

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Sampling av musikk

En undersøkelse av gjeldende rett post-*Pelham*

Kandidatnummer: 717

Leveringsfrist: 18. mai 2021 kl. 12:00

Antall ord: 17802



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	”Sampling” .....	1
1.3	Aktualitet .....	4
1.4	Veien videre.....	5
<b>2</b>	<b>OPPHAVSRETTENS KRYSSSENDE HENSYN .....</b>	<b>6</b>
<b>3</b>	<b>MUSIKKRETTIGHETENE OG FORHOLDET TIL SAMPLING .....</b>	<b>6</b>
3.1	Innledning.....	6
3.2	Opphaver - <i>komponisten</i> .....	7
3.2.1	Innledning .....	7
3.2.2	Åndsverk .....	8
3.2.3	Musikkverk .....	10
3.2.4	Krenkelsesvurderingen.....	11
3.3	Produsenten – <i>plateselskapet</i> .....	15
3.3.1	Innledning .....	15
3.3.2	<i>Produsent</i> .....	16
3.3.3	<i>Lydopptak</i> .....	17
3.3.4	<i>Enerett til å råde over opptaket</i> .....	17
3.4	Utøvende kunstner - <i>musikeren</i> .....	19
3.4.1	Om begrepet <i>utøvende kunstner</i> .....	19
3.4.2	Om den kunstneriske prestasjon.....	19
3.4.3	Om vilkåret <i>verk</i> .....	20
3.4.4	Om utøvende kunstners rådighetsrett .....	20
3.4.5	Vernets rekkevidde.....	21
<b>4</b>	<b>INTRODUKSJON AV EN NY VURDERINGSNORM: ”MODIFIED AND UNRECOGNISABLE TO THE EAR” .....</b>	<b>22</b>
4.1	Bakgrunn .....	22
4.2	Implementeringen.....	23
4.2.1	Generelt .....	23
4.2.2	”Recognisable to the ear” .....	23
4.2.3	Implementering i den tyske domstolen .....	25
4.2.4	<i>Pelham</i> -formuleringen anvendt i norske domstoler .....	26
4.2.5	Et krav om modifikasjon? .....	26

4.3	Hva med resten? .....	26
4.3.1	Innledning .....	26
4.3.2	Artisten .....	27
4.3.3	Komponisten .....	28
<b>5</b>	<b>ALTERNATIVE HJEMMELSGRUNNLAG.....</b>	<b>30</b>
5.1	De minims-prinsipp som hjemmelsgrunnlag.....	30
5.2	Sitatretten som hjemmelsgrunnlag .....	34
5.3	Om en analogisk anvendelse av åvl § 6.....	38
<b>6</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>42</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Denne oppgaven vil utforske gjeldende rett i forhold til sampling av musikk, tolket i lys av EU-domstolens avgjørelse i *Metall-auf-Metall-saken (Pelham)*.<sup>1</sup> Det gjennomgående temaet vil være hvor grensene går for lovlig sampling.

Rettsstilstanden rundt sampling må fortsatt sies å være ubesvart i norsk rett og rettspraksis på området er sparsommelig. Med *Pelham*-dommen uttaler EU-domstolen seg for første gang konkret om sampling. Dommen vil derfor være et naturlig utgangspunkt for analyse. Før det, vil jeg drøfte spørsmålet opp mot det norske regelverket i et forsøk på å redegjøre for hvordan lovligheten av sampling vurderes etter nasjonal rett.

Spørsmål om sampling av musikk kan være sammensatt i at det potensielt berører flere rettigheter. For å kunne si noe om hvor grensene for sampling går, vil jeg undersøke hvilken konsekvens dommen får for ulike typer rettigheter som kan knyttes til et bestemt sample. *Pelham*-dommen dreier seg i all hovedsak om produsentvernet og det vil derfor være naturlig å se på implikasjonene dommen får for produsenter. Dette medfører derfor naturligvis også at det er mer å si om akkurat dette temaet. Spørsmålet om sampling påvirker imidlertid ikke bare tilvirkere av musikk og jeg ser det derfor som hensiktsmessig å utvide problemstillingen noe. Der det er mulig har jeg derfor valgt å undersøke gjeldende rett og konsekvensene *Pelham*-dommen får for opphavere og utøvende kunstnere, i tillegg til produsenter.

Dommen, som jeg kommer tilbake til, er avsagt, og dens konklusjoner må naturligvis legges til grunn i lignende spørsmål framover. Enkelte av dommens premisser gir imidlertid et godt fundament for videre drøftelser. Spesielt gjelder dette spørsmål om unntak og begrensninger for de ulike vern.

## 1.2 ”Sampling”

”Sampling betegner prosessen med å gjøre et digitalt lydopptak, gjerne av relativt kort varighet, til det formål å kunne anvende opptaket i en ny musikals kontekst. Begrepet har sin opprinnelse i det tekniske begrepet for å digitalisere analoge lydsignal ved å gjøre periodiske målinger, eller samplinger, av signalet. Etter at en lyd er tatt opp eller *samplet*, kan lydopptaket manipuleres på ulike måter for å passe inn i den nye musikalske konteksten, for eksempel ved å avspille det i forskjellige transposisjoner, gjenta hele eller deler av det eller anvende andre digitale signalprosesserings-teknikker på lydopptaket.”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Case C-476/17 GC *Pelham GmbH v Ralf Hütter*

<sup>2</sup> Bergsland (2018)

Sitatet er hentet fra Store Norske Leksikon og er gjengitt i sin helhet. Jeg valgte å innta definisjonen da jeg syntes at den på en kortfattet, men presis måte fanget opp essensen av hva sampling er. Premisset for denne problemstillingen er at brukeren tar utgangspunkt i noe andre har gjort, og bruker dette i egen kontekst. Det var også dette som ble gjort i *Pelham*-saken. I generaladvokatens (heretter GA) forslag til uttalelse ble sampling definert på følgende måte:

”Sampling er en teknikk som består i at det ved hjelp av elektronisk utstyr fra et fonogram, tas utdrag (*samples* eller prøver – derav navnet på teknikken), med henblikk på å anvende dette utdraget som en del av en ny musikkkomposisjon i et annet fonogram. Det eller de utdrag blir ved den nye anvendelsen ofte mikset, endret eller gjentatt i ”loops”<sup>3</sup> på en mer eller mindre gjenkjennelig måte i det nye verket. Det kan være tale om utdrag av variert lengde på alt fra under et sekund til opptil flere dusin sekunder. *Sampling* er således et mangesidet fenomen som det er vanskelig å foreta en rettslig kvalifisering av.”<sup>4</sup>

Sistnevnte var altså definisjonen som ble lagt til grunn for saken. Uansett hvordan man velger å definere prosessen er det for dette formål viktig å ha med seg at det som samples tas fra et stykke musikk med den hensikt å bruke det i et annet. Samplingen kan komme fra alle kilder - problemet oppstår først ved bruken.

For mange vil samplings opphav forbindes med hip-hop musikk. Fenomenet må imidlertid sies å stamme fra langt før hip-hopens tid. Det å låne, ta eller hete inspirasjon fra eksisterende musikk er trolig like gammelt som musikken selv - langt før teknologi kunne støtte bearbeiding av lydsekvenser. Hip-hop produsenter er utvilsomt pionerer i teknikken, og populariserte bruken av såkalte digitale samplere, som laget lyder digitalt basert på innhentede samples. Tidlig på 60-tallet, før hip-hopen offisielt var oppfunnet og før bruken av digitale opptaksmaskiner, ble imidlertid Mellotronen tatt i bruk. Mellotronen, som regnes som en tidlig forløper til sampleren, er et elektrisk tangentinstrument som spilte av analoge samples. Blant de første til å ta i bruk Mellotronen med den hensikt å sample var The Beatles, som i 1968 laget ”Revolution 9” – en åtte-minutter lang lydcollage som blant annet inkluderte samples fra klassisk musikk. Analog sampling med instrumentet ble etterhvert nedprioritert til fordel for digitale samplers, som var både billigere og mer praktiske.

Samplings innflytelse på det moderne musikalske landskapet er udiskutabelt stor. At denne måten å lage musikk på ikke nødvendigvis er en del av allmenn musikkunnskap tyder kanskje

---

<sup>3</sup> Fra musikkpedagogikk.no, av Skjørten (ukjent årstall): ”Brukes gjerne om korte lydfiler som kan spilles igjen og igjen. Det er ofte opptak, eller samples, av f.eks. en bassfigur som kan spilles flere ganger etter hverandre for å få det til å høres ut som en lengre linje.”

<sup>4</sup> Forslag til avgjørelse fra generaladvokat M. Szpunar, levert 12. Desember 2018, dansk utgave fra 14.04.19 (min oversettelse). Avsnitt 1

på at det er noe man tar for gitt. Da sampling tok sin moderne form på 70-tallet var det av de store plateselskapene ansett som et mer abstrakt konsept, og oppfatningen var stort sett at man ved å sample, stjal fra andre. For den ubemidlede hip-hop produsent, med ambisjoner om å kopiere storheter som Grandmaster Flash, ble sampling en rask, og viktigst av alt, billig, måte å lage fengende låter.<sup>5</sup>

Spesielt innenfor Hip-hopen ble bruken den nye standarden når det kom til å lage ny musikk. ”No sampling, no Hip Hop”, som Duhanic uttaler det.<sup>6</sup> Mentaliteten var at man brukte det man ville og tok konsekvensen av det senere. Dette medførte til at en rekke artister ble saksøkt for uautorisert bruk av andres musikk, da spesielt i USA, som var sjangerens vugge. Søksmålene har fortsatt frem til den dag i dag og øker stadig i omfang. Fra å stort sett være forbundet med urban musikk, har sampling etterhvert utviklet seg til en kunstform som anvendes på tvers av sjangergrensene.

Omverdenens syn på sampling vil variere alt etter hvilket perspektiv man inntar. Stjeler man musikken man bruker eller inspireres man til å låne fra noen for å skape noe annet? Brukere vil trolig hevde det siste, mens rettighetshaverne som blir samplet vil kunne føle på eierskap og krav på eventuell fortjeneste ved bruk av ens musikk. Et av de mest kjente eksemplene på sampling er ”the four-bar drum break” fra Gregory Colemans *Amen, Brother* fra 1969, som lenge etter sitt opphav kom til å bli samplet av artister som Salt-N-Pepa, N.W.A og Oasis. Tromme-breaket står i dag som et av tidenes mest samplede stykker musikk. Et problem med bruken, alt etter hvilken tilnærming man har til spørsmålet, er at opphaveren aldri mottok et honorar fra noen av de som anvendte samplet i egen musikk. Der mange av artistene tjente store penger på bakgrunn av Colemans verk, endte Coleman opp med å dø uten penger og tak over hodet.<sup>7</sup>

Eksempelen tilhører ekstremtilfellene og illustrerer ytterste konsekvens av å tillate fri bruk av andres materiale. Poenget er imidlertid viktig å få fram, og støtter opp om et argument for streng praktisering av musikkrettigheter. Spørsmålet er imidlertid når en slik praksis skal regnes som for streng. Bør den være absolutt, med den konsekvens at den virker kvelende for kreativiteten, eller bør det gis et større rom for kreativ utfoldelse. Temaet er gjennomgående i oppgaven, og vil berøres gjennom de ulike drøftelsene i det videre.

---

<sup>5</sup> Needham (2019)

<sup>6</sup> Duhanic (2016) s. 934

<sup>7</sup> Bosner (2021)

### 1.3 Aktualitet

Digitalisering påvirker musikkbransjen på mange måter. I stor grad gjelder dette også hvordan musikk lages. Moderne teknologi har ført til fremveksten av ”soveromsprodusenter”, hvor ny musikk gjerne skapes hjemme ved enkle tastetrykk gjennom rimelig produksjonsutstyr. Mulighetene i dagens musikkproduksjon stopper først ved ens egen kreativitet. Denne utviklingen har også påvirket måten musikk samples på. Tilgjengeligheten på samplingverktøy er større enn noen gang og konsekvensen er at sampling som en måte å lage musikk, har økt i omfang. I takt med denne økningen har det vært skjedd en sterkere bevisstliggjøring rundt rettigheter tilknyttet musikken. De rettslige spørsmålene som reises ved sampling er komplekse. Utgangspunktet er imidlertid klart. Den som skaper noe har rådighetsretten over det som skapes. Til tross for dette nokså tydelige utgangspunktet er mange av den oppfatningen at siden man lager noe nytt ved å bruke noe gammelt, så burde det finnes unntak for slik bruk.

Felles for mange av søksmålene som omhandler sampling er lang varighet. En del av grunnen at endelige avgjørelser om sampling trekker ut, skyldes gråsonespørsmål som ikke lett lar seg avgjøre med to streker under svaret. Å fastsette lovligheten av sampling dreier seg i stor grad om å trekke grensene for hva, om noe, som skal være akseptabel bruk, og å få klarhet i om eventuelle unntak kan trumfe eneretten. Ofte blir dette et spørsmål om å avveie mer tradisjonelle rettigheter opp mot grunnleggende rettigheter som for eksempel ytringsfriheten og kunstnerisk frihet.

Det som gjør sampling særlig dagsaktuelt, og som er med på å danne grunnlaget for denne oppgaven er *Pelham*-saken, som ble nevnt innledningsvis. Saken har sin bakgrunn i en langvarig kontrovers som gjaldt sampling av en to-sekunders lydsekvens fra elektronikabandet Kraftwerk sin låt ”Metall auf Metall”. Bandets medlemmer, Ralf Hütter og Florian Schneider-Esleben, hevdet at musikkprodusenten Moses Pelham hadde krenket deres produsentrettigheter ved å sample lydopptaket og innarbeide den samlede lydsekvensen i låten ”Nur Mir”, som han produserte for den tyske sangerinnen Sabrina Setlur. Hütter og Schneider-Esleben saksøkte Pelhams selskap Pelham GmbH for bruken.

Før den havnet i EU-domstolen var saken gjenstand for mangeårig behandling i tyske rettssystemet. Den tyske høyesterett (Bundesgerichtshof, heretter kalt BGH) fastslo at samplingen var en krenkelse, før den tyske forfatningsdomstolen opphevet dommen med den begrunnelse at produsentretten ville stride med retten til kunstnerisk frihet i den tyske Grunnloven.<sup>8</sup> Saken ble så sendt tilbake til BGH, som besluttet å henvende seg til EU-domstolen for veiledning, for å sørge for at tysk rett samsvarte med de relevante reguleringer i

---

<sup>8</sup> Sak 1 BvR 1585/13, IIC 2017 s. 317 (engelsk oversettelse) avsnitt 107

EU-direktivene.<sup>9</sup> I alt ble EU-domstolen forelagt seks spørsmål som direkte eller indirekte knyttet seg til løsningen av samplingsspørsmålet. Generaladvokatens (heretter GA) forslag til uttalelse, som jeg også vil komme tilbake til, innebar en stringent tolkning av EU-regelverket med lite rom for dynamisk tolkning. Hans konklusjon var i grove trekk et absolutt vern hvor selv den minste bruk av samples strider mot produsentrettighetene. Dette bildet ble så betydelig nyansert av EU-domstolen, noe jeg kommer tilbake til fortløpende i løpet av oppgaven.

Sampling som en måte å lage musikk på blir stadig mer vanlig mye takket være moderne produksjonsutstyr har gjort det lettere å sample. Samtidig har vi fått en økt oppmerksomhet rundt rettigheter knyttet til det som samples. I krysningen kan det fort oppstå konflikt. Behovet for rettslig avklaring på området er avgjørende for å sikre forutsigbarhet og *Pelham*-dommen vil derfor være svært betydningsfull i europeisk sammenheng.

*Pelham*-dommen ble avsagt i 2019 og BGH har siden avsigelsen på ny tatt stilling til spørsmålet. Praksis fra EU- domstolen har stor betydning for norsk rett og domstolens konklusjoner vil komme til å gjelde også her. Det forutsettes at EU- og EØS-retten er kjent for leseren og det vil føre for langt å gå inn på forholdet mellom disse domstolene og norske domstoler. Det viktigste å ha med seg er at opphavsretten og følgelig åndsverkloven er i stadig endring, og at mye av årsaken til lovens dynamiske karakter skyldes internasjonale avtaler som har stor innflytelse på norsk opphavsrett. Sammen med rettspraksis fra EU- og EØS-domstolen får en rekke direktiv betydning for norsk rett. Disse direktivene er enten innlemmet, eller forventes å bli, innlemmet i EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett. Sentralt i opphavsretten og for denne oppgaven er opphavsrettsdirektivet, også kalt ”Infosoc-direktivet”.<sup>10</sup> Direktivet var sentralt for spørsmålene som ble forelagt og konklusjonene EU-domstolen kom til i *Pelham*, og vil være grunnleggende for de videre drøftelsene i denne oppgaven.

#### **1.4 Veien videre**

Slik oppgaven er bygget opp redegjør jeg kort for de kryssende hensyn som driver opphavsretten og som viser seg sentrale for denne oppgavens problemstilling (punkt 2). Deretter vil jeg se nærmere på et utvalg musikkrettigheter og redegjøre for hvordan norsk rett regulerer konflikten som oppstår ved uautorisert bruk av samples knyttet til disse rettighetene (punkt 3). I oppgavens hoveddel vil *Pelham*-dommen danne grunnlaget for analyse og videre drøftelser. Jeg vil først behandle den nye vurderingsnormen dommen introduserer for samplingtilfeller (punkt 4), før jeg til slutt undersøker alternative hjemmelsgrunnlag for sampling (punkt 5).

---

<sup>9</sup> Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesgerichtshof (Tyskland) den 4. august 2017

<sup>10</sup> Direktiv 2001/29/EF



## **2 Opphavsrettens kryssende hensyn**

Dagens opphavsrett er sammensatt og et resultat av tanken om et skapelsesvern som strekker seg flere hundre år tilbake i tid. For å kunne forstå de reglene som ligger bak løsningen av opphavsrettslige spørsmål er det essensielt å forstå hensynene som driver reguleringen.

Opphavsretten er preget av skarpe interessemotsetninger og krever avveginger av ulike legislative hensyn. Åndsverkloven (heretter også åvl.) er den sentrale loven innenfor opphavsretten.<sup>11</sup> Av lovens forarbeider fremgår det at ”lovgivningen skal ivareta en rimelig balanse mellom de ulike interessene som gjør seg gjeldende på opphavsrettsområdet.”<sup>12</sup> Denne balansen er et gjennomgående tema i de ulike rettskildene som regulerer opphavsretten, og kommer konkret til uttrykk i lovens formålsbestemmelse i §1 bokstav b, hvor det fremgår at formålet med loven er å ”avgrense rettighetene med sikte på å ivareta en rimelig balanse mellom rettighetshavernes interesser på den ene siden og brukernes og allmennhetens interesser på den andre siden.” Altså har man i hovedsak to motstridende parter i rettighetshaverne på den ene siden og brukernes og allmennhetens interesser på den andre. At de som skaper, fremfører eller investerer i åndsverk eller nærstående prestasjoner og arbeider bør gis rettigheter, begrunnes i insentiv til kulturell produksjon, jf. § 1 bokstav a. At rettigheter stimulerer til kulturell produksjon er på sin side et uttrykk for at viljen blir større til å skape noe dersom man får eierskap til det man faktisk skaper. I dette ligger det trolig ulike årsaker – kanskje aller sterkest mulighetene for kompensasjon. At disse rettighetene skal avgrenses mot brukernes og allmennhetens interesser må etter lovens formål ses som utslag av et det nevnte balansemålsetningen, hvor belønningshensynet avveies mot for eksempel hensynet til allmennhetens tilgang til åndsverk og hensynet til ytringsfriheten.<sup>13</sup>

Lovens sentrale formål er altså å oppnå best mulig balanse mellom de ulike interessene som gjør seg gjeldende. Denne oppgavens problemstilling er et godt eksempel på et tilfelle hvor denne balansen blir satt på spissen, og dommen som vil være gjenstand for analyse, illustrerer hvordan slike avveginger blir foretatt i praksis.

## **3 Musikkrettighetene og forholdet til sampling**

### **3.1 Innledning**

Rettighetene knyttet til musikk er mange, og hvem som har rett til hva, når og hvorfor, er spørsmål en må stille seg dersom en skal gjøre bruk av andres musikk. Dersom du skal bruke et sample som kan gjenkjennes er utgangspunktet at du skal ha tillatelse fra rettighetshaver

---

<sup>11</sup> LOV-2018-06-15-40 om opphavsrett til åndsverk m.v.

<sup>12</sup> Prop. 104 L (2016-2017) s. 23

<sup>13</sup> Rognstad (2019a) s. 35

samtidig som du må betale for denne retten i en eller annen form.<sup>14</sup> Den normale gangen i en slik klareringsprosess er at plateselskapet godkjenner at utsnittet fra deres innspilling brukes og at brukeren og plateselskapet blir enig om betaling for dette. I norsk opphavsrett er det denne sistnevnte part som omtales som produsent. Ofte skal også artisten godkjenne slik bruk. I opphavsretten omtales artisten gjerne som utøvende kunstner. Denne nyter, på lik linje med produsenten, vern gjennom åndsverklovens nærstående rettigheter. Videre er det vanlig at opphaver til låten fragmentet er hentet fra – eksempelvis komponisten - også må godkjenne bruken. Lengden på utsnittet avgjør da hvor stor andel rettighetshaveren skal få i det nye verket som skapes.<sup>15</sup>

For oversiktens del er det hensiktsmessig med en gjennomgang av de ulike rettighetene knyttet til en innspilling. Det tas her forbehold om at denne fremstillingen ikke representerer en fasit på partskonstellasjonene i saker som dette. Saker som omhandler rettigheter i musikk kan variere stort og kan være både enklere og mer komplekse i omfang.

Spørsmål om sampling har i liten grad vært gjenstand for behandling i norsk rett. Det samme gjelder for de øvrige nordiske landene. Dette betyr at vi ikke har en klar fremgangsmåte på hvordan problemstillingen skal og bør løses i praksis. Med *Pelham*-dommen har EU-domstolen forsøkt å gi en avklaring ved å trekke en linje for lovlig bruk av slikt beskyttet materiale. Riktignok gjaldt saken konkret produsentvernet, men deler av dommen kan brukes til å si diskutere rekkevidden av øvrige rettigheter knyttet til et musikkstykke. Foreløpig vil jeg holde meg til å gi en oversikt over et utvalg av potensielle rettighetshaverne knyttet til en musikkinnspilling med den hensikt å forklare konflikten som oppstår i skjæringspunktet mellom de ulike rettighetene og uautorisert bruk av samples. Med andre ord vil jeg si forsøke å gi en forklaring på hvordan en såkalt krenkelsesvurdering foretas når gjenstand for vurderingen er samlede musikkfragmenter.

## **3.2 Opphaver - komponisten**

### **3.2.1 Innledning**

”Den som skaper et åndsverk, har opphavsrett til verket, og betegnes som opphaver” fremgår det av åvl. § 2 første ledd. Setningen gir anvisning på hvem som etter loven anses som opphaver og følgelig innehar opphavsretten til et ”verk”. Bestemmelsen må ses i sammenheng med Bernkonvensjonen artikkel 2, uten at de to bestemmelsene identisk ordlyd.<sup>16</sup> For å få opphavsrett stilles et vilkår om at det må skapes et ”åndsverk”. Ordet, i seg selv, sier lite om hva som kreves. En presisering følger av annet ledd, hvor det fremgår at ”med åndsverk forstås

---

<sup>14</sup> Vanligvis blir en enig med plateselskapet om kostnad og betalingsform. For eksempel kan det være snakk om engangshonorar eller såkalt royalté per solgte plate.

<sup>15</sup> Dalchow (2019) s. 227-228

<sup>16</sup> Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk av 9. september 1886

i denne loven litterære eller kunstneriske verk av en hver art, som er uttrykk for original og individuell skapende åndsinnsetts". Denne definisjonen utdypes nærmere gjennom en ikke-uttømmende liste med eksempler på frembringelser som kan være åndsverk, noe som tyder på at begrepet er ment å favne vidt. Sampling, i den betydning som begrepet har i denne oppgaven, knytter seg til musikk, og bokstav d vil følgelig være den relevante typen åndsprodukt. Oppgavens tema og vinkling forutsetter at det allerede foreligger et kvalifisert stykke musikk - et musikkverk, da hovedspørsmålet relaterer seg til grensene for lovlig bruk av en annens verk. Sagt på en annen måte så ville ikke det vært nødvendig å drøfte lovlig bruk av noe som ikke etter åndsverkloven kvalifiseres som et verk, da dette ikke vil ha vern. Dette er ikke nødvendigvis helt intuitivt og vil bli klargjort for i det videre. Selv om det skal forutsettes at det samples fra et musikkverk, vil jeg likevel begynne forfra å og se på vilkårene som må være oppfylt for at vi kan tale om et åndsverk i lovens forstand.

### 3.2.2 Åndsverk

#### 3.2.2.1 Vilkår 1: Frembringelse

Opphavsretten tilfaller altså *den som skaper* åndsverket. Det ligger i ordet at det må skapes noe nytt, og det må følgelig avgrenses mot reproduksjoner og rene gjengivelser. En slik forståelse legges også til grunn i lovens forarbeider.<sup>17</sup> Av samme sted fremgår det videre at verket ikke må være resultat av en individuell skapende innsats og at verket må ha fått en ytre skikkelse som det er mulig for andre å oppleve.<sup>18</sup> Eller som Ragnar Knoph uttalte det: det må være skapt "en ytre realitet som kan løses ut fra opphavsmannens personlighet, og dertil har en viss blivende karakter, slik at den kan reproduseres eller meddeles andre"<sup>19</sup>. Denne ytre realiteten må likevel ikke forstås som et krav om at verket må være i fysisk form.

#### 3.2.2.2 Vilkår 2: Krav om art

Åvl. § 6 første ledd hjemler *hvem* som skal regnes som opphaver til åndsverket. *Hva* et åndsverk er presiseres i annet ledd gjennom legaldefinisjonen i annet ledd. Denne inneholder ytterligere to vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge et åndsverk. For det første må det være tale om "litterære, vitenskapelige eller kunstneriske" verk. Det kreves altså at verket er av en viss art, uten at ordlyden gir noen klar indikasjon på hva som faller innenfor eller utenfor. Det er imidlertid en klar oppfatning om at det med "litterære" verk menes verk som er beskrivende, typisk verbalspråklige.<sup>20</sup> Ordet har en videre betydning enn i vanlig språkbruk i den forstand at verket ikke trenger å være uttrykt i tekst.<sup>21</sup> Med "kunstneriske" verk siktes det typisk til verk om er visuelle. Uttrykket må skilles fra "kunstverk", som fremkommer flere steder i loven.

---

<sup>17</sup> Prop. 104 L (2016-2017) s. 26

<sup>18</sup> Prop. 104 L (2016-2017) s. 26

<sup>19</sup> Knoph (1936) s. 63-64

<sup>20</sup> Vyrje (2019) note 3

<sup>21</sup> Torvund (2019) s. 47

Grensene mellom der kunstneriske og det litterære kan være flytende og det behøves nødvendigvis ikke å trekke skarpe grenser mellom de to.

Som allerede nevnt følger en ikke uttømmende liste av eksempler på åndsverk, som viser at begrepet favner vidt. Sampling, i den betydning som begrepet får i denne oppgaven, knytter seg til musikk og bokstav d, ”musikkverk, med eller uten tekst”, vil følgelig være den relevante typen åndsprodukt.

### 3.2.2.3 Vilkår 3: Verkshøyde

Med åndsverk forstås i denne loven litterære eller kunstneriske verk av enhver art, som er *uttrykk for original og individuell skapende åndsinnsetts*. Verket skal altså kvalifiseres gjennom krav til originalitet og individualitet. I norsk rett blir dette omtalt som krav til ”verkshøyde”, Kravet har blitt til gjennom langvarig teori og praksis, og er det sentrale vilkåret i vurderingen av om det foreligger et åndsverk. Kravet også eksplisitt lovfestet med den nye åndsverkloven og anses for å være innfortolket i opphavsrettsdirektivet.<sup>22</sup>

Med ”individuell” ligger det krav om at det er en *fysisk person* som skaper verket. Med ”original” kan det lett tenkes at det kreves noe som objektivt sett er nytt. Dette er ikke tilfellet. Knoph uttrykte at verket ”iallefall i noen grad” måtte være uttrykk for original og individuell preget åndsinnsetts fra opphavers side. Dette gir lite i form av å fastsette grenser for begrepet utover at terskelen for å oppnå verkshøyde trolig ikke skal settes for høyt. Kravet til verkshøyde har blitt gjentatt i en rekke høyesterettsavgjørelser. I dommen inntatt i Rt. 2007 s. 1329 (*Huldra i Kjosfossen*) gjøres det rede for kravet og Høyesterett formulerer her utgangspunktet for vurderingen:

”(43) For at en frembringelse skal ha karakter av åndsverk i åndsverksloven, å den være resultat av en individuelt preget skapende innsats, og ved denne innsatsen må det være frembrakt noe som fremstår som originalt...”

Vi ser fra formuleringen at den individuelle skapende innsatsen skal gi en viss originalitet som resultat. Dette presiseres ytterligere i påfølgende avsnitt:

”(44) Som veiledende hjelpemidler til å fastlegge den nedre grense for opphavsrettsbegrepet har det i teori og rettspraksis i den andre nordiske land blant annet vært lagt vekt på om det er usannsynlig at en annen opphaver ville ha frembrakt et identisk verk, og i hvilken grad den som har frembrakt verket, har stått overfor

---

<sup>22</sup> Se Infosoc-direktivet. Et tilsvarende kriterium som fremgår av åndsverkloven er innfortolket i begrepet ”verk” i artikkel 2 og 3, og er utpenslet gjennom en rekke dommer i EU-domstolen.

valgmuligheter (...). Disse retningslinjene vil etter min mening kunne bidra med en viss veiledning, men de kan ikke tas for bokstavelig. Det avgjørende er om det ved en individuellskapende innsats er frembrakt noe som fremstår som originalt.”

En viktig presisering er at åndsverk er et rettslig og ikke et estetisk begrep og verkshøydekravet ikke innebærer følgelig ikke noen kvalitetsvurdering av det som skapes. Problemstillingen handler mer om å fastsette terskelen for den skapende virksomhet. Rognstad gir uttrykk for at det er liten tvil om at grensen for hva som kan anses som et verk har vært på vei nedover, både i Norge og internasjonalt.<sup>23</sup> EU-domstolens avgjørelser synes å bekrefte at terskelen for verkshøyde ikke skal være for høy. I C-5/08 (*Infopaq I*) behandlet domstolen en sak hvor det var tale om beskyttelse av tekstutdrag på 11 ord fra avisartikler. Spørsmålet dreide seg om utdraget utgjorde et inngrep i opphavsretten til artiklene. EU-domstolen tok utgangspunkt i Infosoc-direktivet artikkel 2 som bestemmer at opphaveren skal ha enerett til eksemplarframstilling av verk. Uttrykket verk ble tolket i lys av Bernkonvensjonen og bestemmelsene i direktiv som uttrykkelig definerer ”verk”, og kom til at det forelå opphavsrettsbeskyttelse for deler av verk, forutsatt at de inneholder noen av de elementer som er uttrykk for opphavsmannens egen intellektuelle frembringelser som skaper av det verk. Så uttalte de at de elementer var sammensatt av ord som isolert sett ikke i seg selv er uttrykk for en intellektuell frembringelse hos den opphavsmannen som bruker den. Først i kraft av en rekke individuelle valg hos opphaver kan denne uttrykke sin kreative ånd på en original måte og skape et resultat som har karakter av en intellektuell frembringelse. Så åpnet de for at 11 ord kunne utgjøre en slik intellektuell frembringelse, samtidig som man overlot den konkrete vurderingen til den nasjonale domstolen. Nøyaktig hvor denne grensen ligger vil være vanskelig å gi et svar på. Som ofte ellers vil svaret bero på en individuell vurdering og et konkret skjønn.

### 3.2.3 Musikkverk

Musikkverk vernes etter åvl. § 2 annet ledd bokstav d. Det kan være delte oppfatninger blant folk om hva som faktisk er musikk. Derfor faller vi ned på at det bør være rom for en bred forståelse av uttrykket musikkverk. Ikke minst tilsier dynamikken innenfor musikkproduksjon og stadig utvikling av nye sjangre at begrepet bør få et vidt innhold. I tråd med redegjørelsen ovenfor blir spørsmålet om det relevante musikkstykket er originalt nok til at det oppnår opphavsrettslig vern. I praksis er ikke kravet til originalitet spesielt strengt, men igjen har vi ingen uttalt minstestandard. I følge Torvund vil det i praksis være en form for kvantitativt minstekrav<sup>24</sup>. Dette gir mening, da for eksempel et par toner eller enkle akkorder og lyder vanskelig kunne fått vern med den konsekvens at andre musikere ville vært hindret for å ta i bruk noe helt grunnleggende i deres egne produksjoner. Et grensespørsmål var oppe til

---

<sup>23</sup> Rognstad (2019a) s. 96

<sup>24</sup> Torvund (2019) s 62

behandling i dansk rett i 2014.<sup>25</sup> Da konkluderte den danske SØ- og Handelseretten med at et musikkfragment som besto av tre like toner med to ord, var opphavsrettslig vernet. I sin artikkel ”Kan tre ulike toner utgjøre et åndsverk?” uttaler Torvund seg svært kritisk til avgjørelsen.<sup>26</sup> Hva som er en rettfærdig tilnærming til spørsmålet vil trolig bero på om man har brukt de omtvistede delene av musikken eller om man er opphaveren. Jeg er enig i oppfatningen om at det ville virke ødeleggende om noen skulle få enerett til tre toner, da det vil virke negativt på fremtidig musikkproduksjon. Svaret på spørsmålet måtte uansett bero på en avveining av kreativ utfoldelse sett opp mot vernet.

#### 3.2.4 Krenkelsesvurderingen

I et forsøk på å forklare på hvordan et spørsmål om sampling ville spilt seg ut i norsk rett må en ta utgangspunkt i en krenkelsesvurdering, hvor et opphavsrettslig vernet musikkstykke har blitt brukt uten samtykke. Ved rene plagieringstilfeller vil man ikke stå ovenfor de store problemene, rettslig sett. Som Torvund uttaler det, vil problemene og konfliktene oppstå når noen har gjort bruk av større eller mindre deler av musikken. Han oppstiller en totrinnsvurdering for løsningen på disse spørsmål:<sup>27</sup>

- 1) Hvilke elementer i musikken (som benyttes) er vernet.
- 2) Om de musikalske elementer som er benyttet, og som vi forutsetter er opphavsrettslig vernet, er benyttet på en slik måte at det har oppstått et nytt og selvstendig verk eller om det foreligger en krenkelse.

Det første spørsmålet er altså hvilke elementer i musikken som eventuelt er vernet. Bruk av frie elementer faller naturligvis utenfor. Et svar på dette spørsmålet lar seg ikke gjøre å sette to streker under, og det fører for langt av sted å behandle dette i detalj. Uten at spørsmålet er særlig behandlet i teori eller rettspraksis synes det å være enighet om at én enkelt lyd, tone eller akkord ikke kan nyte opphavsrettslig beskyttelse.<sup>28</sup> En annen oppfatning, som synes å få gjenklang fra en del artister, er at det finnes et begrenset antall noter og at det meste av musikk som en følge er gjenbruk.

Når det kommer til sampling, vil spørsmålet måtte bli om det som samples har verkshøyde. I en krenkelsesvurdering vil det da være *deler* av verket som påstås brukt eller etterlignet, med mindre hele verket er brukt. I så tilfelle ville det være tale om et rent plagiat og ikke et sample, og rettslig sett ville da trolig ikke konklusjonen ha vært særlig tvilsom. Å sample innebærer at

---

<sup>25</sup> UfR 2014 s. 3437

<sup>26</sup> Torvund (2016) s. 281-290

<sup>27</sup> Torvund (2019) s. 63

<sup>28</sup> Se nærmere Rosnemeier (1996) s. 34 flg.

man bruker ett eller flere element fra et annet musikkstykke som instrument for å lage ny musikk. Ved rene utdrag og innplassering i ny musikk må det oftest antas at det vil være likhet med originalverket. Da vil vurderingen bero på om utdraget har verkshøyde. Med dagens muligheter innenfor musikkproduksjon vil imidlertid mange komponister kunne vrenge på det som samples - ofte så langt at selve samplet er ugjenkjennelig fra sin originale form. Dette kan tenkes at blir gjort for å skape en unik sound. Det kan også være et bevisst grep for å unngå å betale for bruken. Uansett begrunnelse så nærmer vi oss her grensen mot at samplet endres i så stor grad at det oppstår et selvstendig verk. Dette vil bli behandlet nærmere under neste spørsmål (spørsmål to under totrinnsmodellen ovenfor).

En dom som ofte brukes for å illustrere tilfelle der det påstås krenkelse av musikkverk ved at det er brukt *deler* av et verk er NJA 2002 s. 178.<sup>29</sup> Den svenske Høyesterett kom i denne saken at det forelå krenkelse basert på at en melodisnutt på åtte takter fra Drängarnas ”Om du vil bli min fru” krenket opphavsretten til Landslagets ”Tala vart du skal resa”. Hovedspørsmålet var om den aktuelle frasen fra i ”Tala om vart du skal räsa” var et opphavsrettslig vernet verk. I vurderingen la retten avgjørende vekt på at ”Likheterna är dock så påfallande att det vid en helhetsbedömning får vare fråga om samma verk”.<sup>30</sup> Retten konkluderte altså med at melodisnutten hadde verkshøyde og resultatet var at Drängarna måtte betale for bruken av ”Tala om...”. Nå har vi som nevnt ingen praksis i Norge som setter presedens for slike avgjørelser, og vi vet heller ikke hvordan retten ville vurdert et lignende tilfelle i dag. Slike kvantitetsbetraktninger er utvilsomt vanskelige og svaret må igjen måtte bero på en avveining av de to drivende hensyn – hensynet til kreativitet og hensynet til beskyttelse. Dersom terskelen for verkshøyde settes for lavt vil det kunne føre til en innskrenkning av de kreative mulighetene i fremtidige komposisjoner.

Etter to-trinnsmodellen skissert ovenfor blir det neste spørsmålet om de musikalske elementene som er benyttet av brukeren er benyttet på en måte som gjør at det har oppstått et selvstendig verk. I benyttelsen av et eksisterende verk vil det, før man eventuelt står ovenfor et nytt og selvstendig verk, være et mellomstykke mellom rene gjengivelser av originalverket hvor brukers endringer ikke har krevd nevneverdig kreativ eller personlig innsats, og selvstendige verk som nevnes i § 6 annet ledd. I dette sjiktet finner vi bearbeidelsene, som kort fortalt går ut på at ”eksisterende åndsverk tilføres preg av ny skapende individuell åndsinnsetning, uten at det preget av skapende individuell åndsinnsetning som gjorde frembringelsen til et åndsverk, fortrennes.”<sup>31</sup> Før en kan si noe om grensen for at det har oppstått et selvstendig verk må man innom bearbeidelsestilfellene. Jeg minner imidlertid på oppgavens innfallsvinkel, som er

---

<sup>29</sup> NJA 2002 s. 178 (Oxdansen)

<sup>30</sup> Dommens avsnitt 9

<sup>31</sup> Rognstad (2019a) s. 148

grensen for lovlig sampling – hva som skal til for å oppnå selvstendig rettighet i musikk. Med det utgangspunktet vil bearbeidelser være av mindre interesse, nettopp fordi ved bearbeidelser er avhengig av originær opphaver. Likevel må temaet drøftes i en redegjørelse som dette. En grunn til det er at grensen mellom bearbeidelse og selvstendige verk kan være vanskelig å trekke. Torvund skriver at ”Vurderingen må bero på hvor mye man har brukt fra et annet eller andre verk, hvor særpreget det er det man har benyttet, hvor mye er det originalt og hvor mye er det bearbeidet”.<sup>32</sup> Under skal jeg se nærmere på hvor grensen for de ulike resultatene går. Forutsetningen er nok en gang at det som samples har verkhøyde. Jeg velger å behandle dem samlet da de fremgår av samme bestemmelse i loven og henger tett sammen.

#### 3.2.4.1 *Bearbeidelser og selvstendige verk*

Åvl. forarbeider skisserer tre potensielle utfall når det gjøres bruk av et eksisterende åndsverk:<sup>33</sup>

- 1) Det oppstår en form for bearbeidelse der bearbeideren får opphavsrett til den bearbeidete skikkelsen av verket, men ikke kan råde over det på en måte som griper inn i opphavsretten til originalverket.
- 2) Det oppstår et nytt og selvstendig verk med tilhørende opphavsrett som gjelder helt uavhengig av originalverket.
- 3) Det oppstår ikke noen opphavsrett overhodet da bruken av det eksisterende åndsverket ikke har resultert i noe som oppfyller kravene til åndsverk.

Sistnevnte resultat er selvforklarende og gir lite til en videre drøftelse. I et slikt tilfelle vil den brukeren som har samlet en annens musikk være uten rettigheter og opphaveren til originalverket vil ha fortsatt eneretten intakt. Hva gjelder utfall 1) og 2) vil disse redegjøres for nedenfor.

Åvl. § 6 regulerer bearbeidelser av åndsverk og etter første ledd gis ”den som oversetter eller på annen måte bearbeider et verk eller overfører det til en annen litterær eller kunstnerisk form” opphavsrett til verket i den nye skikkelsen. Likevel får en ikke råderett over det nye verket i strid med opphavsretten til originalverket. Opphaverens enerett omfatter også bearbeidelser. Mer presist omfatter eneretten bearbeiding av de vernede deler av et verk. Utgangspunktet er derfor at bearbeidelser skal ha den originære opphavers samtykke ved bruk av disse. For å ta et eksempel fra virkeligheten gis et slikt samtykke gjerne i forbindelse med at remikser<sup>34</sup> lages. Dersom en har remkiset en innspilling, vil en ha mulighet til å oppnå arrangementsandeler i den

---

<sup>32</sup> Torvund (2019) s. 110

<sup>33</sup> Prop. 104 L (2016-2017) s. 50

<sup>34</sup> Fra store norske leksikon, av Ruud (2020) ”Remiks er en ny versjon av et ferdig innspilt musikkstykke, laget ved at den opprinnelige versjonen utsettes for ny behandling i miksebordet i et lydstudio eller et program på en datamaskin.” Hovedpoenget er at en ny versjon lages ved bearbeidelse av den opprinnelige versjonen.



nye versjonen av verket. Det må da avtales med verkets opphaver eller forlag og det er opp til dem om de vil akseptere dette.<sup>35</sup>

Når det gjelder bearbeidelser har vi ikke noen uttrykkelig EU-regulering. Det finnes noe regulering i internasjonale konvensjoner, men det er ingen holdepunkter fra EU-domstolens praksis på hvordan spørsmål om bearbeidelser skal behandles. Men det alminnelige originalitetskravet må sies å gjelde også her. Altså bygger man på de samme prinsippene som for den normale verkshøydevurderingen. For at det skal være tale om en bearbeidelse må bearbeideren dermed ha truffet frie og kreative valg og bearbeidelsen må være preget av opphaverens personlighet. At det gjelder et originalitetskrav for bearbeideren er også slått fast i norsk rettspraksis, se blant annet HR-2017-2165-A (*Il Tempo Gigante*).<sup>36</sup> Her uttalte Høyesterett at de endringer som foretas i det opprinnelige verket i seg selv måtte ha verkshøyde.

Annet ledd gir et unntak fra opphavsretten for til tilfeller hvor det skapes ”selvstendige” verk gjennom å benytte eksisterende verk. Dersom det nye verket oppfyller selvstendighetskriteriet vil opphavsretten til det nye verket ikke være avhengig av opphavsretten til originalverket. At det skapes et ”selvstendig” verk gjennom benyttelsen av et eksisterende verk vil si at verket omskapes, altså at man har bearbeidet et verk i så stor grad at det anses som nytt, og følgelig selvstendig fra originalverket. Verket vil ikke lenger falle inn under originalverkets sfære. I dette ligger en markering av opphavsrettens grense. En viktig forutsetning for at spørsmålet om hvorvidt man kan tale om et selvstendig verk skal komme opp er at opphaveren av det nye verket er kjent med verket som påstås brukt. Dette vil jo også være tilfellet for bruk av samples, hvor man bevisst bruker elementer fra verket som påstås ettergjort (uten at dermed påstås at disse enkeltelementene har verkshøyde). Dette er også en viktig presisering hva gjelder problemstillingen oppgaven forsøker å belyse – at man bevisst bruker en annens musikk. I andre tilfeller ville det kunne vært aktuelt å problematisere de tilfeller hvor opphaveren til det nye verket er kjent med verket som forelå, men at han ikke har basert seg på det, tross flere likhetstrekk mellom de to verkene.

Merk at jeg ovenfor skriver at det nye, selvstendige verket er et resultat en så stor bearbeidelse av originalverket at det ikke lenger er gjenkjennelig. Hvorvidt ”benyttelsen” av det eksisterende verket er en bearbeidelse eller at man bare lar seg inspirere i så stor grad at man praktisk talt ”benytter” verket, fremstår som noe uklart. Skillet er trolig ikke avgjørende i ene eller andre retningen.

---

<sup>35</sup> Dalchow (2019) s. 227

<sup>36</sup> Dommens avsnitt 71

Poenget er at nye og selvstendige verk kan oppstå ved at det skapes verk som ikke gir assosiasjoner til andre verk. Enkelte fremstillinger av sampling virker å fokusere på et poeng om nettopp å skape en slik assosiasjon, nærmest som en slags homage. Dette stemmer nok i mange tilfeller, men kan ikke sies å være formålet bak all bruk av sampling. Uansett menes det med assosiasjoner i denne sammenheng at det nye verket ikke ligner på originalverket. I *II Tempo Gigante*-dommen formuleres dette som ”verk som står på egne ben med et individuelt uttrykk – en identitet – som er løsrevet fra originalverket”.<sup>37</sup> Rognstad hevder at det ”ikke er avgjørende at man har bygget på andres verk, hvis resultatet av frembringelsen likevel er såpass forskjellig at det ikke frembringer den samme estetiske opplevelsen som forelegget.”<sup>38</sup> Det kan altså foreligge en såkalt ”fri benyttelse” selv om opphaveren bevisst bygger på, og benytter, andres verk.

Rekkevidden av den frie benyttelsen var et av spørsmålene som ble forelagt EU-domstolen i *Pelham*-saken - da i forbindelse med en analogisk anvendelse av den tilsvarende tyske regelen om fri bruk på regelen for produsentvernet. Spørsmålet drøftes i forbindelse med en slik analogisk anvendelse på bestemmelsen om produsenters enerett i åndsverkloven senere i oppgaven.

Anvendt på spørsmålet om sampling vil dette tilsi at det nye verket må ha skapt sin egen identitet, løsrevet fra det originale verket, for at man kan si at det foreligge lovlig sampling. Altså skal man ikke kunne gjenkjenne det gamle verket i den nye komposisjonen. Dette tilfellet skiller seg noe fra den tidligere omtalte situasjonen hvor spørsmålet var hvilke elementer i musikken som benyttes var vernet, da premisset her er at man faktisk benytter en annens verk. For å trekke linjen tilbake til innledningen til spørsmål 2 om at bearbeidelser ligger i et slags mellomstykke som grenser oppad mot de selvstendige verk, vil det være avgjørende å fastslå om brukeren har omformet det originalverket så vesentlig at det i praksis ikke lenger foreligger en bearbeidelse etter loven. Hvis så vil det være fri benyttelse og det vil ikke foreligge noen opphavsrettslig krenkelse.

### **3.3 Produsenten – plateselskapet**

#### **3.3.1 Innledning**

Som nevnt er det ikke kun slik at det den eller de kreative har beskyttelse for sin innsats. Det vanlig at flere rettighetshavere er knyttet til et stykke musikk. Ved sampling av andres musikk kan man derfor risikere å berøre flere rettigheter samtidig. En av rettighetene man potensielt berører er produsentens.

---

<sup>37</sup> Dommens avsnitt 74

<sup>38</sup> Rognstad (2019a)

Etter åvl. § 20 har en produsent av lydopptak enerett til å råde over opptaket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplarer av det og å gjøre opptaket tilgjengelig for allmennheten. Bestemmelsen gir produsenter en rett til å råde over opptaket på likt vis som en opphaver har rett til å råde over sitt åndsverk. Rettighetene er ikke opphavsrettigheter, men har nær tilknytning til og dels et nært slektskap til opphavsretten - de er med andre ord beslektede rettigheter. Eller etter lovens ordlyd: nærstående. Før jeg behandler bestemmelsens vilkår er det hensiktsmessig å si litt mer om de nærstående rettighetene og hensynet bak ordningen.

Begrepet ”nærstående rettigheter” til sier at det er rettigheter som nettopp er ”nærstående” til andre rettigheter – i dette tilfellet opphavsrettighetene. De nærstående rettigheter ble innført ved åndsverkloven 1961<sup>39</sup> og beskytter altså prestasjoner som, på diverse måter, har sammenheng med åndsverkene. Flere av rettighetene som hjemles under de nærstående rettighetene har et utpreget teknisk eller teknisk/kommersielt grunnpreg.<sup>40</sup> Dette gjelder rettighetene til produsenter av henholdsvis lydopptak og film eller lovens § 20. Vernet skal altså gjelde for tekniske prestasjoner, løsrevet fra de åndsverk mv. som slike opptak gjerne er bærere av.<sup>41</sup> Dette er tydelig når det kommer til blant annet musikk, som det gjerne også knyttes opphavsrettigheter til. For produsenter av lydopptak gjelder beskyttelsen resultatene av en rent teknisk og økonomisk innsats, ved for eksempel overføring av lyd til plate. Vernet for de nærstående rettigheter er ofte mindre omfattende enn for opphavsrettighetene. Hvorfor det er slik, vil kunne være tema for en annen oppgave. Det som er interessant å bemerke er at for når det kommer til bruk av sampling, vil dette paradoksalt nok kunne få motsatt utfall. Jeg berører dette i forbindelse med gjennomgangen av *Pelham*-dommen nedenfor.

### 3.3.2 *Produsent*

Åvl. § 20 har tittelen ”produsenters enerett” og ”produsent” oppstilles som et inngangsvilkår for vern etter første ledd. Hva som ligger i ”produsent” kan vanskelig slås fast uten at tittelen plasseres i en kontekst. Bestemmelsens første ledd omhandler produsenter av film og lydopptak. For denne oppgavens del er det det produsenten av lydopptak vi skal feste oss ved. Bestemmelsen hadde tidligere ordlyden ”tilvirker”, før ”produsent” ble innført med 2018-loven. Begrepet skal ha samme meningsinnhold og medførte ingen realitetsendring. Både fysiske og juridiske personer kan være ”tilvirker” av lydopptak. Dette fremgår av

---

<sup>39</sup> LOV-1961-05-12-2 om opphavsrett til åndsverk mv.

<sup>40</sup> Dette gjelder ikke alle rettighetene. Noen av bestemmelsene verner også kreativ innsats. Dette blir tydeliggjort ved gjennomgangen av vernet for utøvende kunstnere nedenfor.

<sup>41</sup> Rognstad (2019a) s. 383.

Romakonvensjonen<sup>42</sup> artikkel 3, som definerer ”producer of phonogram” som ”the person, or legal entity, which first fixes the sound”.<sup>43</sup>

Vernet, skal etter forarbeidene tilkomme ”den eller de som forestår, i betydningen tilrettelegger og bærer omkostningen ved produksjonen.”<sup>44</sup> I praksis kan rollene være mer blandede og flere roller bekles gjerne av én og samme person. F.eks. kan en produsent både være den som står bak det kreative og originale i låten og samtidig den som tilvirker og legger til rette økonomisk for skapelsen. Til forskjell fra tidligere er det i dag vanligere å gi ut for eksempel musikk på egen hånd. Dette blir likevel et sidespor. Produsenten er etter åndsverkloven den eller de som forestår produksjonen av selve lydopptaket, i betydningen tilrettelegger og bærer omkostningene med produksjonen av opptakene. I praksis vil dette ofte være plateselskapene.

### 3.3.3 *Lydopptak*

Det man har vern for er opptaket og ikke selve verket som ligger under. Det man i realiteten verner er investeringene som har gått med til å lage selve opptaket og det er opptaket som sådan man får vern for.

Etter sikker rett skal vernet forstås videre enn hva en normal språklig forståelse kan tilsi. Ordlyden vil man trolig forbinde med musikk, men vernet vil i prinsippet omfatte ethvert opptak som inneholder lyd<sup>45</sup>, f.eks. opptak av et glass som knuses.

### 3.3.4 *Enerett til å råde over opptaket*

Bestemmelsen gir enerett til bruk av selve opptaket og verner de som tilvirker selve opptaket. Eneretten er ment å skulle gi vern for bruk av selve opptaket, og intet etterlikningsvern. Dette fremgår av eksemplarframstillingsretten som kommer til uttrykk i første ledd. Det avgjørende er om selve opptaket er brukt, ikke hvordan det brukes. Videre er det intet krav om at opptaket i sin helhet er benyttet.<sup>46</sup>

#### 3.3.4.1 *...ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplarer av det*

En del av eneretten er retten til å råde over opptaket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplarer av opptaket. Eksemplarframstillingsretten må ses i sammenheng med artikkel 2 bokstav c i Infosoc-direktivet som hjemler en ”enerett til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent reproduksjon på en hvilken som helst måte og i en

---

<sup>42</sup> Romakonvensjonen for utøvende kunstnere, fonogramprodusenter og kringkastingsforetak av 26. oktober 1961

<sup>43</sup> Kommentar på Lovdata til LOV-1961-05-12-2 § 45, skrevet av Torgeir Kielland, 11. April 2014. Lovendringen i 2018 var ikke ment å medføre endringer til betydningen av ”tilvirker”.

<sup>44</sup> Prop. 104 L (2016-2017) s. 82

<sup>45</sup> Rognstad (2019a) s. 417

<sup>46</sup> Rognstad (2019a) s. 418

hvilken som helst form, helt eller delvis...for fremstillere af fonogrammer for så vidt angår deres fonogrammer". Åvl. § 20 gjennomfører blant annet artikkel 2 bokstav c og "retten til reproduksjon" (reproduction right) har i praksis samme betydning som eksemplarframstillingsretten. Eksemplarframstillingsretten tilføres imidlertid gjennom Infosoc-direktivet et nytt element i det at den gjelder "hel eller delvis" reproduksjon. Dette må da også tas i betraktning i norsk rett.

Spørsmålet om "hel eller delvis" reproduksjon kan komme på spissen i tilfeller hvor en ikke bruker hele opptaket, men bruker deler av det. Problemstillingen er særlig aktuell i saker som omhandler sampling, hvor man henter deler av et opptak og setter det inn i sin egen produksjon. Problemstillingen blir da om man krenker produsentrettighetene ved slik bruk? I så fall, spiller det noen rolle hvor stor del av opptaket du tar? Med andre ord, kreves det noe kvalifisert for at det foreligger en krenkelse?

Slik den er formulert i åndsverkloven og Infosoc-direktivet, fremstår eneretten som absolutt hva gjelder produsentvernet. En streng praktisering av vilkåret "helt eller delvis" tilsier at all bruk av samples som ikke er klarert med produsenten strider mot dennes enerett. Dette ble bekreftet av EU-domstolen i *Pelham*, da de ble forelagt spørsmålet om bruken av meget små opptak strider mot EU-reglene. Domstolen kom da fram til at selv en svært kort lydprøve av et fonogram skal i prinsippet betraktes som en delvis reproduksjon i henhold til Infosoc-direktivet artikkel 2 bokstav c og at den derfor var omfattet av eneretten som gis fremstilleren av fonogrammet. Dette ble begrunnet i investeringshensynet. Domstolen modererer imidlertid dette noe ved å innføre et vilkår som gjør at samplingen likevel ikke skal anses som en reproduksjon, for tilfeller hvor det som samples er endret og ikke lenger er gjenkjennelig for øret. Med dette forsøkte domstolen å trekke en grense for eneretten. Den nye vurderingsnormen vil bli utførlig behandlet i punkt 5.

Dommens resultat vil få konsekvenser for hvordan produsentvernet håndheves i norsk rett. *Pelham*-formuleringen har fortsatt til overs å bli anvendt i norske domstoler. Etter EU-domstolens behandling av saken ble den på nytt behandlet i Tyskland, hvor blant annet det nye vilkåret ble anvendt. Jeg vil senere i oppgaven forsøke å trekke noen linjer mellom den avgjørelsen og hvordan et slikt spørsmål kan komme til å løses i Norge.

#### *3.3.4.2 ...ved å gjøre opptaket tilgjengelig for allmennheten*

Eneretten til å gjøre opptak tilgjengelig for allmennheten, er for lydopptak begrenset til fremføring eller overføring som skjer på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til opptaket, såkalte "on demand" – eller "på forespørsel"-tjenester. I denne oppgaven velger jeg å avgrense mot tilgjengeliggjøringsretten, da spørsmålet om sampling hva gjelder enerettsbeføyelser, i all hovedsak knytter seg til eksemplarframstilling. Dette var som

nevnt også spørsmålet som nylig ble behandlet av EU-domstolen, og gir derfor et bedre utgangspunkt for en vurdering.

### **3.4 Utøvende kunstner - *musikeren***

#### 3.4.1 Om begrepet *utøvende kunstner*

Åvl. § 16 gir utøvende kunstnere enerett til å råde over sin fremføring av et verk eller tradisjonsuttrykk. Bestemmelsen gir vern for utøvende kunstner. Begrepet ”utøvende kunstner” gir assosiasjoner til en person som fremfører noe kunstnerisk, uten at det er mulig å si konkret hva dette er basert på en ren ordlydsfortolkning. En legaldefinisjon fremgår heller ikke av åndsverkloven. For det må en se hen til fondsavgiftsloven § 1, som definerer utøvende kunstner som ”musikere, sangere, skuespillere, dansere, dirigenter, sceneinstruktører og andre som gjennom sin kunst fremfører åndsverk”. Forarbeidene til dagens åndsverklov lov viser til denne definisjonen og forutsettes å være utgangspunktet for vurderingen av utøverbegrepet.<sup>47</sup> Definisjonen samsvarer også til en viss grad med definisjonen i Romakonvensjonen artikkel 3 bokstav a. Også medvirkere til fremføringen har vært ansett som utøvende kunstnere i åndsverklovens forstand. Deres eventuelle rolle vil ikke bli behandlet i det videre.

#### 3.4.2 Om den kunstneriske prestasjon

Det som vernes etter § 16 er den kunstneriske prestasjonen, og ikke kunstneren selv i medhold av å være kunstner. I dette ligger det implisitt at det ikke kreves at *utøveren* må kvalifiseres på et vis. Med andre ord vernes ikke bare den profesjonelle, slik ordlyden gjerne antyder. Som Rognstad skriver, kan ”rene amatører følgelig være ”utøvende kunstnere” i lovens forstand.”<sup>48</sup> Det som imidlertid synes å måtte kvalifiseres er prestasjonen. Trolig er ikke terskelen høy og det vil være tale om at prestasjonen, i en eller annen forstand, skal være av kunstnerisk art. Lassen taler om prestasjoner som, for å omfattes av vernet, må overgå noe over det helt banale høytlesningsnivå eller salmesang i kirken.<sup>49</sup> Selv om vi vanskelig basere en vurdering på dem, sier eksemplene utvilsomt noe om terskelen. Høyesterett har også lagt til grunn at det ikke kan oppstilles noe originalitetskrav, slik som for åndsverk.<sup>50</sup> Altså kreves det ikke at prestasjonen har verkshøyde. Musikkfremføringer vil i de fleste tilfeller ikke ha store problemer med å oppnå vern, da de oftest som et minimum vil oppfylle kravene om kunstnerisk karakter, og trolig også originalitet. At den utøvende kunstner er har vern, vil også være en forutsetning for å drøfte oppgavens problemstilling.

---

<sup>47</sup> Se Prop. 104 L (2016-2017) s. 79

<sup>48</sup> Rognstad (2019a) s. 407

<sup>49</sup> Lassen (1981) s. 309

<sup>50</sup> Se Rt. 2010 s. 336 avsnitt 33

### 3.4.3 Om vilkåret *verk*

Eneretten gjelder etter sin ordlyd fremføring av verk eller tradisjonsuttrykk. I denne omgang ser jeg bort fra tradisjonsuttrykkene. Med ”verk” forstås åndsverk, som jo må ha verkshøyde. Det synes å være noe uenighet om hvorvidt vernet for utøvende kunstnere er avhengig av hva som fremføres - altså om det må ha verkshøyde eller ikke. Dommen Rt. 2010 s. 336 *Brent av frost* er oppklarende i dette henseende: Der slo Høyesterett fast at det kreves at ”fremføringen må være av kunstnerisk art, slik at den kan gi en opplevelse av estetisk karakter, mens det kan ikke oppstilles noe originalitetskrav, slik som for åndsverk.”<sup>51</sup> Sakens bakgrunn var at NRK hadde sendt et ti-sekunders klipp fra filmen *Brent av Frost*, uten forhåndsgodkjennelse. Spørsmålet var om klippet fra filmen var et inngrep i en av skuespillernes utøverrett. Lagmannsretten la til grunn at det ikke var et inngrep da relevante deler av klippet ikke hadde verkshøyde, og skuespilleren derfor ikke fremførte verket, i lovens forstand. Høyesterett mente dette var en gal forståelse idet det ikke kunne ”stilles noe krav om filmklippet som ble vist, har verkshøyde”.<sup>52</sup>

Om man etter dette legger til grunn at det som fremføres må ha verkshøyde *i sin helhet*<sup>53</sup>, er mindre interessant i denne sammenhengen. Nøyaktig hva man skal konkludere med etter dette lar jeg bli opp til andre å avgjøre. Det vil heller ikke tilføye oppgaven så mye å gå dypere inn i denne materien. Høyesteretts standpunkt om at deler av en fremføring ikke krever verkshøyde er overførbart til sampling, hvor man jo også behandler *deler*. Til denne oppgavens formål holder det derfor med det som et utgangspunkt.

### 3.4.4 Om utøvende kunstners rådighetsrett

Rådighetsrettighetene kan deles opp i to kategorier: Såkalt *primærbruk* av prestasjonene, som innebærer utnyttelse av kunstnerens fremføringer idet de finner sted, og *sekundærretten*, som er utnyttelsen av *opptak* av fremføringen.<sup>54</sup> For sistnevnte gjelder altså vernet det konkrete opptaket. For denne oppgavens formål er det *sekundærretten* som vil være av interesse. Dette fordi man ved sampling benytter seg av et opptak av fremføringen. Så vidt meg bekjent samler man ikke såkalt *levende* fremføringer, som ville vært tilfellet for primærbruken. Rettighetene om primærbruken av prestasjonene ligger også tett opp mot det som gjelder for lydopptaksprodusentenes rettigheter til opptakene, selv om innsatsen som vernes er av ulik art.<sup>55</sup>

Etter § 16 bokstav b har utøveren enerett til å fremstille varig eller midlertidig eksemplarer av et opptak av fremføringen. Etter sikker rett skal dette uttrykket forstås på samme måte som i § 3.

---

<sup>51</sup> Dommens avsnitt 33

<sup>52</sup> Dommens avsnitt 34

<sup>53</sup> Rognstad (2019a) s. 410

<sup>54</sup> Rognstad (2019a) s. 411

<sup>55</sup> Rognstad, (2019a) s. 384.

Videre følger det en enerett til å gjøre opptaket tilgjengelig for allmennheten i bokstav c. På lik linje som for produsentvernet, vil bare eksemplarframstillingsretten bli behandlet da det er denne retten som først realiserer spørsmålet om hva som utgjør (u)lovlig sampling.

#### 3.4.5 Vernets rekkevidde

Etter åvl. § 16 gis utøvende kunstnere en enerett til å råde over fremføring og opptak på samme vis som opphaver har til å råde over sitt åndsverk. Til forskjell gis det for utøvende kunstnere ikke noe etterlikningsvern. Hvor plagiat og etterlikninger er gjenstand for opphaververnet, gis det ikke vern for utøvers tolkning av en prestasjon. Kort sagt så gjelder vernet etter bokstav b det konkrete opptaket av fremføringen. Dette kan utledes fra bestemmelsens ordlyd. Altså vil en uautorisert utnyttelse av selve opptaket være en krenkelse av utøverens enerett. Det vil si at dersom noen velger å benytte dette opptaket i sin helhet uten samtykke fra for eksempel musikeren som står bak fremførelsen så vil dette tilsi en krenkelse av utøverretten.

Som for opphavsretten, blir krenkelsesspørsmålet satt på spissen ved bruk av *deler* av fremføringen, som jo også er utgangspunktet når man samler fra andres musikk. Jeg viser her til det som er sagt ovenfor om kvalifiseringen av den kunstneriske prestasjon hvor det, kort oppsummert, ble slått fast utøververn for korte klipp ikke forutsetter at prestasjonen har verkshøyde. Avgjørende er at fremføringen er av kunstnerisk art.

Dersom kunstnerisk art er terskelen, synes rommet for sampling av musikk å være smalt. Hvis en to-sekunders filmsekvens uten replikker har vern basert på dens kunstneriske pretensjoner kan man spørre seg hvor grensen faktisk går for hva som skal vernes. Er den absolutt? Finnes det en nedre grense for hva som gjelder en slik fremførelse? Høyesterett synes å mene det. I nevnte Brent av frost-saken hevdet førstvoterende det at det finnes en nedre grense for hva som kan anses som ”fremføring” i lovens forstand, uten at dette blir ytterligere utdypet.<sup>56</sup> Kanskje kan det argumenteres for at en filmsekvens lettere oppnår minimumskravet til kunstnerisk art når det kommer til små klipp? Ingenting tyder imidlertid på at det skal gjøres forskjeller på film og musikk.

Høyesteretts konklusjon må uansett tas til inntekt for at utøververnet er uavhengig av åndsverkvernet og at avgjørende for om deler av en fremføring har vern beror på arten av det som fremføres. Dommen som er brukt til illustrasjon gjaldt riktignok film, men kravet til kunstnerisk prestasjon er trolig likt enten det gjelder film eller musikk. For musikk, vil man som nevnt vanskelig komme unna at dette kravet er oppfylt. Dermed blir det som nevnt et spørsmål om når om i hele tatt det er mulig å sample fra et opptak av en slik fremføring uten forhåndsklarering. Et forsøk på å fastsette den eventuelle nedre grensen vil være en spekulativ

---

<sup>56</sup> Dommens avsnitt 35



øvelse. Trolig må vi vente på en avklaring i domstolen. En løsning vil imidlertid kunne være å anvende såkalte ”de minimis-regler”. Dette vil bli drøftet senere i oppgaven under punkt 6.1

## **4 Introduksjon av en ny vurderingsnorm: ”modified and unrecognisable to the ear”**

### **4.1 Bakgrunn**

Et av spørsmålene den tyske domstolen ønsket at EU-domstolen skulle ta stilling til var om Moses Pelham, ved å bruke lydopptaket fra Metall-auf-Metall i fremstillingen av eget fonogram, krenket Kraftwerks enerett til reproduksjon etter Infosoc-direktivet artikkel 2 bokstav c. Mer konkret ønsket domstolen opplyst om artikkel 2 bokstav c, i lys av Charteret<sup>57</sup>, skulle tolkes slik at produsentens enerett til å tillate eller forby reproduksjon av sitt fonogram gjør det mulig å nekte en bruker å ta et uttak av et ”sound sample, even if very short” av fonogrammet, med den hensikt å inkludere dette i et annet fonogram.<sup>58</sup>

Domstolen tok utgangspunkt i ordlyden i artikkel 2 bokstav c, som hjemler en enerett for produsenter til å tillate eller forby ”direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent reproduksjon på en hvilken som helst måte og i en hvilken som helst form, helt eller delvis”. I direktivet finnes ingen definisjon av begrepet og domstolen slo fast at betydningen og rekkevidden av uttrykket måtte skje i henhold til fast praksis og alminnelig språkbruk.<sup>59</sup>

Domstolen fant så at selv en ”meget kort lydprøve” av et fonogram skulle betraktes som en ”delvis” reproduksjon av dette fonogrammet, og at reproduksjonen derfor er omfattet av eneretten etter artikkel 2 bokstav c.<sup>60</sup> Det ble slått fast at en slik ordlydsfortolkning er i overenstemmelse med direktivets overordnede mål om å innføre et høyt beskyttelsesnivå for opphavsretten og de nærstående rettigheter, samt den spesielle målsetningen vedrørende produsentens enerett om å beskytte investeringene som denne foretar.<sup>61</sup>

Ut i fra dette kan det virke som om EU-domstolen anser produsentvernet å gjelde uansett lengde på lydopptaket. Domstolen modererer imidlertid dette utgangspunktet når de så åpner for at når en bruker, i forbindelse med utøvelsen av kunstnerisk frihet tar en del av et fonogram for å anvende den i et nytt verk i en form, som er ”modified and unrecognisable to the ear” så skal anvendelsen ikke anses for å utgjøre en ”reproduksjon” etter artikkel 2 bokstav c.<sup>62</sup> Vilkåret er i tråd med direktivets uttalte målsetning om å bevare en ”rimelig balance” mellom

---

<sup>57</sup> Charter 2012/C 326/02 (CFR)

<sup>58</sup> Case C-476/17, Pelham GmbH v Ralf Hütter avsnitt 26.

<sup>59</sup> Case C-476/17, Pelham GmbH v Ralf Hütter avsnitt 28

<sup>60</sup> Case C-476/17, Pelham GmbH v Ralf Hütter avsnitt 29

<sup>61</sup> Case C-476/17, Pelham GmbH v Ralf Hütter avsnitt 30

<sup>62</sup> Case C-476/17, Pelham GmbH v Ralf Hütter avsnitt 31

rettighetshavere og brukere og retten begrunner fremgangsmåten i at opphavernes eiendomsrettsbeskyttelse alltid skal veies opp mot andre grunnleggende rettigheter, herunder den kunstneriske friheten som er sikret ved Charterets artikkel 13.<sup>63</sup> Domstolen uttaler at det ville stride i mot en alminnelig dagligdags forståelse av eksemplarframstilling av et lydopptak dersom denne formen for sampling skulle anses som nettopp det. Videre ville en slik forståelse ikke sikre den nevnte balansen.<sup>64</sup>

## 4.2 Implementeringen

### 4.2.1 Generelt

Med *Pelham*-dommen har domstolen kommet et steg nærmere en balansert løsning på sampling-spørsmålet i opphavsretten. Ved introduksjonen av vilkåret ”modified and unrecognisable to the ear” gis det på en side grønt lys for kreativ utfoldelse og brukere gis en utvidet mulighet til å lovlig inkorporere samples i sine verk. På den andre siden reiser den en rekke spørsmål om gjennomføringen av den nye vurderingsnormen. For det første: Hvordan skal et slikt vilkår anvendes? Vil kåret i seg selv fremstår som udefinerbart og problemstillingen blir følgelig for hvem skal samplet være ugjenkjennelig? Vil det være tale om en ekspert, eller den gjengse musikklytter? Sistnevnte kan gi oss en slags *bonus pater familias* standard for sampling-spørsmål, og tanken kan på mange måter virke som den mest rettferdige. Samtidig vil en slik løsning fort kunne føre til at terskelen for hva som er gjenkjennelig blir for lav og i tur føre til at brukeren stilles i en gunstigere posisjon enn produsenten som skal vernes. Løsningen på spørsmålet vil igjen måtte være et utslag av avveiningen mellom beskyttelse for rettighetshaveren sett opp mot beskyttelsen for brukeren og allmenhetens interesse.

Videre kan de også stilles spørsmål om i hvilken grad sekvensen som samples må modifiseres før den inkorporeres i den nye produksjonen. Også samspillet mellom disse to kravene legger opp til en usikker rettstilstand. Vil det være nok at det sample-stykket er ugjenkjennelig selv om det i liten grad modifiseres?

### 4.2.2 ”Recognisable to the ear”

Etter *Pelham* sitter vi altså igjen med et vilkår som er uklart hvordan skal oppfylles. Dommen sier ikke eksplisitt hvem som skal vurdere gjenkjenneligheten av samplet - til tross for at det utvilsomt var en mulighet for å gjøre akkurat det - og dermed trekke klarere linjer for praktiseringen av vilkåret. Dommen gir heller ingen antydning til hvem som skal avgjøre om vilkåret er oppfylt. Som antydnet foran, vil gode grunner kunne tale for at bedømmelsen gjøres av en normalperson, sett i musikalsk sammenheng. Dette vil, som nevnt ovenfor, kunne gi

---

<sup>63</sup> Se Case C-476/17, *Pelham GmbH v Ralf Hütter* avsnitt 32-34, se også Charter 2012/C 326/02 (CFR) artikkel 13

<sup>64</sup> Case C-476/17, *Pelham GmbH v Ralf Hütter* avsnitt 37

assosiasjoner til bonus pater familias-tankegangen, som blant annet preger culpavurderingen i erstatningsretten. Lignende standarder brukes for eksempel også i patentretten og markedsføringsretten med henholdsvis ”fagperson” og ”gjennomsnittsforbrukeren”.

En rettslig løsning på hvorvidt noe er gjenkjenbart for øret, må naturligvis bero på en objektiv vurdering. I alle fall burde det være utgangspunktet. Slik jeg forstår testen, er det også dette som søkes oppnådd ved innføringen av gjenkjenbarhetsvilkåret. Ved vurderingen møter man imidlertid som sagt problemer i form av mangel på en standard for en slik bedømmelse. Til tross for at hva som er gjenkjenbart for øret legges fram som en objektiv standard, vil det være betydelige innslag av subjektivitet, avhengig av hvem som til syvende og sist skal avgjøre spørsmålet. En vurdering fri for subjektivitet er trolig ikke oppnåelig, dersom vi mennesker skal stå bak. Digitale løsninger brukes for å fange opp ulovlig benyttelse av andres musikk i andre tilfeller, men så lenge det er ”øret” som skal bedømme, vil slike løsninger være uaktuelle. Eller vil de det?

Etter ordlyden skal vurderingen baseres på det menneskelige øret, uavhengig av de komplikasjoner det potensielt vil kunne medføre. En annen tilnærming ville vært å bruke såkalte ”content ID”-applikasjoner som *Shazam* eller lignende, men slik jeg ser det vil det vil innebære et utvidende tolkning som i stor grad vil komme brukeren i disfavør. Dette fordi med nåtidens teknologi ville trolig digitale hjelpemidler gjort det bortimot umulig å anvende samples uten at de ville kunne gjenkjennes likevel. Resultatet ville harmonert dårlig med målet om en rettfærdig balanse av rettigheter.

I denne sammenheng skal det nevnes at EUs Digitalmarkedsdirektiv (heretter DSM-direktivet)<sup>65</sup> i disse dager er til vurdering i EØS/EFTA-statene. Direktivet har som formål å gjennomføre en ytterligere harmonisering av lovgivningen om opphavsrett og nærstående rettigheter i det indre marked. Direktivet inneholder blant annet regler om forholdet mellom plattformtilbydere og rettighetshavere når det gjelder brukeroppladet innhold og regler som skal sikre rimelig vederlag til opphavere og utøvende kunstnere.<sup>66</sup> Alan Hui, Postdoktor ved UiO, har drøftet konsekvensen av ugjenkjennelighetsvilkåret som et verktøy for å vekke tilfeller som opplastes på content-platformer:<sup>67</sup>

Hui argumenterer for at plattformer i framtiden burde undersøke om samples er ugjenkjennelige for øret når brukere laster opp innhold, eksempelvis en remiks på plattformen Soundcloud. Han hevder at denne vektingen av oppladet innhold vil føre til at plattformer vil ta i bruk

---

<sup>65</sup> Direktiv (EU) 2019/790

<sup>66</sup> regjeringen.no (opprettet 2016)

<sup>67</sup> Hui (2019a)

automatiske algoritmer som gjenkjennelighetsverktøy for å avgjøre hvorvidt det opplastede materialet er gjenkjennbart for øret. Siden direktivet ikke nevner noe om ”transparency, due process and public oversight”, vil det være vanskelig å forsikre at plattformer implementerer loven som tiltenkt, noe som kan føre til at spørsmålet om gjenkjenbarhet blir adskilt fra det menneskelige øret. Hui advarer mot konsekvensen av blind anvendelse av opphavsretten på nevnte plattformer uten riktig tilpasning. Hvordan Pelham-formuleringen vil virke sammen med anvendelsen av DSM-direktivet vil tiden vise. Poenget viser imidlertid hvordan en tilsynelatende snever problemstilling kan få hvidtrekkende og uante konsekvenser.

Slik vilkåret oppstilles gis det liten forutberegnelighet for brukeren, som ikke vet noe om hvor terskelen går. I ytterste konsekvens kan dette hemme kreativiteten ved at potensielle brukere vegrer seg mot bruk av samples i egen produksjon. De potensielle følgene av dette har en rettspolitisk side og må forbeholdes en annen fremstilling enn denne.

#### 4.2.3 Implementering i den tyske domstolen

Etter *Pelham* var den tyske høyesterett (Bundesgerichtshof eller BGH) nødt til å ta stilling til saken på nytt, nå i lys av dette nye vilkåret. BGH fant at implementeringen av vilkåret best løses ved å anvende en gjennomsnittslytter som standard for å avgjøre spørsmålet om gjenkjennelighet.<sup>68</sup> I dommen begrunnes dette med at dette publikum best reflekterer målet om balanse mellom produsentens økonomiske interesse og artistisk frihet.

Hvis målet er å oppnå balanse, vil man gjerne holde seg et sted i midten, slik at momentet ikke tipper i den ene eller andre retningen. I overført betydning vil det si at om en velger å operere med det trente øret som standard for å vurdere gjenkjennelighet så vil resultatet fort tippe i favør rettighetshaver, da musikkutdragene med større sannsynlighet vil kunne gjenkjennes. Motsetningsvis vil personen som knapt har hørt på musikk lite trolig kunne plukke opp musikalske trekk som går igjen i ny musikk, noe som i praksis vil medføre en svakere beskyttelse for rettighetshaver dersom standarden settes ved denne lytteren. Med andre ord vil gode grunner tale for bruken av gjennomsnittslytteren som standard for å vurdere gjenkjennelighet, dersom målsetningen er å oppnå balanse mellom rettighetene.

Etter behandlingen i EU-domstolen endte den tyske domstolen med å konkludere at det omtvistede lydfragmentet var gjenkjennbart for øret, og dømte således i favør saksøkerne. Det ble altså konstatert at bruken av samplet var et brudd på produsentrettighetene.

---

<sup>68</sup> ZR 115/17 (”Metall auf Metall IV”) (min oversettelse) avsnitt 29

#### 4.2.4 *Pelham*-formuleringen anvendt i norske domstoler

Spørsmålet blir etter dette hvilken konsekvens avgjørelsen vil få for norske domstoler. Dersom vi holder oss til vilkåret om gjenkjenbarhet, vil domstolene måtte anvende det nye vilkåret på lik linje med de tyske domstolene. Som nevnt ble det ikke i EU-domstolen lagt føringer for praktiseringen av vilkåret. Det er imidlertid lite sannsynlig at vi i Norge vil se en rettsanvendelse som skiller seg særlig fra den tyske. Altså vil vi trolig også her komme til å ta utgangspunkt i den gjennomsnittlige lytteren av musikk for å avgjøre hvorvidt et sample er gjenkjennelig for øret. Det vi kan slå fast med sikkerhet er imidlertid at produsentvernet ikke lenger er så absolutt som ordlyden tilsier, og en krenkelsesvurdering vil måtte suppleres av *Pelham*-formuleringen.

#### 4.2.5 Et krav om modifikasjon?

Et siste tankekors ved vilkåret som ble introdusert i *Pelham* er at ugjenkjenneligheten synes å måtte resultere fra en endring av samplet og ikke av andre grunner (da gjerne varighet, som jo ofte er det sentrale i saker av denne natur). Dommens ordlyd er at samplet må være ”modified” på en måte som gjør det ugjenkjennelig. En direkte oversettelse av ”modify” er å modifisere. Synonymt med å modifisere er å endre, som også er ordlyden som velges i den danske oversettelsen av dommen. Hovedpoenget er uansett at domstolen konkretiserer at samplet må være forandret på et vis som gjør det ugjenkjennelig i en ny fremstilling. Selve kjernen i det nye vurderingsmomentet er utvilsomt spørsmålet om gjenkjennelighet. Men det som allerede oppleves som et vanskelig vilkår å anvende kompliseres likevel ytterligere av at domstolen synes å oppstille et krav om at det er *modifikasjonen* som skal skille samplet fra det som samples.

Igjen utdypes ikke dette ytterligere, og selve anvendelsen tilfaller de nasjonale domstolene. Vilkaåret om at samplet må modifiseres reiser interessante spørsmål. Er modifieringskravet absolutt? Og i så fall, utelukker det fremtidig anvendelse av for eksempel de minimis-regler på lignende spørsmål. Sistnevnte vil bli behandlet i neste kapittel, om alternative hjemmelsgrunnlag.

### 4.3 Hva med resten?

#### 4.3.1 Innledning

*Pelham*-dommen gjaldt rekkevidden av produsentvernet. Følgelig ble vilkåret om gjenkjenbarhet introdusert med tvister om produsenters rettigheter for øyet. Eventuelle konsekvenser dette ville kunne få for andre rettighetshavere ble ikke drøftet av domstolen. Som denne oppgaven illustrerer knytter det seg gjerne også andre rettigheter til et stykke musikk. I dette tilfellet har jeg valgt å undersøke rettstilstanden slik den relaterer seg til både opphavsmann og utøvende kunstner, i tillegg til produsenten. Av den grunn vil jeg forsøke å si noe om hvilken konsekvens EU-domstolens formulering kan få for både komponister og artister i framtidige spørsmål om uautorisert bruk av sampling.

#### 4.3.2 Artisten

Den utøvende kunstner, eller artisten som jeg her velger å kalle denne, har etter åvl. § 16 enerett til å råde over sin fremføring av et verk ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplarer av et *opptak* av fremføringen, jf. bokstav b. Som ordlyden tilsier, er det bruken av selve *opptaket* som her vernes. Overført til spørsmålet om sampling vil det kort sagt bety at en bruker benytter seg av et opptak av artisten i fremstillingen av eget materiale. Selve rekkevidden av vernet er drøftet mer utførlig ovenfor og vil ikke bli repetert. Jeg viser til det som er skrevet om utøvervendende kunstnere i punkt 3.4.

At dens opptak er gjenstand for vern, har utøvende kunstner til felles med produsenten. Det er dermed naturlig å spørre om vilkåret om gjenkjennelighet også gjelder for spørsmålet om utøververnet. For å forsøke å svare på det vil jeg se på hensynet bak de ulike vern.

Produsenten er den som har forestått produksjonen, da ofte i form av investering. Det er altså tale om et rent investeringsvern. Følgelig vil enhver bruk av opptaket til innspillingen være vernet - selv de minste deler. Dette utgangspunktet er som kjent nyansert etter *Pelham*-dommen. Tankegangen er at samples som er modifisert i den grad at de ikke lenger er gjengkjennelige, ikke representerer en eksemplarfremstilling av opptaket, noe som igjen betyr at den opprinnelige investeringen ikke trues på noe vis.

Utøvende kunstners rettigheter er på lik linje med produsentens rettigheter en del av de såkalte nærstående rettighetene. Felles for disse er i stor grad beskyttelse på bakgrunn av resultater av teknisk eller økonomisk art, i motsetning til opphavsrettighetene som gir vern for det kreative. Rettighetene til utøvende kunstnere, som har hjemmel i åvl. § 16, havner likevel noe på siden. Når det gjelder de utøvende kunstners prestasjoner er disse ofte av en annen karakter. Riktignok dreier det seg ofte også her om produksjoner av stor økonomisk verdi, men fremtredende er rettighetenes personlige karakter. Reglene om såkalt sekundærbruk av disse prestasjonene har en tydelig parallell til det som gjelder om lydopptaksprodusentenes rettigheter til opptakene. Likevel er det en vesentlig forskjell i at kunstneren selv er med i opptaket – som Rognstad skriver - ”nesten bokstavelig talt med kropp og sjel”.<sup>69</sup> Vernet har på mange måter mer til felles med beskyttelsen som gis opphavere av verk.

Dersom man skal legge seg på linje med EU-domstolen også i spørsmål som knytter seg til den utøvende kunstner så vil det kun være et spørsmål om det foreligger eksemplarfremstilling av et opptak i relasjon til sampling dersom det kvalifiserte ved prestasjonen ivaretas i en modifisert og for øret *gjenkjennelig* form. Terskelen for vern for utøvende kunstnere er dermed noe høyere sammenlignet med for fonogramprodusenten, hvor jo vernet i utgangspunktet er absolutt.

---

<sup>69</sup> Rognstad (2019a) s. 384

*Pelham*-dommen synes altså ikke å endre på dette. Poenget presenteres av *Schipper*<sup>70</sup>, og er et av få bidrag som diskuterer dommens innvirkning på utøvende kunstnere. EU-domstolen unngikk også å si noe om hvordan spørsmålet om sampling burde løses med hensyn til hverken utøvende kunstnere eller opphavere. Videre synes ikke litteraturen på området å problematisere hvordan, om i det hele tatt utøververnet påvirkes av det nye vilkåret.

Når det gjelder utøververnet kan det imidlertid sies at poenget som skisseres ovenfor harmonerer godt med Høyesteretts uttalelser i blant annet Rt. 2010 s. 366, om en nedre grense for selve fremføringen i utøververnet.<sup>71</sup> Retten konkluderte i *Pelham* med at "...reproduction by a user of a sample, even if very short, of a phonogram must, in principle, be regarded as a reproduction "in part" of that phonogram..."<sup>72</sup>, og sa derved at produsentvernet var absolutt, før det ble balansert opp mot grunnleggende rettigheter og nyansert i form av det nye vilkåret. Men det var aldri tale om noen nedre grense. Den nedre grensen for beskyttelse for utøvende kunstnere vil alltid gå ved arten av det som presteres. Altså vil det alltid bli et spørsmål om arten av det som samples - om det oppfyller kravet til kunstnerisk prestasjon. En annen måte å se dette på er dersom delen som samples ikke oppfyller kravet til kunstnerisk prestasjon vil det ikke kunne være tale om en eksemplarframstilling, selv om delen er modifisert og fortsatt gjenkjennelig for øret. Slik sett vil et vilkår om gjenkjennelighet, slik som det er formulert i EU-domstolen, trolig ikke være anvendbart når spørsmålet omhandler utøvende kunstnere.

#### 4.3.3 Komponisten

En komponist vil kunne gjøre gjeldende opphavsrettigheter til et verk dersom vilkårene for vern er oppfylt. Fra den tidligere gjennomgangen har vi at det må foreligge et tilstrekkelig originalt bidrag fra den som hevder å ha opphavsretten. Krenkelse av opphavsrettigheter ble ikke anført av Kraftwerk da de gikk til sak mot Moses Pelham over samplet som ble benyttet i "Nur Mir". Følgelig ble ikke opphavsrettigheter drøftet av EU-domstolen da de ble forelagt henvendelsen fra den tyske domstolen. Man kommer likevel ikke unna å stille seg spørrende til hvilke ettervirkninger *Pelham* vil kunne få for opphavere ved lignende spørsmål.

I sin artikkel *Flexibility Grave – Partial Reproduction Focus and Closed System Fetishism in CJEU* drøfter Martin Senfleben avgjørelsens innvirkning på opphavsretten. Her tar forfatteren utgangspunkt i EU-domstolens fremgangsmåte i *Reha Training*-dommen hvor den slo fast at uttrykket "overføring til allmennheten" har samme betydning i både opphavsrettslig kontekst og i kontekst av nærstående rettigheter.<sup>73</sup> Han hevder at det samme vil være tilfellet hva gjelder

---

<sup>70</sup> Schipper (2019)

<sup>71</sup> Se dommens avsnitt 35

<sup>72</sup> Case C-476/17 *Pelham GmbH v Ralf Hütter* avsnitt 29

<sup>73</sup> Senfleben (2019) s. 762 med henvisning til C-117/15 *Reha Training* avsnitt 33-34

eksemplarframstilling, da spesielt med tanke på at *Pelham* omhandler eneretten som kan utledes av Infosoc-direktivet artikkel 2 og som tilkjenner både opphavsmenn og fonogramprodusenter rettigheter etter henholdsvis bokstav a og bokstav c.<sup>74</sup> Han tar så til ordet for at EU-domstolen kan gi spørsmålet om ”delvis reproduksjon” samme innhold som det som er gitt i *Pelham*-dommen.

Her må det imidlertid skilles noe mellom de to rettighetene. Hvor det i *Pelham* ble konkludert med at reproduksjon av selv helt minimale lydutsnitt i utgangspunktet ville utgjøre en krenkelse av produsentvernet, vil ikke det samme kunne gjelde for opphavsretten. Dette kan utledes fra *Infopaq*, hvor EU-domstolen slo fast at selv de mindre utsnittene det er tale om må ”contain elements which are the expression of the intellectual creation of the author of the work”<sup>75</sup>, for at det skal være tale om en delvis reproduksjon. Dette fordi ulike hensyn begrunner de ulike formene for vern.

Sett bort fra terskelforskjellen er det likevel tilsynelatende lite grunnlag for å skille her. Poenget er det samme: vernede elementer fra en kreasjon innarbeides i en annen, hvilket skulle bety at det etter sin ordlyd foreligger en krenkelse Infosoc-direktivets artikkel 2 i form av en delvis reproduksjon, uavhengig av hvor mye disse elementene måtte bli bearbeidet av brukeren i den nye kreasjonen.

*Senftlebens* argumentasjon synes å støtte dette. Han går et skritt videre og skisserer scenarioet hvor EU-domstolen, i fravær en harmonisert bearbeidelsesrett i Infosoc-direktivet, blir nødt å fokusere på delvis reproduksjon. Resultatet av dette bli at brukerens kreative innsats i det avledede verket ikke blir tatt med i beregningen.

Det er ikke mulig å si med sikkerhet hvordan EU-domstolen vil komme til å gå fram i ved et eventuelt spørsmål om opphavsrettskrenkelse. Basert på Infosoc-direktivets uttalte målsetning om harmonisering av medlemsstatenes lovgivning på området for opphavsrett og nærstående rettigheter, vil en situasjon som drøftet ovenfor kunne være riktig fremgangsmåte. For de nærstående rettigheter har vi ingen regel i nasjonal rett som åpner for bearbeidelse. En slik rett har imidlertid brukere av *verk* etter åvl. § 6, som jo også åpner for at det kan oppstå selvstendige verk med grunnlag i originalverket. Sannsynligvis vil et slikt spørsmål løses med utgangspunkt i denne bestemmelsen, med mindre EU-domstolen konkret sier noe annet.

---

<sup>74</sup>Senftleben (2019) s. 762

<sup>75</sup> Case C-5/08 *Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening*, avsnitt 39



## 5 Alternative hjemmelsgrunnlag

Følgende avsnitt bygger videre på enkelte av de løsningene som ble påberopt for de tyske domstolene og spørsmål som ble forelagt for EU-domstolen. Hensikten med den videre drøftelsen er dels å redegjøre for ulike hjemmelsgrunnlag som er fremmet som potensielle unntak fra musikkrettighetene og dels å utfordre domstolens konklusjoner der den har uttalt seg om disse.

### 5.1 De minimis-prinsipp som hjemmelsgrunnlag

Et naturlig spørsmål å stille når en snakker om rekkevidden av vern er hvor terskelen skal gå for å oppnå vern. Med andre ord, kreves det en kvalifisert bruk før man kan tale om en krenkelse av en annens rettigheter? Når det gjelder sampling så vil det i stor grad være et spørsmål om kvantitet – går det en grense for hvor stor *mengde* som lovlig kan tas i bruk.

Det har i teorien vært hevdet at såkalte de minimis-regler kan brukes som hjemmelsgrunnlag for å tillate sampling.<sup>76</sup> Jeg vil i dette kapitlet undersøke denne påstanden nærmere.

*De minimis non curat lex* – retten interesserer seg ikke for bagateller.<sup>77</sup> Prinsippet er utslag av en tanke at om at enkelte spørsmål er for små til å fortjene rettens behandling. Eller sagt med andre ord: retten skal kun bry måtte seg om å håndheve spørsmål av en viss signifikans. Prinsippet kommer ikke eksplisitt til uttrykk i norsk lov, og jeg har heller ikke funnet eksempler på at prinsippet har blitt påberopt i norsk rett. Et konkret utslag av de minimis-tankegangen finnes imidlertid i nåværende åndsverklov § 30.

Av åvl. § 30 følger det at ”et offentliggjort verk kan medtas i verk eller annet materiale der det utgjør en del av bakgrunnen eller tilsvarende måte spiller en tilfeldig eller underordnet rolle i sammenhengen”. Regelens begrunnelse er at det i slike tilfeller ofte vil være upraktisk og uhensiktsmessig å innhente samtykke, samtidig som gjengivelsen ikke vil gripe inn i opphaverens berettigede interesser.<sup>78</sup> Spørsmålet blir om bestemmelsen kan anvendes som hjemmel for å tillate sampling i norsk rett.

Ordlyden ”tilfeldig” tilsier at medtakelsen av verket ikke med hensikt tas med i det nye verket eller materialet. Når det gjelder er det vanskelig å se for seg tilfeller hvor et verk tilfeldig medtas i et annet. Det ligger implisitt i det å sample noe at man har en intensjon med hva man gjør. Dersom noe tilfeldigvis tas med gjør man trolig noe helt annet enn å sample. Videre kan medtakelsen godtas hvor den spiller en ”underordnet” rolle i sammenhengen. ”Underordnet

---

<sup>76</sup> Se blant annet Rognstad (2019a) s. 418

<sup>77</sup> Rognstad (2019a) s. 183.

<sup>78</sup> Rieber-Mohn (2019) note 48

rolle” kan synes å bedre beskrive bruken av samples slik disse ofte kommer til uttrykk i en ny frembringelse. Det fremgår imidlertid av åndsverkslovens forarbeider at dersom bruken er bevisst valgt, f.eks. for å krydre eget verk eller egen fremstilling, vil bestemmelsen ikke kunde anvendes.<sup>79</sup> Som nevnt vil sampling i de aller fleste tilfeller vær noe man gjør bevisst. Hvorvidt det er gjort for å krydre eget verk eller fremstilling vil derfor være av underordnet betydning. Bestemmelsen må etter dette vanskelig kunne sies å være anvendelig på sampling-tilfeller.

Likevel, ”de minimis-prinsippet” er et klokt prinsipp, som bør kunne påberopes på opphavsrettens område”, hevder Rognstad.<sup>80</sup> I dansk teori gis prinsippet en enda mer fremtredende betydning. Schovsbo mfl. skriver at ”...de minimis-principet er et yderst viktig og centralt ophavsretslig grundprincip”.<sup>81</sup> I forlengelsen av det trekker han opp momenter for de minimis-vurderingen. Problemet er at momentene ligner på de som oppstilles i åvl. § 30, og er likeledes lite egnet til å begrunne sampling.

Men dersom vi legger til grunn at de minimis-prinsippet er både klokt og ytterst viktig er spørsmålet om det ikke også bør kunne ha noe for seg når det kommer til spørsmål om sampling. Problemstillingen ble drøftet av GA i hans forslag til avgjørelse i *Pelham*-saken.

Det første spørsmålet EU-domstolen i fikk forelagt var hvorvidt Infosoc-direktivet artikkel 2 bokstav c skulle tolkes som at sampling krenker originalprodusentens enerett til å fremstille sitt fonogram. Den ankede part hadde anført at det ikke ville foreligge en krenkelse basert på analogibetraktninger som knyttet seg til EU-domstolens praksis omkring opphavsrettlig vern.<sup>82</sup> I korte trekk gikk argumentasjonen ut på at produsentvernet kun omfattet deler av fonogrammet som er lange nok til å representere totalinvesteringen som er lagt ned. På lik linje som en del av en frembringelse som ikke inneholder elementer som er uttrykk for opphavsmannens egen intellektuelle frembringelser ikke vil ha vern<sup>83</sup>, burde små uttak fra et fonogram som ikke truer produsentens finansielle interesser ikke falle inn under produsentens enerett. Tanken var dermed at produsentenes rettigheter måtte overstige en de minimis-terstel, som også gjaldt for opphavsvernet.

GA på sin side hevder i sin utredning av spørsmålet blant annet at verksdeler som isolert sett ikke har vern, men som samlet vernes ikke er utslag av et de minimis-prinsipp og at EU-domstolens argumentasjon i tidligere saker hva gjelder utdrag fra verk, ikke har

---

<sup>79</sup> Prop. 104 L (2016-2017) s. 325.

<sup>80</sup> Rognstad (2019a) s. 183

<sup>81</sup> Schovsbo (2015) s. 291

<sup>82</sup> Opinion of Advocate General Szpunar on Case C-476/17, avsnitt 28

<sup>83</sup> Se blant annet Case C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbladets Forening

overføringsverdi til fonogrammer. Dette fordi et fonogram ikke er laget av deler som hver for seg ikke har vern, men som et uatskillelig hele.<sup>84</sup>

GA følger her på mange måter det som tidligere hadde blitt slått fast i tyske domstoler – at all bruk av samples skulle klareres av rettighetshaver. På denne måten hadde de også i praksis avvist muligheten for å anvende et de minimis-prinsipp på slike saker.

I EU-domstolen avviser retten, i tråd med det som er sagt ovenfor, at de-minimis-prinsippet er anvendelig for korte opptak og at produsentvernet i utgangspunktet er absolutt, men introduserer gjenkjennelighetsvilkåret etter en avveining mot grunnleggende rettigheter. *Kielland* hevder at begrensningen knyttet til opptak som er modifisert på en slik måte at det ikke er gjenkjennelig for øret introduseres for å kompensere for mangelen på et de minimis-unntak, slik at produsentvernet ikke skal være absolutt.<sup>85</sup> Rognstad på sin side, synes å mene at grensen mot sampling som ikke innebærer en gjenkjennelig bruk av opptaket kan hevdes å gi uttrykk for en slags ”de minimis-regel.”<sup>86</sup> og presiserer i sin omtalelse av dommen i *Nytt i privatretten* at, selv om EU-domstolen mener at det teknisk sett vil foreligge en eksemplarframstilling også i denne situasjonen så vil den være ubetydelig og ikke komme i konflikt med investeringsformålet som produsentbeskyttelsen skal ivareta.<sup>87</sup> De to synspunktene er ikke nødvendigvis motsigende.

Det som er sikkert er at EU-domstolen ikke eksplisitt tok stilling til et eventuelt de minimis-unntak, tross GAs redegjørelse i hans anbefaling. En konkret uttalelse ville utvilsomt bidratt til rettsavklaring. På en annen side er det kanskje av mindre betydning hva man kaller fremgangsmåten, når resultatet er det samme

Jeg unngår her å skille mellom de ulike former for vern når det kommer til anvendelsen av de minimis-regler. Spørsmålet om behovet for slike regler kommer gjerne mer på spissen når det gjelder produsentrettighetene. Dette fordi det for opphavsrettigheter allerede eksisterer mekanismer som nyanserer spørsmålet om vern. Lignende kan også sies å foreligge for utøvende kunstnere hvor jo sekvensen som skal brukes må inneholde en fremføring av kunstnerisk art og med kunstneriske pretensjoner. Produsenter på sin side, nyter i utgangspunktet absolutt vern.

---

<sup>84</sup> Opinion of Advocate General Szpunar on Case C-476/17 avsnitt 30

<sup>85</sup> *Kielland* (2020)

<sup>86</sup> Rognstad (2019a) s. 418

<sup>87</sup> Rognstad (2019b) s. 14

*Pelham*-dommen har gitt oss lite i form av et sikkert hjemmelsgrunnlag for de minimis-regler. En kan utvilsomt trekke paralleller mellom et gjenkjennelighetsvilkår og et de minimis-prinsipp, slik det har blitt argumentert for ovenfor. På en annen side kan det at domstolen er taus om dens eventuelle anvendelse av prinsippet tas til inntekt for at det ikke er hjemmel for å anvende det på et generelt grunnlag. Prinsippet har unektelig en plass i EU-retten, og det synes å være belegg for å si at enkelte regler i for eksempel Infosoc-direktivet er direkte utslag av en de minimis-tankegang og at man kan hjemle prinsippet i disse.<sup>88</sup> Men som for tilfellet med åvl. § 30 vil ikke disse være anvendelige på spørsmål om sampling.

I mangel på konkrete hjemmelsgrunnlag sitter vi igjen med et spørsmål om hvorvidt det *bør* være mulig å anvende de minimis-regler for å tillate sampling. Gode grunner kan tale for at det vil føre til en mer balansert avveining dersom de minimis-regler anvendes som en sikkerhetsventil for de tilfeller hvor bruken av en annens verk eller opptak anses for å være ubetydelig.

Fra amerikansk rett kan en for eksempel tydelig se en oppmykning i anvendelsen av de minimis-regler. Fra utgangspunktet ”get a license or do not sample”<sup>89</sup>, praktisert gjennom den såkalte ”bright-line rule”, har retten i senere tid staket en ny kurs ved å fravike den absolutte tilnærmingen til musikkrettigheter basert på en de minimis-tankegang.<sup>90</sup> Rent rettskildemessig vil ikke amerikansk rett ha direkte innvirkning på verken norsk- eller EU-rett forøvrig. Likevel kan det ha noe for seg å sammenligne eventuelle likheter eller ulikheter i domstolenes argumentasjon. Opphavsretten lever ikke i et vakuum og slike komparative synspunkter vil trolig kunne gagne både brukere og rettighetshavere.

En eventuell anvendelse av de minimis-regler gir imidlertid opphav til en rekke spørsmål som må besvares. På lik linje med uklarheten i gjenkjennelighetsvilkåret, vil det bli spørsmål om den praktiske anvendelsen av en de-minimis terskel. GA peker blant annet på praktiske vanskeligheter i form av å fastsette selve terskelen. Skal det være tale om en ren kvantitetsvurdering hvor kun lengden av samplet tas i betraktning? Eller skal også kvalitative betraktninger spille inn, i form av betydningen utdraget får i den nye fremstillingen? Slike, og flere spørsmål må trolig besvares før prinsippet kan være med på å skape et forutsigbart spillerom og gode løsninger for begge parter.

Det er ette dette vanskelig å se at det foreligger et hjemmelsgrunnlag for å tillate sampling etter de minimis-prinsippet konkret. Med formuleringen i *Pelham* nærmer domstolen seg trolig en

---

<sup>88</sup> Se for eksempel Infosoc-direktivet artikkel 5(3)(d), (k) og (o)

<sup>89</sup> *Bridgeport Music, Inc v. Dimension Films* avsnitt 47

<sup>90</sup> Se *VMG Salsoul, LLC v. Ciccone*

slik tankegang, uten at dette kommer til eksplisitt uttrykk. Siste ord er med god sannsynlighet ikke sagt i saken og spørsmålet kan komme til å bli tatt opp av EU-domstolen på et senere tidspunkt.

## 5.2 Sitatretten som hjemmelsgrunnlag

Sitatretten har av mange blitt nevnt som et mulig hjemmelsgrunnlag for å tillate sampling.<sup>91</sup> Spørsmålet ble også behandlet i *Pelham*-dommen. Jeg vil i dette kapitlet se nærmere på reglene om bruk av sitat, både etter nasjonal- og EU-rett, post-*Pelham*, og se hvordan disse reglene potensielt kan anvendes på spørsmål om sampling.

Etter åvl. § 29 er det ”tillatt å sitere fra et offentliggjort verk i samsvar med god skikk og i den utstrekning formålet betinger”. Ordlyden ”sitere fra” antyder at det er deler av verket som kan gjengis. Altså vil regelen i utgangspunktet kunne fange opp tilfeller av sampling, som per definisjon omhandler uttak av deler fra et større hele. Det er videre sikker rett at det kan siteres for å berike fremstillingen i et nytt verk<sup>92</sup>, noe som fanger opp formålet bak de fleste tilfeller av sampling. Åvl. § 29 regulerer sitat fra ”verk”, noe som i utgangspunktet knytter regelen til opphavsrettighetene. Regelen gjelder imidlertid tilsvarende for utøvende kunstnere og produsenter, jf. §§ 16 femte ledd og 20 fjerde ledd.

Åvl. § 29 gjennomfører Infosoc-direktivet artikkel 5 nr. 3 bokstav d, hvor det fremgår at medlemsstatene i egen lovgivning kan innføre unntak fra eller innskrenkninger for ”citerer med henblik på formål som kritik eller anmeldelser, forudsat at...citerne er i overenstemmelse med god skik...” Etter sin ordlyd er ikke sitatretten forbeholdt kritikk eller anmeldelser, men kan relatere seg til annen lignende bruk av verk, jf. ”som”. Kravet om at sitatbruken skal være i overenstemmelse med god skikk gir medlemsstatene en betydelig skjønnsmargin i hvordan det gjennomføres.<sup>93</sup>

Et av spørsmålene EU-domstolen ble forelagt i *Pelham* var hvorvidt sitatretten kunne påberopes som hjemmelsgrunnlag for sampling. Mer konkret var spørsmålet hvorvidt Infosoc-direktivet artikkel 5 nr. 3 bokstav d ”skal fortolkes således, at begrepet ”citerer” i denne bestemmelse omfatter en situation, hvor det ikke er muligt at identificere det pågældende værk ved hjælp af det omhandlede citat”<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> Se for eksempel Rognstad (2019a) s. 414

<sup>92</sup> Se blant annet Rt. 2010 s. 366 avsnitt 38

<sup>93</sup> Case C-516/17 GC Spiegel Online GmbH v Volker Beck avsnitt 28

<sup>94</sup> Case C-476/17 GC Pelham GmbH v Ralf Hütter avsnitt 66.

I mangel på en legaldefinisjon av ”citater” tok retten utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse og definerte et sitat utifra dets vesentligste kjennetegn som var at ”en bruker, som ikke er ophavsmand til citatet, anvender et værk eller mere generelt et uddrag af et værk med henblik på at illustrere en ytring, forsvare et synspunkt eller muliggøre en intellektuel sammenligning af dette værk og nævnte brugers ytringer”.<sup>95</sup>

I samme avsnitt foretok retten en ytterligere kvalifisering til bruken, hentet fra GAs forslag til avgjørelse i saken: Bruken av sitatet skulle ha ”til hensikt å indgå i et samspill med dette værk.” I den engelske versjonen brukes formuleringen ”enter into a dialogue” om samme poeng. Disse vil i den videre fremstillingen bli brukt om en annen. Overført til spørsmålet om sampling er altså forutsetningen for bruk av sitatretten på samples med andre ord at den som sampler *har til hensikt å inngå i dialog eller samspill* med musikken vedkommende har hentet samplet fra.

EU-domstolens tolkning av spørsmålet, innebærer utvilsomt en innskrenkning av sitatretten. For det første innfortolkes det et tilleggsvilkår til forståelsen av sitat i form av et krav om samspill mellom sitatet og det siterte. Med henvisning til GAs argumentasjon konkluderer domstolen så med at et slikt samspill ikke er mulig ”når det ikke er mulig at identificere det pågældende værk, ved hjælp af det omhandlede citatet.”<sup>96</sup> Med andre ord må det som samples kunne identifiseres i den nye frembringelsen for å konstatere et sitat. For det andre vil de resterende vilkår på toppen av dette også måtte være oppfylt.

Etter min mening er det grunn til å problematisere tilleggsvilkårene som her oppstilles av EU-domstolen. Med de resterende vilkårene, siktes det til de som fremgår av Infosoc-direktivet artikkel 5 nr. 3 bokstav d, som også er gjennomført i norsk rett gjennom åndsverkloven. Disse anser jeg ikke som problematiske. Tilleggsvilkårene som oppstilles, er imidlertid at det må være en intensjon om dialog og at en slik dialog ikke er mulig når det ikke er ”possible to identify” samplet i den nye fremstillingen.<sup>97</sup> Jeg ser her bort i fra at GA og EU-domstolen synes å bruke ordet ”verk” selv om saken gjelder et opptak.

Domstolen valgte å følge GAs tolkning av Infosoc-direktivet artikkel 5 nr. 3 bokstav d om at det sitatet må inngå i dialog med verket som siteres. Selve innholdet i vilkåret utdypes ikke. Det blir dermed naturlig å stille spørsmålet om hva slags meningsinnhold man skal tillegge ”dialog” i disse tilfellene. I følge GA må sitatet ”enter into some kind of dialogue with the work quoted. Whether in confrontation, as a tribute to or *in any other way, interaction between the quoting*

---

<sup>95</sup> Sag C-476/17 GC Pelham GmbH mod Ralf Hütter avsnitt 71

<sup>96</sup> Sag C-476/17 GC Pelham GmbH mod Ralf Hütter avsnitt 73

<sup>97</sup> Case C-476/17 GC Pelham GmbH v Ralf Hütter avsnitt 73-73

*work and the work quoted is necessary* (min utheving).<sup>98</sup> Forfatterne Aplin og Bently har drøftet spørsmålet og argumenterer for en bred tolkning av vilkåret ”dialog”. De hevder blant annet at GAs referanse til ”or in any other way, interaction” mellom kilden og den andre fremstillingen, bør forstås bredt og at begrepet ikke begrenses til eksemplene som fremstilles, hverken av GA eller EU-domstolen.<sup>99</sup> At begrepet skal forstås bredt bør det, etter min mening, ikke være tvil om. Vilklårene for sitatbruk fremgår tydelig av direktivteksten, og en særlig innskrenkende tolkning av denne, ved for eksempel å innfortolke tilleggsvilkår, er det vanskelig å se at det foreligger grunnlag for. At ytterligere begrensninger utover de som er fastsatt i direktivteksten ikke bør innføres følger også av EU-domstolens praksis og ble blant annet slått fast i *Deckmyn*.<sup>100</sup> Uttalelsene i saken, som omhandlet parodiunntaket i Infosoc-direktivet artikkel 5 nr. 3 bokstav d blir åpenbart ikke fulgt i GAs ordlydsfortolkning av sitatunntaket. Heller ikke EU-domstolen problematiserer dette.

For at det skal foreligge en dialog må verket videre være ”possible to identify”.<sup>101</sup> Med andre ord vil det ikke foreligge en dialog der det ikke er mulig å identifisere verket som blir samlet ved hjelp av sitatet. Domstolen synes her å følge GAs uttalelser om at sitatet skulle være ”unaltered and distinguishable” og inkorporert i det nye verket ”without modification”.<sup>102</sup> Etter sin ordlyd, er det likevel langt mellom tersklene GA og domstolen synes å legge opp til. At noe skal være identifiserbart betyr ikke nødvendigvis at det ikke kan være endret i noen grad. Domstolens formuleringer reiser i denne forbindelse en rekke spørsmål, ikke ulikt situasjonen for ugjenkjennelighetsvilkåret som er drøftet ovenfor.

For det første oppstiller domstolen tilsynelatende et inngangsvilkår i at det som samples må være ”possible to indentify”. Videre fremgår det at det som samples må være ”recognisable to the ear”.<sup>103</sup> Hvorvidt disse skal behandles som to ulike vilkår eller som et samlet spørsmål om identifikasjon er uklart. Etter min mening gjelder det et samlet vilkår om gjenkjennelighet eller identifikasjon, hvor sistnevnte nyanserer det første. Det oppstår uansett et spørsmål om domstolen referer til samme konseptet om gjenkjennelighet som den brukte i drøftelsen om eksemplarframstilling. Som nevnt tidligere kom retten da fram til at et sample som er ”unrecognisable to the ear” i et nytt verk, ikke vil være en eksemplarframstilling av det tidligere verket, etter Infosoc-direktivet artikkel 2 bokstav c. Overført til spørsmålet om sitat vil den samme tilnærmingen tilsi at presumsjonen må være at sitatet skal være identifiserbart for *lytteren* eller *publikum*, og ikke brukeren. Dersom en legger denne presumsjonen til grunn blir

---

<sup>98</sup> Opinion of Advocate General Szpunar on Case C-476/17 avsnitt 64

<sup>99</sup> Aplin (2020) s. 212

<sup>100</sup> Case C-201/13 Johan Deckmyn, Vrijheidsfonds VZW v Helena Vandersteen avsnitt 24

<sup>101</sup> Case C-476/17 GC Pelham GmbH v Ralf Hütter avsnitt 74

<sup>102</sup> Opinion of Advocate General Szpunar on Case C-476/17 avsnitt 65

<sup>103</sup> Case C-476/17 GC Pelham GmbH v Ralf Hütter avsnitt 72

spørsmålet videre hvilken lytter vurderingen skal være knyttet opp mot. Hui argumenterer for at ”possible to identify” isolert sett legger opp til en lav terskel for sitatbruk, da selve identifikasjonen etter sin ordlyd kan knyttes til lyttere i alle format, det være mennesker eller andre.<sup>104</sup> Dersom man for eksempel anvender datateknologi vil man naturligvis lettere kunne identifisere et sample. At domstolen slår fast at det er øret som skal gjenkjenne samplet taler imidlertid for en lignende tilnærming som ved spørsmålet om eksemplarframstilling.

Spørsmålet ved en slik fremgangsmåte er om den innsnevrer mulighetene for sitatbruk i for stor grad, ved at terskelen for bruk av sitater settes for høyt. Sannsynligvis vil en gjennomsnittslytter ha problemer med å identifisere korte samples i nye framstillinger, spesielt om samplet er endret. Dette er ikke utenkelig selv for populærmusikk. Vanskeligere vil det naturligvis bli dersom det er tale om mer obskure sjangre, gjerne også uten tekst.

Rent praktisk står vi dermed igjen med en regel som i liten grad bidrar til å skape forutberegnelighet. Å fastlegge innholdet i ”dialog”-vilkåret vil som det står seg nå måtte bero på de nasjonale domstolenes skjønn og vi vil kunne komme til å oppleve forskjell i resultater som en konsekvens.

Et siste poeng som er verdt å ta opp i denne sammenheng, som domstolen unngår, er det subjektive elementet som ligger bak vilkåret om å ha til hensikt å inngå i samspill eller dialog. I artikkelen *The Pelham Chronicles* tar forfatterne til ordet for at ordlyden ”intend” (”hensikt”) legger til rette for at brukeren selv skal avgjøre om intensjonen med samplingen er å inngå i dialog med det den opprinnelige kreasjonen, uavhengig av hvor gjenkjennelig denne dialogen fremstår.<sup>105</sup> Forfatterne synes å legge til grunn at en slik tilnærming burde være tilstrekkelig, gitt at resten av vilkårene er møtt, og at vilkåret om gjenkjennelighet må komme i andre rekke om det i det hele tatt kreves utover brukerens subjektiv oppfatning.

Om man tar ordlyden helt bokstavelig har argumentet utvilsomt noe for seg. Ser en på GA Szpunar sine uttalelser virker imidlertid poenget å være et annet. I følge GA kreves det i utgangspunktet at sitatet er uendret, og at inkorporeres på en slik måte at det på enkelt vis kan skilles ut som et fremmedelement.<sup>106</sup> Domstolen, på sin side, taler imidlertid om at det må være ”possible to identify the work concerned by the quotation at issue”.<sup>107</sup> Hverken domstolen eller GA synes å vektlegge det subjektive elementet i hensikten som ligger bak. Heller ikke BGH drøftet vilkåret om hensikt da de igjen skulle behandle saken. I stedet ble det slått fast at det er

---

<sup>104</sup> Hui (2019b)

<sup>105</sup> Jütte og Quintais (2021) s. 7

<sup>106</sup> Opinion of Advocate General Szpunar on Case C-476/17 avsnitt 65

<sup>107</sup> Case C-476/17 GC Pelham GmbH v Ralf Hütter avsnitt 72-73



anerkjennelsen av et fremmedelement som utgjør grunnvilkåret for å konstatere en ”dialog” mellom to musikalske ”verk”.

Et subjektivt vilkår om intensjon virker etter det som er sagt ikke å inngå vurderingen av om sitatretten kan påberopes. Likevel kommer man ikke bort i fra at ordlyden legger opp til nettopp det. Den korrekte fremgangsmåte kan på dette punktet ikke sies å være fastlagt og spørsmålet vil fort kunne bli gjenstand for usikkerhet ved behandling i de nasjonale domstolene. Det er derfor hensiktsmessig å knytte noen kommentarer til den eventuelle praktiske anvendelsen av et slikt vilkår.

Dersom brukerens intensjon om hensikt skal være avgjørende for om sitatretten kan påberopes vil man trolig stå igjen med utfordringer i å fastsette rammene for vurderingen. I mangel på veiledning fra EU-domstolen vil de nasjonale domstolene måtte avgjøre hvordan brukerens hensikt skal bedømmes. Vil det være tilstrekkelig at brukeren selv hevder at den har til hensikt å inngå i dialog med det som samples? Det vil i så fall gi en svært lav terskel ved at det motsatte vanskelig lar seg bevise. En løsning, som er blitt fremsatt for å nyansere en slik fremgangsmåte, er at det fra samplern skal kreves en rimelig forklaring på dialogen som eventuelt forsøkes på, utover det rent trivielle.<sup>108</sup> Hvor en slik rimelighetsterskel skulle gått er imidlertid vanskelig å si noe konkret om. Uten klare rammer vil en slik løsning trolig føre til varierende resultater og lite forutsigbarhet både for rettighetshaver og bruker.

Problemstillingen som er drøftet her har så langt ikke rukket å bli behandlet i norske domstoler. I BGH ble det konkludert med at bruken av samplet på to sekunder ikke var tilstrekkelig til å utgjøre en ”dialog” mellom verkene. Domstolen hevdet at grunnvilkåret for å kunne konstatere at det foreligger en dialog var anerkjennelsen av et fremmedelement i det nye verket. Hvorvidt norske domstoler vil kunne komme til lignende resultat er uvisst. Det som synes mer klart er at man enn så lenge ikke kommer seg bort fra en tolkning av dialog eller samspill mellom verkene det gjelder. Dersom brukerens egen hensikt ikke blir vektlagt er anvendelsesrommet for sitatretten snevert. Unntaket vil være tilgjengelig for brukeren, men begrensningene som nå er innfortolket vil gjøre det vanskelig å påberope.

### **5.3 Om en analogisk anvendelse av åvl § 6.**

Den tyske opphavsrettsloven (Urheberrechtsgesetz, heretter UrhG) artikkel 24 gir adgang til fri bruk av opphavsrettslig beskyttede verk på nærmere vilkår. Regelen har klare likhetstrekk med åvl. § 6 annet ledd og var påberopt av saksøkte i *Metal auf Metal*-saken for å tillate samplingen av Kraftwerks låt. I opptakten til *Pelham* ble det i den tyske domstolen hevdet at regelen, som gir brukere et lovlig grunnlag til å skape nye og selvstendige verk gjennom å benytte

---

<sup>108</sup> Jütte & Quintais (2021) s. 8

eksisterende verk, kunne anvendes analogisk på beskyttede fonogram. Fremgangsmåten ble sett på som en måte å balansere rettighetene til opphavere og produsenter, hvor sistnevnte i utgangspunktet nøytt et absolutt vern for deres lydopptak, mens opphavsretten var avhengig av originaliteten av frembringelsen.

UrhG artikkel 24 har ingen tilsvarende bestemmelse for produsenter i Infosoc-direktivet. BGH henvendte seg derfor til EU-domstolen for å få rettsavklaring. Etersom Kraftwerk hadde påberopt seg produsentrettigheter etter Infosoc-direktivet, stilte retten EU-domstolen spørsmålet om medlemsstatene kan innføre bestemmelser som begrenser produsentvernet ”in such a way that an independent work created in free use of its phonogram may be exploited without the phonogram producer’s consent”.<sup>109</sup> EU-domstolen behandler dette som et spørsmål om hvorvidt EU-rettens unntak og begrensninger er uttømmende. Mer konkret drøfter domstolen ”whether a Member State may, in its national law, lay down an exception or limitation, other than those provided for in Article 5 of Directive 2001/29, to the phonogram producer’s right provided for in article 2(c) of Directive 2001/29.”<sup>110</sup> Domstolen konkluderer så med at Infosoc-direktivets artikkel 5 er uttømmende og følgelig at medlemsstater ikke kan innføre ytterligere unntak eller begrensninger i produsenters rettigheter.<sup>111</sup>

Konsekvensene av EU-domstolens uttalelser er altså at UrhG artikkel 24 ikke kan anvendes analogisk for produsenter. Tilsvarende må da også sies å gjelde for åvl. § 6 annet ledd. For å forstå domstolens rigide holdning til spørsmålet er det viktig å se nærmere på noen direktivets underliggende hensyn.

Det følger av Infosoc-direktivets fortale punkt 32 at listen over tilgjengelige unntak ”tilsiger at sikre det indre markedes funksjon” og at ”det er ønskelig, at medlemsstatene anvender disse undtagelser og innskrænknninger på ensartet vis”. Videre fremgår det av fortalens punkt 31 at ”Eksisterende forskelle hvad angår undtagelser og innskrænknninger...har direkte negative følger for det indre marked for ophavsret og beslægtede rettigheder, og til slutt at ”For at sikre, at det indre marked fungerer tilfredsstillende, bør definitionen af sådanne undtagelser og innskrænknninger i en vis grad harmoniseres”. Direktivets målsetning er etter altså å sikre det indre markedets funksjon, og dette gjøres best gjennom harmonisert lovgivning. Dersom medlemsstatene står fritt til å innføre egne unntakelser vil det indre markedet kunne trues. Problemet oppstår når EU-lovgivningen ikke samsvarer med medlemslandenes praksis.

---

<sup>109</sup> Case C-476/17 GC Pelham GmbH v Ralf Hütter avsnitt 25

<sup>110</sup> Dommens avsnitt 57

<sup>111</sup> Dommens avsnitt 65

Mange av medlemslandene har bestemmelser i sin nasjonale rett som regulerer bearbeidelser, og som åpner for en slags ”fri bruk” av verk som i så stor grad endres at det oppstår selvstendige verk. Vurderingen har da basert seg på tilførselen av originalitet fra brukeren sett opp det opprinnelige verket. Problemet er at Infosoc-direktivet ikke direkte regulerer bearbeidelser og et forsøk på harmonisering må derfor komme fra et annet sted. Senftleben drøfter problemstillingen, og hevder at domstolen fokuserer på delvis eksemplarframstilling som en måte å kompensere for en mangel på harmoniserte regler om bearbeidelse. Han argumenterer for at den dynamiske fremgangsmåten som en vurdering etter UrhG artikkel 24 eller åvl. § 6 annet representerer, ikke kan overleve ved en ”static focus on partial reproduction”<sup>112</sup>, som jo vil føre til krenkelse av produsenters enerett i nær sagt alle tilfeller.<sup>113</sup> Han hevder at *Pelham*-avgjørelsen er manglende i dette henseende, og tar til ordet for en løsning hvor den tyske fribruksregelen (*Freie Benutzung*) integreres i EU-retten. Vurderingen ville da blitt den samme for produsenter som for opphavere, som ville hatt enerett til eksemplarframstilling av selv de minste samples, *med mindre originale trekk i den første frembringelsen overskygges av nye, originale elementer som tilføres av brukeren*.

Dersom målsetningen er å oppnå en rimelig balanse, vil fremgangsmåten som skisseres utvilsomt være et bidrag i riktig retning. Tilsvarende unntak for ulike rettigheter vil minske forskjellene som oppstår uten. Det er heller ingen utpregede hensyn som tilsier at for eksempel produsenter skal ha bredere rettigheter enn opphavere, hvilket er tilfellet dersom et fribruksunntak bare gjøres gjeldende for verk og lignende mekanismer ikke kan fange opp bruk av for eksempel fonogramopptak.

Det er et poeng å minne på at den ene saken hvor dette spørsmålet har vært gjenstand for behandling omhandlet rekkevidden av *produsenters* rettigheter. Følgelig må domstolens konklusjon sies å gjelde for produsenter og altså kan *ikke* fribruksregler, slik disse praktiseres i enkelte av medlemslandene, anvendes analogisk for sampling av lydopptak. Helt konkret gjaldt dette anvendelsen av den tyske UrhG artikkel 24, men det samme må kunne sies å gjelde for åvl. § 6 annet ledd. Rognstad hevder at utfallet også må antas å ha betydningen for rekkevidden av utøververnet etter åvl. § 16.<sup>114</sup> Det som vernes i disse tilfeller er jo også *opptaket* av den utøvende prestasjon. Det kan argumenteres for at det heller ikke var lovgivers intensjon å anvende § 6 annet ledd som et unntak for disse nærstående rettighetene. Hadde det motsatte vært tilfellet ville det trolig vært inntatt henvisninger til bestemmelsen, på lik linje som for eksempel for sitater.

---

<sup>112</sup> Senftleben (2020) s. 759

<sup>113</sup> Dette nyanseres da noe etter *Pelham*, ved at bruken kan være lovlig dersom den er ugjenkjennelig. Dette ble også drøftet under punkt 6.

<sup>114</sup> Rognstad (2019a) s. 418

Det kan stilles et spørsmål om det i det hele tatt vil være behov for å anvende en fribruksregel analogisk etter *Pelham*. Dette fordi domstolen jo åpner for at sampling er lovlig dersom det som samples er modifisert i såpass stor grad at det ugjenkjennelig for øret i det nye verket. Vurderingen kan minne om den som skal foretas etter for eksempel § 6 annet ledd, hvor verkene også må sammenlignes for å avgjøre om forskjellene er tilstrekkelige. Til tross for åpenbare likhetstrekk, bør ikke vurderingene likestilles. Det vil trolig være langt vanskeligere å oppfylle det nye vilkåret enn det ville ha vært å kvalifisere noe som ”selvstendig”. For eksempel kan jo noe være selvstendig i lovens rette forstand, selv om det er gjenkjennelig. Dette var også utfallet da BGH vurderte samplingen i den endelige dommen i *Metal auf Metal*-saken.<sup>115</sup> Behovet for å kunne anvende regler om fri bruk utenfor verk er etter mitt syn fremtredende, dersom målsetningen er balanse.

Vi står da igjen med opphavsrettighetene og spørsmålet om hvorvidt åvl. § 6 annet ledd fortsatt kan anvendes for på sampling av *verk*. Som nevnt var spørsmålet til domstolen i *Pelham*-saken knyttet til analogisk anvendelse av fribruksregelen på produsentrettighetene. Domstolens konklusjoner bør i utgangspunktet ikke trekkes lenger enn å gjelde nettopp det. Rognstad gir uttrykk for en slik forståelse når han hevder at EU-domstolens uttalelser ”neppe kan innebære at medlemsstatene er avskåret fra å trekke en grense mot selvstendige *verk*, og dermed frembringelser som ikke krenker den opphavsrettslige eneretten.”<sup>116</sup> Selv om enkelte av dommens premisser isolert sett kan leses slik at de omfatter direkte anvendelse på verk, skal en være forsiktig med å trekke for vide slutninger fra dette. Det ligger i konseptet ”verks” natur at det går en grense for beskyttelsens rekkevidde. Det vil bære feil avsted å hevde at man er avskåret fra å ha regler som sier at det ikke foreligger en krenkelse dersom noen skaper et selvstendig verk. I så fall ville det vært ensbetydende med at konseptet ”verk” er altomfattende og også omfatter f.eks. ideer og ikke originale trekk. Videre finnes det også unntaksregler i opphavsrettsdirektivet som dekker ”fri benyttelse” av verk, noe som ikke var tilfelle for opptak på den måten det var tale om i for eksempel *Pelham*.<sup>117</sup> Dommen kan på dette punkt trolig ikke tas til inntekt for mer enn at den sperrer for en eventuell analogisk anvendelse nevnte fribruksregler som medlemslandene måtte ha på lydopptak. Unntak eller begrensninger i vernet for opptak må etter dette inntas eksplisitt i EU-lovgivningen eller gjennom domstolens tolkning av gjeldende regelverk. Vi kan også komme til å se en utvikling gjennom ulike tolkninger av gjenkjennelighetsvilkåret. Opphavsretten er dynamisk og fleksible løsninger vil være nødvendig dersom målsetningen er balanserte rettigheter.

---

<sup>115</sup> Kielland (2020)

<sup>116</sup> Rognstad (2019b) s. 14

<sup>117</sup> Se for eksempel Infosoc-direktivet artikkel 5(3)(k)

## 6 Litteraturliste

### Litteratur / Juridisk teori

- Aplin (2020) Aplin, Tanya og Lionel Bently, *Global mandatory Fair Use The Nature and Scope of the Right to Quote Copyright Works*, Cambridge: Cambridge University press, 2020
- Bergsland (2018) Bergsland, Andreas. "sampling (musikk)." (2018) [https://snl.no/sampling\\_-\\_musikk](https://snl.no/sampling_-_musikk) hentet 6. Mars 2021
- Bosner (2021) Bosner, Hayleigh. *Copyright in the Music Industry: A Practical Guide to Exploiting and Enforcing Rights*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2021, <https://doi-org.ezproxy.uio.no/10.4337/9781839101274>
- Dalchow (2019) Dalchow, Jørgen, *Hjelp, jeg er i popbransjen*, (3. Utg.), Oslo: daWorks, 2019
- Regjeringen.no (2020) Regjeringen.no "Digitalmarkedsdirektivet" (06.02.2020) <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2016/des/dsm-direktivet/id2556742/> hentet 19. Mars 2021
- 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, s. 932-945. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpw168>
- Hui (2019a) Hui, Alan. "Unrecognisability: a new EU standard for legal music sampling" (2019) <https://www.uio.no/ritmo/english/news-and-events/events/conferences/2019/ritmo->

- [largo/poster-session/posters-pdf/7.alan-hui\\_poster-16-september---alan-hui.pdf](#) hentet 28. Februar 2021
- Hui (2019b) Hui, Alan. "After the Kraftwerk ruling: Narrower limitations and exceptions for EU and EEA?" (2019) [http://www.iptrolle.no/2019/09/after-kraftwerk-ruling-narrower\\_19.html](http://www.iptrolle.no/2019/09/after-kraftwerk-ruling-narrower_19.html) hentet 14. februar
- Jütte og Quintais (2021) Jütte, Bernd Justin og Pedro Quintais, "The Pelham Chronicles: sampling, copyright and fundamental rights", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2021, <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpab040>
- Knoph (1936) Knoph, Ragnar, *Åndsretten*, Oslo: Nationaltrykkeriet 1936
- Kielland (2014) Kielland, Torgeir, "Merknad til åndsverkloven § 45" (LOV-1961-05-12-2) i *Lovdata Pro* (2014) hentet 22. Februar
- Kielland (2020) Kielland, Torgeir. "BGH treffer avgjørelse i Pelham: 2 sekunders lydklipp – 16 år i retten" (2020) <http://www.iptrolle.no/2020/05/bgh-treffer-avgjorelse-i-pelham-2.html> hentet 10.04.21
- Lassen (1981) Lassen, Birger Stuevold, "Kvalitetskrav som vilkår for vern for utøvende kunstners prestasjoner", *NIR*, 1981/4 s. 298-317
- Skjørten (ukjent) Skjørten, Eldar. "Ordlister: "Loop"" Ukjent publiseringsår og dato for sist oppdatering. <https://musikkpedagogikk.no/musikkfaget/ordliste> hentet 20. februar.
- Ruud (2020) Ruud, Even. "remiks" (2020) <https://snl.no/remiks> hentet 12. Februar

- Needham (2019) Needham, Jack. "A history of sampling and a guide to getting them cleared" (2019) <https://www.redbull.com/int-en/sampling-history-and-how-to-not-get-sued> hentet 28. januar
- Rieber-Mohn (2019) note 48 Rieber-Mohn, Thomas. "Kommentar til åndsverkloven" I *Norsk Lovkommentar, Gyldendal Rettsdata* (2019) hentet 03. april 2021
- Rognstad (2019a) Rognstad, Ole-Andreas og Birger Stuevold Lassen. *Opphavsrett*. 2. utg., Oslo: Universitetsforl., 2019.
- Rognstad (2019b) Rognstad, Ole-Andreas. *Nytt i privatretten*. Nr. 3/2019 – 21. Årgang s. 1-24
- Rosenmeier (1996) Rosenmeier, Morten, *Ophavsretlig beskyttelse af musikværker*, København: Gentoft Tryk, 1996
- Schipper (2019) Schipper, Bjorn. "The art of sampling after Pelham"(2019) <https://www.schipperlegal.nl/wp-content/uploads/2014/11/The-art-of-sampling-after-Pelham-AMI-2019.pdf> hentet 8.april
- Schovsbo (2015) Schovsbo, Jens, Morten Rosenmeier, Clement Salung Petersen. *Immaterialret*. (4. Udgave), København: Jurist- og Økonomforbundet 2015.
- Senftleben (2020) Senftleben, Martin, "Flexibility Grave – Partial Reproduction Focus and Closed System Fetishism in CJEU, Pelham.", *IIC* 51, s. 751-769
- Torvund (2016) Torvund, Olav," Kan tre like toner utgjøre et åndsverk?" *NIR* 2016/3 s. 281-290
- Torvund (2019) Torvund, Olav, *Opphavsrett for begynnere*, 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget 2019
- Vyrje (2019) note 3 Vyrje, Magnus Stray. "Kommentar til åndsverkloven" I *Norsk Lovkommentar*,

## **Lover og forarbeider**

### **Lover**

#### *Norge*

Åndsverkloven (2018)

LOV-2018-06-15-40 om opphavsrett til åndsverk m.v. av 15.06.2018

Åndsverkloven (1961)

LOV-1961-05-12-2 om opphavsrett til åndsverk mv. av 12. mai 1961 nr. 2 (opphevet)

#### *Tyskland*

Urheberrechtsgesetz

Urheberrechtsgesetz (lov om opphavsrett og nærstående rettigheter) av 9. September 1965 (UrhG)

### **Forarbeider**

#### *Norge*

Prop. 104 L (2016-2017)

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

## **Rettspraksis**

#### *Norge*

Rt. 2007 s. 1329 (Huldra i Kjosfossen)

Rt. 2010 s. 366 (Brent av frost)

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

#### *Danmark*

UfR 2014 s. 3437 (Oister Oi)

#### *Sverige*

NJA 2002 s. 178 (Oxdansen)



*Tyskland*

ZR 115/17 ("Metall auf Metall IV") (min  
oversettelse) BGH, ZR 115/17 ("Metall auf Metall IV"), DE,  
BGH:2020:300420UIZR115.16.0 (min  
oversettelse)

Sak 1 BvR 1585/13, IIC 2017 s. 317 Bundesverfassungsgericht, sak 1 BvR 1585/13,  
(engelsk oversettelse) 31. mai 2016, utgitt på engelsk av Max Plack  
Institute for Innovation and Competition, Munich  
2017

Anmodning om præjudiciel afgørelse Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af  
indgivet af Bundesgerichtshof (Tyskland) Bundesgerichtshof (Tyskland) den 4. august 2017  
den 4. august 2017 (Sag C-476/17)

*USA*

Bridgeport Music, Inc v. Dimension Films 4010 *F.3d* 792 (6th Cir. 2005)

VMG Salsoul, LLC v. Ciccone 824 *F.3d* 871 (9th Cir. 2016)

*EU-domstolen*

Case C-476/17 GC Pelham GmbH v Ralf ECLI:EU:C:2019:624  
Hütter

Sag C-476/17 GC Pelham GmbH mod Ralf ECLI:EU:C:2019:624  
Hütter

Case C-5/08 FC Infopaq International A/S ECLI:EU:C2009:465  
v Danske Dagbladets Forening

Case C-516/17 GC Spiegel Online GmbH ECLI:EU:C:2019:625  
v Volker Beck

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

**Generaladvokatens forslag til avgjørelse**

Opinion of Advocate General Szpunar on Opinion of Advocate General Szpunar on Case C-  
Case C-476/17 Pelham GmbH v Ralf Hütter  
ECLI:EU:C:2018:1002

## **Øvrige internasjonale rettskilder**

Bernkonvensjonen

*Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* of September 9th, 1886.

DSM-direktivet

Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC

Charter 2021/C 326/02 (CFR)

*Charter of Fundamental Rights of the European Union*. 2000 (2012/C/ 326/02)

Infosoc-direktivet

Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Consolidated version (2019).

Romakonvensjonen

*Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations* of October 26th, 1961