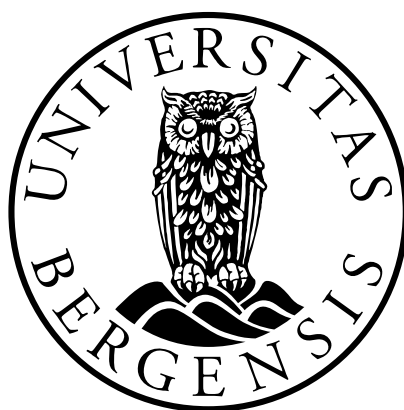


Beskyttelse for fiktive karakterer i opphavsretten

Kandidatnummer:76

Antall ord: 12882



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[06.06.2021]

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling	3
1.2 Aktualitet.....	3
1.3 Rettslig plassering	4
1.4 Den videre fremstillingen og avgrensing	5
2 Vilkår for opphavsrettslig beskyttelse.....	7
2.1 Verkstype – «litterære eller kunstneriske verk av enhver art».....	7
2.2 Fiktive karakterer som verkstype	9
2.3 Grunnleggende vilkår for verkshøyde.....	10
2.4 Verkshøyde for fiktive karakterer	13
2.4.1 Karakterens indre og ytre trekk.....	13
2.4.2 Karakterens kompleksitet.....	16
2.4.3 Flate karakterer.....	16
2.4.4 Runde karakterer	17
2.4.5 Karakterens utvikling	18
2.4.6 Statiske karakterer	18
2.4.7 Dynamiske karakterer.....	20
2.4.8 Karakterens navn.....	21
3 Beskyttelsesomfanget.....	24
3.1 Grunnleggende vilkår for etterligningsvern	24
3.2 Krenkelsesvurderingen for fiktive karakterer.....	26
3.2.1 Ytre karaktertrekk.....	27
3.2.2 Indre karaktertrekk	29
3.2.3 Karakteren under ett	29
3.2.4 Uautoriserte oppfølgere og Fan-fiction	32
3.2.5 Rimelighetsbetraktninger	34
3.3 Hvordan oppsummere en fiktiv karakter?	35
4 Oppsummering og avsluttende refleksjoner.....	38
Litteraturliste	40

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgavens problemstilling vil være på hvilken måte fiktive karakterer i film/tv og litteratur er opphavsrettslig vernet, og hvor langt et potensielt vern strekker seg.

1.2 Aktualitet

Film, tv-serier og bøker er historieformidlere åndsverk. Fiktive karakterer er personer eller levende figurer, en historie fortelles gjennom. Fiktive karakterer er dualistiske. De er både «levende» individer, men også verktøy i historieformidling. I Nordisk juridisk litteratur har man tidligere avist at fiktive karakterer kunne ha opphavsrettslig beskyttelse. Nordell skriver i sin bok *Rätten til det visuella* at «En sådan fiktiv figur hör i förekommande fall till det skyddade verkets ideinhåll, men har inte nogon materiell existens utanför det verk i vilket den förekommer».¹

Denne rettslige posisjonen og problemstillingens aktualitet er potensielt endret i dag. Jeg skal illustrere dette, ved å vise til fiktive karakterers historiske utvikling og endrede posisjon som kunstnerisk uttrykk.

I historiefortelling fra antikken, ble karakterer ansett som verktøy. De var først og fremst midler til å drive plottet i en historie fremover. Karakterer ble valgt som komponenter, på samme måte som man velger akkorder for å harmonere i musikk. I moderne litteratur er det skjedd et skifte. Fortellinger handler mer om karakterene, og reisen de gjennomgår.² Det er blitt mer vanlig med karakter-drevne historier, fremfor handlings-drevne historier. Dette fokusskriftet i fortellermåte, har gjort at opphaverene utvikler mer unike og komplekse karakterer. Det individuelle og skapende arbeidet som ligger bak en fiktiv karakter, gjør det aktuelt å vurdere hvilken beskyttelse denne innsatsen har. Velutviklede, levende karakterer relaterer, fengsler og oppsluker seere og lesere. Karakterene lever ofte videre hos seere og

¹ Nordell (1997) s. 88.

² Zahr (2013) s. 791.

lesere etter siste side er lest, eller filmen er slutt. Filmer og bøker er sosiale samtaletema og er slik miljøskapende. Ofte kan man stille likhetstegn mellom en film, tv-serie eller boks suksess, og karakterenes popularitet.

Bak en suksessfull fortelling med et populært karaktergalleri, er det egne industrier. Tilhørende leker, fornøyelsesparker, fan-fiction og cosplay for å nevne noe. Man kan for eksempel se hvordan filmen om *Iron Man*-filmen revitaliserte Marvel Studios og superheltsjangeren i 2008. I dag bærer superheltsjangeren filmindustrien økonomisk, og filmindustrien bygger heller på det kjente, fremfor å satse på noe nytt. I 2019 var 9 av de 10 mest sette filmene på kino, oppfølgere eller nyinnspillinger med allerede etablerte karakterer. Løvenes Konge, Avengers, Joker, Snekker Andersen, Askeladden, Kaptein Sabeltann og Spider-Man for å nevne noen.³ Seerne vil ha mer av de karakterene de kjenner.

Populariteten viser hvor sterk posisjon fiktive karakterer har innenfor kunsten. Det er derfor viktig å få fastslått det opphavsrettslige vernet for innsatsen som ligger bak skapelsen av fiktive karakterer, slik at man oppfyller opphavsrettens formål om å skape insentiv for kulturell produksjon jf. åndsverksloven § 1 bokstav a.

I USA er det lange rettslige tradisjoner for opphavsrett for fiktive karakterer og strekker seg tilbake til 1930.⁴ De største aktørene i underholdningsindustrien holder til her, og det har vært et stort behov for å verne om deres rettigheter og interesser. Av den grunn er det betydelig med rettspraksis knyttet til vern av fiktive karakterer i USA.

I Norge og Europa derimot, er spørsmålet vesentlig mindre berørt. Rettstilstanden er usikker. Som kulturprodusent har også Norge og Europa store interesser i å avklare hva slags opphavsrettslig beskyttelse fiktive karakterer har. Tematikken diskuteres oftere på konferanser og foredrag.⁵

1.3 Rettslig plassering

³ Treimo, Vilde, 2019: Årets mest sette filmer, Filmweb, 12. desember 2019, <https://www.filmweb.no/filmnytt/article1419222.ece> (lest 19.03.21)

⁴ Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930)

⁵ Rosati, Eleonora, Copyright protection of fictional characters: is it possible? How far can it go?, ipKitten.blogspot. 28. November 2019, <https://ipkitten.blogspot.com/2019/11/copyright-protection-of-fictional.html> (lest 10.05.21)

Fiktive karakterer er immaterielle. Innen immaterialretten er det «Lov av 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv.», heretter kalt «åndsverksloven», som er det aktuelle lovverket for vurdering av problemstillingen. Åndsverksloven og tilhørende Høyesterettspraksis, er det mest sentrale rettsgrunnlaget.

Etter prinsippet om direktivkonform fortolkning av EU-rettslige direktiv, vil sentrale opphavsrettslige direktiv og praksis fra EU-domstolen, være relevant i tolkningen av tilhørende bestemmelser i åndsverksloven jf. Rt. 1997 s. 1954 jf. s. 1961. Dette er også fulgt opp i Høyesterettssaker omhandlende åndsverksloven og opphavsrett.⁶

Internasjonale avtaler om immaterialrett Norge har sluttet seg til, som Bernkonvensjonen, TRIPS-avtalen og WIPOs traktat om åndsverk (WCT), er også relevante kilder.

Det er svært lite, om ingen praksis fra Høyesterett og EU-domstolen som direkte omhandler fiktive karakterer. Det vil derfor være generelle rettsregler innenfor opphavsretten, som avgjør spørsmålet om opphavsrettslig beskyttelse for fiktive karakterer. Hensynet til en harmonisert europeisk og skandinavisk opphavsrett, gjør at praksis fra andre europeiske nasjoner som Sverige og Tyskland, er relevante tolkningsbidrag.

I et komparativt perspektiv, vil det være interessant å se til praksis fra USA. I amerikansk rett har beskyttelsen av fiktive karakterer lang rettslig tradisjon. Det finnes derfor mye praksis på temaet. Det juridiske utgangspunktet og reglene er annerledes, men det vil være interessant å se på faktum hvor en konkret sak om fiktive karakter er prøvd, og sammenligne hvordan tilsvarende problemstilling vil bli løst etter norsk og europeisk opphavsrett.

1.4 Den videre fremstillingen og avgrensning

For å ha et opphavsrettslig vern må fiktiv karakter være et åndsverk. De sentrale spørsmålet er da hva slags verkstype en fiktiv karakter er, og om de oppfyller kravet til originalitet, også kalt verkshøyde. Dersom en fiktiv karakter er opphavsrettslig beskyttet, blir det neste spørsmålet hvor stort beskyttelsesomfanget er. Dette vil være fremgangsmåten for oppgaven. Til slutt vil jeg problematisere gjengivelse av fiktive karakterer, og bruken av sakkyndige i et krenkelsesspørsmål.

⁶ Rognstad (2020) s. 95

Jeg vil i oppgaven kun vurdere fiktive karakterers beskyttelse i opphavsretten. Jeg avgrensner mot fiktive karakterers potensielle vern i Varemerkeretten. Denne problemstillingen har blant annet blitt diskutert på konferansen *Pop Culture and IP* avholdt av Yann Basire, Director General of CEIPI. Formålet til Varemerkeretten er verne og angi en vares, eller tjenestes, kommersielle opphav.⁷ Mange fiktive karakterer er kjente fra sitt fiktive univers, og skaper assosiasjoner eller produkter knyttet til åndsverket. Dette skyldes en innarbeidelse hos sluttbrukeren. Goodwill og popularitet skapt hos sluttbrukeren, er først og fremst relevant for varemerkeretten. Opphavsrettens formål er å verne om de kunstneriske utformelsene, og skape videre insentiv for kulturell produksjon jf. Åndsverksloven § 1. Det er det kunstneriske vernet oppgaven vil omhandle.

I krenkelsesvurderingen vil jeg ikke behandle spørsmålet om parodier. Parodier aktualiserer mange underproblemstillinger til krenkelsesvurdering. Å inkludere parodier ville gjort oppgaven for omfattende og ufokusert. For å holde oppgaven fokusert, vil jeg heller ikke behandle bruken av fiktive karakterer fra et type åndsverk til et annet, i krenkesspørsmålet. Eksempler på dette er en fiktiv karakter avbildet som en skulptur. Jeg vil heller ikke behandle bearbeidelse av historiske personer. Jeg vil utelukkende fokusere på originale fiktive karakterer.

⁷ C-236-238/08 (*Google*) avsnitt 82-90 og C-206/01 (*ARSENAL*)

2 Vilkår for opphavsrettslig beskyttelse

For å ha opphavsrettslig beskyttelse må en fiktiv karakter være et åndsverk eller en beskyttet verksdel.⁸ Av åndsverkloven § 2 (1) følger det at «[d]en som skaper et åndsverk, har opphavsrett». Hva som menes med et «åndsverk» følger av § 2 annet ledd. I åndsverksloven § 2 annet ledd er et åndsverk definert som «litterære eller kunstneriske verk av enhver art» som er uttrykker en «original og individuell skapende åndsinnsetning». Det første vilkåret omhandler hva slags type verk som kan være åndsverk, det andre vilkåret er originalitetskravet, også kalt kravet til verkshøyde. Det er et klart utgangspunkt i norsk rett at verksdeler i et åndsverk er beskyttet dersom de oppfyller kravet til originalitet jf. C-5/08 (*Infopaq*) og Rognstad (2020).⁹ En fiktiv karakter må oppfylle begge vilkårene for å ha opphavsrettslig beskyttelse. Vi skal først vurdere om fiktive karakterer kan være en verkstype etter åndsverksloven § 2 annet ledd.

Det særegne for fiktive karakterer er at de er abstrakte verksdeler. De er ikke avgrensede blokker, men lever i åndsverket de er en del av. En fiktiv karakter trenger de andre verksdelene i en roman eller film for å eksistere. Spørsmålet er derfor om åndsverksloven verner abstrakte verksdeler.

2.1 Verkstype – «litterære eller kunstneriske verk av enhver art»

Ordlyden av «litterære eller kunstneriske verk av enhver art» tilsier at så lenge noe er litterært eller kunstnerisk, er det grenseløst for hva som kan være et åndsverk. I seg selv skulle dette bety at abstrakte verksdeler også vil kunne være et verk. I åndsverksloven § 2 (2) bokstav a til m listes ulike typer åndsverk. Fiktive karakterer er ikke nevnt her. Denne listen er ikke uttømmende jf. forarbeidene.¹⁰ Felles for alle verkstypene som nevnes, er at de har et start og sluttspunkt som lar seg definere. Det er ikke tilfellet for fiktive karakterer, siden de er abstrakte.

⁸ HR-2017-2165-A (*Il Tempo Gigante*) avsnitt 66

⁹ C-5/08 (*Infopaq*) avsnitt 48 – Rognstad (2020) s. 181.

¹⁰ Prop. 104 L (2016-2017) s. 317.

Ordlyden og forarbeidene gir ikke definerte holdepunkter, men med en vid ordlyd og ikke-uttømmende liste, er de ikke til hinder for at abstrakte verksdeler vil være en verkstype i lovens forstand.

Det følger av forarbeidene til åndsverkloven 2018 at bestemmelsen fra åndsverkloven av 1961 § 1 er videreført i § 2 i dagens lov.¹¹ I forarbeidene til den tidligere åndsverkloven uttales det at bestemmelsen skal svare til Bernkonvensjonen.

Komitéen har videre funnet det riktig å imøtekomme ønsket fra Norges Kunstnerråd og TONO om, i tråd med Bernkonvensjonen og den svenske lov av 30. desember 1960, å presisere at verkets uttrykksmåte og uttrykksform er uten betydning for om det skal ansees som åndsverk. Komitéen ser dette som et rent forklarende tillegg til lovens definisjon, og tilsikter med denne endringen ingen realitetsendring.

Forarbeidene slår fast at det samme formløse kravet i Bernkonvensjonen, også skal gjelde i norsk rett. Etter åndsverkloven er uttrykkmåten for et åndsverket uten betydning.

Bernkonvensjonen Artikkel 2 omhandler hva som er å anse som et åndsverk. “Literary and artistic works shall include every production in the literary, scientific and artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression”. Det rettslig relevante er hvordan ordet «work» skal tolkes. Det vil være en «production» «whatever may be the mode or form of its expression». Et åndsverk vil være et åndsverk uavhengig av uttrykksmåte. Det er et formløst krav for at noe skal ansees som et «work». Det kreves ingen start eller slutt punkt. Abstrakte verksdeler vil da også kunne være en verksform etter Bernkonvensjonen artikkel 2.

Spørsmålet om hva som ansees som et «verk» har ikke vært behandlet i norsk Høyesterett. Det er kun hvorvidt de konkrete verkene har hatt verkshøyde eller ikke som har vært behandlet.

I EU/EØS retten fremgår begrepet «Work» i opphavsrettslig sammenheng av InfoSoc-direktivet¹². Her er begrepet ikke nærmere definert.¹³ Hva som regnes som et «work» i EU-rettslig forstand er behandlet av EU-domstolen. I C-310/17 (*Levola Hengelo*) var spørsmålet om smak kunne ansees som et verk. Resultatet i dommen ble nei. Om smaken av ost uttalte domstolen at «(t)il forskjell fra f.eks et litterært verk, et billedverk, et kinematografisk eller et musikalsk verk, der utgjør et presist og objektivt uttrykk, er identifiseringen av smagen av et levnedsmiddel nemlig i det væsentlige basert på sanse- og smagsopplevelser, der er forbundet

¹¹ Prop. 104 L (2016-2017) s. 317.

¹² C.310/17 (*Levola Hengelo*) Avsnitt 33

¹³ Rosati (2020) s. 3.

med den erson, der smager det pågældeende produkt, herunder dennes alder, kostpræferencer og forugsvaner, samt miljøet eller den kontekst, hvorunder produktet smages»¹⁴.

Poenget er at smak er noe subjektiv. Det kan ikke ha vern, fordi man ikke vet man verner om. Selv om uttrykksmåten for et åndsverk er ubegrenset, må et verk kunne tilstrekkelig objektivt identifiseres etter EU-standard.

Det rettslige utgangspunktet blir derfor at abstrakte verksdeler vil kunne ha ansees som et «åndsverk» etter lovens vilkår, men må etter EU-rettens krav i tilstrekkelig grad kunne objektivt identifiseres.

2.2 Fiktive karakterer som verkstype

Etter norsk rett er det formløst hva som kan regnes som et åndsverk, det vesentlige er at det kan objektivt og presist identifiseres i lys av EU-domstolens krav.

En fiktiv karakter er en verksdel. Den eksisterer gjennom en filmverk eller et litterært verk. Utfordringen er knyttet til fiktive karakterers natur. Karakteren kan ikke løsrives som en komponent. Den lever i historien. Til sammenligning med en skulptur eller maleri som er fast, er en fiktiv karakter en abstrakt verksdel uten klare ytterpunkter. Utseendemessig kan man ta et stillbilde, eller lese en personlighetsbeskrivelse, men en identitet er bundet i valgene man tar og konteksten det skjer i. Hvem er Harry Potter uten Galtvort eller Voldemort? Hva er James Bond uten MI6 eller de ulike oppdragene han løser? En karakter trenger historien og konteksten sin, for å kunne være en karakter. Selv om det kan være vanskelig å skille karakter og historie, vil det ikke stride mot kravet til formfrihet i åndsverk. Abstrakte verker og verksdeler uten klare start- og slutt punkt, faller som sagt inn under formfriheten etter åndsverkloven § 2 og Bernkonvensjonen Artikkel 2. Hvis ikke, ville ikke kravet vært formfritt.

Det viktigste spørsmålet er om en fiktiv karakter som en abstrakt verksdel, kan identifiseres presist og objektivt.

Indre personlighetstrekk ved en karakter, kan tolkes ulikt hos hver leser. De er ikke like håndgripelige som lydbølger eller fargekombinasjoner. En karakter er «levende» og skaper

¹⁴ Avsnitt 42—44.

subjektive relasjoner til seer/leser. Potensielt kan man bake mye av sin egen personlighet inn i tolkningen av en fiktiv karakter. Denne subjektive dimensjonen ved karakterer kan skape usikkerhet om hva man verner om. Da er det ikke sikkert at en fiktiv karakter er tilstrekkelig objektiv og presis.

På den andre siden, er det vesentlig å skille mellom identifikasjon og tolkning. Når vi opplever et musikkverk eller et maleri, har vi felles referansepunkt. Det gjør det mulig å objektivt identifisere det som et åndsverk. Om vi liker det, er derimot et subjektivt tolkningsspørsmål, som ikke er rettslig relevant. En fiktiv karakter står skrevet i en bok, eller kan sees på film. Vi leser samme personlighetsbeskrivelse, og ser den samme karakteren på skjermen. Derfor har vi felles referansepunkt når vi identifiserer en fiktiv karakter. Vi ser sammen at James Bond jobber for MI6, kjører Aston Martin, drikker Dry Martini, bedårer damer, og redder verden. Om man blir betatt eller msiliker James Bond er et subjektivt tolkningsspørsmål.

Det avgjørende er derfor at verket fiktive karakterer er en del av, enten en film eller roman, kan oppleves på samme måte. Fiktive karakterer er derfor mulig å objektivt identifisere i lys av EU-rettslig krav jf. C-310/17 (*Levola Hengelo*).

Til sammenligning er dette et større rettslig spørsmål i USA. I vurderingen av fiktive karakterers opphavsrettslig beskyttelse, er det fra flere hold snakk om et *character fixation problem*. Tesen er at vi som mottakere, opplever en karakter forskjellig, og at det derfor er vanskelig å si om den er «recognizable as the same character» når den oppleves.¹⁵ Her er det lagt vekt på om man kan ha en felles konkret opplevelse. Dette er ikke relevant på samme måte i Europeisk opphavsrett, da vi her operer med et formløst krav til verkstyper.

Når vi nå har slått fast at fiktive karakterer er en abstrakt verksdel i åndsverkslovens forstand, skal vi se nærmere på om fiktive karakterer oppfyller kravet til originalitet.

2.3 Grunnleggende vilkår for verkshøyde

Det viktigste spørsmålet for om et verk er et åndsverk, er at det må være originalt. Dette betegnes også som et krav til verkshøyde. Tidligere var kravet til verkshøyde ulovfestet. I dag er det kodifisert i åndsverkloven § 2 (2), ved vilkåret «original og individuell skapende

¹⁵ Zahr (2013) s 787

åndsinnets». Ordlyden tilsier at de delene i et verk som har beskyttelse, må stamme fra kunstnerens eget kunstneriske sinn og skapelse.

I forarbeidene går det fram at lovteksten kun gjengir «essens i vilkåret, mens det nærmere innholdet vil måtte fastlegges på bakgrunn av rettspraksis og teori». Samme sted kommer det også frem at vilkåret skal harmonisere med EU-rettens originalitetsvurdering slik den fremgår av EU-domstolens praksis.¹⁶ Verkhshøydebegrepet er et rettslig begrep, og ikke et estetisk krav. Om noe er bra eller dårlig kunst, er ikke relevant for spørsmålet om originalitet. Et åndsverks popularitet er uten betydning for vurderingen.¹⁷

I Høyesterettspraksis har spørsmålet om verkshøyde blitt behandlet som et terskelspørsmål¹⁸. I HR-2017-2165-A (*Il Tempo Gigante*) uttaler Høyesterett at med originalt betyr det at det «ikke innebærer et krav om nyhet, men at det må være skapt noe som har en viss grad av individualitet og kreativitet. Ved originalitetsbedømmelsen skal det tas hensyn til både enkeltelementer i verket og til verket bedømt som helhet»¹⁹ Det er altså en vid skjønnsmessig vurdering for å fastslå om noe er originalt og har verkshøyde.

I Rt. 2012 s. 1062 (*Tripp Trapp*) er Høyesterett tydelige på at verkshøydekravet ikke er relativt ut ifra type åndsverk. Saken gjaldt beskyttelsen av barnestolen Tripp Trapp. Et springende punkt var om det var et strengere krav til originalitet for brukskunst.

Vanskeligheten med å oppnå verkshøyde for brukskunst skyldes «...det faktum at det for produkter som er dominert av de funksjonelle elementer, vil være et mer begrenset spillerom for en selvstendig kunstnerisk utforming.»²⁰ Det er vanskeligere å lage noe originalt på grunn av kunstformen. Derfor er valgfrihet et viktig moment i vurderingen. Dersom kunstneren har stor valgfrihet til å utrykke seg vil det være lettere å skape noe som er originalt og har verkshøyde.

I EU-sammenheng er ikke begrepet originalt definert i et eget opphavsdirektiv. Det kommer kun til uttrykk i sektorspesifikke direktiver som Dataprogramdirektivet²¹. EU-domstolen har vært tilbaketrukket i å fastslå et konkret innhold, og har holdt seg på det overfladiske.²² Blant

¹⁶ Prop. 104 L (2016-2017) s. 27—28.

¹⁷ Rognstad (2020) s. 102.

¹⁸ HR-2017-2165-A (*Il Tempo Gigante*) avsnitt 66

¹⁹ Avsnitt 66—67

²⁰ Avsnitt 67

²¹ Direktiv 2009/24/EF Artikkel 1 nr. 3

²² Rognstad (2020) s 97.

annet er det ikke et kvantitativt krav i originalitetsvurderingen. I C- 5/08 (*Infopaq*) sa domstolen at selv om et ord i seg selv ikke er originalt, vil kombinasjonen av 11 ord kunne være det.²³

Betydningen av valgfrihet har også vært vektlagt som avgjørende for om et verk er originalt. I C-145/10 (*Painer*) ble det lagt til grunn fotografens frie og kreative valg som valg av motiv, vinkling, lys, beskjæring osv. som grunnlag for den individuelle originale skapelsen²⁴. Til motsetning var det i C-429/08 (*Premier League*) om opphavsretten til fotballkamper, ikke mulig å ta kreative frie valg, siden fotballkamper er begrenset av spillets regler²⁵. Det samme poenget ble slått fast i C-604/10 (*Football Dataco and Other*)

I nyere praksis har det vært spørsmål om funksjonelle trekk begrenser valgfriheten. I C-683/17 (*Cofemel*) var spørsmålet om dongeribuksen G Star Raw var opphavsrettslig beskyttet. En bukse er betinget av fasong om å passe menneskekroppen. Domstolen kom til at designprodukter også kunne være opphavsrettslig beskyttet,²⁶ og at det ikke gjaldt noe strengere originalitetskrav for ulike verkstyper. Funksjonelle deler er ikke vernet fordi de begrenser opphaverens kreative frie valg. Konsekvensen av at uttrykksmåten er begrenset, er at det blir vanskeligere å skape noe originalt.²⁷ De samme argumentene ble fremholdt i C-833/18 (*Brompton Bicycle*), som omhandlet opphavsretten til en sammenleggbar sykkel. Delvis funksjonelle produkter kan ha opphavsrett. Tilfeller hvor et verk er utelukkende betinget av funksjonelle deler, er ikke beskyttet.²⁸ Dette er kjent som EUs merger-doktrine. Dette harmonerer med den norske Høyesterettsavgjørelsen Rt. 2012 s 1062 (*Tripp Trapp*)²⁹

I verkshøydevurderingen avgrenses det mot ideer og konsepter. Det kommer også til uttrykk i HR-2017-2165-A (*Il Tempo Gigante*). Høyesterett uttaler at «opphavsretten ikke gir beskyttelse til ideer, motiver og funksjonelle løsninger»³⁰. Ideer er generelle. Det er ikke noe individuelt og skapende ved de. Begrunnelsen er at beskyttelse for temaer og ideer vil kunne begrense kunstneriske uttrykksformer. Å skrive en kjærlighetsroman skal ikke hindre andre i

²³ Avsnitt 45

²⁴ Avsnitt 83

²⁵ Premier league avsnitt X

²⁶ Avsnitt 98

²⁷ Avsnitt 50—52

²⁸ Avsnitt 33

²⁹ Avsnitt 67

³⁰ Avsnitt 101

skrive en fortelling med samme idé. Det er den konkrete originale utformingen, som opphavsretten skal verne.

Prinsippet om avgrensning mot ideer er internasjonalt anerkjent. Det kommer til uttrykk i TRIPs artikkel 9(2) og WCT artikkel 2: «Copyright protection extends to expressions and not ideas, procedures, methods of operation and mathematical concepts as such». Prinsippet er også stadfestet i EU praksis.³¹

Kombinasjonen av generelle enkeltelementer kan likevel gi verkshøyde. Dette kommer frem av Rt. 2007 s. 1329 (*Huldra i Kjosfossen*). «(S)elv om verket bygger på kjente enkeltelementer, kan disse være sammenstilt på en slik måte at verket som helhet fremstår som originalt»³². Her var poenget at en Hulder var et generelt uoriginalt vesen fra folkeeventyr, men dersom man tilfører nok elementer og skaper sin individuelle og originale hulder, kunne den konkrete sammenstillingen vært original.

Oppsummert er kravet til verkshøyde en terskelspørsmål. Det er vanskelig å fastslå en konkret grensedragningslinje. Den må tas av domstolen i et enkelt tilfelle. Generelle holdepunkter som valgfrihet, og avgrensninger mot ideer og temaer vil være er veiledende.

2.4 Verkshøyde for fiktive karakterer

Det videre spørsmålet blir om fiktive karakterer kan ha verkshøyde, og i så fall hvilke karakterer som oppfyller kravet til originalitet. Kravet til verkshøyde er et terskelspørsmål. Jeg vil derfor behandle ulike momenter ved fiktive karakterer for å se hvordan de påvirker fiktive karakterers originalitet. Først vil jeg vurdere fiktive karakterers indre og ytre trekk, deretter vil jeg se på betydningen av kompleksitet i en fiktiv karakter, så karakterens utvikling, og til slutt karakterens navn. Det vil være hensiktsmessig å bruke ulike betegnelser av fiktive karakterer når disse momentene vurderes. I litteraturteori finnes det ulike måter å definere karakter. Det er ikke absolutte skiller, men emneknagger som kan hjelpe oss å forstå hva slags type fiktive karakter vi vurderer. I den videre fremstillingen vil jeg benytte meg av kategoriene flate, runde, statiske og dynamiske.

2.4.1 Karakterens indre og ytre trekk

³¹ C-393/09 BSA

³² Avsnitt 45

En fiktiv karakter vil kunne identifiseres ved å angi forskjellige indre og ytre karaktertrekk. De ulike trekkene kan forstås som komponenter i oppbygningen av en fiktiv karakter. Trekkene kommer til liv enten av det man ser på skjermen, eller av de man leser i romanen.

Alle karaktertrekk er i seg selv generelle, og uoriginale. I det ytre kan vi se trekk som mørkt hår, skjegg, monokkel, stakk, kappe, månestøvler eller tryllestav. Det samme med personlighetstrekk; modig, kjærlig, usikker, fryktinngytende eller ondskapsfull. Dette er alle enkeltstående personlighetstrekk man kan identifisere i ulike karakterer uavhengig av type. Et enkeltstående karaktertrekk er ikke originalt, det er tematisk. Det som potensielt skaper det originale, og som dermed gir en karakter verkshøyde, er sammenstillingen av flere ulike trekk jf. Rt. 2007 s 1329 (*Huldra i Kjosfossen*).³³ Grensedragningen for verkshøydevurderingen blir om sammenstillingen av karaktertrekk gir en følelse av originalitet hos den fiktive karakteren.³⁴

Men hvor ligger terskelen konkret? For å prøve å identifisere hvor grensen går, er det hensiktsmessig å se til praksis fra EU-domstolen. I C-5/08 (*Infopaq*) kunne et utdrag på 11 ord være nok til å ha verkshøyde, noe som indikerer at kravet til verkshøyde er lavt.³⁵ Det kan da være fristende og trekke konklusjonen om at dersom en karakter har en egen identitet, vil den uavhengig fra hvor enkel eller kompleks den er, oppfylle kravet til originalitet. Grensedragningen kunne tenkes å være mellom «det løp en vennlig brannmann forbi», og mer spesifikt «den vennlige brannmannen Kalle løp forbi». Ut i fra rettskildebildet blir denne konklusjonen feil. Selv om noe er spesifikt og kan identifiseres, er det ikke sammenfallende med at det er et resultat av skaperens frie og kreative valg som gir en følelse av originalitet.³⁶ Hulderen i *Huldra* fra *Kjosfossen* var spesifikk, men hadde ikke «en tilstrekkelig individualitet og særpreg»³⁷

En mer utviklet kombinasjonen av ytre og indre trekk vil være med å gi følelsen av at forfatteren har skapt karakteren med «en viss grad av individualitet og kreativitet».³⁸ Dette må vurderes sammen med det tidligere diskuterte utgangspunktet om avgrensingen mot idé og tematikk fra HR-2017-2165-A (*Il Tempo Gigante*).³⁹ Man må stille seg spørsmålet om den

³³ Avsnitt 45

³⁴ Avsnitt 44

³⁵ Avsnitt 45

³⁶ C-833/18 (*Brompton Bicycle*) Avsnitt 23

³⁷ Avsnitt 46

³⁸ HR-2017-2165-A (*Il Tempo Gigante*) avsnitt 66

³⁹ Avsnitt 101

fiktive karakteren er generell og heller mot det tematiske, eller om den er unik, kompleks og en levende del av åndsverket.

Et annet sentralt poeng i denne sammenhengen er valgfrihet i uttrykksmåte for fiktive karakterer. Utvalget av indre og ytre trekk setter en naturlig begrensning for uttrykksmåter. Her er det likhetstrekk til brukskunst i Rt 2012 s 1062 (*Tripp Trapp*) og EU-domstolens mergerdoktrine.

Fiktive karakter preges av en dualitet. De er både kunstneriske, og et middel i historiefortelling. Til likhet med brukskunst, vil dette begrense spillerommet fordi det finnes et gitt antall karaktertrekk, samt at de har funksjonen for å gi identitet og liv til en karakter. Denne begrensende uttrykksmåten gjør det naturlig vanskeligere å skape noe originalt. Mange karakterer ligner i uttrykksmåte, og vil dermed ikke være originale. En nihilistisk, alkoholisert, middelaldrende politietterforsker, som løser saker på en utradisjonell måte, er tematisk. Det må legges til enda flere karaktertrekk for å kunne skape noe originalt. En forhistorie, trøblete kjærlighetsliv, navn, bosted, univers, osv. Jo mer utpreget en karakter er, desto større er sjansen for at den er tilstrekkelig original. Det må ikke forveksles med kvantitet, som ikke er relevant for verkshøydevurderingen.⁴⁰ Poenget er at med større kompleksitet, beveger karakteren seg bort fra det tematiske og over på det individuelle og skapende.

For en fiktiv karakter som er bygget opp av indre og ytre trekk, er valgfriheten moderat. Fiktive karakterer er ikke utelukkende betinget av en funksjonelle trekk. Det er rom for kreative valg av trekk og utformingen av disse. I C-145/10 (*Painer*), var det fotografens frie valg, som gjorde at det lå en individuell og skapende åndsinnsetning bak.⁴¹ Det vil være mulig for en fiktiv karakter å ha verkshøyde siden den ikke er utelukkende betinget av sin funksjon jf C-833/18 (*Brompton Bicycle*).⁴²

Når det eksisterer en valgfrihet, og den er moderat, blir et viktig moment i originalitetsbedømmelsen å ikke begrense denne jf. HR-2017-2165-A (*Il Tempo Gigante*) og Rt. 2012 s 1062 (*Tripp Trapp*). Dersom karakteren er så generell at man risikerer å

⁴⁰ Rognstad (2020) s. 103.

⁴¹ Avsnitt 83

⁴² Avsnitt 33

monopolisere ulike uttrykkformer, befinner karakteren seg på idéstadiet, og har ikke verkshøyde.

Til inspirasjon illustrerer saken Daniel v. Walt Disney Company grensedragningen for karakterer som har vern og ikke i USA. Spørsmålet var om Disneys karakterer fra *Inside Out* (2015) krenket karakterene i *The Moodsters*. I amerikansk rett avgjøres spørsmålet om fiktive karakters opphavsrett basert på to ulike tester.⁴³ Den ene testen er en trestegs-test kalt «The distinctive deliantion test». Det tredje trinnet i testen tilsvarer verkshøydekravet i norsk rett. Det er formulert slik; *“The character must be especially distinctive and contain some unique elements of expression, meaning that it cannot be a stock character such as a magician in standard magician garb”*⁴⁴. The Moodsters oppfylte ikke det tredje vilkåret i «The distinctive deliantion test» fordi de ikke var tilstrekkelig unike. Konseptet om at ulike farger representere følelser var på et idéstadie. I tillegg var The Moodsters-karakterene lite utpreget visuelt, og kunne ikke skilles skikkelig fra hverandre.⁴⁵ Dersom den samme saken hadde gått for norske domstoler, ville resultatet blitt det samme, med begrunnelse i avgrensingen mot idéer jf. rettspraksis og WCT artikkel 2.

2.4.2 Karakterens kompleksitet.

Når vi snakker om overgangen fra generelle til mer utviklede karakterer snakker vi om karakterens kompleksitet. To ulike måter å kategorisere dette på er flate og komplekse karakterer. Vi skal nå se nærmere på kompleksitetens betydning for verkshøydevurderingen.

2.4.3 Flate karakterer

Flate karakterer er typete. De har få, tydelige trekk, og de er enkle å definere.⁴⁶ Eksempler på en flat karakter er en sjalu ektemann, heltmodig ridder, eller en sleip greve. På engelsk omtales de som «stock character», på norsk, liste-karakterer. Denne type karakterer er tematiske og befinner seg på idéstadiet. De er standardkarakter og bærer preg av å først og fremst være en funksjon for å drive historien fremover. De er med å skape et univers for de mer utviklede hovedkarakterene. Ofte har ikke forfatteren tilført slike flate karakterer noe

⁴³ Zahr (203) s. 785

⁴⁴ DC Comics v. Towle, 989 F. Supp 2d 948 (C.d. Cal. 2013)

⁴⁵ Daniels v. The Walt Disney Co., No. 18-55635 (9th Cir. 2020)

⁴⁶ Zahr (2013) s. 789

individuet og skapende som gjør de originale. Flate karakterer vil ha vanskeligheter med å oppfylle kravet til verkshøyde.

Dersom de tilføres noe mer utover sitt tradisjonelle trekk enn det å være en pirat på jakt etter gull, eller en lojal venn, vil karakteren utvikle seg fra å være flat til å bli rund. Den vil potensielt bevege seg vekk fra et tematisk stadiet, og få en mer individuell utforming. Da vil sammenstillingen av karakteren endre

Amerikansk rett avgrenset eksplisitt mot flate karakterer. I den tidligere nevnte “The distinctive deliantion test” er det formulert (3) *“The character must be especially distinctive and contain some unique elements of expression, meaning that it cannot be a stock character such as a magician in standard magician garb”*.⁴⁷ Den same eksplisitte avgrensingen finnes ikke i norsk eller europeisk rett. Rettslig svarer dette som sagt til avgrensingen mot ideer og tematikk. Dersom en konkret sak ble prøvd for domstolen vil en lignende uttalelse kunne tenke seg i norsk rett.

2.4.4 Runde karakterer

Runde karakterer kjennetegnes ved at de er vanskeligere å klart definere og kategoriseres.⁴⁸ De er komplekse. De er mer utviklet enn flate karakterer. Utviklingen skyldes opphaverens skapende valg og bidrag. Et eksempel er en antagonist man sympatiserer med på grunn av en hjerteskjærende forhistorie, som man dermed mister sympati for fordi den tar moralsk forkastelige valg. En slik karakter er The Joker spilt av Joaquin Phoenix i *The Joker* (2019).

Det er det dette utviklingsbidraget fra skaperen, som skiller en generell listekarakter som trollmann med skjegg og kappe, og trollmannen Albus Humlesnurr fra Harry Potter-bøkene og -filmene. Humlesnurr kan beskrives med trekk som slank, gammel, mann, skjegg til hoften, halvmånebriller, brukket nese, et varmt smil, rektor på Galtvort, sin tids mektigste trollmann, kunnskapsrik, har nestekjærlighet som sin grunnverdi, fascinasjonen for gomper (ikke magiske-mennesker), representant for det gode, en tøysete fyr, som aldri blir sint, sindig, har alltid det klokeste svaret, overlister de fleste verbalt, og har alltid har lyst på søtsaker, samt mye mer. (*Red. Oppsummering*)

⁴⁷ DC Comics v. Towle, 989 F. Supp. 2.d 984 (C.d. Cal. 2013)

⁴⁸ Zahr (2013) s. 789

Oppsummeringen illustrerer at det er lagt til så mange elementer utover en generell trollmann, at fremstillingen av Albus Humlesnurr virker original. Dette harmonerer med uttalelsene i Rt. 2007 s. 1329 (*Huldra i Kjosfossen*)⁴⁹

Runde karakterer er som oftest mer sammensatte og komplekse. De er et individ. Denne individualiteten skiller de fra en idé eller et verktøy. Desto mer kompleks og unik en karakter er jo større er muligheten for at sammensetningen av trekk er original. For at en fiktiv karakter skal kunne ha verkshøyde må den være rund. Men det er ikke i seg selv tilstrekkelig.

2.4.5 Karakterens utvikling

En annen måte å kategorisere karakterer på er ved deres karakterutvikling. Noen karakterer forblir den samme gjennom historien, statisk, mens andre utvikler seg, dynamisk⁵⁰. Vi skal nå se nærmere på karakterutvikling og dens betydning for verkshøydevurderingen.

2.4.6 Statiske karakterer

Ved en statisk karakter skjer det ingen indre personlighetsreise i løpet av historien. De står for de samme verdiene, oppfører seg på den samme måten, og tar de samme valgene. De går ikke fra å være helter til å bli skurker, eller fra hevngjerrig til tilgivende. En statisk karakter kan ha ulik kompleksitet. Den både være en mindre bi-karakter, som ikke er særlig original, men kan også være en hovedkarakter som er velkomponert og original.

En statisk karakter er velegnet for serier og oppfølgere. Donald Duck, James Bond og de fleste superhelter er statiske karakterer. Uavhengig av hvilken James Bond film man ser er det den samme 007-agenten man møter, til tross for at skuespilleren byttes ut.

Om statiske karakterer har verkshøyde er vanskelig å stadfeste. I seg selv er ikke dette nok til å være grensedragende. Både flate og runde karakterer kan være statiske. Det avgjørende er hvor velutviklet resten av karakteren er, og om helheten fremstår som original.⁵¹ Karakterens dynamikk blir et moment i helhetsvurderingen. En statisk karakter vil i hovedsak være mindre original og unik, enn hva en dynamisk karakter vil være, fordi en flat karakter ofte er mer tradisjonell. Dynamikk er et element ved karakteren som kan bidra til originalitet. En statisk

⁴⁹ Avsnitt 45

⁵⁰ Zahr (2013) s. 790

⁵¹ Rt. 2007 s. 1329 (*Huldra i Kjosfossen*) avsnitt 45

karakter kan være original, eksempelvis James Bond, men det kreves da at den er utviklet på andre måter for å være gjenstand fra opphaverens «individualitet og kreativitet» som sagt i HR-2017-2165-A (*Il Tempo Gigante*).⁵²

En nyanse for statiske karakterer, vil være hvor fremtredende de er i historien. Statiske protagonister vil ha mer plass i boken eller på skjermen, og vil derfor få mer tid å uttrykke seg på. Gjennom denne økte skjermtiden, vil det komme frem små nyanser som gjør bakgrunnen for valg og personlighetstrekk mer kompleks. Dette skaper en styrket individualitet hos karakteren. Det er derfor en statisk karakter som James Bond vil kunne ha verkshøyde. Jeg vil påpeke at det ikke er et kvantitetskrav i verkshøydevurderingen⁵³, men plass i historien henger sammen med karakterutvikling. Karakterutvikling er nødvendig for å gjøre fiktive karakterer tilstrekkelig originale.

For mindre karakterer med lite skjermtid, vil nyansene bli så få at det ofte kun er navnet som gjør karakteren individuelle. Alle de andre trekkene er så generelle at de kan ikke sies å være individuelle og skapende originalt. Et eksempel på dette kan være en alkoholisert onkel, som ikke har en fremtredende plass i et familiedrama. Statiske karakterer, som ikke er hovedkarakterer, blir ofte flate av mangel på plass i historien. Derfor vil sekundær karakterer ha vanskeligheter med å ha verkshøyde.

Det er viktig å ikke tenke at hvor kjent karakteren er, har betydning for vurderingen. Verkhøydevurderingen er lik for Supermann, som for karakterer i en ny ungdomsroman fra en ukjent forfatter. Fiktive karakterer er ikke mer originale fordi de er kjent. Verkhøydevurderingen er ikke kvalitativ. Det er mulig å bli betatt av fiktive karakter som ikke er originale. At jeg er glad i Harry Hole og har lest alle bøkene, betyr ikke at Harry Hole har verkshøyde. Det er ingen goodwill eller innarbeidelse i opphavsretten. Disse aspektene ved en fiktiv karakter berører varemerkerettens område.

I amerikansk rett har dette vært en utfordring knyttet til den opphavsrettslige vurderingen av fiktive karakterer. Den andre testen som benyttes i å vurdere om en fiktiv karakter har opphavsrett kalles «Constitutes the Story Being Told» test.⁵⁴ Det er kun karakterer som utgjør

⁵² Avsnitt 66

⁵³ Rognstad (2020) s.103.

⁵⁴ Warner Bros v. Columbia Broadcast Systems, 216 F.2d 945, 950 (9th Cir. 1954)

selve historien, som er opphavsrettslig beskyttet. Slik avgrenser man mot beskyttelse for ubetydelige karakterer.

I *Metro-Goldwyn-Mayer v. American Honda* var spørsmålet om en Honda reklame til forveksling lik James Bond krenket opphavsretten til James Bond. Dommen brukte både «Delianation» og «Constitutes the Story Being Told» testen, og kom frem til at James Bond var opphavsrettslig beskyttet. I anvendelsen av “Constitutes the Story being told” uttalte domstolen at “the audiences do not watch Tarzan, Superman, Sherlock Holmes, or James Bond for the story, they watch these films to see their heroes at work. A James Bond film without James bond is *not* a James Bond film”.⁵⁵ Selv om dommeren har rett i at det er en suksessfaktor for filmene, har testen vært kritisert for å gi for snevert vern. Man risikerer å gi vern basert på hvor kjent karakteren er.⁵⁶ Bruk av denne testen har kun resultert med at de mest kjente karakterene som James Bond og Rocky er opphavsrettslig beskyttet.⁵⁷ Albus Humlesnurr vil nok ikke være beskyttet etter en slik test, fordi man kan fortelle Harry Potter-historien uten han. En slik test vil ikke det være rettslig relevant etter norsk og europeisk standard. Både fordi den tendenserer mot det kvantitative og mot det kvalitative. Verkhøydevurderingen er et spørsmål om originalitet og er nøytral.

2.4.7 Dynamiske karakterer

Motstykket til statiske karakterer er dynamiske karakterer. Dette er en karaktertype som utvikler seg med historien. De blir typisk møtt med et moralsk valg som redefinerer hvem de er og hva de står for.⁵⁸ Et eksempel her, vil være en karakter som på starten av historien er feig og rømmer i møte med trøbbel eller urett, men som på et tidspunkt finner motet til å stå opp for seg og andre. Nora fra et dukkehjem er en dynamisk karakter. Hun velger å forlate Helmer i siste akt av skuespillet, og dette bidrar til å redefinerer hvem hun er. Inntrykket av den dynamiske karakteren er forskjellig på starten av historien, sammenlignet mot slutten.

Den dynamiske utviklingen gjør at slike type karakterer oftest er komplekse. Kompleksiteten i det indre vil kunne gjøre at karakteren er tilstrekkelig original. Begrunnelsen er at opphaveren former den fiktive karakteren ved å gi den denne indre reisen. Karakteren er i større grad

⁵⁵ *Metro-Goldwyn-Mayer v. American Honda*, 900 F. Supp. 1287 (C.D Cal. 1995)

⁵⁶ Zahr (2013) s. 785

⁵⁷ *Anderson v Stallone*, 11 U.S.P.Q.2d 116 (C.D. Cal 1989)

⁵⁸ Zahr (2013) s. 790

gjenstand for en «original og individuell skapende åndsinnset» jf åndsverkloven § 2 annet ledd. Slik er karakterutvikling et element ved karakterer som vil kunne tale for verkshøyde.

Ikke alle reiser er tilstrekkelig originale. En karakterreise gjennom redefinerende valg, kan også være generelle. En ulykkelig part i et ekteskap som forlater sin ektefelle er nok ikke tilstrekkelig originalt. Heller ikke en superhelt som mister sin kjære og blir slem. Karakterens dynamikk er som sagt ikke i seg selv nok til å konstatere verkshøyde. Det er et moment i en større sammenheng som bidrar til kompleksitet. Denne kompleksiteten vil kunne lede til tilstrekkelig grad av originalitet. Dette kan man se i «The Joker» fra 2019 med Joaquin Phoenix. Det er alle de andre elementene i tillegg til den dynamiske reisen som gjør karakteren original.

Et større spørsmål er hvordan denne kompleksiteten skapes. Fiktive karakterer er abstrakte verksdeler. Hva som er den fiktive karakteren, og hva som er plot og historieelementer, er ikke mulig å skille. De trenger hverandre for å eksistere. En fiktiv karakter får sin personlighet gjennom interaksjon med andre karakterer, hva som skjer i historien, og universet den lever i.

Jeg beskrev tidligere Albus Humlesnurr. Før å få de kvalitetene og personlighetstrekkene hans karakter har, trenger han samtaler med Harry Potter, og små interaksjoner med andre elever på Galtvort, magiministeren og Voldemort. Han trenger også plothendelser, som eksempelvis at han beseiret Grindelwald, er uenig med Magiministeren eller setter Harry på jakten av dødstalismaner, for å virkeliggjøre kvalitetene og den kunstneriske sammenstillingen som er Albus Humlesnurr. For å virkeliggjøre en karakter, må man også gjengi historieelementer.

Man kan ikke løsrive en karakter som en action-figur. Derfor kan et rent isolert karaktervern sjeldent tenkes. Spørsmålet om en fiktiv karakter har verkshøyde vil derfor bero på om man har nok karakter og historieelementer som utgjør en original sammenstilling. Jo mindre utpreget en fiktiv karakter er, desto flere konkrete plot- og historieelementer kreves for at sammenstillingen er original.

2.4.8 Karakterens navn

Til slutt skal vi se på hvilken rolle navnet til den fiktive karakteren spiller i verkshøydevurderingen. Et navn er det fonetiske og skiftelige kjennetegnet på en karakter. Det er slik man referer til den. Jeg trenger bare å si «James Bond», så vet man hvem jeg

snakker om. Selv om både fornavn og etternavn er generiske, vil kombinasjonen kunne gi en individualitet. Om den er tilstrekkelig original til å ha verkshøyde er et annet spørsmål.

I HR-2017-2165-A ble det spørsmål om tittelvernet på bilen. Ingen av partene anførte at tittelen *Il Tempo Gigante* hadde vern som åndsverk. Spørsmålet ble løst etter åndsverkloven § 106 i stedet.⁵⁹ Heller ikke i Rt. 2012 s 1062 (*Tripp Trapp*) er navnet Tripp-trapp tatt inn i vurderingen av stolens originalitet. Det kan tale for at navnet ikke har betydning for verkshøydevurderingen. For fiktive karakterer stiller dette seg annerledes. Tripp-trapp-stolen er brukskunst, der det er formgivingene ved stolen som er det kunstneriske og originale. Navnet er bare en benevnelse, ikke et element. For et individ og en fiktiv karakter, er navnet derimot en del av identiteten på samme måte som klær, personlighetstrekk og egenskaper. Det har altså en betydning for fiktive karakterer.

Mange karakterer er ofte like. En krimdetektiv, en dronning eller superhelt. Navnet er med å distingvere samme type karakter fra hverandre. Ta William fra Skam. En kjekk tenåring som er sentral karakter i starten av serien. Hans karakter er typisk for en ungdomskjærlighetsserie. En gutt med navn William er ikke nok til å være tilstrekkelig individuell og original. Navnet sin rolle er at det er en nødvendighet for å kunne identifisere en fiktiv karakter med tilstrekkelig presisjon og individualitet. Uten et navn vil opplevelsen av en fiktiv karakter være generisk. Men det er ikke i seg selv nok til å ha verkshøyde.

Svaret er at navnet er et av flere elementer som inngår i å vurdere karakterens originalitet på samme måte som karakterutvikling. Det inngår når man vurderer enkelt elementer og helheten i verket jf HR-2017-2165-A (*Il Tempo Gigante*)⁶⁰.

I *Conan Doyle v London Mystery Magazine* slo britisk domstol fast at Sherlock Holmes navn og adresse ikke i seg selv var beskyttet av opphavsretten.⁶¹ Karakteren var ikke et selvstendig åndsverk, men var vernet gjennom et annet verk. Det var da ikke et tittelvern som svarer til åndsverkloven § 106.

⁵⁹ Avsnitt 132

⁶⁰ Avsnitt 67

⁶¹ *Conan Doyle v London Mystery Magazine, Ltd.* (1949)

3 Beskyttelsesomfanget

Vi har nå vurdert hvordan en fiktiv karakter kan ha opphavsrettslig vern. Vi skal nå se nærmere på hvor omfattende dette vernet er.

3.1 Grunnleggende vilkår for etterligningsvern

Rettsgrunnlaget for beskyttelsesomfanget i opphavsretten følger av rettspraksis. I Rt. 2012 s 1062 (*Tripp Trapp*) ble vurderingstemaet formulert som at «Hvor originalt og særpreget et åndsverk er, vil være bestemmende for vernets omfang. Vernet rekker så langt den individuelt skapende åndsinnfølelsen når.»⁶² Poenget har blitt ytterligere presisert og tydeliggjort i HR-201-2165-A (*Il Tempo Gigante*). Her utalte Høyesterett at «Det avgjørende er om de individuelle trekk som beskyttelsen er knyttet til, går igjen på en slik måte at verket kan sies å ha bevart sin identitet».⁶³ Høyesterett la vekt på at bilen *Il Tempo Extra Gigante* «hadde et industrielt preg, og den gir et helt annet estetisk inntrykk en filmbilens forfinete kunsthåndverksmessige uttrykk»⁶⁴ Det vernede forfinete uttrykket gikk ikke igjen i *Il Tempo Extra Gigante*. Derfor var det ikke et brudd i saken.

Av rettspraksis følger det at det kun er de delene ved et verk som har verkshøyde, som er beskyttet. Fremgangsmåten er at man først fastslår de beskyttede elementene i et verk, for å så se om de går igjen i krenkelsesverket. Man er derfor nødt til å ha gjengitt vernede deler i krenkelsesverket.

I tidligere praksis var det en større åpning for å foreta en estetisk helhetsvurdering. I Rt. 2012 s 1062 (*Tripp Trapp*) ble det lagt vekt på at det kan være vanskelig å skille funksjonelle og kreative elementer fra hverandre. Sammenligningen i krenkesspørsmålet skal skje basert på helhetsinntrykket verket gir.⁶⁵ Dette er ikke eksplisitt fulgt opp i HR-201-2165-A (*Il Tempo Gigante*). Utgangspunktet må derfor være at man må identifisere vernede deler i verket, fremfor en større helhetsvurdering.

⁶² Avsnitt 86

⁶³ Avsnitt 113

⁶⁴ Avsnitt 117

⁶⁵ Avsnitt 90

Utfordringen blir hva som menes med at de vernede delene «går igjen på en slik måte at verket har bevart sin identitet»⁶⁶. Implisitt i denne uttalelsen ligger det at det kan ha vært foretatt noen endringer på de vernede delene, men de må likevel vil kunne identifiseres som den samme delen for å være et brudd. Hvor mye skal endres for at verket har fått endret identitet? Man skal ikke bare kunne endre en ubetydelig del av verket for at det ikke foreligger et brudd. Spenningen ligger hvor langt beskyttelsesomfanget rekker utover den konkrete originale uttrykksmåten. Altså om originaliteten i verket også omfatter verket i endret form

I et tilfelle hvor man står overfor endrede verksdeler, vil man i andre rekke måtte foreta en identitetsvurdering. Denne identitetsvurderingen vil bli en form for helhetsvurdering når man sammenligner vernede deler opp mot de påståtte krenkede verksdeler. I utgangspunktet er det kun vernede deler som sammenlignes, og ikke åndsverkene som helhet. Dersom det er vesentlige deler av verket som sammenlignes, blir det på en måte en slags større helhetsvurdering likevel.

Dette er spesielt aktuelt ved originale sammenstillinger. Dersom man skal vurdere om en original sammenstilling går igjen på en måte som har bevart identiteten i en lignende sammenstilling, vil det være en mer helhetsbedømmelse når man avgjør spørsmålet. Fordi man ikke sammenligner hver enkelt del, men uttrykket verksdelen totalt gir. Dette var tilfellet i HR-2017-2165-A, da de to bilene ble sammenlignet. Det var det ikke enkeltelementene som bruken av radar eller lykter som hadde vern, det var måten de var brukt på som ga bilen det industrielle preget, og originale uttrykk.⁶⁷ Denne sammenstillingen skilte seg fra den andre bilen.

I EU er ikke etterligningsvernet standardisert eller harmonert. Det er nasjonal praksis som er avgjørende rettskilde.⁶⁸ Likevel er praksis fra utlandet nyttig som illustrasjon. I den svenske saken NJA 2017 s. 75 (Svenska syndabockar) var spørsmålet om et maleri basert på et portrettfotografi basert på Oluf Palmes angivelige drapsmann, var en opphavsrettslig krenkelse. Selv om det vernede motivet gikk vesentlig igjen i maleriet *Svenska syndabockar*, la svensk domstol avgjørende vekt på at opplevelsen og helhetsinntrykket av de to bildene var

⁶⁶ Avsnitt 113

⁶⁷ Avsnitt 100—101 og 117

⁶⁸ Johnsson, (2020) s. 24

ulikt. Det var derfor ikke et brudd.⁶⁹ I norsk rett kunne resultatet blitt annerledes, da vernede deler gikk igjen i maleriet. Det springende spørsmålet hadde vært om identiteten var bevart.

Som en sikkerhetsventil i inngrepsvurderingen vil det være interessant å trekke inn Kockvedgaards identitetsvurdering. Ifølge ham, vil krenkelsesvurderingen være som følger:

det beror i praksis på et konkret, sagkyndig skøn. Det avgjørende er da om man oppfatter de to fænomener – det originale værk og bearbejdelsen/efterlignigen som så likeartede at de med føle kan siges at hidføre samme æstetiske oplevelse – at de er samme «værk» - ganske uanset de eventuelle forskjelle. Skjønnets er en blandet juridisk/æstetisk foranstaltning: I juridisk henseende drejer det sig om at udmåle et sådant beskyttelsesomfang, at det ophavsretslig rettsvern, bliver effektivt uden dog at hindre andres rimelige krav på udfoldelse, i æstetiske henseende rejser det sig om at blottlægge de værksstrukturer, der er egnede til genkendelse og anerkendelse⁷⁰.

Kockvedgaard har et tilleggspoeng utover helhetsbedømmingen. Man må være varsom med å ikke strekke vernet for langt. Vernet må ikke bli for stort slik at det hindrer kunstnerisk utfoldelse ved å påstå krenkelse. Det blir altså en rimelighetsbetraktning. Det har til gode å bli direkte anvendt i norsk rettspraksis, men vil kunne fungere som en sikkerhetsventil for å passe på at vernet ikke blir for omfattende.

Det klare utgangspunktet i norsk rett er å fastslå originale deler, og vurdere om de går igjen i det krenkede verket på en måte som at de har bevart sin identitet. Dersom verksdelene man sammenligner er betydelige deler av verket, vil det indirekte bli en sammenligning i tilfeller hvor verksdelene er endret.

3.2 Krenkelsesvurderingen for fiktive karakterer

Forutsetningen er at den aktuelle karakteren som påstås krenket, har verkshøyde. Siden det rene karaktervernet ikke kan tenkes, må nok abstrakte verksdeler fra opprinnelsesverket som inkludert den fiktive karakteren, gå igjen på en slik måte at de har bevart sin identitet.⁷¹ Jeg skal analysere betydningen av ytre trekk, indre trekk, karakteren sett under ett, en karakter plassert i en ny setting, og problemstillinger knyttet til gjengivelse av karakterer for domstolen.

⁶⁹ NJA 2017 s. 75 (Svenska syndabockar)

⁷⁰ Rognstad (2020) s. 166.

⁷¹ HR-2017-2165-A (*Il Tempo Gigante* 113)

3.2.1 Ytre karaktertrekk

Ytre karaktertrekk vil ha størst betydning for visuelle karakterer fra enten film eller tegneserier. Det er fordi de lar seg objektivt og konkret oppleves, til motsetning til litterære karakterer som beskrives.

De ytre karaktertrekkene som utseende, bekledning eller signaturelementer er som tidligere nevnt, generelle trekk som ikke har verkshøyde. En karakter vil sjeldent kunne tenkes å være vernet basert utelukkende på en sammenstilling av ytre trekk. Jack Sparrow fra *Pirates of the Caribbean* har et ikonisk utseende, men som minner om et tradisjonelt piratkostyme. Det ikoniske utseende skyldes en goodwill og popularitet hos fansen som er innarbeidet. Det er ikke relevant for originaltiten. Det er hva som det «originale og individuelle skapende» som er avgjørende jf åndsverksloven § 2 annet ledd. Et ytre utseende vil først og fremst bidra til identifikasjon av lignende karakterer, og dermed aktualisere et krenkelsesspørsmål, men ikke få samme betydning for krenkelsesspørsmålet, da det krever flere deler for at sammenstillingen er original.

Man skal likevel ikke kategorisk avvise krenkelse basert på ytre trekk. Enkelte ytre utseender vil kunne være originalt utformet. Da er det i så fall den kunststriske uttrykket som er vernet, og ikke karakteren som helhet. Vernet vil da være tilsvarende snevert, og kun gjelde for den konkrete visuelle utformelsen. Det vil da ikke kreve store visuelle endringer for at det vernede uttrykket ikke har bevart sin identitet. Det kan man se i de små visuelle forandringene mellom bilene i HR-2017-2165-A (*Il Tempo Gigante*). Ved første øyekast er de ganske så like, men Høyesterett la som sagt vekt på at de forfinede håndverksmessige trekkene i Sandemoses bil, skilte seg fra de mekaniske trekkene i *Il Tempo Extra Gigante*⁷².

I amerikansk rett var dette aktuelt i *New Line Cinema v. Russ Berrie*. Hansken til hovedpersonen i *A Night Mare on Elm Street* ble gitt opphavsrettslig vern fordi den var så identifiserende for karakteren.⁷³ I norsk rett måtte domstolen i så fall lande på at hansken hadde verkshøyde som kunstnerisk uttrykk, og ikke som en abstrakt verksdel knyttet til karakteren, for å komme til samme resultat.

For karakterer som ikke har et originalt ytre utseende, vil det ytre ha liten betydning for en krenkelsesvurdering. Dette gjelder spesielt hvis karakteren ikke har et kjenningsutseende, for

⁷² Avsnitt 117

⁷³ *New Line Cinema v. Russ Berrie*, 161 F. Supp. 2d 239, 302 (S.D.N.U. 2001)

eksempel bytter klær og hår. Det er da lite ved karakterens utseende som er med å bidra til sammenstillingen som gjør karakteren original, fordi et hverdagslig og normalt utseende vil ikke være individuelt og skapende. Samtidig er det ytre med på å skape identifikasjon, som er en forutsetning for at vi kjenner igjen karakteren og potensielt andre verksdeler.

Dette viser at det er vanskelig å konkret plassere det ytres betydning for beskyttelsesomfanget. Svaret ligger i at en fiktiv karakter er veldig mye mer enn bare sin ytre utforming.

Vi kan bruke eksempelet med Albus Humlesnurr for å tydeliggjøre dette. I de originale Harry Potter-filmene spilles Humlesnurr av både Richard Harris og Michael Gambon, med et relativt likt ytre utseende til tross for skuespillerbytte. I film nummer 2, *Harry Potter og Mysterietkammeret* (2002), er det et tilbakeblikk til Humlesnurrs liv i 1943. I *Fanastic Beast and Where to Find Them: The Crimes of Grindlewald* (2018) dukker Humlesnurr sin karakter opp igjen spilt av Jude Law. Året er angivelig 1927. Det er 16 år mellom de to tidspunktene, og ved en overfladisk bedømmelse, virker ikke dette som samme karakter. Hadde det ikke vært for at de bærer samme navn ville dette ikke vært åpenbart. Førstnevnte er en eldre mer klassisk trollmann, mens sistnevnte har et mer moderne uttrykk som minner om en 40-år gammel arkitekt. Utseende har gått fra mer distinkt gjenkjennelig uttrykk, til et mer generisk utseende. Dersom disse to filmene var i en rettslig strid med hverandre, kan man da si at de potensielt vernede delene har bevart sin identitet? Man må se utseendes betydning i sammenheng med andre verksdeler.

I *Fanastic Beast and Where to Find Them* er det ikke bare utseende som lar oss forstå at det er den samme Humlesnurr. Det er også universet historien finner sted i, personlighetstrekk og andre historie-elementer. Et utseende kan tolkes forskjellig fra film til film, eller episode til episode. Batman ser forskjellig i ut i filmene til Christopher Nolan, sammenlignet med filmene til Tim Burton. Man har behov for flere historieelementer for å kunne få frem den originale ved karakteren.

Ytre trekk er det som er det lettest å identifisere, og har kanskje minst betydning for vernets omfang. De ytre karaktertrekkene får først og fremst betydning når hele karakteren sammenlignes, og andre historieelementer trekkes inn. Det ytre er elementer ved karakteren, som er lett gjenkjennbare, som kan være med å visuelt indikere om en karakter har bevart sin identitet. Det er sjeldent nok i seg selv avgjørende for krenkelsesspørsmålet.

3.2.2 Indre karaktertrekk

Hvordan blir beskyttelsesomfanget for de indre karaktertrekkene? De indre trekkene gjør karakteren åndelig og levende, og gir karakteren personlighet. De kommer til uttrykk gjennom tanker karakteren har, måten den interagerer med andre karakterer, og valgene den tar. Det er personlighetstrekk. Indre trekk er det som etterlater seg størst inntrykk hos leseren/seeren om hvem karakteren «er». Disse elementene er vanskelig å skille fra historien, fordi de trenger historieelementer for å realiseres. En karakter trenger andre karakterer og et plott for å få virkeliggjort sin identitet.

Personlighet kan kategoriseres som et enkelttrekk, eksempelvis godhet. Godhet er på et idéstadiet, og er ikke er vernet. Selv flere sammensatte personlighetstrekk er ikke en original sammenstilling, siden dette er personlighetstyper, som andre opphavere også må kunne benytte seg av. Et krenkelsesspørsmål mellom to forskjellige karaktertyper, hvor krenkelsen beror på at karakterene har felles personlighetstrekk, vil ikke vinne frem, fordi det ikke er beskyttede verksdeler. Det må være likhetstrekk i flere historieelementer for at en sammenstilling skal være original.

I en avsluttet sak fra Storbritannia mellom Conan Doyle Estate og Netflix var sakens kjerne vern av personlighetstrekk i Sherlock Holmes. I Netflix-filmen «Enola Holmes» ser man en sympatisk Sherlock Holmes som er omtenkst overfor sin lillesøster Enola. Sherlock Holmes er originalt kjent som en uempatisk mesterdetektiv, men i de siste bøkene utvikler han mer empatiske trekk. Conan Doyle Estate anførte at disse personlighetstrekkene ved Sherlock Holmes ikke enda er allmenhetens eie, selv om de tidligere bøkene og selve karakteren er det.⁷⁴ Saken ble ikke behandlet av domstolen da Conan Doyle Estate trakk søksmålet i desember 2020. Etter norsk rett ville ikke Conan Doyle Estate ha vunnet frem med sine anførsler fordi det påståtte vernede elementet er et personlighetstrekk. Et personlighetstrekk har ikke verkshøyde fordi det er generelt. Conan Doyle Estates søksmål mot Netflix fremstod som et desperat forsøk.

3.2.3 Karakteren under ett

⁷⁴ Malcovic (2020)

Det er kombinasjonen av ytre og indre karaktertrekk sammenholdt med flere historieelementer, som er en original sammenstilling.⁷⁵ Det er denne vernende sammenstillingen som må identifiseres i det krenkende verket. Men hvor mye må gjengis for at det skal være et brudd? Dersom man skal kunne identifisere vernede sammenstillinger vil et viktig poeng være at de to historiene foregår i samme fiktive univers. Innenfor det samme universet vil det være mange elementer som gir karakteren sin forhistorie og identitet. Dersom en karakter er løsrevet fra sitt opprinnelige univers, og satt inn i en helt ny kontekst, vil potensielt det ikke være nok andre elementer som gjør det til en beskyttet verksdel.

Ta for eksempel Harry Potter. Dersom man skriver en ny historie om Harry Potter som foregår i det opprinnelige universet, vil man benytte seg av Galtvort, andre fiktive karakterer, trylleformler, oppveksten, og Harrys kamp mot Voldemort. Dette er nødvendig for å virkeliggjøre Harry Potter i sitt opprinnelige univers. Da vil man bruke nok verksdeler som krenker åndsverket Harry Potter fordi den originale sammenstillingen går igjen med sin direkte bevarte identitet.⁷⁶ Hvis Harry Potter settes inn i en ny fiktiv kontekst, som for eksempel norsk vikingtid uten magi, eller amerikansk 80-talls High-School, uten referanser til original verket, vil det ikke være nok elementer som gjør Harry Potter til Harry Potter. Det vil kun være navnet man kjenner igjen. Da spiller man på den allerede etablerte kunnskapen hos leseren og seeren, og ikke originale verksdeler. Den eventuelle goodwillen som eksisterer hos lesere som er kjent med Harry Potter, er ikke relevant for originaliteten. Det er ikke å komme utenom at dersom man spiller videre på Harry Potter, må man ha med kjente elementer fra Harry Potter-universet for å gjøre det interessant for leseren. Derfor vil man heller se at flere elementer er lånt, fremfor bare karakternavnet.

I den tyske Bundesgerichtshof ble saken om romanen *Laras Tochter* behandlet. Boken var en uavhengig fortsettelse på den amerikanske roman *Dr. Zhivago*. Handlingen i *Laras Totcher* startet ved en sledescene i *Dr. Zhivago* hvor Dr. Zhivago og Lara skiller lag, og følger Lara i stedet for Dr. Zhivago. I behandlingen av krenkelsesspørsmålet vurderte de helheten til å inneholde nok elementer fra originalverket til at det forelå en krenkelse. Det var ikke bare viktige karakterer, men også plot og historieelementer fra «Dr. Zhivago» som var benyttet. «Laras Totcher» hadde ikke tilstrekkelig avstand til «Dr. Zhivago» til å være et eget åndsverk. Det måtte etter tysk rett anses som en bearbeidelse som krevde rettighetsinnehavers

⁷⁵ Rt. 2007 s. 1329 (*Huldra i Kjosfosse*) avsnitt 45

⁷⁶ HR-2017-2165 (*Il Tempo Gigante*) avsnitt 113

samtykket.⁷⁷ Saken eksemplifiserer godt hvordan det å dikte videre på en eksisterende historie med etablerte fiktive karakterer, vil nyttiggjøre seg av så mange verkseligheter skapt av originalforfatteren. Skal man skrive videre på en annen forfatters univers med bruk av samme karakterer vil man måtte bruke elementer fra etablerte universet og forhistorien for å gjøre det interessant for leseren.

Til motsetning ville nok en historie hvor man tar en liten bi-rolle og lager en helt ny fortelling, ikke nødvendigvis være en krenkelse. Hvis karakteren er liten og ikke veldig utpreget, kan det hende det ikke er behov for å bruke noe særlig av elementene originalforfatteren har skapt i historien karakteren er hentet fra. I et slikt tilfellet er krenkelsesspørsmålet mye mer åpent.

Hvordan stiller spørsmålet seg der en fiktiv karakter ikke brukes eksplisitt? Men man identifiserer likehetstrekk i historiene på grunn av lignende persongalleri og historieelementer. Har de vernede verksdelene bevart sin identitet da? En rettesnor vil være at jo flere historieelementer som er like, desto større vil nok også likheten mellom karakterene være.

Man skal være varsom med å trekke karaktervernet lenger enn utover direkte originale uttrykket. Ofte er plott og karakterelementer tematiske. I populærkulturen går temaer i faser. Før var det Western som dominerte i Hollywood, nå er det superhelte. Innenfor en sjanger er det ofte begrensinger på type plott, universer, handling og karakterer som kan skapes. At man skal få vern utover sin konkrete utforming, vil være veldig uheldig dersom en domstol trækker feil og gir et vern som dekker sjangerelementer. Da får man vern for idéer, noe det som sagt er avgrenset mot.

Rundt 2010 var det svært populært å lage post-apokalyptiske ungdomsromaner, som senere ble filmatisert. Historiene handler om heltemodige ungdommer i en dystopisk undertrykt fremtid, hvor de må styrte et totalitært regime som oppstod etter en ny verdenskrig. *Hunger Games*, *Divergent*, og *Maze Runner* er noen eksempler. Hovedpersonene er heltemodig ungdom, hvor lojalitet, pågangsmot, frihet, og kjærlighet formet valgene deres. Karakterene hadde lignende omgivelser, historier, valg og karaktertrekk. Det er ofte bare det ytre som kjønn, utseende og navn som skilte. Det er problematisk å da skulle gi et vern som går utover den konkrete utformingen av karakteren og universet historien fortelles i.

⁷⁷ GRUR 1999 s. 984 = IIC 2000 s. 1050 (eng.) (*Laras Tochter*) omtalt Rognstad (2020) s. 181.

Likheten i opplevelsen av karakterene, forekommer i stor grad på grunn av sjangerlikhet, fremfor at karakterene er identiske og har den samme venede sammenstillingen. Den kunstneriske friheten til å utvikle lignende historier, uten at karakterene krenker hverandre må bevares. På samme måte som at det finnes lignende sanger innenfor samme musikkjanger.

For å snakke om et vern utover den konkrete utformingen av karakteren og universet, må man nok ha et tilfellet hvor det er åpenbart at man har forsøkt å skape en lignende karakter og historie slik at sluttbrukeren sitter med en opplevelse av å lese samme historie og samme persongalleri, hvor kun navnene er endret. Da vil man oppleve at en vernet sammenstilling går igjen med bevart identitet.

På dette punktet vil den amerikanske avgjørelsen *Dubay v. King* være av interesse. Forfatteren Dubay anklaget Steven King for at Kings karakter Roland Deschain a.k.a Gunnslinger fra *Dark Tower*-serien i realiteten var den samme om Dubays karakter Restin Dane a.k.a *The Rook*. I følge Dubay måtte King åpenbart ha latt seg inspirere av *The Rook*. Saken gjaldt to tegneseriekarakterer med fortellinger over flere bind. Den amerikansk domstolen the 9th circute kom til at det ikke forelå et opphavsrettslig brudd. Begge karakterene var såkalte Gunnslingers, kunne reise i tid og ble assosiert med fugler. Retten hevdet på sin side at Dubay fokuserte på alt for generelle likheter. Gikk man karakterene nærmere i sømmene, så man at *The Rook* var motivert av en følelse av å korrigere historien og kjempe for det bedre. Kings Gunnslinger-karakter var mer moralsk tvetydig hvor han ofte myrdet i kaldt blod. Det var en helt versus en antihelt. Det var ikke tilstrekkelig likhet mellom karakterene.⁷⁸

I norsk rett ville man vurdert om originale verksdeler gikk igjen i verkene. Hvor mange venede elementer som må gå igjen med bevart identitet for å gi det samme helhetsinntrykket, er ikke klart. Men som i *Dubay v. King* må det være mer en trivielle likheter som ikke er vernet. Det bør være svært lignende karakterer og lik historie, med potensielt få endringer for å kunne konstatere et brudd. Nøyaktig hvor grensedragningen for vern av verksdeler i endret form går, vil i stor grad bero på domstolens skjønn i en konkret sak. Her vil Kockvedgaards identitetslære fungere som en sikkerhetsventil for at vernet ikke blir for stort.

3.2.4 Uautorisererte oppfølgere og Fan-fiction

⁷⁸ Benjamin Michael Dubay v. Stephen King, et al. No. 19-11224 (11th Cir. 2021)

Det er et sentralt poeng i opphavsretten at man skal kunne bygge på eksisterende åndsverk for å lage nye jf. åndsverksloven § 6 annet ledd. Rettighetsinnehaver vil ha egeninteresse av å hindre uautoriserte for-/oppfølgere og spin-offs, og selv skape disse.

Si man tar politietterforskeren Harry Hole fra Harry Hole-serien, og lager en uautorisert forløper. Historien handler om Harry Hole i tenårene som er på ferie i Danmark. Her er han med på å løse en uopklart drapssak, hvor denne sommeropplevelsen gir han motivasjonen til å bli politi. Det kan potensielt selge bra hos tilhengere av Harry Hole. I en slik uautorisert forløper-roman kan det hende at det ikke er benyttet en vernet sammenstilling av elementer fra de opprinnelige romanen om Harry Hole, siden historien skjer før, og ikke spiller på historie- og karakterelementer som etablert av forfatter Jo Nesbø. Til tross for at en kjent karakter er brukt, er det ikke gitt at det er en krenkelse.

Her er det potensielt et skille mellom historier satt i «virkeligheten» og historier fra et sci-fi/fantasy univers. For å skape et fantasy-univers kreves det mer individuell skapende åndsinnsett som gjør at flere elementer i fortellingen er originale og har vern. Det ville vært vanskeligere å skape en uautorisert forhistorie til Harry Potter, enn til Harry Hole av denne grunn.

Filmserien *Fantastic Beasts and Where to Find Them* er en slags forløper til Harry Potter. De er skapt av J.K Rowling, Warner Bros. og Disney for å gi fansen mer Harry Potter-relatert materialet. Filmene omhandler en forhistorie og karakterer som så vidt er nevnt i de originale Harry Potter-bøkene. Historien er ny, men elementer fra universet brukes, samt at det dukker opp noen kjente karakterer som Albus Humlesnurr og Grindelwald. Potensielt kunne filmene vært en uautorisert forløper som et uavhengige filmstudio hadde skapt, og ikke rettighetsinnehaverne til Harry Potter.

I norsk rett ville spørsmålet stå og falle på om sammenstillingen av karakterer, plott og universelementer var vernede verksdeler som fremgikk på en måte at de hadde bevart sin identitet.

Spørsmålet er også relevant for fan-fiction. Dette er historier hvor fans benytter seg av karakterer fra et univers for å lage sine egne historier. Originalhistorien diktes videre, eller historier med karakterer satt i en helt ny setting. Fanfiction er amatørmessig, og skapes av

fans, og ikke profesjonelle aktører.⁷⁹ Det er en sub-sjanger hvor man er klar over at fan-historier ikke representerer originalkanoen. Det skapes ut ifra en lidenskap, og deles på forum. Fan-fiction bidrar til å skape entusiasme og popularitet om originalverket. Som igjen resulterer i økonomiske verdier for rettighetsinnehaver. Selv om fan-fiction potensielt er et opphavsrettslig brudd virker Fan-fiction å være tålt bruk. Det hadde fremstått uheldig å saksøke sin egen fanbase for noe som var ment å skape engasjement rundt originalverket.

3.2.5 Rimelighetsbetraktninger

I et krenkelsesspørsmål som omhandler fiktive karakterer, vil Kocktvedgaard identitetsvurdering være interessant å anvende. Si at domstolen har konkludert med at originalkarakteren har verkshøyde og den vernede sammenstillingen går igjen i den andre karakteren slik at den har bevart identiteten sin. Det vil være hensiktsmessig å da ta et skritt tilbake og vurdere om vernet vil bli for stort for den originale karakteren ved å konstatere krenkelse. Risikerer man likevel å verne om generelle sjangertrekk? Hva som er det individuelle og skapende bak originalkarakteren er kanskje ikke tydelig nok. I Rt. 2012 s 1062 (*Tripp Trapp*) sier Høyesterett først at funksjonelle trekk ikke har vern, før de etterpå sier at krenkelsesspørsmålet må bero på en helhetsvurdering. I realiteten gir de da vern til de funksjonelle trekk.

Man vil som opphaver ikke få fastslått rekkevidden av vernet sitt før det er rettslig prøvd. Prosessen er dyr og utfallet usikkert. Det rettslige spørsmålet blir i stor grad avgjort av domstolens skjønn. Mange saker kan bli avgjort før de når domstolen, på grunn av partenes økonomiske ressurser. Det er til fordel for store aktører. Praksis fra USA viser at det oftest er store aktører med kjente karakternavn som prøver saken sin for retten. Det hersker en viss fare for at deres posisjon blir styrket dersom man i en sak tilkjenner en aktør som for eksempel Gyldendal eller Egmont et for sterkt vern.

Dersom det er for enkelt å benytte seg av kjente karakterer uten å krenke opphavsretten, risikerer opphavene å ikke ha tilstrekkelig kontroll på hvem, eller på hvilken måte deres fiktiv karakter benyttes på. Opphaverene kan bli identifisert med personer eller bedrifter de ikke ønsker å identifiseres med. I tillegg kan den fiktive karakteren blir benyttet på en måte som original opphaveren ikke står inne for. For eksempel benytte karakteren til en liberal forfatter

⁷⁹ Eilertsen, Anne, *fanfiction*, snl.no, 26. januar 2020, <http://snl.no/fanfiction> (lest 06.06.21)

i en kristenkonserverativ uautorisert oppfølger med homofobiske holdninger. Dette kan potensielt skade den fiktive karakterens popularitet og verdi. En slik problemstilling kan eventuelt løses via åndsverksloven § 5 om vern mot krenkende bruk. Det skal jeg ikke gå nærmere inn på her.

3.3 Hvordan oppsummere en fiktiv karakter?

Til slutt skal vi se på en særproblemstilling for hvordan fiktive karakterer rettslig skal behandles. Spørsmålet er hvordan man presenterer to karakterer som skal sammenlignes for domstolen. Problemstillingen gjør seg gjellende enten man har å gjøre med et enkeltstående verk eller en kronologi. I Rt 2012 s 1062 (*Tripp Trapp*) blir domstolen presentert med eksempler av de omtvistede stolene, supplert med sakkyndiges uttalelser. I HR-2017-2165 kan domstolen hensiktsmessig bruke bildene av Caprino sin filmbil. foto av Il Tempo Extra Gigante og tegningen til Aukrust. I bedømmelsen av fiktive karakterer er det ikke like enkelt.

Karakterens totale identitet fremgår av hele romanen, eller hele filmen lever i. Det vil være for ressurskrevende å føre hele bøker eller filmserier som bevis i en privatrettslig sak. Man vil nok bruke karakter-sakkyndige for å oppsummere karakteren for domstolen. En oppsummering vil ikke klare å fange hele identiteten, samt det «levende», ved en fiktiv karakter. Det vil være et avledet helhetsinntrykk. Essensen som gir en karakter åndelige kunstneriske risikerer å ikke bli korrekt gjengitt. Åndsverk skal oppleves, ikke oppsummeres. Hvordan sakkyndiges oppsummering av karakterene blir, vil være avgjørende for krenkelsesvurderingen. De sakkyndige blir det direkte bindeleddet mellom åndsverket og domstolen, og ikke en veileder som i Rt. 2012 s 1062 (*Tripp Trapp*).

Problematikken kan illustreres med den amerikanske saken *Dubay v. King*. De sakkyndiges karakteroppsummering stammet fra ca. 4.200 sider med materiale. Den anklagde karakteren Ronald Deschain ble oppsummert på følgende måte:

Throughout *The Dark Tower* series, Roland Deschain pursues an elusive structure called the Dark Tower—the linchpin of the space/time continuum—and a sorcerer called The Man in Black who serves The Crimson King. Deschain is a complex character. He is courageous and skilled with a gun, yet he lacks the idealism and morality of the traditional hero. Deschain is a loner who does not value the lives of others and is, thus, willing to sacrifice those who get in his way. Sometimes he appears heartless and uncompassionate; other times he displays an emotional and romantic side that allows him to engage in introspection and – ultimately change his behavior. Deschain’s character arc throughout *The Dark Tower* series is marked by his search for self-knowledge and redemption. Thus, Deschain’s journey is not only external – chasing the Dark Tower and its sorcerer – but also internal. Deschain’s

personal journey is difficult. He undergoes illness, aging, amputation, and terrible, heart-rending loss. Deschain ultimately realizes that he cannot find redemption until he reflects on his life and admits the evil he has done. In short, Deschain is best described as an anti-hero.⁸⁰

Ronald Deschain blir redusert til 187 ord. Ville dette vært et godt nok grunnlag i norsk domstol for å vurdere om sammenstillingen var original og gikk igjen på en måte som gjorde at den hadde bevart sin identitet?⁸¹ Selv om det er en beskrivende oppsummering, mister man det kunstneriske og vernede ved åndsverket. Domstolen foretar i realiteten sammenligningen av to objektive karakteranalyser, og ikke to åndsverk.

I *Dubay v. King* ble nettopp de sakkyndiges oppsummering tvistet om. Det ble anført både at de sakkyndige egentlig representerte parten sin, men også kritikk av metodene og potensiell feilmargin ved oppsummeringene. Den amerikanske domstolen nøyde seg med å vise til *United States v. Francis* om at sammendrag av bevis er mulig å gi der det vil være unødvendig og tidskrevende å forelegge alle bevisene.

Det samme må sies for norsk rettergang. Uten å kunne gi sammendrag, vil det ikke være effektivt for domstolen å kunne behandle et krenkelsesspørsmål. Prinsippet om effektivt bevisførsel må være avgjørende for at sammendrag av karakterer skal være mulig. Det vil være mulig for begge parter og oppnevne sine sakkyndige. Slik unngår man en ensidig fremstilling av karakteren.

I *Metro-Goldwin-Meyer v. American Honda* var spørsmålet om en reklame for Honda som i stor grad minnet om et utdrag fra en James Bond film, krenket opphavsretten til James Bond. Domstolen uttalte at selv om det da fantes 16 Bond-filmer med ulike skuespillere, var ikke det relevant fordi hovedkarakteristikken til James Bond var konsistent over de ulike filmene.⁸² Det er et poeng at dersom sammenstillingen av en fiktiv karakter og historieelementer skal være vernede verksdeler, må de være konsistente og mulig å identifisere objektivt og presist, for å ha vern.

Konsekvensen av å kun forholde seg til oppsummeringer blir at domstolen får for stort spillerom til å fritt bestemme hva de vil legge vekt på ved karakterer i et krenkelsesspørsmål. Vi kan spørre oss om domstolens sammenligning i av film bilen *Il Tempo gigante* og *Il Tempo Extra Gigante* i HR-2017-2165-A avsnitt 117, egentlig er tilstrekkelig og presis nok. De sier

⁸⁰ Benjamin Michael Dubay v. Stephen King, et al. No. 19-11223 (11th Cir. 2021)

⁸¹ HR-2017-2165 avsnitt 113

⁸² *Metro-Goldwin-Meyer v. American Honda*, 900 F. Supp. 1287 (C.D. Cal. 1995)

svært lite når de konkluderer med at inntrykkene av bilene er forskjellig. Ville en sammenligning av to karakterer vært like knapp, og klarer man å sammenligne det levende og åndelige i karakterer som James Bond eller Albus Humlesnurr da?

4 Oppsummering og avsluttende refleksjoner

Ut i fra rettskildebildet vil fiktive karakterer kunne ha opphavsrettslig vern som en abstrakt verksdel. Det sentrale spørsmålet er om en fiktiv karakter oppfyller verkshøydekravet. Som vi kom frem til i punkt 2.4, vil et rent karaktervern sjeldent tenkes. Det kreves historieelementer for å virkeliggjøre en fiktiv karakter. Spørsmålet blir hvor mange andre tilhørende historieelementer sammen med generelle karaktertrekk, som kreves for å ha en original sammenstilling. Fiktive karakterer har en moderat valgfrihet av generelle trekk. Det vesentlige er at en slik valgfrihet ikke blir innskrenket når man vurderer om det er skapt noe som har verkshøyde eller ikke.

For å avgjøre den nøyaktige grensedragningen for verkshøyde for fiktive karakterer, må et konkret tilfelle komme for norske domstoler. I spørsmål om verkshøyde, utviser Høyesterett stor skjønnsmargin om hva som ansees som originalt og ikke. Det ser man i de sprikende tilfellene mellom Rt. 2013 s. 822 (*Ambassadør*) og Rt. 2012 s 1062 (*Huldra i Kjosfossen*). Om en sammenstilling som inkluderer en fiktiv karakter har verkshøyde, vil bli avgjort med et stort innslag av skjønn og pragmatisme fra domstolen, og kan i verste fall tendensere mot det vilkårlige.

Når det gjelder rekkevidden av opphavsrettslige vernet, er det klare utgangspunktet at denne originale sammenstillingen må kunne identifiseres i det krenkende verket.⁸³ Direkte bruk av en fiktiv karakter i sitt opprinnelig univers, vil enkelt kunne være et opphavsrettslig brudd, fordi man nesten uunngåelig gjengir mange nok deler som er en original sammenstilling. Spørsmålet er vanskeligere når fiktive karakterer settes inn i en nytt univers. Da spiller forfatteren mer på leserens etablerte kunnskap og goodwill, fremfor å bruke en vernet sammenstilling. Som vi tidligere nevnte heller denne problematikken mot varemerkeretten, og er ikke vernet av opphavsretten.

På den andre siden skal man ha vern for sine originale fremstillinger. Dersom vernet ikke er tilstrekkelig, er ikke formålet til åndsverksloven oppfylt jf. § 1 bokstav a. Fiktive karakterer representerer en stor økonomisk og sosial verdi. Om de brukes uautorisert høster man av andre opphaveres frukter.

⁸³ HR-2017-2165-A (*Il Tempo Gigante*) avsnitt 113

Et vanskeligere spørsmål blir beskyttelsesomfanget der original sammenstilling gjengis i endret form. Kjernen i spørsmålet er hva som skal til for at de vernede delene har bevart sin identitet. Her åpnes det for en mer skjønnsmessig sammenligning når man sammenligner to ulike verksdeler. Å endre uvesentlige små trekk vil fortsatt bevare identiteten. Men man skal også være varsom slik at man ikke strekker vernet for langt, og verner om generelle uttrykk, og ikke den konkrete utformingen. Det vil kunne for sterke rettigheter til økonomisk sterke aktører innen opphavsrett.

Litteraturliste

Litteratur:

Eilertsen, Anne, *fanfiction*, snl.no, 26. januar 2020, <http://snl.no/fanfiction> (lest 06.06.21)

Johnsson, Viktor, *The Protection of Fictional characters*, Lund University, 2020,

Malociv, Nedmin, *The Casebook of Copyright: are the character traits of Sherlock Holmes protected by intellectual property?*, IpKitten.blogspot, 29. September 2020,

<https://ipkitten.blogspot.com/2020/09/guest-post-casebook-of-copyright-are.html> (lest 19.03.21)

Nordell, Per Jonas. *Rätten till det visuella*, Stockholm, 1997

Rognstad, Ole-Andreas, *Opphavsrett*, Universitetsforlaget, 2020

Rosati, Eleonora, *Copyright protection of fictional characters: is it possible? How far can it go?*, ipKitten.blogspot. 28. November 2019, <https://ipkitten.blogspot.com/2019/11/copyright-protection-of-fictional.html> (lest 10.05.21)

Rosati, Eleonora, *Branderella: trade marks and fictional characters*, i Bassire, Yann *Propriété Intellectuelle et Pop Culture*, 2020

Treimo, Vilde, 2019: Årets mest sette filmer, Filmweb, 12. desember 2019, <https://www.filmweb.no/filmnytt/article1419222.ece> (lest 19.03.21)

Zahr, K Siad, *Fixing Copyright in Characters: Literary Perspective on a Legal Problem*, HeinOnline.org, 2013

Lover:

Lov av 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk m.v (åndsverksloven)

Lovforarbeider:

Innst.O. XI (1960-1961) Innstilling fra kirke- og undervisningskomitéen om lov om opphavsrett til åndsverk.

Prop. 104 L (2016-2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven)

Konvensjoner og direktiver:

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, of September 9, 1886 (Bernkonvensjonen)

Agreement of Trade-Related Aspects of Intellectual Property rights – WTO (TRIPS) 1994

WIPO Copyright Treaty 1996 (WCT)

Europaparlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse aspekter af aophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet. (Infosoc direktivet)

Europaparlamentets og Rådets direktiv 2009/24/EF av 23. april 2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer (Dataprogramdirektivet)

Rettspraksis:

Norsk:

Rt. 1997 s 1954

Rt. 2007 s. 1329 (*Huldra i Kjosfossen*)

Rt. 2012 s 1062 (*Tripp-Trapp*)

Rt. 2013 s. 822 (*Ambassadør*)

HR-2017-2165-A (*Il Tempo Gigante*)

EU-domstolen:

C-206/01 (*ARSENAL*)

C-5/08 (*Infopaq*)

C-236-238/08 (*Google*)

C-403/08 (*Premier League*)

C-393/09 (*BSA*)

C-145/10 (*Painer*)

C-604/10 (*Football Dataco and Other*)

C-310/17 (*Levola Hengelo*)

C-683/17 (*Cofemel*)

C-833/18 (*Brompton BicycleI*)

Svensk:

NJA 2017 s. 75 (*Svenska syndabockar*)

Britisk:

Conan Doyle v London Mystery Magazine, Ltd. (1949)

Tysk:

GRUR 1999 s. 984 = IIC 2000 s. 1050 (eng.) (*Laras Tochter*)

USA:

Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930)

Warner Bros v. Columbia Broadcast Systems, 216 F.2d 945, 950 (9th Cir. 1954)

Anderson v Stallone, 11 U.S.P.Q.2d 1161 (C.D. Cal. 1989)

Metro-Goldwyn-Mayer v. American Honda, 900 F. Supp. 1287 (C.D. Cal. 1995)

United States v. Francis, 131 F.3d 1452, 1457 (11th Cir. 1997)

New Line Cinema v. Russ Berrie, 161 F. Supp. 2d 239, 302 (S.D.N.U. 2001)

DC Comics v. Towle, 989 F. Supp. 2d 948 (C.d. Cal. 2013)

Daniels v. The Walt Disney Co., No. 18-55635 (9th Cir. 2020)

Benjamin Michael Dubay v. Stephen King, et al. No. 19-11224 (11th Cir. 2021)