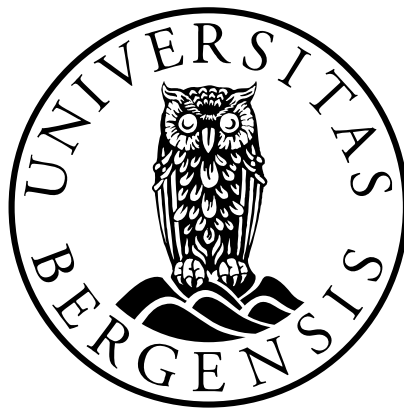


Rekkevidden av produsentvernet og forholdet til sampling

Med utgangspunkt i sak C-476/17, de-minimis-prinsippet, siteringsretten og avveiningen av grunnleggende rettigheter

Kandidatnummer:
221288

Antall ord:
14788



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.18

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Sampling.....	3
1.1.1 Emne.....	3
1.1.2 Kort om sampling.....	3
1.1.3 Aktualitet.....	5
1.1.4 Avgrensning av oppgaven og spissing av problemstilling.....	7
2 Rettslige utgangspunkt	8
2.1 Produsentvernet.....	8
2.1.1 Vern av lydopptak og råderetten	8
2.1.2 Unntak og innskrenkninger av vernet	9
2.2 Sampling og forholdet til åndsverk	9
2.3 Bearbeidelse	10
2.4 Det nordiske lovsamarbeidet og internasjonale rettskilder	11
2.5 EU-retten	12
2.5.1 Generelt	12
2.5.2 CFR	13
2.6 Hensyn som gjør seg gjeldende.....	14
2.6.1 Økonomiske interesser	14
2.6.2 Ytringsfrihet og kunstnerisk frihet	18
2.6.3 ”Fair balance” av grunnleggende rettigheter.....	20
2.6.4 Forutberegnelighet og fleksibilitet	23
3 Rettslig hjemmel for sampling	25
3.1 Innskrenkende tolkning av ”opptaket”/ ”part”	25
3.1.1 Objektet som vernes	25
3.1.2 Eksisterer det et <i>de-minimis</i> -prinsipp for nærstående rettigheter?.....	26
3.1.3 Andre rettskilder som argument for innskrenkende tolkning.....	28
3.1.4 De ulike tilfellene	31
3.2 Unntak og innskrenkninger av produsentvernet.....	34
3.2.1 Infosoc-direktivet artikkel 5 og tretrinnsstesten	34
3.2.2 Nærmere om siteringsretten	38
3.2.3 De ulike tilfellene	42
4 Praktisk anvendbarhet og fremtidige behov	44
Litteraturliste	46

1 Innledning

1.1 Sampling

1.1.1 Emne

Temaet for denne masteroppgaven er sampling¹ av lydopptak og forholdet til produsenters rettigheter. Dette aktualiserer flere internasjonale rettskilder, som de siste årene har fått en mer og mer sentral rolle i reguleringen av immaterielle rettigheter i Norge. En internasjonal regulering av immaterielle rettigheter er ikke problemfri, ettersom det både berører flere grunnleggende rettigheter og flere ulike rettskulturer. I nærmeste fremtid vil EU-domstolen avgjøre den mye omdiskuterte *Metall auf Metall*-saken² (heretter kalt *Pelham*).

Domsavgivelsen vil potensielt få store rettsvirkninger for både produsentvernets rekkevidde og, dersom generaladvokatens forslag til dom blir lagt til grunn, for avveiningen av ulike grunnleggende rettigheter som gjør seg gjeldende ved anvendelse av InfoSoc-direktivet³.

Formålet med oppgaven er ikke å forutsi utfallet av dommen, men analysere de ulike rettskildene og tilnærmingene man kan ha til problemstillinger som aktualiseres. Temaet er både vanskelig og omdiskutert, og oppgaven vil derfor først for seg de mer overordnede spørsmålene som temaet aktualiserer, og på bakgrunn av dette analysere de mer konkrete tilfellene.

1.1.2 Kort om sampling

Sampling er kort fortalt at en bruker allerede innspilt lyd, gjerne deler av et lydopptak, til å produsere et nytt lydopptak.⁴ Bruken av samples i musikkproduksjon og som uttrykksform har vokst frem siden 1980-tallet og da særlig innen hiphop-sjangeren. I dag brukes samples i stor grad innen elektronisk musikk, men uttrykksformen er ikke betinget av sjanger. I takt med fremveksten av sampling har spenningen mellom kreativ utfoldelse og vern av produsentens rettigheter kommet i fokus. Hvor bredt er produsentvernet, og rammes sampling

¹ https://snl.no/sampling_-_musikk

² Sak C-476/17, *Pelham GmbH v Hütter*, gjøres rede for under punkt 1.1.3.

³ EP/Rdir. 2001/29/EF

⁴ Ole-Andreas Rognstad og Birger Stuevold Lassen, *Opphavsrett*, Oslo 2009, side 317

av dette vernet eller av eventuelle unntak og innskrenkninger fra dette?

Fra et tradisjonelt perspektiv, har man ofte antatt at sampling krever samtykke fra rettighetshaverne. Et godt eksempel på dette er det velkjente sitatet fra amerikansk rett som slår fast at du må "[g]et a license or do not sample".⁵ Med tiden har det også utviklet seg ulike former for sampling, som aktualiserer hensynet til kreativ utfoldelse og vern av produsenters rettigheter i ulik grad.

Den mest tradisjonelle formen for sampling er de rene klipp og lim-tilfellene, der en i stor grad kjenner igjen originallydklippet. Denne formen for sampling ble veldig mye brukt i de tradisjonelle hiphop-beatsene fra 90-tallet, der en eksempelvis bruker et instrumentalparti bestående av bass og gitar fra et lydklipp og bruker dette som grunnlag for en beat, og legger til trommer og vokal i etterkant. Et godt eksempel på tradisjonell bruk av samples er den kjente låten "Can I Kick It?" fra hiphop-gruppen A Tribe Called Quest, der det blant annet tas utgangspunkt i et lydklipp bestående av gitar og bass fra Lou Reed sin låt "Walk on the Wild Side"⁶. Bruken av dette klippet, uten samtykke, krenker sannsynligvis både opphaverens og produsentens rettigheter ettersom det er tale om lydklipp med nokså tydelige melodi og produksjon. Dette har medført at A Tribe Called Quest har tjent lite på sangen, til tross for dens popularitet⁷.

Det er også utbredt å sample kortere sekvenser av et lydklipp. Et godt eksempel på dette er den mye brukte skarptrommen i The Honey Drippers sin låt "Impeach the President"⁸ og skarptrommen i Billy Squier sin låt "The Big Beat"⁹. Sistnevnte skarptromme ble aktivt brukt i "Looking for Trouble" av Kanye West¹⁰. Her er det selve lyden av skarptrommen som brukes, og plassering i den nye komposisjonen vil bero på kreative og selektive valg hos produsenten.

En annen form for sampling, muliggjort i nyere DAWs¹¹, er der en tar utgangspunkt i et lydklipp og "tweaker" det¹². Med "tweaking" menes det i denne oppgaven at en liten del av et

⁵ Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films, 4010 F.3d 792 (6 th Cir. 2005), avsnitt 47

⁶ <https://www.whosampled.com/sample/120/A-Tribe-Called-Quest-Can-I-Kick-It%3F-Lou-Reed-Walk-on-the-Wild-Side/>

⁷ <https://hiphopdx.com/news/id.36380/title.a-tribe-called-quest-earned-zero-royalties-from-can-i-kick-it#>

⁸ <https://www.whosampled.com/The-Honey-Drippers/Impeach-the-President/>

⁹ <https://www.whosampled.com/Billy-Squier/The-Big-Beat/>

¹⁰ <https://www.whosampled.com/sample/87844/Kanye-West-Pusha-T-Big-Sean-Cyhi-Da-Prynce-J.-Cole-Looking-for-Trouble-Billy-Squier-The-Big-Beat/>

¹¹ https://en.wikipedia.org/wiki/Digital_audio_workstation

lydklipp brukes som et instrument, og gjøres tilgjengelig i MIDI¹³. Da kan en bruke det aktuelle lydklippet som et kreativt verktøy, og produsere og komponere ny musikk. Ofte ”tweaker” man et lydklipp såpass mye at lyden ikke kan identifiseres som det originale lydklippet fordi det er bearbeidet.

1.1.3 Aktualitet

De siste årene har man sett en økende grad av musikkproduksjon og utgivelser.¹⁴ Dette kan både skyldes økt tilgang på hjemmestudio¹⁵, samt at det er blitt mer lettvent å gi ut musikk enn tidligere som følge av tjenester som blant andre *Spotify*, *Youtube* og *Soundcloud*. Den økte tilgjengeligheten på hjemmestudioer og DAWs, og at sjangre som hiphop og elektronisk musikk er svært populært, gjør at bruken og etterspørselen av samples er stor. Som en følge av dette har nettsider som *Splice*¹⁶ oppstått, der man for en månedlig avgift får tilgang på flere millioner samples. Dette illustrerer etterspørselen i markedet, men vil ikke nødvendigvis være et tilstrekkelig substitutt for alle som benytter sampling som uttrykksform.

Det som gjør sampling og forholdet til produsenters rettigheter svært dagsaktuelt er den ovennevnte saken *Pelham*. Den velkjente elektronikaduoen Kraftwerk (Ralf Hütter og Florian Schneider-Esleben) saksøkte selskapet Pelham GmbH¹⁷ for å ha brukt to sekunder av sangen ”Metall auf Metall” og innarbeidet den på en gjenkjennelig måte i sitt nye verk ”Nur Mir”. Det omtvistede lydklippet er et trommebreak, som Pelham har pitchet ned fem prosent i tempo og loopet (repetert) inn i sitt nye verk.

Saken var forelagt den tyske høyesterett (Bundesgerichtshof, heretter kalt BGH) to ganger, før den ble henvist til den tyske forfatningsdomstolen (Bundesverfassungsgericht) med blant annet spørsmål om rekkevidden av ”fri bruk” (Freie Benutzung), som følger av den tyske opphavsrettsloven (Urheberrechtsgesetz, heretter kalt UrhG)¹⁸ artikkel 24, i lys av prinsippet om kunstnerisk frihet som følger av den tyske grunnlovens artikkel 5 (3).

¹² <https://9to5mac.com/2015/07/12/logic-pros-how-to-sampler-instruments-exs24/>

¹³ <https://en.wikipedia.org/wiki/MIDI>

¹⁴ <https://www.nme.com/news/artists-releasing-music-ever-streaming-spotify-neil-shah-wall-street-journal-2277517>

¹⁵ Et godt eksempel på dette er at alle Macer som blir solgt innehar et gratis DAW (Garageband). Dette gjør lydinnspilling både billigere og mer tilgjengelig for allmenheten.

¹⁶ <https://splice.com/features/sounds>

¹⁷ Produsentene Moses Pelhalm og Martin Haas, sammen med vokalist Sabrina Setlur, laget sangen ”Nur Mir”.

¹⁸ Urheberrechtsgesetz av 9. september 1965.

Bundesverfassungsgericht mente de tidligere rettsinstansene hadde lagt for lite vekt på prinsippet om kunstnerisk frihet, og åpnet for at produsenters rettigheter ikke nødvendigvis utelukket sampling av mindre deler.¹⁹

Ettersom opphavsrett og nærstående rettigheter er regulert av EU-retten, må BGH sørge for at de tyske rettsregler harmoniseres med tilsvarende reguleringer i direktivene. BGH har derfor bedt Den europeiske unions domstol (heretter kalt EU-domstolen) om veiledning²⁰ og har forelagt EU-domstolen seks spørsmål. De to første spørsmålene er hvorvidt sampling av korte lydklipp kan anses å falle inn under InfoSoc-direktivets artikkel 2 bokstav c og Utleiedirektivets artikkel 9 (1) bokstav b. BGH stiller også spørsmål om en medlemsstat kan vedta en bestemmelse, i dette tilfellet UrhG artikkel 24, som innskrenker vernet til produsenters rettigheter etter direktivene. Videre ønsker BGH veiledning om sampling og forholdet til unntaket om sitering i InfoSoc-direktivets artikkel 5 (3) bokstav d, og hvilket spillerom medlemstatene har til å implementere de ovennevnte rettigheter og unntak i nasjonal rett. Til slutt ønsker BGH veiledning om hvilken vekt EUs pakt om grunnleggende rettigheter (CFR) har ved tolkning av infosoc-direktivet.

Saken ble sendt til EU-domstolen den 29. september 2017 og generaladvokat Szpunar (heretter kalt GA) kom med sitt forslag til dom den 12. desember 2018²¹ (heretter kalt GA opinion). GA mener kort fortalt at det ikke er rom for sampling, hverken som følge av en innskrenkende tolkning av objektet som vernes eller unntakene i InfoSoc-direktivet artikkel 5. Hva som blir det endelige utfallet i saken er ikke selvsagt, og flere i juridisk litteratur er kritiske til GA sitt forslag. The European Copyright Society²² (heretter kalt ECS) har publisert et alternativt forslag til dom (heretter kalt ECS opinion), og er av en helt annen oppfatning enn GA.²³ Forslaget til dom fra GA er ikke rettslig bindende for EU-domstolen, men vil sammen med ECS sitt forslag til løsning, fungere som en veiledende kilde til hvilke problemstillinger og hensyn som gjør seg gjeldende i denne oppgaven.

På grunn av den økte musikkproduksjonen og bruk av samples, er behovet for regulering og

¹⁹ *Bundesverfassungsgericht*, sak 1 BvR 1585/13, 31. mai 2016, utgitt på engelsk av Max Plack Institute for Innovation and Competition, Munich 2017, avsnitt 107.

²⁰ Anmodning om præjudiciell afgørelse indgivet af Bundesgerichtshof (Tyskland) den 4. august 2017

²¹ *Forslag til afgjørelse fra generaladvokat M. Szpunar*, levert 12. Desember 2018, ECLI:EU:C:2018:1002, foreløpig dansk utgave 14.04.19

²² The European Copyright Society består av en rekke forskere som er eksperter innen europeisk opphavsett, uten direkte tilknytning til den aktuelle saken, se mer på www.europecopyrightsociety.org.

²³ *The European Copyright Society Opinion on Reference to CJEU in Case C-476/17, Pelham GmbH v Hütter (Metall auf Metall)*, 'Sound sampling, a permitted use under EU copyright law?', final rev. 2019

avklaring av produsenters rettigheter og forholdet til sampling viktig. EU-domstolen sin avgjørelse i *Metall auf Metall*-saken vil få stor betydning for musikkbransjen i Europa.

1.1.4 Avgrensning av oppgaven og spissing av problemstilling

Den tradisjonelle formen for sampling, der lengre partier samples og brukes i ny musikk, vil illustrere de klareste tilfellene av inngrep i produsenters rettigheter. Dette er de tilfellene der hensynet til produsentvernet gjør seg gjeldende i størst grad, og vil ikke bli fokusert på i oppgaven ettersom disse tilfellene er mindre problematiske.

Tilfeller som i *Pelham*, der en bruker kortere lydsekvenser og foretar mindre grad av endringer av det originale lydklippet, er imidlertid mer interessante. Disse tilfellene vil ikke nødvendigvis kunne anses som et åndsverk, og spørsmålet blir da hvorvidt slik bruk krenker produsentvernet. I tillegg til tilfeller som i *Pelham*, vil oppgaven også belyse hvorvidt sampling etter større grad av bearbeidelse vil omfattes av produsentvernet. Disse to typetilfellene vil aktualisere de ulike hensynene som gjør seg gjeldende i ulik grad, og derfor være en interessant analytisk innfallsvinkel.

Opgaven vil fokusere på hvorvidt det er hjemmel for å tolke produsentvernet etter InfoSoc-direktivet artikkel 2 bokstav c innskrenkende som følge av et de-minimis-prinsipp og en formålsrettet og dynamisk tolkning. Videre vil det vurderes hvorvidt sampling er lovlig som følge av unntak og innskrenkninger av produsentvernet etter InfoSoc-direktivet artikkel 5.

For å kunne analysere disse problemstillingene, vil det være nødvendig å vurdere ulike tilnærming man kan ha til InfoSoc-direktivet og de grunnleggende rettighetene produsentvernet aktualiserer. Her vil særlig tilnærmingen til hvordan grunnleggende rettigheter, som ytringsfrihet og kunstnerisk frihet, skal avveies opp mot produsentvernet være avgjørende. Oppgaven vil først analysere rettskildebildet på et mer overordnet plan, før de mer konkrete problemstillingene vil bli drøftet. De ulike tolkningsalternativenes fleksibilitet og forutberegnelighet vil bli drøftet.

Hvorvidt sampling av en lydsekvens innebærer inngrep i et åndsverk, vil ikke bli drøftet i denne oppgaven.

2 Rettslige utgangspunkt

2.1 Produsentvernet

2.1.1 Vern av lydopptak og råderetten

Produsenters enerett til lydopptak er regulert i den nye åndsverklovens § 20, som i første ledd slår fast at "[e]n produsent av lydopptak (...) har enerett til å råde over opptaket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplar av det og å gjøre opptaket tilgjengelig for allmennheten". Kort fortalt er hovedformålet med åvl. § 20 å verne produsenters økonomisk og tekniske innsats.

Forarbeidene legger til grunn at åvl. § 20 gir produsenter "en rett til å råde over opptaket på samme måte som en opphavsmann har rett til å råde over sitt åndsverk".²⁴ Både vern av åndsverk og lydopptak verner økonomiske interesser, men det er allikevel et skille mellom åndsverk og produsenters rettigheter. Et eksempel på dette skille er at åvl. § 6 ikke er inntatt i åvl. § 20 (4). Dette innebærer at opphavere må tåle at det tas utgangspunkt i deres verk, så lenge det bearbeides tilstrekkelig til å kunne anses som et *selvstendig verk* etter åvl. § 6. Når det gjelder objektet som vernes etter åvl. § 20, bærer lydopptak og film mer preg av å verne en konkret innspilling, og ikke en abstrakt rettighet som åndsverk verner.²⁵

Hvorvidt sampling av korte lydopptak og "tweaking" av lydsekvenser omfattes av ordlyden "opptaket" er ikke opplagt. Dette er et av hovedspørsmålene i *Pelham*, og vil bli drøftet mer utførlig under punkt 3.1.

Videre er det klart forutsatt av lovgiver at bestemmelsene i åvl. skal tolkes i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser. En mer utførlig drøftelse av Norges internasjonale forpliktelse og hensyn som gjør seg gjeldende i forholdet mellom produsentvernet og sampling vil bli gitt under punkt 2.5 til 2.7.

²⁴ Prop. 104 L (2016-2017) side 81.

²⁵ Ole-Andreas Rognstad, *Property Aspects of Intellectual Property*, Cambridge 2018, side 53

2.1.2 Unntak og innskrenkninger av vernet

Avgrensninger av opphavsretten og nærstående rettigheter reguleres av åvl. kapittel 3. Hvilke unntak og innskrenkninger av produsentvernet som kan gjøres gjeldende følger av åvl. § 20 (4). Det mest aktuelle unntaket fra produsentvernet for sampling er siteringsretten som følger av åvl. § 29.

Hvorvidt siteringsretten kan anvendes som hjemmelsgrunnlag for sampling vil bli vurdert under punkt 3.2, og da særlig i lys av infosoc-direktivet art. 5.

2.2 Sampling og forholdet til åndsverk

Det er viktig å skille mellom vern av åndsverk og vern av selve lydopptaket. Dersom en komponerer et verk, vil det ofte bli ansett som et åndsverk, noe som kan begrense muligheten for å sample. For at noe skal bli ansett som et åndsverk, må det ha såkalt *verkshøyde*. Det følger av den nye åvl. § 2 at ”den som skaper et åndsverk, har opphavsrett til verket, og betegnes som opphaver”. Videre defineres åndsverk i bestemmelsens andre ledd som ”litterære eller kunstneriske verk av enhver art, som er uttrykk for original og individuell skapende åndsinnsett”.

I norsk rettspraksis har vi en rekke dommer som illustrerer innholdet i verkshøydekravet²⁶ I *Infopaq* ble en gjengivelse av 11 ord ansett for å krenke en annens åndsverk.²⁷ Hva som skal til for å krenke et åndsverk kan være greit å belyse, ettersom det vil illustrere hva de ulike objektene verner. Det opphavsrettslige i *Pelham* skal ikke EU-domstolen ta stilling til, men det er ikke utenkelig at bruken av det aktuelle samplet utgjøre et inngrep i åndsverket.

Når det gjelder produsentvernet, er det ikke det kreativt skapende som vernes, men rettigheten til et konkret lydopptak. Et åndsverk er ikke et konkret produkt, men et resultat av en ”original og individuell skapende åndsinnsett”, jf. åvl. § 2. Rett til åndsverk og enerett til lydopptak skiller seg fra hverandre ved at selve objektet som vernes er ulikt. Et lydopptak har et mye mer eiendomsrettslig preg sammenlignet med et åndsverk.

²⁶Se eksempelvis Rt. 1962 s. 964 (Wegners sybord).

²⁷Sak C-5/08, *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening*, 16. juli 2009, EU:C:2009:465

Bruk av korte samples vil ikke nødvendigvis krenke et åndsverk etter åndsverkloven § 2, men bruken kan være avgrenset til å krenke produsentens rettigheter. Vurderingen av hvorvidt noe har verkshøyde vil ikke utelukkende bero på kvantitative krav, så også kortere lydekvenser vil kunne ha verkshøyde. Hvorvidt kortere og bearbeidede lydklipp vil være en krenkelse av et åndsverk, vil ikke være tema for oppgaven.

2.3 Bearbeidelse

Bruk av samples og bearbeidelse av åndsverk har en del til felles. I begge tilfellene vil en ta utgangspunkt i noe allerede eksisterende, og gjennom kreativ utøvelse skape noe nytt basert på dette.

Når det gjelder bearbeidelse av åndsverk, følger det av åvl. § 6 (1) at den som ”bearbeider et åndsverk (...) har opphavsrett til verket i den skikkelsen, men kan ikke råde over det i strid med opphavsretten til originalverket”. Dette vil typisk være ved oversettelser av eksempelvis bøker.

Videre følger det av åvl. § 6 (2) at ”[o]pphavsrett er ikke til hinder for at det skapes nye og selvstendige verk gjennom å benytte eksisterende verk. Opphavsretten til det nye verket er i så fall ikke avhengig av opphavsretten til originalverket”.

Bestemmelsen innebærer at en kan ta utgangspunkt i et åndsverk, og bearbeide dette i så stor grad at det ikke lenger vil krenke det opprinnelige åndsverket. Forutsetningen for dette er at det skapes et *selvstendig verk*, og at de vernede elementene av det opprinnelige åndsverket ikke er gjenkjennelig.

En har i utgangspunktet ikke tilsvarende unntak for bearbeidelse og skapelse av *selvstendige verk* når det gjelder nærstående rettigheter i åvl. kap 2. Hvorvidt det er grunnlag for å anvende åvl. § 6 analogisk for sampling av lydopptak er usikkert, men lite sannsynlig. En klar motforestilling mot dette er at det lovgiver ved vedtakelsen av ny åndsverklov bevisst har latt være å vise til åvl. § 6 i åvl. § 20 (4). Det vil derfor være lite naturlig å foreta en analogisk anvendelse av den nevnte bestemmelsen. Samtidig vil analogibetraktninger, og sammenligning av ulike typetilfeller, være hensiktsmessig ved fastleggningen av hvilke hensyn som aktualiserer seg for produsentvernet.

Burde det ikke være slik at dersom en gjør tilsvarende bearbeidelse med samples, som etter åvl. § 6 vil medføre at bearbeidelse anses som et *selvstendig verk*, ikke hindres av produsenters rettigheter? Hva er det en egentlig en krenker dersom en eksempelvis har brukt lyd fra et fonogram, lager et nytt instrument, gjør det ugjenkjennelig og bruker det i skapelsen av en ny sang? Produsenters økonomiske interesser vil bli nærmere belyst under punkt 2.6.1.

2.4 Det nordiske lovsamarbeidet og internasjonale rettskilder

Opphavsrett og nærstående rettigheter er et rettsområde som er i stadig utvikling, og behovet for fornying og endring er stort. Det nordiske lovsamarbeidet var et av hovedformålene med vedtakelsen av 1961-loven, ettersom man ønsket å harmonisere rettsreglene i Norden. Dette har resultert i at rettskilder fra andre nordiske land har vært en relevant rettskilde.²⁸ Et av hovedformålene med ny åndsverklov var å oppdatere loven slik at den gjenspeiler rettstilstanden og er mer tilgjengelig for rettighetshavere og brukere.

Forarbeidene til den nye åndsverkloven illustrerer klart Norges internasjonale forpliktelser til EU-retten og andre internasjonale forpliktelser, ved å legge til grunn at "[d]irektivene på området, særlig opphavsrettsdirektivet, sammen med de internasjonale konvensjonene, gir føringer for hvilke endringer som kan foretas i åndsverkloven".²⁹

Internasjonale rettskilder har vært viktig for utviklingen for dagens utgave av åndsverkloven. En av de tidligste og viktigste internasjonale samarbeidsavtalene Norge forpliktet seg til var Bernkonvensjonen³⁰ i 1886. Etter det har Norge forpliktet seg til en rekke andre internasjonale konvensjoner og traktater. Blant disse er Geneva phonograms Convention (GPC)³¹ og EMK³² de som er mest relevante for denne oppgaven.

Norge har hverken undertegnet WCT³³ eller WPPT³⁴ som vil bli anvendt som tolkningsfaktorer i foreliggende oppgave. Selv om ikke Norge er direkte forpliktet etter

²⁸ Se eksempelvis Rt. 2005 s. 41, der Høyesterett la vekt på praksis fra Högsta domstolen i Sverige i avsnitt 50.

²⁹ Prop. 104 L (2016-2017) side 14.

³⁰ Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk av 9. september 1886

³¹ Convention for the Protection of Producers of Phonograms Against Unauthorized Duplication of Their Phonograms (Geneva phonograms Convention/GPC) av 29. oktober 1971.

³² Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950.

³³ WIPO Copyright Treaty (WCT) av 20. desember 1996.

³⁴ WIPO Performance and Phonograms Treaty (WPPT) av 20. desember 1996.

traktatene, vil det som følge de som følge av harmoniseringshensyn være en relevant rettskilde ved fastleggningen av rekkevidden av produsentvernet.

2.5 EU-retten

2.5.1 Generelt

Som følge av EØS-avtalen har Norge forpliktet seg til en rekke EU-direktiver. Dette er en viktig del av arbeidet med å oppnå internasjonal rettslikhet på immaterialrettens område. Det følger av femte ledd i fortalet til EØS-avtalen at ”formålet [med avtalen] er å opprette et dynamisk og ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde”.³⁵ Dette er uttrykk for det såkalte homogenitetsprinsippet, som også følger av avtalens art. 1 (1).

I *Pelham* er det InfoSoc-direktivet som er mest aktuelt, et direktiv som Norge er bundet av gjennom EØS-avtalen. Produsenter av lydopptak får tilsvarende vern som etter åvl. § 20 etter EU- direktivene, jf. InfoSoc-direktivet artikkel 2 bokstav c og Utleiedirektivet³⁶ artikkel 9 (1) bokstav b. GA mener at Utleiedirektivet artikkel 9 (1) bokstav b, som regulerer spredningsretten, ikke kommer til anvendelse på tilfeller som i *Pelham*. Kort fortalt mener GA at sampling ikke faller inn under spredningsretten etter utleiedirektivet artikkel 9, ettersom bruk av samples ikke kan anses å utgjøre et eksemplar av fonogrammet.³⁷ Hovedfokuset i denne oppgaven vil være rettet mot InfoSoc-direktivet, og spørsmålet om hvorvidt sampling faller inn under artikkel 9 i Utleiedirektivet vil ikke bli drøftet utførlig.

Høyesterett har lagt ulik vekt på EU-retten i sin vurdering av opphavsrettslige rettsspørsmål. Et godt eksempel på at Høyesterett legger for liten vekt på EU-rettens betydning er i Rt-2012-1062³⁸ (Tripp Trapp-dommen), mens de i HR-2017-2165-A³⁹ (Il Tempo Gigante) har et mer korrekt forhold til EU-retten.

³⁵ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109.

³⁶ EP/Rdir. 2006/115/EF

³⁷ GA opinion avsnitt 48.

³⁸ Se avsnitt 25.

³⁹ Se avsnitt 68.

Når det gjelder måten direktivene skal implementeres, har man gitt medlemstatene en del frihet, jf. den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter ⁴⁰(heretter kalt CFR) artikkel 53. EU-domstolen har i *Melloni* som slått fast at medlemstatene har frihet ved valg av implementeringsmåte, forutsatt at denne anvedelse ”hverken strider mod det beskyttelsesniveau, der er fastsat i chartret, som fortolket af Domstolen, eller EU-retten forrang, enhed og effektivitet”.⁴¹

Videre slår EU-domstolen fast i *Promusicae* at ved implementering av direktivene må medlemsstatene ” make sure that they do not rely on an interpretation of them which would be in conflict with those fundamental rights or with the other general principles of Community law, such as the principle of proportionality”.⁴²

Etter en gjennomgang av de aktuelle norske og internasjonale rettskilder, er det tydelig at det springende punktene i foreliggende oppgave vil bli regulert av EU-domstolens føringer for hvordan direktivene skal tolkes og hvor stort spillerom det er igjen for den enkelte medlemstat til å tilpasse seg disse. Det faktum at EU-domstolen ikke har avsagt dom enda medfører et nokså usikkert rettskildebilde. Tolkningen av de ulike internasjonale rettskildene er ikke avklart, noe en må ta forbehold om i de ulike analysene.

2.5.2 CFR

Et av spørsmålene som er forelagt EU-domstolen i *Pelham* er på hvilken måte det ved fastleggingen av rekkevidden av produsentvernet skal tas hensyn til CFR.

Det følger av artikkel 6 (1) i EU-traktaten⁴³ at CFR er en relevant og viktig rettskilde i EU. Det er flere relevante artikler i CFR når det gjelder produsenters enerett, samt unntakene og innskrenkningene av disse. De mest aktuelle artiklene i CFR er art. 11 om ytringsfriheten, art. 13 om retten til kunstnerisk frihet og art. 17 om eiendomsrett. Lisboa-traktaten, som trådte i kraft 1. desember 2009, ratifiserte CFR for medlemstatene.

Ettersom CFR ikke er formelt ratifisert i norsk rett, må en vurdere hvorvidt dette er en legitim rettskilde også for norske rettsanvendere. Som følge av EØS-avtalen, er vi bundet av det

⁴⁰ 2012/C 326/02 DEN EUROPÆISKE UNIONS CHARTER OM GRUNDLÆGGENDE RETTIGHEDER

⁴¹ Sak C-399/11, *Melloni*, 26. februar 2013, EU:C:2013:107, avsnitt 60

⁴² Sak C-275/06, *Promusicae v. Telefónica de España SAU*, 29. januar 2008, EU:C:2008:54, avsnitt 70

⁴³ Konsolideret udgave af traktaten om Den Europæiske Union, Traktat 2010/C 83/01 av 13. desember 2007

ovennevnte homogenitetsprinsippet. Dette medfører at Norge må tolke EU-direktivene i tråd med EU-praksis, som i spørsmål om rekkevidden av produsentvernet følgelig innebærer en tolkning av direktivene i lys av CFR.⁴⁴

EU-domstolen har ved flere anledninger anvendt CFR, og de prinsippene som kommer til uttrykk der, som en relevant rettskilde. Dette var blant annet tilfellet i *Deckmyn*⁴⁵, som omhandlet parodiske tegninger og hvorvidt denne bruken av et annet verk kunne anses som en parodi etter infosoc-direktivet art. 2 bokstav k. Ved å vektlegge yringsfriheten, trekker man inn en grunnleggende rettighet som følger av CFR art. 10, som også er et sentralt hensyn bak unntaket i InfoSoc-direktivet art. 5 (3) bokstav k om parodier.

Hvilke av de ulike prinsippene og rettighetene som følger av CFR som skal tillegges mest vekt i vurderingen av produsentvernet, er ikke lett å fastslå på et generelt grunnlag. Hvordan de ulike grunnleggende rettighetene skal avveies mot hverandre, vil bli vurdert både overordnet og konkret.

2.6 Hensyn som gjør seg gjeldende

2.6.1 Økonomiske interesser

Det følger av åvl. § 1 bokstav a at et av formålene med åndsverkloven er å ”gi rettigheter til de som skaper, fremfører eller investerer i åndsverk eller nærstående prestasjoner og arbeider, og slik også gi insentiv til kulturell produksjon”.

Forarbeidene legger til grunn at ”[e]t hovedmål med åndsverkloven – både gjeldende og ny lov – er å sikre rettighetshaverne inntekter. Loven er et sentralt virkemiddel for regjeringens mål om at skapende og utøvende kunstnere i større grad skal kunne leve av sin virksomhet, og at det skal legges til rette for investeringer i kreativt innhold. Hensynet til rettighetshaverne

⁴⁴ Halvar Haukeland Fredriksen diskuterte betydningen av CFR i sin artikkel ”*Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten*”, publisert i Jussens Venner på side 371-399, Oslo 2013. På side 398 tar Fredriksen til ordet for at ”[s]elv om både hensynet til EFTA-statenes suverenitet og hensynet til beskyttelse av privates EØS-baserte rettigheter tilsier at det her må trekkes en grense, er det ikke til å komme forbi at innholdet av EFTA-statenes forpliktelser indirekte vil bli påvirket av EU-domstolens fremtidige tolkning av grunnrettighetspakten”.

⁴⁵ Sak C-201/13, *Deckmyn v Vandersteen*, 3 september 2014, EU:C:2014:2132, avsnitt 26-27.

skal imidlertid balanseres mot brukernes og samfunnets interesser i å ha tilgang til åndsverk”.

46

Tilsvarende resonnementer følger av preamblet til infosoc-direktivet som blant annet slår fast i tredje avsnitt at ”[d]en foreslåede harmonisering medvirker til gjennomførelsen af de fire friheder på det indre marked og respekterer de grundlæggende retsprinsipper, særlig ejendomsretten – herunder den intellektuelle ejendomsret – ytringsfriheden og almenhedens interesse”. Vern av rettighetshavere er sentralt for den intellektuelle skapelsesprosess, bevare og utvikle kreativiteten til gagn for opphavsmenn, kunstnere, forbrukere, kulturen, industrien og allmenheten generelt, og ”[i]ntellektuel ejendomsret er derfor blevet anerkendt som en integrerende del af ejendomsretten”.⁴⁷

Videre vises det i avsnitt 10 i preambelet til InfoSoc-direktivet at hvis kunstnere og produsenter skal kunne fortsette sitt kreative og kunstneriske arbeid, er det helt nødvendig at de mottar et passende vederlag og tilfredsstillende avkastning på investeringene.

Basert på det de ovennevnte kildene er det tydelig at investeringshensynet er et sentralt hensyn bak produsentvernet. Investeringshensynet er et relativt hensyn, ettersom det vil variere ut i fra objektet hva som er en ”passende retlig beskyttelse for at sikre et sådant vederlag”. Har produsenten brukt store økonomiske summer på en analog og kvalitetsbevisst innspilling, vil dette kunne aktualisere investeringshensynet i større grad enn en innspilling på soverommet⁴⁸.

Produsentvernet er også utslag av belønningshensynet, man bør oppnå vern dersom man deler noe. Dette vil både kunne legge til rette for inntekt for produsenter, og da skape det incentivet som er nødvendig for at produsenter ønsker å gjennomføre sitt arbeid. Dersom produsentvernet blir for snevert gjennom unntak og innskrenkninger, vil det kunne medføre at belønningen blir for liten og incentivet for kulturell produksjon blir redusert.

Det samfunnsøkonomiske hensynet tilsier at produsenter skal ha insentiv til å dele sine produkter med allmennheten. Dersom vernet blir for snevert, og de økonomiske interessene til

⁴⁶ Prop. 104 L (2016-2017) side 9.

⁴⁷ Preamblet til InfoSoc-direktivet avsnitt 9.

⁴⁸ Et fenomen som har eksplodert de siste årene er sjangeren bedroom-pop, hvor artister spiller seg selv inn med et lo-fi-preg på soverommet, se blant annet <https://www.complex.com/pigeons-and-planes/2018/04/bedroom-pop-diy-artists/clairo>

rettighetshaverne ikke blir ivaretatt, vil det kunne få konsekvenser for motivasjonen til produsentene.

Det er på det rene at CFR art. 17 (1) gir uttrykk for det tradisjonelle eiendomsvernet som tilsier at den som har laget noe, og er eier av noe, skal få lov til å råde over eiendommen på den måten han ønsker. Videre følger det av CFR artikkel 17 (2) at "[i]ntellectual property shall be protected". Bestemmelsen gir uttrykk for at immaterielle rettigheter også skal være beskyttet, men gir ingen redegjørelse for forholdet til den tradisjonelle eiendomsretten.

Det er tydelig at et av hovedformålene til lovgiver med å gi vern til både opphavsmenn og produsenter, har vært å sikre de økonomiske interessene til rettighetshaverne. Samtidig er det på det rene at disse rettigheten ikke nødvendigvis er absolutte.⁴⁹

I Norge har vi ikke hatt en tradisjon for å omtale immaterielle rettigheter i relasjon til det tradisjonelle eiendomsrett-begrepet. Det er ulike synspunkter i internasjonal litteratur når det gjelder spørsmålet om hvorvidt immaterielle rettigheter er en form for "eiendom".⁵⁰

Rognstad skriver om ulike tilnærminger til begrepet "intellectual property", og presiserer at "no conclusions should be drawn from the fictive notion of intangible goods"⁵¹. Et konservativt syn på "intellectual property" kan begrunnes i hvilken tilnærming man har til begrepet i relasjon til den tradisjonelle eiendomsretten⁵². Dette er uheldig, og vil kunne påvirker utfallet i en eventuell avveining av ulike grunnleggende rettigheter. Hugenholtz illustrer problemet med en for konservativ tilnærming til immaterielle rettigheter:

"In parallel with this tendency towards 'closure', and inspired by economic theories (and powerful lobbies) that posit copyright as (intellectual) 'property', the economic rights that the law grants to copyright owners are increasingly perceived, by courts, politicians and some scholars alike, as absolute. According to these theories, just as property rights in tangible goods warrant complete and perpetual control, making unauthorized uses unlawful as a matter of principle, copyright should ideally become a perpetual and absolute right that tolerates few or no 'free' uses".⁵³

⁴⁹ I Sak C-70/10, *Scarlet Extended*, avsagt 24.11.2011, EU:C:2011:771, viste EU-DOMSTOLEN til art. 17 og uttalte at "[i]midlertid fremgår det intet sted i denne bestemmelse eller i Domstolens retspraksis, at en sådan ret er urørlig, og at dens beskyttelse derfor skal være absolut", avsnitt 43–45

⁵⁰ Se Rognstad, *Property Aspects of Intellectual Property*, hvor ulike tilnærminger til immaterialretten som eiendomsrett drøftes.

⁵¹ *Ibid.* side 95.

⁵² *Ibid.* side 86.

⁵³P. Bernt Hugenholtz og Martin R.F Senftleben, *Fair Use in Europe. In search of flexibilities*, november 2011 Amsterdam, side 7

I *Pelham* er de ulike forslagene til dom en god illustrasjon på hvordan tilnærmingen til immaterielle rettigheter som eiendomsrett kan påvirke synet man har på både rekkevidden av produsentvernet, og i hvor stor grad de økonomiske interessene gjør seg gjeldende.

GA hevder at brukere av samples ”høster (...) frugten af de anstrengelser og redigeringer, som fonogrammet er udtrykk for”, og betegner spørsmålet som EU-domstolen nå står overfor som en debatt hvor den ”postmodernistiske kunstneriske frihed står over for den gode gamle ejendomsret”⁵⁴. Henvisningen til den ”gode gamle ejendomsret” kan indikere at allerede innledningsvis hadde GA en konservativ tilnærming til ”intellectual property” og forholdet til den tradisjonelle eiendomsretten, jf. CFR art. 17.

ECS har en annen tilnærming og slår fast at ”[o]n facts such as those at issue here, the essence of the right of property is not affected. The rightholder will suffer minimal, if any, economic harm as a result of the use of a very small extract from a protected phonogram as a sample in a subsequent musical work”⁵⁵.

GA trekker også frem at det ikke er kun pirateri som er faren ved åpning for sampling og som kan krenke produsenters økonomiske interesse, men ”ved at tillade *sampling*, og således oppebære en indomst. Den omstændighet, at den rettighed, som disse fremstillere har til deres fonogrammer, har til formål at beskytte den pågældendes økonomiske interesser, er dermed ikke til hinder for, at denne ret ligeledes omfatter andre former for anvendelse såsom *sampling*.” avsnitt 33 .

Har man et for stringent forhold til produsenters rettigheter og ser på dette som et absolutt eiendomsvern, vil spillerommet for unntak og tilgjengeliggjøring for allmennheten bli snevrere.

⁵⁴ GA opinion avsnitt 4 og 5.

⁵⁵ ECS opinion avsnitt 2.6

2.6.2 Ytringsfrihet og kunstnerisk frihet

Immaterielle rettigheter gir rettighetshaveren vern, nettopp for å bidra til økt skapelse og kreativitet i samfunnet. Samtidig som dette vernet kan bidra til økt innovasjon og skapelse, vil disse rettighetene tidvis komme i konflikt med andre grunnleggende rettigheter.

Ytringsfrihet

Retten til ytringsfrihet følger både av § 100 i Grunnloven, CFR art. 11, samt EMK art. 10. Ytringsfriheten er et av de viktigste hensynene bak åndsverkloven og kan både begrunne hvorfor man ønsker å legge til rette for kreativ skapelse og hvorfor man ønsker å verne produsenters lydopptak. Balansen mellom begrensning av ytringsfrihet for å verne opphavere og produsenter og muligheten til kreativ utfoldelse, er ikke åpenbar. På den ene siden tilsier ytringsfriheten at flest mulig skal ønske å dele og offentliggjøre sine verk og lydopptak for å bidra til samfunnsøkonomisk vekst. For å motivere til dette kan man øke insentivet ved å gi vern, noe som sikrer bidragsytternes økonomiske interesser. På den annen side vil et for stort vern av opphavere og produsenter, og innskrenkninger av hvilke objekt brukerne kan benytte seg av, gå ut over ytringsfriheten til kunstnere. Dette illustrerer ytringsfrihetens mange sider.

Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) anser ytringsfrihet etter EMK art. 10 som ”one of the essential foundations of a democratic society” og at “[t]hose who create, perform, distribute or exhibit works of art contribute to the exchange of ideas and opinions which is essential for a democratic society”⁵⁶. EMD har ved en rekke anledninger tatt stilling til hvordan EMK artikkel 10 om ytringsfrihet skal avveies opp mot EMK P1-1 om eiendomsvern.⁵⁷ Dommene illustrerer viktigheten av å balansere de ulike grunnleggende hensynene mot hverandre dersom det oppstår kollisjon, og at stater ikke må gjøre urettmessige inngrep i ytringsfriheten.

Når det gjelder forholdet til CFR 17 og EMK P1-1, har blant annet Rognstad tatt til orde for at “the protection of property on human rights grounds neither is nor should it be an argument in itself for stronger IP protection. The fact that the ECtHR seems to ‘accord human rights protection to the whole gamut of intellectual property rights regularly recognized’ does not

⁵⁶ *Vereinigung Bildender Künstler mot Austria*, 25. januar 2007, final 25/04/2007, avsnitt 26.

⁵⁷ Se eksempelvis *Neij og Kolmisoppi mot Sverige*, 19. februar 2013 40397/12, særlig del d avsnitt 2 og 3, hvor det var spørsmål om innskrenking av ytringsfriheten etter EMK art. 10 som følge av EMK P1-1 var nødvendig i et demokratisk samfunn.

mean that the rationale for protecting IPRs is based on human rights as such. It only means that the legitimate expectations created by existing IP law must be secured, nothing more, nothing less.”⁵⁸

Kunstnerisk frihet

Kunstnerisk frihet tilsier at man skal kunne benytte seg av alle de elementer og ideer som er tilgjengelige til enhver tid. Hensynet til kunstnerisk frihet er kodifisert i enkelte land, blant annet i den tyske grunnlov⁵⁹ artikkel 5 (3).

I norsk rett har man ikke en tilsvarende regel om kunstnerisk frihet, i hvert fall ikke direkte kodifisert av lovgiver. Dersom man anser kunstnerisk frihet som en del av ytringsfriheten, er det klart at den kan gjøres gjeldende i norsk rett både etter Grl. § 100 og EMK art. 10.

Hensynet til ytringsfrihet og kunstnerisk frihet gjør seg gjeldende i ulik grad for vern av åndsverk og vern av lydopptak. Dersom åndsverk gis for stort vern, vil det kunne begrense muligheten for kreativ skapelse og frihet i fremtiden.⁶⁰ Her er Rt-2013-822 (Ambassadør) (et godt eksempel. Dersom en gir systemhus, som har mange trekk som ligner på et tradisjonelt norsk bolighus, et bredt vern som åndsverk, vil det kunne skape problemer for bransjen og muligheten til å bygge lignende hus i fremtiden. Konsekvensene av å ikke begrense produsenters enerett har en annen karakter. Selv om en produsent har enerett på et konkret lydopptak, vil nye produsenter kunne spille inn lydopptak med identisk innhold, uten å krenke den originale produsentens enerett. Dette gjelder selvfølgelig kun deler av lydopptaket som ikke er vernet som åndsverk.

Retten til kunstnerisk frihet er regulert i CFR art. 13 som slår fast at ”[d]er er frihed for kunst”. Retten gjør seg gjeldende i de tilfellene der en bruker et lydopptak uten samtykke, og tilsier at en ikke bør begrense muligheten til kreativ utfoldelse. Dersom en setter for mye grenser for kreativ frihet, vil dette potensielt begrense både initiativet til kreativitet og omfanget av det. For sampling som uttrykksform er dette svært avgjørende ettersom mange bruker samples som i musikkproduksjon. Retten til kunstnerisk frihet taler følgelig for at produsentvernet ikke blir for omfattende, og enkelte hevder at et forbud mot sampling vil

⁵⁸ Rognstad, *Property Aspects of Intellectual Property*, side 197:

⁵⁹ Grundgesetz (Tysk grunnlov) av 23. mai 1949

⁶⁰ Se Rt-2013-822, der sy

kunne ødelegge en hel musikk sjanger og at dette vil være i strid med hensynet til et demokratisk samfunn og hensynet til kunstnerisk frihet.⁶¹

En slik tilnærming til sampling og forholdet til kunstnerisk utfoldelse har ECS, og legger til grunn at "[v]aluable creative activity would be deterred if (i) short samples could only be used with permission of the right-holder in the phonogram and/or (ii) samples had to be recreated *ab initio* by the user. In such circumstances, harm to the public interest in access to culture would occur".⁶²

GA mener imidlertid at kunstnerisk frihet er et spesielt uttrykk for yringsfrihet, og at den i seg selv ikke medfører noe utover det som følger av artikkel 11 i CFR. Han legger til grunn i avsnitt 92 at "[a]lle kunstnere skal indordne sig under de samfundsmæssige forhold, som de arbejder under. Friheden for kunst fritager ikke kunstnere fra hverdagslivets begrænsninger. Kunne det måske tænkes, at en maler kunne påberope sig sin kunstneriske frihed for ikke at betale for sin maling eller pensler?". Sammenligningen av sampling og bruk av maling og pensler fremstår som søkt, og vitner nok en gang om GAs stringente tilnærming til immaterielle rettigheter som en tradisjonell eiendomsrett.

Den reelle konsekvensen av samples er vanskelig å fastslå. Omfanget av sampling uten samtykke er nok mer omfattende enn man regner med, og tjenester som *Splice* og eventuelle lisensavtaler med rettighetshavere er mer et resultat av sampling-kulturen enn en ivaretagelse av kreativ frihet.

Hvorvidt man anser sampling som en viktig uttrykksform, vil definere i hvilken grad hensynet til kreativ frihet gjør seg gjeldende. Dersom en hel musikk sjanger er avhengig av en viss lovlighet, taler hensynet til yringsfrihet og kunstnerisk frihet med tyngde for at denne bruken bør være lovlig.

2.6.3 "Fair balance" av grunnleggende rettigheter

Det følger av åvl. § 1 bokstav b at et av formålene med åndsverkloven er å "avgrense rettighetene med sikte på å ivareta en rimelig balanse mellom rettighetshavernes interesser på

⁶¹ Se eksempelvis Ines Duahnic, *Copy this sound! The cultural importance of sampling for hip hop music in copyright law - a copyright law analysis of the sampling decision of the German Federal Constitutional Court*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, Vol.11(12), side 932-945.

⁶² ECS opinion avsnitt 2.5

den ene siden og brukernes og allmennhetens interesser på den andre siden, slik at åndsverk og nærstående prestasjoner og arbeider kan brukes der dette ut fra samfunnsmessige hensyn er rimelig, som bruk innen det private området og av hensyn til informasjons- og ytringsfriheten”. Som illustrert ovenfor er det flere grunnleggende rettigheter som gjør seg gjeldende ved bruk av samples, og det vil derfor være avgjørende i *Pelham* hvordan EU-domstolen forholder seg til denne avveiningen av ulike rettigheter.

Forarbeidene legger til grunn at lovens avgrensning av opphavsretten skal ivareta en rimelig balanse mellom vernet av opphavsrett og vernet av ytringsfriheten og andre grunnleggende rettigheter.⁶³ 22.

Det følger av CFR artikkel 52 nr. 1 at ”[u]nder iagttagelse af proportionalitetsprincippet kan der kun indføres begrænsninger, såfremt disse er nødvendige og faktisk svarer til mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder”.

Tidligere har EU-domstolen ved flere anledninger måttet foreta en avveining av hva som er en rimelig balanse mellom immaterielle rettigheter som har vern etter CFR art. 17 på den ene siden og grunnleggende rettigheter som ytringsfrihet og kunstnerisk frihet på den andre siden.

I *Scarlet Extended* viste EU-domstolen til sitt tidligere avveining i *Promusicare*⁶⁴ og uttalte at ”the protection of the fundamental right of property, which includes the rights linked to intellectual property, must be balanced against the protection of other fundamental rights”.⁶⁵ Dommene ble avsagt før Lisboa-traktatens ikrafttredelse, og illustrerer følgelig CFRs betydning og hvordan de grunnleggende rettighetene som følger av denne skal balanseres mot hverandre.

I *Painer* uttalte EU-domstolen at i vurderingen av rekkevidden av art. 5 (3) bokstav d må man ”strike a fair balance between the right of freedom of expression of users of a work or other protected subject-matter and the reproduction right conferred on authors”.⁶⁶ Tilsvarende avveininger av grunnleggende rettigheter er blitt gjort en rekke ganger av EU-domstolen, men

⁶³Prop. 104 L (2016-2017) side 22.

⁶⁴Sak C-275/06, *Promusicare*, avsnitt 68.

⁶⁵Sak C-70/10, *Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, 24. november 2011, EU:C:2011:771, avsnitt 44.

⁶⁶ Sak C-145/10, *Eva-Maria Painer v. Standard Vederlags GmbH et. al.*, 1 desember 2011, EU:C:2018:798, avsnitt 134.

domstolen har gitt lite veiledning på hvordan den faktiske avveining av de ulike rettighetene skal foretas.

I foreliggende tilfellet vil det være spørsmålet om rekkevidden av produsentvernet og lovligheten av sampling, og i likhet med de ovennevnte dommene må det foretas en avveining av det immaterielle eiendomsvernet etter art. 17 (2) på den ene siden, og retten til ytringsfrihet og kunstnerisk frihet på den andre. Hva som her utgjør en ”fair balance” mellom de ulike rettighetene må vurderes i lys av de konkrete bestemmelsene og det konkrete tilfellet.

Når det gjelder avveiningen av grunnleggende rettigheter, mener Rognstad at et mer relevant spørsmål, enn hvorvidt det er en ”fair balance”, er ”what legitimate expectations of the right holder are in light of the other fundamental rights”⁶⁷. Rognstad mener dette vil legge til rette for en tydeligere og mer nyansert drøftelse. Selv om resultatet ikke nødvendigvis blir annerledes, vil rammene for vurderingen være mindre abstrakt.

Istedenfor å foreta avveining av hva som utgjør en ”fair balance”, viser GA til at vektlegging av andre grunnleggende rettigheter enn CFR art. 17 er ”en sidste udvej (ultima ratio), som ikke kan begrunde en fravigelse af ordlyden af de relevante bestemmelser undtagen i tilfælde af en åbenlys krænkelse af det væsentligste indhold af en grundlæggende rettighed”⁶⁸ og at dette bare skal gjelde i ”særlig tilfælde”.⁶⁹

Det er uklart når generaladvokaten mener det foreligger ”særlig tilfælde” i en sak. ECS på sin side tar utgangspunkt i den ovennevnte praksisen fra EU-domstolen, og mener at EU-domstolen må foreta en avveining av de grunnleggende rettighetene i CFR og sørge for en ”fair balance”⁷⁰.

Det er på det rene at CFR er et utslag av grunnleggende prinsipper som også følger av blant annet EMK, medlemsstatenes konstitusjoner og andre internasjonale konvensjoner. Dette innebærer at mange av de grunnleggende rettighetene som følger av CFR, vil være relevante hensyn etter andre internasjonale og konstitusjonelle forpliktelser.

Når det gjelder rekkevidden og fortolkningen av CFR i forhold til EMK følger det av CFR art. 52 (3) at ”[i] det omfang dette charter inneholder rettigheter svarende til dem, der er sikret

⁶⁷ Rognstad, *Property Aspects of Intellectual Property*, side 195.

⁶⁸ GA opinion avsnitt 98.

⁶⁹ GA opinion avsnitt 94.

⁷⁰ Se blant annet avsnitt 2.2 i ECS opinion

ved den europeiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende firhedsrettigheder, har de samme betydning og omfang som i konventionen”.

Kort oppsummert vil det være sentralt hvordan man balanserer hensynet til ytringsfrihet og kunstnerisk frihet opp mot produsentvernet. Dersom man mener at sampling av kortere deler kan krenke produsenters økonomiske interesse i stor grad, vil det tale for at en ikke bør tillate sampling, til tross for at hensynet til kunstnerisk frihet gjør seg gjeldende. Hvis en derimot er av den oppfatning av at behovet for kunstnerisk frihet gjør gjeldende i sterk grad, og den økonomiske interessen til produsenten er lite påvirket, vil ”a fair balance between competing fundamental rights will only be secured if such sampling of very small extracts is permitted”.⁷¹

2.6.4 Forutberegnelighet og fleksibilitet

Immaterialretten er et rettsområde som er i rask utvikling, og er blitt stadig mer aktuelt i takt med den teknologiske utviklingen. Kulturelle utrykningsformer, tekniske hjelpemidler og samfunnet generelt er i utvikling og behovet for et fleksibelt og dynamisk regelverk er derfor helt sentralt, slik at lovgivningen ikke henger etter. Samtidig tilsier hensynet til rettighetshaverne at man bør ha både effektive og rigoristiske beskyttelsesordninger.⁷²

Det vil være et stort behov for klare regler på det aktuelle området, slik at hensynet til forutberegnelighet blir ivaretatt. Usikre og lite forutberegnelighet rettsregler vil kunne gå ut over både brukerne og rettighetshavernes interesser. For brukerne vil det involvere risiko dersom man ikke vet hvorvidt en bestemt bruk vil kunne krenke noens rettigheter, og sånn sett være erstatningsbetingende. For produsenters del, vil en usikkerhet kunne medføre tilbakeholdenhet ved publisering av lydopptak, ettersom det potensielt kan medføre bruk uten hans samtykke.

Dersom en legger opp til en svært skjønsmessig vurdering av hvorvidt sampling i det enkelte tilfellet er rettstridig, eller hvorvidt den er så bagatellmessig at den faller utenfor produsenters vern, vil dette fort kunne være problematisk med hensyn til klare og forutberegnelighet regler. Hvordan dette skal gjøres i praksis er langt fra opplagt. Det kan godt være gode grunner for å tillate sampling, men behovet for klare regler må også vektlegges. Dette kan begrunne GAs

⁷¹ ECS opinion avsnitt 2.6.

⁷² Se preamblet til InfoSoc-direktivet avsnitt 11.

tilbakeholdenhet med å tillate sampling i *Pelham* og hvorfor han viser til at dersom en ønsker unntak etter Infosoc-direktivet artikkel 5 for sampling, bør lovgiveren komme på banen.⁷³

Juridisk litteratur har tatt til orde for at en bør innføre “a measure of flexibility alongside the existing structure of limitations and exceptions, and thus combine the advantages of enhanced flexibility with legal security and technological neutrality”⁷⁴. Flexibilitet og forutberegnelighet er sett fra et lovgiverperspektiv i enkelte tilfeller to motsetninger, og må balanseres. På den ene siden vil tydelige lovregler sørge for “optimal predictability ex post”, mens det på den annen side vil være hensiktsmessig med regler som baserer seg på rimelighetsvurderinger som er ”open and flexible legal concepts that allow a wide margin of judicial appreciation ad hoc”.⁷⁵ Dersom man skal ha rene rimelighetsvurderinger⁷⁶, vil det ta lang tid å utvikle rettspraksis som gjør slike normer forutberegnelige og presise, samt vil en utvikling i domstolene mangle den samme legitimiteten fra lovgiver.

Sett i lys av de ovennevnte formålene med åvl. og InfoSoc-direktivet, vil lite forutberegnelig og fleksible rettsregler motarbeide disse. Dette taler for at en må foreta en formålsrettet og fleksibel tolkning av de aktuelle rettskildene.

⁷³ GA opinion avsnitt 98.

⁷⁴ P. Bernt Hugenholtz og Martin R.F Senfleben, *Fair Use in Europe. In search of flexibilities*, november 2011 Amsterdam, side 2

⁷⁵ *Ibid.* side 6.

⁷⁶ Sml. ”fair use” i amerikansk opphavsrett som gir rom for dynamiske og fleksible tolkninger, jf. U.S Copyright Act, S 107.

3 Rettslig hjemmel for sampling

3.1 Innskrenkende tolkning av ”opptaket”/ ”part”

3.1.1 Objektet som vernes

Et av spørsmålene fra GBH i *Pelham* var hvorvidt det kan anses som et inngrep i produsenters enerett dersom veldig korte lydklipp blir tatt fra et lydopptak og implementert i et nytt. Det følger av åvl. § 20 at produsenter har enerett til å råde over ”opptaket”. Ordlyden ”opptaket” taler for at produsenter har vern for urettmessig bruk av deres lydopptak, men både ordlyden og forarbeidende er taus når det gjelder spørsmålet om bruk av små deler vil rammes av vernet. Bestemmelsens opprinnelige formål var tiltenkt piratkopiering og misbruk av det som den gang var vanlig, grammofonplater.⁷⁷

Det er klart at bestemmelsen skal tilsvare rekkevidden av art. 2 bokstav c i infosoc-direktivet, og en tolkning av denne vil følgelig være relevant for innholdet i den norske rettsregelen. Ordlyden i åvl. 20 skiller seg fra ordlyden i infosoc-direktivet art. 2 bokstav c der det vises til ”part (...) of their phonogram”. Det springende punktet er derfor hva som omfattes av ”part (...) of their phonogram”.

Ordlyden “part” tilsier at også bruk av deler av et lydopptak vil krenke produsenters enerett. Direktivet definerer ikke videre hva som omfattes av vilkåret ”part”, og tar ikke stilling til hvorvidt det finnes en nedre grense for hva som rammes av bestemmelsen. En stringent tolkning av ordlyden tilsier i utgangspunktet at enhver bruk av et lydopptak vil krenke produsentens enerett.

Spørsmålet er hvorvidt en skal tolke bestemmelsen innskrenkende, slik at ikke enhver bruk av lydopptaket vil rammes av bestemmelsen. Dette har blant annet ECS tatt til orde for i sin opinion, og viser i den anledning til en rekke momenter som taler for en slik tolkning. GA på sin side viser til ordlyden og hevder at ”det siger sig selv, at en sådan handling udgør en reproduktion som omhandlet i artikel 2”⁷⁸.

⁷⁷Ot.prp.nr.26 (1959-1960) side 100.

⁷⁸GA opinion avsnitt 26.

3.1.2 Eksisterer det et *de-minimis*-prinsipp for nærstående rettigheter?

I *Pelham* har de-minimis-prinsippet blitt anført som hjemmel for en innskrenkende tolkning av infosoc-direktivet artikkel 2 bokstav c. De-minimis-prinsippet gjør unntak for bagateller og er en nedre grense for hvilke rettsspørsmål som kan være aktuelle. Prinsippet stammer fra det latinske bregrepet *de minimis non curat lex*, og betyr at "[t]he law is not concerned with trifles" og er "[a] maxim meaning that an action at law based on an insignificant harm or injury will not be recognized by the competent tribunal or other legal authority".⁷⁹

Prinsippet kan begrunnes i et ønske å avgrense mot krenkelser som er så bagatellmessig at hensynene bak det aktuelle vernet ikke gjør seg gjeldende. Dette er en måte å skille bruk som er krenkende og uvesentlig fra hverandre, og sile vekk rettsspørsmål som er av minimal betydning og av den grunn bagatellmessig. Videre vil det være lite samfunnsøkonomisk dersom bagateller kunne føres og potensielt vinne frem i retten. Et viktig reelt hensyn i både tolkning og skapelsen av rettsregler er nettopp hvilke prosessøkonomiske konsekvenser en gitt rettsregel vil ha.

De-minimis-prinsippet er et generelt prinsipp som har blitt implementert og tilpasset immaterialretten på enkelte rettsområder.⁸⁰ Prinsippet er ikke lovfestet i åndsverkloven, men er ifølge Rognstad "et klokt prinsipp, som bør kunne påberopes også på opphavsrettens område".⁸¹

I forbindelse med vedtakelsen av den nye åndsverkloven har ikke departementet brukt *de-minimis*-prinsippet aktivt som hensyn i vurderingene av de ulike bestemmelsene. Samtidig kan både åvl. §§ 30 og 31 anses som et utslag av et *de-minimis*-prinsipp.⁸² Ved vurderingen av hvilken bruk som skulle bli tillat etter åvl. § 30, uttalte departementet at en forutsetning for adgangen til slik bruk "bør være at den er begrenset til å hjemle en 'de minimis-bruk', dvs. en bruk som ikke berører opphaverens interesser i nevneverdig grad".⁸³

⁷⁹ Aaron X, Fellmeth og Maurice Horwitz, *Guide to Latin in International Law*, versjon fra 2011, <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195369380.001.0001/acref-9780195369380-e-521?rsk=2TAZpW&result=505>

⁸⁰ Eksempelvis artikkel 60 i TRIPS-avtalen som gjør unntak for *De Minimis Import*

⁸¹ Rognstad, *Opphavsrett*, side 149

⁸² Se Prop. 104 L (2016-2017) side 325.

⁸³ Prop. 104 L (2016-2017) side 135 pkt. 5.7.4.

I dansk juridisk litteratur har man tatt til orde for at "[u]den de minimis-prinsippet bliver ophavsretten simpelthen til en grundlæggende uudholdelig retsdisciplin. Heraf tydeliggøres, at der også er praktiske grunde til, at det er vigtigt at anerkende et generelt ulovbestemt de minimis-princip inden for dansk ophavsret".⁸⁴ Til tross for at *de-minimis*-prinsippet ikke er lovfestet i Danmark, ble det i den nylig avsagte dommen *Würtz*⁸⁵ slått fast, under spørsmål om "[u]ntagelse i kraft af en bagatelgrænse (et de minimis-princip)", at Coops bruk av kunstneren Würtz sin skål i markedsføring, var "af så underordnet betydning, at der (...) ikke vil være tale om en ophavsretskrænkelse".⁸⁶

At andre nordiske land har anerkjent og vektlagt et de-minimis-prinsipp, tilsier at dette også bør være rom for dette i Norge dersom de aktuelle hensynene i et tilfelle tilsier det. Et *de-minimis*-prinsipp har aldri blitt direkte anvendt i forbindelse med InfoSoc-direktivet, og GA hevder det er "svært at finne grundlag for en bagatelgrænse i denne retspraksis"⁸⁷.

Rognstad mener det også for produsenter, "[p]å samme måte som for åndsverk, bør det imidlertid være rom for prinsippet de minimi non urat lex"⁸⁸. Som ovennevnt er et av de viktigste hensynene bak produsentvernet beskyttelse av den økonomiske interessen. En kan spørre seg hvorvidt bagatellmessig bruk i det hele tatt krenker produsentens økonomiske interesser. Det er blant annet her de lærde strides.⁸⁹ En "fair balance" av ytringsfrihet og kunstnerisk frihet tilsier at de-minimis-bruk bør aksepters, særlig dersom den økonomiske interessen hos produsenten ikke blir krenket i nevneverdig grad. Dette tilsier at det bør kunne utledes et generelt de-minimis-prinsipp for nærstående rettigheter, og taler følgelig for en innskrenkende tolkning av InfoSoc-direktivets art. 2 c.

⁸⁴ Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier og Clement Salung Petersen, *Immaterial*, 4. utgave, København 2015, side 291.

⁸⁵ Saksnr. 171/2017, *Coop mot Würtz*, avsagt den 18.12.18 av Dansk Høyesteretts 2. afdeling

⁸⁶ *Ibid.* side 23.

⁸⁷ GAs opinion avsnitt 29.

⁸⁸ Rognstad, *Opphavsrett*, side 317.

⁸⁹ Se punkt 2.6.1

3.1.3 Andre rettskilder som argument for innskrenkende tolkning

Ved tolkningen av vilkåret ”part” i InfoSoc-direktivets art. 2 bokstav c er det flere aktuelle rettskilder som kan belyse både rekkevidde og innholdet av bestemmelsen.

Flere internasjonale rettskilder regulerer produsentvernet og vil ifølge ECS være en viktig tolkningsfaktor for rekkevidden av produsentvernet.⁹⁰ GA på sin drøfter ikke andre rettskilder enn EU-direktivene.

GPC gir betydelig mer veiledning enn andre internasjonale rettskilder⁹¹ til hva som omfattes av produsentvernet etter InfoSoc-direktivet. Det følger av GPC artikkel 2 at ”[e]ach Contracting State shall protect producers of phonograms (...) against the making of duplicates without the consent of the producer”. Ordlyden “duplicates” er nærmere regulert i Genevekonvensjonens artikkel 1, som slår fast at med “duplicates” menes ”an article which contains sounds taken directly or indirectly from a phonogram and which embodies all or a substantial part of the sounds fixed in that phonogram”.

Vilkåret “substantial part of the sounds” skiller seg fra ordlyden i både åvl. og infosoc-direktivet, ettersom det stiller opp et minstekrav. Dette kan ses på som et utslag av et deminimis-prinsipp, ettersom det avgrenser mot bagatellmessig bruk som ikke er vesentlig. Spørsmålet er om vilkåret ”substantial part” har overføringsverdi til infosoc-direktivet, og om en kan innfortolke et vilkår om at det kun er bruk som ”embodies all or a substantial part” av lydopptaket som omfattes av produsentvernet. Harmoniserings- og likhetshensyn taler for at en ved tolkningen av InfoSoc-direktivet, må ta hensyn til medlemstatenes internasjonale forpliktelser, særlig når en stor del av statene har skrevet under.⁹²

ECS viser i sin opinion til databasedirektivet⁹³ og at analogibetraktninger fra dette tilsier en innskrenkende tolkning av ordlyden, ettersom formålet med databasevern og hensynene den ivaretar er nokså tilsvarende som for produsentvernet.⁹⁴

⁹⁰ ECS opinion avsnitt 3.2.

⁹¹ ECS viser i avsnitt 3.2 til at det ved vedtakelsen av WIPO Copyright Treaty (WCT) ble diskutert hvorvidt man skulle innta et vilkår om ”substantial part” ved en eventuell innførelse av en modifikasjonsregel, jf. *Records of the Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions, Geneva 1996, volume II, side 665*.

⁹² Dette kan leses ut av eksempelvis CFR art. 52 samt preamblet til InfoSoc-direktivets avsnitt 44.

⁹³ EP/Rdir. 96/9/EC

⁹⁴ ECS opinion avsnitt 3.6.

Det følger av databasedirektivets⁹⁵ artikkel 7 (1) at den som fremstiller en database som innebærer en ”substantial investment”, har enerett til å råde over ”the whole or of a substantial part”. Bestemmelsen tilsvarer den norske åvl. § 24 (1) og er uttrykk for en sui-generis-rett, som betyr ”rett av eget slag”.⁹⁶

Hensynet bak databasevernet er å sikre den økonomiske interessen til rettighetshaveren, og lovgiver har her valgt å avgrense mot databaser som ikke har krevd store økonomiske ressurser og investeringer. I dommen *The British Horseracing Board and Others*⁹⁷ uttalte EU-domstolen at det avgjørende for oppnåelsen av databasevern var hvorvidt det er foretatt en ”væsentlig menneskelig, teknisk eller finansiell investering”⁹⁸. Databasevernet er avgrenset mot bruk som er uvesentlig, altså *de-minimis*-tilfellene, der bruken er så bagatellmessig at den ikke krenker den økonomiske interessen til rettighetshaveren i stor nok grad til at det bør anses som en krenkelse.⁹⁹

På samme måte som for databaser, er hensynet bak produsentvernet å sikre de økonomiske interessene til rettighetshaveren.¹⁰⁰ Til sammenligning har ikke lovgiver valgt å innta et vilkår om vesentlig investering for produsentvernet, og har heller ikke åpnet for bruk som er uvesentlig. Sett i lys av en ”fair balance” mellom grunnleggende rettigheter, legger regelen om databasevern i større grad opp til en nyansert, fleksibel og hensynsbasert drøftelse. Er bruken uvesentlig, vil den ikke omfattes av vernet. Dette er i tråd med et *de-minimis*-prinsipp.

GA hevder at ”[e]t fonogram er en lydoptagelse, der ikke er beskyttet på grund af sammensætning af disse lyde, men på grund af selve optagelsen” og at ”[e]t fonogram består ikke af små partikler, der ikke kan beskyttes: Det beskyttes som et udeleligt hele”¹⁰¹. GAs tolkning av produsentvernet kan både skyldes tilnærmingen til lydopptak som en økonomisk og eiendomsrettslig interesse, samt manglende hensynstaging til kunstnerisk frihet, et eventuelt *de-minimis*-prinsipp og andre internasjonale konvensjoner.

⁹⁵ EP/Rdir. 96/9/EF

⁹⁶ Ot.prp. nr. 85 (1997-98), punkt 5.1.

⁹⁷ Sak-203/02, *The British Horseracing Board Ltd and Others v William Hill Organization Ltd*, 9. november 2004, EU:C:2004:695.

⁹⁸ *Ibid.* avsnitt 71.

⁹⁹ Preamblet til InfoSoc-dirkektivet avsnitt 39.

¹⁰⁰ Se punkt 2.6.1

¹⁰¹ GAs opinion avsnitt 30.

Når det gjelder analogibetraktninger fra Databasedirektivet, viser GA til at "[e]n ordlydsfortolkning (...) udelukker etter min mening umiddelbart enhver mulighet for at drage en parallel mellom rekkevidden af beskyttelsen for en databasefremstiller og for en fonogramfremstiller".¹⁰² Hadde GA foretatt en mer fleksibel og formålsrettet drøftelse av rekkevidden i lys av hva som utgjør en "fair balance", er det mulig konklusjonen hadde blitt annerledes. Analogibetraktninger fra databasedirektivet, sammenholdt med flere andre rettskilder som tilsier det samme, kan illustrere en lovgivervilje når det gjelder vern av økonomiske interesser opp mot begrensninger for brukerne. Ved vedtakelsen av databasedirektivet var det sannsynligvis lettere å se for seg at det var kun en type databaser man ønsket å verne, mens ved vedtakelsen av produsentvernet var det ikke nødvendigvis tiltenkt at produsentvernet også skal inkludere kortere lydklipp som blir brukt i sampling.

ECS er uenig i GA og mener at "[s]ampling should only be covered by the phonogram producer's rights where it significantly prejudice the economic interests of the right holder".¹⁰³ De mener det er feil av GA å slå fast at et lydopptak er beskyttet "on account of the fixation itself" og ikke "account of an investment or of an arrangement of sounds", og at en slik tolkning medfører at "a mere act of technical fixation would be granted better protection than creativity".¹⁰⁴ Videre tar ECS til orde for at formålet med produsenters enerett til lydopptak er å gi beskyttelse mot de tilfellene der en "substantial part of the investment has been copied or when the copying prejudices the investment".¹⁰⁵

ECS foretar en dynamisk og fleksibel tolkning av artikkel 2 bokstav c, og trekker frem at "[i]n the light of the available digital technologies for the recording and mixing of audio tracks, it is factually incorrect to assume that every independently recorded audio track, let alone a two second sound sample of such an audio track, requires significant human, technical or financial investment".¹⁰⁶ Dette samsvarer med beskrivelsen av utviklingen under punkt 2.6.1, og at den teknologiske utviklingen har medført en tydelig endring av markedet når det gjelder hvilke økonomiske investeringer som kreves for å spille inn et lydopptak.

¹⁰² GA opinion avsnitt 38.

¹⁰³ ECS opinion side 1.

¹⁰⁴ *Ibid.* side 2 og 3

¹⁰⁵ *Ibid.* side 3.

¹⁰⁶ *Ibid.* avsnitt 3.5

ECS mener at både GPC og Databasedirektivet taler for en innskrenkende tolkning av produsentvernet, slik at produsentvernet kun gjelder for bruk som krenker den økonomiske investeringen i vesentlig grad.

At produsentvernet ved å nekte mindre bruk vil være mer omfattende enn ”creativity”, medfører ikke nødvendigvis riktighet. Som GA påpeker er ”genstanden for beskyttelse (...) en anden (...) [og] beskyttelsen går videre, end hvad der gælder for værker”¹⁰⁷. En kan likevel hevde at terskelen for å oppnå produsentvern vil være lav, ettersom det med GAs tilnærming til spørsmålet vil en innspilling, uavhengig av innhold og økonomiske interesser, være vernet.

Ser man dette i lys av et ønske om å oppnå en ”fair balance” mellom grunnleggende rettigheter, ytringsfrihet og kunstnerisk frihet på den ene siden og økonomiske interesser til produsenten på den andre, vil dette tilsi en innskrenkende tolkning av produsentvernet etter InfoSoc-direktivets art. 2 bokstav c. Rognstad har blant annet tatt til orde for at “extending the term of protection of phonogram producers in the European Union may, nevertheless, be a mistake”.¹⁰⁸ Hensynet til fleksibilitet tilsier også en tilsvarende tolkning.

Dersom både analogibetraktninger innad i EU-regelverket, et potensielt de minimis-prinsipp, samt en avveining av de grunnleggende hensynene tilsier det, bør dette være tilstrekkelig hjemmel for å foreta en innskrenkende tolkning,

En motforestilling mot dette er forutberegnelighet og praktisk anvendbare regler.¹⁰⁹ Når vil den økonomiske investering være tilstrekkelig til at bruk av deler av et lydopptaket vil være omfattet av produsentvernet?

3.1.4 De ulike tilfellene

3.1.4.1 Sampling av korte lydklipp

Tradisjonell sampling er åpenbart omfattet av produsentvernet, og vil være for omfattende til å kunne anses som et eventuelt de-minimis-tilfelle. Det vil i det følgende bli drøftet hvorvidt sampling av korte lydklipp, som i *Pelham*, omfattes av produsentvernet.

¹⁰⁷ GA opinion avsnitt 35.

¹⁰⁸ Rognstad, *Property Aspects of Intellectual Property*, side 198.

¹⁰⁹ Se punkt 2.6.4.

Som illustrert ovenfor vil det være avgjørende hvilken tilnærming man har til rekkevidden av produsentvernet og tolkningen av vilkåret ”part”. Dersom en foretar en innskrenkende tolkning av ordlyden med hjemmel i formålsbetraktninger, vil bare de tilfellene der den økonomiske interessene til rettighetshaveren ikke blir krenket i stor grad gå fri fra produsentvernet. Det avgjørende vil være hvorvidt denne aktuelle bruken krenker den berettigede forventningen produsenten har hatt til inntjening og økonomisk avkastning. Dersom bruken resulterer i at den økonomiske inntjeningen blir påvirket, og fungerer som et substitutt, vil dette ikke være i tråd med formålet til produsentvernet.¹¹⁰

Kunstnerisk frihet tilsier at sampling burde være lovlig, ettersom et forbud vil få store konsekvenser for en viktig kulturform.¹¹¹ GA mener imidlertid på sin side at den kreative frihet, og en evnetuell manglende lisenstilgang til konkret lydopptak, ikke ”giver enhver mulighet for fri benyttelse af hvad som helst med henblik på sine kreative tiltag”. I tilfeller som i *Pelham* er det riktignok ikke tale om en utnyttelse av ”hvad som helst”, men to sekunders av det originale lydopptaket. GA anser allikevel den aktuelle bruken i *Pelham* som en ”væsentlig del af det første fonogram”, og viser til at både musikkjangeren og selve innholdet i lydopptaket, ut fra et kvalitativt synspunkt, utvilsomt vil ”udgøre en overskridelse af en hvilken som helst bagatelgrænse”.¹¹² Dette tilnærmingen til selve innholdet er problematisk, ettersom det avgjørende er den økonomiske interessen.

ECS er av en annen oppfatning og anmoder at “the court should conclude that a fair balance between competing fundamental rights will only be secured if such sampling of very small extracts is permitted”¹¹³ ECS tar til orde for at ”[o]n facts such as those at issue here, the essence of the right of property is not affected. The rightholder will suffer minimal, if any, economic harm as a result of the use of a very small extract from a protected as a sample in a subsequent musical work. Consequently”.¹¹⁴

Videre konkluderer ECS med at sampling gjør inngrep i produsentvernet “only if it significantly prejudices the economic interests of the right holder, i.e. if it prejudices the prospect of recouping a substantial investment in the production of the phonogram, through

¹¹⁰ Se ECS opinion avsnitt 3.8, hvor ECS tar til orde for at korte samples sjeldent vil medføre et substitutt og taler derfor for en innskrenkende tolkning av ”part”.

¹¹¹ Se punkt 2.6.2.

¹¹² GA opinion avsnitt 32

¹¹³ ECS opinion avsnitt 2.6.

¹¹⁴ *Ibid.* avsnitt 2.6.

substitution of the original”¹¹⁵ og at “substitutive effect will be rare in the case of short samples”.¹¹⁶

De ulike tilnærmingene til spørsmålet i *Pelham* bærer preg av en ulik oppfatning av både rettskildene og hvilken karakter sampling av korte lydklipp. Dersom man mener at produsenters økonomiske interesser i stor grad faktisk blir krenket ved bruk av mindre deler av et lydopptak, vil ikke bruken være uvesentlig og følgelig falle tydelig innenfor produsentvernet. Det er tydelig at GA har en svært eiendomsrettslig tilnærming til produsentvernet, noe formålet til rettskildene i utgangspunktet ikke legger opp til.

Hensynet til fleksibilitet, en formålsrettet tolkning av ”part” og kreativ frihet tilsier at en ”fair balance” blir oppnådd dersom produsentvernet ikke gjelder for de-minimis-tilfelle. *Pelham* fremstår som et de-minimis-tilfelle, ettersom det ikke er sannsynlig at bruken medfører en økonomisk krenkelse av produsenten.

3.1.4.2 Sampling etter stor grad av bearbeidelse

Dersom en forutsetter at tilfeller som i *Pelham* medfører en for stor økonomisk krenkelse av produsenters rettigheter, vil det være interessant å vurdere hvorvidt sampling etter stor grad av bearbeidelse kan være lovlig. Som nevnt innledningsvis er det vanlig å bruke deler av et lydklipp som et instrument ved å implementere lydklippet inn i MIDI. Da vil brukeren kunne ”tweake” lyden i stor grad og anvende den på en ny og kreativ måte. Selv om brukeren tar utgangspunkt i produsentens lydklipp, er det ikke gitt at denne vil være gjenkjennelig etter bearbeidelsen. Det faktum at brukeren gjør et sample ugjenkjennelig, er i seg selv ikke et tilstrekkelig argument for at bruken ikke er omfattet av produsentvernet, sml. bearbeidelse etter åvl. § 6.¹¹⁷

I likhet med forrige spørsmålet vil det springende punkt være hvorvidt den aktuelle bruken krenker produsentens økonomiske interesse og berettigede forventning om inntjening. I *Palhalm* mente GA at samplet var en ”væsentlig del af det første fonogram”. Ved sampling etter stor grad av bearbeidelse vil dette ikke være tilfellet, ettersom det nye verket vil ha en helt annen karakter. Det nye verket vil heller ikke kunne anses som et substitutt for det

¹¹⁵ *Ibid.* avsnitt 3.9

¹¹⁶ *Ibid.* avsnitt 3.8

¹¹⁷ Se punkt 2.3.

originale lydopptaket. Dette kan tale for at sampling etter større grad av bearbeidelse utgjør et de-minimis-tilfelle, og følgelig ikke krenker den økonomiske interessen til produsenten i nevneverdig grad.

Det kan argumenteres for at samples som bearbeides i stor grad, også har en potensiell inntjeningsmulighet for produsenten. Det vil riktignok være vanskelig å forutse hvor stor en slik inntjening potensielt kan være, og hvor reell problemstillingen er, ettersom en ved sampling etter stor grad av bearbeidelse ender opp med et produkt som er langt i fra det originale lydklippet. Med mindre produsenten av det nye verket melder ifra, vil det i tillegg være vanskelig å oppdage en slik bruk.

Ved sampling etter stor grad av bearbeidelse gjør hensynet bak produsentvernet seg enda mindre gjeldende enn ved tilfeller som i *Pelham*. En formålsrettet tolkning og en ”fair balance” mellom kunstnerisk frihet og produsentvernet, tilsier at InfoSoc-direktivet bør tolkes innskrenkende slik at sampling etter stor grad av bearbeidelse ikke omfattes av produsentvernet.

Disse tilfellene vil kanskje falle inn under ”exceptional cases” som GA snakker om, ettersom den økonomiske interessen som vernes er minimal, ytringsfrihet og kunstnerisk frihet taler for unntak fra produsentvernet. Samtidig er det uklart hva

3.2 Unntak og innskrenkninger av produsentvernet

3.2.1 Infosoc-direktivet artikkel 5 og tretrinnsstesten

Forutsatt at en bestemt bruk faller inn under produsentvernet et åvl. § 20 og artikkel 2 i infosoc-direktivet, er spørsmålet hvorvidt det kan gjøres gjeldende et unntak fra denne eneretten. Et spørsmål er hvorvidt det er mulig å innføre unntak og innskrenkninger, utover det som følger av InfoSoc-artikkel 5, og hvilken frihet medlemstatene har når det kommer til tolkning og implementering av disse. Videre er spørsmål om bruken er innenfor et av unntakene i InfoSoc-direktivet artikkel 5, for samplingens vedkommende, siteringsretten.

I InfoSoc-direktivet artikkel 5 er det definert 20 frivillige og ett obligatorisk unntak og innskrenkninger i enerettene som følger av direktivets art. 2 til 4. Listen med unntak er uttømmende, og utgangspunktet er derfor at medlemsstater ikke kan innføre unntak som ikke følger av InfoSoc-direktivet, jf. preambelet til Infosoc-direktivet avsnitt 32 og praksis fra EU-domstolen.¹¹⁸

Det følger av InfoSoc-direktivet artikkel 5 nr. 5 at det kan innføres unntak og innskrenkninger i ”special cases”, og at disse ikke må stride mot ”a normal exploitation” og videre ikke “unreasonably prejudice the legitimate interest of the rightholder”.

Bestemmelsen gir uttrykk for den såkalte tretrinns testen, som begrenser hvilke unntak og innskrenkninger som kan innføres fra enerettene i medlemsstatene. Tretrinns testen tilsvarer en rekke internasjonale konvensjoner¹¹⁹, og har sitt opphav i Angelo-Amerikansk opphavsrettstradisjon.¹²⁰ Det er derfor ikke rart at rettsnormen har mange likhetstrekk med den amerikanske regelen om ”fair use”.¹²¹

Videre har man i preamblet til InfoSoc-direktivet slått fast at når unntakelser og innskrenkninger skal anvendes, bør det skje i overensstemmelse med internasjonale forpliktelser og at de ”på behørig vis afspejle de forøgede økonomiske følger, sådanne undtagelser eller innskrenkninger kan få i forbindelse med det nye elektroniske samfund” og at det kan ”blive nødvendigt at begrænse visse undtagelsers eller innskrenkninger anvendelsesområde yderligere i forbindelse med visse nye anvendelser af ophavsretligt beskyttede værker og frembringelser”¹²².

De ulike unntakene i artikkel 5, med rammene tretrinns testen setter, er uttrykk for en avveining av rettighetshavers interesser opp mot hensynet til ytringsfrihet og samfunnsmessige hensyn.¹²³ Dersom rekkevidden og konsekvensene av unntakene og innskrenkningen av eneretten blir for omfattende, vil det undergrave rettighetshavernes interesser, noe tretrinns testen skal forhindre.

¹¹⁸ Sak C-275/15, *ITV Broadcasting m.fl. v. TVCatchup m.fl.*, 1 mars 2017, EU:C:2017:144, avsnitt 24-27

¹¹⁹ Se blant annet unntaket fra enerettene i Bernkonvensjonens art. 9 (2), TRIPS-avtalen (WTO) art. 13 og WCT art. 10.

¹²⁰ Hugenholtz, side 21.

¹²¹ U.S Copyright Act, S 107

¹²² Se preamblet til InfoSoc-direktivet avsnitt 15 og 44.

¹²³ I preamblet til WCT er det lagt til grunn at det er viktig “to maintain a balance between the rights of authors and the larger public interest”, se avsnitt 6.

Et av hovedformålene med tretrinns-testen er følgelig å være en fleksibel norm, som legger til rette for en fremtidsrettet tolkning av unntak og innskrenkninger i lys av hvilke hensyn som gjør seg gjeldende. Dersom det kommer nye anvendelsesmetoder som krenker rettighetshavernes interesser, skal det som preamblet poengterer, ikke kunne gjøres gjeldende unntak og innskrenkninger.¹²⁴

I *Infopaq*-dommen tar EU-domstolen til orde for en streng og restriktiv tolkning av unntak og begrensninger av rettigheter som følger av direktivet.¹²⁵ GA legger seg på en tilsvarende tolkning av InfoSoc-direktivet art. 5 og uttaler at tretrinns-testen ikke tillater ”at utvide rækkevidden af gældende undtagelser med den begrunnelse, at de ikke strider mod den normale udnyttelse af værket (...) og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesse”.¹²⁶

ECS er skeptisk til denne restriktive tolkningen og viser blant annet til *Painer*¹²⁷. EU-domstolen har ofte hatt en mer fleksibel tilnærming til InfoSoc-direktivet enn det GA gir uttrykk for.¹²⁸ I *Football Association Premier League* uttalte EU-domstolen at unntak og innskrenkninger “must allow and ensure the development and operation of new technologies and safeguard a fair balance between the rights and interests of right holder, on the one hand, and of users of protected works who wish to avail themselves of those new technologies, on the other”.¹²⁹

GA viser på sin side til at medlemsstatene har en viss skjønnsmargin når det kommer til implementering av de frivillige unntakene etter Infosoc-direktivets artikkel 5, men understreker samtidig at ”denne skjønsmarginen i sig selv er begrenset, idet visse undtagelser afspejler EU-lovgivers afvejning af ophavsretten over for forskellig grundlæggende

¹²⁴Se også *Agreed statement concerning article 10* tilhørende WCT, som tar til orde for at bestemmelsene “should be understood to permit Contracting Parties to devise new exceptions and limitations that are appropriate in the digital network environment”

¹²⁵Sak C-5/08, *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening*, 16. juli 2009, EU:C:2009:465

¹²⁶*Ibid.* avsnitt 58.

¹²⁷ Sak C-145/10, *Eva-Maria Painer v. Standard Vederlags GmbH et. al.*, 1 desember 2011, EU:C:2018:79

¹²⁸ Tito Rendas, *Copyright, Technology and the CJEU: An Empirical Study*, Max Planck Institute for Innovation and Competition, Munich 2017, side 174

¹²⁹ Sak C-403/08 og sak C-429/08, *Football Association Premier League Ltd and Others v. QC Leisure and Others og Karen Murphy v Media Protection Services Ltd*, EU:C:2011:631, avsnitt 164. Se også avsnitt 162-163 og 181.

rettigheter, navnlig ytringsfriheten”.¹³⁰ Denne tolkningen, i likhet med uttalelsene i *Infopaq*, fremstår som konservativ og lite åpen for dynamisk og fleksibel tilnærming til direktivet.

Juridisk litteratur har tidligere antatt at EU-domstolen vil måtte foreta en nokså liberal tolkning av InfoSoc-direktivet for å kunne ivareta hensynet til fleksibilitet, og da særlig i de tilfellene hvor unntak og innskrenkninger av enerettene er begrunnet i grunnleggende rettigheter som eksempelvis ytringsfrihet.¹³¹ I *Pelham* er det tale om unntak og innskrenkninger av produsentvernet for å ivareta hensynet til ytringsfrihet og kunstnerisk frihet. Dette kan, sammenholdt med hensynet til fleksibilitet, tale for en mer liberal tolkning av InfoSoc-direktivet art 5 for å oppnå en ”fair balance”.

I *Spiegel Online*¹³² og *Funke Medien NRW*¹³³ har BGH sendt EU-domstolen lignende problemstillinger som omhandler tolkningen av InfoSoc-direktivets artikkel 5. I GA Szpunar sine forslag til avgjørelser ser man en tydelig rød tråd i hans tolkning av InfoSoc-direktivet.

GA uttaler i sin opinion i *Spiegel Online* at medlemsstater kun har begrenset frihet til å tolke rekkevidden av siteringsretten¹³⁴. Han vurderte om informasjons- og pressefrihet tilsa en liberal tolkning av direktivet, men konkluderte med at dette kun var tilfelle i ”exceptional cases”, sml. uttalelsen i *Pelham*.

I *Funke Medien* er GA tilbakeholden med altfor “creative use of arguments based on fundamental rights that could disturb the balance reflected in the copyright rules and which would threaten their legitimacy and create legal uncertainty”.¹³⁵

Kort oppsummert kan en lese de tre forslagene til avgjørelse fra GA som at grunnleggende hensyn, sett i lys av tretrinns-testen, ikke vil fungere som selvstendig hjemmelsgrunnlag for å gå utenfor de lovfestede rettighetene. Dette innebærer at tretrinns-testen ikke kan fungere som en fair-use-regel, men som GA påpeker kan det i ”exceptional cases” åpnes for at eksempelvis ytringsfrihet kan konkurrere med de lovfestede rettigheter. ECS mener GA er for konservativ, ettersom han ikke opprettholder praksisen med å tilstrebe en ”fair balance” ved å

¹³⁰ GAs opinion avsnitt 77

¹³¹ Se Hugenholtz, side 25 og 30.

¹³² GAs forslag til dom i *Sak C-516/17, Spiegel Online v. Volker Beck*, 10. januar 2019, EU:C:2019:16

¹³³ GAs forslag til dom i *Sak C-469/17, Funke Medien NRW GmbH v Federal Republic of Germany*, 25.10.18, EU:C:2018:870

¹³⁴ GAs forslag til dom i *Sak C-516/17 avsnitt 62*.

¹³⁵ Bernd Justin Jütte, *Advocate General suggests that Germany cannot rely on copyright to protect confidential information*, publisert i *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, Vol. 14, No. 2, side 85

foreta en tydeligere formålsrettet tolkning i lys av de grunnleggende rettighetene. Med denne tilnærmingen til InfoSoc-direktivet gir ikke GA etter for ”the popular demand that copyright should be more flexible in the absence of a normative foundation for such flexibility”, men legger til rette for at “the balance between different fundamental rights has to be struck first and foremost by the legislature, that is the EU legislature”.¹³⁶ Tilnærmingen er på mange forståelig, ettersom en for rimelighetsbasert regel vil kunne være lite forutsigbar og kunne medføre ulik praksis i medlemsstatene, men legger samtidig ikke til rette for dynamiske og fleksible tolkninger av InfoSoc-direktivet.¹³⁷

3.2.2 Nærmere om siteringsretten

Ofte blir siteringsretten trukket frem som et som mulig hjemmelsgrunnlag for sampling, men da ofte i begrenset omfang.¹³⁸ Siteringsretten legger til rette for at brukere kan benytte seg av verk og nærstående rettigheter uten tillatelse fra rettighetshaveren, og i så måte ivareta hensynet til ytringsfrihet. Samtidig må ikke siteringsretten bli for omfattende og resultere i et for stort inngrep i rettighetshaverens interesser. Derfor er det slått fast i preamblet til InfoSoc-direktivet at det er nødvendig å bevare en “rimelig balance” mellom rettighetshavere og brukere, og i *Painer*¹³⁹ uttalte EU-domstolen at siteringsretten ”is intended to strike a fair balance between the right to freedom of expression of users of a work or other protected subject-matter and the reproduction right conferred on authors”¹⁴⁰. Det er på det rene at åvl. § 29 skal samsvare med Norges internasjonale forpliktelser, og at åvl. gir uttrykk for tilsvarende vilkår som følger av Infosoc art 5 nr. 3 bokstav d og Bernkonvensjonen¹⁴¹ artikkel 10.¹⁴²

Det følger av åvl. § 29 at det er tillatt å ”sitere” fra et offentliggjort verk i ”samsvar med god skikk” og i den ”utstrekning formålet betinger”. Selve ordlyden ”sitere” er teknologinøytralt og begrenser ikke siteringen til en viss form. Videre følger det av forarbeidene at ”[s]itatretten gjelder for alle typer verk”¹⁴³.

¹³⁶ Bernd Justin Jütte, *Finding Comfort between a Rock and a Hard Place Advocate General Szpunar on striking the balance in copyright law*, publisert på europeanlawblog.eu den 28. februar 2019.

¹³⁷ Se punkt 2.6.4

¹³⁸ Rognstad, *Opphavsrett*, side 317.

¹³⁹ Sak C-145/10, *Eva-Maria Painer v. Standard Vederlags GmbH et. al.*, 1 desember 2011, EU:C:2018:79

¹⁴⁰ *Ibid.* avsnitt 134

¹⁴¹ Bernkonvensjonen innfører sitering som et obligatorisk unntak for medlemslandene.

¹⁴² Prop. 104 L (2016-2017) side 134.

¹⁴³ Prop. 104 L (2016-2017) side 130.

Ordlyden ”i den utstrekning formålet betinger” tilsier at siteringsretten kun er lovlig så fremt den aktuelle bruken er tilknyttet utgangspunktet for siteringen, og avgrenser mot tilfeller der bruken går utover dette siteringsformålet og har endret karakter. Et eksempel på dette kan være dersom en sitering går fra å bidra til diskusjon, til å utelukkende dyrke brukerens kommersielle interesser.

Videre tilsier bruken av ordlyden ”such as” i Infosoc art 5 nr. 3 bokstav d at det ikke er tale om en uttømmende liste over hva som må være formålet med et sitat. Bruk som har lignende og tilgrensende formål som ”criticism or review” er lovlig etter ordlyden.

I Rt-2010-366 uttalte Høyesterett at ”[f]ormålet med sitatregelen er å sikre den alminnelige diskusjonsfrihet og meningsutveksling. Men sitater brukes også for å illustrere, utdype eller berike fremstillingen i et nyt verk” (avsnitt 38). Synspunktet er opprettholdt i forarbeidene.¹⁴⁴

I Mauseth-dommen¹⁴⁵ var det spørsmål om et filmutsnitt på to sekunder som ble vist på NRK var hjemlet i siteringsretten, eller om det krenket utøvende kunstners enerett til å råde over fremføringen. Høyesterett konkluderte med at det etter sitatretten var adgang til å vise filmsnutten, men at det ble ”siteret fra originalfilmen i en videre utstrekning enn det som fulgte av formålet”.¹⁴⁶ Til tross for at dommen ikke er direkte overførbar til sampling, illustrer den hvor snever muligheten til sitering kan være betinget av formålet.

En forutsetning for at sampling skal kunne hjemles i siteringsretten, er at den aktuelle bruken av sample har siteringsformål. En fleksibel og dynamisk tolkning av regelverket tilsier at siteringsformålet ikke bør tolkes for strengt. Sampling er ofte omtalt som en form for sitering¹⁴⁷. En ren kommersiell utnyttelse av et lydopptak, der en bevisst snylter¹⁴⁸ på annenmanns arbeid, vil ha mindre siteringsverdige formål sammenlignet med bruk av lydopptak til kreativ utfoldelse. Det økonomiske aspektet er selvfølgelig til stede, men sampling og musikkproduksjon handler like mye om kreativ utfoldelse og ytringsfrihet.

GA mener at ”der nødvendigvis skal være en form for samspill mellom citatet og det citerende

¹⁴⁴ *Ibid.* side 130.

¹⁴⁵ *Rt. 2010 s. 36*

¹⁴⁶ *Rt. 2010 s. 26* avsnitt 43.

¹⁴⁷ ECS viser til en rekke kilder i sin opinion, se fotnote 47 til avsnitt 4.6. i final rev.

¹⁴⁸ Birger Stuevold Lassen, *Retten til å sitere musikkverk*, i *Festskrift till Gunnar Karnell*, Stockholm 1999, side 774.

værk”, og viser til de oppramsede formålene¹⁴⁹.

Dersom en medlemstat innfører en vid siteringsrett, vil dette kunne komme i konflikt med tretrinnsatesten. Som ovennevnt følger det av tretrinnsatesten at det kun skal innføres unntak og innskrenkninger av enerettene i ”special cases”, og at disse ikke må stride med ”a normal exploitation” og videre ikke “unreasonably prejudice the legitimate interest of the rightholder”. I vurderingen av hva som følger av tretrinnsatesten er det følgelig viktig å foreta en avveining av hva som utgjør en ”fair balance”.

Rognstad presiserer at lånereglene forutsettes tolket slik at de ikke kommer til å ”danne skalkeskjul for en økonomisk snylting på opphavsmannen, eller åpner for virksomhet som kan innebære regulær økonomisk konkurranse med henne”.¹⁵⁰

Følgelig er det avgjørende hvilket syn man har på sampling som kunstnerisk uttrykksform og hvorvidt dette krenker de økonomiske interessene til produsenter i nevneverdig grad. Dersom man mener at bruk sampling ikke medfører et bevisst inngrep i produsenters økonomiske interesser, vil sampling i utgangspunktet kunne være i tråd med formålkravet til siteringsretten. Dersom en ikke anser sampling for å ha siteringsformål, vil unntaket ikke kunne gjøres gjeldende som hjemmel for sampling.

Et av spørsmålene BGH har forelagt EU-domstolen i *Pelham* er imidlertid hvorvidt det er tale om sitering etter InfoSoc-direktivet artikkel 5 (3) bokstav d dersom det ”ikke fremgår at der benyttes et fremmed værk eller en fremmed anden frembringelse”.¹⁵¹

Det er på det rene at de ideelle rettighetene som følger av åvl. § 5 ikke kommer direkte til anvendelse for produsenter av lydopptak, jf. åvl. §§ 20 (4) og 25. Det avgjørende er hvorvidt sampling er i tråd med ”god skikk”, og om navngivelse ”viser seg umulig”, jf. InfoSoc-direktivets art. 5 (3) bokstav d.

Ordlyden ”god skikk” tilsier at bruken er i tråd med det som er vanlig ved den aktuelle formen for sitering og hva som er vanlig bransjestandard. Ved sitering av tekst er det vanlig med bruk av tydelige anførselstegn, noe som medfører at det siterte materiale tydelig skilles

¹⁴⁹ GAs opinion avsnitt 65.

¹⁵⁰ Rognstad, *Opphavsrett*, side 219.

¹⁵¹ GAs opinion avsnitt 16.

fra det nye verket. Videre tilsier vilkåret om ”god skikk” at det siterte ikke endres i for stor grad. Dette er av hensyn til rettighetshaveren, og respekten for hans arbeid, sml. åvl. § 25 (2).

Ved sampling er det åpenbart umulig å anvende anførselstegn, ettersom det anvendte lydopptaket vil inngå i et nytt lydopptak. Det vil følgelig være unaturlig å kreve at det siterte materiale skal måtte kunne adskilles i det nye verket, ettersom en ny produksjon medfører en sammensmelting av sitatet og nye elementer. Videre vil en navngivelse i et lydopptak være praktisk vanskelig og unaturlig, sammenlignet med et sitering av tekst.

For å tilfredsstille kravene til god skikk, vil man kunne gjengi det siterte verket på et eventuelt platecover eller ved kreditering på de ulike plattformen dersom musikken gis ut digitalt.

På bakgrunn av dette konkluderer ECS med at ”the quotation exception in Article 5(3)(d) of the Information Society Directive might apply to sound sampling even where it is not evident to a listener that another person’s work or subject matter is being used in the form of a sound sample”.¹⁵²

GA foretar en strengt og lite dynamisk ordlydstolkning av vilkårene for sitering etter InfoSoc-direktivet, og mener at sitatet skal innarbeides i det siterende verk således, at det ”nemnt kan adskilles som et fremmedelement”, og viser til at det siterte verk ikke vil være ”i samspill med eller adskille sig fra det citerende værk, hvis det fuldstændigt går i et med dette”.¹⁵³

Dersom man åpner for at sampling er en form for sitering, vil det naturligvis ikke kunne adskilles som et tydelig fremmedelement. Samtidig kan ikke GAs redegjørelse av vilkår anses for å være i tråd med det som måtte være ”god skikk” ved sampling, ettersom det er umulig. Det hele beror på hvor dynamisk og liberal tilnærming man har til direktivet og formålene bak.

ECS på sin side mener GA sin tolkning av artikkel 5 (3) bokstav d vil stride med “the interests of (i) ensuring compliance with Art 10 (1), Berne Convention and (ii) retaining the legal flexibility to accommodate future cultural and technological developments[.] It might have been wiser to have allowed a more substantial role for the concepts of ‘fair balance’ and ‘fair practice’”.¹⁵⁴

¹⁵² ECS opinion side 2.

¹⁵³ GAs opinion avsnitt 65.

¹⁵⁴ ECS opinion side 4.

Hvorvidt man mener det er hjemmel for å sample med hjemmel i siteringsretten, vil følgelig avhenge av hvordan man tolker vilkårene for sitering. Hensynet til en ”fair balance” mellom kunstnerisk frihet og produsenters økonomiske interesser, sammenholdt med en fleksibel og dynamisk tilnærming til rettsområdet, taler for at sampling kan hjemles i siteringsretten.

3.2.3 De ulike tilfellene

3.2.3.1 Sampling av korte lydklipp

Tradisjonell sampling vil fort krenke de økonomiske interessene i stor grad, og følgelig være i strid med både vilkårene i siteringsretten og tretrinns testen. Ved sampling av korte lydklipp, som i *Pelham*¹⁵⁵, vil mange av de samme argumentene som tilsier en innskrenkende tolkning av InfoSoc-direktivet art. 2 bokstav c, gjøre seg gjeldende.¹⁵⁶

GAs tilnærming til bruk av samples bærer sterkt preg av en svært konservativ tolkning av vilkårene for sitering, og uttrykker at tilfellet i *Pelham* ikke har tilstrekkelig samspill med det originale verket til å kunne anses som sitering.¹⁵⁷ Kravet om samspill følger ikke direkte av ordlyden, og vil ved en dynamisk tolkning av direktivet ikke være til hinder for at sampling kan falle inn under siteringsretten.

Dersom en tar utgangspunkt i en tilsvarende tilnærming til siteringsretten og forholdet til sampling som ECS gjorde, og forutsetter at sampling kan oppfylle vilkåret om siteringsformål, vil bruk av samples som i *Pelham* kunne være hjemlet i siteringsretten. Samtidig forutsetter dette at bruker lydopptaket i innenfor rammene av ”god skikk”, som innebærer en eventuell navngivelse på utgivelsesplattformen.

Dersom sampling som uttrykksform vil vanskeligjøres ved å ikke tillate sampling, og at bruken ikke påvirker produsentens økonomiske interesser i stor grad, tilsier hensynet til kreativ frihet at sampling av korte lydklipp bør være lovlig. Dette vil både ivareta en ”fair balance” mellom brukernes og rettighetshaverens interesser. Videre taler hensynet til fleksibilitet i regelverket, i takt med den teknologiske utviklingen for at det bør foretas en formålsrettet og balansert tolkning av de aktuelle unntakene.

¹⁵⁵ Sak C-145/10, *Eva-Maria Painer v. Standard Vederlags GmbH et. al.*, 1 desember 2011, EU:C:2018:79

¹⁵⁶ Se punkt 3.1.4

¹⁵⁷ GA opinion avsnitt 67.

Hvilket resultat EU-domstolen kommer til å lande på er imidlertid vanskelig å forutse, ettersom det foreligger lite positive rettskilder og sprikende rettspraksis på området. Det avgjørende vil være hvilken tilnærming de har til både ordlyden i InfoSoc-direktivets art. 5, hvilken vekt de legger på fleksibilitet, og hvordan de foretar avveiningen av de ulike grunnleggende hensynene som gjør seg gjeldende. Det er nokså klart at en streng ordlydstolkning taler mot at sampling i det hele tatt faller inn under unntaksbestemmelsen.

3.2.3.2 Sampling etter stor grad av bearbeidelse

Ved stor grad av bearbeidelse og såkalt ”tweaking” av et lydopptak, vil det være problematisk å legge til grunn at siteringen er i tråd med ”god skikk”.

Ser man siteringsretten i lys av åvl. § 25 som legger til grunn at ”verkets karakter må ikke forandres eller forringes” er det nokså åpenbart at en stor grad av bearbeidelse og ugjenkjenneliggjøring ikke er i tråd med hverken normale siteringsformål eller ”god skikk”.

4 Praktisk anvendbarhet og fremtidige behov

Produsenters rekkevidde og forhold til sampling aktualiserer en del grunnleggende spørsmål som ikke nødvendigvis har et opplagt svar. Slik rettskildebildet er akkurat nå, vil tilnærmingene til både avveiningen av grunnleggende rettigheter, og synet på hvorvidt sampling medfører en krenkelse av produsentens økonomiske interesser vil være avgjørende for hvilket resultat EU-domstolen kommer til.

Fleksibilitet er særlig viktig innen immaterialretten for å følge tritt med den raske utviklingen i samfunnet i takt med teknologien. En for statisk og konservativ positivistisk tilnærming til immaterielle spørsmål vil fort bli problematisk, og en vil risikere at regelverket henger etter. Lovendringer er en svært omstendelig prosess innenfor EU-retten, og en dynamisk tilnærming har følgelig mange fordeler.

Uavhengig av utfallet i *Pelham*, vil domsavsigelsen kunne påvirke hvor dynamisk og fleksibelt InfoSoc-direktivet skal være. EU-domstolen kan fint ivareta hensynet til fleksibilitet og dynamikk i regelverket, uten å konkludere med at sampling bør aksepteres. EU-domstolen trenger ikke å anvende samme tilnærming til rettskildebildet som det GA har gjort, men kan heller velge å legge til rette for at InfoSoc-direktivet får en mer fleksibel karakter.

En konservativ og restriktiv tilnærming til rettskildene vil kunne øke forutberegneligheten, i den forstand at konkrete rettsregler er lettere å forholde seg til enn rimelighetsvurderinger. Samtidig vil en slik tilnærming kunne gå på bekostning av både brukere og rettighetshavere dersom grunnleggende hensyn tilsier en mer liberal tolkning av regelverket.

Dersom en åpner for sampling av mindre eller bearbejdede deler av et lydopptak, vil de ulike hjemmelsgrunnlagene kunne gi ulik grad av forutberegnelighet. ECS mener en innskrenkende tolkning av produsenters rettigheter kan være mest forutberegnelig, ettersom en slipper usikkerheten til hvorvidt den aktuelle bruken faller inn under unntakene i artikkel 5 (3).¹⁵⁸

¹⁵⁸ ECS opinion side 12

Selv om ECS sin tilnærming vil sikre et mer fleksibelt og dynamisk rettskildebilde, vil en slik tilnærming ikke være uten problemer. GA mener at ”en bagatelgrænse innebærer betydelige praktiske vanskeligheter i forbindelse med dens anvendelse”.¹⁵⁹ Det vil være uklart hvor den aktuelle bagatellgrensen skal gå, og medlemstater, rettighetshavere og brukere må forholde seg til et mer dynamisk rettskildebilde.

Videre påpeker GA at ”[e]n anvendelse af en bagatelgrænse vil (...) uundgåeligt medføre forskelle i national retspraksis, hvilket vil være i strid med hovedformålet med direktiv 2001/29, som er harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om ophavsret”¹⁶⁰. Det vil ta lang tid å utvikle rettspraksis som gjør slike normer mer forutberegnelighet og presise, samt vil en utvikling i domstolene mangle den samme demokratiske legitimiteten fra lovgiver.

En kan spørre seg hvorvidt en ”fair use”-regel hadde vært en mer optimal løsning. Rendas tar til orde for at GAs opinion i *Spiegel Online* illustrerer behovet for en fair use-regel i EU.¹⁶¹ Videre foreslår Rendas at en fleksibel ”fair use”-regel ville sikret at offentlige interesser kan vinne frem på bekostning av rettighetshaveres økonomiske interesser, særlig i de tilfellene der den økonomiske interessen er krenket i liten grad.¹⁶²

På den ene siden ville dette tilfredsstilt den etterlengtede fleksibiliteten i regelverket som mange har savnet.¹⁶³ Det er upraktisk med en for positivistisk tilnærming til et rettsområde i rask og omfattende utvikling, og det er heller ingenting som indikerer at rettsutviklingen vil stagnere med det første. Samtidig tar det svært lang tid å utvikle en slik regel. En skjønnsmessig norm må få utvikle seg i rettspraksis, og tilpasse seg den allerede eksisterende rettskulturen. En bedre løsning er en fleksibel og dynamisk tolkning av de allerede eksisterende rettskildene. Det fremstår som lite hensiktsmessig å endre regelverket, for så å måtte endre det på nytt om et par år. Derfor vil EU-domstolens avgjørelse i *Pelham* være viktig for hvilken tilnærming en skal ha til InfoSoc-direktivet.

¹⁵⁹ GA opinion avsnitt 32.

¹⁶⁰ *Ibid.* avsnitt 32

¹⁶¹ Tito Rendas, *Advocate General Szpunar in Spiegel Online (or why we need fair use in the EU)*, publisert i *Journal of Intellectual Property Law & Practice* den 25. februar 2019, side 2.

¹⁶² *Ibid.* side 2.

¹⁶³ Se punkt 2.6.4

Litteraturliste

Lover

Norge

- Kongeriket Noregs Grunnlov av 17. mai 1814
- Lov om opphavsrett til åndsverk mv. av 12. mai 1961 nr. 2 (tidligere åndsverkloven, opphevet)
- Lov om opphavsrett til åndsverk mv. av 15. juni 2018 (åndsverkloven)
- Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109.

Tyskland

- Urheberrechtsgesetz (lov om opphavsrett og nærstående rettigheter) av 9. september 1965 (UrhG)
- Grundgesetz (Tysk grunnlov) av 23. mai 1949

USA

- U.S Copyright Act, S 107

Konvensjoner

- Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) av 4. november 1950.
Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk av 9. september 1886
- Convention for the Protection of Producers of Phonograms Against Unauthorized Duplication of Their Phonograms (Geneva phonograms Convention/GPC) av 29. oktober 1971.

Traktater

- WIPO Copyright Treaty (WCT) av 20. desember 1996
- WIPO Performance and Phonograms Treaty (WPPT) av 20. desember 1996.

- Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property rights (TRIPS-avtalen) av 15 april 1994

EU-rettskilder og direktiver

- EP/Rdir. 96/9/EC, vedtatt den 11. mars 1996 (Databasedirektivet)
- EP/Rdir. 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse aspekter av opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet (InfoSoc-direktivet)
- EP/Rdir. 2006/115/EF av 12. desember 2006 om utleie- og utlånsrett og om visse opphavsrettsbeslektede rettigheter på området immaterialrett (Utleiedirektivet)
- Charter 2012/C 326/02 av 12. desember 2000, Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter (CFR)
- Traktat 2010/C 83/01 av 13. desember 2007 Konsolideret udgave af traktaten om Den Europæiske Union (Lisboa-trakten)
- EP/Rdir. 1995/46/EC av 24. oktober 1995

Annet:

- Agreed Statement concerning the WIPO Copyright Treaty av 20 desember 1996

Forarbeider

- Prop. 104 L (2016-2017)
- Ot.prp. nr. 26 (1959-1960)
- Ot.prp. nr. 85 (1997-98)

Rettspraksis

Norge

- Rt-2010-366
- Rt. 2010 s. 36
- Rt. 1962 s. 964 (Wegners sybord)
- Rt. 2005 s. 41 (Napster)
- Rt-2012-1062 (Tripp Trapp)
- HR-2017-2165-A (Il Tempo Gigante)
- Rt-2013-822 (Ambassadør)

Tyskland

- Bundesverfassungsgericht, Sak 1 BvR 1585/13, 31. mai 2016, utgitt på engelsk av Max Plack Institute for Innovation and Competition, Munich 2017, avsnitt 107.

Danmark

- Saksnr. 171/2017, Coop mot Würtz, avsagt den 18.12.18 av Dansk Høyesteretts 2. avdeling.

USA

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

EMD

- Vereinigung Bildender Künstler mot Austria, 25. januar 2007, final 25/04/2007,
- Neij og Kolmisoppi mot Sverige, 19. februar 2013, D 40397/12
-

EU-domstolen

- Sak C-5/08, *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening*, 16. juli 2009, EU:C:2009:465
- Sak C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd and Others v William Hill Organization Ltd*, 9. november 2004, EU:C:2004:695
- Sak C-275/15, *ITV Broadcasting m.fl. v. TVCatchup m.fl.*, 1 mars 2017, EU:C:2017:144
- Sak C-403/08 og sak C-429/08, *Football Association Premier League Ltd and Others v. QC Leisure and Others og Karen Murphy v Media Protection Services Ltd*, 4. oktober 2011, EU:C:2011:631
- Sak C-399/11, *Stefano Melloni v Ministerio Fiscal*, 26. februar 2013, EU:C:2013:107
- Sak C-275/06, *Promusicae v. Telefónica de España SAU*, 29. januar 2008, EU:C:2008:54
- Sak C-145/10, *Eva-Maria Painer v. Standard Vederlags GmbH et. al.*, 1 desember 2011, EU:C:2018:79
- Sak C-201/13, *Deckmyn v Vandersteen*, 3 september 2014, EU:C:2014:2132

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

Generaladvokatens forslag til avgjørelser

- *Forslag til avgjørelse fra generaladvokat M. Szpunar*, levert 12. Desember 2018, ECLI:EU:C:2018:1002, foreløpig utgave 14.04.19
- Generaladvokat Szpunar forslag til dom i Sak C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH v Federal Republic of Germany*, 25.10.18, EU:C:2018:870
- Generaladvokat Szpunar forslag til dom i Sak C-516/17, *Spiegel Online v. Volker Beck*, 10. januar 2019, EU:C:2019:16

Litteratur

Bøker

- Rognstad, Ole-Andreas og Birger Stuevold Lassen, *Opphavsrett*, (Oslo 2009)
- Schovsbo, Jens, Morten Rosenmeier og Clement Salung Petersen, *Immaterial*, 4. Udgave (København 2015)
- Rognstad, Ole-Andreas, *Property Aspects of Intellectual Property*, (Cambridge 2018)
- Lassen, Birger Stuevold, *Retten til å sitere musikkverk*, i *Festskrift till Gunnar Karnell*: (Stockholm 1999)

Artikler

- Hugenholtz, P. Bernt og Martin R.F Senftleben, *Fair Use in Europe. In search of flexibilities*, (Amsterdam 2011)
- Fredriksen, Halvar Haukeland, ”Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten”, publisert i *Jussens Venner* på side 371-399, (Oslo 2013)
- *Opinion of the European Copyright Society in relation to the pending reference before the CJEU in Sak C-476/17, Pelham GmbH v Hütter*, final rev. 2019
- Bernd Justin Jütte, *Advocate General suggests that Germany cannot rely on copyright to protect confidential information*, publisert i *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, Vol. 14, No. 2, side 84,

- Tito Rendas, *Advocate General Szpunar in Spiegel Online (or why we need fair use in the EU)*, publisert i *Journal of Intellectual Property Law & Practice* den 25. februar 2019
- Tito Rendas, *Copyright, Technology and the CJEU: An Empirical Study*, Max Planck Institute for Innovation and Competition, Munich 2017,
- Duahnic, Ines, *Copy this sound! The cultural importance of sampling for hip hop music in copyright law - a copyright law analysis of the sampling decision of the German Federal Constitutional Court*, publisert i *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, Vol.11(12), side 932-945.
- Bernd Justin Jütte, *Finding Comfort between a Rock and a Hard Place Advocate General Szpunar on striking the balance in copyright law*, publisert på europeanlawblog.eu den 28. februar 2019, <https://europeanlawblog.eu/2019/02/28/finding-comfort-between-a-rock-and-a-hard-place-advocate-general-szpunar-on-striking-the-balance-in-copyright-law/> (sist kontrollert 09.05.19)

Annet

- *Records of the Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions*, WIPO, Geneva 1996, volume II, side 665; https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_348_vol_ii.pdf (sist kontrollert 09.05.19)
- Fellmeth, Aaron X og Maurice Horwitz, *Guide to Latin in International Law*, Oxford University Press 2011; <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195369380.001.0001/acref-9780195369380-e-521?rsk=2TAZpW&result=505> (sist kontrollert 09.05.19)

Nettsider

- https://snl.no/sampling_-_musikk (sist kontrollert 09.05.19)
- <https://www.whosampled.com/sample/120/A-Tribe-Called-Quest-Can-I-Kick-It%3F-Lou-Reed-Walk-on-the-Wild-Side/> (sist kontrollert 09.05.19)
- <https://hiphopdx.com/news/id.36380/title.a-tribe-called-quest-earned-zero-royalties-from-can-i-kick-it#> (sist kontrollert 09.05.19)

- <https://www.whosampled.com/The-Honey-Drippers/Impeach-the-President/> (sist kontrollert 09.05.19)
- <https://www.whosampled.com/Billy-Squier/The-Big-Beat/> (sist kontrollert 09.05.19)
- <https://www.whosampled.com/sample/87844/Kanye-West-Pusha-T-Big-Sean-Cyhi-Da-Prynce-J.-Cole-Looking-for-Trouble-Billy-Squier-The-Big-Beat/> (sist kontrollert 09.05.19)
- https://en.wikipedia.org/wiki/Digital_audio_workstation (sist kontrollert 09.05.19)
- <https://9to5mac.com/2015/07/12/logic-pros-how-to-sampler-instruments-exs24/> (sist kontrollert 09.05.19)
- <https://en.wikipedia.org/wiki/MIDI> (sist kontrollert 09.05.19)
- <https://www.nme.com/news/artists-releasing-music-ever-streaming-spotify-neil-shah-wall-street-journal-2277517> (sist kontrollert 09.05.19)
- <https://splice.com/features/sounds> (sist kontrollert 09.05.19)
- www.europeancopyrightsociety.org (sist kontrollert 09.05.19)
- <https://www.complex.com/pigeons-and-planes/2018/04/bedroom-pop-diy-artists/clairo> (sist kontrollert 09.05.19)