

UiO : **Det juridiske fakultet**

Sampling – en menneskerett?

Kandidatnummer: 619

Leveringsfrist: 25.04.2019

Antall ord: 16540



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og Problemstilling	1
1.2	Aktualitet	3
1.3	Avgrensning av temaet.....	4
1.4	Fremstillingen videre.....	4
2	GJELDENE RETT.....	4
2.1	Gjeldende rett.....	4
2.1.1	Rettighetshaver- og interessegrupper	4
2.1.2	Rettslig utgangspunkt - åndsverkloven.....	5
2.1.3	Opphavsrettens internasjonale side, EU/EØS, konvensjoner, traktater	5
2.1.4	Rettspraksis	7
2.1.5	Produsentvernet.....	12
2.1.6	Opphavsrett og nærstående rettigheter	15
2.1.7	Avgrensninger av eneretten	19
2.2	Grunnrettigheter	21
2.2.1	Rettspraksis fra EU-domstolen og EMD	22
3	DRØFTELSE – SAMPLING PÅ BASIS AV GRUNNRETTIGHETER ELLER PÅ ANNET RETTSGRUNNLAG?	27
3.1	Grunnrettigheter	27
3.2	De minimis non curat lex.....	32
3.3	Særskilt om sitatretten	35
3.4	Konklusjon.....	39
4	BETRAKTNINGER DE LEGE FERENDA.....	39
	LITTERATURLISTE.....	43

1 Innledning

1.1 Tema og Problemstilling

Temaet for oppgaven er sampling. Nærmere bestemt søker jeg i oppgaven å utforske grunnrettighetenes¹ potensiale for å innskrenke eneretten. Den konkrete problemstillingen er som følger: utgjør grunnrettighetene en begrensning i produsentens enerett, i en slik grad at sampling er lovlig?

Innledningsvis skal det sies noen ord om hva sampling er. Begrepet er ikke definert eller omtalt i loven, men i juridisk teori har sampling blitt beskrevet som «ombruk av tidligere musikkopptak som «instrument» for å lage ny musikk».² Essensen i sampling er at det gjøres et utsnitt av et allerede eksisterende lydopptak,³ hvorpå utsnittet inkorporeres i en ny helhet ved skapelsen av et nytt verk. Sampling er dermed vesensforskjellig fra det å innarbeide et tidligere musikalsk fragment eller motiv i partituret til en ny komposisjon, som senere fremføres og eventuelt spilles inn.⁴ Det er sampling forstått som gjenbruk av et allerede eksisterende fonogram som legges til grunn i den videre behandling.

Typisk er det ekstraherte utdraget av det originale lydopptaket nokså kort, men det kan også være av betydelig varighet. Alt fra under et sekund til flere minutter langt. Det vil avhenge av brukerens ønsker og eventuelt lagringskapasiteten på utstyret som benyttes. Et eksempel på et kort sample kan være lyden av ett enkelt basstrommeslag, eller én enkel pianoakkord. Et lengre sample kan for eksempel være en vokalmelodi på flere takter, et helt vers av en rytmeseksjon, eller for den saks skyld fem minutter med fri improvisasjon på saksofon.

Etter at ekstraksjonen er fullført kan utdraget om ønskelig manipuleres og utsettes for ulike typer signalbehandling. Samplet kan for eksempel varieres i tonehøyde, varieres i tempo⁵ eller ytterligere justeres i lengde for å tilpasses en spesifikk sammenheng. En mye brukt fremgangsmåte ved sampling er såkalt «looping», som innebærer stadig repetisjon av et musikalsk element. Dette er en særlig utbredt metode for utarbeidelse av rytmiske underlag som grooves, beats etc.

Verktøyet som brukes ved denne teknikken kalles en sampler. Samplerens viktigste oppgaver er å lagre, katalogisere, editere og gjenkalle lydutsnittene. Samplere er tilgjengelige både i

¹ Med grunnrettigheter sikter jeg her til fundamentale rettigheter, menneskerettigheter.

² Rognstad (2009) s. 143.

³ Begrepet lydopptak vil bli brukt synonymt med fonogram i den videre behandlingen.

⁴Jf. Generaladvokat Szpunar sin anbefaling i C-476/17 *Pelham and Others*, levert 12. desember 2018, ECLI:EU:C:2018:1002 (heretter generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall») avsnitt 2.

⁵ Duhanic (2016) s. 934.

hardware- og software-form, og i disse dager er samplere tilnærmet utelukkende digitale.⁶ Hardware-samplere har ofte trykkfølsomme knapper som kan benyttes for å «spille» sampleren som et instrument.⁷ Eksempelvis der man har tildelt lydklipp av de ulike elementene i et trommesett hver sin trykkfølsomme knapp vil man kunne «spille» en rytmisk figur direkte på sampleren. Lydene kan normalt også spilles av eller «trigges» eksternt, for eksempel via såkalt «MIDI».⁸ Velkjente hardware-samplere er «MPC»-serien fra AKAI, og en mye brukt software-sampler er «Kontakt» fra Native Instruments. Det har dessuten utviklet seg en egen industri som tilbyr et massivt utvalg av samplebiblioteker med lyder som er klare til bruk, gjerne spesialtilpasset en konkret sampler.⁹

Det må også påpekes at bruken av samples, både hva gjelder fremgangsmåte, utstyr og den aktuelle musikkstil, er svært variert. Som ved andre kunstformer er det et stort rom for personlig utfoldelse og særpreg, og bredden i det som produseres er dermed betydelig. Historisk sett kan sampling ifølge enkelte kilder spores tilbake til jamaicanske musikktradisjoner.¹⁰ Møtet mellom disse jamaicanske tradisjonene, musikkmiljøet i Bronx, New York og utviklingen av digitale samplere var sentralt for utviklingen av hip hop.¹¹ Selv om hip hop nok må kunne sies å være den musikkstilarten som fortsatt er tettest forbundet med sampling, er sampling i dag utbredt i en mengde stilarter.¹² Eksempelvis pop, rock og elektronika, men også innen moderne klassisk musikk ser en bruk av sampling.¹³

⁶ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 2.

⁷ Duhanic (2016) s. 935 «The sampler, in turn, can be seen more than a reproduction technology; it has been used as its own instrument, as a painter's palette». Evans (2011) s. 856: "The sampler is akin to a musical instrument or artistic tool despite the fact that it has also been referred to as an instrument or tool of theft."

⁸ Jf. Nagelhus (2008) s. 136 «*Musical Instrument Digital Interface*, første gang presentert i 1982, representerer et digitalt språk for utveksling av spilleinformasjon mellom elektroniske instrumenter og komputere». Se også Duhanic (2016) s. 933 og 935.

⁹ Se eksempelvis utvikleren *Orchestral Tools* som tilbyr store samplebiblioteker av symfoniske instrumenter, de fleste levert i Native Instruments sitt NCW-format for Kontakt. *Orchestral Tools* har også en egen software-basert sampler under utvikling. www.orchestraltools.com

¹⁰ Se blant annet Apel (2010) s. 331 og Latham (2003) s.122-123. Se derimot Duhanic (2016) s. 934 som argumenterer for at de første tegnene på sampling kan spores tilbake til strømninger i europeisk musikk på 1940-tallet, blant annet gjennom arbeidet til de franske komponistene Pierre Schaeffer og Pierre Henry, kjent for sine bidrag til såkalt «konkret musikk».

¹¹ Evans (2011) s. 853-856.

¹² Evans (2011) s. 858.

¹³ Se for eksempel Eivind Buene sitt verk «*Standing Stones*» - for concert hall with orchestra and electronics (2010). Her benyttes ulike samples av de samme to taktene av Brahms Pianokonsert nr. 2, hentet fra en rekke forskjellige innspillinger av verket.

Et illustrerende eksempel på bruk av sampling er låten «Regulate» av Warren G. og Nate Dogg. Her er det flere samples i bruk, men særlig fremtredende er den samlede sekvensen fra Michael McDonald sin låt «I Keep Forgettin' (Every Time You're Near)».

Hensikten med tittelen på oppgaven er å utfordre til refleksjon og nysgjerrighet omkring temaet.¹⁴ På den ene siden kan det umiddelbart virke noe pussig å betrakte sampling ut fra et menneskerettslig ståsted. På den andre siden inviteres det til å overveie betydningen av kunstnerisk produksjon i samfunnet.

1.2 Aktualitet

Sampling er i disse dager et meget aktuelt tema, og rettstilstanden for sampling må for tiden kunne hevdes å være uavklart.¹⁵ Det verserer for tiden tre saker for EU-domstolen hvor utfallet er ventet å bidra til en større grad av klargjøring av rettssituasjonen. Særlig sentralt står forholdet mellom opphavsrettslig enerett på den ene siden og fundamentale rettigheter som kunstnerisk frihet og ytringsfrihet på den andre siden. Av mest akutt interesse for oppgavens tema er C-476/17 *Pelham and Others*, den såkalte «Metall auf Metall»-saken,¹⁶ som omhandler nettopp sampling. Foruten denne saken så berører også de såkalte «Spiegel online»¹⁷- og «Afghanistan Papers»¹⁸-sakene spenningsforholdet mellom opphavsretten og fundamentale rettigheter.

Disse sakene, og ikke minst generaladvokaten ved Court of Justice of the European Union¹⁹ sine anbefalinger i de nevnte saker, har vekket stor interesse og ført til en god del debatt omkring europeisk opphavsrett. En rekke artikler har blitt publisert, hvor ulike løsninger har blitt skissert opp og argumentert for.

Til dette hører at musikkbransjen er inne i en tid med store omveltninger. Blant disse kan nevnes at streamingtjenester mottar stadig en større del av totalomsetningen i bransjen. Artister og utøvere tar også i økende grad over ansvaret som tidligere har ligget hos plateselskapene for utgivelse og lisensiering, samtidig som antallet skapere og utøvere med høy inntekt er synkende.²⁰

¹⁴ Tittelen er inspirert av debatten og de juridiske artiklene som har kommet i kjølvannet av «Metall auf Metall»-saken, deriblant artikkelen «A human right to sample – will the CJEU dance to the BHG-beat?» av Bernd Justin Jütte og Henrike Maier.

¹⁵ Se blant annet Jütte (2017) s. 784 «...their legality has not been determined with certainty yet.»

¹⁶ C476/17 *Pelham and Others* ECLI:EU:C:2018:1002, heretter «Metall auf Metall».

¹⁷ C-516/17 *Spiegel Online* ECLI:EU:C:2019:16, heretter «Spiegel Online».

¹⁸ C-469/17 *Funke Medien* ECLI:EU:C:2018:870, heretter «Afghanistan Papers».

¹⁹ (CJEU, heretter EU-domstolen).

²⁰ Jf. Centre for Creative Industries (2019) «Hva nå – Digitaliseringens innvirkning på norsk musikkbransje».

1.3 Avgrensning av temaet

Oppgaven vil først og fremst konsentrere seg om rettighetene knyttet til selve fonogrammet eller lydopptaket, de såkalte produsentrettighetene, jf. åndsverkloven § 20. Rettigheter knyttet til det åndsverk som fonogrammet eventuelt måtte representere, slik som komponistens rettigheter, vil kun bli behandlet i den utstrekning de er egnet til å belyse produsentens rettigheter. Det samme for gjelder for andre nærstående rettigheter, deriblant utøvende kunstners enerett etter § 16.

Videre bemerkes det at oppgaven fokuserer på bruk av sampling i de tilfeller der det ikke allerede foreligger avtale om bruken. Det er altså den bruken som foretas uten klarering med rettighetshaver som er av interesse for den videre behandling. Spørsmål av kontraktsrettslig karakter vil dermed ikke bli behandlet. Ei heller vil sampling til privat bruk bli behandlet. Spørsmål om vernetid vil heller ikke bli nevneverdig problematisert.

Det påpekes også at oppgavens kjernetema er forholdet mellom produsentens enerett og de fundamentale rettigheter, og for å kunne gå i dybden på dette punkt bestreber ikke oppgaven å gi en fullstendig behandling av ethvert rettslig spørsmål knyttet til sampling, selv om enkelte andre temaer også berøres.

1.4 Fremstillingen videre

I den videre fremstillingen vil jeg først gå igjennom de rettslige utgangspunktene og de relevante rettskildene for produsenters enerett og grunnrettighetene. I den etterfølgende drøftelsen vil de rettslige spørsmålene de tre aktuelle sakene reiser, som er av interesse for oppgavens tema, bli vurdert og analysert nærmere. Oppgavens siste del omhandler de lege ferenda-betraktninger omkring produsentvernet generelt og sampling spesielt.

2 Gjeldende rett

2.1 Gjeldende rett

2.1.1 Rettighetshaver- og interessegrupper

For oppgavens tema er det to grupper av aktører som er særlig sentrale. For det første har man produsentene, som besitter rettigheter i et lydopptak. For det andre har man brukerne av lydopptaket, i den forstand at de ved hjelp av sampling ønsker å benytte (deler av) et eksisterende lydopptak i videre musikkproduksjon. Dette vil både kunne resultere i ny opphavsrett som komponist og/eller nye produsentrettigheter, jf. åndsverkloven (åvl.) § 2, samt åvl. § 20. For det tredje har man allmennhetens eller samfunnets interesse i den berikelsen en frodig kulturproduksjon representerer. Som det påpekes i juridisk teori er det en gjennomgående tanke i

immaterialrettens system at det er «samfundet som sådant og ikke blot...enkeltgrupper» som skal høste fordel av de eneretter som tildeles.²¹

2.1.2 Rettslig utgangspunkt - åndsverkloven

Den sentrale rettskilden innenfor norsk opphavsrett er naturlig nok den nye åndsverkloven, lov av 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk. Formålet med den nye loven har vært å forenkle lovverket og på den måten gjøre loven mere tilgjengelig for brukerne, samt å «sikre rettighetshavernes inntekter», jf. Prop 104 L (2016-2017) s. 9. Videre har hensikten vært å sørge for balanse mellom hensynet til rettighetshaverne og «brukernes og samfunnets interesse i å ha tilgang til åndsverk».²² Nettopp denne balansen berører kjerneområdet i den pågående debatten omkring sampling.

De nevnte formålene fremkommer også i den nye formålsparagrafen i lovens § 1. I § 1 b) fremgår det at hovedvirkemiddelet for å sikre balanse i det opphavsrettslige system er å «avgrense rettighetene». I tillegg til dette fremheves også i § 1 a) et av de bakenforliggende hensynene i opphavsretten, og den andre siden av den ønskede likevekt, nemlig at en viktig funksjon av opphavsrettighetene er å gi «insentiv», å stimulere til, ytterligere «kulturell produksjon».

2.1.3 Opphavsrettens internasjonale side, EU/EØS, konvensjoner, traktater

Utgangspunktet er at opphavsretten er territoriell, men den har likevel en iboende internasjonal karakter.²³ Dette aspektet ved opphavsretten har blitt stadig sterkere med tiden, særlig i de senere år sett i lys av internetts evne til å viske ut landegrenser. Historisk sett ser man naturligvis også utveksling av musikk, kunst og litteratur meget langt tilbake i tid.

Dette iboende internasjonale aspektet er også reflektert i det rettslige materialet. Et eksempel er den tidligere åndsverkloven av 1961 som var et resultat av nordisk lovsamarbeid.²⁴ Rettspraksis så vel som juridisk litteratur fra andre nordiske land vil dermed kunne være av interesse også i Norge. I den senere tid har riktignok det nordiske samarbeidet blitt noe mindre fremtredende ettersom utviklingen har gått i retning av europeisk rettsharmoni, dette på bakgrunn av EØS-avtalen, og Sverige, Danmark og Finland sin tilslutning til EU.²⁵

²¹ Jf. Schovsbo (2015) s. 29.

²² Jf. Prop 104 L (2016-2017) s. 9.

²³ Rognstad (2009) s. 41.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

Gjennom EØS-avtalen er Norge knyttet til EUs indre marked. Norge får rettigheter og plikter som følge av avtalen, men uten å ha noen direkte innflytelse på lovgivningsarbeidet.²⁶ EØS-reglernes påvirkning på norsk opphavsrett kan sies å foregå på to plan: gjennom EØS-avtalens hoveddel (gjennomført ved inkorporasjon) på den ene siden, og EU-direktivene på den andre siden.²⁷ Det følger også av EØS-lovens §2 at reglene i EØS-avtalens hoveddel «i tilfelle konflikt» skal «gå foran» bestemmelsene i åndsverkloven.

EØS-avtalen innebærer «en forutsetning at de sammen [sic] regler gjelder i Norge som i de andre EØS- og EU-landene – man snakker gjerne om en plikt for Norge til å sikre *homogenitet, gjensidighet og lojal gjennomføring*».²⁸ Rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen vil dermed være svært relevant for forståelsen av åndsverklovens regler.²⁹ Også anbefalinger fra generaladvokaten i EU vil da være av interesse. Det påpekes angående disse at selv om de riktignok følges i en del tilfeller er de ikke på noen måte bindende for EU-domstolen.³⁰

EU-direktivene har hatt stor innvirkning på norsk opphavsrett, og kanskje aller viktigst er opphavsrettsdirektivet, Europaparlamentets og rådets direktiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse aspekter vedrørende opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet, gjerne kalt «Infosoc-direktivet». Direktivet er et såkalt «horisontalt» direktiv, hvilken vil si at det får virkning på hele opphavsrettsområdet.³¹ Direktivet er gjennomført i norsk rett og førte til flere endringer i åndsverkloven av 1961,³² videreført i åndsverkloven av 2018. Blant formålene med Infosoc-direktivet ble «understreget behovet for at skabe en generel og fleksibel retlig ramme på fellesskabsniveau for at fremme utviklingen af informationssamfunnet i Europa».³³ Foruten «Infosoc-direktivet» er åtte andre direktiver gjennomført i norsk rett, representert ved endringer i åndsverkloven.³⁴ Blant disse nevnes særlig utleie- og utlånsdirektivet (2006/115/EF) og databasedirektivet (96/9/EF) som relevante for oppgavens tema.

Internasjonale konvensjoner har også lange tradisjoner innen opphavsretten, det internasjonale samarbeidet strekker seg helt tilbake til 1886 og den såkalte «Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verker», som Norge tiltrådte ti år senere i 1896.³⁵ Fra Rettspraksis ser

²⁶ Sejersted (2004) s. 39.

²⁷ Rognstad (2009) s. 54-55.

²⁸ Bårdsen (2015) avsnitt 7.

²⁹ Se Bårdsen (2015) avsnitt 7 til 8 og Rognstad (2009) s. 55.

³⁰ Sejersted (2004) s.131.

³¹ Rognstad (2009) s. 54.

³² Jf. lov om endringer i åndsverkloven 17. juni 2005 nr. 97.

³³ Jf. fortalet til Infosoc-direktivet avsnitt (2).

³⁴ Prop 104 L (2016-2017) s. 12.

³⁵ Prop 104 L (2016-2017) s. 13.

vi at Høyesterett ved enkelte anledninger har trukket inn Bernkonvensjonen som rettskilde, for eksempel i HR-2017-2165-A «Il Tempo Gigante» som omhandlet bearbeidelse av en tegning. Fra EU-domstolen ser vi stadig bruk av henvisninger til konvensjonen, for eksempel i toneavgivende avgjørelser som C-145/10 «Painer»³⁶ og C-306/05 «Rafael Hoteles».³⁷ Av særlig interesse for denne oppgaven trekker også generaladvokaten frem Bernkonvensjonen i sin anbefaling i C-516/17 «Spiegel Online».

Blant de andre konvensjonene innenfor opphavsrettsområdet er især «Romakonvensjonen» av 1961, som Norge tiltrådte i 1978, av betydning for fonogramprodusenters rettigheter. I den senere tid har de tre organisasjonene WIPO (World Intellectual Property Organization), WTO (World Trade Organization) og UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) vært sentrale for den videre utviklingen av konvensjonsarbeidet, med særlig vekt på å ta høyde for utviklingen av digital teknologi og internetts økende innflytelse.³⁸ Blant resultatet av dette arbeidet kan WIPO Copyright Treaty (WCT) og WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) trekkes frem som særlig relevante i denne sammenheng.

2.1.4 Rettspraksis

Tvister angående sampling har i liten grad vært oppe for norske domstoler, og dermed er det svært magert med rettspraksis på området. Dette må antas å være et resultat av at bruk av sampling normalt baseres på avtaler og klareres på forhånd, samt eventuell bruk av andre tvisteløsningsmekanismer som forlik og voldgift.

Det finnes en dom fra Bergen Tingrett, den såkalte «Røyksopp-saken»,³⁹ hvor retten fant at en «oppadstigende, overtonebasert figur» ikke var vernet da det måtte anses å «være av en slik allmenn og rudimentær karakter at det neppe... som enkeltelement kan sies å ha selvstendig verkshøyde». Dommen ble anket og saken endte senere med forlik, og dens rettskildemessige vekt må anses beskjeden. Interessant er det allikevel å merke seg at tingretten her ser ut til å ha vurdert dette samlede elementet ut fra et krav om originalitet. Jf. punkt 2.1.6 nedenfor.

Forøvrig kan saken tjene som illustrasjon på hvordan sampling ofte benyttes i praksis. To av de mest iøynefallende elementene i de aktuelle verkene er samlet fra to ulike tredjeparter, henholdsvis Tyrrell Corporations «Freedom» og Jean-Michel Jarres «Wooolloomooloo». Deretter er samplene prosessert og arbeidet inn i en ny sammenheng.

³⁶ C-145/10 Eva-Maria Painer ECLI:EU:C:2011:798.

³⁷ C-306/05 SGAE v Rafael Hoteles SA ECLI:EU:C:2006:764.

³⁸ Rognstad (2009) s. 45, 47.

³⁹ TBERG-2012-86032-2.

Det er også avsagt en dansk dom som angår sampling, Københavns Byrets dom av 26. september 2011, «Les Djinns».⁴⁰ Gruppen Djuma Soundsystem benyttet i sin låt «Les Djinns» et cirka 10 sekunder langt sample av solo gitar fra Atila Engin sitt musikkverk «Turkish Showbiz». Det samlede elementet ble loopet, og var hørbart i «Les Djinns» i totalt 2 minutter og 7 sekunder av låtens totaltid på 6 minutter og 30 sekunder.⁴¹ Retten fant at det forelå en krenkelse både av opphavsretten til verket og rettighetene knyttet til lydopptaket. Saksøker ble tilkjent erstatning. Også denne saken ble anket og senere forlikt, med tilhørende sparsom rettskildemessig verdi.

Det minimale tilfanget av rettspraksis vedrørende sampling spesielt og immaterialrett generelt, gjør at det blir nødvendig å i noe større grad lene seg på andre rettskilder som juridisk teori og lovforarbeider, samt internasjonale rettskilder.⁴²

2.1.4.1 Uavklarte, aktuelle saker til behandling ved EU-domstolen

Det er flere årsaker til at jeg velger å inkludere uavklarte saker i oppgaven. For det første kan det begrunnes i den begrensede tilgangen på relevant rettspraksis. For det andre kan generaladvokatens anbefalinger, selv om disse kun er rådgivende for EU-domstolen,⁴³ representere et eksempel på et mulig utfall. For det tredje har disse konkrete sakene vært flittig diskutert i juridiske miljøer, og argumenter fra denne diskusjonen kan bidra til å belyse ulike aspekter ved sampling og produsenters enerett.

2.1.4.1.1 C-476/17 «Metall auf Metall»

Med C-476/17 «Metall auf Metall», som for tiden er under behandling av EU-domstolen, er det ventet at en tvist som har versert for tyske domstoler i to tiår endelig vil få sin avklaring. Stevningen i første instans ble innlevert 8. mars 1999.⁴⁴

Partene i saken er Ralf Hütter og Florian Schneider-Esleben fra den tyske elektronikgruppen «Kraftwerk» på den ene siden, og Pelham GmbH, Moses Pelham og Martin Haas på den andre. Hovedkonflikten i saken dreier seg om et sample på cirka to sekunders lengde, hentet fra Kraftwerk sin låt «Metall auf Metall» fra albumet *Trans-Europe Express* utgitt i 1977.

Hütter er komponist av musikkverket, og Hütter og Schneider-Esleben er begge produsenter av fonogrammet. Tvisten for EU-domstolen omhandler kun deres rettigheter som produsenter.⁴⁵

⁴⁰ Saksnummer: BS 26B-716/2009.

⁴¹ Linkis (2017) s. 157.

⁴² Se Eidsvold-Tøien (2016) s. 32 for en lignende overveielse omkring rettskildebruk.

⁴³ Sejersted (2004) s. 131.

⁴⁴ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» sluttnote 2.

⁴⁵ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 14.

Utdraget fra «Metall auf Metall» ble benyttet i sangen «Nur mir» utgitt i 1997, fremført av den tyske artisten Sabrina Setlur. Moses Pelham og Martin Haas er komponister av dette verket og Pelham GmbH er produsent av fonogrammet.

Det samlede utdraget på omtrent to sekunders varighet ble redusert i tempo med cirka 5%⁴⁶ og integrert i «Nur mir» ved bruk av såkalt looping.⁴⁷ Resultatet av dette danner et gjennomgående rytmisk element i «Nur mir». Hütter og Schneider-Esleben hevder at denne bruken krenker deres rettigheter som produsent av lydopptaket.

Den fulle sakshistorien er etter to tiår simpelthen for omfattende til å kunne gjengis her, dermed vil kun vesentlige momenter fra de senere instanser trekkes frem.⁴⁸ Sentralt for sakskomplekset er forståelsen av «fri bruk» / «freie Benutzung» etter § 24 (1) av den tyske loven om opphavsrett og nærstående rettigheter «Urheberrechtsgesetz» (UrhG):⁴⁹

Free use

(1) An independent work created in the free use of the work of another person may be published or exploited without the consent of the author of the work used.

Bestemmelsen gjelder i utgangspunktet kun for verk («Werk») og en begrenset krets av nærstående rettigheter, deriblant rettigheter knyttet til fotografier, og en anvendelse av bestemmelsen på fonogramrettigheter ville i så fall måtte være ved analogi.⁵⁰

Saken har vært oppe for Bundesgerichtshof⁵¹ i to omganger.⁵² I den første avgjørelsen fant retten at det forelå en krenkelse av fonogramprodusentens rettigheter, uavhengig av lengden på det benyttede lydopptaket,⁵³ så lenge brukeren av lydopptaket ville ha vært i stand til å produsere det ønskede lydopptaket selv. Jf. I ZR 112/06 «Metall auf Metall I» avsnitt 23: “If the

⁴⁶ Jongsma (2019) s. 2.

⁴⁷ Jf. oppgavens 1.1 om looping og tempoendringer.

⁴⁸ Fremstillingen av sakskomplekset her er basert på fremstillingen til European Copyright Society (2019) [1.1] til [1.9].

⁴⁹ Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz / UrhG).

§ 24 Freie Benutzung (1) Ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden ist, darf ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet werden.

⁵⁰ Duhanic (2016) s. 936.

⁵¹ Føderal Høyesterett for sivil- og straffesaker (BGH), jf European Copyright Society (2019) [1.1].

⁵² Sak I ZR 112/06 Bundesgerichtshof 20. november 2008 («Metall auf Metall I») og sak I ZR 182/11 Bundesgerichtshof 13. desember 2012 («Metall auf Metall II»).

⁵³ Jf. Jütte s. 785.

person who wants to use, for their own purposes, the tones and sounds recorded on someone else's phonogram is capable of producing these tones and sounds themselves, then the rights of the phonogram producer do not block the progress of cultural creativity.”⁵⁴ Dette kravet ble senere presisert i I ZR 182/11 «Metall auf Metall II» til «hvorvidt en produsent med gjennomsnittlig utstyr og talent, på tidspunktet for den uautoriserte bruken, ville ha vært i stand til å produsere et lydopptak som, fra perspektivet til den relevante kundekrets, ville anses som likeverdig med det originale lydfragmentet (min oversettelse)».⁵⁵ Også i denne avgjørelsen fant Bundesgerichtshof at det forelå en krenkelse av produsentens rettigheter uavhengig av lydfragmentets lengde såfremt reproduksjonskriteriet var tilfredsstillt.⁵⁶

Bundesverfassungsgericht⁵⁷ fant derimot i sin avgjørelse av saken,⁵⁸ at et produsentvern uavhengig av lydopptakets lengde var uforenlig med artikkel 5 (3) første punktum i den tyske grunnloven, «[a]rts and sciences, research and teaching shall be free».⁵⁹ Videre at verken muligheten for å innhente lisens eller muligheten for reproduksjon ville representere tilfredsstillende alternativer for uautorisert bruk.⁶⁰

Det ble også fremhevet at reproduksjonskriteriet oppstilt av Bundesgerichtshof ville skape for mye rettslig usikkerhet og ha en avskrekkende effekt:

“In addition, reproducing a sample oneself can be very laborious and the assessment of whether such a sound is equivalent to the original leads to considerable insecurity among artists. In the initial proceedings, the Higher Regional Court needed several experts and several days of hearings to clarify the matter of reproducibility. It must be feared that even in those cases where a reproduction equivalent to the original is not possible, artists will refrain from incorporating passages – which in such a case would be permissible even in the opinion of the Federal Court of Justice – because of concerns about the overly great effort and expense, as well as the legal risk, involved in proving that reproducibility was impossible. The criterion of equivalent

⁵⁴ I ZR 112/06 «Metall auf Metall I» avsnitt 23, engelsk oversettelse fra 56 Journal of the Copyright Society of the USA s. 1034.

⁵⁵ Jf. European Copyright Society (2019) [1.3].

⁵⁶ Jütte (2017) s. 785.

⁵⁷ Den føderale forfatningsdomstol, Høyesterett i konstitusjonelle spørsmål (BVerfG), jf European Copyright Society (2019) [1.1].

⁵⁸ 1 BvR 1585/13 31. mai 2016.

⁵⁹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG), engelsk oversettelse fra https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0017

⁶⁰ Jf. European Copyright Society (2019) [1.4].

reproducibility therefore has a deterrent effect that necessitates an especially effective constitutional review”.⁶¹

Saken er nå tilbake hos Bundesgerichtshof som har referert en rekke spørsmål til EU-domstolen, deriblant spørsmål om fundamentale rettigheter, spørsmål knyttet til lengden på benyttede lydfragmenter samt spørsmål om sitatretten.⁶²

2.1.4.1.2 C-516/17 «*Spiegel Online*»

C-516/17 «*Spiegel Online*» omhandler ikke sampling, men berører derimot forholdet mellom opphavsretten og fundamentale rettigheter. De faktiske forhold knytter seg til den tyske politiker Volker Beck og en artikkel han forfattet som ble publisert i et samleverk i 1988. Temaet for artikkelen var både sensitivt og kontroversielt,⁶³ og vedrørte avkriminalisering av pedofili.⁶⁴ Artikkelen ble ifølge Volker Beck uten hans godkjennelse endret på visse punkter av utgiveren før publisering. Beck klaget til utgiver, uten resultat, og distanserte seg senere fra artikkelen.

I 2013 dukket originalmanuskriptet til artikkelen opp og Volker Beck gjorde dette tilgjengelig for en rekke avisredaksjoner i et forsøk på å godtgjøre at det var blitt gjort endringer i manuskriptet tilbake på 1980-tallet. Han samtykket ikke til at avisene kunne publisere tekstene, men gjorde de to ulike utgavene av artikkelen tilgjengelig på sin egen hjemmeside. Spiegel Online publiserte noe senere en artikkel på sine nettsider hvor det ble hevdet at det ikke var blitt gjort endringer i originalartikkelen som forvrengte artikkelens budskap, men de hevdet snarere at Volker Beck hadde villedet publikum. Via hyperlenker i artikkelen publisert av Spiegel Online var det mulig å laste ned de to ulike utgavene av artikkelen. Volker Beck hevdet at tilgjengeliggjøringen representerte en krenkelse av hans opphavsrett.⁶⁵

Saken reiser spørsmål om opphavsrettens forhold til ytring-, informasjon- og pressefriheten jf. CFR artikkel 11.

2.1.4.1.3 C-469/17 «*Afghanistan Papers*»

C-469/17 «*Afghanistan Papers*» dreier seg om en tvist mellom det tyske medieselskapet Funke Medien og den tyske stat (Forbundsrepublikken Tyskland). En av Funke Mediens aviser, Westdeutsche Allgemeine Zeitung, publiserte på sine nettsider, under betegnelsen «*Afghanistan-Papiere*», såkalte «UdP-rapporter», som er konfidensielle periodiske rapporter om militære

⁶¹ 1 BvR 1585/13 avsnitt 100, engelsk oversettelse tilgjengelig fra <https://www.bundesverfassungsgericht.de/>

⁶² Se eksempelvis generaladvokatens anbefaling i «*Metall auf Metall*» avsnitt 16 for den fulle listen med spørsmål.

⁶³ Generaladvokatens anbefaling i «*Spiegel Online*» avsnitt 12.

⁶⁴ Se Rendas (2018) s. 11. Tittelen på det aktuelle samleverket er «*Der pädosexuelle Komplex*».

⁶⁵ Generaladvokatens anbefaling i «*Spiegel Online*» avsnitt 13-15.

operasjoner i utlandet. Den tyske stat hevdet at publiseringen utgjorde en krenkelse av deres opphavsrett.⁶⁶ Rapportene blir av generaladvokaten beskrevet som “...purely informative documents, drafted in absolutely neutral and standardised terms, providing an accurate report of events or stating that no events of interest have occurred”.⁶⁷

Blant problemstillingene saken reiser, er for det første hvorvidt de aktuelle rapportene tilfredsstillende oppfylter originalitetskravet for åndsverk. Dernest i hvilken grad det skal tas hensyn til grunnrettighetene, deriblant retten til informasjon- og pressefriheten i CFR artikkel 11, ved fastsettelsen av rekkevidden av et eventuelt vern.

Sammen med «Metall auf Metall» og «Spiegel Online» danner «Afghanistan Papers» et trekløver av saker som for tiden er under behandling av EU-domstolen, og som alle berører forbindelsen mellom opphavsrettslige regler og fundamentale rettigheter. Det kan dermed være grunn til å tro at så snart avgjørelsen foreligger i én av sakene, vil det kunne gi en indikasjon på utfallet også i de andre. I det minste håpes det at avgjørelsene vil være klargjørende for rettstilstanden på dette området.⁶⁸

2.1.5 Produsentvernet

Som allerede nevnt konsentrerer denne avhandlingen seg om rettighetene knyttet til selve lydopptaket. Det særegne med sampling er jo nettopp at det er selve fonogrammet, eller typisk deler av dette, som brukes som råmateriale ved skapelsen av nytt verk.

Rettighetene er regulert i den nye åndsverklovens kapittel 2 om nærstående rettigheter, jf. § 20 første ledd som lyder:

«En produsent av lydopptak og film har enerett til å råde over opptaket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplarer av det og å gjøre opptaket tilgjengelig for allmennheten. For offentlig fremføring og overføring til allmennheten av lydopptak gjelder likevel bestemmelsene i § 21, med mindre overføringen skjer på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til opptaket».

2.1.5.1 Bakgrunnen for vernet

Produsentens enerett har i juridisk teori blitt beskrevet som en «anomali i opphavslovgivningen. Andre producenter, fx bogforleggere og bogtrykkere, har ikke en tilsvarende selvstendig

⁶⁶ Generaladvokatens anbefaling i «Afghanistan Papers» avsnitt 10, 11 og 14.

⁶⁷ Generaladvokatens anbefaling i «Afghanistan Papers» avsnitt 14.

⁶⁸ Jf. European Copyright Society (2019) fotnote 4.

beskyttelse, men må støtte seg på den afledede ret, som de oppnår gjennom aftalerne med opphavsmanden». ⁶⁹ Bakgrunnen for dette særegne vernet kan finnes i en kombinasjon av den historiske utviklingen, internasjonale markedsforhold og konkurranserettslige spørsmål knyttet til kopiering av fonogrammer. ⁷⁰

Produsentens enerett er langt på vei å betrakte som et investeringsvern. På dette punktet kan en parallell trekkes til eneretten til databaser, jf. åvl. § 24 første ledd hvor det refereres til databaser som representerer: «en vesentlig investering». Dog skiller de seg noe fra hverandre da vernet etter eneretten til databaser er direkte knyttet til den investering som har blitt gjort, mens det for produsentens enerett er selve fonogrammet som sluttprodukt som er beskyttelsesgjenstanden. ⁷¹

I fortalen til Infosoc-direktivet avsnitt (10) fremheves viktigheten av et «passende vederlag» ikke bare for «opphavsmænd og kunstnere», men også for «producenterne, der skal kunne finansiere dette arbejde». Videre heter det at «De investeringer, der er nødvendige for at fremstille varer som f.eks. fonogrammer...er meget betydelige». De samme synspunktene kommer også til uttrykk i fortalen til direktivet om utleie- og utlånsrettigheter hvor det i avsnitt (5) fremholdes at «de nødvendige investeringer til navnlig fremstilling af fonogrammer og film er særdeles store og risikobehæftede».

Produsentvernet omfatter ikke de såkalte ideelle rettigheter, jf. åvl. § 5. Dette kan sees som et naturlig utslag både av at bakgrunnen for produsentvernet først og fremst er ansett som en investeringsbeskyttelse snarere enn beskyttelse av skaperkraft, og som en konsekvens av hvilke subjekter som tradisjonelt faller inn under produsentbegrepet, jf. neste punkt.

2.1.5.2 Produsentbegrepet

Begrepet «produsent» er nytt i åndsverkloven av 2018, men er ikke ment å representere noen realitetsendring sammenholdt med begrepet «tilvirker» som ble benyttet i åndsverksloven av 1961, jf. Prop. 104 L (2016-2017) s. 82. Hensikten med endringen er kun å modernisere språkb Bruken.

Hva ligger så i produsentbegrepet? Rognstad skriver at «..det er den eller de som forestår, i betydningen tilrettelegger og bærer omkostningene med produksjonen av opptakene, som er rettighetssubjektet..», «..ikke fabrikanten eller fremstilleren av de fysiske eksemplarene». ⁷²

⁶⁹ Koftvedgaard (2005) s. 88.

⁷⁰ Koftvedgaard (2005) s. 88.

⁷¹ Jf. European Copyright Society (2019) [3.4].

⁷² Rognstad (2009) s. 316.

Tradisjonelt sett har det dermed ofte vært plateselskapene som har vært produsent, men i de senere år har man sett at stadig flere artister forestår produksjonen selv, og følgelig oppnår rettigheter etter bestemmelsen.⁷³ Dette må sees i sammenheng med den «teknologiske utviklingen» som har funnet sted».⁷⁴ Tidligere var det gjerne behov for kostbart innspillingsutstyr som for eksempel analoge båndopptagere og signalprosessorer i hardware-form. Utstyr som var ressurskrevende både i innkjøp og drift. Utviklingen på den digitale fronten, slik som Digital Audio Workstations (DAW) og software-baserte instrumenter og signalprosessorer, har gjort at terskelen for kunne produsere musikk har blitt vesentlig lavere. I disse dager kommer man meget langt med en PC og litt programvare. Man kan snakke om en demokratisering av innspillingsprosessen. I tillegg til dette kommer diverse nye plattformer hvor musikken enkelt kan legges ut/distribueres.

Denne utviklingen fremgår tydelig av rapporten «Hva nå – Digitaliseringens innvirkning på norsk musikkbransje»,⁷⁵ som viser en klar trend i retning av at artistene i økende grad påtar seg ansvar og risiko som tradisjonelt har ligget hos plateselskapene. Rapporten viser at stadig flere artister oppnår masterrettigheter som produsent/tilvirker, og dermed oftere benytter seg av lisens- og distribusjonsavtaler, samt utgir musikk på eget plateselskap.

Som det fremgår dekker dermed begrepet produsent både juridiske personer og fysiske personer. Det kan også være grunn til å påpeke at den type produsent det siktes til i § 20 er det som i platebransjen gjerne omtales som «mastereier».⁷⁶ Begrepet er imidlertid ikke ensbetydende med det som ofte omtales som en «musikkprodusent» eller «studioprodusent», og det kan være nyttig å si noen ord om denne distinksjonen. Andre begreper som tidvis brukes for musikk- og studioprodusent er «musikalsk leder» og «musikkinstruktør», jf. Prop. L 104 (2016-2017) s. 77.

Musikkprodusenten eller studioprodusenten er den fysiske personen som er delaktig i studio under innspillingsprosessen. Denne prosessen frem mot det endelige fonogrammet preges av en rekke beslutninger som tas underveis. Eksempler på dette kan være hvilke instrumenter og lydkilder som skal benyttes, hvilke musikere som benyttes, hva slags signalbehandling som skal benyttes på de ulike lydkildene, samt instruksjon til musikerne under innspillingen. I tillegg til dette kommer det gjerne avveininger som er nærmere knyttet opp til arrangementen av musikken, for eksempel hvilke instrumenter eller instrumentgrupper som skal benyttes i ulike deler av et musikkstykke, hvilke registre de skal spille i osv. Foruten dette kan musikk- eller

⁷³ Rognstad (2009) s. 316.

⁷⁴ Rognstad (2009) s. 316.

⁷⁵ Centre for Creative Industries (2019) s. 11 og s. 72-73.

⁷⁶ Se for eksempel <https://creokultur.no/lonn-og-arbeidsvilkar/naeringsdrivende/> (under punktet «platekontrakter», hvor det refereres til «Mastereier/tilvirker»), eller Centre for Creative Industries (2019) s. 17.

studioprodusenten gjerne være den som utfører miksing og/eller mastering⁷⁷ av lydopptaket, samt eventuelt opptre som lydtekniker eller samarbeide med disse under innspillingen.⁷⁸ I det hele tatt er rollen som musikk-/studioprodusent mangefasettert og det er stor variasjon i hvordan den utøves.

Noe forenklet kan en si at produsent i betydningen mastereier sikter til den eller de som står for den økonomiske og praktiske muliggjøringen av innspillingen, mens musikk- eller studioprodusent sikter til en fysisk person som tar beslutninger av kunstnerisk og/eller musikkfaglig karakter.⁷⁹ Det er den førstnevnte betydningen § 20 sikter til og hvis rettigheter denne oppgaven forsøker å belyse.⁸⁰

Særlig i disse dager, når artistene som tidligere nevnt gjerne produserer selv, kan skillet mellom de ulike rollene riktignok bli noe flytende. Det er dermed stadig mer utbredt at artisten selv både fyller rollen som produsent i betydning mastereier, og samtidig fyller rollen som musikk-/studioprodusent.

2.1.6 Opphavsrett og nærstående rettigheter

Slik åndsverkloven er organisert baserer den seg på et skille mellom rettigheter knyttet til «åndsverk» og rettigheter knyttet til de såkalte «nærstående» prestasjoner. Dette skillet er svært relevant for en diskusjon om sampling. Jevnt over nyter åndsverk sterkere vern enn de nærstående prestasjoner, for eksempel hva angår vernetid og ideelle rettigheter.⁸¹

Åndsverk er i § 2 definert som «litterære eller kunstneriske verk av enhver art, som er uttrykk for original og individuell skapende åndsinnsetning», og gir uttrykk for det såkalte «originalitetskravet» eller kravet til «verkshøyde». Uten å gå i detalj om dette kravet er det klart at det foreligger en viss terskel av originalitet som må overstiges for at noe kan regnes som et åndsverk i lovens forstand. Det følger av den såkalte «Infopaq»-dommen at dette originalitetskravet også

⁷⁷ Kreative prosesser med stort potensiale for å sette preg på sluttproduktet.

⁷⁸ Centre for Creative Industries (2019) s. 18.

⁷⁹ Jf. Schönning (2011) s. 586-587 hvor det skilles mellom «fonogramproducent» og «producer». «Fonogramproducent» samsvarer med begrepet «produsent» i åvl. § 20 (mastereier), og «producer» samsvarer med studio- eller musikkprodusent.

⁸⁰ På dette punkt kan det hevdes at begrepsbruken i loven har blitt noe uklar. Især tatt i betraktning at et av formålene med den nye loven var nettopp forenkling. Musikk- eller studioprodusenten vil riktignok også kunne oppnå rettigheter knyttet til innspillingen, for eksempel som utøvende kunstner etter åvl. § 18, jf. Schönning (2011) s. 587.

⁸¹ Jf. eksempelvis åvl. § 16, annet ledd, sammenlignet med § 11.

gjelder dersom deler eller utdrag av verk skal anses vernet etter loven. Det vil si at «the author's own intellectual creation» må være representert også i en del eller et utdrag av et åndsverk.⁸²

Loven inneholder ingen definisjon av nærstående rettigheter. Disse rettighetene er mangeartede og kan ha et mer eller mindre nært slektskap til åndsverkene. For eksempel er utøvende kunstneres enerett etter § 16 nært knyttet opp mot åndsverkene, i det de gjelder «fremføring av et verk eller tradisjonsuttrykk». De må også sies å ha et markant personlig preg da kunstneren, eksempelvis musikeren eller skuespilleren, selv medvirker i tillegg til å fremføre en fortolkning av verket.⁸³ Eneretten til databaser i § 24 har på den annen side et mere merkantilt preg, og søker å beskytte de investeringene som er gjort i forbindelse med informasjonsinnhenting.⁸⁴ Typisk er det også juridiske personer som for eksempel en bedrift som er rettighetshaver etter denne bestemmelsen. Det skal riktignok bemerkes at databaser potensielt vil kunne ha status som åndsverk, gitt at «selve *sammenstillingen* av opplysninger mv.» er «preget av individuell skapende virksomhet»⁸⁵, jf. om originalitetskravet i forrige avsnitt.

Blant de nærstående rettigheter finner vi som nevnt også produsentrettighetene i § 20, som i juridisk teori er karakterisert ved å ha et «teknisk/kommersielt grunnpreg».⁸⁶ Karakteristikken sammenfaller således godt med forståelsen av produsentbegrepet i § 20 i betydningen «master-eier», som det er redegjort for ovenfor. Der det for åndsverkene del foreligger et krav om originalitet foreligger det ikke noe slikt krav for lydopptak i medhold av § 20, jf. Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 15:

“En tilvirker og et kringkastingsforetak har vern for den økonomiske investering som ligger bak opptak og programsammensetning, og opptakene er vernet uavhengig av hva de inneholder. Det ligger med andre ord ikke noe kreativitets- eller originalitetskrav til grunn for vernet.»

Betydningen av dette er at et lydopptak nyter samme vern i medhold av § 20 enten det videreformidler lyden av vindkast, bølgeskvalp, løvebrøl, eller Susanne Sundførs nyeste album. Fonogrammer vernes ikke bare der det som spilles inn ikke *kan* være gjenstand for opphavsrett, slik som lyden av et vindkast, men også der hvor vernetiden for et åndsverk er utløpt.⁸⁷ Dette forutsetter riktignok at ikke vernetiden for fonogrammet selv har utløpt, jf. åvl. § 20 annet ledd. Eksempelvis vil produsenten ha enerett til lydopptaket dersom det gjøres en (ny)innspilling av

⁸² Jf. C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening ECLI:EU:C2009:465.

⁸³ Rognstad (2009) s. 290.

⁸⁴ Rognstad (2009) s. 289.

⁸⁵ Rognstad (2009) s. 116.

⁸⁶ Rognstad (2009) s. 289.

⁸⁷ Koktvedgaard (2005) s. 88.

Tocatta & Fuge i d-moll BWV 565, hvor en eventuell opphavsrett knyttet til komposisjonen for lengst har falt i det fri, jf. åvl. § 11.⁸⁸ Det er altså den tekniske bæreren, selve opptaket, som er beskyttelsesgjenstanden iht. § 20, ikke innholdet.

Nå er det en kjensgjerning at en stor del av de lydopptak som faller inn under § 20 også tilfredsstiller lovens krav til åndsverk, samt har vernetiden i behold. Utgangspunktet vil da være at ulike rettighetshavergrupper nyter individuelt vern for sine respektive rettigheter. Dette vil potensielt kunne gi spesielle utslag for samplings vedkommende og er noe vi skal komme tilbake til senere i oppgaven.

2.1.6.1 Eneretten til eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring

Man sier gjerne at eneretten har en positiv og en negativ dimensjon, i den forstand at rettighetshaver både har eksklusiv rett til selv for eksempel å fremstille eksemplarer, og samtidig har rett til å hindre andre i å gjøre det samme.⁸⁹

Åvl. § 20 fastlegger at produsenten har enerett til å «råde over» fonogrammet ved eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten. Dette følger også av forarbeidene: «Bestemmelsen i gjeldende § 45 gir produsenter enerett til å råde over sine opptak. I likhet med eneretten som tilfaller utøvende kunstnere, gis tilvirkere (produsenter) etter bestemmelsen her en rett til å råde over opptaket på samme måte som en opphavsmann har rett til å råde over sitt åndsverk».⁹⁰

Rognstad peker blant annet på to aspekter ved eksemplarfremstillingsretten som er særlig aktuelle ved sampling, for det første at retten til eksemplarfremstilling er «...teknologi- og medienøytral...» og for det andre at retten «...omfatter foruten de *rene* kopier eller avbildninger, også gjengivelser i annen skikkelse og i annen teknikk enn «originaleksemplaret»...».⁹¹ Jf. også åvl. § 3 første ledd hvor det heter at retten til eksemplarfremstilling gjelder «uavhengig av på hvilken måte og i hvilken form dette skjer». Ved sampling vil det jo fort være tale om ulike teknikker og teknologier, og et noe arkaisk eksempel kan være der deler av et fonogram overføres fra en båndspiller eller grammofon til en digital sampler og deretter arbeides videre inn i en ny helhet. Det kan vel også påstås at mye av den kreative skapergleden innenfor sampling er nettopp drevet av ønsket om å gi et eksisterende lydopptak et nytt uttrykk i en ny «form» ved hjelp av ny «teknologi».

⁸⁸ Organisten (eller eventuelt en annen instrumentalist/musiker) vil imidlertid oppnå enerett over sin fremføring som utøvende kunstner i kraft av åvl. § 16.

⁸⁹ Rognstad (2009) s. 150.

⁹⁰ Prop. 104 L (2016-2017) s. 81.

⁹¹ Rognstad (2009) s. 152.

Ved sampling vil det dermed foreligge eksemplarframstilling allerede når det foretas et utdrag fra det opprinnelige fonogrammet. Og skulle det nye fonogrammet, inneholdende et utsnitt fra det opprinnelige lydopptaket, distribueres eller spres videre på annet vis ville det kunne foreligge en krenkelse av produsentens enerett til tilgjengeliggjøring.

I henhold til en normal språklig forståelse av ordlyden i § 20, «enerett til å råde over opptaket», er det ikke noe krav om at hele opptaket eller vesentlige deler av det er tatt i bruk før det eventuelt foreligger en krenkelse. Dette støttes også av Infosoc-direktivets⁹² artikkel 2 som sikrer enerett til fonogrammer «i en hvilken som helst form, helt eller delvis». Det klare utgangspunktet skulle etter dette være at også svært korte deler av et fonogram, slik en typisk ser innenfor sampling, er dekket av produsentens enerett. Rognstad uttaler til støtte for dette synspunktet at det ikke er et «krav om at opptaket i sin helhet er benyttet. Loven må forstås slik at det er tilstrekkelig at en del av opptaket er benyttet, uavhengig av hvor stor del det er tale om».⁹³

Den såkalte «de minimis»-doktrinen kan dog potensielt komme til anvendelse her. Læresetningen har vært nevnt i juridisk teori og baserer seg på prinsippet om at «retten interesserer seg ikke for bagateller».⁹⁴ Det må riktignok påpekes at doktrinens status i norsk rett er usikker, og at anvendelsen av den vil kunne føre til vanskelige grensdragninger.⁹⁵

Tankegangen er uansett interessant når det kommer til sampling. Det må kunne sies å være nokså utbredt å benytte deler av et fonogram på under et sekunds lengde, for eksempel der man samler korte lydklipp av perkusjonselementer som en hihat eller skarptromme, eller kortvarige utdrag av vokalopptak.⁹⁶ Mer om «de minimis»-doktrinen senere.

I tilknytning til eksemplarframstilling av lydopptak skal det også sies noen ord om etterligninger. Et av de viktigste siktemålene med fonogramprodusentenes rettigheter er å forhindre «direkte teknisk kopiering»,⁹⁷ et hensyn som i stor grad er forankret i konkurranse- og markedsrettslige argumenter.⁹⁸ I lys av at det er de tekniske prestasjonene som vernes er produsentens enerett derimot ikke til hinder for at det gjøres etterligninger av lydopptaket.⁹⁹ Dette kommer

⁹² Direktiv 2001/29/EF.

⁹³ Rognstad (2009) s. 317.

⁹⁴ Rognstad (2009) s. 149.

⁹⁵ Jf. generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 32.

⁹⁶ Jf. Duhanic (2016) s. 944, "...the US singer Madonna and her producer took extracts of horn section chords that lasted less than a second and less than a quarter-second from the 1976 song called 'Love Break' and sampled it into the world famous hit 'Vogue'".

⁹⁷ Jf. Schovsbo (2015) s. 204.

⁹⁸ Rognstad (2009) s. 315.

⁹⁹ Rognstad (2009) s. 317.

tydelig frem i forarbeidene til åndsverkloven av 1961 og er fortsatt beskrivende for dagens rettsituasjon:

«Som det fremgår av de delegertes bemerkninger, er det vern mot en rent teknisk ettergjøring eller kopiering som innføres ved bestemmelsen i første ledd. Bestemmelsen vil således ikke yte en grammofonplatefabrikant noe vern mot at en innspilling han har markedsført, møter konkurranse i den form at en annen fabrikant engasjerer de samme eller andre kunstnere til å spille inn det samme verket og så markedsfører denne innspillingen».¹⁰⁰

2.1.7 Avgrensninger av eneretten

2.1.7.1 Bearbeidelser

Åndsverkloven § 6 omhandler situasjonen der det er foretatt en bearbeidelse av et åndsverk. Det vedrører altså i første omgang kun opphavsrett. En slik bearbeidelse kan gi tre ulike utfall. For det første har en det tilfelle hvor *bearbeideren* oppnår opphavsrett til verket i den bearbeidede «skikkelse», men ikke kan «råde over det i strid med opphavsretten til originalverket» jf. første ledd. I denne situasjonen er bearbeideren avhengig av originalopphaverens godkjenning for å kunne utnytte det bearbeidede verket fordi tilgjengeliggjøringen også omfatter gjengivelse av det opprinnelige verket.¹⁰¹ At slik aktivitet kan medføre opphavsrett følger av åvl. § 2, annet ledd, bokstav m, der det fremgår at «oversettelser og andre bearbeidelser av verk» vil resultere i opphavsrett såfremt kravet til verkshøyde er tilfredsstilt.¹⁰² For det andre har vi de tilfeller der bearbeidelsen har ført til en så stor grad av egeninnsats at det oppstår et nytt og selvstendig verk, jf. § 6, andre ledd. I disse tilfellene kan bearbeideren råde over det nye verket uavhengig av originalopphaveren. For det tredje har vi situasjonen der bearbeidelsen ikke har vært tilstrekkelig til å oppnå opphavsrett overhodet, da det nye som måtte være tilført originalverket gjennom bearbeidelsen ikke tilfredsstiller lovens krav som åndsverk i medhold av § 2. Da står vi overfor *en endring*, jf. åvl. § 3, fjerde ledd, der det ikke oppstår opphavsrett på bearbeiderens hånd og der denne ikke kan foreta endringen uten originalrettighetshaverens samtykke: «Enerett etter første ledd omfatter åndsverket i opprinnelig eller endret skikkelse...».

Det fremgår av § 6 annet ledd at opphaveren ikke kan motsette seg at noen bearbeider hans eller hennes «eksisterende verk» slik at det skapes et nytt og selvstendig verk. Denne retten til bearbeidelse av verk er også påpekt i forarbeidene, jf. Prop. 104 L (2016-2017) s. 50. Dette reflekterer et av opphavsrettens og lovens viktigste formål, nemlig å gi insentiv til videre kulturproduksjon. Samtidig representerer det en innskrenkning av den opphavsrettslige enerett sett fra opphaverens synspunkt.

¹⁰⁰ Jf. ot.ptp. nr. 26 (1959-1960) s. 100.

¹⁰¹ Rognstad (2009) s. 124.

¹⁰² Jf. punkt 2.1.6.

Det kan dermed spørres om hjemmel for sampling kan søkes i retten til bearbeidelse etter § 6. Umiddelbart kan bestemmelsen synes å passe for sampling, da lydopptaket som benyttes til videre musikkproduksjon gjerne er bærer av et opprinnelig, annet åndsverk. § 20 om produsenters enerett anviser riktignok i fjerde ledd at en rekke av lovens bestemmelser om åndsverk skal gjelde tilsvarende for lydopptak, men §6 er ikke blant disse. Også i henhold til ordlyden i § 6 gjelder bestemmelsen kun for åndsverk. Forarbeidene referer også kun til åndsverk i omtalen av § 6, jf. Prop. 104 L (2016-2017) s. 49-51. I forarbeidene til lovendringen i 1995 påpekes det dessuten at «også slik kopiering som kombineres med en bearbeidelse av lydopptaket» er omfattet av produsentens enerett.¹⁰³ Rognstad uttaler om tidligere § 4 annet ledd, nå § 6 første ledd, at bestemmelsen «...taler om den som bearbeider *et åndsverk*, og her bør vi ta den på ordet».¹⁰⁴ Schönning setter også opp den betingelse at «[d]et, der bearbejdes, skal være et værk».¹⁰⁵

I praksis vil dette bety, at for den som ønsker å benytte et eksisterende fonogram i sampling er det ikke nødvendigvis rettighetene knyttet til det eventuelle åndsverket som representerer en hindring, men rettighetene knyttet til bæreren av det eventuelle åndsverket, selve lydopptaket.

Et mulig tema for nærmere problematisering kunne allikevel være analogisk anvendelse av § 6 for fonogrammer, i lys av oppgavens punkt 2.1.4.1.1 om «fri bruk» i tysk rett, men dette vil ikke bli ytterligere behandlet i den videre fremstilling da det anses å ligge på siden av oppgavens hovedtema.

2.1.7.2 *Sitat*

Sitatretten er en av de mest sentrale av reglene som utgjør en avgrensning av opphavsretten. Sitatretten innebærer jo at den som siterer verken trenger å innhente samtykke eller betale vederlag for å gjengi verket eller deler av det. Hovedformålet med sitatretten sies gjerne å være «å sikre den alminnelige diskusjonsfrihet».¹⁰⁶ Foruten dette brukes sitater «også for å illustrere, utdype eller berike fremstillingen i et nytt verk».¹⁰⁷

Sampling har vist seg noe vanskelig å plassere rent rettslig, åndsverkloven er som nevnt taus om dette, det samme er forarbeidene, og i norsk juridisk teori har det blitt stilt spørsmål ved om sampling eventuelt kan hjemles i sitatretten. Jf. åvl. § 29 som sier at «Det er tillatt å sitere fra

¹⁰³ Ot.prp nr. 15 (1994-1995) s. 170.

¹⁰⁴ Rognstad (2009) s. 123. Det fremgår forøvrig også av foilene til forelesninger i opphavsrett høsten 2018 at bearbeidelser «[i]kke [er] aktuelt for nærstående prestasjoner», Rognstad (2018), Forelesninger H-18 Dag 3.

¹⁰⁵ Schönning (2011) s. 195.

¹⁰⁶ Rognstad (2009) s. 242.

¹⁰⁷ Rt. 2010 s. 366 (38).

et offentliggjort verk i samsvar med god skikk og i den utstrekning formålet betinger». I henhold til forarbeidene er utgangspunktet at sitatretten gjelder for alle typer verk. Tilgangen vil riktignok være snevrere for enkelte typer verk, deriblant musikkverk, da en vid adgang til å sitere potensielt ville kunne «utgjøre en trussel mot opphavsmannens legitime interesser».¹⁰⁸

Det finnes ingen norsk rettspraksis som behandler sitatrettens forhold til sampling og spørsmålet må derfor foreløpig anses usikkert i norsk rett. Temaet er riktignok høyaktuelt i disse dager da spørsmålet er oppe til behandling i «Metall auf Metall»-saken, og spørsmålet vil bli drøftet nærmere i oppgavens punkt 3.3.

2.2 Grunnrettigheter

Menneskerettighetene har en sterk stilling i norsk rett. Dette kommer blant annet til syne i menneskerettsloven, som etter utvidelser inkorporerer den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), samt FNs barnekonvensjon og kvinnekonvensjon.¹⁰⁹ Foruten dette fikk vi i 2014 en ny del E i Grunnloven om menneskerettigheter. Hva gjelder EU så rommer den opprinnelige EF-traktaten ingen menneskerettighetsbestemmelser, da hovedintensjonen var å opprette et felles indre marked for utveksling av varer og tjenester, og menneskerettighetene ble ansett vernet på annet vis, for eksempel gjennom EMK.¹¹⁰ I den senere tid har dette forandret seg, først gjennom lengre tids rettspraksis fra EU-domstolen og deretter frem til den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter (CFR).¹¹¹ Charteret ble vedtatt i 2000 og trådte i kraft i 2009.¹¹² I henhold til fortalet var formålet å styrke grunnrettighetenes stilling i lys av den samfunnsmessige, teknologiske og vitenskapelige utviklingen, ved å synliggjøre dem i et eget charter. Praksis både fra EU-domstolen, EFTA-domstolen og den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) vil dermed være viktig for forståelsen av grunnrettighetene.¹¹³

For opphavsrettens vedkommende gjør de grunnleggende rettighetene seg gjeldende på tre ulike måter. For det første har vi de tilfellene der opphavsretten og/eller de nærstående rettigheter i seg selv er å regne som eller grenser opp mot å være, en grunnleggende rettighet. Et aktuelt eksempel her er artikkel 17 (2) i EU-charteret om grunnleggende rettigheter, som sier at «Intellectual property shall be protected».

¹⁰⁸ Prop 104 L (2016-2017) s. 130.

¹⁰⁹ Jf. menneskerettsloven § 2.

¹¹⁰ Sejersted (2004) s. 70.

¹¹¹ Sejersted (2004) s. 70.

¹¹² Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR).

¹¹³ Bårdsen (2015) avsnitt 16.

Et annet eksempel er artikkel 27 (2) i verdenserklæringen om menneskerettigheter¹¹⁴ hvor det heter at «Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author». Her ble det riktignok, via en «general comment», differensiert mellom menneskerettighetene og de immaterialrettslige rettighetene.¹¹⁵

For det andre har vi de tilfellene der de opphavsrettslige reglene brukes som et verktøy for å fremme (andre) grunnleggende rettigheter. Ytringsfriheten er sentral her og det kan sies å være en «klar sammenheng mellom beskyttelsen av litterære... og kunstneriske produksjoner og ytringsfriheten».¹¹⁶ Opphavsretten har da også blitt karakterisert som «...the engine of free expression».¹¹⁷ Det kan derved hevdes at en eventuell kollisjon mellom opphavsretten og fundamentale rettighetene kan virke som noe av et paradoks.¹¹⁸ De begrensninger som ligger i opphavsrettsreglene, deriblant prinsippet om at idéer ikke kan være gjenstand for opphavsrett, samt at verkshøydekravet setter en viss terskel for originalitet, kan også sees som uttrykk for at ytringsfriheten til en viss grad kan sies å være ««internalisert» i opphavsretten».¹¹⁹ Med dette siktes det til at det ved utarbeidelsen av de opphavsrettslige rettsreglene allerede er tatt høyde for grunnrettighetene, de er «bakt inn» i lovverket.

For det tredje har vi de situasjonene hvor opphavsrettsrettslige regler kan representere et hinder for utøvelsen av de grunnleggende rettigheter. Dette kan være tilfelle der opphavsrettslig enerett benyttes for å forsøke å blokkere ytringer, for eksempel der man ønsker å hemmeligholde informasjon uten relevant eller tilstrekkelig hjemmel, og opphavsretten benyttes som alternativt rettsgrunnlag. Dette temaet skal vi berøre under drøftelsen, i tilknytning til den såkalte «Afghanistan papers»-saken.

2.2.1 Rettspraksis fra EU-domstolen og EMD

Også fra Europa er det beskjedent med rettspraksis som omhandler produsentrettigheter generelt og sampling spesielt. Det finnes derimot et visst tilfang av rettspraksis fra EU-domstolen og EMD som angår forholdet mellom opphavsretten og fundamentale rettigheter. Vi skal her se på et utvalg av disse og forsøke å utpeke enkelte gjennomgående momenter som EU-domstolen og EMD har lagt ved på ved vurderingen av disse spørsmålene.

¹¹⁴ Universal Declaration of Human Rights (UDHR), 10. desember 1948.

¹¹⁵ Rognstad (2009) s. 68-69, jf. FN-dok. Nr E/C.12/GC/17 avsnitt 1.

¹¹⁶ Rognstad (2009) s. 69.

¹¹⁷ Harper & Row v. Nation Enterprises 471 U.S. 539 (1985).

¹¹⁸ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 83.

¹¹⁹ Rognstad (2009) s. 69.

2.2.1.1 C-201/13 «Deckmyn»

Sak C-201/13 «Deckmyn»¹²⁰ angikk parodier, jf. Infosoc-direktivets art. 5(3)(k) som tilsier at medlemsstatene kan gjøre visse unntak eller innskrenkninger i det opphavsrettslige vernet «hvis der er tale om anvendelse med henblik på karikatur, parodi eller pastiche». Faktum i saken dreide seg om den belgiske politikeren Johan Deckmyn som på en nyttårstilstelning 9. januar 2011 delte ut kalendere for det nye året.¹²¹ På coveret til disse kalenderne var det en tegning med klare likheter til forsiden av et eldre nummer av tegneserien «Suske en Wiske» hvor en kjortelkledd skikkelse flyr i en slags helikopteranordning og kaster mynter ned til mennesker på gaten. I utgaven på kalenderen som Deckmyn delte ut var skikkelsen endret til å ligne borgermesteren i Gent, og menneskene på gaten til mørkhudede personer med slør.¹²² Rettighets- haverne til den originale tegningen hevdet at kalenderen representerte en krenkelse av deres opphavsrett.

Avgjørelsen fra EU-domstolen dreier seg først og fremst og forståelsen av parodiunntaket, men det interessante i denne oppgavens forbindelse er hva EU-domstolen uttalte om balansen mellom opphavsretten og ytringsfriheten.¹²³ I avgjørelsens avsnitt 34 uttales:

“...the application, in a particular case, of the exception for parody, within the meaning of Article 5(3)(k) of Directive 2001/29, must strike a fair balance between, on the one hand, the interests and rights of persons referred to in Articles 2 and 3 of that directive, and, on the other, the freedom of expression of the user of a protected work who is relying on the exception for parody, within the meaning of Article 5(3)(k).”

EU-domstolen slår dermed fast at det skal søkes en «rimelig balanse» mellom de opphavsrettslige interessene og brukernes fundamentale rettigheter.¹²⁴ Det skal bemerkes at EU-domstolen her konkret uttaler seg om verk, jf. «work» i utdraget sitert over. European Copyright Society har i sin anbefaling i «Metall auf Metall» argumentert for at hensynet til en «rimelig balanse» også må gjelde for fonogramprodusentens rettigheter.¹²⁵

¹²⁰ C-201/13 Johan Deckmyn, Vrijheidsfonds VZW v Helena Vandersteen ECLI:EU:C:2014:2132.

¹²¹ C-201/13 avsnitt 8.

¹²² C-201/13 avsnitt 9.

¹²³ Bruun Andersen (2018) s. 166.

¹²⁴ Jf. åndsverklovens formålsparagraf § 1 b).

¹²⁵ European Copyright Society (2019) Opinion on Reference to CJEU in case C-476/17, Pelham GmbH v Hütter («Metall auf Metall») [2.2].

2.2.1.2 C-275/06 «Promusicae»

Sak C-275/06 gjaldt spørsmålet om hvorvidt rettighetshaverorganisasjonen Promusicae kunne kreve å få utlevert identitet og fysiske adresser for et bestemt utvalg kunder av internettleverandøren Telefónica.¹²⁶ De aktuelle kundene hadde ifølge Promusicae benyttet P2P-tjenesten¹²⁷ KaZaA for deling av fonogrammer, og Promusicae hevdet at det forelå krenkelse av det opphavsrettslige vernet til organisasjonens medlemmer. IP-adressene til kundene samt dato og tidspunkt for tilknytningen var allerede kjent.

Saken reiste interessante spørsmål vedrørende kollisjon av grunnrettigheter. Vernet av den intellektuelle eiendomsrett i henhold til CFR artikkel 17 (2) (samt vernet av retten til effektive rettsmidler i CFR artikkel 47), ble satt opp mot retten til respekt for privat- og familieliv i CFR artikkel 7 og retten til beskyttelse av personopplysninger i CFR artikkel 8.¹²⁸

Saken kretset rundt medlemsstatenes fortolkning av en rekke direktiver, og om hvorvidt en fortolkning som tilsa at medlemsstatene ikke var pålagt noen plikt til å overlevere personopplysninger i sivile saker ville innebære en tilsidesettelse av vernet av den intellektuelle eiendomsrett i henhold til CFR artikkel 17 (2).¹²⁹ EU-domstolen uttalte om dette:

«...the Member States must, when transposing the directives mentioned above, take care to rely on an interpretation of the directives which allows a fair balance to be struck between the various fundamental rights protected by the Community legal order. Further, when implementing the measures transposing those directives, the authorities and courts of the Member States must not only interpret their national law in a manner consistent with those directives but also make sure that they do not rely on an interpretation of them which would be in conflict with those fundamental rights or with the other general principles of Community law, such as the principle of proportionality...»¹³⁰

Også i dette tilfellet ser en at EU-domstolen trekker frem «fair balance» som et vesentlig hensyn. Videre påpekes det at det ved gjennomføringen av direktiver i nasjonal rett skal legges til grunn en forståelse som tar behørig hensyn til de fundamentale rettigheter. Utover dette bemerkes det også at blant annet proporsjonalitetsprinsippet skal anerkjennes ved tolkingen. Nøyaktig

¹²⁶ C-275/06 Productores de Música de España (Promusicae) v Telefónica de España SAU ECLI:EU:C:2008:54 avsnitt 29-31.

¹²⁷ Peer-to-peer.

¹²⁸ C-275/06 «Promusicae» avsnitt 61-63, samt Bruun Andersen (2018) s. 167.

¹²⁹ C-275/06 «Promusicae» avsnitt 61.

¹³⁰ C-275/06 «Promusicae» avsnitt 68.

hvilke faktorer som eventuelt vil kunne inngå i en proporsjonalitetsvurdering går domstolen riktignok ikke inn på.¹³¹

2.2.1.3 C-70/10 «Scarlet Extended»

Også sak C-70/10 «Scarlet Extended»¹³² angikk en gruppe rettighetshavere på den ene siden, her representert av SABAM,¹³³ og en internettilbyder, Scarlet Extended SA, på den andre. Bakgrunnen for saken var som i C-275/06 «Promusicae» nedlastning av opphavsrettslig vernet materiale via P2P-nettverk.¹³⁴ Hovedspørsmålet i saken var om internettleverandøren kunne pålegges å installere systemer for å blokkere og filtrere uønsket aktivitet knyttet til P2P-tjenester. I dette tilfellet ville slike systemer medføre overvåking av all kommunikasjon på internettilbyderens nettverk i et ubegrenset tidsrom.¹³⁵

Igjen stod man overfor en kollisjon mellom ulike grunnrettigheter. I dette tilfellet mellom beskyttelsen av den intellektuelle eiendomsrett, jf. CFR artikkel 17 (2), og henholdsvis retten til å drive forretning, jf. CFR artikkel 16, retten til beskyttelse av personopplysninger i CFR artikkel 8 og friheten til å motta eller bringe videre opplysninger i CFR artikkel 11.¹³⁶

EU-domstolen refererte til C-275/06 «Promusicae» og uttalte at “...the protection of the fundamental right to property, which includes the rights linked to intellectual property, must be balanced against the protection of other fundamental rights”.¹³⁷ Og videre at “...national authorities and courts must strike a fair balance between the protection of copyright and the protection of the fundamental rights of individuals who are affected by such measures”.¹³⁸

Domstolen kom også med en mere generell uttalelse om rekkevidden av den intellektuelle eiendomsrett nedfelt i CFR artikkel 17 (2): «The protection of the right to intellectual property is indeed enshrined in Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (‘the Charter’). *There is, however, nothing whatsoever in the wording of that provision or in the Court’s case-law to suggest that that right is inviolable and must for that reason be absolutely protected* (min uthevelse)». ¹³⁹

¹³¹ Jf. Bruun Andersen (2018) s. 168.

¹³² C-70/10 Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) ECLI:EU:C:2011:771.

¹³³ Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM).

¹³⁴ C-70/10 «Scarlet Extended» avsnitt 17.

¹³⁵ C-70/10 «Scarlet Extended» avsnitt 47.

¹³⁶ C-70/10 «Scarlet Extended» avsnitt 49-50, samt Bruun Andersen (2018) s. 155.

¹³⁷ C-70/10 «Scarlet Extended» avsnitt 44.

¹³⁸ C-70/10 «Scarlet Extended» avsnitt 45.

¹³⁹ C-70/10 «Scarlet Extended» avsnitt 43.

EU-domstolen konkluderte i saken med at et eventuelt påbud om å installere det nevnte systemet for filtrering og blokkering «...would not be respecting the requirement that a fair balance be struck between the right to intellectual property, on the one hand, and the freedom to conduct business, the right to protection of personal data and the freedom to receive or impart information, on the other».¹⁴⁰

2.2.1.4 Oppsummering av praksis fra EU-domstolen

Som det fremgår av utvalget ovenfor er det tydelig at EU-domstolen ved behandlingen av spørsmål som angår forholdet mellom opphavsrettslige regler og grunnleggende rettigheter legger betydelig vekt på hensynet til «fair balance». Dette gjelder også der immaterialrettsreglene selv er vernet som grunnrettigheter, jf. CFR artikkel 17 (2), og man i praksis står overfor en kollisjon mellom ulike grunnrettigheter. I tillegg til de ovenfor nevnte sakene kan C-145/10 «Painer» anføres som et ytterligere eksempel på at dette hensynet trekkes frem som sentralt.¹⁴¹ Ytterligere vektlegges proporsjonalitetsprinsippet som betydningsfullt ved vurderingen. Domstolen slår også fast at den intellektuelle eiendomsrett etter CFR artikkel 17 (2) ikke på noen måte er ukrenkelig.¹⁴²

Det følger av CFR artikkel 52 (1) at eventuelle begrensninger i rettighetene charteret oppstiller er avhengig av at tre kumulative vilkår er oppfylt. For det første er det et krav om lovhjemmel for inngrepet, for det andre er det krav om at målet som forfølges har et legitimt formål, og for det tredje må proporsjonalitetsprinsippet respekteres. Proporsjonalitetsprinsippet i CFR antas å samsvare med det generelle proporsjonalitetsprinsippet i EU-retten og kan sies å omfatte et egnethetskrav, et nødvendighetskrav og et prinsipp om absolutt forholdsmessighet. Sistnevnte kan hevdes å samsvare med kjernekravet og prinsippet om rimelig balanse etter EMDs proporsjonalitetsprinsipp, jf. neste avsnitt.¹⁴³

Den skal riktignok påpekes at det har vært en del variasjon i EU-domstolens argumentasjon ved behandlingen av disse spørsmålene, både hva gjelder fremgangsmåte og hvilke konkrete krav og avveiningskriterier som har blitt vurdert.¹⁴⁴ Det gjennomgående temaet har vært hensynet til «fair balance».¹⁴⁵

¹⁴⁰ C-70/10 «Scarlet Extended» avsnitt 53, samt Bruun Andersen (2018) s. 160-161.

¹⁴¹ Jf. C-145/10 Eva-Maria Painer ECLI:EU:C:2011:798 avsnitt 132-135.

¹⁴² C-70/10 «Scarlet Extended» avsnitt 43.

¹⁴³ Bruun Andersen (2018) s. 147-151.

¹⁴⁴ Se for eksempel Jongsma (2019) s. 2-3.

¹⁴⁵ Se blant annet European Copyright Society (2019) [2.2] og Jongsma (2019) s. 2.

2.2.1.5 Ashby Donald and Others v. France, Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden
I to dommer fra EMD i 2013, *Ashby Donald and Others v. France*¹⁴⁶ og *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden* («Pirate Bay»),¹⁴⁷ ble det slått fast at ytringsfriheten kunne komme inn som en ekstern faktor ved avgjørelsen av opphavsrettslige spørsmål.¹⁴⁸ Førstnevnte sak gjaldt publisering av motefotografier på internett og sistnevnte omhandlet internettbaserte fildelingstjenester («Pirate Bay»).¹⁴⁹

Domstolen fastslo at de begrensningene det opphavsrettslige vernet medførte for ytringsfriheten i de aktuelle sakene, representerte en «interference», et «inngrep», i henhold til EMK artikkel 10.¹⁵⁰ Hvorvidt inngrepet skulle anses tillat eller ikke ville avhenge av at visse betingelser var oppfylt. Det følger av avgjørelsen i *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden* («Pirate Bay»), at de aktuelle tre betingelsene er «[w]hether the interference was prescribed by law», «[w]hether there was a legitimate aim» og «[w]hether the interference was necessary in a democratic society».¹⁵¹ Sistnevnte betingelse innebærer en proporsjonalitetsvurdering hvor det blant annet skal tas hensyn til «...the nature of the competing interests involved and the degree to which those interests require protection in the circumstances of the case» samt «...the nature and severity of the penalties imposed...».¹⁵² Utover dette fremgår det av juridisk teori at proporsjonalitetsprinsippet ved EMD består av fire prinsipper: «et egnedhetsprinsipp, et nødvendighedsprinsipp, et kerneprinsipp og et prinsipp om rimelig balance».¹⁵³

Det er dermed en stor grad av sammenfall mellom vurderingene etter EMD og EU-domstolen. Det bemerkes også at det følger av CFR artikkel 52 (3) at forståelsen av rettighetene i CFR kan utfylles med forståelsen av rettighetene i EMK der disse korresponderer.

3 Drøftelse – sampling på basis av grunnrettigheter eller på annet rettsgrunnlag?

3.1 Grunnrettigheter

Ved en drøftelse av betydningen av grunnrettighetene for fastleggelsen av produsentens enerett er det særlig tre bestemmelser i CFR som gjør seg gjeldende. Disse er på samplersiden artikkel 11 og artikkel 13 om henholdsvis ytrings- og informasjonsfrihet og frihet for kunst og

¹⁴⁶ *Ashby Donald and Others v. France* 36769/08, 10. januar 2013, CE:ECHR:2013:0110JUD003676908.

¹⁴⁷ *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden* 40397/12, 19. februar 2013, CE:ECHR:2013:0219DEC004039712.

¹⁴⁸ Jf. Geiger/Izyumenko (2018) s. 5.

¹⁴⁹ Jf. Bruun Andersen (2018) s. 19 og 100.

¹⁵⁰ Jf. Geiger/Izyumenko (2018) s. 5.

¹⁵¹ *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden* 40397/12, 19. februar 2013 s. 10.

¹⁵² *Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden* 40397/12, 19. februar 2013 s. 10-11.

¹⁵³ Bruun Andersen (2018) s. 105.

vitenskap, og på produsentens side artikkel 17 (2) som beskytter intellektuell eiendomsrett. Frihet for kunst og vitenskap etter CFR artikkel 13 kan sees som en form for ytringsfrihet, og selv om EMK ikke inneholder noen tilsvarende bestemmelse anses retten til kunstnerisk frihet etter EMK utledet av dennes artikkel 10 om ytringsfrihet.¹⁵⁴

Bestemmelsene i Infosoc-direktivet og andre relevante EU-direktiver og dermed åndsverklovens bestemmelser, skal tolkes slik at de er i overensstemmelse med de fundamentale rettighetene nedtegnet i CFR.¹⁵⁵ Ordlyden i CFR artikkel 17 referer til «intellectual property» generelt og det legges til grunn at også produsenters enerett er omfattet av bestemmelsen.

Når det kommer til kollisjoner mellom rettigheter i CFR vil de to første kumulative vilkårene i artikkel 52 (1), kravet om lovhjemmel og kravet om legitimt formål allerede anses oppfylt.

Under behandlingen av eneretten under punkt 2.1.6.1 så vi at utgangspunktet for rekkevidden av produsentvernet var at bruk av fonogrammer var beskyttet av eneretten uavhengig av hvor stor del av lydklippet som eventuelt ble benyttet. CFR artikkel 13 sier på den annen side at «The arts and sciences shall be free of constraint», og spørsmålet blir dermed om hensynet til den kunstneriske frihet (for sampleren) i et gitt tilfelle veier så tungt at det kan medføre en innskrenkning i produsentens enerett.

Som vi har sett ved gjennomgangen av rettspraksis fra EU-domstolen legger domstolen i en rekke saker til grunn at et sentralt punkt for vurderingen er at det skal etterstrebes en «fair balance», eller en «rimelig balanse», mellom de berørte interesser. Dette følger også av blant annet åndsverkloven § 1 b). Dermed må det i første rekke fastslås hvilke faktiske interesser som er representert.

At sampling er av vesentlig kulturell betydning kan det være liten tvil om. Særlig dersom en tar i betraktning samplings betydning for utviklingen av hip hop, nå en av de mest populære og suksessfulle musikkstilene verden over.¹⁵⁶ Duhanic uttaler: “No sampling, no Hip Hop. And that would be unacceptable for a democratic society governed by the rule of law and the resulting freedom for artists to express themselves artistically”.¹⁵⁷ Hun uttaler videre at “Digital sampling also carries a large cultural significance especially for music producers... Without digital

¹⁵⁴ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 91.

¹⁵⁵ European Copyright Society (2019) [2.1].

¹⁵⁶ Se for eksempel: <https://www.independent.co.uk/arts-entertainment/music/news/hip-hop-is-the-most-listened-to-genre-in-the-world-according-to-spotify-analysis-of-20-billion-10388091.html>

¹⁵⁷ Duhanic (2016) s. 932.

sampling, Hip Hop would not exist, and without Hip Hop a whole industry of producers would be jeopardized”.¹⁵⁸

Sampling representerer med andre ord interesser både på utøvernes hånd og på vegne av samfunnet og kulturlivet generelt. Etter Duhanics utsagn ville ikke en av de mest utbredte musikk-sjangerne ha eksistert uten sampling. Følger en dette resonnementet videre kunne en se for seg at et strengt produsentvern ville kunne fungere som et hinder også for den videre musikkutviklingen.

European Copyright society¹⁵⁹ uttaler i samme retning at “The sampling of extracts from phonograms in the creation of new musical works is a contemporary cultural form of acknowledged significance”.¹⁶⁰ De anfører videre at et strengt produsentvern ville føre til «...harm to the public interest in access to culture...». ¹⁶¹ European Copyright Society hevder at disse interessene må veie tungt ved vurderingen av «rimelig balanse». ¹⁶²

Samtidig må det påpekes at sampling historisk sett står i en noe særegen stilling innenfor hip hop-sjangeren, og at en eventuell adgang til å sample naturligvis ville gi effekt for alle musikk-sjangere.¹⁶³

For produsentens del er det først og fremst eiendomsretten, og nærmere bestemt retten til utnyttelse av den aktuelle intellektuelle eiendom som er hovedinteressen. Produsenten ønsker selvsagt å høste fruktene av den investering som fonogrammet representerer. Det kan riktignok spørres om produsenten faktisk lider noe tap som følge av at det samples en kort del av et lydopptak. European Copyright Society hevder at produsenten “...will suffer minimal, if any, economic harm as a result of the use of a very small extract...”.¹⁶⁴ Det kan også tenkes tilfeller der sampling vil kunne føre til en økt interesse for originalfonogrammet, noe som igjen kunne medføre økte inntekter for produsenten av fonogrammet. Potensialet for å kunne gi positive økonomiske virkninger for originalprodusenten vil i tilfelle være avhengig blant annet av hvor karakteristisk utsnittet er, lengden av det, hvor fremtredende det er i det nye fonogrammet og hvorvidt det er mulig for den potensielle kundekretsen å identifisere originalfonogrammet. På

¹⁵⁸ Duhanic (2016) s. 935.

¹⁵⁹ Jeg vurderer den rettskildemessige relevans og vekt av European Copyright Society sine uttalelser til å (i det minste) være på nivå med juridisk teori, tatt i betraktning den kombinerte juridiske kompetanse de representerer.

¹⁶⁰ European Copyright Society (2019) [2.5].

¹⁶¹ European Copyright Society (2019) [2.5].

¹⁶² European Copyright Society (2019) [2.5].

¹⁶³ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 93.

¹⁶⁴ European Copyright Society (2019) [2.6].

den annen side ser European Copyright Society ikke ut til å vektlegge at produsenten ville kunne få inntekter ved en eventuell lisensiering av lydutsnittet. Generaladvokaten anser at produsentens økonomiske interesse ikke er begrenset til en ren beskyttelse mot piratkopiering, men hevder at også muligheten for økonomisk gevinst via lisensiering av opptaket bør medregnes.¹⁶⁵

I «Metall auf Metall»-saken (og i stadig økende grad i musikkbransjen generelt, jf. punkt 2.1.5.2) fyller begge parter roller både som komponister, produsenter og dels artister. I slike tilfeller, hevder generaladvokaten,¹⁶⁶ særlig når det er tale om fundamentale rettigheter, kan det være grunn til å vektlegge det fulle spekteret av rettigheter involvert, selv om stridstemaet i saken angår produsentrettighetene. Et eksempel i denne retning kan være de ideelle rettigheter, jf. åvl § 5.¹⁶⁷

CFR artikkel 13 sier kunsten skal være «...free of constraint». Hva ligger så i uttrykket «constraint»? En objektiv språklig forståelse av uttrykket indikerer ved første øyekast enhver form for restriksjon, og et forbud mot sampling ville i så tilfelle falle inn under ordlyden. Ser en derimot begrepet i lys av den kunstneriske frihet forstått som en underart av ytringsfriheten stiller det seg riktignok noe annerledes. Da siktes det først og fremst til sensur av informasjon og ideer.¹⁶⁸ Legges denne forståelsen til grunn kan det vanskelig sies at et strengt produsentvern representerer en restriksjon av en slik sort. Generaladvokaten argumenterer for at den kunstneriske frihet ikke innebærer at artisten kan se bort ifra de økonomiske realitetene i markedet de opererer i, og dermed heller ikke fritt kan forsyne seg av de midlene eller verktøyene de måtte ønske å benytte i sin kunstneriske virksomhet: «Is it conceivable for a painter to rely on his freedom of creation so as to not pay for his paint and paintbrushes?».¹⁶⁹ I samme retning kan det spørres, basert på Rognstads beskrivelse av sampling som «...ombruk av tidligere musikk-opptak som «instrument» for å lage ny musikk...»,¹⁷⁰ er det tenkelig for en artist, under henvisning til sin kunstneriske frihet, ikke å betale for sine andre instrumenter?

I forlengelsen av dette synspunktet kan det også hevdes at aktørene i musikkbransjen må utvise spesiell forsiktighet og årvåkenhet rundt de immaterielle rettighetene i deres egen bransje, særlig den intellektuelle eiendomsrett.¹⁷¹ Dette kan komme på spissen ved bruk av sampling,

¹⁶⁵ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 33.

¹⁶⁶ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 84-85, 97.

¹⁶⁷ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 97.

¹⁶⁸ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 92.

¹⁶⁹ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 92.

¹⁷⁰ Rognstad (2009) s. 143.

¹⁷¹ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 94.

dersom det verktøyet eller «instrumentet» man ønsker å benytte er omfattet av den intellektuelle eiendomsretten til en fagfelle eller kollega.

På bakgrunn av det er en «particularly complex exercise» å balansere de relevante rettigheter og hensyn i slike tilfeller, argumenterer generaladvokaten for at dette først og fremst er en oppgave for lovgiver.¹⁷² Generaladvokaten tar dermed i sin anbefaling i «Metall auf Metall» det standpunkt at grunnrettighetenes rolle ved fastsettelsen av innholdet av lovverkets bestemmelser er å betrakte som «a sort of ultima ratio», en siste utvei, og at avvik fra en bestemmelses ordlyd kun er berettiget i de tilfeller der foreligger en «...gross violation of the essence of a fundamental right».¹⁷³ Det legges med andre ord opp til at tilgangen for grunnrettighetene til å gripe inn i et slikt tilfelle er meget snever i henhold til generaladvokatens uttalelser. Her er det interessant å sammenligne generaladvokatens anbefaling i de tre aktuelle sakene.¹⁷⁴

I sin første av de tre anbefalingene, C-469/17 «Afghanistan Papers» uttaler generaladvokaten at selv om opphavsrettens interne mekanismer normalt vil være tilstrekkelige for å forsone de opphavsrettslige reglene og grunnrettighetene vil det kunne tenkes «...exceptional cases where copyright, which, in other circumstances, could quite legitimately enjoy legal and judicial protection, must yield to an overriding interest relating to the implementation of a fundamental right or freedom».¹⁷⁵ Han synes dermed å åpne opp for en generell mulighet til å la grunnrettighetene komme inn som en ekstern avgjørende faktor ved opphavsrettslige spørsmål. Umiddelbart synes uttalelsen å skille seg nokså skarpt fra den restriktive holdningen uttrykt i «Metall auf Metall».¹⁷⁶ Her er det derimot viktig å ha klart for seg at de to sakenes faktum, så vel som partsforhold, er svært ulike. I «Afghanistan Papers» gjelder det den tyske stats forsøk på, i henhold til generaladvokaten, å misbruke opphavsretten med det bakenforliggende formål å hemmeligholde informasjon og potensielt begrense ytringsfriheten til en medieaktør. «Metall auf Metall» omhandler som kjent populærmusikk, i en tvist mellom to mer eller mindre likeverdige parter. Dette vil jo kunne tale for at menneskerettslige synspunkter vil kunne slå inn med ulik tyngde i de to sakene. Problematikken i «Afghanistan Papers» omgår også de mer tradisjonelle grunnrettighetene, som kan sies å ligge i selve kjernen for begrepet.

¹⁷² Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 94.

¹⁷³ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 98.

¹⁷⁴ Det er samme generaladvokat Maciej Szpunar som har levert forslag i alle de tre sakene.

¹⁷⁵ Generaladvokatens anbefaling i «Afghanistan Papers» avsnitt 40.

¹⁷⁶ Se for eksempel Jongsma (2019) «AG Szpunar on copyright's relation to fundamental rights: one step forward and two steps back?», samt Geiger/Izyumenko (2018) «Freedom of Expression as an External Limitation to Copyright Law in the EU: The Advocate General of the CJEU Shows the Way».

I «Spiegel Online» er også uttalelsen fra generaladvokaten nokså restriktiv, hvor det uttrykkes at «...domstolen får därför endast undantagsvis ingripa, nämligen om det väsentliga innehållet i en grundläggande rättighet kränks».¹⁷⁷ Etter min vurdering er argumentasjonen i de tre anbefalingene konsekvent hva gjelder grunnrettighetenes potensiale for å spille inn som en ekstern faktor, men de ulike faktum fører til et mer eller mindre restriktivt utfall.

Det kan også legges vekt på rettferdighetssynspunkter ved interesseavveiningen, men disse vil kunne gå i begge retninger. Generaladvokaten uttaler på sin side at “...it seems fair, that phonogram producers should share in the revenue derived from the exploitation of works created using their phonogram.”¹⁷⁸ Duhanic på den andre siden synes å legge til grunn at rettferdighetssynspunktet taler i favør av den som ønsker å benytte sampling i kunstnerisk produksjon.¹⁷⁹

For å oppsummere så er det i avveiningen av «rimelig balanse» først og fremst hensynet til kulturlivet i samfunnet og hensynet til de skapende aktørene i musikkbransjen som taler for å vekke den kunstneriske frihet tyngre enn vernet av den intellektuelle eiendomsrett.

Mot dette taler blant annet ordlyden i åndsverkloven, den klare ordlyden i Infosoc-direktivet, opphavsrettens internaliserte grunnrettigheter og synspunktet om at aktørene i musikkbransjen må forholde seg til det marked de opererer i.

Jeg kan etter dette ikke se at den restriksjon som produsentvernet representerer griper sterkt nok inn i kjerneområdet til den kunstneriske friheten til å forsvare en begrensning av produsentenes intellektuelle eiendomsrett.

3.2 De minimis non curat lex

De minimis non curat lex – «retten interesserer sig ikke for bagateller».¹⁸⁰

Spørsmålet om det kan oppstilles en såkalt «de minimis»-doktrine, eller om det skal det gjelde et unntak for «de minimis»-bruk har blitt aktualisert i «Metall auf Metall»-saken. Det ligger i samplingens natur at en problematisering av bruk av mindre bestanddeler fort vil settes på spissen når sampling er involvert. Spesielt i de tilfeller der særlig korte utdrag av fonogrammer benyttes, samt der det ekstraherte originalutdraget utgjør en minimal del av det nye fonogrammet, enten kvalitativt eller kvantitativt, er det tenkelig at spørsmålet vil kunne gjøre seg gjeldende.

¹⁷⁷ Generaladvokatens anbefaling i «Spiegel Online» avsnitt 62.

¹⁷⁸ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 97.

¹⁷⁹ Duhanic (2016) s. 932-933.

¹⁸⁰ Schovsbo (2015) s. 288.

I tillegg til å kunne få betydning for rekkevidden av produsentens enerett kan «de minimis»-doktrinen også anses for å omkranse mere generelle prinsipper angående terskelen for hvilke regelbrudd som er verdige rettssystemets oppmerksomhet. Doktrinen har som nevnt en usikker status i norsk rett, men Rognstad tar til orde for at prinsippet «...bør kunne påberopes også på opphavsrettens område».¹⁸¹ Man kan også hevde at en slikt unntak eller prinsipp kommer til uttrykk i den nye åvl. § 30, der det fremgår at verk av underordnet betydning ikke skal anses relevant for opphavsrettslig vurdering.¹⁸²

Fra dansk juridisk teori ser det ut til at prinsippet vurderes å ha en mere vesentlig posisjon, jf. Schovsbo som uttaler at «...de minimis-prinsippet er et yderst viktig og centralt ophavsrettslig grundprincip».¹⁸³ Der pekes det også på enkelte momenter som kan være av betydning for vurderingen av om en gitt bruk må anses å være av bagatellmessig karakter. Blant disse er hvorvidt bruken er «...rent tilfældig og underordnet» og om bruken «...er helt atypisk og ikke i strid med den beskyttelsesinteresse, der ligger bag de ophavsrettlige regler».¹⁸⁴

Betrakter man disse momentene i lys av sampling generelt vil det for det første sjelden være aktuelt å karakterisere bruken av samples som «rent tilfeldig». Tvert imot ligger det normalt en bevisst kreativ handling bak inkorporasjonen av et fonogram i en ny kunstnerisk produksjon. Helt unntaksvis vil det kanskje kunne oppstå en situasjon hvor deler av et fonogram på mere tilfeldig vis finner sin vei inn i en ny produksjon, for eksempel der et tidligere spor som har blitt benyttet som en guide eller et midlertidig lydelement ved en forglemmelse ikke blir fjernet før fonogrammet ferdigstilles. Det åpenbare utgangspunktet må riktignok være at sampling i all hovedsak ikke skjer ved en «tilfeldighet». Av «underordnet» karakter kan sampling riktignok ofte være, men de situasjonene Schovsbo sikter til her er for eksempel der det i et filmklipp er en tv i bakgrunnen i et kort øyeblikk hvor det fremgår beskyttet materiale.¹⁸⁵ En slik situasjon vil klart ha et mere tilfeldig preg enn normal bruk av samples.

Bruk av samples vil videre sjeldent være «atypisk» eller i strid med den aktuelle «beskyttelsesinteresse». Det kan selvfølgelig tenkes tilfeller der det opprinnelige fonogrammet settes inn i en helt ny musikalsk ramme, hvor for eksempel stilartene eller de soniske uttrykkene settes opp mot hverandre på «atypisk» vis, men dette er velkjente musikalske teknikker, og typisk for musikkproduksjon og kreativ virksomhet som sådan. Og når sluttproduktene i begge tilfeller,

¹⁸¹ Rognstad (2009) s. 149.

¹⁸² Bestemmelsen lyder: «Et offentliggjort verk kan medtas i verk eller annet materiale der det utgjør en del av bakgrunnen eller på tilsvarende måte spiller en tilfeldig eller underordnet rolle i sammenhengen».

¹⁸³ Schovsbo (2015) s. 291.

¹⁸⁴ Schovsbo (2015) s. 289-290.

¹⁸⁵ Schovsbo (2015) s. 289.

både det originale og det nye, er et fonogram vil også de bakenforliggende beskyttelsesinteressene i stor grad være sammenfallende.

Ser en på tilfellet i «Metall auf Metall» fremstår bruken av lydutsnittet både som målrettet og typisk. Typisk, ikke bare fordi den representerer en konvensjonell bruk av sampling, men også typisk i den grad det samlede elementet langt på vei kan sies å oppfylle samme funksjon, som rytmisk bærer, i begge fonogrammer. Den loopede delen av originalfonogrammet må også sies å utgjøre vesentlig mer enn en bagatellmessig del av «Nur mir». Dette vil fremstå tydelig dersom en tenker det samlede elementet fjernet.¹⁸⁶

I henhold til juridisk teori kan «de minimis»-prinsippet hjemles i Infosoc-direktivets bestemmelser i artikkel 5(3)(h), (i) og (o).¹⁸⁷ Ingen av disse synes å kunne innbefatte sampling. Førstnevnte bestemmelse (h) angår arkitektoniske, skulpturelle og andre verk som «er beregnet til å være varig anbrakt på offentlig steder», bestemmelsen i artikkel (i) angår tilfeldig bruk, og sistnevnte bestemmelse (o)¹⁸⁸ gjelder kun for «analoge anvendelser» hvilket umiddelbart utelukker digital sampling.

Det kan også vises til, riktignok på noe magert grunnlag, at danske domstoler også ser ut til å utelukke et eventuelt ulovfestet «de minimis»-prinsipp innenfor opphavsretten.¹⁸⁹

Det har blitt hevdet at produsenters enerett ikke kan strekke seg lengre opphavsretten til åndsverk.¹⁹⁰ Som vi har sett tidligere er disse rettighetene separate. Det foreligger ikke et originalitetskrav for fonogrammer, jf. punkt 2.1.6, og fonogrammet står dermed heller ikke i et avhengighetsforhold til en eventuell opphavsrett for det åndsverk fonogrammet måtte være bærer av. Som generaladvokaten uttrykker det: “...the scope of protection of a phonogram is in no way subject to the scope of protection of the work that it may possibly contain”.¹⁹¹

Det har også blitt argumentert for en mulig analogi til eneretten for databaser ved fastleggelsen av produsentvernets rekkevidde.¹⁹² Som omtalt tidligere i oppgaven¹⁹³ er det visse fellestrekk mellom vernet av databaser og fonogrammer, fortrinnsvis at vernet er ment å beskytte den

¹⁸⁶ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 32.

¹⁸⁷ Schovsbo (2015) s. 291.

¹⁸⁸ Den såkalte «bestefarsklausulen», jf. Rognstad (2009) s. 256.

¹⁸⁹ Jf. Linkis (2017) s. 156-159, samt Københavns Byrets dom af 26. september 2011, (Les Djinn), BS 26B-716/2009.

¹⁹⁰ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 34.

¹⁹¹ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 36.

¹⁹² Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 39.

¹⁹³ Jf. punkt 2.1.5.1.

investering som har blitt foretatt. Jf. åvl. § 24 hvor eneretten til databaser er begrenset til «hele eller vesentlige deler av databasens innhold ved uttrekk fra eller gjenbruk av databasen», eller ved «gjentatt og systematisk uttrekk eller gjenbruk av uvesentlige deler av databasen» såfremt disse kumulativt representerer hele eller en vesentlig del av databasens innhold, jf. C-203/02 som blant annet omhandler forståelsen av databasedirektivets artikkel 7.¹⁹⁴ Bestemmelsen kan dermed forstås som et utslag av «de minimis»-prinsippet.

Schovsbo ser ut til å innta et slikt synspunkt,¹⁹⁵ riktignok uten noen henvisning til databasevernet, og uttaler at en krenkelse av produsentvernet «...bør kræve, at man kopierer en passende væsentlig del af fonogrammet», men tilføyer at «...det er tvivlsomt og noget, man skal passe på med».¹⁹⁶

Mot en slik analogi til eneretten for databaser taler den klare ordlyden i Infosoc-direktivet artikkel 2 som anfører at eksemplarframstillingsretten til fonogrammer gjelder «på en hvilken som helst måte og i en hvilken som helst form, helt eller delvis». Mot en analogisk anvendelse av eneretten til databaser taler også at databasedirektivet er et spesialdirektiv, som ikke inneholder henvisninger angående beskyttelsen av «vesentlige» deler av et fonogram.¹⁹⁷

Selv om det ikke vil være direkte relevant for fastleggelsen av norsk rett, kan det, om ikke annet på bakgrunn av musikkbransjens internasjonale karakter, nevnes at det i de senere år har vært en viss endring i amerikansk rett hva gjelder «de minimis»-betraktninger. Der det tidligere var fastslått et strengt vern for fonogrammer, «Get a license or do not sample»,¹⁹⁸ ser det nå ut til at bruk av svært korte samples kan anses tillatt basert på en «de minimis»-tankegang.¹⁹⁹

Jeg kan etter dette likevel ikke se at en rett til sampling kan hjemles i «de minimis»-prinsippet.

3.3 Særskilt om sitatretten

Spørsmålet om sampling kan hjemles i sitatretten er oppe for EU-domstolen i «Metall auf Metall»-saken.

¹⁹⁴C-203/02 *The British Horseracing Board Ltd And Others v William Hill Organization Ltd*, ECLI:EU:C:2004:695 avsnitt 95.

¹⁹⁵ Etter min vurdering i strid med de vurderingsmomentene han selv oppstiller for «de minimis»-prinsippet. Jf. Schovsbo (2015) s. 288-291.

¹⁹⁶ Schovsbo (2015) s. 204.

¹⁹⁷ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 37-38.

¹⁹⁸ *Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films* 03-06-2005, 410 F.3d 792 (6th Cir. 2005) .

¹⁹⁹ Jf. *Duhanic* (2016) s. 944, «...extracts of horn section chords that lasted less than a second and less than a quarter-second...». Jf. *VMG Salsoul, LLC v. Ciccone* 02-06-2016, Court of Appeals, Ninth Circuit.

Det konkrete spørsmålet som er oppe til behandling er som følger:

«Bliver et værk eller en anden frembringelse som omhandlet i artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv [2001/29] benyttet til brug for citater, hvis det ikke fremgår, at der benyttes et fremmed værk eller en fremmed anden frembringelse?»²⁰⁰

Det er som nevnt et uavklart spørsmål i norsk rett hvorvidt retten til å samle kan forankres i sitatregelen i åvl. § 29 som oppstiller at det «er tillatt å sitere fra et offentliggjort verk i samsvar med god skikk og i den utstrekning formålet betinger». I juridisk teori stiller Birger Stuevold Lassen seg tvilende til om sampling vil kunne hjemles i sitatretten uten å krenke produsentens enerett. Det påpekes at «slik samplingbruk vil vel iallfall som regel ha lite å gjøre med det som sitatregelen er gitt med sikte på».²⁰¹ Rognstad sier riktignok om sampling at «[g]runnlag for bruken må etter dagens regler søkes i sitatretten i § 22 [nåværende § 29]», men sier videre at den «neppe åpner for særlig utstrakt bruk».²⁰² Den tilbakeholdenhet som fremgår av disse utsegnene kan også anses å være betegnende for vanskeligheten med å plassere sampling i regelverket.

Dersom man tar utgangspunkt i at et sentralt formål med sitatretten er «å sikre den alminnelige diskusjonsfrihet»²⁰³ kan det synes tvilsomt om sampling vil falle inn under bestemmelsen. Musikk kan riktignok være et kraftfullt verktøy i samfunnsdebatten, men det kan vel neppe påstås at den drivende kraften bak sampling i de fleste tilfeller er meningsutveksling og debatt. Sampling defineres jo først og fremst på bakgrunn av sin tekniske funksjon innenfor musikkproduksjon, ikke på bakgrunn av hvilke formål denne teknikken eventuelt benyttes til å fremme. Til dette kommer at en vesentlig del av den samplingen som foretas benytter instrumentale (deler av) fonogrammer, hvor slike siktemål gjerne vil være noe mindre tilgjengelige.²⁰⁴ Det kan dessuten, som det fremgår av spørsmålet referert til EU-domstolen, ofte være vanskelig å identifisere det samlede elementet i et gitt fonogram, noe som også vil komplisere en eventuell «diskusjon». Det vil med andre ord måtte bero på en konkret vurdering hvorvidt et gitt tilfelle av sampling potensielt vil kunne falle inn under en slik forståelse av sitatregelen. Og som det uttrykkes av Lassen og Rognstad synes dette kun helt unntaksvis å være tilfelle.

Rognstad uttrykker at dersom sitatbruken ikke er diskusjonspreget «...må utgangspunktet være at sitater skal være *helt korte*», og for musikkstaters del bør det kun tillates å benytte det som

²⁰⁰ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 16.

²⁰¹ Lassen (1999) s. 784.

²⁰² Rognstad (2009) s. 317.

²⁰³ Rognstad (2009) s. 242.

²⁰⁴ Det er ikke dermed sagt at det ikke kan ligge en betydelig kraft, så vel som sterke budskap, i instrumentalmusikk.

er nødvendig «for å lede tanken hen på et bestemt musikkstykke... Det bør ikke anses som lovlig stemningsskapende musikkstat å bruke så mye av verket at publikums stemningsopplevelse kommer som følge av den fremføring av verket som nå gis. Allerede selve formålet med såkalt sampling tilsier derfor at slik bruk sjelden kan hjemles i sitatretten».²⁰⁵ I slike tilfeller er det også nærliggende å tenke at bruken vil kunne representere en trussel mot produsentens økonomiske interesser,²⁰⁶ i det sitatbruken vil kunne tenkes å konkurrere med originalfonogrammet dersom det vekker den samme stemningsopplevelsen hos lytteren. Spørsmålet om stemningsskapende effekt og sitatets lengde kan dessuten fort føre til problematiske vurderinger, særlig ved bruk av looping. Da kan selv et meget kort sample inneha potensiale for stemningsskapende effekt, og spørsmålet kan stilles om den stemningsskapende effekten skal vurderes ut i fra lengden på det aktuelle utdraget isolert sett, eller slik det fremstår i en (repeterende) loop i sluttproduktet.

I henhold til Høyesterett er riktignok den hittil omtalte forståelsen av sitatrettens formål noe snever: «Formålet med sitatregelen er å sikre den alminnelige diskusjonsfrihet og meningsutveksling... Dette er utvilsomt riktig. Men sitater brukes også for å illustrere, utdype eller berike fremstillingen i et nytt verk».²⁰⁷ Legges en slik vid forståelse av sitatbegrepet til grunn kan det være mere nærliggende å innbefatte sampling. Særlig bruken av samples for å berike et verk kan synes beskrivende for praksisen.

Det konkrete spørsmålet i «Metall auf Metall» angår artikkel 5(3)(d) i Infosoc-direktivet. Formuleringen av bestemmelsen skiller seg noe fra åvl. § 29, men det fremgår at det kan gjøres unntak fra eneretten for de tilfeller der det siteres fra offentliggjorde verk såfremt det gjelder «formål som kritik eller anmeldelser». Generaladvokaten påpeker i sin anbefaling i «Metall auf Metall» at opplistingen av formål ikke er uttømmende, og innfortolker deretter en betingelse om at det må foreligge en form for «dialogue»²⁰⁸ eller «samspill»²⁰⁹ mellom sitatet og det verket som siteres. En slik tolkning av bestemmelsen synes å samsvare godt med en ordinær forståelse av begreper som diskusjon, debatt, kritikk, analyse, harselas og anmeldelser, det vil si de tradisjonelle arenaene for bruk av sitater.

Avledet av den første betingelsen hevder generaladvokaten at det foreligger nok en betingelse, at sitatet må være uendret og mulig å skjelne.²¹⁰ Han finner at sampling generelt, og det konkrete

²⁰⁵ Rognstad (2009) s. 248.

²⁰⁶ Prop 104 L (2016-2017) s. 130.

²⁰⁷ Rt. 2010 s. 366 (38).

²⁰⁸ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 64 - Engelsk versjon.

²⁰⁹ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 64 - Dansk (og svensk) versjon.

²¹⁰ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 65.

tilfellet i «Metall auf Metall», ikke oppfyller disse betingelsene.²¹¹ Dette fordi formålet med sampling ikke er å inngå i dialog eller samspill med det opprinnelige verket, men snarere å benytte utsnitt av andre fonogrammer som råmateriale til å skape nye verk hvor de samplede utdragene ikke lenger er gjenkjennelige, men inngår i en ny integrert helhet.²¹² Langt på vei må dette kunne sies å være beskrivende for bruken av samples. Unntak vil det derimot kunne tenkes, og et konkret eksempel som kan trekkes frem, hvor det nettopp foreligger en form for dialog eller samspill, er Kenny G / Louis Armstrong sin versjon av «What a Wonderful World» fra Kenny G sitt album «Classics in the Key of G» fra 1999. Her er store deler av originalinnspillingen av låten med Louis Armstrong sin fremføring hentet inn/samlet, og effekten er at Kenny G spiller en slags duett med den tidligere innspillingen. I slike tilfeller kan det imidlertid bli tale om å gå ut over den «utstrekning formålet betinger», eller stride med «god skikk», jf. åvl. § 29. Her vil det også åpenbart ligge en presumsjon for at den stemningsskapende effekten hos publikum fremkalles av (ny)fremføringen av originalfonogrammet.

Det kan riktignok stilles spørsmål ved om generaladvokat Szpunar går noe langt i å innfortolke konkrete betingelser i bestemmelsen. Basert på ordlyden kan det synes som om fortolkningen går noe utover det som følger av en normal språklig forståelse av bestemmelsen, selv om argumentasjonen er overbevisende. Det har også vært rettet en viss kritikk mot anbefalingen på dette punkt, for eksempel fra Jongsma som uttaler at «Such a restrictive interpretation of this ambiguous wording cannot be justified in light of the right to freedom of expression.»²¹³

Også European Copyright Society kommer med skarp kritikk av generaladvokatens tolkning av sitatregelen og uttaler at «This approach is recklessly conservative. In reality, the concept of «quotation for purposes such as criticism or review» is much more contested than the Advocate General suggests».²¹⁴

Problemet slik jeg ser det er at man ved en vurdering av hvorvidt sampling kan hjemles i sitatretten forsøker å forsone en aktivitet som defineres ved sin tekniske metode med en bestemmelse som vurderes etter sitt formål. Mitt syn på normal bruk av sampling i lys av sitatregelen er allikevel i det alt vesentlige sammenfallende med generaladvokatens, og konklusjonen blir dermed at en generell rett til å sample ikke kan hjemles i sitatregelen.

²¹¹ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 67.

²¹² Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 67.

²¹³ Jongsma (2019) s. 9.

²¹⁴ European Copyright Society (2019) introduction c).

3.4 Konklusjon

Konklusjonen blir etter dette at grunnrettighetene ikke utgjør en tilstrekkelig begrensning i produsentens enerett de lege lata, utover den begrensning som allerede er internalisert i opphavsretten. Jeg kan ikke se at det er grunnlag for å avvike fra det jeg anser som nokså klare rettskilder, selv om de oppstiller en meget omfattende enerett for produsenter. Eventuelle innskrenkninger i produsentvernet begrunnet i fundamentale rettigheter må etter min vurdering søkes gjennom lovutvikling.

Ovenstående fremstilling viser at heller ikke en mulig foreliggende «de minimis»-doktrine i tilstrekkelig grad vil kunne hjemle en samplingrett. Videre vil sitatregelens formål unndra sampling fra å kunne legitimeres på et slikt grunnlag.

4 Betraktninger de lege ferenda

I den senere tids debatt har det blitt foreslått flere ulike løsninger for å innføre unntak eller begrensninger i produsentvernet. Hver og en med fordeler og ulemper. Her skal det først gis noen korte kommentarer til enkelte av løsningsforslagene og deretter noen avsluttende betraktninger de lege ferenda.

Generaladvokat Szpunar hevder at en eventuell endring i produsentens enerett må komme fra lovgiverhold.²¹⁵ Andre har argumentert for at han undervurderer domstolens rettskapende virksomhet ved et slikt synspunkt.²¹⁶ En tenkelig løsning kunne være et nytt unntak under Infosoc-direktivets artikkel 5(3).²¹⁷ En åpenbar fordel med en slik metode er at den er enkel å forholde seg til for brukerne. Legalitetsprinsippet taler også for en klar og tilgjengelig lovtekst. Jf. også punkt 2.1.2 hvor det henvises til at et av formålene med den nye åndsverkloven har vært å gjøre den mere tilgjengelig for brukerne. Ulempen er blant annet at lovarbeid er tidkrevende, hvilket gjør seg særlig gjeldende på et rettsområde som stadig utfordres av ny teknologi, teknologi som kan ha gitt ytterligere rettslige utfordringer så fort den første er avklart.

Fra flere hold har det blitt argumentert for at opphavsretten er avhengig av fleksible regler, slik at det kan tas høyde for «...changing social expectations and unforeseen uses of protected forms».²¹⁸ European Copyright Society hevder at dersom “...the Advocate General’s Opinion were to be followed, much of the potential to develop such flexibility within Union copyright law would be drained from the system”.²¹⁹

²¹⁵ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 98.

²¹⁶ Jongmsa (2019) s. 17, “In my opinion, the AG strongly undervalues the law creating function of the CJEU”.

²¹⁷ Eventuelt en reformulering av artikkel 5(3)(o) hvor den ikke lenger kun gjelder for «analoge anvendelser».

²¹⁸ European Copyright Society (2019) Introduction punkt e). Se for eksempel også Jütte (2017) s. 793.

²¹⁹ European Copyright Society (2019) Introduction punkt e).

En utvidende tolkning av unntaksbestemmelsene i lovverket, mest nærliggende er nok Infosoc-direktivets artikkel 5(3)(d) om sitater, ville kunne gi bidra til å gi systemet denne fleksibiliteten. På den annen side ville det etter min mening være å gå vel langt i forhold til bestemmelsens ordlyd og forståelsen av sitatbegrepet.

En tredje mulighet er å åpne opp for at grunnrettighetene i større grad kan komme inn som en ekstern begrensning av opphavsretten.²²⁰ Dette vil kunne gi økt fleksibilitet, men vil samtidig kunne føre til redusert forutsigbarhet med hensyn til rettstilstanden. Samtidig vil opphavsretten kunne fratras noe av sin selvstendighet og autonomi dersom man ikke lenger kan sette sin lit til at de relevante grunnrettigheter er hensyntatt og allerede «internalisert» i lovverket.²²¹

Et fjerde alternativ er å innføre unntak for «de minimis»-bruk. Ulempen med en slik løsning er at det er grunn til å tro at den vil by på store vanskeligheter i praksis.²²² I tillegg vil det være problematisk å utforme en lovregel som gir et ønsket resultat. Dersom det for eksempel settes en kvantitativ grense for lydopptakets lengde, selv en meget kort grense, vil det for enkelte fonogrammer kunne innebære at de mest sentrale og gjenkjennbare elementene ved lydopptaket kan benyttes fritt.²²³ Det er også tenkelig at kvantitative begrensninger ville kunne styre musikkutviklingen på en uheldig måte. En kvalitativ grense ville på den annen side lett kunne føre til problematiske skjønnsmessige vurderinger og potensielt flere tvister. Det gjennomgående målet om harmonisering innenfor opphavsretten ville også kunne stå i fare dersom krevende vurderinger skulle føre til ulike resultater i ulike land.²²⁴

Det er et bærende prinsipp i opphavsretten at den skal stimulere til et rikt kulturliv.²²⁵ Det ønskede regelverk må derfor i størst mulig grad oppstille rammer som muliggjør dette. Det er ikke tvil om at produsentvernet slik det står i dag utgjør en viss hindring for en type kulturproduksjon. Muligheten til å selv spille inn et tilsvarende fonogram for bruk i sampling vil alltid være til stede. Men dersom muligheten til å benytte et eksisterende lydopptak (uten avtale) ikke foreligger, vil man være et alternativ fattigere i kunstproduksjonen. Til dette kommer at det ikke er alle fonogrammer som lar seg reproducere, i hvert fall ikke uten betydelig innsats og investering. Eksempelvis der en elektronika-utøver ønsker å benytte et par sekunder av en symfonisk

²²⁰ Jf. Geiger/Izyumenko (2018) s. 1.

²²¹ Jf. punkt 2.2, samt Rognstad (2009) s. 69.

²²² Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 32.

²²³ Et eksempel kan være låten «Relax» av Frankie Goes to Hollywood. Ved en tenkt kvantitativ grense for lyduttakets lengde på cirka 2 sekunder ville man fritt kunne sample vokallinjen «relax, don't do it».

²²⁴ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 32.

²²⁵ Jf. for eksempel åvl. § 1.

innspilling som harmonisk underlag i et nytt verk vil det være svært krevende å gjenskape noe likeverdig på egenhånd.

Det har tidligere blitt vist til at musikkbransjen er inne i store endringer.²²⁶ Særlig utviklingen i retning av at artistene og komponistene i stadig større grad selv er produsenter etter § 20, samt at kostnadene for innspillinger ofte er vesentlig lavere enn tidligere er sentrale punkter.²²⁷ Denne utviklingen utfordrer selve fundamentet som lovverket om produsenters enerett er bygget på. Forutsetningen om at det ligger en «meget betydelig» investering bak fonogrammet,²²⁸ samt den tradisjonelle oppfatningen av at denne investeringen gjerne er finansiert av et plateselskap,²²⁹ hviler etter hvert på gyngende grunn.

Til dette kommer også at for flere av dagens artister og komponister, på bakgrunn av den teknologiske utviklingen, er produksjonen og innspillingen av lydopptaket en integrert del av selve skapelsesprosessen.²³⁰ I økende grad sitter altså aktørene på begge sider av bordet. Et skarpt skille mellom rettigheter knyttet til åndsverk og rettigheter knyttet til fonogrammer kan dermed synes å bli mindre relevant i tråd med utviklingen i musikkbransjen. Generaladvokaten i EU er også inne på dette i sin anbefaling i «Metall auf Metall».²³¹

Etter min mening er det dermed nødvendig med en reform av lovverket knyttet til fonogramrettigheter dersom lovverket skal representere den faktiske situasjonen og således legge de relevante forutsetningene til grunn. Som det også fremgår av fortalen til Infosoc-direktivet:

“De i medlemsstaterne gældende undtagelser og indskrænkninger til rettighederne må nyvurderes på baggrund af den nye elektroniske udvikling.”²³²

Problemet slik jeg ser det er at man nå står midt i denne utviklingen og det er uvisst hvilke konkrete resultater denne prosessen vil gi fremover, blant annet i lys av den teknologiske utvikling. Det kan dermed argumenteres for at en grundigere reform bør vente, og at det inntil videre heller bør søkes løsninger som kan fungere som en «ventil» for å unngå støtende resultater, for eksempel i et tilfelle som C-476/17 «Metall auf Metall». Dette kunne gjennomføres

²²⁶ Jf. Centre for Creative Industries (2019) «Hva nå – Digitaliseringens innvirkning på norsk musikkbransje».

²²⁷ Jf. punkt 2.1.5.2.

²²⁸ Jf. fortalen til Infosoc-direktivet avsnitt (10).

²²⁹ Rognstad (2009) s. 316.

²³⁰ Jf. tidligere nevnte «Digital Audio Workstations» (DAW).

²³¹ Generaladvokatens anbefaling i «Metall auf Metall» avsnitt 84-85.

²³² Jf. fortalen til Infosoc-direktivet avsnitt (31).

eksempelvis gjennom et tillegg til de eksisterende unntaksbestemmelsene, og ville gi systemet den ønskede fleksibilitet inntil videre.

En konsekvens av oppgavens konklusjon er at produsenters enerett i enkelte tilfeller vil strekke seg lengre enn opphavsretten til åndsverk. Det følger som tidligere nevnt av blant annet «Infopaq»-dommen at også deler av et verk må oppfylle originalitetskravet for å nyte opphavsrettslig vern.²³³ Etter min forståelse av rettskildene er produsentvernet slik det står i dag absolutt. Dette er en uheldig situasjon etter min vurdering, der kreativitet og skaperkraft har svakere rettslig beskyttelse enn det som tradisjonelt er ansett som et investeringsvern.

European Copyright Society beskriver et slikt produsentvern som «...a monstrous IP right, unlimited in its subject matter».²³⁴

Det viktigste ut i fra et bredere samfunnsperspektiv slik jeg ser det, er at det legges til rette for kunstnerisk utfoldelse i størst mulig grad. Og har man et frodig kulturlandskap for øyet, er man ikke tjent med et absolutt, monstrøst produsentvern.

Debatten som sampling har reist i den senere tid vitner ikke bare om at denne delen av kulturlivet evner å engasjere, men den vitner også om at det er en uforløst spenning i regelverket. På mange måter er situasjonen symptomatisk for opphavsretten i 2019, hvor den teknologiske utviklingen utfordrer gjeldende rett på flere fronter.²³⁵ Undertegnede venter i spenning på EU-domstolens avgjørelser.

²³³ Jf. C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening ECLI:EU:C2009:465.

²³⁴ European Copyright Society (2019) Introduction a).

²³⁵ Se for eksempel «Ophavsretten i krise», Morten Rosenmeier & Stina Teilmann-Lock (2011).

Litteraturliste

Juridisk litteratur/artikler/anbefalinger

- Apel (2010) Apel, Simon, Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films (USA), Metall auf Metall (Germany) and Digital Sound Sampling – “Bright Line Rules”?, Zeitschrift für Geistiges Eigentum / Intellectual Property Journal, Volume 2, Number 3, November 2010, pp. 331-350.
- Bruun Andersen (2018) Bruun Andersen, Pernille, Ophavsret & ytringsfrihet, København, 2018.
- Bårdsen (2015) Bårdsen, Arnfinn, Den internasjonale rettens innflytelse i Norge, Foredrag på «åpen dag» 1. juli 2015 i anledning Norges Høyesteretts 200-års jubileum. [Sitert fra lovdata.no].
- Duhanic (2016) Duhanic, Ines, Copy this sound! The cultural importance of sampling for hip hop music in copyright law – a copyright analysis of the sampling decision of the German Federal Constitutional Court. Journal of Intellectual Property Law & Practice, Volume 11, Issue 12, December 2016, Pages 932–945. <https://academic.oup.com/jiplp/article-abstract/11/12/932/2593607> [Sitert 05.02.219].
- Eidsvold-Tøien (2016) Eidsvold-Tøien, Irina, Skapende, utøvende kunstnere, Beskyttelsen av utøvende kunstners prestasjoner etter norsk rett, Oslo, Universitetsforlaget, 2016.
- European Copyright Society (2019) European Copyright Society, Opinion on Reference to CJEU in case C-476/17, Pelham GmbH v Hütter (‘Metall auf Metall’). https://european-copyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2019/02/ecs-opinion-metall-auf-metall_final_rev.pdf [Sitert 04.02.2019].

- Evans (2011) Evans, Tonya M., Sampling, Looping, and Mashing ... Oh My! How Hip Hop Music is Scratching More Than The Surface of Copyright Law, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, Summer, 2011, vol.21(4), p.843-904.
- Geiger/Izyumenko (2018) Geiger, Christophe, Elena Izyumenko, Freedom of Expression as an External Limitation to Copyright Law in the EU: The Advocate General of the CJEU Shows the Way, Center for international intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper No. 2018-12. Tilgjengelig på <https://ssrn.com/abstract=3293735> [Sitert 05.02.2019].
- Jongsma Jongsma, Daniël, AG Szpunar on copyright's relation to fundamental rights: one step forward and two steps back?, 1/2019, publisert på iprinfo.fi, 25.02.2019. Tilgjengelig på <https://iprinfo.fi/artikkeli/ag-szpunar-on-copyrights-relation-to-fundamental-rights-one-step-forward-and-two-steps-back/> [Sitert 27.02.2019].
- Jütte (2017) Jütte, Bernd Justin, Henrike Maier, A human right to sample – will the CJEU dance to the BHG-beat? Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2017, Vol. 12, No. 9, p.784-796. <https://academic-oup-com.ezproxy.uio.no/jiplp/article/12/9/784/3866783> [Sitert 05.02.2019].
- Koktvedgaard (2005) Koktvedgaard, Mogens, Lærebog i Immaterialret, 7. udgave ved Jens Schovsbo, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005.
- Lassen (1999) Lassen, Birger Stuevold, Retten til å sitere musikkverk, i Festskrift til Gunnar Karnell 1999, s. 773-784.[Sitert fra lovdata.no 03.02.2019].

- Latham (2003) Latham, Susan J., Newton v. Diamond: Measuring the Legitimacy of Unauthorized Compositional Sampling— A Clue Illuminated and Obscured, *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, Volume 26, Number 1, p. 119-153. https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1753&context=hastings_comm_ent_law_journal [Sitert 17.04.2019].
- Linkis (2017) Linkis, Jacob, *Dansk ophavsrets fleksibilitet – En retsdogmatisk analyse af ophavsretslovens fortolkningsmæssige grænser*, 1. udgave, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017.
- Rendas (2018) Rendas, Tito, Spiegel Online: Do copyright exceptions and fundamental rights make easy bedfellows? *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Volume 13, Issue 1, January 2018, Pages 10–12. <https://academic.oup.com/jiplp/article-abstract/13/1/10/4675871> [Sitert 16.04.2019].
- Rognstad (2009) Rognstad, Ole-Andreas. *Opphavsrett*, Oslo, Universitetsforlaget, 2009.
- Rognstad (2018) Rognstad, Ole-Andreas, *Forelesninger H-18, Foiler fra forelesninger i JUS5810 Opphavsrett Høsten 2018*, publisert i Canvas, 2018.
- Rosenmeier (2011) Rosenmeier, Morten, Stina Teilmann-Lock, *Opphavsretten i krise*, 1. udgave, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011.
- Schovsbo (2015) Schovsbo, Jens, Morten Rosenmeier, Clement Salung Petersen, *Immaterielret*, 4. udgave, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015.

Schønning (2011) Schønning, Peter, Ophavsretsloven med kommentarer, 5. utgave, København, 2011.

Sejersted (2004) Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn, Olav Kolstad, EØS-rett, 2. utgave, Oslo, Universitetsforlaget, 2004.

Rapporter

Centre for Creative Industries (2019) Centre for Creative Industries ved Handelshøyskolen BI (BI:CCI), Rapport nr. 1 2019, Hva nå – Digitaliseringens innvirkning på norsk musikkbransje. Tilgjengelig på <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/hva-na---digitaliseringens-innvirkning-pa-norsk-musikkbransje/id2627950/> [Sisert 28.03.2019].

Norske rettskilder

Lover

1814 LOV-1814-05-17, Kongeriket Norges Grunnlov

1992 LOV-1992-11-27-109, Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

1999 LOV-1999-05-21-30, Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

2018 LOV-2018-06-15-40, Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven).

Forarbeider

Ot. prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk.
Ot. prp. nr. 15 (1994-1995) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.
Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.
Prop. 104 L (2016-2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven)

Rettspraksis

Rt. 2010 s. 366 (Mauseth)

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

TBERG-2012-86032-2 (Røyksopp)

Internasjonale rettskilder

Traktater/direktiver/internasjonale avtaler

Bernkonvensjonen	Bern-konvensjonen til beskyttelse av litterære og kunstneriske verk, Bern, 9. september 1886.
Verdenserklæringen om menneskerettigheter	Verdenserklæringen om menneskerettigheter, Universal Declaration of Human Rights (UDHR), 10. desember 1948.
EMK	Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950.
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Oporto, 2. mai 1992.
Direktiv 96/9/EF	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/9/EF af. 11. mars 1996 om retlig beskyttelse af databaser, (databasedirektivet).
WIPO Copyright Treaty (WCT)	WIPO Copyright Treaty (WCT) (adopted in Geneva on December 20, 1996).
WIPO Performance and Phonograms Treaty (WPPT)	WIPO Performance and Phonograms Treaty (WPPT) (adopted in Geneva on December 20, 1996).
Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR)	Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter, 2000/C 364/01, Nice, 7. desember 2000, (CFR).

Direktiv 2001/29/EF Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, (Infosoc-direktivet).

Direktiv 2006/115/EF Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlæjnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret, (utleie- og udlånsdirektivet).

Rettspraksis

Den Europæiske menneskerettighedsdomstol/EMD

Ashby Donald and Others v. France

36769/08, 10. Januar 2013,

CE:ECHR:2013:0110JUD003676908

Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden

40397/12, 19. Februar 2013

“Pirate Bay”

CE:ECHR:2013:0219DEC004039712

EU-domstolen

C-203/02 The British Horseracing Board Ltd

ECLI:EU:C:2004:695

And Others v William Hill Organization Ltd

C-306/05 Sociedad General de Autores y

ECLI:EU:C:2006:764

Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA

(«Rafael Hoteles»)

C-275/06 Productores de Música de España

ECLI:EU:C:2008:54

(Promusicae) v Telefónica de España SAU

(“Promusicae”)

C-5/08 Infopaq International A/S v

ECLI:EU:C:2009:465

Danske Dagblades Forening

(“Infopaq”)

C-70/10 Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) (“Scarlet Extended”)	ECLI:EU:C:2011:771
C-145/10 Eva-Maria Painer (“Painer”)	ECLI:EU:C:2011:798
C-201/13 Johan Deckmyn, Vrijheidsfonds VZW v Helena Vandersteen (“Deckmyn”)	ECLI:EU:C:2014:2132
Anbefalinger fra Generaladvokaten Opinion of Advocate General Szpunar Case C-476/17 Pelham GmbH, Moses Pelham, Martin Haas v Ralf Hütter, Florian Schneider-Esleben (“Metall auf Metall”)	ECLI:EU:C:2018:1002
Opinion of Advocate General Szpunar Case C-469/17 Funke Medien NRW GmbH v Federal Republic of Germany (“Afghanistan Papers”)	ECLI:EU:C:2018:870
Förslag till avgörande av generaladvokat Maciej Szpunar Mål C-516/17 Spiegel Online GmbH mot Volker Beck (“Spiegel Online”)	ECLI:EU:C:2019:16
FN General Comment	E/C.12/GC/17, General Comment No. 17 (2005), tilgjengelig på https://undocs.org/E/C.12/GC/17

Utenlandske rettskilder

Rettspraksis

Danmark

BS 26B-716/2009

Københavns Byrets dom af 26. september 2011, (Les Djinns), sitert fra [http://www.meistrup.com/pdf/0100_001\(dom_le_sdjinn\).pdf](http://www.meistrup.com/pdf/0100_001(dom_le_sdjinn).pdf) (sitert 04.04.2019).

Tyskland

I ZR 112/06

(«Metall auf Metall I»)

Bundesgerichtshof, 20. november 2008, tilgjengelig på <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=14cb1e03ccd140c8cbd66bf65e53421&nr=46823&pos=0&anz=2> (sitert 18.04.2019). Engelsk oversettelse publisert i 56 Journal of the Copyright Society of the USA p. 1017.

I ZR 182/11

(«Metall auf Metall II»)

Bundesgerichtshof, 13. desember 2012, tilgjengelig på <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=64004&pos=0&anz=1> (sitert 18.04.2019).

1 BvR 1585/13

Bundesverfassungsgericht, 31. mai 2016, ECLI:DE:BVfG:2016:rs20160531.1bvr158513 engelsk oversettelse tilgjengelig på https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/2016/05/rs20160531_1bvr158513en.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (sitert 16.04.2019).

USA

Harper & Row v. Nation Enterprises

471 U.S. 539 (1985) Tilgjengelig på <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/471/539/> (Sitert 11.04.2019).

Bridgeport Music. Inc. v. Dimension
Films

03-06-2005, 410 F.3d 792 (6th Cir. 2005),
Tilgjengelig på <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/2005%20Bridgeport%20Ab-ridged.pdf> (Sitert 10.04.2019).

VMG Salsoul, LLC v. Ciccone

02-06-2016, Court of Appeals, Ninth Circuit,
tilgjengelig på <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/13-57104/13-57104-2016-06-02.html> (Sitert 10.04.2019).

Lover

Tyskland

1949

23-05-1949, Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland (GG), Sitert fra <https://www.gesetze-im-internet.de/>, engelsk oversettelse sitert fra https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0017

1965

09-09-1965, Gesetz über Urheberrecht und ver-
wandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz),
(UrhG), Sitert fra <https://www.gesetze-im-internet.de/>, engelsk oversettelse sitert fra https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.html.

Oppslagsverk

Nagelhus (2008)

Nagelhus, Lorentz Aage, Den store musikkord-
boka, Oslo, Norsk Musikforlag A/S, 2008.

Nettsteder og avisartikler

www.orchestraltools.com

<https://creokultur.no/lonn-og-arbeidsvilkar/naeringsdrivende/> [Sitert 15.04.2019]

<https://www.independent.co.uk/arts-entertainment/music/news/hip-hop-is-the-most-listened-to-genre-in-the-world-according-to-spotify-analysis-of-20-billion-10388091.html>[Sitert 17.04.2019]