

UiO : **Det juridiske fakultet**

Plagiat av musikkverk

Krenkelsesvurderingen i opphavsretten når verkstypen er musikkverk

Kandidatnummer: 586

Leveringsfrist: 25.11.2019 kl. 12.00

Antall ord: 17882



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Rettslig plassering.....	1
1.2.1	Opphavsretten	1
1.2.2	Opphavsrettens grunnleggende interessekonflikt: Åvl. § 1	1
1.3	Det rettslige grunnlaget	2
1.3.1	Innledning	2
1.3.2	”Åndsverk”: Åvl. § 2.....	2
1.3.3	Opphavsrettens innhold og krenkelsesvurderingen: Åvl. § 3	3
1.4	Begrepet ”Musikkverk”	4
1.5	Begrepet ”plagiat”	4
1.6	Bearbeidelser og ”fri bruk”: Åvl. § 6	4
1.7	Internasjonal og utenlandsk rett.....	5
1.7.1	Forholdet til nordisk og rett og betydningen av ny norsk lov	5
1.7.2	Internasjonale rettskilder	5
1.7.3	Forholdet til og kontinental-europeisk og angloamerikansk rett	6
1.8	Avgrensninger	6
1.8.1	Mot enkelte opphavsrettslige spørsmål.....	6
1.8.2	Mot spørsmål om sampling.....	7
1.8.3	Mot spørsmål om musikkstater	7
1.8.4	Mot spørsmål om parodier	7
1.8.5	Mot avtale- og kontraktsrettslige spørsmål	8
1.8.6	Mot andre krenkelsesspørsmål	8
1.9	Den videre fremstillingen	8
1.9.1	Om problemstillingen.....	8
1.9.2	Om metoden og strukturen.....	8
2	DEN RETTSLIGE PLAGIATVURDERINGEN	10
2.1	Tilgangsspørsmålet.....	10
2.2	Selve krenkelsesvurderingen	10
3	MUSIKKVITENSKAPELIG TERMINOLOGI	11
4	EN GJENNOMGANG AV RETTSPRAKSIS	13
4.1	NJA 2002 s. 178 ”Oxdansen”	13
4.1.1	Forholdet til ”Oxdansen” og spørsmålet om verkshøyde	13

4.1.2	Krenkelsesvurderingen.....	14
4.2	U.2014.3428S med kritikk av O. Torvund	19
4.2.1	Spørsmålet om verkshøyde og krenkelsesvurderingen	20
4.3	”Allelu”	24
4.3.1	Krenkelsesvurderingen i forføyningssaken.....	24
4.3.2	Byrettssaken	27
4.4	Røyksopp	30
4.4.1	Saksgang og faktum	30
4.4.2	Motssøksmålet: Skillet mellom ide og uttrykk	30
4.4.3	Verkshøyde og analyse av frembringelsene.....	31
4.4.4	Krenkelsesvurderingen.....	33
4.5	Gaye v. Williams	34
4.5.1	Om amerikansk rett og faktum i saken	34
4.5.2	Flertallet	35
4.5.3	Dissensen.....	40
4.6	Oppsummering	41
5	NOEN UBEHANDLEDE SPØRSMÅL.....	42
5.1	Innledning.....	42
5.2	Medium.....	42
5.3	Grensene for hva som er musikk	42
5.4	Hvor mye kan man ”stjele”?.....	42
5.5	Hva kan man ”stjele”?	43
5.6	Sampling: ”Pelham”	43
6	AVSLUTNING.....	45
6.1	Oppsummering	45
6.2	Konkluderende bemerkninger	45
	LITTERATURLISTE	47

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Det er mange ulike spørsmål som kan oppstå i møtet mellom juss og musikk. Hva er egentlig et musikkverk? Hva er det som gjør at to musikkstykker ligner? Hvordan beviser man at de ligner? Kan man stjele fire takter fra andres musikk til sin egen uten å spørre¹? Har man tilgang til et musikkstykke bare fordi det finnes på nett? Kan Den norske Studentersangforening fremføre ”Ja, vi elsker” på universitetstrappen 17. mai uten å spørre etterkommerne etter Rikard Nordraak og Bjørnstjerne Bjørnson?

Hovedspørsmålet denne oppgaven forsøker å belyse, er når et musikkverk krenker opphavsretten til en annen opphavers musikkverk. Dette kan også ses på som et spørsmål om hva som er ”rekkevidden av åndsverkbeskyttelsen” til det åndsverket som påstås krenket.² I krenkelssaker kan det selvsagt være snakk om rene etterligninger av et musikkverk. Slike etterligninger kan skje bevisst eller ubevisst fra krenkerens side. Det kan også være snakk om krenkelse der noen har bearbeidet et verk, for eksempel ved arrangering, orkestrering eller sampling. I alle disse tilfellene må man fastslå hvilke elementer i det påstått krenkede verket som har opphavsrettslig vern. Så må man vurdere om den påstått krenkende frembringelsen ligner på det som har vern i den påstått krenkede, i en slik grad at opphavsretten er overtrådt. Det er innholdet i disse vurderingene denne oppgaven dreier seg om. Forenklet forklart er spørsmålet: Når foreligger et opphavsrettslig plagiat av et musikkverk?

1.2 Rettslig plassering

1.2.1 Opphavsretten

Vi befinner oss på opphavsrettens område. Knoph beskrev opphavsretten på følgende måte: ”Opphavsretten til åndsverk gir en forfatter eller kunstner enerett til å mangfoldiggjøre og offentliggjøre de verker han har skapt”.³ Rognstad skriver at ”Opphavsretten omhandler reglene om beskyttelse av litterære og kunstneriske verk.”⁴ Denne formuleringen passer naturlig nok bedre i 2019. Det er uansett utvilsomt at opphavsretten rommer spørsmål om beskyttelse og krenkelse av musikkverk.

1.2.2 Opphavsrettens grunnleggende interessekonflikt: Åvl. § 1

I Norge reguleres opphavsretten i første rekke av åndsverkloven av 2018 (åvl.).⁵ Lovens formålsbestemmelse slår fast at loven skal ”gi rettigheter til de som skaper, fremfører eller inves-

¹ I gammel komponistlære var dette ofte hevdet, jf. Rognstad (2019) s. 183

² Rognstad (2019) s. 161

³ Knoph (1936) s. 2

⁴ Rognstad (2019) s. 17

⁵ Lov av 15. juni 2018 nr. 40

terer i åndsverk, ..., og slik også gi insentiv til kulturell produksjon”.⁶ Bestemmelsen slår også fast at formålet med loven er å ”avgrense rettighetene med sikte på å ivareta en rimelig balanse mellom rettighetshavernes interesser på den ene siden og brukernes og allmennhetens interesser på den andre siden, ...”⁷ Disse bestemmelsene peker på en viktig interesseavveining i opphavsretten. Lovens søker å ivareta noen grunnleggende opphavsrettslige hensyn: Opphaver skal ha utbytte av sin skapende åndsinnsetning, samtidig som opphavsretten begrenser handlingsrommet til fremtidige skapere minst mulig.

I plagiatspørsmålet er denne interesseavveiningen helt sentral. Opphavsrettslig vern av et åndsverk vil alltid medføre en begrensning i fremtidige skaperes kreative handlingsrom. Her finner man også begrunnelsen for at plagiatspørsmålet kan ses på som spørsmål om rekkevidden av åndsverkbeskyttelsen. Man kan tenke på beskyttelsen som et ”rom” rundt åndsverket. Dersom et annet påstått åndsverk ”trer inn i” dette rommet, kan det foreligge en krenkelse.⁸ Skal man bedømme i plagiatspørsmål, eller analysere rettskilder på området for å si noe generelt om krenkelser, er det helt avgjørende å ha denne interessekonflikten i tankene.

1.3 Det rettslige grunnlaget

1.3.1 Innledning

Det er ingen eksplisitt hjemmel for plagiattvurderingen i åndsverkloven. Vurderingen har likevel sitt rettsgrunnlag i loven. I tillegg er det nødvendig å forstå noen av lovens krav til et beskyttet åndsverk. Dette gjelder særlig kravet til verkshøyde/originalitet. Det er derfor hensiktsmessig å se nærmere på enkelte av lovens bestemmelser. Den følgende gjennomgangen er kort, og behandler kun det som er relevant for krenkelsesvurderingen (og eventuelt verkshøydevurderingen).

1.3.2 ”Åndsverk”: Åvl. § 2

Åvl. § 2 (1) lyder: ”Den som skaper et åndsverk, har opphavsrett til verket, og betegnes som opphaver”. Knoph stilte opp tre vilkår for opphavsrettslig beskyttelse: ”Det som kan kreve beskyttelse må nemlig være: a) en frembringelse; b) på det litterære, vitenskabelige eller kunstneriske område, og c) av den art at det rettelig kan kalles for et åndsverk.”⁹ Som Rognstad påpeker, vil ofte vilkår a og c være overlappende.¹⁰ Spørsmålet er ofte i realiteten hva som utgjør et ”åndsverk” i lovens forstand.

⁶ Jf. åvl. § 1 (1) a

⁷ Jf. åvl. § 1 (1) b

⁸ Med mindre et av unntakene fra beskyttelsen får anvendelse, for eksempel ved musikkstat.

⁹ Knoph (1936) s. 62

¹⁰ Rognstad (2019) s. 85

Åvl. § 2 (2) gir en viss veiledning i dette spørsmålet. Bestemmelsen lyder: ”Med åndsverk forstås i denne loven litterære eller kunstneriske verk av enhver art, som er uttrykk for original og individuell skapende åndsinnstas.” Det understrekelede vilkåret slår fast at rene gjengivelser av eldre frembringelser ikke kan ikke få vern.¹¹ I formuleringen ”original og individuell skapende åndsinnstas” finnes også kravet til verkshøyde, eller originalitet (som det også kan formuleres som).¹²

Noen utførlig behandling av kravet til verkshøyde er det ikke rom for i denne oppgaven. Men verkshøydespørsmålet er nært knyttet til plagiatspørsmålet, fordi man ikke kan krenke noe som ikke er et åndsverk. Ved krenkelsesvurderingen må man derfor først vurdere om den påstått krenkede (delen av) frembringelsen har verkshøyde. Så må man foreta den sammenliknende plagiattvurderingen. Det er derfor grunn til å ta med at en uttalelse om verkshøydevurderingen i avgjørelsen Rt. 1962 s. 964 (”Wegners sybord”): ”Det kreves at opphavsmannens ideer har realisert seg på en slik måte at det ved hans verk er skapt noe originalt av kunstnerisk verdi”.¹³ Av HR-2017-2165-A (”Il tempo Gigante”) fremgår det at ”en original sammenstilling av kjente enkeltelementer kan oppfylle verkshøydekravet”.¹⁴ Dette er typisk for musikkverkstilfellene, fordi de musikalske byggeklossene sjelden vil være originale alene.

Sitatet fra ”Wegners sybord” peker på en dikotomi som er helt sentral i verkshøydevurderingen, nemlig skillet mellom ”ide” og ”uttrykk”. Det er ikke hva opphaver har tenkt, ideen bak verket, som kan få vern. Det er det konkrete resultatet av ideen, altså det kunstneriske uttrykket, eller ”frembringelsen” om man vil, som kan vernes. Poenget med dette er at opphavsretten ikke skal begrense det kreative handlingsrommet mer enn nødvendig. Dersom man gir vern til ideen bak et verk risikerer man å verne musikalske ”oppskrifter”, for eksempel de musikalske trekkene som gjør at en sang kan plasseres i en bestemt sjanger. Dette vil potensielt begrense andres mulighet til å lage musikk i den stilen eller sjangeren mye.

1.3.3 Opphavsrettens innhold og krenkelsesvurderingen: Åvl. § 3

Som nevnt følger det ikke direkte av åndsverkloven at man ikke kan plagiere et verk. Det følger derimot av en tolkning av åvl. § 3. Bestemmelsen gir opphaver en rekke eneretter til å råde over åndsverket sitt. Av dette følger det at det foreligger en krenkelse av opphavsretten dersom noen andre rår over verket på måter som er nevnt i åvl. § 3. Det er spørsmålet om når det foreligger en slik krenkelse som er det sentrale i denne oppgaven.

¹¹ Jf. også Rognstad (2019) s. 86

¹² At kravet til verkshøyde og originalitet er det samme er ikke tvilsomt etter norsk rett, jf. Rognstad (2019) s. 94-95

¹³ Uttalelsen er fulgt opp i Rt. 2012 s. 1062, Rt. 2013 s. 822 og HR-2017-2165-A

¹⁴ HR-2017-2165-A avsnitt 66-67

1.4 Begrepet ”Musikkverk”

Åndsverkloven § 2 (2) lister opp en rekke verkstyper som kan være åndsverk, blant andre ”musikkverk, med eller uten tekst”.¹⁵ Det er allerede gjort rede for hva som skal til for at noe er et ”verk” (har verkshøyde). Det neste spørsmålet er da hva som gjør noe til musikk. Å svare presist på dette har musikkvitenskapen forsøkt seg på siden dens begynnelse. De fleste definisjonene knytter seg til organiseringen av lyder. For eksempel operer Store Norske Leksikon med følgende definisjon: ”Musikk er en kunstform som bruker lyd organisert i tid for å skape berikende opplevelser gjennom lytting, dans eller framføring.”¹⁶ Man kan nok diskutere særlig den andre halvdelen denne setningen. For denne oppgavens formål er det nok å påpeke at den rettslige terskelen for hva som er ”musikk” ikke er høy.

1.5 Begrepet ”plagiat”

I denne oppgaven skriver jeg både ”plagiatvurderingen” og ”krenkelsesvurderingen”. Det er nødvendig å påpeke at jeg med dette mener det samme. Rognstad omtaler ”plagiat” som ”inngrep i opphaverens enerett”.¹⁷ Jeg er enig med Rognstad i at bruken av begrepet ”plagiat” i noen tilfeller kan være uheldig.¹⁸ Når jeg likevel velger å benytte begrepet, er det av to grunner. For det første fordi det gir lesere uten juridisk forståelse, eller uten erfaring med opphavsrett, en enklere inngang til oppgaven. For det andre på grunn av språklig variasjon. Men det må holdes helt klart at jeg ved alle omtaler av ”plagiat” mener rettslig krenkelse av et åndsverk.

1.6 Bearbeidelser og ”fri bruk”: Åvl. § 6

Åvl. § 6 gjelder ”bearbeidelser”. Bestemmelsens første ledd slår fast at en som bearbeider et verk får opphavsrett til bearbeidelsen (dersom den har verkshøyde). Han kan imidlertid ikke rå over den ”i strid med opphavsretten til originalverket”. For musikkverkene er bearbeidelser praktiske, for eksempel gjennom *arrangering*.¹⁹ For at en bearbeidelse skal oppnå vern, må bearbeideren ”ha preget resultatet med et slikt tilskudd av egen skapende åndsinnsetning at det fremtrer som åndsverk også fra hennes hånd”.²⁰ Altså må man foreta en verkshøydevurdering for å fastslå om det som er tilført originalverket i bearbeidelsen er et åndsverk.

¹⁵ Jf. åvl. § 2 (2) d

¹⁶ Ruud, Store Norske Leksikon (2019)

¹⁷ Rognstad (2019) s. 149

¹⁸ Se Rognstad (2019) s. 162-163

¹⁹ Arrangementer er omarbeidelser eller bearbeidelser av musikk, som kan kategoriseres som nye versjoner av musikken.

²⁰ Rognstad (2019) s. 149

Åvl. § 6 (2) gjelder grensen mellom bearbeidelser og den såkalte frie bruk: ”Opphavsretten er ikke til hinder for at det skapes nye og selvstendige verk gjennom å benytte eksisterende verk.” Grensen mellom bearbeidelse og slik fri bruk det er tale om her, er den samme som grensen mellom plagiat og fri bruk. Som Rognstad påpeker: ”Plagiat foreligger jo ikke bare når verket gjengis nettopp i den skikkelse opphaveren selv har gitt det, men også når det gis en annen skikkelse, hvis de individuelle trekk beskyttelsen er knyttet til, går igjen på en slik måte at verket – helt eller delvis – må sies å bevare sin identitet.”²¹ Altså kan det i mange tilfeller være avgjørende å fastslå om en arrangør har endret verket så mye at det ikke er en bearbeidelse i lovens forstand. I så fall vil det være fri bruk. Da foreligger det heller ingen opphavsrettslig krenkelse.

1.7 Internasjonal og utenlandsk rett

1.7.1 Forholdet til nordisk og rett og betydningen av ny norsk lov

”Åndsverkloven av 1961 ble til gjennom et intimt nordisk lovsamarbeid, med en uttalt målsetting om nordisk rettsenhet.”²² Det er utvilsomt at nordiske rettskilder, både praksis og teori kan ha betydning ved tolkningen av norsk rett. Av plasshensyn vises det her til begrunnelser hos Rognstad²³ og Levin²⁴ med videre henvisninger.

For enkelte opphavsrettslige problemstillinger vil det kunne reises tvil om hvorvidt innføringen av den nye åndsverkloven vil gjøre nordiske rettskilder mindre relevante. Det er imidlertid på det rene at den nye loven ikke er ment å endre rettstilstanden hverken for spørsmålet om verkshøyde eller plagiat, jf. forarbeidene til åvl. §§ 2 og 3²⁵. På denne måten er de nordiske rettskildene fremdeles interessante for denne analysen.

1.7.2 Internasjonale rettskilder

Det finnes etter hvert mange internasjonale rettskilder på opphavsrettens område. Utgangspunktet er at ”[o]pphavsretten ... fortsatt [er] territoriell, i den forstand at hver stat fastsetter innholdet i og håndhever «sine» opphavsrettigheter”.²⁶ Det er likevel slik at endel internasjonale systemer og kilder påvirker den norske opphavsretten. Den mest betydningsfulle er EU-retten gjennom EØS-avtalen. Det såkalte Infosoc-direktivet (opphavsrettsdirektivet)²⁷ er kanskje den mest sentrale kilden på opphavsrettens område. Mer generelle regler i EØS-avtalen

²¹ Rognstad (2019) s. 149

²² Rognstad (2019) s. 44

²³ Rognstad (2019) s. 44 flg.

²⁴ Levin (2015) s. 36 og 70-71

²⁵ Jf. Prop. 104 L (2016-17) kap. 14

²⁶ Rognstad (2019) s. 44

²⁷ Direktiv 2001/29/EF

(og dermed også TEUF²⁸), og grunnleggende rettigheter som for eksempel ytringsfrihet, har betydning for opphavsrettens utstrekning.

Et betimelig spørsmål er om EØS og alt det medfører av EU-rettslig påvirkning har svekket betydningen av det nordiske lovsamarbeidet. Svaret er nok på noen områder ja.²⁹ Imidlertid finnes det ingen saker fra EU-domstolen om krenkelse av musikkverk, utenom såkalt ”sampling”.³⁰ Det finnes saker om verkshøyde, men ikke for musikkverk. Det er i det hele tatt få holdepunkter for å vurdere om den norske/nordiske krenkelsesvurderingen er i tråd med den EU-rettslige. Analysen vil derfor i hovedsak forholde seg til norske og nordiske rettskilder.

I tillegg har man mekanismer utenfor EØS, som WIPO copyright treaty, Bernkonvensjonen³¹ og Verdenskonvensjonen om opphavsrett.³² Da disse enten harmonerer med norsk rett, mangler håndhevingsmekanismer, eller ikke gir ytterligere veiledning for krenkelsesvurderingen etter norsk rett, vil de ikke spille noen stor rolle i denne oppgaven. Det kan likevel ikke helt utelukkes at det kan finnes tilfeller der norsk rett ikke harmonerer med de internasjonale kildene.³³

1.7.3 Forholdet til og kontinental-europeisk og angloamerikansk rett

Den nordiske lovgivningen er i stor grad bygget på kontinental-europeisk rett. Spesielt er innflytelsen Tyskland sterk.³⁴ Av rent språklige grunner vil jeg imidlertid ikke benytte meg av tyske kilder. Det angloamerikanske systemet er, til tross for tilsynelatende likhet, ganske ulikt det nordiske. Dette gjelder både verkshøydevurderingen og krenkelsesvurderingen. En amerikansk sak vil derfor bli benyttet i oppgaven for å illustrere gode og mindre gode rettslige løsninger etter nordisk rett.

1.8 Avgrensninger

1.8.1 Mot enkelte opphavsrettslige spørsmål

Det er nødvendig med noen avgrensninger. Først mot enkelte opphavsrettslige problemstillinger. Det ble nevnt over at åvl. § 3 i realiteten utgjør rettsgrunnlaget til selve krenkelsesvurderingen. Bestemmelsen behandler de eneretter som tilfaller en opphaver, det vil retten til eksemplarframstilling og til å gjøre verket tilgjengelig for allmenheten. Problemstillinger som

²⁸ Traktaten om den Europæiske unions funktionsmåde

²⁹ Se Rognstad (2019) s. 46

³⁰ Se under, 1.8.2

³¹ Berne convention for the protection of literary and artistic works (1979)

³² Universal Copyright Convention (1952)

³³ Se f. eks. spørsmål om sampling under omtalen av Pelham-saken C-476/17, oppgavens 5.5.

³⁴ Jf. Rognstad (2019) s. 47

knytter seg til innholdet av disse enerettene³⁵ vil ikke bli behandlet her. Oppgaven tar heller ikke for seg rettsvirkningene av at det blir konstatert en krenkelse.

1.8.2 Mot spørsmål om sampling

Jeg har valgt å avgrense mot saker som utelukkende omhandler sampling. Sampling er når man tar et lydopptak og setter det inn i en annen sammenheng enn det originalt var brukt i. Dette er svært vanlig i nyere musikk, spesielt i Hip-hop og tilknyttede sjangre. Grunnen til denne avgrensningen er at sampling-sakene i sin natur er annerledes enn andre krenkelsessaker. Sampling er per definisjon ”stjeling” av musikk. Det gjør at den musikkvitenskapelige sammenlikningen man normalt foretar i krenkelsessaker, i utgangspunktet er unødvendig. Krenkelsesvurderingen er derfor grunnleggende annerledes i samplingsaker enn i sakene som er behandlet her. Spørsmål om sampling blir derfor for det meste holdt utenfor denne fremstillingen. Mot avslutningen av hoveddelen vil jeg likevel gi noen korte bemerkninger om en nyere avgjørelse fra EU-domstolen.

1.8.3 Mot spørsmål om musikkstatater

Åndsverkloven § 29 inneholder en bestemmelse om ”sitat”. Bestemmelsen er mest praktisk for språkverk, men såkalte musikkstatater eksisterer.³⁶ Den siterte verksdelen må ha verkshøyde og i utgangspunktet være vernet om regelen skal få anvendelse.³⁷ Regelen er uansett mest praktisk der tilbydere av streamingtjenester, CD- og LP-salg, filmtrailere og lignende viser korte snutter av offentliggjorte verk for å gi forbrukere et visst inntrykk av hva de kjøper.³⁸ Reglene om musikkstatat behandles ikke i denne oppgaven.

1.8.4 Mot spørsmål om parodier

Spørsmål om bruk av åndsverk i parodier har vist seg praktiske.³⁹ Det er slett ikke utenkelig med rene musikalske parodier. Det kan for eksempel tenkes at et svartmetall-band ønsket å spille inn en kristen salme, med det formål å spotte den kristne Gud eller provosere religiøse. Det er antatt både i nordisk praksis og teori at opphavsrettens ikke er til hinder for at beskyttede verksdeler brukes i parodier og travestier.⁴⁰ Terskelen for når det blir skapt et selvstendig verk, og når det foreligger lovlig fri bruk jf. åvl. § 6 (2), er altså vesentlig lavere for parodier

³⁵ Se for eksempel sakene Rt. 1964 s. 782, Rt. 2005 s. 41 og EU-domstolens sak C-92/92 (”Phil Collins”)

³⁶ Jf. Rognstad (2019) s. 183.

³⁷ Jf. Koktvedgaard (2005) s. 173-74

³⁸ Se den danske kjennelsen fra Østre Landsret U 98/525, jf. Koktvedgaard (2005) s. 174

³⁹ Se C-201/13 (Deckmyn) og GRUR 2016 s. 1157 (Tyskland) og NJA 2005 s. 905 (Alfons Åberg) (Sverige)

⁴⁰ Jf. NJA 2005 s. 905 (Alfons Åberg) (Sverige). Se også Rognstad (2019) s. 176-77, Levin (2017) s. 166 og Koktvedgaard (2005) s. 149. Opphavsrettsdirektivet inneholder også en særregel om at statene kan gjøre unntak (fra enerettene) for parodier i direktivet art. 5 (3) k.

enn for andre frembringelser. Parodi-tilfellene vil ikke bli behandlet videre i denne oppgaven.⁴¹

1.8.5 Mot avtale- og kontraktsrettslige spørsmål

I noen saker kan det være spørsmål om en som bearbeider et verk, eller gjør det tilgjengelig for offentligheten har innhentet (tilstrekkelig og korrekt) samtykke fra opphaveren.⁴² Dette er ofte interessante spørsmål,⁴³ men blir ikke behandlet her.

1.8.6 Mot andre krenkelsesspørsmål

Spørsmål om verkshøyde og plagiat er rene opphavsrettslige vurderinger. Fravær av opphavsrettslig vern er derimot ikke til hinder for at en frembringelse kan nyte vern etter annen lovgivning, jf. for eksempel åvl. § 15 om forholdet til designloven. For musikkverkene vil dette poenget være praktisk i reklametilfeller og annen bruk av musikk i næringsvirksomhet. Her kan markedsføringslovens bestemmelser, herunder mfl. §§ 25 og 30, få anvendelse, uavhengig av de opphavsrettslige vurderingene. Problemstillinger som knytter seg til andre disipliner blir ikke behandlet her.

1.9 Den videre fremstillingen

1.9.1 Om problemstillingen

Denne oppgaven forsøker altså å belyse hva som skal til for at det foreligger en opphavsrettslig krenkelse av et musikkverk. Målet er å si noe om hvor ”terskelen” for plagiat er, basert på rettspraksis og reelle hensyn. I tillegg vil oppgaven analysere ulike metodiske løsninger, og forsøke å si noe om hva som er god metode i krenkelsessaker. Oppgaven er imidlertid ingen uttømmende fremstilling om alle problemer som kan oppstå i plagiatsaker knyttet til musikkverk. Den vil kun ta for seg noen typiske problemstillinger. Fordi verkshøydespørsmålet er så tett knyttet til krenkelsesvurderingen, vil dette også i noen grad bli behandlet.

1.9.2 Om metoden og strukturen

Det er svært sparsomt med rettskilder i verkshøyde- og krenkelsessaker som gjelder musikkverk. Vi har ingen prejudikater fra norsk Høyesterett om temaet. Det er også sparsommelig med praksis fra siste instans i de andre nordiske landene, men det finnes én svensk høyesterettsdom. Det finnes noen underrettsdommer, men ingen entydig praksis. Også på den juridis-

⁴¹ For mer om dette, se Pila & Torremans (2016) s. 356-360

⁴² For eksempel i sakskomplekset ”Allelu”: LB-2001-866 og Oslo Namsrett nr. 00-2124 D. Saken ble anket til Høyesterett, men kjæremålsutvalget nektet den fremmet, jf. HR-2001-786. Deretter sak i Oslo byrett: Dom av 13. november 2001.

⁴³ Se f. eks. LB-1997-3221 (Henning Kvitnes) eller LB-2000-3184 (Motorpsycho)

ke teoriens område er de fleste fremstillinger om musikkverk korte og fragmenterte. Et unntak her er Morten Rosenmeiers ”Ophavsretlig beskyttelse af musikkværker” fra 1996. Men også der er det viet relativt liten plass til selve plagiatvurderingen. Det finnes en del utenlandsk praksis, spesielt fra USA. Der er imidlertid innholdet i krenkelsesvurderingen ganske forskjellig fra den nordiske. Den foreliggende praksis har i det hele tatt liten eller ingen rettskildemessig vekt. Avgjørelsens verdi avhenger av hvilken overbevisningskraft argumentene i dem har. Analysen vil derfor i stor grad bygge på reelle hensyn.

Den beste måten å oppdage hvilke spørsmål som reiser seg og hvilke reelle hensyn som gjør seg gjeldende, er ved å undersøke rettspraksis. Jeg har gjort et utvalg på fem avgjørelser (eller mer presist sakskomplekser) som vil bli behandlet. Det er to fra norske underretter, en sak fra den svenske Högsta Domstolen, en dansk underrettssak, og en amerikansk avgjørelse. De er valgt enten fordi argumentene i dem har stor overbevisningskraft, fordi sakene har gode metodiske tilnærminger, eller fordi de illustrerer viktige poenger knyttet til krenkelsesvurderingen. Et subsidiært mål for oppgaven er å bruke avgjørelsene til å si noe retningsgivende om hvordan plagiatvurderingen *bør* gjennomføres, herunder hvilke momenter som kan falle inn under vurderingen.

Resten av oppgavens struktur er som følger: Jeg går først gjennom det generelle utgangspunktet for plagiatvurderingen og noen musikkvitenskapelige begreper. Deretter følger selve analysen av praksis. Videre behandler jeg enkelte særspørsmål som ikke er dekket av gjennomgangen av praksis. I avslutningen følger så en oppsummering og noen konkluderende bemerkninger.

2 Den rettslige plagiatvurderingen

2.1 Tilgangsspørsmålet

For at det i det hele tatt skal kunne foreligge en krenkelse, må man først slå fast at krenkeren har hørt det påstått krenkede åndsverket. Dette er en bevisvurdering hvor de fysiske bevisene ofte er svært få når det kommer til musikkverk. Det er ganske vanlig med ubevisste etterligninger. Det typiske er at man har hørt et verk, så glemt at man har hørt det, men lagret det i underbevisstheten. Så lager man selv en frembringelse som ligner på det man har hørt. Derfor skal det i det moderne informasjonssamfunnet, svært lite til at man anser det som bevist at noen har hørt verket. Rognstad skriver at "[t]ilgang til det eldre verket vil gjerne kunne presumeres, dersom det har vært utgitt og er tilgjengelig i f. eks. bokhandel, bibliotek eller på Internett."⁴⁴ Dette spørsmålet byr derfor i realiteten sjelden på problemer.

2.2 Selve krenkelsesvurderingen

Det som gjenstår er da å vurdere om det foreligger en ulovlig utnyttelse av et åndsverk. Man må da først vurdere om de verksdelene (evt. hele verket) som påstås krenket har verkshøyde. Her avskjæres i praksis en god del saker. Enten fordi man finner et eldre verk som begge verkene har hentet fra, og man kan konstatere at det som gjør at verkene ligner utelukkende skyldes dette felles utgangspunktet. Flere av sakene som behandles her berører denne problemstillingen. Eller det kan rett og slett være fordi man finner ut at de elementene som påstås vernet ikke er originale. Det man gjør ved denne vurderingen, er å finne ut hva ved den påstått krenkede frembringelsen som har vern.

Når man så har slått fast hvilke trekk ved et verk som har vern, må man undersøke om den påstått krenkende frembringelsen benytter seg av disse trekkene. Dette er en sammenlikning av de to frembringelsene. Ifølge Kocktvedgaard beror denne vurderingen på et "konkret, sagkyndig skøn", hvor den "æstetiske opplevelse" gir inntrykk av at de to frembringelse er "samme verk", uavhengig av de forskjeller det måtte være mellom frembringelsene.⁴⁵ Sammenlikningen har to sider ved seg. For det første en musikkvitenskapelig side. Her handler det om å finne ut hva ved den påstått krenkende frembringelsen som er likt eller ligner på originalverket. For det andre er det en rettslig og musikkfaglig, skjønnspreget helhetsvurdering av om de to verkene er ulovlig like. Dette kan se ut som to separate vurderinger, men helhetsvurderingen er etter nordisk rett uløselig knyttet til de musikkvitenskapelige likhetene mellom de to verkene. Som Rognstad oppsummerer det: "For musikkverk er det viktig å holde fast ved ut-

⁴⁴ Rognstad (2019) s. 164

⁴⁵ Kocktvedgaard (2005) s. 148

gangspunktet om at det er helhetsopplevelsen av likhet med vernede trekk som er avgjørende for om det foreligger en etterligning.”⁴⁶

Det er ikke enkelt å si noe generelt om når et plagiat foreligger. Det finnes ingen objektiv terskel for når to frembringelser er for like, jf. det som er henvist til hos Koktvedgaard over. Rognstad skriver at ”Plagiat – inngrep i opphaverens enerett – foreligger jo ikke bare når verket gjengis nettopp i den skikkelse opphaveren selv har gitt det, men også når det gjengis i en annen skikkelse, hvis de individuelle trekk beskyttelsen er knyttet til, går igjen på slik måte at verket – helt eller delvis – må sies å bevare sin identitet” [egen understreking]⁴⁷. Dette er et godt utgangspunkt for den sammenliknende helhetsvurderingen som er beskrevet over, og for denne oppgaven.

3 Musikkvitenskapelig terminologi

Det er nødvendig å forklare noen musikkvitenskapelige termer. Flere vil bli forklart underveis i analysen der det er nødvendig.

Det aller mest banale musikkuttrykket man har er en *lyd*. Det er trykkvariasjoner i luften som vi kan sanse ved hjelp av hørselen.⁴⁸ En *tone* er regelmessige lydsvingninger karakterisert ved styrke, høyde og klangfarge. *Tonehøyde* er et system for å angi hvor mange svingninger per sekund en tone har. *Styrke eller styrkegrader* angir volum.⁴⁹

En *melodi* er et ”tonefølge som karakteriseres ved at den danner et sluttet, organisk hele, en sammenhengende struktur som fremstår som bærer av musikalsk mening. En melodi er gjerne føyd sammen av flere ledd (motiver, fraser).”⁵⁰

En *harmoni eller samklang* er tilfellet der to eller flere toner i ulik tonehøyde spilles samtidig. En *akkord* er en harmoni med minst tre toner. Forholdet mellom disse, illustreres av et sitat fra ”The New Harvard Dictionary of music” inntatt i avgjørelsen ”Gaye v. Williams”⁵¹: ”For example, melody is a sequence of pitches played successively; harmony is a group of pitches played simultaneously; and a chord progression is a sequence of harmonies.”⁵² Når man snak-

⁴⁶ Rognstad (2019) s. 175

⁴⁷ Rognstad (2019) s. 149

⁴⁸ Gjestland, Store norske leksikon (2019)

⁴⁹ Gjestland, Store norske leksikon (2018)

⁵⁰ Kobb, Store norske leksikon (2018)

⁵¹ The case of Williams et al v Gaye et al, 9th U.S. Circuit Court of Appeals, No. 15-56880 s. 65 note 4.

⁵² Randel (1986), s. 481–82.

ker overordnet om musikkens *harmonikk*, snakker man om sammenfatningen av disse elementene.

”Ordet *rytme* betegner hvordan lydene i et musikkstykke er organisert i lange og korte, betonte og ubetonte impulser over tid.”⁵³ Rosenmeier argumenterer for at dette begrepet brukes på flere måter. Det er vanskelig å arrestere han på det, men det er ingen tvil om at begrepet rytme først og fremst brukes om musikkens inndeling i tid. Det er også slik jeg kommer til å bruke det i den videre analysen. *Takter* deler musikken inn i metriske størrelser. *Taktarter* bestemmer hvor mange slag (underdelinger) det skal være i hver takt.

Noter og besifringer er to systemer for å notere ned musikk. Noter angir nesten alltid flere detaljer enn besifringer, og besifringer kan kun brukes til å notere harmonikk og rytmikk (ikke melodier).

Musikkens *form* beskriver gangen i musikken, musikkens oppbygning. For populærmusikk kan man for eksempel snakke om rekkefølgen på vers og refreng.

Man kan snakke om musikkens *karakter*. Dette er et begrep som denne oppgaven vil vise at byr på en god del rettslige utfordringer. Det er ikke godt å si presist hva som menes med *karakter* i musikk. Man kan beskrive det som den følelsen musikken (forsøker) å frembringe. Man kan også beskrive det som det endelige lydlike resultatet av musikkens komponenter, altså hvordan musikken ”høres ut”. Utfordringen med dette er at det ganske åpenbart er en sirkeldefinisjon, man beskriver helt enkelt musikk. Man kan gå mer analytisk til verks å si at musikkens karakter er en kombinasjon av dynamikk (styrke), frasing (setningsmelodi), tempo, klangfarge og så videre. Men heller ikke dette synes tilstrekkelig eller presist. Musikkens karakter er subjektiv og vanskelig å ”måle”. For oppgavens formål er det på dette stadiet tilstrekkelig med en overfladisk kjennskap til begrepet.

Rytmikk, harmonikk og melodi utgjør musikkens grunnelementer. Rosenmeier oppsummerer selve begrepet *musikk* godt når han skriver at ”musik kan siges at bestå af toner samt af lyde der ikke er toner”.⁵⁴

⁵³ Sundberg, Store norske leksikon (2018)

⁵⁴ Rosenmeier (1996) s. 16

4 En gjennomgang av rettspraksis

4.1 NJA 2002 s. 178 "Oxdansen"

Det er naturlig å starte en slik gjennomgang med den eneste skandinaviske avgjørelsen fra øverste instans som gjelder krenkelsesvurderingen for musikkverk. I saken NJA 2002 s. 178 fra den svenske Högsta Domstolen var spørsmålet om 8 takter fra gruppa "Drängarna" sin låt "Vill du bli min fru" krenket opphavsretten til gruppa "Landslaget" og verket "Tala om vart du ska resa". Begge verkene ble påstått å være inspirert av den svenske folkemusikkmelodien "Oxdansen".

4.1.1 Forholdet til "Oxdansen" og spørsmålet om verkshøyde

For at et verk skal kunne krenkes, må som nevnt hele eller deler av verket ha verkshøyde. Begrunnelsen i originalitetsspørsmålet i Högsta domstolen er ganske kort. Domstolen nøyer seg med å fastslå at: "Avgörande för frågan om verkshöjd är emellertid en bedömning av melodin i den form den kan uppfattas av lyssnaren, dvs. en helhetsbedömning. Melodi 1 framstår då melodiskt och instrumentellt som väl avgränsad från övriga inslag i kompositionen och tillräckligt egenartad för att den skall framstå som ett självständigt verk. Den åtnjuter därför, såsom underrätterna också funnit, upphovsrättsligt skydd."⁵⁵

Noen videre sammenlikning med folkemusikkmelodien "Oxdansen" foretas ikke. Det kan stilles spørsmål ved om en sammenlikning med Oxdansen, som er et verk til fri bruk, burde vært foretatt for å fastslå at melodien i "Tala om vart du ska resa" har tilstrekkelig originalitet til å fortjene beskyttelse. Her foretas kun en vurdering av om nevnte melodi er tilstrekkelig klar og avgrenset fra resten av verket den er en del av, til å nyte vern. Det er flere grunner til å kritisere verkshøydevurderingen i denne avgjørelsen også utover den manglende sammenlikningen med "Oxdansen" og andre frie verk og frembringelser. For det første er verksdelen kort, bare 8 takter. For det andre er det egentlig ingenting ved de åtte taktene som er uvanlig eller nyskapende. Denne kritikken fremsettes også av Torvund.⁵⁶ Han fremhever blant annet at den pentatone opptakten som fremheves av Högsta Domstolen som original ikke er det. Det er det lett å være enig i. Blant annet bygger hele åpningen av Griegs "Morgenstemning" på den pentatone skalaen. Den er også ekstremt vanlig i østlig folkemusikk. Uansett konkluderer Högsta domstolen med at melodien i "Tala om vart du ska resa" har verkshøyde.

⁵⁵ NJA 2002 s. 178, "domslut" avsnitt 7

⁵⁶ Torvund (2019) s. 68-69

4.1.2 Krenkelsesvurderingen

Det neste spørsmålet er om melodien i ”Vill du bli min fru” (heretter melodi 2) er for lik melodien i ”Tala om vart du ska resa” (heretter melodi 1). Også her er avgjørelsen relativt kortfattet. Högsta Domstolen slår først fast at også dette er en ”helhetsbedømming”.⁵⁷

Videre foretar domstolen en kort sammenlikning av hva som er ulikt i de to verkene: ”Båda melodierna framförs på fiol och utgör upprepade och avgränsade inslag i de båda låtarna. Att de givits olika tempon och något skild harmonik gör visserligen att de båda melodierna har något olika karaktär. Avslutningarna på melodiernas fraser är även de olika.”⁵⁸ Uten å gå nærmere inn på betydningen av hvert enkelt element som er ulikt, foretar domstolen den sammenliknende helhetsvurderingen: ”Likhetera är dock så påfallande att det vid en helhetsbedömning får anses vara fråga om samma verk.”⁵⁹ Konklusjonen blir dermed at ”Melodi 2 utgör därför, som underrätterna funnit, objektivt sett ett intrång i rätten till melodi 1.”⁶⁰

Högsta domstolen kommer altså frem til at det foreligger en opphavsrettslig krenkelse. For å gjøre analysen av hvorfor retten gjør det enklere å forholde seg til, har jeg notert ned notene på de omtvistede verksdelene. Det er snakk om disse 4 taktene repetert i begge sangene. Det er viktig å påpeke at ikke alle momenter som kan inngå i krenkelsesvurderingen er notert her. Det mangler for eksempel styrkegrader, tegnsetting og artikulasjon. Krenkelsesvurderingen skal ta utgangspunkt i slik man oppfatter musikken. Det vil i dette tilfellet si hva lytteren hører og hvordan musikken er notert. Noen momenter, for eksempel styrkegrader, er musikalsk relative og lar seg derfor vanskelig notere (i noter) på en måte som får vesentlig betydning for krenkelsesvurderingen.⁶¹ Det er ikke dermed sagt at disse momentene ikke er av betydning. Tvert imot, det er det helhetlige inntrykket som er avgjørende.

⁵⁷ NJA 2002 s. 178, ”domslut” avsnitt 8

⁵⁸ NJA 2002 s. 178, ”domslut” avsnitt 9

⁵⁹ Ibid. l.c.

⁶⁰ Ibid. l.c.

⁶¹ *For*te (f) i notene betyr bare ”sterkt”. Det sier seg selv at forte betyr noe annet for en fiolinsolist med et fullt orkester i ryggen, enn for en av 9 sopraner i et blandakor på 30 personer. Styrkegradene angis altså ikke i desibel eller andre målbare enheter; de er relative.

"Tala om vart du ska resa"

♩ = 98

E (I) C#m (VI) E (I) C#m (VI) E (I) A (IV) E (I) H(V) E (I)

"Vill du bli min fru"

♩ = 118

D (I) G (IV) D (I) G (IV) D (I) G (IV) A (V) D (I)

Högsta domstolen begynner med å påpeke at begge melodiene spilles på fiolin. Dette kan være et viktig moment i plagiattvurderingen, fordi man skal vurdere lytteopplevelsen av frembringelsene. I den forbindelse kan det påpekes at det ved repetisjonen av melodi 1 spilles en andrestemme på gitar. Dette er imidlertid av liten betydning i denne saken fordi melodien spilles enstemt på fiolin først. Bruk av lik instrumentering kan i noen tilfeller være et sterkt argument for at det foreligger plagiatt, jf. argumentasjonen over. Derimot vil ikke valg av ulike instrumenter i forhold til originalverket være et like sterkt argument mot. Det er opplevelsen av frembringelsen som er avgjørende, og i enkelte tilfeller kan et instrumentskifte utgjøre stor forskjell. Men det rettslige utgangspunktet er at man skal ha vern for sin egen ”skapende åndsinnsetts”, jf. åvl. § 2 (2). Da kan ikke instrumenteringsvalg alene være nok til å hindre at det foreligger en krenkelse.

I samme setning påpekes det at melodien utgjør ”upprepede [gjentagende] och avgränsade” innslag i verkene.⁶² Dette er av betydning. Hadde melodi 2 for eksempel kun vært brukt som bakgrunns-element under sang, hadde helhetsinntrykket av musikken vært annerledes. Det er ikke dermed sagt at det ikke kan foreligge plagiatt i slike tilfeller. Men helhetsvurderingen hadde vært en annen enn i denne saken, hvor melodiene er klare, adskilte deler av musikken.

Videre behandler domstolen det (de finner) som er ulikt i verkene. Her omtaler de først tempo, som er ca. 20 bpm ulikt.⁶³ De kommer til at dette alene ikke er tilstrekkelig til å hindre krenkelse. Reelle hensyn støtter dette resultatet. Å endre tempo er, i de alle fleste tenkelige tilfeller, ikke noen kreativ, skapende innsats. I våre dager er dette dessuten vanlig å gjøre det ved noen få tastetrykk på en datamaskin. Det skal også svært mye til at et temposkifte endrer opplevelsen av musikken så mye at det er tale om ”fri bruk” jf. åvl. § 6 (2). Når utgangspunktet for vurderingen er at man skal ha vern for den skapende åndsinnsetts, ville det bære galt

⁶² NJA 2002 s. 178, ”domslut” avsnitt 9

⁶³ Bpm = beats per minute, eller på norsk taktslag per minutt

avsted om helt enkle bearbejdelser som også de fleste uten musikkfaglig kompetanse kan gjøre, skulle hindre krenkelse. Dette synet ser ut til å ha støtte også hos Rosenmeier.⁶⁴ Det har også støtte i de reelle hensyn som begrunner opphavsretten. At enkle bearbejdelser som temposkifter ikke er ”fri bruk” begrenser ikke det kreative handlingsrommet i noen særlig grad. Derimot vil det gi svært dårlig uttelling til opphaver, og gode muligheter for å utnytte andres verk, dersom man ikke konkluderer med krenkelse ved rene temposkifter.

Det er imidlertid ikke helt utelukket at man kan falle utenfor krenkelse kun ved å endre tempo. Skulle man for eksempel sakke tempoet så mye at tonerekken (melodien) fremstår som enkelttoner, kan det tenkes at det ikke foreligger plagiat. Det samme kan tenkes dersom man øker tempoet så mye at melodien fremstår som et sammensurium av lyder. Hovedpoenget må være at man faller tilbake på at vurderingen styres av opplevelsen av frembringelsene. Dersom endring av tempo gjør at verket ikke er gjenkjennbart overhodet, kan man ikke konstatere plagiat. Dette kan sies å ha indirekte støtte den nylig avsagte EU-dommen om sampling, C-476/17 ”Pelham”, jf. oppgavens 5.5.

Det neste momentet som tas opp, er verkenes ulike harmonikk. Ser man på figuren over er det to ting ved harmonikken som er verdt å merke seg. For det første er det mer hensiktsmessig å se på romertallene i parentes, enn selve akkordene. Romertallene angir akkordenes harmoniske funksjon i forholdet til tonika (grunntonen/grunnakkorden, trinn I). Akkordenes funksjon er det som lett kan oppfattes ulikt av lytteren hvis man sammenlikner sangene. Selve *tonearten*, altså om grunntonen er C eller D vil for de fleste lyttere ikke utgjøre noen forskjell.⁶⁵ Derimot vil det utgjøre stor forskjell om akkordene som spilles under en melodi har ulike funksjoner i forholdet til hverandre. Det er i realiteten denne vurderingen domstolen foretar når de omtaler verkenes ulike harmonikk. Det andre som er verdt å legge merke til, og som inngår i domstolens vurdering av harmonikken, er akkordens *kjønn*. Altså om akkorden er dur eller moll (eller eventuelt ingen av delene). Mollakkorder oppleves som regel tristere, mer melankolsk eller i minste fall mindre oppstemt enn durakkorder. Mollakkorden er betegnet med en ”m” i figuren over.

At Högsta domstolen fokuserer på harmonikk i plagiatvurderingen er interessant. Det er ikke helt opplagt at harmonikken burde ha betydning for krenkelsesvurderingen. En mulig fremgangsmåte kunne vært å sammenlikne kun melodiene. Dette er i så fall en fremgangsmåte for krenkelsesvurderingen der man i større grad skiller de musikalske elementene fra hverandre

⁶⁴ Se Rosenmeier (1996) s. 65

⁶⁵ For svært øvede musikere, eller folk med medfødt ”absolutt gehør”, vil det imidlertid kunne utgjøre vesentlig forskjell. Noen utførlig drøftelse av affektlære eller lignende musikkvitenskapelige finurligheter er det imidlertid ikke plass til her. Betydningen av toneart vil jeg komme tilbake til.

og vurderer om noe faktisk er likt eller ligner. I en slik mekanisk vurdering vil melodien og harmonikken være helt adskilte elementer. En slik fremgangsmåte er imidlertid uheldig, blant annet fordi det ofte kan være vanskelig å skille melodi fra harmonikk. Som eksempel på dette nevner Torvund Debussys klangfarvemusikk⁶⁶. Man kan også nevne Percy Graingers ”Irish Tune from County Derry” hvor melodien gjennom store deler av stykket legges ut flerstemt i flere ulike instrumenter. Forflytninger i melodiene er her med på å utpensle det harmoniske landskapet.

Ved å omtale melodiens ulike harmonikk kan man argumentere for at domstolen uttrykker seg uklart. En melodi *har* per definisjon ingen harmonikk.⁶⁷ Harmonikken ligger i de fleste tilfeller under melodien (som et akkompagnement) og støtter den.

I denne saken kunne man påpekt at ”Tala om vart du ska resa” og ”Vill du bli min fru” har nesten identiske melodier, men ulik harmonikk. Ser man bort fra den musikkterminologiske uklarheten i dommen, finner man et interessant rettslig poeng som kan gjentas til det kjedsommelige: Krenkelsesvurderingen er en helhetsvurdering av opplevelsen av frembringelsene. Domstolens analyse av harmonikk viser at det ikke er nok å lytte til og sammenlikne melodi-linjene som påstås plagiert. Det er helheten som er avgjørende. Dette synet har bred støtte i juridisk teori.⁶⁸ I tillegg har det støtte i det grunnleggende opphavsrettslige hensyn at man skal ha vern for sin egen skapende innsats. Dersom man tillot at musikk som lignet veldig, men hadde få musikkvitenskapelige likheter slapp utenfor plagiatvurderingen overhodet, ville det være uheldig. Man kunne for eksempel få tilfeller der noen bevisst etterlignet et verk, men forandret det nok til at det ikke kunne medføre en rettslig krenkelse. Et slikt resultat harmonerer dårlig med formålet om å gi opphaver vern for sin skapende åndsinnset. På den annen side er det selvsagt slik at få musikkvitenskapelige likheter vil gjøre *terskelen* for å fastslå plagiat høyere.

Domstolen konkluderer med at de ulikheter som finnes mellom verkene i tempo og harmonikk, gir melodiene ”något olika karaktär”.⁶⁹ Begrepet karakter må her tolkes som lytteopplevelse eller musikalsk uttrykk. Begrepet karakter er interessant for plagiatvurderingen fordi det er grunnleggende subjektivt. Som mitt tidligere forsøk er det ikke helt enkelt å forklare hva

⁶⁶ Torvund (2019) s. 69

⁶⁷ Om flertydigheten til disse begrepene se Rosenmeier ((1996) s. 20 med note 15) sin omtale av den amerikanske dommen Northern Music Corp. v. King Record Distributing Co. et al, 105 F. supp. U.S.P.Q 512 (S.D.N.Y. 1952), CD 1951-51 s. 363.

⁶⁸ Se f. eks. Rognstad (2019) s. 175-76. Se også Rognstad (2019) sin argumentasjon i forbindelse med originalitetskravet på s. 122. Det som skrives om å ikke ”utelukkende legge vekt på musikkvitenskapelige kriterier” har formodningen med seg også i den sammenliknende krenkelsesvurderingen.

⁶⁹ NJA 2002 s. 178, ”domslut” avsnitt 9

det betyr. I den klassiske kunstmusikken brukes ”karakter” for å beskrive hvordan en komponist har tenkt for seg at et verk skal høres ut, og dermed fremføres.⁷⁰ Benevnelser om karakter i notert musikk kan for eksempel være *morendo* (hendøende), *cantabile* (sangbart/syngende) eller *espressivo* (uttrykksfullt/med følelse). Dette er subjektive termer som må tolkes av musikeren, selv om selve det hørbare resultatet av musikken (i teorien) kan brytes ned til elementer som tempo, frasering (setningsmelodi), vibrato og andre målbare størrelser. Begrepet kan også mer generelt brukes for å omtale en ønsket opplevelse av et helt verk.

Det er uansett et interessant rettslig spørsmål hvilken betydning musikkens karakter har for plagiatvurderingen. Det er ikke tvilsomt at det har betydning, jf. for eksempel det som er sitert fra denne avgjørelsen. Karakteren er avgjørende for lytterens opplevelse. Men det kan argumenteres for at begrepet karakters subjektive natur gjør at man bør utvise en viss forsiktighet med tanke på å tillegge det for mye vekt i plagiatvurderingen. Dersom ingen målbare elementer er like eller ligner, men verkene ligner på hverandre, kan man fort sitte igjen med at den rettslige vurderingen blir redusert til rent skjønn. Det sier seg selv at en slik løsning vil være uheldig, all den tid det vil være lite forutberegnelig for senere skapende individer.⁷¹

Denne konklusjonen kan ved første øyekast se ut til å stride mot konklusjonen to avsnitt lenger opp om viktighet av å holde fast ved helhetsopplevelsen av frembringelsene. Det er imidlertid ingen motsetning mellom konklusjonene. Det sentrale poenget er at det er viktig å holde fast ved helhetsvurderingen, men samtidig bevare en viss etterprøvbarhet ved å få frem de momentene som inngår i helhetsvurderingen. Ved denne fremgangsmåten blir krenkelsesvurderingen hverken for mekanisk musikkvitenskapelig eller for skjønnspreget og vag. På denne måten ivaretar man både hensynet til at fremtidige skapere skal kunne vite hva de har å forholde seg til, og de økonomiske hensyn for opphavere som er selve grunntanken i opphavsretten. Sann sett illustrerer krenkelsesvurderingen i NJA 2002 s. 178 den grunnleggende opphavsrettslige interessekonflikten som er beskrevet i 1.2.2.

Et moment som ikke behandles av Högsta domstolen, men som er interessant, er betydning av flerstemthet i melodilinjens. I ”Tala om vart du ska resa” spilles tonen G under tonen C på tredje slag i første, andre og tredje takt (etter opptakten, som består av de fire første 16-delsnotene). Denne understemmen er med selv i melodilinjens helt enkleste form, første gang det presenteres i introen. Dette er en klar ulikhet til melodien i ”Vill du bli min fru” som spil-

⁷⁰ Hövretten sidestiller begrepet karakter med det engelske ”sound”. Det bør man være forsiktig med, fordi begrepet sound etter sin ordlyd også rommer mer konkrete lyder og lydige uttrykk. Det er ikke dermed sagt at ”sound” ikke *kan* brukes om det som over beskrives som ”karakter”, men begrepet er såpass vidtfavnende at det ikke er noe godt utgangspunkt for en rettslig bedømming.

⁷¹ Dette temaet blir videre behandlet i forbindelse med amerikansk praksis under 5.5

les enstemt slik den er notert over, hele veien. Det er imidlertid lite trolig at en analyse av dette elementet ville endret konklusjonen, all den tid helhetsinntrykket ikke endres nevneverdig.

Før domstolen foretar den endelige helhetsvurderingen, nevner de ulikheten i melodienes fraseavslutning. Helt konkret er det snakk om to fraseavslutninger der 3 toner er ulike i begge avslutningene. Tilsammen er det 7 toner som er ulike i løpet av de fire taktene, og da 14 i de åtte. Rytmikken er helt identisk. Domstolen kommer, uten å uttrykke det eksplisitt, til at disse 7x2 tonene ikke er nok til å hindre krenkelse, når den helhetlige lytteopplevelsen ellers er så lik. Dommen inneholder ikke noe prinsipielt angående spørsmålet om 7 toner *kan* være nok til å hindre plagiater. Som oppgaven kommer til, er det hverken enkelt eller fornuftig å foreta slike prinsipielle skiller.

Av den grunn inneholder dommen heller ingen prinsipielle svar på spørsmålet om hva som utgjør et plagiater, eller hvilke musikalske momenter som eventuelt ikke kan inngå i plagiater vurderingen. Men domstolen behandler harmonikk, og for underrettene er det ganske utførlige drøftelser om prosessen rundt låtskriving, samt en merknad om refrengteksten på det ene verket. Av dette kan man i alle fall utlede at plagiater vurderingen favner vidt. Terskelen må i minste fall være at det er snakk om (deler av) musikk, jf. definisjonen over i 1.4.

Metodisk sett må avgjørelsen NJA 2002 s. 178 sies å være uttrykk for gjeldende nordisk og norsk rett, vel å merke når det kommer til krenkelsesvurderingen. Dette har støtte i teorien.⁷²

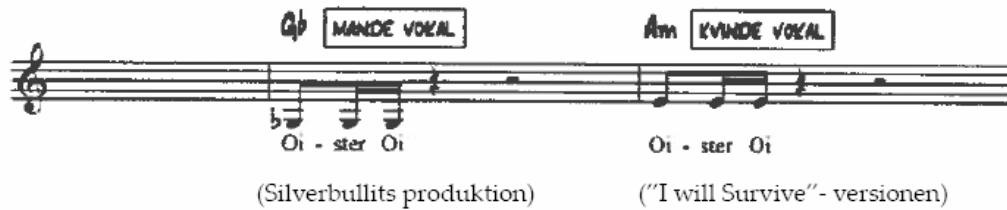
4.2 U.2014.3428S med kritikk av O. Torvund

Den danske dommen U.2014.3428S ("Oister Oi") er et godt utgangspunkt for analyse av grensedragningene for plagiater vurderingen. Avgjørelsen er fra sø- og herredsretten og ble avsagt i august 2014. Professor Olav Torvund ved Universitet i Oslo, har skrevet en kritikk av avgjørelsen som først ble publisert i Nordiskt Immateriellt Rättsskydd (NIR).⁷³ Den følgende analysen bygger til dels på denne artikkelen, men den vil også se analytisk på selve kritikken. Jeg vil derfor ta for meg avgjørelsen i lys av Torvunds artikkel. Formålet er blant annet å belyse sammenhengen mellom verkshøydevurderingen og krenkelsesvurderingen. I tillegg vil analysen undersøke om de utgangspunktene som er trukket opp under analysen av "Oxdansen" harmonerer med Oister-avgjørelsen og/eller Torvunds kritikk av den.

⁷² Jf. Rognstad (2019) s. 175-76

⁷³ Torvund (2016) "Kan tre like toner utgjøre et åndsverk?" NIR 2016/3 s. 281-290

Det er ikke nødvendig med noen gjennomgang av faktum i saken, men det bør nevnes at de aktuelle frembringelsene var reklamesnutter. Både verkshøydespørsmålet og den påfølgende krenkelsesvurderingen hadde de følgende frembringelsene som utgangspunktet for tvisten:



Figur 1: Slik verksdelene er gjengitt i selve avgjørelsen.



Figur 2: O. Torvunds notasjon av det den påstått krenkede verksdelen (heretter ”Oister Reggae”).



Figur 3: Torvunds notasjon av den påstått krenkende verksdelen (heretter ”Oister Disco”).

Disse notene er helt sentrale for både den følgende analysen og Torvunds kritikk. Grunnen til dette er at selve lydklippene ikke er tilgjengelige. De omtvistede verksdelene er imidlertid så korte at man selv uten å høre resultatet vil kunne analysere de fleste momentene på en tilfredsstillende måte.

4.2.1 Spørsmålet om verkshøyde og krenkelsesvurderingen

Det første spørsmålet i saken av relevans for denne oppgaven, er spørsmålet om de tre tonene i figur 2, med tekst og harmonikk, har verkshøyde. Det er imidlertid ikke hensiktsmessig å skille gjennomgangen av verkshøydespørsmålet fra krenkelsesspørsmålet her. Grunnen er at dommen egentlig ikke inneholder noen reell krenkelsesvurdering. Jeg kommer tilbake til dette.

På spørsmålet om verkshøyde konkluderer retten på følgende måte:

”Ved vurderingen af, om fragmentet »Oister Oi« nyder ophavsretlig beskyttelse, skal tekst og musik vurderes under ét og samlet set have værkshøjde. På baggrund af de afgivne forklaringer om tilblivelsen af fragmentet er det rettens opfattelse, at valget af og kombinationen af ord, toneforløb og rytme samlet set er udtryk for en selvstændig skabende indsats fra Silverbullits side, og at fragmentet i sin helhed dermed har karakter af et værk”⁷⁴

Som Torvund skriver, gir retten ”ingen begrunnelse utover dette”.⁷⁵ Fordi denne begrunnelsen er så kortfattet, tolker Torvund på bakgrunn av partenes anførsler og presentasjonen av saken seg frem til hva retten må ha ment. For denne oppgavens formål er det tilstrekkelig å påpeke at han kommer til at det ikke finnes noe unikt med verksdelen rent musikkvitenskapelig. Han gjør dette ved å vise til eksempler fra musikkhistorien der de enkelte musikalske elementer forekommer. Det er lett å slutte seg til hans konklusjon om at det ikke er noe unikt over tre like toner spilt som en 8-del og så to 16-deler (se figurene over) på taktens første slag over en Gb-dur akkord.

Etter hvert tar Torvund opp spørsmålet om ”en kombinasjon av banaliteter (kan) oppnå verkshøyde”.⁷⁶ Den kombinasjonen det her er snakk om, er i så fall:

- Rytmen, en 8-del fulgt av to 16-deler på taktens første slag
- Teksten ”Oister Oi”
- Tonen Gb spilt tre ganger over en Gb-akkord (Tonika, grunntonen I, jf. systemet fra notene under 5.1).
- Det kan tenkes andre elementer, som tempo, betoning og styrkegrader, som ikke er notert i dommens noter og som hverken jeg eller Torvund derfor har tilgang til.

Torvund presiserer først at svaret på spørsmålet over i prinsippet er ja. Imidlertid mener han at det her er så banale elementer at å gi den aktuelle verksdelen vern vil være like håpløst som å gi ”opphavsrett til ordkombinasjonen ”God dag””.⁷⁷

Som det fremgår av NJA 2002 s. 178 (se 4.1 over), og støttes av Rognstad⁷⁸, må helhetsvurderingen i verkshøydespørsmålet foretas på bakgrunn av variasjonsmulighetene på området. Det kan hende at reklamesnutter er et område med svært begrenset rom for variasjon. Alle argumentene som gjør seg gjeldende for popmusikken, gjør seg enda sterkere gjeldende for reklamesnutter. Man er avhengig av at folk liker det de hører for å selge noe. Man er også avheng-

⁷⁴ UfR 2014 s. 3437, Avgjørelsen s. 8

⁷⁵ Torvund (2016) s. 282

⁷⁶ Torvund (2016) s. 288

⁷⁷ Ibid. l.c.

⁷⁸ Rognstad (2019) s. 122

ig av at sangene er gjenkjennbare og enkle å huske. I tillegg er reklamesnuttene svært korte. Endelig vil de tekstlige elementene naturlig nok ofte ha klare likhetstrekk, fordi merkevarenavnet inngår som en naturlig del av verkene. Er det et område hvor verkshøydekravet ikke bør være for høyt, er det kanskje reklamesnuttsjangeren. Det er flere momenter til vurdering i den aktuelle verksdelen, på tross av at den er svært kort. Ordkombinasjonen ”God dag” er etter mitt syn mer banal enn det man står overfor her. Dette er likevel ikke i nærheten av nok til å sette spørsmålsteget ved Torvunds konklusjon, som fremstår fornuftig. Som han påpeker er den aktuelle verksdelen er så ekstremt kort, og elementene den består så konvensjonelle, at det å gi vern her er helt urimelig. Grunnleggende opphavsrettslige hensyn taler mot vern for så korte snutter, fordi vern vil medføre en betydelig innskrenkning av det kreative handlingsrommet. Som Torvund uttrykker det: ”Musikklivet vil ikke kunne leve med at uoriginalt smårusk som dette gis opphavsrettslig vern. Det vil føre med seg en ekstrem begrensning i fremtidige skaperes handlingsrom, samtidig som så små verksdeler sjelden vil være et resultat av noen særlig kreativ skapende innsats som fortjener vern.”⁷⁹

Uansett er konklusjonen i dommen at den lille snutten ”Oister Reggae” har verkshøyde. Torvund kommer til motsatt konklusjon. Det er lett å slutte seg til det, med støtte i både det som er skrevet over om NJA 2002 s. 178 og juridisk teori.⁸⁰ Ikke minst fordi manglende verkshøyde kun utelukker *opphavsrettslig* vern. Noen av de argumentene over som taler for et ”mildt” verkshøydekrav på reklamens område, får mindre vekt dersom man også tar i betraktning andre beskyttelsessystemer. For eksempel vil ikke manglende verkshøyde ha noen innvirkning på spørsmål etter markedsføringsloven.

I og med at det kun er vernede verksdeler som er gjenstand for krenkelsesvurderingen vil man da heller ikke kunne fastslå plagiat basert på 3 toner. Tre like toner kan *muligens* være nok til tonalt sett til å velte en plagiatvurdering. I så fall må frembringelsene for øvrig ha ekstremt klare likheter på andre plan enn det tonale. Selv da skal nok mye til fordi tonal likhet (i melodier) ofte er det som først og fremst gjør at musikk ligner.

Dommen er egnet til å illustrere viktigheten av å ikke sammenblande verkshøydevurderingen og krenkelsesvurderingen. I denne saken foretar egentlig ikke domstolen noen selvstendig krenkelsesvurdering i det hele tatt. De hopper rett fra å konstatere at det foreligger verkshøyde til å slå fast at det på grunn av at ”Oister har brukt fragmentet”⁸¹, foreligger en krenkelse av opphavsretten. Legger man godviljen til, kan man kanskje tolke domstolen dit hen at det siter-

⁷⁹ Torvund (2016) s. 290

⁸⁰ Se Rosenmeier s. 45 flg. Rognstad s. 94 flg. og Torvund (2019) s. 62 flg.

⁸¹ UfR 2014 s. 3437, Avgjørelsen s. 8

te utsagnet om verkshøyde i lys av partenes anførsler er en slags krenkelsesvurdering. Uansett fremstår den i beste fall som svært mangelfull.

Torvund påpeker også dette, og tar for seg de momentene i verksdelene som er ulike under en forutsetning om at ”Oister Reggae”-snutten har verkshøyde.⁸² Mye av hans argumentasjon knytter seg til verksdelenes ulike harmonikk. Akkordenes kjønn er ulike, mens akkordenes funksjon (rolle i forhold til grunntonen) er den samme. Han påpeker også at melodiene spilles på en tone som har ulik funksjon innad i selve akkorden. I ”Oister reggae” er meloditonene på akkordens første trinn (tonika/grunntone), mens i ”Oister Disco” er meloditonene på akkordens femte trinn (kvinten). Det er ellers lett å slutte seg til Torvunds argumentasjon om hvorfor dette utgjør en forskjell for opplevelsen av verket.

Et moment som ikke behandles av Torvund er betydningen av *toneart*. Som nevnt i en fotnote under 4.1, er ikke tonearten i seg selv spesielt avgjørende for lytterens opplevelse av verket. Hvilken toneart et verk går i, altså hva som er verkets grunntone, bør derfor i utgangspunktet ikke tillegges for stor vekt ved krenkelsesvurderingen. Heller ikke dette er imidlertid svart/hvitt. Dersom de to verkene har tonearter som ligger svært langt fra hverandre, vil dette kunne påvirke lytterens opplevelse av verkene. Ikke bare på den måten at man ved å høre verkene rett etter hverandre vil høre tydelig forskjell, men også fordi instrumentenes klanglige egenskaper endrer seg utfra hvilken toneart man spiller i. Dette kommer selvsagt an på hvilket instrument som benyttes, og utøveren som spiller. På generelt grunnlag vil lytterens opplevelse av verkene som sammenlignes være mer ulike jo lenger unna hverandre verkene tonearter befinner seg. Mye taler derfor for å gi verkene ulike tonearter større plass i krenkelsesvurderingen dersom toneartene befinner seg langt fra hverandre.

Et annet moment som ikke inngår i Torvund sin analyse er betydningen av den ulike instrumenteringen i de to verkene.⁸³ Det er nok å påpeke at det normalt vil gjøre ganske stor forskjell for lytteopplevelsen om det er en damestemme eller mannsstemme som fremfører verket. Også her er det naturlig å vektlegge dette momentet mer jo større forskjeller i klang og register (tonehøyde) det er mellom verkene. For eksempel vil det være naturlig at lytteopplevelsen endrer seg mer dersom man sammenlikner en bass (den mørkeste herrestemmen) og en sopran (den lyseste damestemmen), enn dersom man sammenlikner en kontratenor (mannsstemme som synger i det som tradisjonelt er dameregister) og en alt (den mørkeste av de normale damestemmene). Poenget faller egentlig tilbake på den mye gjentatte hovedregelen om at det er opplevelsen av verket som er avgjørende.

⁸² Torvund (2016) s. 286 flg.

⁸³ Det er viktig å påpeke at han ikke påstår å foreta noen helhetsvurdering av alle momenter.

For å oppsummere kan man spørre hva man egentlig kan konkludere med på bakgrunn av denne avgjørelsen og Torvunds kritikk. For det første må man kunne slå fast at det skal veldig mye til for at en så liten verksdel som det er snakk om her har verkshøyde, om det i det hele tatt er mulig. Det finnes ingen solide rettskilder som taler for å gi tre toner opphavsrettslig vern, selv om de skulle settes i rytmisk struktur og tillegges harmonikk og tekst. Sterke reelle hensyn taler også mot dommens resultat, og for Torvunds kritikk. Det blir vanskelig å skape ny musikk dersom man gir noen monopol på tre toner. Hensynet til å bevare det kreative handlingsrommet er derfor ikke ivaretatt i ”Oister Oi”-avgjørelsen.

Dommen er uansett resultat et svært godt eksempel på hvor tett knyttet sammen verkshøydevurderingen og krenkelsesvurderingen er. En av mange svakheter ved avgjørelsen er nettopp at disse vurderingene virker å blandes sammen. Sann sett er denne analysen et godt bilde på viktigheten av å holde disse vurderingene adskilte, på tross av at verkshøydevurderingen alltid ligger til grunn for plagiattvurderingen.

For å avslutte, kan man konkludere med at Torvunds kritikk av dommen harmonerer bra med de utgangspunktene som er trukket opp med utgangspunkt i NJA 2002 s. 178 og reelle hensyn.

4.3 ”Allelu”⁸⁴

Denne saken gjaldt spørsmålet om Sean Kjartan Iversen var opphaver til deler av verket ”Allelu”, og derfor kunne nekte vokalgruppen STATE å gi ut verket. Det var snakk om et såkalt *arrangement*, altså en bearbeidelse en annet verk.⁸⁵ I denne saken var det ikke tema om det anførte arrangementet hadde verkshøyde.

Det var spørsmål i saken om Iversen hadde gitt nødvendig og tilstrekkelig samtykke til STATE, slik at de kunne utgi ”Allelu”. Lagmannsretten løste saken på dette grunnlaget. Avgjørelsen derfra er derfor ikke så interessant for oppgavens formål. Det er derfor de to avgjørelsene i sakskomplekset fra første instans som blir behandlet.

4.3.1 Krenkelsesvurderingen i forføyningssaken⁸⁶

Spørsmålet i denne saken var egentlig ikke en krenkelsesvurdering på samme måte som i de to sakene som har vært behandlet til nå. Spørsmålet er om det arrangementet STATE faktisk

⁸⁴ Sakskomplekset: LB-2001-866 og Oslo Namsrett nr. 00-2124 D. Saken ble anket til Høyesterett, men kjæremålsutvalget nektet den fremmet, jf. HR-2001-786. Deretter sak i Oslo byrett. Dom av 13. november 2001

⁸⁵ I dette tilfellet var ”originalverket” den irske sangen ”Mo ghrása mo Dhia (Allelu)”.

⁸⁶ Oslo Namsrett nr. 00-2124 D

har utgitt er et ”selvstendig åndsverk”.⁸⁷ Det retten mener med denne formuleringen, er at STATE kan ha laget sitt eget arrangement av originalverket ”Mo ghrása mo Dhia (Allelu)” uavhengig av Iversen og fellesverkarrangementet han hadde opphavsrett til. Bearbeidelser, jf. åvl. § 6 (1) kan også være krenkelser. Både av originalverk og, som her, av andre bearbeidelser. I realiteten er derfor spørsmålet om STATE sitt arrangement krenker Iversen sitt fellesverkarrangement. Retten foretar derfor en sammenlikning av arrangementene, som både metodisk og i sitt innhold er lik den som er skissert i de tidligere analyserte avgjørelsene.

Det første musikalske elementet som sammenliknes, er verkenes *form* (gangen i verkene). Dette er et sentralt moment, spesielt i saker som denne som omhandler hele verk. Form vil naturlig nok være mindre sentralt i saker som ”Oxdansen” der den påstått krenkede verksdelen er 8 takter. Enda mindre betydning vil dette elementet ha i ”Oister Oi”-saken, der tvistegjenstanden var så lite som 3 toner. Når det derimot, som her, er snakk om et helt arrangement, kan formen spille en sentral rolle i en sammenlikning. I ”Allelu” har sakkyndig Bjørn Kruse og sakkyndig vitne Asbjørn Schaathun kommet til vidt forskjellige konklusjoner på spørsmålet om de to arrangementene har lik form. Dette fremstår underlig, ettersom begge bør være overkvalifiserte med tanke på å analysere så ”enkel” musikk. Når arrangementene hverken er tilgjengelig som noter, eller til lytting, er det imidlertid umulig å konkludere med hvem av dem som har rett.

Videre påpeker namsretten noen likheter i harmonisering og rytmikk. Dette er utførlig behandlet ovenfor.

Retten går så over til å se på forskjellen mellom verkene. Det ene verket inneholder en såkalt musikalsk *hale*.⁸⁸ Dette kan være et relevant moment i en krenkelsesvurdering, fordi et verk med og uten hale kan fremstå vidt forskjellig for lytteren. Uten å høre eller se den er det imidlertid vanskelig å konkludere med om rettens valg om å ikke gi halen avgjørende betydning er fornuftig. Det samme gjelder rettens vurdering av forskjellen i fremførelsen av versene.

Retten konkluderer med at ”De tydeligste forskjellene mellom (frembringelsene) synes å ligge i orkestreringen”. Retten siterer Rosenmeier på at slik orkestrering normalt ikke fører til verkshøyde. Det er grunn til å være mistenkelige til rettens bruk av Rosenmeier i sammenheng med orkestreringsbegrepet i dette tilfellet. Rosenmeiers uttalelse knytter seg til såkalt *transkribering*. Slik han forklarer det er det ”en ændring der udelukkende går ud på, at et

⁸⁷ Oslo Namsrett nr. 00-2124 D, avgjørelsen s. 10

⁸⁸ I musikkvitenskapen brukes ofte det italienske ”Coda” om slike haler. Begge betegnelsene kan forstås som et mindre, avsluttende tillegg til et verk eller verksdel. I sin enkleste form kan det være at man gjentar siste frase og/eller setning av sang.

stykke musikk spiles på andre slags instrumenter enn i originalverket, uten at arrangøren har tilkomponert nye passager”.⁸⁹ Igjen må det tas forbehold om at det ikke er mulig å se eller høre de aktuelle verkene. Det er imidlertid svært sjelden at en adaptasjon fra et rent korarrangement, til kor med orkester- eller bandakkompagnement, i dommen avgjørelsen omtalt som ”orkestrering”, vil utgjøre en slik transkribering. Transkribering er typisk der man spiller en popmelodi som egentlig er sunget på en fiolin, eller der man transkriberer en marsj som er skrevet for orkester til å kunne spilles i korps. I denne saken har det opprinnelige vokalarangementet fått tilført akkompagnement i form av ”perkusjonist, trommeslager, looping, gitar og et synthbassinstrument”.⁹⁰ Det kan vanskelig sees på som en ”transkribering” slik Rosenmeier benytter termen. Det er ikke dermed sagt at tillegg av denne typen akkompagnement ville gjort at det nye arrangementet ville fått verkshøyde.

Selve det rettslige argumentet i avgjørelsens utsagn om orkestrering er uansett fornuftig. Når selve korarrangementet (altså det vokalstemmene synger) er likt i fellesverkarrangementet og STATE sitt arrangement må det foreligge en krenkelse. Det har da ingenting å si at STATE har lagt til nytt akkompagnement. Dette har sammenheng med STATE sitt arrangement kan ha verkshøyde som egen bearbeidelse, men samtidig ikke disponere over bearbeidelsen på en måte som krenker opphavsretten til fellesverkarrangementet. Sann sett fremstår rettens bruk av orkestreringsbegrepet fornuftig. Problemet over ligger først og fremst i henvisningen til Rosenmeier.

Det er grunn til å nevne en passasje fra namsrettens vurdering av hvorvidt det forelå et fellesverk, jf. åvl. § 8. Alternativet til dette hadde vært at Iversen hadde opphavsretten til fellesverkarrangementet alene (da ville det ikke vært noe fellesverk, men det er hensiktsmessig å beholde betegnelsen for at det skal være klart hva det skrives om): ”Retten finner det imidlertid ikke sannsynliggjort at det var Iversen alene som fant frem til den overordnede formen, det harmoniske bildet, det rytmiske motivet og *kontrasten mellom refreng og vers og øvrige elementer* som gir arrangementet dets skapende særpreg og opphavsrettslige originalitet”.⁹¹ For det første befester dette utsagnet at verkshøydevurderingen og krenkelsesvurderingen er helhetsvurderinger der hele verket kan vurderes. For det andre viser utsagnet i kursiv at også ikke nøyaktig målbare elementer, som en kontrast, kan være av betydning for vurderingen der elementet kan oppfattes av lytteren.

⁸⁹ Rosenmeier (1996) s. 83

⁹⁰ Oslo Namsrett nr. 00-2124 D, avgjørelsen s. 11

⁹¹ Oslo Namsrett nr. 00-2124 D, avgjørelsen s. 7.

4.3.2 Byrettssaken⁹²

Iversen fikk som nevnt anken til Høyesterett avvist.⁹³ Han reiste dermed sak for byretten. Spørsmålene i saken var i stor grad de samme som i forføyningssakene. Det første relevante spørsmålet for denne oppgaven, er om fellesverkarrangementet skiller seg nok fra de andre fremlagte arrangementene av "Allelu" til å ha verkshøyde. Det er altså snakk om arrangementer som oppsto før fellesverkarrangementet. Her tar retten for seg de momentene som skiller arrangementet fra de andre arrangementene (og implisitt også originalverket "Mo Ghrasa Mo Dhia).

Først analyserer retten hva som er karakteristisk for de første versjonene (arrangementene) av "Allelu". De peker på at "Allelu" er gitt en enkel harmonisk drakt. Formen består stort sett av vekslinger mellom vers og refreng. Rekkefølgen av disse kan variere noe, uten at man derfor kan tale om noen vesentlig endret form. Karakteristisk for harmoniseringen er bruken av akkorder med utelatt ters⁹⁴, enkelte "harmoniske kollisjoner"⁹⁵, samt liggetoner som til dels fremmer harmonien. Liggetonene kommer i overstemme og som "bass-drone". Dette er med på å gi sangen et irsk preg, noe som forsterkes ved bruken av den gæliske teksten.⁹⁶ Her finner man igjen flere momenter som er behandlet tidligere i oppgaven. Form, harmonikk, karakter ("irsk preg") og tekst.

Som argumentert for tidligere er særlig begrepet *karakter* vanskelig å gi en presis og uttømmende definisjon på. Det er derfor interessant at retten her ikke bruker karakterbegrepet. I stedet beskriver de hvilke assosiative egenskaper frembringelsene har. Retten slår fast at arrangementene har et "irsk preg". Dette er en interessant fremgangsmåte, og gode grunner taler for å benytte en lignende tilnærming i plagiattvurderingen når man sammenlikner frembringelser. Det må først påpekes at det ikke kan være tvil om at retten her beskriver musikkens karakter. Når man skriver at musikk har sådant "preg" er det definitivt en beskrivelse av hvordan noe oppfattes. Det kan ikke tolkes som en ren stadfestelse av frembringelsen bygger på en irsk melodi. Dette er en målbar og ofte beviselig størrelse.

Det er særlig en grunn til at denne assosiasjonsbaserte fremgangsmåten er bedre enn å kun slå fast at frembringelsene har (u)lik karakter. Ved å slå fast at noe har et visst preg, kan man sammenlikne de underliggende musikkvitenskapelige byggeklossene som gjør at musikken får nettopp dette preget. Det er nettopp det retten gjør når de beskriver hva som gir de første

⁹² Oslo byrett. Dom av 13. november 2001

⁹³ Jf. HR-2001-786

⁹⁴ En "ters" er tonen i midten av en treklang i grunnstilling, plassert på tredje trinn fra akkordens grunntone.

⁹⁵ Ordet "dissonans" brukes ofte om slike kollisjoner.

⁹⁶ Oslo byrett. Dom av 13. november 2001. "Retten vurderinger" avsnitt 3

versjonene av "Allelu" sitt irske preg. På denne måten kan man i større grad begrunne hvorfor to frembringelser har lik karakter. Dette ivaretar rettsikkerheten til fremtidige skapende individer mye bedre enn å bare slå fast at frembringelsene har lik karakter. På denne måten vil man også sementere at bevisbyrden i krenkelsessaker i utgangspunktet ligger på den som påberoper seg en krenkelse av sitt verk.⁹⁷ Den krenkede vil måtte bevise et minimum av musikkteoretisk likhet for at plagiat skal foreligge. Det vil ikke holde å si frembringelsene høres like ut. Et lite forbehold bør tas om at "musikkens preg" ikke er en treffende beskrivelse av alle måter "karakter" brukes til å beskrive musikk. Tar man eksempel fra tidligere i oppgaven, vil beskrivelser som *morendo* (hendøende) eller *cantabile* (syngende/sangbart) skape mindre konkrete assosiasjoner enn "irsk preg".

Slike abstrakte betraktninger om karakter har i utgangspunktet ikke vern (verkshøyde) etter nordisk rett. Rosenmeier nevner som eksempel på slike abstrakte trekk "musikkens eller komponistens særlige stil, egenart og sound, musikkens "dynamik"⁹⁸. Videre nevner han musikk- og komposisjonsteoretiske prinsipper, altså oppskrifter på hvordan musikk skal eller kan bygges opp. Avgrensningen mot abstrakte trekk har også en side til skillet mellom ide og uttrykk. I neste avsnitt påpeker han imidlertid at "De abstrakte egenskaber og principper af forskellig art, der præger musik, kan derimod sikkert ofte påvirke den måde, man oplever musikken på, og de kan derfor indgå i krænkelsevurderingen".⁹⁹ Dette illustrerer igjen viktigheten av å holde fast ved at krenkelsesspørsmålet er en helhetsvurdering.

Generelt kan man oppsummere med at begrepet *karakter* er opphav til mulig rettslig forvirring. Byrettens fremgangsmåte ved analysen av de tidlige versjonene av "Allelu" kan ved videre analyse være oppklarende for noe av den forvirringen.

Videre tar byretten opp Iversens anførsel om hvilke momenter som gjør at fellesverkarrangementet har verkshøyde. Momentene er "arrangementets overordnede form [1], harmoniseringen og stemmeføringen i det dobbelte refreng [2], kontrasten mellom vers og refreng [3] og det rytmiske motiv i arrangementets andre vers [4]."¹⁰⁰ Retten konkluderer med at de tre første momentene er "så oppe i dagen rent stilistisk at det kan være tale om allmenne musikalske løsninger."¹⁰¹ Disse vil ikke medføre verkshøyde. Retten begrunner dette videre i at faren for at andre profesjonelle arrangører vil komme til like resultater er stor. I tillegg vil det å gi et arrangement verkshøyde for slike grunnleggende, banale elementer medføre "store inn-

⁹⁷ Se Rosenmeier (1996) s. 105.

⁹⁸ Rosenmeier (1996) s. 40

⁹⁹ Rosenmeier (1996) s. 41

¹⁰⁰ Oslo byrett. Dom av 13. november 2001. "Rettens vurderinger" avsnitt 4

¹⁰¹ Oslo byrett. Dom av 13. november 2001. "Rettens vurderinger" avsnitt 5

skrenkninger i muligheten til å råde over eget verk.”¹⁰² De konkluderer med dette under en henvisning til Rosenmeier (1996) s. 65. Dette utsagnet stemmer overens med Torvunds kritikk av ”Oister Oi”-avgjørelsen.

Retten kommer til at det fjerde elementet (det rytmiske tillegget i andreverset) gjør arrangementet tilstrekkelig originalt. De gir ingen videre begrunnelse for dette. Videre konkluderer de med at ”de riktignok enkle omdisponeringer av formen, den harmoniske utformingen, det irske preget og selve lydbildet, og ikke minst bruken av det rytmiske motivet, er dette noe som etter rettens oppfatning gjør at arrangementet som helhet har tilstrekkelig originalitet.”¹⁰³ Uten muligheter til å lytte på frembringelsene eller tilgang på noterte arrangementer, er det umulig å slå fast om denne vurderingen er god. Det er likevel et visst grunnlag for kritikk. For det første mangler begrunnelse for hvorfor den rytmiske strukturen er tilstrekkelig original. Dette trenger ikke i seg selv være noe problem, fordi ulikheten kan fremstå klart av noter eller lydklipp. Men når retten så drar inn de momenter Iversen har anført, og begrunner originalitet delvis med dem, fremstår konklusjonen litt pussig begrunnet. Retten har jo selv konkludert med at disse momentene ikke har originalitet. Begrunnelsen kan likevel forsvares med at det klart fremstår som en helhetsvurdering. Ingen momenter gjør verket originalt i seg selv, men sammenholdt er det tilstrekkelig. Denne konklusjonen støttes av at det kreative handlingsrommet (variasjonsmulighet) når det kommer til å bearbeide irsk musikk som populærmusikk må sies å være relativt snevert. Det kan ikke kreves alt for mye for å oppnå originalitet.

Selve krenkelsesvurderingen mellom fellesverkarrangementet og STATE sin endelige frembringelse er meget kort, og av liten verdi for oppgavens formål: ”Etter rettens oppfatning er det ikke tvilsomt at vokalarrangementet på STATEs versjon av ”Allelu” bygger på - og i stor grad er identisk med -fellesarrangementet på Mandate’ s innspilling av ”Mo ghrasa mo Dhia””.¹⁰⁴ Det mest interessante man kan tolke ut av dette er at det fremstår som om byrettens avgjørelse er skrevet av dommere med musikkvitenskapelig forståelse. Konklusjonen er mer presis enn vurderingene i forføyningssaken. Det fremgår for eksempel tydelig at byretten har vurdert selve den påstått krenkede verksdelen (selve vokalarrangementet) opp mot STATE sin endelige frembringelse og de andre arrangementene.

Avslutningsvis kan man oppsummere med at sakene om ”Allelu” egner seg godt for å belyse noen særlige vurderinger som knytter seg til sammenlikning av hele verk og bearbeidelser. I tillegg kan man slå fast at avgjørelsen i alle fall ikke taler mot de utgangspunkt som er trukket opp tidligere i oppgaven. Det kan derimot argumenteres for avgjørelsen støtter disse.

¹⁰² Ibid. l.c.

¹⁰³ Ibid. l.c.

¹⁰⁴ Oslo byrett. Dom av 13. november 2001. ”Rettens vurderinger” avsnitt 7

4.4 Røyksopp

Den opphavsrettssaken om musikkverk i Norge som har fått mest oppmerksomhet i media er utvilsomt saken mellom Rune Lindbæk og Røyksopp¹⁰⁵ (Torbjørn Brundtland og Svein Berge). Saken gikk i Bergen tingrett i 2013.¹⁰⁶ Det var flere saker i sakskomplekset.¹⁰⁷

Det bør bemerkes at begge meddommerne i saken, Asbjørn Schaathun og Gaute Storaas, er høyt utdannede og anerkjente musikere. Dette bærer i alle fall mye av den musikkvitenskapelige analysen i dommen preg av. Man kan slå fast at tingretten hadde et solid musikkvitenskapelig grunnlag å treffe avgjørelsen sin på. På den annen side kan dette nok også gjøre det krevende å skille de musikkvitenskapelige vurderingene fra de rettsvitenskapelige. Dette er utfordring som står særlig sterkt i musikkverkstilfellene, jf. også Allelu-sakene som er beskrevet over.

4.4.1 Saksgang og faktum

Saken besto av et søksmål og et motsøksmål. Det hele begynte med at Rune Lindbæk, en tidligere samarbeidspartner av Torbjørn Brundtland fra Tromsø og Oslo, ønsket ideelle og økonomiske rettigheter til Røyksopp sitt verk "A Higher Place" (2001). Han mente at verket plagierte verket "Lift" (1997) av gruppa Drum Island. Drum Island var en gruppe Brundtland var med i på 90-tallet, da de ga ut "Lift". Lindbæk sin rolle i gruppa var noe uklar, og mye av motsøksmålet dreide seg om å fastslå hans rolle i tilvirkningen av "Lift" (se under). Det var mange spørsmål i saken. For oppgavens formål er det først og fremst krenkelsesvurderingen, og spesielt sammenlikningen av de to verkene, som er interessant. Det er imidlertid hensiktsmessig med en gjennomgang av motsøksmålet.

4.4.2 Motssøksmålet: Skillet mellom ide og uttrykk

Motssøksmålet er ikke et plagiatspørsmål. Hovedspørsmålet her var "hvem som er opphavsmann eller komponist til verket "Lift"". ¹⁰⁸ Det interessante her for oppgavens formål, er analysen av Lindbæks bidrag til låten med tanken på verkshøydekravet. Denne nedre grensen for verkshøyde kommer til uttrykk i dommen gjennom en analyse av Lindbæks bidrag til verket:

¹⁰⁵ Røyksopp er ikke part i saken, men navnet benyttes i det videre for enkelhets skyld, i og med at Brundtland og Berge utgjør hele musikkgruppen.

¹⁰⁶ TBERG-2012-86032-2

¹⁰⁷ I første runde var det i tillegg til saken som behandles her, en sak som hovedsakelig gjaldt foreldelse, TBERG-2012-86032-1. Ingen av partene vant den saken fullt ut. I tillegg var det, som beskrevet her, et motsøksmål i selve hovedsaken.

¹⁰⁸ TBERG-2012-86032-2, "Retten skal bemerke", avsnitt 2

”Retten finner sannsynliggjort at verket «Lift» er skapt av Torbjørn Brundtland alene. [...] Det var først helt på slutten av dagen at Rune Lindbæk kom i studio. Da Rune Lindbæk kom i studio foreslo han at det skulle være med et «takeoff», altså et element som bygger opp til den siste delen av låten.

Etter rettens mening er et forslag om et «takeoff» ikke en ide som kvalifiserer til opphavsvern. Retten oppfatter dette forslaget slik at det er en ide om et «takeoff» uten et spesifikt musikalsk innhold. Retten viser i denne sammenheng til [Rt-1962-964](#) (Wegners Sybord) hvor det fremgår at en ide isolert sett, ikke kan få rettsvern etter åndsverkloven. I vår sak legger retten til grunn at det forslag Rune Lindbæk kom med, var at det skulle være et «takeoff» ved slutten av låten, men uten at han hadde et forslag til hvordan dette «takeoff»-et rent musikalsk skulle lyde. Da er dette en ide som isolert sett, ikke har rettsvern etter åndsverkloven.”¹⁰⁹

Skillet mellom ide og uttrykk kommer tydelig frem her. Det ville ikke hatt noen betydning for den konkrete krenkelsesvurderingen i saken om ”A higher Place” hadde hatt samme take-off som ”Lift”, fordi det konkrete uttrykket var skapt av Brundtland selv, og ikke Lindbæk. Det kan selvsagt heller ikke ha noe å si at begge låtene har et take-off, i og med at det både er svært vanlig for sjangeren, og en ide, ikke et uttrykk.

4.4.3 Verkshøyde og analyse av frembringelsene

Røysopp vant altså motsøksmålet fullt ut. Det gjør resten av denne saken meget spesiell, fordi retten egentlig kunne unngått krenkelsesvurderingen fullstendig. Motsøksmålet slo fast at Lindbæk ikke har rettigheter til ”Lift” overhodet. Krenkelsesvurderingen er nærmest for et obiter dictum å regne.¹¹⁰ Dette svekker imidlertid ikke avgjørelsens verdi for oppgavens formål, fordi gjennomgangen er grundig.

Først foretar retten en gjennomgang av begge verkene. Gjennomgangen må sies å holde høyt musikkvitenskapelig analytisk nivå. Samtidig er vurderingene litt krevende å forholde seg til. Dette har sammenheng med sjangeren verkene befinner seg i. De analytiske utfordringene som følger med sjangeren musikken befinner seg i, peker på to utfordringer som er generelle for musikkverksaker om plagiat.

For det første er det ikke alltid man har begreper som passer til å beskrive den typen musikk man skal analysere. De analyseverktøyene og begrepene man vanligvis benytter seg av i mu-

¹⁰⁹ TBERG-2012-86032-2, ”Retten skal bemerke”, avsnitt 6-7

¹¹⁰ Det hadde imidlertid innvirkning på spørsmålet om saksomkostninger, og retten drøfter det på dette grunnlag, med en forklaring om at det ”er denne delen av saken som er mest omfattende og som har krevd mest arbeid fra prosessfullmektigene” (TBERG-2012-86032-2, ”Saksomkostninger”, avsnitt 4).

sikkvitenskapen er i stor grad utviklet for å analysere den klassiske kunstmusikken. Naturlig nok vil teknologien som skaper ny musikk ofte ligge i forkant av de verktøyene som skal analysere musikken. I Røyksopp-saken var det snakk om synthesizere som spiller av lyder som er vanskelige å beskrive presist. Retten tyr her til en modell hvor de sammenlikner lydene med mer tradisjonelle instrumenter. Dette er nok en god tilnærming, fordi alternativene enten ville blitt svært kompliserte, teknisk-matematiske analyser av lydfile, eller subjektive, muntlige forklaringer av hvordan lydene høres ut. Men uansett viser dette at analysen ikke er noen eksakt vitenskap. I tillegg spiller synthesizerne ”toner” hvor hverken undertegnede eller de svært kompetente fagdommerne i saken er i stand til å identifisere tonehøyden med sikkerhet. Dette peker på det andre grunnproblemet:

Slik musikkvitenskapelig analyse vil svært ofte ha et element av subjektivt skjønn ved seg. Det er gode grunner til å mene at man ved plagiatvurderingen bør benytte seg av de tekniske begrepene man har. Men det er viktig å huske på at musikkvitenskapen på mange områder ikke er noen eksakt vitenskap. Uansett hvor mye man deler opp musikkens bestanddeler i små byggeklosser, vil noe av analysen alltid være opp til lytterens opplevelse av verket. Som retten uttrykker det: ”Det er det klingende resultat som ligger til grunn for rettens vurdering”.¹¹¹

Tilbake til rettens gjennomgang av verkene ”Lift” og ”A Higher Place”. Det første man legger merke til er at retten umiddelbart forholder seg de konkrete verkene. Det blir ikke gjort noe forsøk på å si noe om hvilke musikalske trekk som generelt kan plagieres. Dette er en fornuftig tilnærming, fordi det tillater retten å vurdere alle musikkens komponenter, uten å måtte definere nøyaktig hva komponenten er, jf. også analysen i de to foregående avsnitt her.

Videre ser man at retten analyserer hvert verk kronologisk, og beskriver musikken der den endrer seg. Man analyserer rytmiske og tonale elementer, men også mer udefinerbare lyder. Som eksempel kan nevnes den ”oppadstigende ”boblelignende” teksturen” i ”Lift”. Dette er interessant fordi det viser at også denne typen lydmessige strukturer, som ikke klart lar seg definere av den tradisjonelle musikkvitenskapen, har betydning for verkshøydevurderingen, og dermed også krenkelsesvurderingen. Det er avgjørende er om noe er ulovlig likt, ikke hva det noe er. Man kan merke seg språkbruken i analysene. I tillegg til tradisjonelle musikkvitenskapelige begreper, benyttes også mer sjangertilpassede, moderne begreper som ”take-off” og ”breakdown”. Alt i alt er det igjen verdt å merke seg hvor utpreget tekniske de musikkvitenskapelige analysene er.

¹¹¹ TBERG-2012-86032-2, ”Innledende bemerkninger” under spørsmålet om saksomkostninger. Det er også grunn til å minne om sitatet fra Rognstad 2019 s. 175.

4.4.4 Krenkelsesvurderingen

Neste steg er å sammenlikne låtene. Spørsmålet er om ”disse verkene i større eller mindre seksjoner, elementer eller som helhet (inneholder) materiale hvor man kan hevde at verket «A Higher Place» krenker verket «Lift»s opphavsretter?”¹¹²

Retten kommer til at det ikke foreligger noen krenkelse i saken. Man undersøker tre musikalske elementer som det påstås at krenker ”Lift”. 1) Selve vokalsamplet med tekstlinjen ”A higher place”. Retten kommer til at det for det første er samplet på ulik måte i de to låtene, og for det andre at det i utgangspunktet er snakk om et sample¹¹³ som opphaverne bak ”Lift” uansett ikke har vern for.

Det neste momentet som blir vurdert, er det retten kaller en sammensatt ”tre-blokk/windchimesaktig(e) figur”. Også her kommer de til at det ikke foreligger plagiat, med begrunnelse at det er snakk om et sample.¹¹⁴ Retten legger til at ”Selv om dette samplet har antatt en noe annen karakter enn originalen gjennom lydprosessering, behandling og oppklipping, står det tilbake at dette elementet kommer fra en annen opphavsrettslig kilde.”¹¹⁵

Det tredje og siste momentet retten vurderer er ” En oppadstigende, overtonebasert figur som blir anvendt som en markør av taktende i hver 4-taktsfrase (ofte litt forskjellig), i både «Lift» og «A Higher Place.»¹¹⁶ Om denne figuren uttales det at den er av en slik ”allmenn og rudimentær karakter at det neppe, ..., som enkeltelement kan sies å ha selvstendig verkshøyde.” De begrunner det videre med at denne typen markører forekommer i mange typer musikk, ofte. Det kan legges til rettens begrunnelse at figurene også fremstår ulikt i de to låtene. For det første på grunn av låtenes tempo. Figuren har en rytmisk struktur (16-deler) som på grunn naturlig nok gjør at den går fortere i ”Lift” enn i ”A Higher Place”.

Til slutt foretar retten helhetsvurderingen. Igjen illustrerer retten skillet mellom ide og uttrykk når den konkluderer med at ”Det er tydelig for retten at «A Higher Place», er en videreutvikling av ideer som først materialiserte seg i «Lift», men det er like tydelig at verkene er så forskjellige i sin utforming at «A Higher Place» ikke krenker «Lift»s opphavsrettigheter.”

¹¹² TBERG-2012-86032-2, ”Sammenlikning av de to verkene” avsnitt 2.

¹¹³ Originalverket: ”Freedom” av Tyrrell Corporation

¹¹⁴ Originalverket: ”Wooloomooloo” av Jean-Michel Jarre

¹¹⁵ TBERG-2012-86032-2, ”Likheter” avsnitt 2. Dette utgangspunktet må antas å være i tråd med EU-dommen C-476/17 jf. oppgavens kap. 5.5

¹¹⁶ TBERG-2012-86032-2, ”Likheter” avsnitt 4

For å oppsummere er det særlig to ting som er interessante med Røyksoppsaken. Den ene er den metodiske tilnærming domstolen har til krenkelsesspørsmålet. Krenkelsesvurderingen er godt fundert i musikkvitenskapelige kriterier, men retten har hele tiden et blikk til at det er en helhetsvurdering. Det andre er at dommen inneholder argumenter for at også udefinerbare lyder, dersom de er satt i system, kan få verkshøyde. Det kan få stor betydning ikke bare for elektronisk popmusikk, men også for mer abstrakte komposisjoner innenfor avantgarde-musikken, enten den kategoriseres som klassisk eller andre sjangre.

4.5 **Gaye v. Williams**¹¹⁷

4.5.1 Om amerikansk rett og faktum i saken

USA har, i motsetning til Norden, en svært rikholdig praksis i plagiatspørsmål om musikkverk. Denne saken er tatt med her av flere grunner. For det første fordi den illustrerer en alternativ fremgangsmåte for krenkelsesvurderingen på en god måte. For det andre fordi avgjørelsen er et godt bilde på hvor galt det kan gå hvis man går bort fra musikkvitenskapelig analyse og skillet mellom ide og uttrykk viskes ut. For det tredje inneholder avgjørelsen en svært utførlig dissens som drøfter krenkelsesvurderingen på en god måte.

Saken sto mellom familien til Marvin Gaye, som har rettighetene til musikken hans (heretter Gaye), og Pharell Williams, Robin Thicke og Clifford Harris jr., samt disses plate- og representasjonsselskap (heretter Williams). Gaye beskyldte Williams for å ha krenket hans opphavsrett til låten ”Got to give it up” ved å gi ut låten ”Blurred Lines”. Hovedspørsmålet i saken er altså plagiatspørsmålet.

Det er flere forskjeller og likheter mellom krenkelsesvurderingen etter amerikansk og norsk rett som det ikke er hensiktsmessig å gå inn på. Det vesentlige er at det overordnede vurderingstemaet for krenkelsesvurderinger også etter amerikansk rett er om ”the defendant copied protected elements of the copyrighted work.”¹¹⁸ Altså må man også etter amerikansk rett foreta en slags verkshøydevurdering. I denne vurderingen må man også undersøke det som påstås vernet mot eldre frembringelser til fri bruk. Denne fremgangsmåten har klare likhetstrekk den nordiske tilnærmingen.

Selve krenkelsesvurderingen i amerikansk rett er et tosporet system. Først spør man om de to frembringelsene har ytre likheter gjennom en såkalt ekstrinsisk¹¹⁹ test. Her skal man foreta en

¹¹⁷ The case of Williams et al v Gaye et al, 9th U.S. Circuit Court of Appeals, No. 15-56880. Kortnavnet ”Gaye v. Williams” benyttes videre.

¹¹⁸ ”Gaye v. Williams” s. 16.

¹¹⁹ Begrepet ekstrinsisk er et adjektiv som betyr å studere noe utenfra, jf. det norske akademis ordbok.

musikkvitenskapelig vurdering av hva som er identisk, eller påfallende likt i de to frembringelsene. Om denne vurderingen uttaler flertallet i *Gaye v. Williams*: ”It “considers whether two works share a similarity of ideas and expression as measured by external, objective criteria.”¹²⁰ Spørsmålet er altså hvilke objektive likhetstrekk man kan finne. Det er grunn til å stille spørsmål ved bruken av ordet ”objective” her. Som belyst flere steder tidligere er det ikke alle musikalske momenter som kan komme inn under denne vurderingen det finnes objektive kriterier som kan vurdere. Uansett er den metodiske innfallsvinkelen til krenkelses-spørsmålet i stor grad lik den nordiske her.

Videre foretar amerikansk rett en intrinsisk vurdering. Denne vurderingen formuleres slik i *Gaye v. Williams*: “It “asks ‘whether the ordinary, reasonable person would find the total concept and feel of the works to be substantially similar.’”¹²¹ Vurderingen er subjektiv, og går ut på fastslå om helhetsinntrykket av frembringelsene er ulovlig like. For å fastslå krenkelse må man kunne konkludere med både intrinsiske og ekstrinsiske likheter mellom låtene.¹²² Ved første øyekast kan den amerikanske krenkelsesvurderingen se lik ut som den nordiske. De to vurderingene etter amerikansk rett er imidlertid ikke knyttet sammen på samme måte som den norske modellen. ”*Gaye v. Williams*” er et praktisk eksempel på dette, og noen andre utfordringer med det amerikanske systemet.

4.5.2 Flertallet

Flertallets begrunnelse i plagiatspørsmålet er juridisk kronglete. Grunnen til dette er at flertallet rent faktisk aldri foretar en egen plagiattrøftelse. I stedet avgjør de spørsmålet på en rekke prosessrettslige spørsmål. Essensen av disse er at de ikke kan overprøve juryen i førsteinstansen sine vurderinger i plagiatspørsmålet. Retten uttaler også at de uansett helst ikke vil overprøve juryens avgjørelse i musikkverksaker, selv om det ikke hadde vært prosessuelle hindre for å gjøre det: ”we are “reluctant to reverse jury verdicts in music cases” on appeal, “[g]iven the difficulty of proving access and substantial similarity.”¹²³ På denne måten stadfester retten den krenkelsesvurderingen som er foretatt av underrettens jury.

Dette har særlig to konsekvenser. For det fører det til at man må undersøke underrettens vurdering. For det andre peker det i seg selv på en svakhet i krenkelsesvurderingen. Både jury og dommere i underretten er helt musikkvitenskapelige ufaglærte. Som retten selv uttrykker det: ”It is unrealistic to expect district courts to possess even a baseline fluency in musicology,

¹²⁰ ”*Gaye v. Williams*” s. 17

¹²¹ *Ibid.* l.c.

¹²² *Ibid.* s. 17 og 26

¹²³ *Ibid.* s. 34

much less to conduct an independent musicological analysis at a level as exacting as the one used by the dissent.”¹²⁴

Dette fører for det første til en ekstrem avhengighet av sakkyndige. At retten aksepterer dette, kommer i alle fall delvis frem i avgjørelsen. “[T]he extrinsic test is met, “[s]o long as the plaintiff can demonstrate, through expert testimony [...], that the similarity was ‘substantial’ and to ‘protected elements’ of the copyrighted work.”¹²⁵ Slik juryen i førsteinstansen har vurdert krenkelsen her, blir plagiatspørsmålet mer eller mindre redusert til en bevisvurdering hvor spørsmålet er hvilken sakkyndig juryen tror mest på. Denne analysen støttes også av at partene har med seg hver sin sakkyndig i retten, og at de sakkyndiges vurderinger er nærmest totalt motstridende. De sakkyndiges vurderinger er også i overenstemmelse med det ønskede utfallet for ”sin” part. Denne løsningen er uheldig. Det blir mer eller mindre ingen rettslig realitet i den ekstrinsiske vurderingen av om verkene rent musikkfaglig ligner. Satt på spissen, er det ikke lenger retten som begrunner resultatet av krenkelsesvurderingen. Den sakkyndige vurderingen overlapper den rettslige i stor grad ved denne fremgangsmåten.

For det andre gjør rettens konklusjon om at de ikke vil overprøve juryer i musikkverksaker, at krenkelsesvurderingen blir overlatt til juryer som hverken er faglærte i juss eller musikk. Al-lelu- og Røyksoppsaken viser hvor krevende det kan være å holde jus og musikk fra hverandre. De viser også viktighetene av å nettopp klare det. Ved fremgangsmåten i *Gaye v. Williams* setter juryene i realiteten presedens for den ekstrinsiske sammenlikningen, fordi overrettene stadfester juryens resultater.

Det som er nevnt over trenger ikke være et problem. Man kunne avhjulpet juryordningens svakheter ved å kreve strenge beviskrav for at frembringelsene faktisk måtte inneholde musikalske trekk som var ulovlig like. Det gjør retten imidlertid ikke. For det første oppstiller de et svakt beviskrav: “Because direct evidence is rare, copying is usually circumstantially proved by a combination of access and substantial similarity.”¹²⁶ For det andre finner retten at tilgangsspørsmålet har betydning for terskelen for beviskravet “substantial similarity”, altså om det foreligger krenkende likhet: “We adhere to the “inverse ratio rule,” which operates like a sliding scale: The greater the showing of access, the lesser the showing of substantial similarity is required.”¹²⁷ Williams hadde innrømmet at *Gaye* var en inspirasjonskilde for “*Blurred Lines*” og at de hadde inngående kjennskap til *Gayes* musikk. Innrømmelsen blir brukt som et

¹²⁴ ”*Gaye v. Williams*” s. 55

¹²⁵ *Ibid.* s. 20

¹²⁶ *Ibid.* s. 25

¹²⁷ *Ibid.* s. 16

argument for at det skal kreves lite for å fastslå krenkende likhet mellom verkene. Dette er uheldig.

Retten påstar at resultatet og begrunnelsen i saken ikke “upset(s) the balance Congress struck between the freedom of artistic expression, on the one hand, and copyright protection of the fruits of that expression, on the other hand.”¹²⁸ Ved å blande tilgangsspørsmålet inn i krenkel-sesvurderingen er det nettopp det retten gjør. Det Williams egentlig innrømmer, er inspira-sjon. De har bygget på Gayes ideer. Ideer kan ikke ha verkshøyde. Underretten finner ingen nøyaktige likheter mellom verkene, men begrunner ekstrinsisk likhet med en rekke momenter som ligner. Disse kommer jeg tilbake til.

Da gjenstår den overordnede (intrinsiske) helhetsvurderingen. Det er ikke tvilsomt at musi-kalske momenter uten verkshøyde, tilsammen kan få verkshøyde og dermed vern. Det er hel-ler ikke tvilsomt at abstrakte musikalske elementer som ikke kan ha verkshøyde, kan spille en rolle ved krenkel-sesvurderingen, jf. for eksempel analysen av Røyksopp-saken. Dette knytter seg til at man alltid må foreta en helhetsvurdering av lytteopplevelsen, og at man ikke bevisst skal kunne endre småting for å unngå å plagiere. Men det er uansett viktig å begrunne hel-hetsvurderingen i de underliggende momentene, slik det for eksempel gjøres i ”Allelu”-avgjørelsen. Mangelen på konkrete likheter mellom verkene gjør at krenkel-sesvurderingen i Gaye v. Williams i realiteten reduseres til den intrinsiske helhetsvurderingen. Satt på spissen spør man seg om man synes verkene ligner. Dette medfører selvsagt ingen sterk rettsikkerhet for fremtidige skapere.

Det dette i praksis fører til er at man får opphavsrettslig beskyttelse for en ”sound”. En slik sound-alike beskyttelse vil man ikke få etter nordisk rett.¹²⁹ Her er verkshøydekravet med på å klargjøre skillet mellom ide og uttrykk. Det er hensiktsmessig å se nærmere på hvordan og hvorfor retten kommer til at de to verkene ligner så mye at det foreligger en krenkelse.

Figuren under viser de musikalske ”grunnelementene” som utgjør *grooven*¹³⁰ i de to låtene. Min notasjon her baserer seg på de utgitte studioversjonene av låtene. Det er verdt å merke seg at den amerikanske domstolen kun vurderte skrevne, noterte versjoner av frembringelse-ne.¹³¹ I de skrevne versjonene går begge låtene i A-dur, mens studioversjonen av ”Blurred Lines” her går i G-dur.

¹²⁸ ”Gaye v. Williams” s. 56

¹²⁹ Jf. Rosenmeier (1996) s. 40 og fotnote 84.

¹³⁰ Forklaring følger senere.

¹³¹ Dette var på grunn av en rettslig teknikalitet i den gamle amerikanske åndsverkloven fra 1909.

"Got to give it up"

J = 124

"Blurred Lines"

J = 120

Ingen av de elementene som er notert her var en av de syv som inngikk i rettens ekstrinsiske vurdering hvor Gaye "beviste" likhet. Disse momentene behandles under 5.3.3. Formålet her er å vise hva som skjer når helhetsvurderingen blir overlatt til seg selv uten støtte i musikkvitenskapelig likhet.

Som man ser av figuren er det enkelte likheter mellom låtene. Et element er helt likt, bass-tromme på alle fire deler. Dette er ikke akkurat originalt.¹³² Trommerytmene for øvrig ligner, men er ikke helt like. Annen perkusjon (utover trommesett) i låtene har likheter i instrumentvalg, men man får selvsagt ikke vern for generelle lyder. Begge låtene har en etterslagsbasert rytmikk i el-pianoet. Med dette menes at tonene spilles av taktlaget (1 OG 2 OG 3 OG 4 OG) i stedet for på det. Dette er også meget vanlig. For eksempel er det er nærmest et krav i reggae, og mang en valthornist har ergret seg over korpsmarsjer som nærmest bare inneholder etterslag.

Begge frembringelsene har også svært enkel harmonikk. De fire taktene i figuren over inneholder kun en akkord; grunntonen.¹³³ "Blurred Lines" har sågar bare 2 akkorder (G (I) og D

¹³² For eksempel har 9 av de 15 låtene på P3 sin nåværende A-liste lengre passasjer med denne bassstrommerytmen.

¹³³ Grunntoneakkorden (A) i Gayes "Got to give it up" inneholder riktig nok en septim/syver (A7). Dette utgjør ingen vesentlig forskjell for lytteren eller den musikkvitenskapelig analysen av harmonikken i låtene.

(V)) i hele stykket, som spilles fire takter av gangen. En så enkel harmonisk progresjon kan ikke i seg selv krenke noens opphavsrett, fordi den ikke kan ha verkshøyde. Det finnes noen ytterligere likheter mellom låtene. De har nesten likt tempo og begge gjør bruk av mannsfalsett.¹³⁴ Dette er også meget vanlig i musikk generelt, og spesielt i den soulbaserte popmusikken begge disse låtene må kunne plasseres i sjangermessig. Ellers finnes det likheter i bassgangen, fraseringen (setningsmelodien) i vokalen, og instrumenteringen. Ingen av disse trekkene er imidlertid spesielt originale eller utypiske for sjangeren.

Den mest slående likheten er selve ”grooven” i låtene. En groove kan beskrives som det lydli-ge uttrykket som oppstår når man setter sammen de musikalske grunnelementene som driver musikken fremover (se figuren med notene over). Rytmikk, harmonikk, instrumentasjon og tempo er sentrale elementer i en ”groove”. Det er denne grooven som gjør at låtene kan oppfattes som så like. Av figuren fremgår det imidlertid også at det er sentrale forskjeller i grooven. For eksempel er den trykksterke (betonte) tonen i bassen på firerslagets OG (siste åttendedel i takten) i ”Got to Give it up”. Dette er en såkalt synkope (betoning utenfor slagene i takten). I ”Blurred Lines” er bassens betoning på slag 1 i hver takt. Groovene er likevel så like at man skal lytte aktivt analytisk for å oppdage dette. I musikkvitenskapelig analyse av så ”enkel” musikk, er det imidlertid en vesentlig forskjell.

Som en del av bevisføringen i ”Gaye v. Williams” tillater retten at en sakkyndig spiller av en mash-up av sangene som bevis for likhet. Altså tar man vokalen fra ”Got to give it up” (Gaye) og legger den oppå akkompagnementet (grooven) fra ”Blurred Lines”.¹³⁵ Dette vil jo forsterke inntrykket av at sangene ligner, men beviser ikke på noen måte musikkvitenskapelig likhet. Denne bevisførselen forsterker inntrykket av at det som egentlig bedømmes som krenkende her, er de lignende ”groovene”. Når retten så uttaler at “Our decision does not grant license to copyright a musical style or “groove””¹³⁶ fremstår det som et dårlig forsøk på å forsvare et prosessrettslig holdbart, men opphavsrettslig svakt begrunnet resultat.

NJA 2002 s. 178 “Oxdansen” viste at de forskjellene som fantes mellom verksdelene ikke var til hinder for krenkelse fordi helhetsinntrykket var så likt. Med denne begrunnelsen skulle man kunne forsvare resultatet i ”Williams v. Gaye”. Det er imidlertid en viktig forskjell mellom sakene. ”Om du vill bli min fru” og ”Tala om vart du ska resa” har vesentlige musikkvitenskapelige likheter. I det hele tatt er det mer som er likt ved verksdelene enn som er ulikt. ”Got to gove it up” og ”Blurred Lines” har tilnærmet ingen slike likheter. Ser man dette i

¹³⁴ Sangteknikk som brukes for å synge lyst og gjerne med en spesiell klang. Eksempelvis vokalen i Bee Gees ”Night Fever”

¹³⁵ ”Gaye v. Williams” s. 31-32

¹³⁶ Ibid. s. 56

sammenheng med Torvunds poeng om at man ikke kan verne banale musikalske elementer, ser man at resultatet i denne saken fremstår urimelig. Her har man nærmest gitt Gaye et sjangervern for ideen til en bestemt form for soulpop. Det er derfor lett å være enig med dissenterende dommer i ”Gaye v. Williams”.

4.5.3 Dissensen

“The majority allows the Gayes to accomplish what no one has before: copyright a musical style. “Blurred Lines” and “Got to Give It Up” are not objectively similar. They differ in melody, harmony, and rhythm. Yet by refusing to compare the two works, the majority establishes a dangerous precedent that strikes a devastating blow to future musicians and composers everywhere.”¹³⁷ Her illustrerer dissensen hvordan flertallet utvisker skillet mellom ide og uttrykk. Videre fremgår det at “The purpose of copyright law is to ensure a robust public domain of creative works.”¹³⁸ “An important limitation on copyright protection is that it covers only an author’s expression—as opposed to the idea underlying that expression.”¹³⁹ “Copyright “encourages others to build freely upon the ideas and information conveyed by a work”¹⁴⁰ ”¹⁴¹

Om krenkelsesvurderingen fremholder dissensen viktigheten av den musikkvitenskapelige analysen. Vurderingen “requires breaking the [copyrighted and allegedly infringing¹⁴²] works down into their constituent elements, and comparing those elements for proof of copying as measured by substantial similarity.”¹⁴³ Dommeren fremholder også viktigheten av originalitetskravet, og at generelle ideer og banale elementer ikke kan få beskyttelse.¹⁴⁴ Dette er i tråd med nordisk rett, jf. for eksempel Torvunds kritikk av ”Oister Oi”-avgjørelsen.

Dissensen inneholder videre en meget grundig drøftelse av de elementene som Gaye anfører at er like, og som enten alene eller sammen fører til krenkelse.¹⁴⁵ Her benytter man noter og musikkvitenskapelig terminologi for å bevise at de to sangene egentlig ikke er like i musikkvitenskapelig forstand. Deretter ender dissensen med å foreta den helhetlige sammenlikningen av de to verkene. Her benyttes de delene av ”Blurred Lines” som påstås å utgjøre en krenkel-

¹³⁷ ”Gaye v. Williams”s. 57

¹³⁸ Ibid. s. 59

¹³⁹ Ibid. s. 57

¹⁴⁰ Sitert i Gaye v. Williams fra avgjørelsen ”Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 556–57 (1985)”

¹⁴¹ ”Gaye v. Williams”s. 59-60

¹⁴² Ibid. s. 63

¹⁴³ The case of Swirsky v. Carey, 376 F.3d 841, 845 (9th Cir. 2004)

¹⁴⁴ ”Gaye v. Williams” s. 61

¹⁴⁵ Ibid. s. 66-79

se. Dissensen knytter også den rettslige helhetsvurderingen til de underliggende musikkvitenskapelige likhetene, slik det også ble gjort i ”Allelu”-dommen. I det hele tatt er det mye ved denne dissensen som harmonerer godt med de utgangspunktene som er trukket opp under analysen av de nordiske avgjørelsene. Resultatet ivaretar grunnleggende opphavsrettslige hensyn på en god måte. Den metodiske tilnærming er oversiktlig, og begrunnelsen grundig. Man opprettholder skillet mellom ide og uttrykk, og sørger for å ikke legitimere en opphavsrett som legger sterke bånd på fremtidig kreativ utfoldelse.

Denne oppgaven har tidligere vist viktigheten av å holde fast ved at krenkelsesvurderingen er en helhetsvurderingen. ”Gaye v. Williams” viser at det kanskje er enda viktigere å fremheve at musikkvitenskapelig analyse er et nødvendig verktøy i plagiatsaker. Å overlate krenkelsesvurderingen til så vidt skjønn som flertallet gjør i denne saken, gjør rettstilstanden meget usikker. Det vil være tilnærmet umulig å si noe om hva som rettslig sett utgjør et plagiat. I det hele tatt viser avgjørelsen at den nordiske tilnærmingen til krenkelsesvurderingen fungerer godt (dersom det brukes riktig, jf. motsetningsvis ”Oister Oi”). ”Gaye v. Williams” viser også viktigheten av verkshøydekravet, og at man ikke kan plagiere noe som ikke har verkshøyde. Analysen her er også på dette punktet i tråd med Torvunds kritikk av ”Oister Oi” og øvrig beskrevet praksis, og støttes av de tidligere nevnte reelle hensyn.

4.6 Oppsummering

Gjennomgangen av rettspraksis over har klarlagt den metodiske fremgangsmåten ved krenkelsesvurderingen for musikkverk. Den har også pekt på en del musikkvitenskapelige momenter som kan inngå i vurderingen. Det er viktig å gjenta at avgjørelsene som sådan ikke er uttrykk for gjeldende rett. De har liten eller ingen rettskildemessig vekt utover sin argumentasjonsverdi. Analysen har vist at mange enkeltstående argumenter og metodiske vurderinger i avgjørelsene støttes av grunnleggende opphavsrettslige hensyn og juridisk teori. Gjennomgangen bør sann sett ha gitt en viss oversikt over krenkelsesvurderingen og de problemstillinger som gjør seg gjeldende under den.

5 Noen ubehandlede spørsmål

5.1 Innledning

Det følgende kapittelet vil behandle enkelte spørsmål som ikke er behandlet i forbindelse med gjennomgangen av rettspraksis over.

5.2 Medium

Et ganske prinsipielt spørsmål som kan ha stor praktisk betydning, er hvilket medium som skal ligge til grunn for vurderingen. Det er på det rene at sammenlikningen i krenkelsesvurderingen kan foretas både med utgangspunkt i skrevne noter og i avspillinger av lyd. Det mest fornuftige vil ofte være å benytte seg av begge muligheter når man sammenlikner. Inntrykket av musikken kan være ulikt utfra om man hører den eller leser den. Ved motstrid bør det hør-bare uttrykket gå foran. Både fordi det er det flest mennesker forstår, og fordi noter ofte vil gi et ufullstendig bilde av musikken. Dette ser ut til å støttes av Rosenmeier.¹⁴⁶

5.3 Grensene for hva som er musikk

Det kan i noen tilfeller oppstå spørsmål om noe er musikk. Danske Morten Rosenmeier nevner som kanskje beste eksempelet på komponert ”musikk” der spørsmålet kommer på spissen. Komponisten John Cage sin frembringelse ”4.33” går ut på at en pianist setter seg ved pianoet og løfter hendene tre ganger i løpet av 4 minutter og 33 sekunder for å indikere satsene i musikken. Pianisten spiller ingenting. Rosenmeier støtter seg på vurderingen til KODA (TONOs danske søsterorganisasjon) og skriver at det ikke kan utelukkes at dette er et musikkverk som også har verkshøyde.¹⁴⁷ Etter min mening er det feil å kalle det organisert lyd. Lydene i ”verket” er ulike fra gang til gang, og helt avhengig av publikum, deres reaksjon og omgivelsene. Komponisten, og da i så fall opphaveren, har tilnærmet ingen kontroll over de lydmessige delene av ”verket”. Det vil gi mer mening å verne det på annet vis, for eksempel som et sceneverk jf. åvl. § 2 (2) c.

5.4 Hvor mye kan man ”stjele”?

Det er vanskelig – kanskje umulig – å si noe bestemt om hvor mye av et verk man kan låne før det foreligger en krenkelse. Det er ingen holdepunkter for å si man f. eks. kan stjele fire takter.¹⁴⁸ *De minimis non curat lex* – Retten bryr seg ikke med bagateller – er et prinsipp som setter en viss skranke for hva som kan medføre en krenkelse. Dette har også en side til åvl. § 30 om ”Tilfeldig eller underordnet medtakelse av et verk”. Det er først og fremst prosessrettslige hensyn som begrunner disse mekanismene. Det praktiske opphavsrettslig utslaget er at

¹⁴⁶ Rosenmeier (1996) s. 102

¹⁴⁷ Rosenmeier (1996) s. 42

¹⁴⁸ Jf. Rognstad (2019) s. 183

man i alle fall må kunne stjele *noe* uten at det medfører krenkelse. Ellers er det verdt å gjenta at man kun kan krenke det som har verkshøyde, og at terskelen for verkshøyde utgjør en høyst reell og praktisk terskel i plagiatvurderingen.

5.5 Hva kan man "stjele"?

Det er heller ikke lett å si noe helt sikkert om hva, det vil si hvilke musikalske elementer, man kan stjele. Men av analysen over kan man i alle fall slå fast en ting. Det er ingen musikalske elementer som er unntatt krenkelsesvurderingen. Det er ikke slik at man alltid vil kunne stjele et helt verks harmoniske progresjoner, rytmikk eller melodi. Men en tendens må man likevel kunne peke på. Det skal mindre til for at det foreligger et plagiat der melodier ligner enn der for eksempel rytmikk eller harmonikk ligner. Dette er for det første fordi det er lettere å høre at melodier ligner. For det andre har det sin begrunnelse i at det skal vesentlig mer til å få verkshøyde og vern for rytmiske strukturer og akkordprogresjoner (om det i det hele tatt er mulig), enn for melodier.

5.6 Sampling: "Pelham"

Jeg avgrenset innledningsvis mot å behandle spørsmål om sampling. Jeg velger likevel å knytte noen bemerkninger til en nyere avgjørelse, fordi vurderingene i saken har klare likhetstrekk med de temaene som er berørt ellers i fremstillingen. EU-domstolen avsa 29. juli i år en storkammeravgjørelse.¹⁴⁹ Domstolen slår fast at "Article 2(c) of Directive 2001/29/EC ..., must, in the light of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, be interpreted as meaning that the phonogram producer's exclusive right under that provision to reproduce and distribute his or her phonogram allows him to prevent another person from taking a sound sample, even if very short, of his or her phonogram for the purposes of including that sample in another phonogram, unless that sample is included in the phonogram in a modified form unrecognisable to the ear."¹⁵⁰

Rognstad antar, med støtte hos Rosenmeier, at spørsmål om sampling etter norsk rett må "avgjøres på grunnlag av verkshøydekravet alene".¹⁵¹ Sitatet fra avgjørelsen over tyder på at EU-retten går bort fra, eller er uenig i dette. Det retten i realiteten gjør, er å slå fast at sampling i utgangspunktet alltid er en krenkelse, i hvert fall av den eneretten til "reproduksjon" som plateprodusenter har etter opphavsrettsdirektivet art. 2 c. Det er tilsynelatende ikke avgjørende om det som er stjålet har verkshøyde. I stedet blir vurderingen mer lik den om fri bruk etter åvl. § 6 (2) og da grensen mellom plagiat og fri bruk. Riktig nok er nok unntaket "un-

¹⁴⁹ C-476/17 ("Pelham")

¹⁵⁰ Ibid. i selve slutningen.

¹⁵¹ Rognstad (2019) s. 123 med videre henvisninger. Dette synes også antatt i Rosenmeier (1996) s. 35-36, 74 og spesielt s. 97-98.

recognisable to the ear” en ganske annen vurdering enn vurderingen av om to verk er for like og om det dermed foreligger en krenkelse.

Det kan innvendes mot EU-domstolens konklusjon at det å fjerne seg fra verkshøydekravet på denne måten vil medføre en unødvendig innskrenkning i det kunstneriske handlingsrommet. Den løsningen som er skissert av Rognstad og Rosenmeier hvor verkshøydevurderingen er avgjørende, gjør handlingsrommet større. Men det finnes også argumenter til støtte for domstolens vurdering. Opphavsretten skal beskytte det opphaver har skapt. Få ting er mer bevise- lig opphavers kreasjon enn noe som er samplet. Man kan derfor argumentere med at løsningen her har støtte i det grunnleggende poenget med opphavsretten. Det er likevel ingen tvil om at det å tilkjenne opphaver en slik vetorett mot sampling begrenser den kunstneriske friheten. Så får spørsmålet om hun bør ha en slik rett til å nekte stå ubesvart.¹⁵² Spørsmål om sampling blir ikke behandlet i det videre.

¹⁵² Det kan være verdt å merke seg at domstolen åpner for at sampling likevel kan være greit selv om man ikke har endret samplet til noe ”unrecognisable to the ear”. De gjør dette ved å åpne for at sampling av korte snutter kan være innenfor unntaket for musikkstater (se 1.8.3): “In particular, where the creator of a new musical work uses a sound sample taken from a phonogram which is recognisable to the ear in that new work, the use of that sample may, depending on the facts of the case, amount to a ‘quotation’” (avsnitt 72). De konkluderer imidlertid ikke videre eller omtaler hva som eventuelt er terskelen for dette.

6 Avslutning

6.1 Oppsummering

Denne fremstillingen har gitt en oversikt over hvordan plagiatspørsmål kan løses, og bør løses, etter nordisk rett. Krenkelsesvurderingen er en helhetsvurdering av oppfattet likhet mellom det påstått krenkede åndsverket og den påstått krenkende frembringelsen. Til grunn for denne helhetsvurderingen ligger en sammenliknende musikkvitenskapelig analyse. I den analysen er det prinsipielt ingen begrensning med tanke på hvilke musikalske elementer som kan inngå. Målbare elementer som musikkens melodikk, tempo, tonehøyde, rytmikk og harmonikk kan inngå. Men også elementer som i noen tilfeller er målbare, men i andre tilfeller ikke, som instrumentering (ikke mulig å beskrive presist med det begrepsapparatet vi har i dag hvis det er snakk om enkelte dataproduerte instrumenter) kan ha betydning. Også elementer som per definisjon ikke lar seg angi presist, som musikkens karakter, klangfarge eller sound kan spille inn. Det vil imidlertid være gode grunner for å tillegge disse elementene noe mindre vekt enn de mer målbare. En særlig god grunn er hensynet til forutberegnelighet for fremtidige kunstnere.

I tillegg har oppgaven vist sammenhengen mellom kravet til verkshøyde, jf. åvl. § 2, og krenkelsesvurderingen. Det har vist seg at det kan bære galt avsted dersom man i søken etter å beskytte en opphaver konkluderer med at banale musikalske elementer har verkshøyde. Fremstillingen har også, både ved undersøkelser av rettspraksis og på selvstendig grunnlag, pekt på en del konkrete problemstillinger i møtet mellom juss og musikk.

6.2 Konkluderende bemerkninger

Det er vanskelig – kan hende umulig - å komme med noen helhetlig og utvetydig konklusjon angående terskelen for plagiat av musikkverk. Det vil heller ikke vil være fornuftig å søke en slik klar terskel. Ved å holde fast ved at krenkelsesvurderingen er en sammenliknende helhetsvurdering av de konkrete frembringelsene sikrer man at opphavsretten har mulighet til å henge med i tiden. Et system som hugger i sten at noe alltid eller aldri medfører en krenkelse, blir statisk og vanskelig å praktisere. Analysen har vist at ingen musikalske elementer i prinsippet er unntatt krenkelsesvurderingen. Det er heller ikke slik at likhet i et bestemt element (for eksempel melodi) alltid medfører krenkelse. Det er viktig å holde fast ved at man kun kan krenke noe som har verkshøyde, og at krenkelsesvurderingen forblir en helhetsvurdering basert på musikkvitenskapelig analyse.

Rettspraksis viser at plagiatvurderingene kan være krevende. Vurderingene krever forståelse for grunnleggende musikkvitenskap i tillegg til den konkrete jussen og juridisk metode. Ser man bort fra ”Oister Oi”-avgjørelsen fremstår imidlertid resultatet i den gjennomgatte praksis som forholdsvis rimelig. Det er mulig å pensle ut noen generelle trekk ved praksis i krenkesspørsmål. Analysen har også avdekket en del svakheter ved begrunnelsene i rettspraksis.

Domstolene kan med fordel begrunne *hvorfor* noe er ulovlig likt oftere enn de gjør. Iblant nøyer domstolene seg med å konstatere *at* det er likt.

Det er viktig ikke å legge listen for verkshøyde for lavt. Ei heller bør det konstateres krenkelser der det ikke finnes musikkvitenskapelig likhet. Unngår man dette, får man en opphavsrett som ivaretar opphaverens interesse i å få belønning for sin skapende innsats uten å begrense det kreative handlingsrommet for andre opphavere.

Det juridiske innholdet i krenkelsesvurderingen har nok ikke endret seg vesentlig i nyere tid. Men musikken som kunstform er i kontinuerlig utvikling. Ny teknologi og mer tilgjengelige måter å oppdage, lage og spre ny musikk på, gjør at opphavsretten er avhengig av å henge med i tiden. Det har den nok ikke klart på alle områder. I plagiatspørsmålet når det gjelder musikkverk, må imidlertid den nordiske modellen sies å fungere ganske godt. Særlig skyldes dette samspillet mellom kravet til verkshøyde, og en krenkelsesvurdering som gir rom for å vurdere alle konkrete elementer under en helhetsvurdering. Slik sikres en forholdsvis velfungerende balanse mellom opphavernes rettigheter på den ene siden, og hensynet til å bevare det kreative handlingsrommet på den andre siden.

Litteraturliste

Litteratur

- Gjestland, Truls *Lyd*, Store norske leksikon (2019)
<https://snl.no/lyd> Hentet 14.11.2019
- Gjestland, Truls *Tone*, Store norske leksikon (2018)
<https://snl.no/tone> Hentet 14.11.2019
- Knoph, Ragnar *Åndsretten*, Oslo: Nationaltrykkeriet, 1936
- Kobb, Christina *Melodi*, Store norske leksikon, (2018)
<https://snl.no/melodi> Hentet 14.11.2019
- Koktvedgaard , Mogens *Lærebog i Immaterialret.* 7. utgave ved Jens Schovsbo. København: Jurist- og økonomforbundets Forlag, 2005
- Levin, Marianne *Lärobok i immaterialrätt* 11. utgave. Stockholm: Wolters Kluwer, 2017
- Pila, Justine & Paul Torremans *European intellectual property law.* Oxford: Oxford University Press, 2016
- Randel, Don Michael *The New Harvard Dictionary of Music*, 366, s. 481–82, 1986
- Rognstad, Ole-Andreas *Opphavsrett (med bidrag fra Birger Stuevold Lassen)* 2. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2019
- Rosenmeier, Morten *Ophavsretlig beskyttelse af musikværker.* Ukjent sted/Danmark: Jurist- og økonomforbundets forlag, 1996
- Ruud, Even *Musikk*, Store norske leksikon (2019)
<https://snl.no/musikk> Hentet 31.10.2019

- Sundberg, Ove Kristian *Rytme – musikk*. Store norske leksikon (2018)
[https://snl.no/rytme - musikk](https://snl.no/rytme_-_musikk). Hentet 14.11.2019
- Torvund, Olav *Kan tre like toner utgjøre et åndsverk?* Nordiskt Immaterielt Rättsskydd 2016/3 s. 281-290, (2016)
- Torvund, Olav *Opphavsrett for begynnere 2. utgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019-11-25

Lover og forarbeider

- 1960 Lag 30. desember 1960 nr. 729 om opphavsrett till litterära och konstnärliga verk (Upphovsrättslagen) (Sverige)
- 1961 Lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk (åndverkloven 1961) (opphevet)
- 1992 Lov 27. november 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
- 2018 Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv. (åndverkloven)
- Prop. 104 L (2016-17) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndverkloven)

Rettspraksis

Norge

Rt. 1962 s. 964 (Wegners Sybord)

Rt. 1964 s. 782 (Jukeboks)

HR-2001-786

Rt. 2005 s. 41(Napster.no)

Rt. 2012 s. 1062 (Tripp Trapp)

Rt. 2013 s. 822 (Ambassadør)

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

LB-1997-3221 (Henning Kvitnes) (upublisert)

LB-2000-3184 (Motorpsycho) (upublisert)

LB-2001-866 (Allelu)

Oslo Namsrett sak nr. 00-2124 D (Allelu – forføynings sak)

Oslo byrett: Dom av 13. november 2001 (Allelu) (upublisert)

TBERG-2012-86032-1 (Røyksopp – foreldelse)

TBERG-2012-86032-2 (Røyksopp)

Sverige, Danmark og Tyskland

NJA 2002 s. 178 (Oxdansen) (Sverige)

NJA 2005 s. 905 (Alfons Åberg) (Sverige)

Østre Landsret U 98/525 (Danmark)

UfR 2014 s. 3437, U.2014.3428S (Oister Oi) (Danmark)

GRUR 2016 s. 1157 (Tyskland)

USA

The case of Northern Music Corp. v. King Record Distributing Co. et al, 105 F. supp. U.S.P.Q 512 (S.D.N.Y. 1952), CD 1951-51

The case of Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 556–57 (1985)

The case of Swirsky v. Carey, 376 F.3d 841, 845 (9th Cir. 2004)

The case of Williams et al v Gaye et al, 9th U.S. Circuit Court of Appeals, No. 15-56880 (9th cir. 2018)

EU

C-92/92 (Phil Collins)

C-201/13 (Deckmyn)

C-476-17 (Pelham)

Andre internasjonale rettskilder

TEUF	Traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde. Konsolideret udgave 2012 (2012/C 326/47).
DIR 2001/29/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet (Opphavsrettsdirektivet)
WCT	WIPO Copyright Treaty (1996)
Bernkonvensjonen	Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk (1948). Konsolidert utgave Paris 24. juli 1971). Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.
Verdenskonvensjonen om opphavsrett	Verdenskonvensjonen om opphavsrett 06-09-1952 Originaltittel: Universal copyright convention