elementer Aukrust har forsynt tegningene sine med. Igjen blir det spørsmål om hvem som skal krediteres innsatsen på grunnlag av bevisene som foreligger i saken.

Hva tegningene av Solans sykkel og bildet av Sandemoses modell på s. 404-405 i Ljostads artikkel skal bevise med betydning for saken,<sup>60</sup> lar seg imidlertid vanskelig forstå, bortsett fra at argumentasjonen er betegnende for alle gjentatte forsøk det har vært i saken på å vise avstanden mellom tegning og modell. Opprinnelig argumenterte da også Caprino Filmcenter for at alle elementene som skiller tegning A fra filmbilen, herunder også radaren – som finnes på en lang rekke av Aukrusts tegninger helt tilbake fra 1959 – var Sandemoses (eller andre ved Caprino Filmcenters) påfunn.

Når dette er sagt, er Bjarne Sandemose kreditert innsatser knyttet til bygging og utforming av bilen gjennom beskyttelsen av det kunsthåndverksmessige uttrykket. Tingretten la ved sin vurdering til grunn at «filmbilen er preget av Sandemoses materialvalg, dimensjonering og gjennomførte håndverk. De mange fantasifulle elementene fra Aukrusts tegninger er tolket, utformet og sammenstilt i en original kunstnerisk form ... den er strømlinjeformet og elegant, og ... fremstår med forfinet, med en høy grad av finish».<sup>61</sup> I dette ligger en anerkjennelse av at Sandemose har truffet flere kreative valg, også med hensyn til utforming av enkeltelementer. Høyesterett slutter seg til denne vurderingen. Et annet spørsmål er om disse valgene avspeiles i den påståtte krenkelsen. Her er det et vesentlig poeng i saken at berg- og

---

<sup>60</sup> Eksemplet er for øvrig hentet fra Brand Valley-rapporten (versjon 2), s. 19.

<sup>61</sup> 14-169454TVI-SGUD, s. 59.

dalbanen var konstruert med utgangspunkt i Aukrusts tegninger, ikke i filmbilen, og det er flere forskjeller – også mellom tegning B og filmbilen – når det gjelder den nærmere utformingen. Konklusjonen i saken var at det ikke forelå noen krenkelse av Caprino Filmcenters rettigheter i filmbilen, fordi berg- og dalbanen ga «et helt annet estetisk inntrykk enn filmbilens forfinete kunsthåndverksmessige uttrykk».<sup>62</sup>

Man kan alltid diskutere detaljer og konkrete vurderinger (subsumsjon). Men påstander om at Høyesteretts dom ikke bygger på vurderinger av Sandemoses frie og kreative valg, og slik sett er i strid med EU-retten, faller etter min mening på sin egen urimelighet.

## 9 Kjell Aukrusts bidrag inngår ikke i filmbilen som fellesverk

Et spørsmål som så langt består ubesvart, er hvordan lagmannsrettens flertall kunne komme til at Bjarne Sandemoses rettigheter i filmbilen bare ble avgrenset mot 'helhetsinntrykket i tegning A', så lenge man fant at Aukrusts tidligere tegninger hadde påvirket den konkrete utformingen av filmbilen. Mye av svaret ligger i at lagmannsrettens flertall så på *eksemplaret* av filmbilen som Sandemose bygget som selve bearbeidelsen.<sup>63</sup> Og ettersom Aukruststiftelsen ikke hadde hevdet rettigheter i bearbeidelsen, fant man ikke grunn til å gå inn på implikasjonene av at Aukrust hadde påvirket den konkrete utformingen av filmbilen. Slik dette er begrunnet, synes det å henge sammen med en forestilling om at Aukrusts påvirkning på filmbilen i så fall måtte inngå i bearbeidelsen som et fellesverk, noe som ikke ville gi Aukruststiftelsen rett til å utnytte bearbeidelsen uten Caprino Filmcenters samtykke i alle fall.<sup>64</sup> Standpunktet fikk også betydning for lagmannsrettens vurdering av opphavsretten til tegning B.<sup>65</sup> Ettersom tegning B, i betydningen filmrekvisitten,<sup>66</sup> etter tingrettens og lagmannsrettens bevisvurdering ble tegnet *etter* filmbilen, trakk lagmannsretten den slutning at tegningen ikke hadde selvstendig verkshøyde.<sup>67</sup> Årsaken var at filmbilen her ble betraktet som eksemplaret laget i forbindelse med filmen, hvor Kjell Aukrusts konkrete bidrag til utformingen eventuelt måtte inngå som et fellesverk. Høyesterett tar det nær sagt motsatte

<sup>62</sup> HR-2017-2165-A, avsnitt 117.

<sup>63</sup> 16-00101 IASD-ELAG, se særlig s. 28 flg.

<sup>64</sup> 16-00101 IASD-ELAG, s. 34 og 44.

<sup>65</sup> Jf. første petitavsnitt i pkt. 7 ovenfor.

<sup>66</sup> Se første petitavsnitt i pkt. 7 ovenfor.

<sup>67</sup> Forunderlig nok gjelder det også mindretallets votum, 16-00101 IASD-ELAG, s. 47. Jeg finner det her ikke nødvendig å gå inn på noen mulige forklaringer på hva mindretallet kan ha ment, men standpunktet henger lite sammen med mindretallets øvrige vurderinger.

standpunktet. Advokat Ljostad ser det slik at Høyesterett her valgte «å hoppe over» de problemene standpunktet til opphavsretten til tegning B «reiser i forhold til læren om fellesverk». <sup>68</sup> Jeg mener også dette er en misforståelse av Høyesteretts dom. Høyesteretts standpunkt innebærer tvert imot en klar tilbakevisning av fellesverksynspunktet.

I motsetning til lagmannsrettens flertall, tar ikke Høyesterett utgangspunkt i eksemplaret av filmbilen ved vurderingen av hva som utgjør bearbeidelsen i saken. Utgangspunkt tas i stedet i hva som har opphavsrettslig vern i filmbilen, og Høyesterett formulerer det som et spørsmål om hvilke endringer og tilføyelser bearbeideren har tilført verket. <sup>69</sup> I den forbindelse tar Høyesterett et klart standpunkt om at Sandemose ikke skal ha vern for verkselementer og kunstneriske uttrykk som kan tilbakeføres til Aukrust. Når dette kobles til lagmannsrettens bevisvurdering om at Aukrusts tidligere tegninger har påvirket utformingen av filmbilen, trekkes den slutning at vernet for filmbilen ikke kan omfatte den delen av utformingen som er preget av tegningene. Eller sagt på en annen måte: Sandemoses frie og kreative valg omfatter ikke disse delene av utformingen. Dette må ses på som en klar stillingtagen også til fellesverksspørsmålet, som sto sentralt ved Caprino Filmcenters anførsler for Høyesterett. <sup>70</sup> Trekk ved utformingen av filmbilen som kan tilbakeføres til Aukrusts tidligere tegninger inngår ikke i noe fellesverk, fordi de ikke er utslag av noen felles skapende åndsinnsetning, jf. åvl. 1961 § 6 første ledd (vilkåret tydelig uttrykt i åvl. 2018 § 8 første ledd).

For egen regning vil jeg også tilføye at Aukrusts bidrag i alle tilfeller ville falt utenom fellesverke regelen fordi bidragene kan skilles ut som selvstendige verk. Synspunktet om at slike bidrag ikke står på egne ben og derfor ikke kan skilles ut som selvstendige verk, som har støtte i det jeg selv har skrevet om fellesverk, <sup>71</sup> og som også har vært fremme i Il Tempo Gigante-saken, slår ikke til i situasjoner som dette. Bearbeidelser er i alle tilfeller avhengighetsverk, og der originalopphaveren yter egne bidrag uten medhjelp, kan de utnyttes sammen med originalverket. Begrunnelsen for kravet om at bidrag i et samarbeid som ikke kan stå på egne ben, må inngå i fellesverket, gjør seg med andre ord ikke gjeldende her. Og særlig gjelder det i tilfeller som i denne saken der originalopphaveren tar med seg trekk fra tidligere produksjon inn i et samarbeid. Dersom slike innsatser skulle

---

<sup>68</sup> Ljostad i NIR 2018 s. 406.

<sup>69</sup> HR-2017-2165-A, avsnitt 83. Jf. ovenfor i pkt. 4.

<sup>70</sup> Jf. Caprino Filmcenter AS' anketilsvar til Høyesterett, datert 14. mars 2017, s. 8, der det anføres at Aukruststiftelsen ikke hadde gjort gjeldende rettigheter til filmbilen som bearbeidelse, men baserte sin påstand på «(påståtte) opphavsretter til verk som filmbilen hevdes å være basert på. Dersom Aukruststiftelsen hadde gjort gjeldende krav om opphavsrett til filmbilen som bearbeidelse, så ville filmbilen i tilfelle vært et fellesverk», jf. åndsverkloven [1961] § 6 første ledd». Synspunktet er basert på den samme feilaktige 'eksemplartilnærmingen' som lagmannsretten la til grunn.

<sup>71</sup> Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 s. 127. Jf. Birger Stuevold Lassen, «Sameie i opphavsrett og opphavsrettslige 'naborettigheter'», TfR 1983 s. 324-426, 327.

inngå i et fellesverk, ville i realiteten medopphaveren overta rettigheter til den andres skapende innsats, og det er ikke meningen med fellesverkreglene.

Igjen kan man godt mene at Høyesterett kunne spandert et par ekstra linjer for å klargjøre sin posisjon,<sup>72</sup> men standpunktet om at trekk som kan tilbakeføres til Aukrust alene ikke kan omfattes av rettighetene i filmbilen som bearbeidelse, er klart nok.<sup>73</sup> Standpunktet fikk også den implikasjon at Aukrust alene hadde rettighetene til tegning B, ettersom den også inneholdt slike trekk. På bakgrunn av dette standpunktet fant Høyesterett det ikke nødvendig å gå inn i spørsmålet om bearbeidelsen var et fellesverk. Dette er åpenbart et bevisst standpunkt fra Høyesteretts side, og ikke utslag av at man «hopper over» noe, slik advokat Ljostad påstår.

Motsatt kan det hevdes at det er standpunktet til lagmannsrettens flertall, og ikke Høyesteretts, som er problematisk i forhold til EU-rettens originalitetskrav. Dette fordi standpunktet innebar at Sandemose (Caprino Filmcenter) fikk rettigheter til trekk som ikke var utslag av egne frie og kreative valg. Lagmannsretten konstaterte tvert imot at Aukrust hadde ytet individuell skapende innsats ved utforming av filmbilen. Så lenge denne innsatsen etter lagmannsrettens bevisførsel var knyttet til trekk som kunne gjenfinnes på tidligere tegninger, blir det – som ovenfor anført – galt å tilskrive dette bearbeidelsen som fellesverk. Med andre ord innebar lagmannsrettens rettsanvendelse at det man selv mente var Aukrusts frie og kreative valg, ble tilordnet Sandemose.

## 10 Kort om tittelvernet

Også i sin påstand om at Høyesterett trår feil når det gjelder rettighetene til tittelen *Il Tempo Gigante*, blander advokat Ljostad sammen rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen.

Lagmannsrettens flertall kom på den ene siden til at det var sannsynlig at Kjell Aukrust alene kom på navnet *Il Tempo Gigante*.<sup>74</sup> Det er bevisbedømmelse. På den annen side kom flertallet til at fordi navnet var uløselig knyttet til filmbilen som bearbeidelse av Aukrusts originalverk, kunne det ikke skilles ut som eget verk etter regelen om fellesverk i åvl. 1961 § 6 (nå åvl. § 8).<sup>75</sup> Konstateringen av at navnet var uløselig knyttet til filmbilen gjelder i denne sammenhengen et rettsfaktum, som imidlertid klart er uriktig utlagt, fordi det som menes med

---

<sup>72</sup> I denne retningen, Kielland i NIR 2018 s. 430.

<sup>73</sup> Jf. også Kielland i NIR 2018 s. 430.

<sup>74</sup> 16-00101 IASD-ELAG, s. 45.

<sup>75</sup> 16-00101 IASD-ELAG, s. 45-46.

at bidraget ikke kan skilles ut som eget verk, er at bidraget ikke kan utnyttes separat.<sup>76</sup> En tittel kan alltid utnyttes atskilt fra det verk det betegner ~~uansett om man kommer til at tittelen bare betegner dette verket – i denne sammenhengen bearbeidelsen~~. Slik sett er det f.eks. fullt mulig å bruke tittelen i tekster og omtaler av bilen uten at bilen selv avbildes eller benyttes på annen måte. I den utstrekning titler overhodet er verk, vil tittelen og verket det betegner alltid være sammensatte verk – og ikke inngå i noe fellesverk.<sup>77</sup> Det er derfor en klar feilslutning, og feil i rettsanvendelsen, når tittelen *Il Tempo Gigante* anses for å inngå i filmbilen som et fellesverk. Hermed er det ikke sagt at tittelen *Il Tempo Gigante* er et verk.

Høyesterett tar imidlertid stilling til et annet rettsspørsmål i sin dom, nemlig om tittelen *Il Tempo Extra Gigante* er egnet til å forveksles med tidligere offentliggjort verk etter åvl. 1961 § 46 (nå åvl. § 106). Her kommer Høyesterett ut fra en formålsbetraktning til at bestemmelsen ikke kan hindre originalopphaveren å bruke det navnet han har satt på sitt verk.<sup>78</sup> Ifølge Ljostad baserer Høyesterett seg her på en annen bevisbedømmelse enn lagmannsretten, som kom til at tittelen var uløselig knyttet til filmbilen, og dermed ikke til Aukrust *sitt* verk alene.<sup>79</sup> Betrakningen er ikke treffende. Lagmannsrettens bemerkning gjelder ikke et bevisspørsmål, men et subsumsjonsspørsmål – om vilkåret «ikke skilles ut som eget verk» er oppfylt. Denne subsumsjonen kan Høyesterett ikke være bundet av, og spesielt ikke når den gjelder et annet rettsspørsmål enn det Høyesterett tar stilling til og til overmål er gal. At lagmannsretten hadde konstatert at tittelen var uløselig forbundet med filmbilen i sin argumentasjon for hvorfor den inngikk i et fellesverk, kunne derfor ikke binde Høyesteretts vurdering av om det forelå relevant forvekslingsfare. Det får også bemerkes at Høyesteretts vurdering av hva som var Aukrust 'sitt' verk var en annen enn lagmannsrettens, idet det omfatter mer enn tegning A (også tegning B). Også i det perspektivet blir Ljostads kritikk malplassert. At Caprino Filmcenter f.eks. i prinsippet kunne nekte Aukrust å bruke tittelen *Il Tempo Gigante* på sine tegninger av bilen i *Flåklypa Tidende*,<sup>80</sup> blir en temmelig absurd tanke, gitt Høyesteretts (og ikke Caprino Filmcenters eller lagmannsrettens) forståelse

<sup>76</sup> Jf. Lassen i TfR 1983 s. 328, med henvisning til § 8 i den tyske opphavsrettsloven (1965), som benytter dette som kriterium, og som ifølge Lassen «nok [treffer] pointet bedre enn de nordiske formuleringene, samtidig som «[b]etydningsinnholdet må ... være det samme».

<sup>77</sup> Jf. Rognstad, Opphavsrett s. 125, der det uttales at «[i] sammensatte verk kan de enkelte opphavsmenns bidrag alltid skilles fra hverandre».

<sup>78</sup> HR-2017-2165-A, avsnitt 133-141.

<sup>79</sup> Ljostad i NIR 2018 s. 406.

<sup>80</sup> Jf. Kjell Aukrusts bok *Flåklypa Tidende*, 5. årgang, Oslo 1975, henholdsvis nr 1/1975, januar (variant av Tegning A) og nr 12/1975 desember (variant av Tegning B).

av rettighetsforholdene og lagmannsrettens bevisbedømmelse av hvem som kom opp med navnet.

## 11 Konklusjon

Advokat Rune Ljostads kommentar til Il Tempo Gigante-dommen demonstrerer at Caprino Filmcenters prosessfullmektig holder fast ved klientens virkelighetsforståelse selv etter en endelig dom som tilbakeviser den. Virkelighetsforståelsen har under saksgangen vært forsøkt forsvart på ulike rettslige grunnlag, og det siste er altså EU-rettens originalitetskrav slik det er tolket av EU-domstolen. Min kommentar har forsøkt å vise at problemet ikke ligger her, men i at Høyesterett legger et annet faktum til grunn enn Ljostad og Caprino Filmcenter mener er det riktige. Det faktum Høyesterett legger til grunn er imidlertid i samsvar med lagmannsrettens bevisvurdering, og det er det man må forholde seg til. Problemet for Caprino Filmcenter var at man i lagmannsretten fikk en dom som var i strid med egne anførsler om bevisvurderingen, men som var åpenbart gal i rettsanvendelsen. Når Høyesterett rettet opp feilene i rettsanvendelsen, kom saken i et helt annet lys, og Høyesteretts subsumsjon i den konkrete saken er preget av det. Dette kan ikke 'gjenopprettes' med en påstand om at dommen er i strid med EU-rettens originalitetskrav basert på Caprino Filmcenters faktumforståelse.

Advokat Ljostad hevder i sin kommentar at resultatet av høyesterettsdommen «blir en avgjørelse der bevisbedømmelse, rettsanvendelse og dom ikke 'henger sammen'». <sup>81</sup> Jeg har her søkt å vise at det er utmerket, og bevisst, sammenheng i Høyesteretts dom på disse punktene, og at det er synspunktene i Ljostads kommentar som lider under at det ikke holdes klare linjer i forholdet mellom rettsanvendelse og bevisbedømmelse. Det gjelder ikke bare i sakens hovedspørsmål, men også i spørsmålet om tittelbeskyttelsen.

En kommentar til slutt: Ljostad gir avslutningsvis i sin kommentar uttrykk for at det har stor betydning utenfor den foreliggende sak å få rettet opp 'feilene' i Høyesteretts dom. <sup>82</sup> Grunnen er angivelig at det i dag skapes svært mange verk på grunnlag av verk skapt av andre og at dette bare vil tilta på grunn av den teknologiske utviklingen. Er det virkelig slik at

---

<sup>81</sup> Ljostad i NIR 2018 s. 406.

<sup>82</sup> Ljostad i NIR 2018 s. 407.

bearbeiderens vern skal styrkes fordi det stadig skapes flere bearbeidelser? Særlig i forholdet mellom originalverk og bearbeidelser er det viktig at incentivene til å skape nye, originale verk som ikke er bearbeidelser av andres, ikke svekkes ved at bearbeidelsene gis for vidt vern. Saker som den foreliggende, som dreier seg om utvikling av hele fantasiuniverser, der den som har utviklet originaluniverset er i kontinuerlig kreativ utvikling, illustrerer godt farene ved å gi bearbeiderne vern som omfatter trekk som stammer fra originaluniverset. Resultatet av dette blir at skaperen av originaluniverset får sterke begrensninger ved den videre utnyttelsen av sitt univers *uten* å ha fått tilstrekkelig kompensasjon for det. Dette ble konsekvensen av lagmannsrettens standpunkt i Il Tempo Gigante-saken. Høyesterett viser stor grad av sensitivitet i det spørsmålet, blant annet også ved å la være å følge de kunstige tidspunktskillene som Caprino Filmcenter brakte inn i denne saken.<sup>83</sup> Kunstnerisk virksomhet er ikke lineær, slik bruken av slike absolutte tidspunktskiller impliserer.

Høyesteretts avklaring av at bearbeiderens vern ikke skal strekke seg ut over det denne selv har skapt, er viktig. Og det er intet grunnlag for å hevde at rettsanvendelsen er i strid med det EU-rettslige originalitetskravet og slik sett Norges internasjonale forpliktelser. Min konklusjon er derfor like klar som Ljostads, men innholdet i den har motsatt fortegn: Det er ingen feil ved Høyesteretts dom som må 'rettes opp'.

---

<sup>83</sup> Både tidspunktet for tegning B og anførselene vedrørende tidspunktet for manuskriptet, jf. avsnitt 108.