

DANIEL ROSENTHAL PLON



OPHAVSRETLIG KRÆNKELSE AF MUSIK

Djøf Forlag

Musikplagiater

Daniel Rosenthal Plon

Musikplagiater

Ophavsretlig krænkelse af musik



Djøf Forlag
2023

Daniel Rosenthal Plon
Musikplagiater. Ophavsretlig krænkelse af musik

1. udgave, 1. oplag

© 2023 by Djøf Forlag

Bogen ligger som e-bog på www.ubva.dk.
Brug af e-bogs-udgaven sker på de vilkår, der fastsættes af UBVA.
Mekanisk, elektronisk eller anden gengivelse af eller kopiering fra den trykte udgave af bogen eller dele heraf er ifølge gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt uden forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copydan.

Omslag: Marianne Tingkov
Tryk: Ecograf, Brabrand

Printed in Denmark 2023

ISBN 978-87-574-5483-3
ebog ISBN 978-87-7198-969-4



*Bogen er udgivet med støtte fra
Udvalget til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA)
under Akademikerne og Løjes IP Advokatfirma.*

Djøf Forlag
Gothersgade 137
1123 København K

Telefon: 39 13 55 00
e-mail: forlag@djoeff.dk
www.djoeff-forlag.dk

Indholdsfortegnelse

Forord	7
Kapitel 1. Indledning	9
1.1. Præsentation af problemstillingen	9
1.2. Emneafgrænsning	10
1.3. Metode og retskilder	10
1.4. Plan for fremstillingen	12
Kapitel 2. Efterligning af musikværker	13
2.1. Terminologisk afgrænsning af musikbegreber	13
2.2. Musikværkets genstand	15
2.3. Originale musikværker	26
2.4. Originalitetsgradens betydning for krænkelsesvurderingen	43
2.5. Krænkelse af musikværker	44
2.5.1. #1 Lighedskriteriet	44
2.5.2. #2 Subjektivt kendskab	66
2.5.3. #3 Ingen idébeskyttelse	74
Kapitel 3. Særligt om sampling	77
3.1. Terminologisk afgrænsning	77
3.2. Fonogrambeskyttelsens subjekt og genstand	77
3.3. Grænsedragningen mellem fonogram og musikværk	78
3.4. Krænkelsesspørgsmålet	81
Kapitel 4. Konklusion	85

Indholdsfortegnelse

Forkortelser	89
Love m.m.	91
Litteraturliste	93
Domsregister	97
Stikordsregister	101

Forord

Denne afhandling er en revideret udgave af mit speciale om krænkelse af musikværker, som markerede afslutningen på mit jurastudium i juni 2021. Den er udgivet med økonomisk støtte fra UBVA og LØJE IP Advokatfirma. Afhandlingen henvender sig, i første række til jurister og andre læsere, som i forvejen har kendskab til ophavsret. Men det er min forhåbning, at afhandlingen også kan læses af andre med interesse for musikjura, herunder komponister, udøvende musikere og musikbranchefolk.

Afhandlingens tilblivelse og forlagsudgivelse er blevet til med hjælp fra flere aktører. Der skal derfor stiles en hjertelig tak til:

Morten Rosenmeier for vejledning ved afhandlingens affattelse, samt for hjælp og anbefaling til dens udgivelse, UBVA og LØJE IP Advokatfirma for økonomisk støtte til udgivelsen.

Jeg dedikerer afhandlingen til Fatuma Mohamud som en beskeden tak for enestående støtte og ubetinget kærlighed.

København, november 2022

Daniel Rosenthal Plon

KAPITEL 1

Indledning

1.1. Præsentation af problemstillingen

I 1975 skrev Weincke, at »[d]et er yderst sparsomt, hvad der i dansk ophavsretlig litteratur er skrevet om ophavsretten til musikværker.«¹ Det er mit indtryk, at musikken sidenhen har ført en sådan »Askepotttilværelse« i den juridiske litteraturs domæne til trods for, at Rosenmeier behandlede ophavsretten til musikværker ganske omfattende for mere end 25 år siden.² Samtidig er det samlede korpus af musikværker, navnlig fsva. populærmusikken, ekspanderet voldsomt. Bare på online-musikplatformen Spotify uploades i skrivende stund mere end 60.000 tracks om dagen.³ Endvidere har det de seneste årtier været almindeligt at integrere samples fra eksisterende fonogrammer i egne musikproduktioner og dermed bruge dele af andres musik til at skabe nye værker. Hiphopgenren er eksempelvis kendetegnet ved, at samples udgør en så væsentlig del af musikken, at man svært kan forestille sig hiphopmusik uden sampling.⁴ Til illustration kan nævnes sangeren James Brown, som ifølge www.whosampled.com i skrivende stund har fået samplet sin musik 14.866 gange.⁵ Der er således en praktisk virkelighed, der indikerer, at en behandling af ophavsretten til musik er mere end blot teoretisk relevant.

1. W. Weincke, »Bemærkninger om ophavsretten til musikværker« 1975 NIR 409.
2. Morten Rosenmeier, *Ophavsretlig beskyttelse af musikværker* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1996).
3. <https://www.musicbusinessworldwide.com/over-60000-tracks-are-now-uploaded-to-spotify-daily-thats-nearly-one-per-second/> <tilgået 5. maj 2021>.
4. Wayne M Cox, »Rhymin' and Stealin: The History of Sampling in the Hip-Hop and Dance Music World and How U.S. Copyright Law & Judicial Precedent Serves to Shackle Art« (2015) 14 Va Sports & Ent LJ 219, 220.
5. <https://www.whosampled.com/most-sampled-artists/> <tilgået den 4. februar 2021>.

Kapitel 1. Indledning

På den baggrund tager jeg imod Wienckes opfordring til en mere »dybtgående« undersøgelse af problemstillingen.

1.2. Emneafgrænsning

Bogen her behandler de ophavsretlige regler i forbindelse med krænkelse af musik herunder sampling i henhold til ophavsretslovens (OHL) § 2. Da dette værk også behandler ophavsret til samples, og da en lydfæstning nyder selvstændig producentbeskyttelse efter § 66, behandles problemstillingen også i relation til OHL § 66. Droit moral-rettigheder efter OHL § 3 behandles ikke, og heller ikke ophavsretlige indskrænkninger eller sanktioner. Ej heller behandles beskyttelsen af udøvende kunstnere, jf. OHL § 65.

1.3. Metode og retskilder

Problemstillingen behandles under anvendelse af den juridiske metode. Denne metode indebærer, at retsanvenderen fastlægger en prognose for gældende ret i relation til en given retslig problemstilling ud fra en analyse af lovgivning, forarbejder, retspraksis og øvrige retskilder. Gældende ret er i den forbindelse synonym med, hvorledes en myndighed med kompetence til at træffe retlige afgørelser må formodes at opfatte retsstillingen.⁶ Imidlertid indeholder bogen også elementer af retspolitisk argumentation, da retstilstandens hensigtsmæssighed tillige vurderes. Retspolitisk argumentation er ifølge Peter Blume tilladeligt inden for rammerne af den juridiske metode, idet metoden er en forudsætning for retspolitisk argumentation. Blume argumenterer således for, at retspolitisk argumentation kan rummes af, hvad han kalder juridisk metode med et »dynamisk islæt«.⁷

Endvidere anvendes i et vist omfang musikvidenskabelig argumentation og teori. At dette kan retfærdiggøres, skyldes, at et vist tværfagligt islæt er uundgåeligt, idet der er tale om en retlig normering af musik. I den forbindel-

6. Peter Blume, »Juridisk metode og argumentation« i Thomas Riis & Jan Trzaskowski (red.), *Skriftlig Jura – den juridiske fremstilling* (1. udgave, Ex Tuto Publishing 2013), 25.

7. Ibid., 43.

se henvises i et vist omfang til hjemmesiden Musikipedia.⁸ En brug af musikvidenskabelig argumentation støttes af Rosenmeiers gennemgang af sagkyndiges medvirken i ophavsretssager i U 2001B.102, hvoraf det kan udledes, at sagkyndige overvejelser har endog ganske væsentlig betydning i relation til den retlige vurdering af værk og krænkelse. Der kan endvidere henvises til Rosenmeier (n 2) på side 64 f. ved note 5 og side 80 f. ved note 51.

Som følge af dansk retspraksis' meget sparsomme bidrag til belysning af problemstillingen inddrages i vid udstrækning fremmed ret og litteratur. Navnlig inddrages amerikansk ret grundet dens ganske righoldige retspraksis i relation til krænkelse af musikværker. Selvom fremmed ret ikke har direkte retskildeværdi i Danmark, kan fremmed ret ifølge Ole Lando have betydning for fortolkningen af national lovgivning. Dette er tilfældet når fremmed ret er »beslægtet« med den danske lovgivning.⁹ I den forbindelse skal fremhæves den harmonisering af ophavsretten, som er sket gennem Danmarks internationale forpligtelser.¹⁰ Navnlig er der sket en harmonisering af visse minimumsstandarder igennem BKV, RKV, TRIPS, WCT og WPPT. Dertil kommer, at ophavsretten i EU er harmoniseret i betydeligt omfang.¹¹ EU-Domstolen har bl.a. i *Pelham*¹² fastslået, at retten til reproduktion efter infosoc-direktivets artikel 2 finder generel anvendelse og dermed er fuldt ud harmoniseret. På den baggrund har jeg vurderet, at det under skyldigt hensyn til forskelle på ophavsretten i de respektive lande er tilladeligt at henvise til fremmed ret og litteratur.

Kildehenvisninger til litteratur, udenlandske retskilder og EU-retskilder sker i henhold til OSCOLA.¹³ Valget af OSCOLA har sin baggrund i bogens brug af forskellige fremmedretlige kilder. Af hensyn til en konsekvent og in-

8. Siden er et digitalt læremiddel om musik udarbejdet og udgivet af cand.mag. i musikvidenskab Lasse Grubbe. <https://www.musikipedia.dk/om> <tilgået den 14. februar 2021>.
9. Ole Lando, »Fremmed ret i juridiske fremstillinger – hvorfor og hvordan?« i Thomas Riis & Jan Trzaskowski (red.), *Skriftlig Jura – den juridiske fremstilling* (1. udgave, Ex Tuto Publishing 2013) (n 6), 70 ff.
10. Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier & Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (6. udgave, Djøf Forlag 2021), 49 ff.
11. Richard Davis m.fl., *Tritton On Intellectual Property In Europe*, (5th ed. Sweet & Maxwell 2018), 631.
12. Sag C-476/17, *Pelham GmbH m.fl. mod Ralf Hütter og Florian Schneider-Esleben* ECLI:EU:C:2019:624, p. 85.
13. The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities (4th ed. Hart Publishers 2012). Kan downloades her: [oscola_4th_edn_hart_2012.pdf](https://www.ox.ac.uk/oxscola) (ox.ac.uk).

Kapitel 1. Indledning

ternationalt anerkendt henvisningsmetode er OSCOLA derfor velegnet. Givet at udenlandske retskilder inddrages, vil eventuelle citater af engelsksprogede retskilder og litteratur, af hensyn til kildens autencitet, ikke blive oversat til dansk i tillid til, at læseren forstår engelsk.

1.4. Plan for fremstillingen

Bogen behandler som anført de ophavsretlige regler i forbindelse med krænkelse af musik. Det er derfor afgørende, at der består en rettighed. Her følges således en struktur, hvor først kriterierne for rettighedens eksistens analyseres, dernæst analyseres kriterierne for, at efterligninger kan udgøre en krænkelse. I kap. 2 analyseres de ophavsretlige regler i forbindelse med efterligning af musikværker. I kap. 3 analyseres de ophavsretlige regler i forbindelse med musiksampling i henhold til reglerne om fonogrambeskyttelse. Endelig drager jeg i kap. 4 baseret på de foregående kapitlers analyse konklusionen om musikefterligningers ophavsretlige stilling i Danmark.

Efterligning af musikværker

2.1. Terminologisk afgrænsning af musikbegreber

Som det vil fremgå nedenfor, består musikværker af en række musikanalytiske bestanddele. Musikanalyse i denne sammenhæng er en musikvidenskabelig analyse af musikkens elementer og virkemidler.¹ I retssager vedrørende krænkelse af musikværker bruges ofte musikologer som skønspersoner. Musikologer bruger netop musikanalyse som metode til at dissekere musikkens bestanddele.²

Musik består traditionelt af 4 hovedbestanddele: *melodi*, *harmoni*, *rytme* og *sound*. Hver inddeles yderligere i en række elementer.³ Det ligger uden for rammerne af denne bog at redegøre for alle underbegreberne foruden dem, som specifikt er fremhævet nærværende afhandling. **Melodi** kan defineres som en kombination af **toner** ofte knyttet til sangteksten eller hovedtemaet i en komposition. Hvorvidt der er tale om en tone, afhænger af, om en lydbølges svingninger er tilstrækkeligt ensartede og følger hurtigt efterhinanden samt har en klangfarve, som afgør hvordan tonen lyder.⁴ For det meste kan en tone genkendes når den høres. Dog findes der grænsetilfælde som eksempelvis trommebækkener, da anslag på bækkener normalt er toner, fordi lydbølgenes svingninger ikke er tilstrækkeligt ensartede. **Harmoni** er synonym med *akkord* – dvs. samklange af toner.⁵ **Rytme** defineres som lyd, der genta-

1. www.musikipedia.dk/analyse <tilgået den 17. februar 2021>.
2. Michael Mopas and Amelia Curran, »Translating the Sound of Music: Forensic Musicology and Visual Evidence in Music Copyright Infringement Cases« (2016) 31 Can JL & Soc 25.
3. John D. White, *Comprehensive Musical Analysis* (Scarecrow Press 1994), 14 ff.
4. www.musikipedia.dk/leksikon/toner <tilgået den 24. november 2021>.
5. www.musikipedia.dk/sangens-melodi-og-akkorder <tilgået den 17. februar 2021>.

ger sig i et specifikt mønster over tid.⁶ Rosenmeier anfører, at der findes mange definitioner af begrebet *rytme*,⁷ men musikvidenskabeligt er der belæg for, at ovenstående definition er udbredt.⁸ **Sound** er musikkens klang, som den opleves af lytteren både som helhed og de enkelte dele.⁹ Musikkens **hook** er noget ved kompositionen, som lytteren let genkender.¹⁰ **Tonehøjde** er en tones frekvens målt i herz, dvs. hvor høj eller lav tonefrekvensen er.¹¹ **Taktart** består af en afgrænset enhed af **taktslag** (også kaldet pulsslag).¹² *4/4-taktarten* – dvs. 4 **taktslag** per takt – benyttes i omkring 90 % af alle musikstykker inden for stort set alle musikgenrer i moderne vestlig musik.¹³ **Tempo** er et udtryk for hastigheden af et givent musikstykke.¹⁴ **Frasering** er måden, hvorpå en melodi fremføres, herunder variationer i tempo og volumen mv.¹⁵ Musikkens **form** er sammensætningen af musikkens forskellige **formled**, herunder intro, vers, omkvæd, bro mv., der tilsammen udgør en **formtype**. Den mest almindelige **formtype** er den såkaldte **popform**, som er en vekslen mellem vers (A) og omkvæd (B), der kan udvides med et kontrastykke (C). Popformen kan således illustreres ved ABABCBB.¹⁶ **Klangfarve** er udtryk for, at de samme toner med samme tonehøjde kan lyde forskelligt, eksempelvis et klaver og en guitar.¹⁷ Nogle vil måske sætte spørgsmålstegn ved forskellen på begrebet klangfarve og begrebet sound. Den afgørende forskel er, at klangfarven beskriver de enkelte instrumenters specifikke lyd eller kendetegn, hvorimod musikkens sound beskriver musikkens distinktivitet i bredere forstand. Ofte beskriver musikkens sound den særlige musikstil, som er karakteristisk for en person, et band eller et sågar et område – eksempelvis Nashville sound eller dirty south. **Konsonans** er en samklang af toner, der klinger rent. **Dissonans** er en samklang af toner, der klinger urent.¹⁸ **Betoning** er, når der

6. www.musikipedia.dk/leksikon/rytme <tilgået den 17. februar 2021>.

7. Rosenmeier (n 2), 32.

8. White (n 16), 23.

9. www.musikipedia.dk/leksikon/sound <tilgået den 17. februar 2021>.

10. www.musikipedia.dk/stikord-til-musikanalyse <tilgået den 17. februar 2021>.

11. www.musikipedia.dk/leksikon/tonhoejde <tilgået den 17. februar 2021>.

12. www.musikipedia.dk/takt-og-underdeling <tilgået den 17. februar 2021>.

13. www.musikipedia.dk/taktart-og-rytmer#2 <tilgået den 17. februar 2021>.

14. www.musikipedia.dk/leksikon/tempo <tilgået den 17. februar 2021>.

15. www.musikipedia.dk/leksikon/frasering <tilgået den 17. februar 2021>.

16. www.musikipedia.dk/formanalyse <tilgået den 17. februar 2021>.

17. www.musikipedia.dk/overtoner#4 <tilgået den 17. februar 2021>.

18. www.musikipedia.dk/konsonans-og-dissonans <tilgået den 17. februar 2021>.

lægges ekstra tryk på et toneanslag.¹⁹ Endelig, som det også vil fremgå nedenfor, står den traditionelle forståelse af musik i kontrast til begrebet *noise*, der, som udtrykket angiver, er »sounds that are impure and irregular, neither tones nor rhythm«.²⁰

2.2. Musikværkets genstand

Musikværker er præceptivt beskyttet i henhold til BKV, art. 2, stk. 1, hvilket fordrer, at medlemmer af konventionen har et vist niveau af beskyttelse, og at de skal beskytte musikværker, der er fremstillet af borgere fra andre medlemslande. Dermed er langt de fleste lande i verden pålagt at beskytte musikværker. Imidlertid angiver BKV, såvel som de andre konventioner anført ovenfor under 1.4, ingen legaldefinition af et musikværk.

Det samme gør sig gældende under infosoc-direktivet. OHL er også tavs, idet § 1 blot nævner »musikværk«. Tilsvarende angiver den tyske Urheberrechtsgesetz af 9. september 1965 (BGBl. I S. 1273) § 2, stk. 1, nr. 2, »Werke der Musik«. Den schweiziske CopA (Federal Act on Copyright and Related Rights of 9 October 1992 (officiel engelsk udgave)) artikel 2, stk. 2, litra b, anfører »musical works and other acoustic works«. Den engelske CDPA, s. 3, stk. 1, anfører dog, at et musikværk »means a work consisting of music exclusive of any words or action intended to be sung, spoken or performed with the music«. Omvendt angiver den franske Code de la propriété intellectuelle (engelsk udgave af 15. september 2003), art. L113-7, nr. 4, at et værk kan bestå af »musical compositions, with or without words, specially composed for the work«. På samme vis fremgår »musical works, including any accompanying words« af den amerikanske Copyright Act af 1976, § 102, litra a, nr. 2. Samme formulering findes i den nederlandske Auteurswet art. 10, stk. 1, nr. 5: »muziekwerken met of zonder woorden« (musikværker med eller uden ord). Ligesom i fransk, amerikansk og nederlandsk ophavsret sondres der i Danmark ikke mellem komposition og tekst, så længe der er tale om en kombination musik og ord.²¹ Det nærmeste man kommer en legaldefinition i lande med veludviklede ophavsretslove, var den første australske Copyright Act No. 25 af 1905, § 4, der definerede et musikværk som »any com-

19. www.musikipedia.dk/betoning <tilgået den 17. februar 2021>.

20. Torben Sangild, *The Aesthetics of Noise* (DATANOM 2002), 3.

21. Torben Lund, *Ophavsret* (G.E.C. Gads Forlag 1961), 59.

bination of melody and harmony, or either of them», men denne definition er udeladt i den gældende lov,²² der blot referer til »musical works« uden yderligere definition. Det kan således konstateres, at et repræsentativt udsnit af ophavsretslove og konventioner ikke tilbyder nogen vejledning i relation til, hvorledes et musikværk retligt skal defineres.

Ifølge J.A.L. Sterling findes der ingen internationalt anerkendt definition af et musikværk, men forfatteren anfører, at kombinationer af toner, rytmer og harmonier kan henføres til musikværket.²³ Ifølge Desbois er det i fransk ret også den klassiske opfattelse, at de beskyttelsesværdige elementer består af melodi, harmoni og rytme.²⁴ På lignende måde omtaler Grundtvig musikværket som »Ordningen af de enkelte musikalske Toner efter Melodiens, Rytmiens og Harmoniens Regler«. ²⁵ På tilsvarende vis hævder Karnell, at et musikværk består af tre grundelementer; melodi, rytme og harmoni, og at alle tre elementer skal være til stede, for at der kan være tale om et værk. Imidlertid mener forfatteren øjensynligt også, at rytme og harmoni er en naturlig følge af melodien.²⁶ Lund er kritisk over for Grundtvigs definition af musikværket og betegner den som »overflødig«, ²⁷ og en ældre betænkning fra den svenske Auktoritetskommission hævder tilsvarende, at begrebet musikværk ikke behøver yderligere fortolkning.²⁸ I overensstemmelse hermed er forarbejderne til den gældende amerikanske ophavsretslov, hvor det anføres, at en definition af begrebet musikværk ikke behøver yderligere forklaring.²⁹

At en definition af et musikværk skulle være overflødig eller åbenbar, virker ikke overbevisende. Så længe musik er underlagt ophavsretlig beskyttelse, kan en juridisk definition næppe være overflødig, idet man nødvendigvis må definere et musikværk retligt for at afgrænse, hvad der er beskyttet. Til støtte for dette synspunkt kan henvises til Ricketson og Ginsburg, som hævder, at fraværet af en legaldefinition af musikværket i international såvel som national ophavsret ikke har sin baggrund i, at musikværket er selvforklarende

22. Copyright Act 1968 No. 63, 1968, Part III.

23. J.A.L. Sterling, *Sterling On World Copyright Law* (Trevor Cook (ed.) 5. udgave, Sweet & Maxwell 2018), §§ 6.64-6.66.

24. Henri Desbois, *Le droit d'auteur en France* (Dalloz 1978), 136 f.

25. L.A. Grundtvig, *Kort Fremstilling af Forfatterretten* (2. udgave, J.H. Schultz Forlagsboghandel 1918), 71.

26. Gunnar Karnell, »Om rättsligt skydd för melodier« (1957) NIR 159, 161.

27. Lund (n 43), 60.

28. Statens offentliga utredningar 1956:25, 71.

29. H.R. REP. NO. 94-1476 (1976), 53.

eller åbenbar, men derimod skal ses i lyset af moderne musiks kompleksitet, hvorfor lovgiverne ifølge forfatterne har undgået at lægge sig fast på en præcis definition og i stedet overladt spørgsmålet til domstolene, der således har en passende skønsmargin til at definere et musikværk i overensstemmelse med den kulturelle og sociale udvikling.³⁰

Amerikanske domstole har imidlertid beskæftiget sig med begrebet musikværk. Ifølge ældre amerikansk retspraksis er melodien den afgørende faktor, og andre elementer i en komposition kan højst udgøre et supplement til kvalificeringen af et musikværk.³¹ Til illustration kan nævnes en jævnligt citeret dom, *Northern Music v. King Record*,³² hvor musikværkets afgrænsning til primært melodi begrundes med, at det er kombinationen af toner, som udgør »the fingerprints of the composition«. ³³ Denne definition er således tilsvarende J.A.L. Sterling, Grundtvig og Karnells betragtninger med den modifikation, at harmoni og rytme blot er accessoriske. En sådan definition af musikværket er muligvis anvendelig i nogle sammenhænge, men ikke overbevisende af en række årsager.

For det første er det i lyset af nyere amerikansk retspraksis tvivlsomt om et princip, hvorefter kun melodien beskyttes, kan opretholdes. I *Tempo Music v. Famous Music*³⁴ i en tvist mellem arvingerne til to af historiens store jazzkomponister, Duke Ellington og Billy Strayhorn, var spørgsmålet, om en akkords sammensætning i sig selv var ophavsretligt beskyttet. Akkords sammensætningen blev tilføjet af Strayhorn i en bearbejdelse af »Satin Doll« af Ellington. Ellington-arvingerne gjorde med henvisning til »centuries-old compositional rules« gældende, at harmonier ikke kan beskyttes ophavsretligt, men at kun melodien kan beskyttes, idet harmonier er udtryk for »common musical vocabulary«. Hertil fastslog retten, at fsva. den retlige kvalificering af et musikværk er harmonier ikke udelukket fra beskyttelse *per se*, idet udvælgelsen af akkorder kan være tilstrækkelig kreativ.³⁵ Selvom retten således

30. Sam Ricketson & Jane Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond Volume I* (2nd ed. OUP 2005), § 8.30.

31. Charles Cronin, »Concepts of Melodic Similarity in Music-Copyright Infringement Suits« i Walter B. Hewlett & Eleanor Selfridge-Field (red.), *Melodic Similarity: Concepts, Procedures, and Applications* (MIT Press 1998), 188.

32. 105 F. Supp. 393 (S.D.N.Y. 1952). Se endvidere; *Jollie v. Jaques*, 1 Blatchf. 618 (S.D.N.Y. 1850), 913.

33. *Ibid.*, 400.

34. 838 F.Supp. 162 (S.D.N.Y. 1993)..

35. *Ibid.*, 168.

anerkendte harmonier som beskyttelsesværdige, synes retten ud fra en snæver fortolkning imidlertid at betragte harmonibeskyttelse som en begrænset mulighed, hvor melodien generelt gives en bredere beskyttelse. Ikke desto mindre anerkendtes harmonier som beskyttelsesværdige under forudsætning af, at de ikke er en mekanisk følge af melodien. Ud fra en bredere fortolkning af præmissen kan anføres, at retten lagde vægt på, hvorvidt det var muligt for komponisten at udøve kreativitet.³⁶ Retten indikerede således et princip, hvorefter sondringen mellem melodi og harmoni ikke i sig selv er afgørende for kvalificeringen af et musikværk, men at kreativitet generelt nemmere er mulig i relation til melodi. Den sidste fortolkning forekommer mest overbevisende.

I *Three Boys Music v. Bolton*³⁷ var spørgsmålet om sangen »Love Is a Wonderful Thing« fra 1991 af Michael Bolton udgjorde en krænkelse af The Isley Brothers' sang af samme titel fra 1966. I den forbindelse udtalte retten, at musikelementer, som i sig selv ikke er beskyttelsesværdige, alligevel kan beskyttes i kombination med hinanden herunder kombinationen af rytmen, instrumentale figurer samt det strukturelle forhold mellem vers og omkvæd.³⁸ Dels fastslog retten således, at førnævnte musikelementer ikke i sig selv er beskyttelsesværdige, og dels formulerede den en art kombinationsprincip, hvorefter sådanne elementer alligevel kan være det. I *Swirsky v. Carey*³⁹ blev 'kombinationsprincippet' udbygget. Sagen omhandlede, hvorvidt sangerinden Mariah Careys sang »Thank God I Found You« udgjorde en krænkelse af sangen »One of Those Love Songs« skrevet af Seth Swirsky og Warryn Campbell. Retten udtalte i den forbindelse, at musikværker ud fra en objektiv betragtning ikke kan reduceres til at bestå af en håndfuld bestemte elementer, men består af en lang række elementer, som i kombination kan være beskyttelsesværdige. Retten gennemgik herefter en række domme i relation til ophavsretlige krænkelse af musikværker og opsummerede på den baggrund følgende musikelementer: melodi, harmoni, rytme, tonehøjde, tempo, frase-ring, struktur, akkordsammensætning, melodisk kurve og klangfarve. Endvi-

36. Kreativitet defineres i almindelighed som evnen til at skabe noget nyt. www.denstoredanske.lex.dk/kreativitet <tilgået den 25. februar 2021>. Se tilsvarende www.dictionary.cambridge.org/dictionary/english/creativity <tilgået den 25. februar 2021>.

37. 212 F.3d 477 (9th Cir. 2000).

38. Ibid., 485.

39. 376 F.3d 841 (9th Cir. 2004).

dere henviste retten til Brents betragtninger, som peger på at kompositioner består af meget mere end blot melodi, harmoni og rytme, hvorefter forfatteren, udover ovennævnte elementer, også nævner konsonans, dissonans, betoning, sammenspillet mellem instrumenter, basgange og nye teknologiske lyde.⁴⁰ Retten konkluderede herefter: »There is no one magical combination of these factors«. ⁴¹ Fælles for *Three Boys Music v. Bolton* og *Swirsky v. Carey* er, at nogle elementer i sig selv anses for beskyttelsesværdige, mens andre elementer ikke anses for beskyttelsesværdige, medmindre de kombineres. Dommene synes således indirekte at anerkende melodien som kompositionens særkende. Det står dog også klart, at et musikværk ikke begrænses til melodien, men kan tillige omfatte andre bestanddele, og idet retten i *Swirsky v. Carey* henviste til Brent, som udtrykkeligt kritiserer amerikansk retspraksis' snævre fortolkning af et musikværk,⁴² kan dette formentlig tages som udtryk for, at retten ønskede at gøre op med en sådan fortolkning. Retten fastslog således, at de enkelte mulige elementer af et musikværk skal forblive et åbent spørgsmål, idet retten udtalte at »In analyzing musical compositions (...) we have never announced a uniform set of factors to be used. We will not do so now«. ⁴³ Dog er særligt kategorien *teknologiske lyde* uklar. Retten uddybede ikke dette begreb, men henviste i stedet til Brent, som anfører, at »new technological sounds are sample elements of a musical composition«. ⁴⁴ Denne definition fremstår, omend lidt mere præcis, stadig uklar.

I *Williams v. Gaye*⁴⁵ udgjorde Robyn Thicke og Pharrel Williams' mega-hit fra 2013 »Blurred Lines« en krænkelse af Marvin Gayes' Motown hit fra 1977 »Got to Give It Up«. I appelsagen gjorde Thicke og Williams gældende, at retten i 1. instans havde fejlet, idet den tillod andre elementer end melodier såsom basgange, vokalharmonier og keyboardharmonier at indgå i krænkelsesvurderingen. Dette fik de ikke medhold i. Endvidere lagde appelretten vægt på objektive ligheder mellem sangenes signaturfraser, hooks, basmelodier, tonemaleri, placeringen af rap- og parlando og strukturelle ligheder.⁴⁶

40. Debra Presti Brent, »The Successful Musical Copyright Infringement Suit: The Impossible Dream« (1991) 7 U. Miami Ent. & Sports L. Rev. 229, 248 f.

41. *Swirsky v. Carey*, 849.

42. Brent (n 53), 249.

43. *Swirsky v. Carey*, 849.

44. Brent (n 53), 249.

45. 885 F.3d 1106 (9th Cir. 2018).

46. *Ibid.*, 1125 ff.

Imidlertid havde retten i 1. instans⁴⁷ udeladt andre elementer fra krænkellesvurderingen, som den ikke anså for beskyttelsesværdige, nærmere bestemt brugen af koklokker og andet percussion, trommer, samt visse baggrundsvokaler og keyboarddele. Denne del af vurderingen blev ligeledes tiltrådt af appelretten.⁴⁸ Frasorteringen af disse bestanddele står dermed i kontrast til det forhold, at appelretten citerede og tiltrådte præmisserne fra *Three Boys Music v. Bolton* og *Swirsky v. Carey*, hvorefter musikværker ikke kan reduceres til bestemte bestanddele.⁴⁹ På dette punkt fremstår *Williams v. Gaye* tvetydig, idet dommen principielt fremstår konsistent med den linje, som blev lagt i *Three Boys Music v. Bolton* og *Swirsky v. Carey*, men på den anden side ikke følger princippet til dørs i relation til sagens faktum. Dog står det relativt klart, at tidligere amerikansk retspraksis, hvorefter musikværket reduceres til melodi og tekst, ikke kan opretholdes. Det nærmeste amerikanske domstole således kommer en juridisk definition af musik er formentlig i *Swirsky v. Carey*, hvor appelretten fastslog, at »music is comprised of a large array of elements, some combination of which is protectable by copyright.«⁵⁰ Fra nyere praksis kan i øvrigt henvises til *New Old Music v. Gottwald*,⁵¹ hvor et trommestykke var et musikværk; *BMS v. Bridges*,⁵² hvor en vokalstruktur kombineret med en trommerytme også kunne kvalificeres som et musikværk; og *ZZ Top v. Chrysler*,⁵³ hvor et guitarriff udgjorde et musikværk. Dog var de tre sidstnævnte domme alle fra 1. instans, og deres præjudikatsværdi er ifølge Fishman tvivlsom.⁵⁴ Ikke desto mindre må det i lyset af den gennemgåede retspraksis antages, at et musikværk defineres bredt i amerikansk ret, hvor beskyttelsesværdigheden, som Brent peger på, afhænger af, hvorledes lyd bliver struktureret, og ikke hvorledes den begrebsmæssigt rubriceres.⁵⁵

At definitionen af et musikværk skal undergives en generøs og bred fortolkning, har imidlertid længe været fastlagt i engelsk retspraksis. Et tidligt eksempel ses i en dom fra 1923 i *Austin v. Columbia*,⁵⁶ hvor den engelske

47. *Williams v. Bridgeport Music*, 2015 WL 4479500.

48. *Williams v. Gaye*, 1117, 1121 f.

49. *Ibid.*, 1120.

50. *Swirsky v. Carey*, 849.

51. 122 F.Supp.3d 78 (S.D.N.Y. 2015), 83 ff.

52. No. 04 Civ. 2584, 2005 WL 1593013 (S.D.N.Y.), 3-5.

53. 54 F.Supp.2d 983 (W.D. Washington 1999), 985.

54. Joseph P. Fishman, »Music as a Matter of Law« (2018) 131 Harv L Rev 1861, 1869.

55. Brent (n 53), 249.

56. [1917-23] MacG CC 398, 408.

High Court of Justice skulle tage stilling til om komponisten Frederic Austins arrangement af operaen »Polly« fra 1729, komponeret af Johann Christoph Pepusch, nød selvstændig ophavsretlig beskyttelse. I den forbindelse havde den sagkyndige vurderet, at ophavsret til musik burde begrænses til melodien med den begrundelse, at et sådant princip i det mindste udgjorde en klar og anvendelig regel for både komponister og jurister.⁵⁷ Et sådant princip afviste lord justice Astbury og udtalte, at ophavsret til musik kan bestå af en kombination af idéer, metoder og elementer udtrykt i et nyt og originalt værk.⁵⁸ 80 år senere pådømte Court of Appeal i en lignende sag i *Sawkins v. Hyperion Records*.⁵⁹ Denne gang under den nye ophavsretslovgivning i CDPA. Tvisten omhandlede bl.a., hvorvidt komponisten Lionel Sawkins' arrangementer af barokkomponisten Michel-Richard de Lalandes værker fra slutningen af 1600-tallet nød ophavsretlig beskyttelse. I den forbindelse foretog lord justice Mummery en grundig analyse af begrebet et musikværk, idet sagsøgte havde gjort gældende, at Sawkins' omarrangering samt en ny basfigur ikke kunne beskyttes. Mummery afviste sagsøgtes argument og tiltrådte lord justice Patens begrundelse fra 1. instans, der havde citeret *Austin v. Columbia* og udtalt, at melodien udgør en central del af et musikværk, men ikke er den eneste afgørende faktor.⁶⁰ Mummery udbyggede denne præmis og udtalte følgende:

In the absence of a special statutory definition of music, ordinary usage assists: as indicated in the dictionaries, the essence of music is combining sounds for listening to. Music is not the same as mere noise. The sound of music is intended to produce effects of some kind on the listener's emotions and intellect.⁶¹

Første punktum er relativt klart. Musik er en kombination af lyde med det formål at blive lyttet til. Men herefter ekskluderes »noise«, uden at det forklares, hvorledes begrebet skal afgrænses i forhold til anden lyd. Det må formentlig antages, at der generelt menes urene lyde således som anført ovenfor under 2.1, men nogen præcis afgrænsning af mislyd over for lyd kan ikke udledes. Mummerys eksklusion af noise fra musikværkets genstand blev imidlertid ikke underbygget, og synspunktet møder kritik i moderne musikteori,

57. Ibid., 406-407.

58. Ibid., 408.

59. [2005] 1 W.L.R. 3281.

60. Ibid., 3289 ff.

61. Ibid., 3293.

herunder fra Gracyk og Frith.⁶² Gracyk henviser til legendariske rockudgivelser, hvor noise har udgjort en central del kompositionen, herunder Grateful Deads album »Live Dead« fra 1970, som indeholder 9 minutters improvisation med feedback,⁶³ og Lou Reeds »Metal Machine Music« fra 1975, som består af 60 minutters tilfældige feedback-lyde. Endvidere henviste Mummery til, at der skal være tale om lyde, der har til formål at have en indvirkning på lytterens følelser og intellekt. Et sådant subjektivt kriterium fremstår ikke særlig klart og anvendeligt i praksis endsige velbegrundet, idet CDPA § 3, stk. 1, citeret ovenfor, ikke understøtter, at komponistens subjektive hensigt har nogen betydning for kvalificeringen af et musikværk. Det præciseres heller ikke, hvordan komponistens hensigt vurderes, og hvorfor komponistens hensigt i det hele taget er afgørende. Vil det sige, at en komposition, som frembringes uden intention om at have indvirkning på lytteren, ikke kan karakteriseres som et musikværk? Dette kan næppe have været hensigten med udtalelsen. Muligvis er der blot tale om en uhensigtsmæssig formulering, idet Mummery også tiltrådte Pattens analyse i 1. instans,⁶⁴ hvor dommeren bl.a. citerede Laddie, Prescott & Vitoria,⁶⁵ som anfører, at musikværket kan defineres som »a combination of sounds to be appreciated by the ear for reasons other than linguistic content.« Det kan således tænkes, at Mummery blot ville understrege, at musikværket skal afgrænses fra andre rettighedstyper herunder litterære værker eksempelvis i form af en lydbog eller et podcast mv.

Bently sammenholder moderne musikteori med dommen og anfører, at hvis et musikværk, således som hævdet i moderne musikteori, kan bestå af alt hørbart, virker det upraktisk med en kategorisk opdeling af værkstyper i hhv. litterært værk, musikværk, udøvet musik og lydindspilninger. Imidlertid antager Bently, at en sådan sondring er nødvendig, idet navnlig udøvet musik og lydindspilninger har andre rettigheder tilknyttet og kan have andre retssubjekter end komponisten – det vil sige udøvende musikere og musikproducenter. Forfatteren synes således at tiltræde synspunktet om, at der må være grænser for, hvilke auditive elementer som kan udgøre et musikværk. Dog

62. Theodore Gracyk, *Rhythm and Noise: An Aesthetics of Rock* (Duke University Press 1996), 99 ff.; Simon Frith, *Performing rites: evaluating popular music* (OUP 1996), 100.

63. En form for hyletone, som opstår, når et lydsignal mellem instrument/mikrofon og forstærker forstærkes igen og igen.

64. *Sawkins v. Hyperion Records*, p. 52.

65. *The Modern Law of Copyright* (3rd ed. Butterworths 2000), § 3.48.

antager Bently også, at dommen fastsætter et princip om, at genstanden for et musikværk skal undergives en bred og fleksibel fortolkning. Han anfører, at Mummery, trods diskrepans i relation til spørgsmålet om noise som element i et musikværk, i vid udstrækning tilnærmer sig moderne musikteoris definition af musik.⁶⁶ Bentlys betragtninger synes at understøtte, at *Sawkins v. Hyperion* på den ene side fastsætter en bred definition af musikværkets genstand, som rækker langt videre end blot melodi, harmoni og rytme, idet enhver lyd, som ikke karakteriseres som noise i princippet kan udgøre en del af et musikværk. På den anden side forsøgte Mummery formentlig at understrege, at musik, trods sin ontologisk ustabile natur, i relation til ophavsretlige spørgsmål skal kunne skelnes fra andre ophavsretlige fænomener.

Uanset baggrunden for Mummerys præmis om musikværkets form og indhold er det til forskel fra engelsk ret tvivlsomt, om der gælder et princip, hvorefter noise ikke kan udgøre et element i et musikværk *per se*. Fra australsk retspraksis kan henvises til *Schott Musik v. Colossal Records*,⁶⁷ hvor forbundsdomstolen skulle tage stilling til, om det berømte omkvæd »O Fortuna« fra komponisten Carl Orffs værk fra 1936 »Carmina Burana« var krænkert, idet techno-gruppen F.C.B. havde samplet omkvædet. Dommer Hill tog i den forbindelse stilling til begrebet musikværk. Han citerede hertil Sam Ricketson,⁶⁸ hvor musik defineres som »a combination of sounds and noises organised in different ways as to such elements as pitch, volume, quality, duration and rhythm.« Denne definition er således endnu bredere end i *Sawkins v. Hyperion*, da der ikke skelnes mellem lyd og noise i relation til kvalificeringen af et musikværk, og subjektive kriterier synes irrelevante.

Endvidere må det formodes, som anført ovenfor under 1.3, at danske domstole vil tillægge sagkyndige vurderinger betydelig vægt, og som anført ovenfor peger samtidens musikologer på, at noise ofte udgør en central del af populærmusik. Til yderligere understøttelse af et sådant argument, kan anføres, at der længe har eksisteret musikgenrer, som beskæftiger sig med at udfordre forståelsen af musik. Til illustration kan nævnes genren musique concrete opfundet af komponisten Pierre Schaeffer, som bl.a. udgav »Étude aux chemins de fer« i 1948, der udelukkende bestod af lyde fra tog, som han havde optaget

66. Lionel Bently, »Authorship of Popular Music in UK Copyright Law« (2009) 12:2 Information, Communication & Society 179, 184 f.

67. [1997] FCA 531.

68. *The Law of Intellectual Property* (Law Book Co, 1984), § 5.71.

og modificeret.⁶⁹ Værket er sammen med mange andre af Pierre Schaeffers værker registreret hos SACEM, hvorfor der i hvert tilfælde består en formodning for, at værket er beskyttelsesværdigt i henhold til fransk ophavsret.⁷⁰ Til yderligere illustration kan nævnes komponisten John Cage, som ligeledes udfordrede den gængse forståelse af musik, herunder med kompositionen »Third Construction« fra 1941 der er en art percussionensemble af rangler, trommer, dåser, claves, koklokker, løvebrøl, bækkener, skraldespande, konkylier mv. uden melodi og harmonier, og rytmerne følger ikke en fast struktur eller taktart.⁷¹ Hertil kan nævnes den elektroniske musikgenre noise. Noise er ligeledes karakteriseret ved, at genren udfordrer den traditionelle sondring mellem musikalsk og ikke-musikalsk lyd.⁷²

Endelig er det i lyset af EU-Domstolens dom i *Levola Hengelo*⁷³ tvivlsomt, om der gælder et princip, hvorefter visse lyde ikke kan udgøre elementer i et musikværk. EU-Domstolen fastslog, at en betingelse for ophavsretlig beskyttelse er, at genstanden for værket kan identificeres »tilstrækkeligt præcist og objektivt«, hvilket indebærer, at der ved vurderingen ikke skal tages hensyn til subjektive elementer. Følgelig var smagen af et levnedsmiddel ikke tilstrækkeligt objektivt identificerbar, idet smagen af et levnedsmiddel er baseret på »sansen- og smagsoplevelser« i modsætning til bl.a. et »musikalsk værk«.⁷⁴ Heraf kan for det første udledes, at subjektive kriterier såsom komponistens hensigt ikke er relevante ved kvalificeringen af genstanden for et musikværk. Da al hørbar akustik kan sanses objektivt via hørelsen, må det implicit følge af dommen, at al hørbar lyd i princippet kan indgå i et musikalsk værk. En sådan læsning af dommens præmisser understøttes af generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse, som EU-Domstolen i hovedsagen fulgte. I forslaget anførte generaladvokat Wathelet, at BKV, artikel 2, stk. 1, beskytter værker, som kan »opfattes lydligt eller visuelt, såsom bøger og mu-

69. Lisbeth A. Lipari, »Phenomenological Approaches« i Debra L. Worthington and Graham D. Bodie (red.), *The Handbook of Listening* (John Wiley & Sons 2020), 32.

70. Registreringsnummer T-003.009.302-7. <https://repertoire.sacem.fr/en/results?filters=parties&query=Pierre%20Schaeffer#searchBtn> <tilgået den 3. marts 2021> og Rosenmeier (n 2), 28 f.

71. Dorothy Pennington Keziah, »Copyright Registration for Aleatory and Indeterminate Musical Compositions« (1970) 17 Bull Copyright Soc'y USA 311, 315.

72. Eldritch Priest, *Boring Formless Nonsense: Experimental Music and the Aesthetics of Failure* (Bloomsbury Academic 2013), 132.

73. Sag C-310/17, *Levola Hengelo BV v. Smilde Foods BV* ECLI:EU:C:2018:899.

74. Ibid., p. 40-42.

sikalske kompositioner». ⁷⁵ EU-Domstolens princip om objektiv identifikation er i dansk ret lagt til grund i U 2020.2817 H (gummistøvler).

Sammenfatning

Analysen har vist, at musikværkets genstand for det første ikke er lovfæstet i dansk eller fremmed ret. Det er uvist, om fraværet af en sådan definition skyldes, at lovgiver har ment, at musikværkets genstand let kan erkendes, eller om det er, fordi lovgiver har tilsigtet at overlade spørgsmålet til retspraksis og samfundsudviklingen således som antaget af Ricketson og Ginsburg. Den nærmere afgrænsning af musikværkets genstand er således overladt til retspraksis. Både ældre retspraksis, navnlig amerikansk, samt ældre juridisk litteratur har opfattet musikværkets genstand som synonym med melodi og dernæst harmoni og rytme. Imidlertid har nyere amerikansk, engelsk og australsk retspraksis bredt musikværkets genstand ud til at omfatte mange flere elementer. Der har således udviklet sig en tendens til en bred, fleksibel og ikke-udtømmende definition således som i *Swirsky v. Carey*, *Sawkins v. Hyperion* og *Schott Musik v. Colossal Records*. Dette er formentlig i erkendelse af, at en præcis og afgrænset definition ikke lader sig opstille, navnlig i lyset af den udvikling, som musikken har gennemgået siden midten af det 20. århundrede, hvor der har udviklet sig et bredt og komplekst genrekorpus, der ofte udfordrer en traditionel forståelse af musik. Det er værd at bemærke, at i alle 3 afgørelser citerede dommerne definitioner af et musikværk fra den juridiske litteratur. Fælles for disse er, at det er væsentligt, hvad lydelementer gør, og hvordan de bruges, snarere end hvad de er i akustiske termer. I tråd hermed har EU-Domstolen i *Levola Hengelo* fastslået, at ophavsret til et værk foruden originalitet forudsætter, at værkets genstand kan identificeres objektivt, og fsva. et musikværk, at værket kan kunne sanses lydligt, samt at ophavsmandens subjektive hensigt med værket ikke må indgå i vurderingen af værkets genstand. Domstolene har således i vid udstrækning imødekommet moderne musikteoris opfattelse af musik. Der synes dermed i vid udstrækning at være konsensus i nyere retspraksis, juridisk og musikvidenskabelig litteratur, hvorefter musikværkets genstand defineres bredt. Jeg tiltræder det, for selvom brede og fleksible definitioner kan give anledning til uklarhed og uforudsigelighed, så er den brede og fleksible definition den mindst ringe løsning. Med andre ord er hverken den snævre afgrænsning til melodi, harmoni og rytme eller en detaljeret liste over elementer velegnede til at imødekomme et så on-

75. Ibid., Forslag til afgørelse, p. 51.

tologisk ustabilt og dynamisk fænomen som musik. Der kan i øvrigt henvises til Rosenmeiers udførlige behandling af spørgsmålet.⁷⁶

2.3. Originale musikværker

Ophavsretten beskytter kun værker, som er originale. Dette fremgår ikke udtrykkeligt af Bernerkonventionen eller andre konventioner, og også størstedelen af de nationale lovgivninger bruger generelt betegnelsen *værk* uden yderligere vejledning. Dog nævner den australske Copyright Act, part III »original works«, men uden yderligere forklaring. Imidlertid er der bred enighed i den juridiske litteratur om, at ophavsretlig beskyttelse forudsætter, at et værk skal være originalt.⁷⁷ I USA er originalitetskriteriet også fastslået af den amerikanske Supreme Court i *Feist v. Rural*. I den forbindelse fastslog dommer O'Connor, at originalitetskriteriet indebærer, at værket skal være frembragt uafhængigt af eksisterende musikværker (dvs. ikke kopieret) samt afspejle et minimum af kreativ indsats fra ophavsmandens side. Hertil anførte dommeren, at »the requisite level of creativity is extremely low; even a slight amount will suffice«. ⁷⁸ En lignende fortolkning af originalitetskriteriet fremgår af en svensk betænkning som nævner, at værket »måste åtminstone i någon mån vara uttryck för auktors individualitet; en rent mekanisk produktion är icke tillfyllest«. ⁷⁹ Originalitetskriteriet er endvidere fuldt ud anerkendt i retspraksis ved adskillige domme fra EU-Domstolen i bl.a. *Infopaq*, *Painer* og *Cofemel*.⁸⁰ I *Painer* uddybede EU-Domstolen originalitetskriteriet, som blev introduceret i *Infopaq*, hvorefter der i henhold til infosoc-direktivet, art. 2 skal være tale om »ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse«, idet denne har foretaget »frie og kreative valg«. ⁸¹ Schovsbo m.fl. anfører i den

76. Rosenmeier (n 2), 24 ff.

77. Sterling (n 36), § 7.44; Ricketson & Ginsburg (n 43) §§ 8.03-8.05; W. Weincke, *Ophavsret Reglerne – Baggrunden – Fremtiden* (G.E.C. Gads Forlag 1976), 32; Schovsbo m.fl. (n 10), 67 ff.

78. 499 U.S. 340 (1991), 345.

79. Statens offentliga utredningar (n 47), 66.

80. Sag C-5/08, *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening* [2009] ECR I-6569, p. 37; sag C-145/10, *Eva-Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH and Others* [2011] ECR I-12533, p. 87; sag C-683/17, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA v. G-Star Raw CV* ECLI:EU:C:2019:721, p. 29.

81. *Painer*, p. 88-90.

forbindelse, at »det slut med at stille strenge restriktive originalitetskrav til nogle værker.«⁸² EU-Domstolens fortolkning af originalitetskriteriet er udtrykkeligt anerkendt af Højesteret i U 2020.2817 H (gummistøvler). Således er der ganske bred enighed på tværs af jurisdiktioner om, at originalitet forudsætter, at ophavsmanden har formået at udøve kreativitet.

Spørgsmålet er herefter, hvorledes originalitet i et musikværk afgrænses. Som anført ovenfor kan der i lyset af EU-Domstolens retspraksis ikke stilles strenge krav. EU-Domstolen har imidlertid endnu ikke haft lejlighed til at tage stilling til originalitetskravet specifikt for musikværker. Men den endog meget sparsomme danske retspraksis vedrørende musikværker synes umiddelbart at være i overensstemmelse med det generelle originalitetskrav fastlagt af EU-Domstolen. I en utrykt byretsdom⁸³ (Les Djinns) udgjorde et sample af en guitarsolo på 10 sekunder en krænkelse af OHL § 2. Dog blev spørgsmålet om originalitet ikke adresseret eller i øvrigt bestridt, så der kan ikke udledes meget mere. I U 2014.3428 S (Oister) var et fragment fra en reklamejingle, bestående af ordene »Oister Oi« og 1 tone på 3 toneanslag, et originalt værk. Retten udtalte i den forbindelse følgende:

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.

Således var kombinationen af 2 ord, 1 tone på 3 anslag i en sekvens på 1 sekund tilstrækkeligt til at udgøre et originalt værk. Schönning hævder, at der i dansk retspraksis ikke er fastlagt en nedre grænse for originalitet i musikværker. Det er dog bemærkelsesværdigt, at forfatteren straks derefter citerer Oisterdommen, der netop har karakter af en stillingtagen til originalitetskravets nedre grænse.⁸⁴ Det er korrekt, at retten ikke eksplicit giver udtryk for en generel stillingtagen til originalitetskravets anvendelsesområde for musikværker, men retten tog i sagens natur stilling til et »fragment«, som i hvert tilfælde kvantitativt var ganske beskedent. Det fremgår af dommen på side 3436, at sagsøgte i sine anbringender lagde betydelig vægt på, at fragmentet var »nærliggende« at finde på, såvel som kvantitativt for beskedent, og dermed ikke var udtryk

82. Schovsbo m.fl. (n 10), 69.

83. Sag BS 26B 716/2009.

84. Peter Schönning, *Ophavsretsloven med kommentarer* (6. udgave, Karnov Group 2016), 129.

for en sådan selvstændig skabende indsats, at fragmentet kunne beskyttes ophavsretligt. Til understøttelse herfor henviste sagsøgte bl.a. til U 1998.1385/2 S, hvor et slogan på 4 ord, »I VON SCHOLTENS FODSPOR«, i relation til pakkerejser til Vestindien ikke var originalt. Dette var dels begrundet med de få ord, men også i, at ordkombinationen var »nærliggende« at anvende, idet den havde været anvendt nogle år forinden i en artikel fra Bagsværd Folkeblad, også i relation til markedsføring af rejser til Vestindien. Til yderligere understøttelse anførte sagsøgte, at »Det er i litteraturen antaget, at man skal over tre toner, førend det kan antages, at der foreligger et originalt værk«. Idet disse forhold blev fremhævet af sagsøgte, må det i modsætning til Schønnings påstand antages, at retten overvejede originalitetskriteriets nedre grænse i relation til musikværker. Tilsvarende antagelse har Plesner Mathiasen, der i relation til spørgsmålet om originale musikværker henviser til Oisterdommen og anfører, at »grænsen sættes ret lavt«.⁸⁵

Imidlertid fører en mere snæver fortolkning til, at dommens præjudikatsværdi i relation til originalitetskriteriet er mere begrænset. Det fremgår af retens begrundelse, at ved vurderingen af om et fragment »nyder ophavsretlig beskyttelse, skal tekst og musik vurderes under ét og samlet set have værkehøjde«. Dette udsagn taler for, at kombinationen af tekst og musik var afgørende for, at fragmentet var originalt, og indikerer dermed, at fragmentet uden tekst formentlig var for banalt til at være originalt. Endvidere fremgår det, at »de afgivne forklaringer om tilblivelsen af fragmentet« var afgørende for retens konklusion i relation til spørgsmålet om originalitet. Her blev der overvejende lagt vægt på tilblivelsen af udtrykket »Oister Oi«, og at udtrykket var særegent, hvilket gjorde fragmentet meget genkendeligt. Komponisten, Mads Michelsen, konkluderede i den forbindelse, at »Det er den linje, der bærer hele nummeret, og som man husker, når nummeret er slut.« Det kan således anføres, at dommens præmisser i relation til originalitet er et udslag af en konkret vurdering af faktum, hvor retten i overensstemmelse med de afgivne forklaringer lagde vægt på, at udtrykket »Oister Oi« var meget genkendeligt og ejendommeligt, hvilket taler for, at det var det særegne ved udtrykket, som gjorde udfaldet. Retten har muligvis set det som usandsynligt, at »Oister Oi« kunne være frembragt af flere ophavsmænd uafhængigt af hinanden – det såkaldte dobbeltskabelseskriterium.⁸⁶ Det kan også tænkes, at retten havde tan-

85. Jakob Plesner Mathiasen, »Musikrettigheder« i Jakob Plesner Mathiasen & Lasse Lau Nielsen (red.), *Lærebog i entertainmentret* (Karnov Group 2019), 37.

86. Dobbeltskabelseskriteriet er omtalt i Schovsbo m.fl. (n 10), 70.

kerne på læresætningen »what is worth copying is prima facie worth protecting« der ifølge Koktvedgaard kan anvendes i relation til »den rene kunst« i modsætning til brugskunst.⁸⁷ Rettens juridiske ræsonnement er altså ikke klart, men den særlige vægt på partsforklaringerne i relation til originalitetsbedømmelsen sammenholdt med, at sagsøgte ubestridt havde kopieret fragmentet understøtter således implicit, at det – ud over kombinationen af tekst og musik – også var ejendommeligheden ved udtrykket »Oister Oi«, som var udslagsgivende for originalitetsbedømmelsen. Ud fra en snæver fortolkning fastsætter dommen således ikke noget generelt princip om, at kombinationen af 2 ord og en tone på 3 anslag er nok til at opfylde originalitetskriteriet. Det er ikke utænkeligt, at udfaldet ville være anderledes, såfremt der var tale om en sammensætning af to almindelige ord. En sådan fortolkning understøttes af en amerikansk dom, *Jean v. Bug Music*, hvor en tonesekvens på 3 toner kombineret med teksten »clap your hands« ikke var et originalt værk. Ikke desto mindre indikerer Oister-dommen, at selv meget beskedne kombinationer af tekst og toner kan være originale.

Til trods for at det særegne ved udtrykket »Oister Oi« muligvis var afgørende for rettens originalitetsbedømmelse, er et værks særegenhed i lyset af EU-Domstolens praksis formentlig irrelevant for originalitetsvurderingen, da det som anført ovenfor følger af EU-Domstolens retspraksis, at værker skal beskyttes, hvis de er »ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, uden at der må opstilles andre beskyttelseskriterier såsom krav om ejendommelighed, æstetik, kvalitet eller lignende.⁸⁸ EU-Domstolens originalitetsopfattelse står i kontrast til den traditionelle originalitetsopfattelse for musikværker, hvor almindeligt kendte fraser og vendinger ikke kan beskyttes i sig selv, idet de er blevet en del af det musikalske fælleseje.⁸⁹ Sådanne kriterier for originalitet er i lyset af de refererede domme ikke forenelige med EU-retten. Med andre ord så længe ophavsmanden har truffet selvstændige valg, jf. kravet om »egen« frembringelse, dvs. hvis den musikalske frembringelse har subjektiv nyhed, så kan der principielt opnås ophavsretlig beskyttelse til et musikværk, uanset hvor banale disse værker i øvrigt måtte være. Trods dette må det antages, at de af Weincke angivne originalitetskriterier alligevel har betydning. Selvom bundne regler og det musikalske fælleseje principielt ikke er afgø-

87. Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i Immaterialret* (6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002), 49 f.

88. Schovsbo m.fl. (n 10), 68.

89. Weincke (n 1), 413.

rende for originalitetsvurderingen, så har det betydning i relation til bevisbyrden. Dvs. at desto mere disse momenter gør sig gældende, desto mere vanskeligt er det for ophavsmanden at bevise, at der er tale om en selvstændig frembringelse. Imidlertid har EU-Domstolen for nuværende ikke haft lejlighed til at behandle originalitetskriteriet specifikt vedrørende musikværker. Det er derfor uvist, hvordan EU-Domstolen konkret vil anvende det EU-retlige originalitetskrav i relation til musikværker.

Imidlertid kan der argumenteres for, at EU-Domstolens anstrengelser for at harmonisere originalitetskriteriet for alle værkstyper herunder musikværker strider mod EU lovgivers hensigt med fællesrettens rækkevidde i relation til ophavsret. Det fremgår af EU-Kommissionens grønbog om ophavsret fra 1988,⁹⁰ at Kommissionen dels ikke mener, at bl.a. ophavsret til musikværker udgør et væsentligt problem, som skal adresseres, samt at fællesrettens rækkevidde på ophavsrettens område bør begrænses til det nødvendige for at udføre Unionens opgaver.⁹¹ Endvidere angives følgende:

Since all Member States adhere to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works and to the Universal Copyright Convention, a certain fundamental convergence of their laws has already been achieved. Many of the differences that remain have no significant impact on the functioning of the internal market or the Community's economic competitiveness. (...) For this reason, the matter can for the most part be left to be regulated by national laws.⁹²

Kommissionen understregede således, at det ikke var en nødvendig opgave for EU at harmonisere ophavsretten til musikværker, ud over hvad der i forvejen følger af Bernerkonventionen. Kommissionen og EU-Parlamentet blev dog mere ambitiøse i deres anstrengelser for at harmonisere ophavsretten med infococ-direktivet. Imidlertid kan det ved en gennemgang af lovforslaget til direktivet konstateres, at EU-lovgiver udelukkende havde harmonisering af rettighedernes indhold og undtagelser på tværs af værkskategorier på dagsordenen, men ikke en harmonisering af originalitetskriterier på tværs af værks-

90. Commission of the European Communities, *Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology – Copyright Issues Requiring Immediate Action* COM (88) 172 final.

91. Ibid., 5 ff.

92. Ibid., 7.

kategorier.⁹³ En sådan fortolkning støttes af Hugenholtz.⁹⁴ Dertil kommer, at Kommissionen i et arbejdsrapport fra 2004⁹⁵ dels anerkendte, at originalitetskriteriet kun er reguleret på EU-niveau i relation til særskilte værkstyper nemlig edb-programmer, fotografier og databaser.⁹⁶ Dels afviste Kommissionen et behov for yderligere harmonisering af originalitetskriteriet, idet den anførte at:

... there are no indications that the lack of harmonisation of the concept of originality would have caused any problems for the functioning of the Internal Market with respect to other categories of works, such as compositions, films or books.⁹⁷

Umiddelbart er der ingen holdepunkter i direktiverne eller deres forarbejder mv. for, at originalitetskriteriet skulle totalharmoniseres for alle værkstyper. Samme konklusion drages øjensynligt af Casas Vallés, som argumenterer for, at harmoniseringen af originalitetskriteriet er ganske begrænset. Dels fordi originalitetskriteriet, »ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse« kun er kodificeret i relation til særskilte værkstyper. Dels idet der ifølge forfatteren ikke er noget til hinder for, at de nationale domstole anvender nationale standarder for originalitet under begrebet »ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse«.⁹⁸ Det første argument er dog mindre overbevisende, da der, som EU-Domstolen bemærkede i *Infopaq*,⁹⁹ kan argumenteres for, at værker i henhold til Bernerkonventionen forudsætter en intellektuel frembringelse, jf. BKV art. 2, stk. 5. Ikke desto mindre, kan det tiltrædes, at begrebet »ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse« ikke som sådan udelukker, at de

93. Commission of the European Communities, *Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society* COM(97) 628 final.

94. P. Bernt Hugenholtz, »Copyright without frontiers: the problem of territoriality in European copyright law« i Estelle Derclaye (red.), *Research handbook on the future of EU copyright* (Cheltenham: Edward Elgar 2009), 12 ff.

95. Council of the European Union, *Commission staff working paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights* SEC(2004) 995, 13.

96. Softwaredirektivets art. 1, stk. 3; beskyttelsestidsdirektivets art. 6; databasedirektivets art. 3, stk. 1.

97. Council of the European Union (n 108), 13.

98. Ramón Casas Vallés, »The requirement of originality« i Estelle Derclaye (red.), *Research handbook on the future of EU copyright* (Cheltenham: Edward Elgar 2009), 130.

99. *Infopaq*, p. 34.

ationale domstole anlægger mere strenge originalitetsvurderinger, så længe den EU-retlige terminologi anvendes. Dermed synes der ikke at være holdpunkter for EU-Domstolen for at fortolke originalitetskriteriet uden for rammerne af hhv. softwaredirektivet, beskyttelsestidsdirektivet og databasedirektivet. Til trods herfor løste EU-Domstolen på kreativ vis denne forhindring, idet den fastslog, at infosoc-direktivets art. 2 »ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret«, hvorfor dens anvendelsesområde således er op til fællesskabsretten.¹⁰⁰ Imidlertid vedrører infosoc-direktivets art. 2 retten til reproduktion, men bestemmelsen nævner ikke originalitet end-sige kravene til originalitet. Desuden fremgår det af Designforordningens art. 96, at medlemsstaterne selv fastsætter beskyttelseskriterier i relation til ophavsret »herunder kravet til originalitet.« Til trods for, at der er tale om design og ikke musik, taler det for, at EU-lovgiver ikke havde til hensigt at harmonisere originalitetskravet for alle værskategorier. Årsagen til, at medlemsstaternes ret til at fastlægge originalitetskriteriet specifikt nævnes i Designforordningen, skal formentlig ses i lyset af, at Designforordningen giver mulighed for kumulativ beskyttelse, hvilket ikke er relevant i relation til ren kunst herunder musikværker. På den baggrund kan anføres, at EU-lovgivers udtrykkelige indføring af et originalitetsbegreb i særskilte direktiver med et afgrænset anvendelsesområde sammenholdt med Kommissionens forarbejder og arbejdspapir, samt udelukkelsen af originalitetskriteriet fra harmonisering i henhold til Designforordningens art. 96 samlet set taler for, at EU-lovgiver i almindelighed havde til hensigt at overlade spørgsmålet om originalitet til medlemsstaterne. Det er således min opfattelse, at EU-Domstolens vedvarende anstrengelser for at indføre et absolut originalitetskriterie for alle værkstyper hviler på et tvivlsomt grundlag. EU-Domstolens fortolkning af originalitetskravet er således nødtvungent noteret. »Det er prisen for EU-medlemskabet«. ¹⁰¹

Dog kan det i lyset af EU-Domstolens dom i *Brompton Bicycle*¹⁰² muligvis antages, at bundne regler for, hvorledes musik struktureres og udformes herunder genrebundne regler, falder uden for EU-Domstolens originalitetsopfattelse. Dette er, fordi EU-Domstolen fastlagde, at når en frembringelse af et

100. Ibid., p. 27.

101. Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier & Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2018), 79.

102. Sag C-833/18, *SI and Brompton Bicycle Ltd v. Chedech/Get2Get* ECLI:EU:C:2020:461.

værk er dikteret af »tekniske hensyn, regler eller andre begrænsninger, der ikke har givet plads til kreativ frihed«, kan der ikke foreligge originalitet.¹⁰³ Ganske vist var dette i kontekst med industrielle designs, en foldecykel, men efter præmissens ordlyd er der tale om en generel henvisning til »regler og andre begrænsninger«, hvilket taler for, at præmissen er anvendelig i relation til andre værkstyper herunder musikværker. I samme generelle vendinger understregede EU-Domstolen, at originalitet heller ikke kan foreligge, når »tekniske hensyn, regler eller andre begrænsninger« medfører, at udfoldelsesmulighederne er så begrænsede, at »idéen og udtrykket er sammenfaldende«.¹⁰⁴ I den forbindelse henviste EU-Domstolen til dens afgørelse i *Cofemel* og tiltrådte originalitetskriterierne som fastlagt deri, herunder af den deri nævnte retspraksis, bl.a. afgørelsen i *Painer*.¹⁰⁵ Som anført ovenfor er det fastlagt i lang række domme, herunder i *Painer*, at originalitetskriteriet er ens for alle værkstyper. Samlet set taler dette for, at princippet om, at »idéen og udtrykket er sammenfaldende«, finder anvendelse på alle værkstyper, herunder musikværker. Præmissen er blandt juridiske kommentatorer blevet udlagt som en anerkendelse af *Merger*-doktrinen kendt fra amerikansk ret.¹⁰⁶ *Merger*-doktrinen er et ophavsretligt princip, som indebærer, at såfremt en idé kun kan udtrykkes på en eller få måder, sammensmelter udtrykket med idéen og kan derfor ikke beskyttes som et originalt værk. Doktrinen er ifølge Samuels til- tænkt utilitaristiske værkstyper såsom brugskunst, modetøj og arkitektur. Alt- så hvor udfoldelsesmulighederne er begrænset af den funktionelle idé.¹⁰⁷ Ikke desto mindre kan der ikke foretages en skarp sondring mellem *Merger*-doktri- nen og *scènes à faire*-doktrinen også kendt fra amerikansk ret, hvorefter ele- menter eller udtryksformer ved et værk er blevet så almindelige eller standar- diserede, at udtrykket anses for at være fusioneret med ideen, hvorfor der så-

103. Ibid., p. 24, 31.

104. Ibid., p. 27, 31.

105. Sag C-683/17, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA v. G-Star Raw CV* EC- LI:EU:C:2019:721, p. 28-32.

106. Schovsbo m.fl. (n 10), 156; Dr Ilanah Fhima, »The CJEU decision in Brompton Bi- cycle (Case C-833/18): an original take on technical functionality?« (2020) E.I.P.R. 761, 764; Estelle Derclaye, »The CJEU decision in Brompton Bicycle – A welcome double rejection of the multiplicity of shapes and causality theories in copyright law« (Kluwer Copyright Blog 25 June 2020) < <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/06/25/>> tilgået 21. marts 2021.

107. Edward Samuels, »The idea-expression dichotomy in copyright law« (1989) 56 Tenn. L. Rev. 321, 329.

ledes ikke kan foreligge originalitet.¹⁰⁸ Til illustration kan henvises til *Rice v. Fox Broadcasting*, hvor tryllekunstneren Robert Rice påstod sin ophavsret til et trylleshows krænket. Showet gik ud på at afsløre, hvorledes man bærer sig ad med udførelsen af illusoriske tryllekunster. Fox havde kopieret hans karakter, stemning og den måde, hvorpå han fremførte sine afsløringer af tryllekunster. I den forbindelse henviste appelretten uden yderligere sondring til »the limiting doctrines of merger and *scènes à faire*« og udtalte, at der kun er meget begrænsede måder at udføre sådanne afsløringer af tryllekunster på, hvorfor der ikke var sket en krænkelse.¹⁰⁹ Dommens præmisser angående *Merger*-doktrinen og *scènes à faire*-doktrinen er siden nævnt i domme vedrørende krænkelse af musikværker herunder i *Swirsky v. Carey*, hvor appelretten henviste til *Rice v. Fox Broadcasting* og fastslog, at almindelige måder at udtrykke sig på skal sidestilles med en idé.¹¹⁰

Uanset sontringen mellem *Merger*-doktrinen og *scènes à faire*-doktrinen eller andre lignende begreber såsom *public domain* er der i sidste ende tale om analytiske begreber med et fælles hensyn, nemlig at eneretten ikke bør udgøre en urimelig indskrænkning af tredjemands udfoldelsesmuligheder. Idet EU-Domstolen i *Brompton* ikke begrænser sammenfaldet i idé og udtryk til »tekniske hensyn«, men også generelt til »regler og andre begrænsninger« er der sammenholdt med EU-Domstolens ensartede fortolkning af originalitetskriterierne på tværs af værkskategorier belæg for, at præmissen om, at udtryksformer, som er dikteret af »regler og andre begrænsninger«, falder uden for beskyttelsessfæren, også gælder i relation til musikværker. *Brompton* indebærer derfor formentlig, at musikalske udtryksformer, der er blevet tilstrækkeligt almindeligt anvendte og nødvendige for at kunne udtrykke sig, ikke kan beskyttes, uanset om der foreligger subjektiv nyhed. Spørgsmålet er herefter, hvad der skal til, for at en udtryksform falder uden for beskyttelsen. Dette spørgsmål forholdt EU-Domstolen sig meget konkret til i relation til industrielle designs og navnlig den aktuelle foldecykel, hvorfor der vanskeligt kan udledes nogen klar vejledning. Med andre ord havde EU-Domstolen i den henseende fokus på de tekniske hensyn, hvilket vanskeligt kan videreføres i relation til ren kunst, herunder musik. Dog understregede EU-Domstolen gentagne gange, at det tilkommer de nationale retter at fastlægge om idé og

108. Ibid., 386.

109. 330 F.3d 1170 (9th Cir. 2003), 1173 ff.

110. *Swirsky v. Carey*, 850; se tilsvarende *Williams v. Gaye*, 1141.

udtryk er sammenfaldende.¹¹¹ Derfor må der skeles til efterfølgende national retspraksis for yderligere vejledning. Da dommen er fra 11. juni 2020, er jeg i skrivende stund ikke bekendt med nogen nationale domme, hvor præmisserne fra *Brompton* implementeres. Der må således skeles til retspraksis uden for EU-retten.

Nogle udtryksformer, såsom alment kendte akkordrundgange, vil formentlig ikke give anledning til tvivl. Eksempelvis er en af de mest almindelige akkordrundgange toneartens I, VI, II og V trin. Spilles rundgangen i C-dur, vil akkordrundgangen være C-G-Am-F.¹¹² Til illustration kan nævnes comedy-rockbandet Axis of Awesome, som har lavet en medley af en lang række hitsange baseret på denne akkordrundgang.¹¹³ Netop denne medley blev fremhævet i *Williams v. Gaye* som argument for, at flere af de elementer, som gik igen ved en sammenligning af sangene, ikke kunne beskyttes. Williams og Thicke afspillede således en video med medleyen for juryen.¹¹⁴ Ifølge U.S. Copyright Office¹¹⁵ er følgende almindeligt anvendte musikelementer: diatoniske skalaer, eksempelvis dur- og molskalaer,¹¹⁶ kromatiske skalaer,¹¹⁷ dvs. opad- eller nedadgående skalaer i halvtoner, akkordbrydninger,¹¹⁸ hvor en akkords toner spilles efter hinanden, samt standard-akkordrundgange. Dog gøres klart, at der er tale om eksempler og ikke en udtømmende liste. Fra amerikansk retspraksis kan nævnes *Granite Music v. United Artists*, hvor en appelret skulle tage stilling til, om en tonesekvens på 4 toner (A, G, F, C) kunne beskyttes ophavsretligt. Idet sagsøgte i 1. instans havde fremlagt beviser for, at tonesekvensen blev anvendt i mindst 7 tidligere kompositioner, forelå der ingen krænkelse. Appelretten udtalte i den forbindelse, at tonesekvensen var almindelig anvendt i andre kompositioner.¹¹⁹ Nimmer anfører, at »In the field of popular songs, many, if not most, compositions bear some si-

111. *Brompton*, p. 30-34.

112. www.musikipedia.dk/leksikon/akkordrundgang <tilgået 23. marts 2021>.

113. Kan høres her: <https://www.youtube.com/watch?v=5pidokakU4I> <tilgået 23. marts 2021>.

114. *Williams v. Gaye*, fodnote 1.

115. U.S. Copyright Office, *Compendium of U.S. Copyright Office Practices* (3rd ed. 2017), § 802.5(A). Der henvises tillige til Rosenmeier (n 2), 53.

116. www.musikipedia.dk/leksikon/diatonisk-skala <tilgået 25. marts 2021>.

117. www.musikipedia.dk/leksikon/kromatisk-skala <tilgået 25. marts 2021>.

118. www.musikipedia.dk/leksikon/arpeggio <tilgået 25. marts 2021>.

119. 532 F.2d 718 (9th Cir. 1976), 721 ff.

milarity to prior songs.«¹²⁰ Hans betragtning må tillægges særlig vægt, idet flere domme citerer netop denne betragtning, senest *Skidmore v. Led Zeppelin*,¹²¹ der omtales nedenfor. I *Smith v. Jackson*¹²² var spørgsmålet, om fragmenter fra 4 værker skrevet af Michael Jackson, Lionel Richie, Quincy Jones og Rod Temperton udgjorde en krænkelse af fragmenter fra 6 værker af komponisterne Robert Austin, Reynaud D. Jones and Clifford Rubin. Der var dels tale om tonesekvenser på mellem 4 og 7 toner, dels en simpel akkordrundgang. I alle tilfælde nåede retten frem til, at der var tale om almindelige og banale fragmenter, som derved ikke kunne beskyttes.¹²³ Endvidere synes moderne musikværker at minde særlig meget om hinanden inden for bestemte genrer. I *Moore v. Columbia* fastlagde appelretten, at elementer af musikværker, som er dikteret af musikgenren, i dette tilfælde R & B/hiphopgenren, ikke kan beskyttes. Dette princip blev der imidlertid sået tvivl om i *Williams v. Gaye*, idet appelretten nåede frem til, at der var tale om en krænkelse, selv om lighederne i vid udstrækning var genrebundne. Dog skal nævnes, at dommen er med en ganske skarp dissens af dommer Nguyen, som indledningsvist dystopisk anførte, at »The majority allows the Gayes to accomplish what no one has before: copyright a musical style«. Nguyen udtalte herefter at lighederne mellem værkerne overvejende bestod af »commonplace elements that are firmly rooted in the genre's tradition«. ¹²⁴ Denne præmis er sidenhen tiltrådt af appelretten i *Skidmore v. Led Zeppelin*, hvilket tyder på, at majoriteten i *Williams v. Gaye* negligerede genrebundne elementer. I *Skidmore v. Led Zeppelin* havde Randy Wolfe fra 60'erne rockbandet Spirit, og oplysningsmand til sangen »Taurus«, sagsøgt rockbandet Led Zeppelin med påstand om, at deres rockklassiker »Stairway to Heaven« udgjorde en krænkelse af »Taurus«. Begge kompositionernes bærende melodier bestod af en nedadgående kromatisk skala sammen med akkordbrydninger. Appelretten gennemgik retspraksis og konstaterede, at almindelige eller banale musikelementer ikke kan beskyttes. Selv om værkerne mindede meget om hinanden og Led Zeppelin beviseligt kendte »Taurus«, og endda havde opført coversange komponeret af Spirit, var der ikke tale om en krænkelse, idet appelretten fastlagde, at kromatiske skalaer og akkordbrydninger er »non-protectable musi-

120. David Nimmer, *Nimmer on Copyright I* (LexisNexis 2020), § 2.05 [B].

121. 952 F.3d 1051 (9th Cir. 2020), 1069.

122. 84 F.3d 1213 (9th Cir. 1996).

123. Ibid., 1216.

124. 895 F.3d 1106, 1138 ff.

cal building blocks that no individual may own«. I samme dom fastlagde majoriteten, at en kombination af ubeskyttede elementer kan være original, hvis kombinationen ikke er kendt fra tidligere værker, men dette var ikke tilfældet her.¹²⁵

I den kontekst anfører Livingston og Urbinato, at vestlig moderne musik bærer præg af fastlåste konventioner om, hvordan man bærer sig ad – navnlig inden for samme genrer – som generelt er kendetegnet ved relativt ukomplicerede udtryksformer.¹²⁶ Cronins gennemgang af musikkkrænkelsessager i amerikansk retspraksis gennem det 20. århundrede understøtter til dels Livingston og Urbinatos betragtninger, idet de amerikanske domstole gradvist, i takt med et voksende musikalsk almeneje inden for populærmusik, har været mere tilbageholdende med at anerkende ophavsret til simple musikstykker. Tendensen er således, at der skal noget mere til end en kort strofe for, at originalitet foreligger. Dog bemærker forfatteren, at korte musikstykker, som gentages i et bestemt mønster, samlet set kan være original, men bør kun medføre beskyttelse mod meget nærgående efterligninger.¹²⁷ Et eksempel er *Bright Tunes v. Harrison's*,¹²⁸ hvor et A-stykke bestående af fire gentagelser af tonesekvensen G-E-D og et B-stykke bestående af 4 gentagelser af tonesekvensen G-A-C-A-C var et originalt værk. Tilsvarende tysk retspraksis – mere herom nedenfor.

Til trods for at kravet til originalitet som udgangspunkt ikke er strengt, kan af den gennemgåede amerikanske retspraksis og litteratur udledes, at de amerikanske domstole, navnlig i relation til vestlig populærmusik, er tilbageholdende med at give beskyttelse til de dele af en komposition, som er udtryk for almindeligt anvendte musikelementer. Dette synes navnlig at være tilfældet ved elementer, som kendetegner en genre. Den refererede retspraksis understøtter, at jo mindre komplekse lighederne mellem to værker er, desto større sandsynlighed er der for, at der er tale om almindelige og ubeskyttede bestanddele. Imidlertid synes kompleksiteten principielt ikke at være afgørende. Centralt er derimod, om der kan føres bevis for, at de relevante elementer genfindes i tilstrækkelig grad i tidligere værker. Kravet hertil virker ikke sær-

125. *Skidmore v. Led Zeppelin*, 1069 ff.

126. Margit Livingston and Joseph Urbinato, »Copyright Infringement of Music: Determining Whether What Sounds Alike Is Alike« (2013) 15 Vand J Ent & Tech L 227, 282, 288.

127. Cronin (n 44), 193 ff.

128. 420 F.Supp. 177 (S.D.N.Y. 1976), 178 f.

lig strengt. I *Granite Music v. United Artists* var det således tilstrækkeligt, at en tonesekvens kunne genfindes i 7 tidligere værker. Når det er sagt, kan det generelt udledes, at jo kortere og mindre komplekst et musikstykke er, desto mere vanskeligt er det at være original. Analysen af amerikansk ret har således vist, at Rosenmeiers tilsvarende betragtninger for mange år siden stadig har relevans.¹²⁹

Ricketson og Ginsburg hævder, at BKV art. 5, stk. 2, som dog omhandler ophavsret til kompilationer, indikerer, at originalitet forudsætter, at der er tale om ophavsmandens intellektuelle frembringelse. Dette svarer til EU-Domstolens fortolkning af samme bestemmelse i *Infopaq*. Imidlertid påpeger forfatterne, at BKV ikke siger noget om, hvor omfattende en frembringelse skal være for at være original. Dette spørgsmål er således overladt til nationale lovgivninger.¹³⁰ Fra fransk ret anfører Desbois, at musik er noget helt særligt, idet andre litterære og kunstneriske udtryksformer primært henter inspiration fra omverdenen, hvorimod musik i højere grad henter inspiration fra det abstrakte og uvirkelige, hvorfor fantasien spiller en mere afgørende rolle. Dette illustreres med, at kunstmaleren maler det, han ser, forfatteren skriver med afsæt i sin omverden, også selvom der er tale om fiktion. Derfor hævder Desbois, at musik i kraft sin særegne karakter skal underlægges en særlig originalitetsvurdering.¹³¹ Pointen er vistnok, at det er vanskeligere at skille idé og udtryk i relation til musik end ved andre værkstyper, fordi musik ifølge Desbois i højere grad har et metafysisk islæt. En sådan tilgang til originalitet er ikke overbevisende. Efter min opfattelse er musik ikke nødvendigvis mere abstrakt end kunstmalerier eller skønlitteratur. Efter min opfattelse er grunden til, at musik kan fremstå mere abstrakt, at den sanses med hørelsen, mens alle andre kunstformer sanses med synet. Andre kunstformers elementer er i almindelighed nemmere at analysere og vurdere for personer, herunder dommere, som ikke er trænet til at analysere værker med hørelsen. Eksempelvis består litteratur af ord, og malerier og skulpturer består af visuelle elementer, todimensionelle såvel som tredimensionelle, naturalistiske såvel som abstrakte. Der kan således argumenteres for, at det i almindelighed er mere vanskeligt at vurdere originalitet i et musikværk, men dette er ikke ensbetydende med, at der principielt skal anlægges en særskilt originalitetsvurdering. Det er imidlertid uklart, om Desbois' lettere filosofiske vendinger har reel betyd-

129. Rosenmeier (n 2), 47.

130. Ricketson & Ginsburg (n 43), § 8.05.

131. Desbois (n 37), 134 ff.

ning, idet han også anfører, at dels skal de beskyttelsesværdige elementer identificeres, og dels skal musikværkets relative originalitet fastlægges, hvilket således minder om originalitetsvurderingen i relation til andre værkstyper. I den forbindelse anfører Colombet, at et musikværks relative originalitet skal forstås således, at jo mere værket låner fra tidligere ideer, desto mindre grad af originalitet foreligger.¹³² Dette er i tråd med en ældre fransk dom¹³³ vedrørende melodifragmenter brugt i en komedie, hvor La Cour de Paris fastlagde, at en domstol udelukkende skal vurdere, om musikværket er et resultat af en selvstændig frembringelse, dog med udelukkelse af elementer fra almenejet. I den forbindelse fastlagde retten, at længden på en komposition principielt ikke er afgørende i relation til spørgsmålet om originalitet. Endvidere skulle et musikværks relative originalitet fastlægges i forhold til, hvor høj grad kompositionen vækker minder om musikværker, som har set dagens lys før. På den ene side synes fransk ret således at være i overensstemmelse med EU-Domstolens originalitetskriterium, men på anden side anerkender fransk ophavsret et relativt originalitetskriterie i den forstand, at desto mere særegent et værk er, desto bredere beskyttelse tildeles.

I Tyskland er det tilsvarende kriteriet om ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse, som er det traditionelle originalitetskriterium, og der skal som udgangspunkt ikke meget kreativitet til for at opfylde betingelsen. Dette fastlagde den tyske Bundesgerichtshof i *Fantasy*.¹³⁴ Sagen vedrørte, hvorvidt en tonesekvens på 8 toner til et baggrundskor var ophavsretligt beskyttet. Imidlertid fastlagde BGH også, at passager, som ikke levner plads til kreativitet, ikke kan beskyttes. Dette var ifølge BGH tilfældet med en tonesekvens på 8 toner af den enkleste art, idet tonesekvensen ikke overgik, hvad der tilhørte det musikalske fælleseje. Imidlertid kunne kormelodien samlet set beskyttes, idet tonesekvensen blev gentaget flere gange med små modifikationer, hvilket var tilstrækkeligt kreativt. Dog var der tale om relativ beskeden kreativitet – som det ifølge BGH ofte var tilfældet med hitmusik – hvorfor beskyttelsesomfanget blev tilsvarende indsnævret. Fra tysk retspraksis kan i øvrigt henvises til *Techno-Musik*,¹³⁵ hvor Oberlandesgericht München slog fast, at en simpel tonefølge på fem toner, A-H-C-A-G, selv som en ostinato (dvs. en stadigt gentaget figur) ikke var udtryk for individuel kreativitet. I den forbin-

132. Claude Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droit voisins* (Dalloz 1990), § 33.

133. Cf. Paris, 11. april 1853, D. 53.2.130.

134. BGH, 3. februar 1988 – I ZR 143/86.

135. OLG München, 20.05.1999 – 29 U 3513/96.

delse var den gentagne figur heller ikke samlet set original, da der var tale om et almindeligt og hyppigt anvendt genregreb inden for technomusik. Der kan endvidere henvises til *Goldrapper*,¹³⁶ der vedrørte ophavsret til en række samples alle ca. 10 sekunder lange. BGH udtalte, at originalitet opnås ved en sammensætning af melodi, rytme, tempo, harmoni og arrangement, men også ved den måde, hvorpå de enkelte instrumenter anvendes – dvs. instrumenternes udførelse. Endvidere fastslog BGH, at der ikke kan opnås beskyttelse til det rene håndværk, som er udtryk for almene kompositionselementer baseret på læren om harmoni, rytme og melodi – ligesom tonesekvenser af den enkleste art eller kendte rytmiske strukturer – der hører til det musikalske fælles-eje.

Det er interessant, at BGH i *Goldrapper* lagde vægt på den måde, hvorpå musikken udføres og formidles. Det er ikke helt klart, hvorledes dette skal forstås, men det er nærliggende, at BGH mente, at originalitet også kan vurderes ud fra evnen til at formidle musikken på en ejendommelig måde. Tilsvarende i *Brown Girl II*,¹³⁷ som omtales nærmere nedenfor under 2.5, tiltrådte BGH landsrettens vurdering, hvorefter den måde, hvorpå stilistiske greb konkret anvendes, i sig selv kan indeholde noget kreativt. BGH's præmis i *Goldrapper* står således i kontrast til Rosenmeiers antagelser, idet han med henvisning til bl.a. tysk litteratur anfører, at »musikken eller komponistens særlige stil, egenart og sound« er kendetegn, som er for abstrakte til at kunne beskyttes. Dog anfører forfatteren også, at abstrakte egenskaber og principper kan præge oplevelsen af musikken, hvilket kan indgå i en krænkelssvurdering mellem to musikværker.¹³⁸ Det ikke helt klart, hvad Rosenmeier mener med dette, men det må antages, at der menes, at hvis to musikværkers stil, egenart og sound opleves på samme måde, så taler det for kopiering (subjektivt kendskab) og vice versa. Dog er *Goldrapper* fra 2015, altså 20 år senere end Rosenmeiers betragtninger. Derfor, og i øvrigt henset til musikkens meget hurtige udvikling, er det ikke utænkeligt, at Rosenmeiers vurdering vil falde anderledes ud i dag. Til sammenligning hævder Cronin – idet hans gennemgang af amerikansk retspraksis viser, at krænkelssager næsten uden undtagelse opstår, når det nyere værk opnår succes – at de musikalske elementer ikke er det eneste afgørende for en sangs succes. Hertil anfører han, at fremførelsesstil, visuel appel, sprogligt indhold og lydteknik er afgørende for

136. BGH, 16.04.2015 – I ZR 225/12.

137. BGH, 24.01.1991 – I ZR 72/89.

138. Rosenmeier (n 2), 40 f.

en sangs kommercielle succes. På den baggrund opfordrer Cronin domstole til at tage sådanne momenter med i vurderingen af, om et nyere værk er en kopi eller et nyt og originalt værk.¹³⁹ Fælles for Cronins kommentar og BGH i *Goldrapper* er, at originalitet også bør vurderes i lyset af den særlige måde, et musikværk formidles på. Cronins betragtning om visuel appel forekommer dog irrelevant i relation til det musikalske domæne, da det audiovisuelle henhører til en anden værskategori, nemlig musikdramatiske værker, jf. BKV art. 2, stk. 1. Endvidere er betragtningen om et værks kommercielle succes heller ikke relevant. At et sådant kriterie skulle være relevant endstille tilladt, kan ikke udledes af nogen troværdige retskilder. Originalitet kan kun vurderes i lyset af faktorer, som kan henføres til ophavsmanden, og en sangs kommercielle succes er i sagens natur en direkte konsekvens af eksterne faktorer, som ophavsmanden ikke er herre over. Imidlertid er betragtningen om lydteknik relevant herunder mix og mastering.¹⁴⁰ I den forbindelse anfører Gerish, at i en verden, hvor al musik bogstavelig talt er opfundet, er originalitet, set fra et musikalsk perspektiv, et resultat af en unik fortolkning af, hvad der allerede er opfundet. En sådan fortolkning skal skabes via produktionen herunder mixing og mastering.¹⁴¹ Ud over BGH's korte præmis støttes en sådan betragtning endvidere af Oister-dommen, da det som anført ovenfor var forklaringerne om udviklingsprocessen, der var afgørende i forbindelse med retens originalitetsvurdering. Af forklaringerne fremgår bl.a., at der blev arbejdet lang tid med selve produktionen af fragmentet herunder lydmixing. Dette taler for, at selv om det forhold, at en komposition formidles på en ejendommeligt måde, i sig selv ikke kan udgøre et originalt musikværk, kan det gøre det i kombination med andre elementer. I relation til moderne musik i bred forstand, hvor det er vanskeligt at være kreativ inden for rammerne af de konventioner, som musikken er underlagt, og hvor alt er opfundet, fremstår det umiddelbart som et fornuftigt princip, at der kan tages hensyn til et formidlingsmoment, hvor den særlige formidlingsmåde, som kendetegner ophavsmandens værk, kan indgå i originalitetsvurderingen. Altså principielt en anerkendelse af, at et musikstykke, som minder om tidligere værker fsva. elementer og struktur, alligevel kan adskille sig tilstrækkeligt, som følge af den særlige måde musikken formidles på. Udfordringen er imidlertid, at det

139. Cronin (n 44), 207 f.

140. Justering og kombineret af forskellige lydspor, og bearbejde dem til en færdig lydproduktion.

141. Bruce Gerrish, *Remix: The Electronic Music Explosion* (EM Books 2001), 98.

kan være vanskeligt at foretage en retlig vurdering af en sådan formidlingsfaktor, men formentlig ikke mere vanskeligt, end hvad der kan overkommes ved syn og skøn, da den trænedes musikolog må forventes at kunne objektivt identificere og analysere »musikken eller komponistens særlige stil, egenart og sound«. Som eksempel kan nævnes de første 10 takter med en almindelig rock trommerytme og en baslinje i introen til »Billie Jean« af Michael Jackson eller introen til »I Feel Love« af Donna Summer med diskotrommer og en synkoperet bassynthesizer. Det er min påstand, at begge værker kan genkendes øjeblikkeligt. Ikke kun pga. af valget af toner, rytme mv., men især pga. af den særlige sound, som kommer til udtryk.

Sammenfatning

Analysen i nærværende afsnit har vist, at der er bred tilslutning til, at originalitetskravet i relation til musikværker som udgangspunkt er beskedent. Det forudsætter at ophavsmanden har haft et minimum af kreativt råderum, og at han i dette råderum har foretaget selvstændige valg. Der kan således ikke udledes nogen håndfast vejledning i relation til en nedre grænse for at kvalificere et originalt værk. Imidlertid viser gennemgangen af retspraksis, at der i de fleste tilfælde skal noget mere til end en kort strofe, før beskyttelsen indtræder, og selv en længere passage kan være uoriginal, hvis den er udtryk for alment kendte motiver o.l. således som i *Skidmore v. Led Zeppelin*. Dette er som følge af ophavsretlige principper, såsom *Merger*-doktrinen, *scènes à faire*-doktrinen og *public domain*-doktrinen sammenholdt med et endog meget omfattende og konventionsbundet korpus af moderne musik, hvor det kreative råderum ofte er meget lille, i særdeleshed inden for samme genrer. Til trods for EU-Domstolens bemærkelsesværdige harmonisering af originalitetskriteriet for alle værkstyper forbliver originalitetsvurderingen i relation til musikværker formentlig i vid udstrækning uændret, under forudsætning af at nationale domstole anvender terminologien »ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse«. Nationale domstole er således ikke forhindret i fortsat at anvende traditionelle bevisstandarder. Med andre ord: Jo mere simpel og kort en komposition er, desto mere usandsynligt er det, at en dommer tror på, at der er truffet »frie og kreative valg«. En komposition, eller en del heraf, skal således have vis ejendommelighed for at blive anerkendt som original, hvilket er mere sandsynligt når tekst og musik kombineres således som i *Oisterdommen*. Endvidere følger det formentlig af *Brompton*, at det internationalt anerkendte princip, hvorefter kompositioner, der indgår i det musikalske fælleseje, isoleret set er udelukket fra beskyttelse, også gælder i EU-retten. Endelig har BGH i *Goldrapper* og *Brown Girl* indikeret, at den måde, hvorpå musikken udføres, også kan indgå i originalitetsvurderingen. En sådan tilgang

2.4. Originalitetsgradens betydning for krænkelsesvurderingen

kan tiltrædes. Ophavsret belønnes trods alt for den kreative indsats, som er ydet af ophavsmanden, og komponister arbejder ofte i årevis med at udvikle en stil og sound, som skiller sig ud, herunder ved de lydtekniske valg, der foretages. Derfor bør »musikken eller komponistens særlige stil, egenart og sound« kunne indgå i originalitetsvurderingen.

2.4. Originalitetsgradens betydning for krænkelsesvurderingen

Forinden der indledes en nærmere analyse af krænkelsesvurderingen for musikværker nedenfor under afsnit 2.5, behandles originalitetsgradens betydning for krænkelsesvurderingen i det følgende.

Et ophavsretligt princip, som er fast forankret i den internationale ophavsret er, at jo mere originalt et værk er, jo bredere beskyttelse nyder værket og omvendt.¹⁴² Med andre ord beskyttes værker med en lille originalitetsgrad kun mod nærgående efterligninger og omvendt. Princippet er anvendt i en række domme i relation til krænkelsesvurderingen for musikværker, som behandles nærmere nedenfor under afsnit 2.5.

En igangværende diskussion i den juridiske litteratur er imidlertid, om det i lyset af *Painer*-dommen er foreneligt med EU-retten at anvende princippet om relativ originalitet.¹⁴³ *Painer* vedrørte bl.a. et spørgsmål om ophavsret til et portrætfoto i henhold til infosoc-direktivet, art. 2, litra a. De sagsøgte havde i hovedsagen gjort gældende, at portrætfotos skulle tildeles en ringere beskyttelse end andre typer af fotografier, idet portrætfotos, grundet de faste dogmer for udformningen, resulterede i en begrænset kreativ frihed for ophavsmanden. Hertil udtalte EU-Domstolen i præmis 90 ff., at graden af udformningsmuligheder ikke er afgørende for beskyttelsesomfanget, og at beskyttelsesniveauet skal være det samme for alle værker. Det ophavsretlige kriterie om, at beskyttelsens bredde afhænger af originalitetsgraden, synes umiddelbart ikke foreneligt med *Painer*.

Spørgsmålet er udførligt behandlet af Rosenmeier, som når frem til, at princippet om relativ originalitet er fortolket og anvendt på forskellig vis i ophavsretlig praksis. Det kan a) være udtryk for, at værker med få individuel-

142. Schovsbo m.fl. (n 10), 158; Morten Rosenmeier, »Hvor bred er den ophavsretlige beskyttelse efter *Painer*-dommen?« i Morten Rosenmeier, Thomas Riis, Jens Schovsbo & Henrik Udsen (red.), *Festskrift til Jørgen Blomqvist*, Ex Tuto 2021, 578 ff.

143. Rosenmeier (n 155), 578.

le udformningsmuligheder resulterer i en lille originalitet, og dermed kræves et mere nærgående sammenfald, for at der foreligger krænkelse. Endvidere kan princippet om relativ originalitet b) være udtryk for en »omskrivning« af, at beskyttelsen ikke omfatter ubeskyttede elementer. Tanken er her, at værker, som har flere værksdele, der i sig selv er beskyttede, nyder en bred beskyttelse og vice versa. Rosenmeier konkluderer, at fortolkning b) er forenelig med EU-retten.

Efter min vurdering er henholdsvis a) og b) to forskellige fortolkninger af princippet om relativ originalitet, som ved deres anvendelse fører til det samme resultat. I praksis er der vel altid en sammenhæng mellem graden af individuelle udformningsmuligheder og graden af originale aspekter i et værk. Dermed er der vel også en sammenhæng mellem graden af individuelle udformningsmuligheder/originale aspekter, og hvor meget værk 2 skal ligne værk 1, for at der foreligger en krænkelse.

Men jeg tiltræder imidlertid Rosenmeiers synspunkt, hvorefter udtalelser om, at nogle værker nyder bredere beskyttelse end andre, ikke er forenelig med *Painer*. Princippet om relativ originalitets forenelighed med EU-retten er således mere et spørgsmål om terminologi end substans, og der er derfor fortsat mulighed for, at medlemsstaternes domstole materielt kan anvende princippet om relativ originalitet ved krænkelsesvurderingen.

2.5. Krænkelser af musikværker

Omend formuleret og struktureret på forskellig vis, er det udbredt i den internationale ophavsret, at krænkelse af et ophavsretligt beskyttet værk forudsætter, at følgende betingelser er opfyldt: 1) der skal være væsentlig lighed imellem værkerne, og det overtagne materiale skal i selv være beskyttet; 2) der skal foreligge subjektivt kendskab til det ældre værk; 3) det nyere værk har overtaget mere end rent idéindhold.¹⁴⁴ Disse betingelser behandles i det følgende i relation til musikværker.

2.5.1.#1 Lighedskriteriet

Retten til reproduktion på »enhver måde eller i enhver form« følger af OHL § 2 og BKV art. 9, stk. 1. Det følger endvidere af OHL § 2 og BKV art. 2,

144. Sterling (n 42), §§ 13.09-13.18; Schönning (n 97), 160 ff.; Schovsbo m.fl. (n 10), 152 ff.

stk. 3, og art. 12, at eneretten gælder, uanset om der er tale om en gengivelse i oprindelig, bearbejdet eller på anden måde omarbejdet form. Heri ligger, at eneretten omfatter andres efterfølgende værker, der afspejler et væsentligt sammenfald med de tidligere.¹⁴⁵ ¹⁴⁶ Det fremgår af forarbejderne til den danske ophavsretslov af 1961, at beskyttelsen gælder gengivelse i enhver skikkelse, som det kan antage uden tabe det originale præg eller den identitet, som kendetegnede det oprindelige værk.¹⁴⁷ Tilsvarende bemærkninger følger af den svenske betænkning.¹⁴⁸ Koktvedgaard formulerer lighedskravet som, at værkerne trods forskelle giver samme identitetsoplevelse.¹⁴⁹ Forarbejderne til den amerikanske ophavsretslov nævner, at krænkelse forudsætter, at det nyere værk er baseret på det ældre værk, samt det overtagne i sig selv er ophavsretligt beskyttet.¹⁵⁰ Dette formuleres i amerikansk retspraksis som et krav om »substantial similarity«, hvor ubeskyttede elementer er irrelevante for lighedsbedømmelsen.¹⁵¹ Dette er i overensstemmelse med dansk ophavsret, hvorefter der skal ses bort fra ubeskyttede elementer i lighedsbedømmelsen.¹⁵² Kriteriet om, at det genkendelige i værk 2 i sig selv skal være beskyttet, følger tillige af *Infopaq*, præmis 48 (og en række andre EU-domme),¹⁵³ hvor EU-Domstolen fastlagde, at en delvis reproduktion – i sagen korte uddrag af nyhedsartikler – forudsætter, at uddraget »i sig selv udtrykker ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse.« Det kan heraf udledes, at det er udbredt i den internationale ophavsret, at lighedskriteriet forudsætter, at to værker trods eventuelle forskelle ligner hinanden på en sådan måde, at beskyttet materiale fra det ældre værk genfindes i en sådan grad i det nyere værk, at det med en vis sikkerhed kan siges at hidrøre fra det ældre værk.

145. Ricketson & Ginsburg (n 43), § 11.19 ff.; Sterling (n 36), § 13.10.

146. OHL § 2, stk. 1, og § 4, stk. 1, indeholder omtrent samme ordlyd. Det samme gør den franske Code de la propriété intellectuelle, art. L122-4. I den tyske Urheberrechtsgesetz af 9. september 1965 (BGBl. I S. 1273) følger dette forudsætningsvist af § 3 vedrørende bearbejdelser, tilsvarende den amerikanske Copyright Act af 1976, § 106, stk. 2, og den engelske CDPA § 16, stk. 3, og § 21, stk. 3.

147. FT 1959/60, Tillæg A, sp. 2683, 2689.

148. Statens offentliga utredningar (n 47), 98 ff.

149. Koktvedgaard (n 106), 129.

150. H.R. REP. (n 48), 62.

151. Nimmer (n 141), § 13.03 [A].

152. Schönning (n 97), 161; Schovsbo m.fl. (n 10), 154.

153. Se nærmere Schovsbo m.fl. (n 10), 154.

Det skal herefter drøftes, hvorledes lighedskriteriet er anvendt i relation til musikværker. Dansk retspraksis er som nævnt kendetegnet ved et betydeligt fravær af musikkkrænkelsessager til belysning af spørgsmålet. I Oisterdommen forholdt retten sig ikke til lighedsbedømmelsen, da kopiering ikke blev bestridt af sagsøgte, og fragmentet i øvrigt var kopieret en-til-en bortset fra tonearten. Endvidere kan der henvises til U 2008.77 Ø, hvor spørgsmålet var, om et forspil til salmen »Det første lys er ordet, talt af Gud« udgjorde et nyt og selvstændigt værk, jf. OHL § 4, stk. 2, eller blot en bearbejdelse af salmemelodien, jf. OHL § 4, stk. 1. Lighedsbedømmelsen foregik udelukkende ved sammenligning af skrevne noder med bistand fra to sagkyndige. Landsretten var meget kortfattet i sin begrundelse og anførte blot:

Efter bevisførelsen og herunder særligt syns- og skønserklæringens besvarelse af spørgsmål 4 og 7 må retten anse Finn Pedersens forspil som en bearbejdelse af Peter Møllers værk.

I relation til skønserklæringens spørgsmål 4 fremgår det af besvarelsen, at der var sammenfald i enkelte takter, men ikke i to eller flere sammenhængende takter. Det fremgår også, at forspillet kombinerede de identiske tonesekvenser »på selvstændig vis og i anden rækkefølge end selve salmen«. Endelig fremgår det, at formålet med et forspil til en salme er at »bringe så meget som muligt af salmen på kortest mulig tid«. For det første er det imidlertid uklart, om landsretten vurderede, at tonesekvenserne i de enkelte takter isoleret set opfyldte originalitetskravet, eller om den kumulerede effekt af enkelte takter samlet set var original. Uanset om der var tale om det første eller det sidste, er det tvivlsomt, om der reelt var overtaget beskyttet stof. I relation til de enkelte takter var der tale om ganske korte tonesekvenser på mellem 5 og 8 toner, hvilket, jf. diskussionen ovenfor under afsnit 2.3, taler for, at de enkelte tonesekvenser i sig selv muligvis var for banale eller almindelige til at opfylde originalitetskravet. Hvis landsretten derimod var af den opfattelse, at den kumulative effekt afspejlede originalitet, er dette kritisabelt, da det kun bør være en sammenhængende kombination af i øvrigt ubeskyttede elementer, som kan opfylde originalitetskravet, jf. diskussionen nedenfor i relation til udenlandsk praksis. Dertil kommer, at skønspersonen netop anførte, at forspillet kombinerede de enkelte tonesekvenser »på selvstændig vis«, hvilket vel taler for, at forspillet var et selvstændigt værk. Landsretten har muligvis været påvirket af besvarelsen af spørgsmål 4's sidste del, hvorefter et forspil til en salme varetager det hensyn at »bringe så meget som muligt af salmen på kortest mulig tid«. En sådan fortolkning bestyrkes af besvarelsen af spørgsmål 7, hvor det anføres, at:

Det giver ikke mening at tale om et selvstændigt værk skabt uafhængigt af originalværket; da forspillet i givet fald ikke ville opfylde sit formål: at fremføre melodien tydeligt gendeligt for menigheden.

En sådan argumentation er fra et ophavsretligt perspektiv ikke overbevisende. Det er meget muligt, at der i almindelighed gælder en formodning for, at et salmeforspil udgør en bearbejdelse af salmemelodien. Men dette indebærer ikke nødvendigvis, at der konkret er overtaget beskyttet stof. Formålet med et salmeforspil er således irrelevant for, om der er sket en krænkelse af ophavsretten. Tværtimod taler de konkrete omstændigheder for, at der ikke var overtaget beskyttet stof uanset formålet med forspillet. Dertil kommer, at der øjensynligt ikke blev foretaget nogen auditiv sammenligning af de omtvistede værker. Hverken skønspersonerne eller landsretten havde således vurderet, om salmemelodien reelt kunne genkendes i forspillet, hvilket i sidste ende er helt afgørende for lighedsbedømmelsen.¹⁵⁴ Sagsøger, et musikforlag, var dog heller ikke blevet bekendt med forspillet, og den deraf den mulige krænkelse af salmen, ved at høre forspillet. Kendskabet var derimod skabt ved, at en medarbejder havde opdaget, at noderne til forspillet var trykt i tidsskriftet *Dansk Kirkemusiker Tidende*, hvor det i sagens natur var angivet, at der var tale om et forspil til salmen. Det er således min opfattelse, at dommen hviler på et ophavsretligt tvivlsomt grundlag, og med al respekt for Østre Landsret bidrager dommen ikke med velfunderet eller klar vejledning i relation til lighedsbedømmelsen.

USA

I amerikansk retspraksis udføres lighedsbedømmelsen i musiksager ved brug af en totrinstest, den såkaldte extrinsic/intrinsic-test. Det første trin indebærer, at konkrete ligheder baseret på objektive kriterier identificeres, hvilket forudsætter en sammenligning af værkernes bestanddele ofte ved brug sagkyndig bistand.¹⁵⁵ Herefter skal det vurderes, hvorvidt de bestanddele fra det oprindelige værk, som genfindes i det nyere værk, i sig selv er originale.¹⁵⁶ I den forbindelse er det op til en sagkyndig, som typisk er musikolog, at omsætte musikken til visuelt bevismateriale i form af en erklæring, der hovedsageligt indeholder en analyse af ligheder fsva. melodi, harmoni, rytme, struktur, tem-

154. Schovsbo m.fl. (n 10), 156 f.

155. *Three Boys Music Corp. v. Bolton*, 485.

156. *Swirsky v. Carey*, 845.

po og genre mv. Endvidere er det almindeligt for at lette lighedsbedømmelsen, at sagkyndige indspiller særlige versioner af værkerne, hvor musikken transponeres til samme toneart og samme tempo.¹⁵⁷ Formålet er således, at dommere uden musikfaglig kundskab hjælpes med at foretage en retlig vurdering. Også i dansk ret baseres krænkelsesvurderingen på en lighedsdommelse, jf. U 2008.77 Ø. Imidlertid adskiller den danske civilproces sig fra den amerikanske, da de sagkyndige, der medvirker i sager, typisk udmeldes ved et egentligt syn og skøn, hvor det er op til retten at udpege en eller flere skønspersoner, jf. RPL § 198, stk. 1. I USA er det derimod parterne, som ensidigt udpeger de sagkyndige.¹⁵⁸ Ikke overraskende fører det ofte til store uenigheder i de respektive sagkyndige erklæringer. Som eksempel kan nævnes *Allen v. Walt Disney*,¹⁵⁹ hvor retten udtalte, at »The opinions of these men of music are so widely apart that it is impossible to reconcile them.« En positiv følge heraf er imidlertid, at de amerikanske domstole generelt foretager en meget kritisk afvejning af de sagkyndige erklæringer. Som eksempel kan nævnes *Straughter v. Raymond*,¹⁶⁰ hvor retten udtalte, at »a district court can properly discount an expert's testimony where he or she deemphasizes a work's many dissimilarities and instead emphasizes a few general similarities.« Endvidere kan nævnes *Heim v. Universal*,¹⁶¹ hvor appelretten udtalte, at »it was proper for the trial judge to avail himself of (although not to be bound by) expert testimony. He heard the experts of both sides.« Endvidere synes amerikanske domstole at være opmærksomme på at sondre mellem retlige og faglige vurderinger. Se hertil *Swirsky v. Carey*, hvor appelretten udtalte, at »a musicologist is not an expert on what the term »idea« means under the copyright laws«. ¹⁶² I kontrast hertil står det, som Rosenmeier kalder »den praktiske virkelighed«. Med andre ord viser Rosenmeiers analyse af retspraksis, at danske domstole næsten altid lægger skønspersonens erklæring til grund. Dette sker, uagtet at skønspersonen somme tider tager stilling til retlige spørgsmål, hvilket kritiseres som »i helt oplagt strid med den almindelige procesretlige grundsætning om, at man ikke må overlade retlige spørgsmål til skøns-

157. Mopas and Curran (n 21), 26 f., 35.

158. Michael Der Manuelian, »The Role of the Expert Witness in Music Copyright Infringement Cases« (1988) 57 Fordham L Rev 127, 127 f.

159. 41 F. Supp. 134 (S.D.N.Y. 1941), 138.

160. C.D. California, Western Division 2011 WL 3651350, 16.

161. 154 F.2d 480 (2nd Cir. 1946), 488.

162. *Swirsky v. Carey*, 851.

mænd«. ¹⁶³ Rosenmeiers betragtninger bestyrkes af den ovenfor omtalte dom i U 2008.77 Ø, hvor skønspersonen tog udtrykkeligt stilling til ophavsretlige spørgsmål, som blev tiltrådt af landsretten. Således fremgår det af bl.a. af dommen, at »Syns- og skønsmanden bedes om muligt definere begreberne »bearbejdelse« og »originalt værk««. Imidlertid anfører Schovsbo, Rosenmeier og Salung, at »Den praksis er nu på retur.« ¹⁶⁴

Spørgsmålet er således, om Rosenmeiers betragtninger om sagkyndiges medvirken i ophavsretssager her 20 år senere stadig er relevante? Dette synes i lyset af nyere retspraksis at være tilfældet. Der kan eksempelvis henvises til Sø- og Handelsrettens dom 26. oktober 2020 i sag BS-50242/2018-SHR (plantekasse), hvor retten nåede frem til, at en plantekasse var ophavsretligt beskyttet. I den forbindelse henviste retten udtrykkeligt til skønserklæringens svar på spørgsmål 2 og 3, hvor den sagkyndige udtalte, at »Plant Box er resultatet af en karakteristisk selvstændig skabende indsats præget af frembringerens individualitet og egenart.« Denne udtalelse ligger ganske tæt på EU-Domstolens originalitetskriterie om »ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse« og endvidere tæt på øvrige traditionelle retlige originalitetsdefinitioner såsom »ophavsmandens personlige, skabende indsats«, eller at værket skal have »en vis nyhed og selvstændighed« eller »individualitet«. ¹⁶⁵ Der kan tillige henvises til Sø- og Handelsrettens dom i sag BS-9667/2017-SHR (regnjakker) vedrørende krænkelse af jakkedesign, hvor retten henviste til skønspersonens udtalelse om, at en fishtail-detalle »fremstår som et resultat af designerens egen intellektuelle frembringelse«. Med andre ord var skønspersonens eksplicite anvendelse af ophavsretlige begreber øjensynligt ikke noget, som retten fandt betænkeligt. Endvidere kan der henvises til Sø- og Handelsrettens dom 4. juni 2019 i sag BS-1498/2016-SHR, stadfæstet af Østre Landsret i U 2020.2532, hvor retten i relation til spørgsmålet om originalitet i en keramikserie henviste til skønserklæringens vurdering af spørgsmål 4, som havde følgende ordlyd: »Fremstår Anne Black ApS' design som et resultat af kreative valg foretaget af Anne Black?«. Denne vending minder til forveksling om den terminologi, som anvendes af EU-Domstolen i *Painer*, præmis 89, hvorefter originalitet beror på, om ophavsmanden har været i

163. Morten Rosenmeier, »Nogle bemærkninger om sagkyndiges medvirken i ophavsretssager« U 2001B.102.

164. Schovsbo m.fl. (n 10), 83.

165. Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier & Clement Salung Petersen, *Immaterialret* (4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2015), 77.

stand til at foretage »frie og kreative valg«. Endvidere lagde retten skønserklæringen til grund i relation til krænkelsesvurderingen, hvor skønspersonen bl.a. tog stilling til de omtvistede produkters forvekslelighed vurderet ud fra forbrugerens perspektiv. Dette gjorde retten til trods for, at sagsøgte netop fremførte som anbringende, at skønspersonen derved havde foretaget en retlig vurdering. Dog findes der også et eksempel i U 2015.1972 V med dissens, hvor landsretten tilsidesatte skønserklæringen og foretog en selvstændig originalitetsvurdering af nogle arkitekttegninger. Det kan imidlertid være vanskeligt at foretage en klar sondring mellem retlige og faglige vurderinger. Jeg, som både har en musikfaglig baggrund og er jurist, har svært ved at kende forskel på faglige og retlige vurderinger af musikværker. Men det synes at forholde sig således, at danske domstole ofte er ukritiske over for sagkyndige vurderinger, hvilket efter min opfattelse er problematisk, når der ikke er vandtætte skotter mellem faglige og retlige skøn.

Fra et retssikkerhedssynspunkt kan der således peges på fordele og ulemper ved både den danske og den amerikanske model, men jeg er mest tilhænger af den amerikanske model. Dette skyldes, at skønspersonerne, til trods for at modellen ud fra et habilitetssynspunkt er betænkelig, stadig må værne om deres faglighed, såfremt de ønsker at gøre karriere som retsmusikologer. Eksempelvis fremgår det af *Straughter v. Raymond*, at »Dr. Ferrara generally agrees with Saadi's comparison«, hvilket understøtter, at musikologers eventuelle uenighed må bero på fagligt forsvarlige argumenter.¹⁶⁶ Herefter er det jo netop domstolens opgave at foretage en fri bevisbedømmelse således som i *Heim v. Universal*. Denne model er derfor bedre i overensstemmelse med det kontradiktoriske princip end den danske model, hvor spørgsmålet om originalitet og krænkelse i realiteten ofte afgøres af skønspersonen. Imidlertid er vestlig musikteori et universelt fænomen,¹⁶⁷ og moderne vestlig musik er i vid udstrækning præget af amerikansk populærmusik. Derfor er det i mangel af vejledende dansk retspraksis oplagt at inddrage amerikansk retspraksis i relation til musikfaglige skøn af ligheder mellem to værker. I den forbindelse er der et overlap mellem originalitetsvurderingen og lighedsbedømmelsen, da ubeskyttede ligheder er irrelevante for krænkelsesvurderingen. Der kan således henvises til diskussionen om originale musikværker under 2.3.

166. *Straughter v. Raymond*, 3.

167. Livingston and Urbinato (n 139), 239.

Fra amerikansk retspraksis, hvor krænkelser blev afvist med henvisning til, at det efterlignede ikke var originalt og beskyttet, kan der i øvrigt henvises til følgende domme:

I *Arnstein v. Edward Marks Music*¹⁶⁸ var der sammenfald i første del af begge værkers omkvædsmelodi på 4 toner, hvor den ansete dommer Learned Hand udtalte, at »that particular sequence can be found in several earlier musical pieces«. I *Hirsch v. Paramount*¹⁶⁹ var et sammenfald i en melodisekvens på 9 toner ikke en krænkelser, idet sagsøgte fremlagde eksempler på 9 tidligere sange med samme melodisekvens. I *Heim v. Universal* var et identisk sammenfald i tonefølge (14 toner), harmoni, rytme og arrangement i hhv. sagsøgers omkvæd og sagsøgtes vers ikke en krænkelser, idet sagsøgte fremlagde et ældre værk, »Humoreske«, hvis beskyttelsestid var udløbet, som var næsten identisk i toneforløb og harmoni, men adskilte sig fra de to omtvistede værker i relation til rytmisk struktur og arrangement. Endvidere fremlagde sagsøgte 9 andre »popular songs«, som med små modifikationer ifølge sagsøgtes skønsperson var næsten identiske med »Humoreske« pga. sammenfald i tonesekvenserne. Det blev på den baggrund afgjort, at sagsøgers værksdel var en almindelig tonesekvens, som derfor ikke besad den fornødne originalitet.¹⁷⁰ Dommen er dog med dissens fra dommer Clark, som eksplicit udtalte, at sagsøgtes vers udgjorde en »Chinese copy« af sagsøgers omkvæd. Ifølge Clark var det forhold, at hhv. sagsøgers omkvæd og sagsøgtes vers var identiske, og at de adskilte sig fra kendte værker i relation til rytmisk struktur og arrangement, tilstrækkeligt til at originalitetskravet var opfyldt, samt der var sket ulovlig kopiering.¹⁷¹ I modsætning til majoriteten vejede rytmik og arrangement således tungere for ham. En sådan lighedsbedømmelse synes i tråd med senere retspraksis bl.a. i *Swirsky v. Carey*, hvor appelretten fastlagde, at ubeskyttede elementer kombineret kan udgøre et originalt værk, og at der ikke kan peges på en bestemt magisk kombination. I *Heim v. Universal* var der tale om tilnærmelsesvis identisk sammenfald i melodi, harmonier, rytmik og arrangement i hhv. omkvæd og vers, og begge værksdele bestod af 8 takter, hvilket er relativt meget. Det derfor tvivlsomt, om dommen fik det rigtige udfald, fordi sagsøgers unikke rytmestruktur, arrangement samt længden taler for, at der var tale om en beskyttet værksdel, og sagsøgtes tilnærmelsesvis

168. 82 F.2d 275 (2nd Cir. 1936), 277.

169. 17 F.Supp. 816 (S.D.Cal. 1937), 817 f.

170. *Heim v. Universal Pictures Co*, 483 ff.

171. *Ibid.*, 490.

identiske vers taler for ulovlig kopiering, uagtet at tonesekvensen og harmonierne kunne genfindes i kendte musikværker. Clarkes dissens understøttes endvidere af *Repp v. Webber*.¹⁷² I denne sag havde sagsøger støttet sin påstand om krænkelse på et sammenfald i en tonesekvens på 7 toner, placeringen af sekvensen i begge værker, lignende tone-intervalstruktur samt visse rytmiske og harmoniske ligheder. Dog var der samlet set ikke sammenfald i kombinationen af disse elementer, men som sagsøger understregede, var der tale om en kombineret effekt. Imidlertid afviste retten, at den kombinerede effekt havde betydning for lighedsbedømmelsen. Appelretten fastslog, at det var nødvendigt med en mere holistisk analyse, i stedet for at håndplukke forskellige ligheder »among the most common devices used in music«. Endvidere oplyste dommeren, at der var forskel på tempo og rytme. Endelig var værkernes overordnede stemning forskellig, idet det ene værk var komponeret i en dur-toneart og derved fremkaldte en optimistisk og glad stemning, mens det andet værk var komponeret i en mol-toneart, som fremkaldte en trist stemning. Dette er således i tråd med præmissen i *Swirsky v. Carey*. Kendte strofer, skalaer mv. kan således vanskeligt i sig selv være beskyttede og derved blive krænkede. *Repp v. Webber* understreger imidlertid, at der ikke kan statueres krænkelse ved at kumulere ligheder mellem ubeskyttede elementer fra forskellige passager af værkerne. Et sådant princip er ganske fornuftigt, navnlig i relation til den dogmatiske og relativt simple populærmusik, hvor der generelt kan kumuleres ganske mange ligheder. I *Baxter v. MCA*¹⁷³ vedrørende om en tonesekvens på 6 toner fra temamelodien til filmen »E.T.« udgjorde et plagiat, fastslog retten i første instans – hvis afgørelse blev stadfæstet af appelretten – at sagsøgte ikke behøvede at bevise, at tonesekvensen var overgået i det musikalske fælleseje, idet tonesekvensen var for banal til at kunne udgøre et originalt værk. Samme resultat forelå i *Newton v. Diamond*,¹⁷⁴ hvor rap-gruppen Beastie Boys blev sagsøgt for krænkelse af det underliggende værk til en sampling af en tværflyjtepassege på seks sekunder med tonefølgen C-Des-C. Beastie Boys havde ellers indhentet tilladelse fra pladeselskabet, som var indehavere af producentrettighederne, men ophavsmanden påstod sine rettigheder til det underliggende værk krænkede. I den for-

172. 947 F.Supp. 105 (S.D.N.Y. 1996), 112 ff. Dommen blev stadfæstet i sin helhed i *Repp v. Webber*, 132 F.3d 882 (2nd Cir. 1997).

173. 907 F.2d 154 (9th Cir. 1990), 1.

174. 204 F.Supp.2d 1244 (C.D.Cal. 2002), 1249 ff. – Stadfæstet i 388 F.3d 1189 (9th Cir. 2003).

bindelse gjorde sagsøger gældende, at tonesekvensen var original, dels med henvisning til en særlig teknik, hvor der synges og blæses i fløjten på samme tid, såkaldt *vocalization*, og dels den særlige sound, som sekvensen havde. Dette afviste retten. Dels fordi blæseteknikken ikke kunne beskyttes som et værk, dels fordi sagsøgeren ikke kunne støtte ret på »elements unique to the sound recording«. Det var således kun selve tonesekvensen, som var relevant for originalitetsvurderingen, og her nåede retten frem til, at den korte tonesekvens var for banal til at nyde beskyttelse. Der er endvidere praksis på, at kombinationen af tekst og toner ikke nødvendigvis er ulovlig kopiering. Dette var tilfældet i *Jean v. Bug Music*.¹⁷⁵ Der var tale om et identisk sammenfald i tonesekvensen C-Bb-C kombineret med teksten »clap your hands«. Der var i sagen fremlagt righoldig dokumentation for, at hhv. tekst og tonesekvens var udbredt i kendt kunst. Da sagen var et negativt anerkendelsessøgsmål, gjorde sagsøgeren heroverfor gældende, at selv om tekst og tonesekvens isoleret ikke var beskyttelsesværdig, udgjorde kombinationen et originalt værk. Dette anbringende afviste retten og udtalte, at »the lyrical phrase and the three notes are so common and unoriginal that even when they are combined they are not protectible.« Endelig skal nævnes *Skidmore v. Led Zeppelin*, omtalt ovenfor under 2.3, hvor det blev fastlagt, at 4 takter med en nedadgående kromatisk skala sammen med akkordbrydninger ikke var et originalt værk. Appelretten anerkendte, at ubeskyttede elementer kan sammensættes på en original måde, men dette var ifølge majoriteten ikke tilfældet i »Taurus«. ¹⁷⁶ Imidlertid anførte dommer Watford, at kombinationen af ubeskyttede elementer i »Taurus« var udtryk for en original frembringelse. Dog skulle beskyttelsesomfanget vurderes i lyset af det kreative råderum. I den forbindelse var beskyttelsessfæren begrænset til meget nærgående efterligninger, idet Watford udtalte, at der under hensyn til musikalske konventioner og musikgenrer, er relativt få måder at sammensætte de ubeskyttede elementer i løbet af 4 takter. En nærgående efterligning skulle i den forbindelse sidestilles med en tilnærmelsesvis identisk efterligning. Dermed tiltrådte Watford, at der ikke var sket en krænkelse, idet »Stairway To Heaven« ifølge dommeren ikke var en tilstrækkelig nærgående efterligning, da der kunne identificeres forskelle i melodi og rytme. ¹⁷⁷ Derimod anførte de dissenterende dommere Ikuta og Bea, at der var tale om en krænkelse, idet de vurderede, at de ubeskyttede elementer i »Tau-

175. 2002 WL 287786 (S.D.N.Y. 2002), 5 f.

176. *Skidmore v. Led Zeppelin*, 1069 ff.

177. *Ibid.*, 1079 f.

rus«, var sammensat på en unik og hidtil ukendt måde, hvorfor »Stairway To Heaven« efter deres vurdering udgjorde en krænkelse. Grundlæggende var der enighed om juraen i de tre forskellige vurderinger. Der var således enighed om, at originaliteten skulle findes i den måde, hvorpå de ellers ubeskyttede bestanddele blev kombineret. Forskellene synes at ligge i de konkrete skøn, hvilket understreger, at originalitets- og lighedsvurderingen er en upræcis størrelse.

Fra amerikansk retspraksis, hvor krænkelse blev statueret som følge af tilstrækkelig lighed mellem værkerne kan der henvises til følgende domme:

I en ældre dom fra 1915, *Boosey v. Empire*,¹⁷⁸ var kombinationen af en tonesekvens på 5 toner og teksten »I hear you calling me« beskyttelsesværdig. Sagsøgtes kombination af teksten »Tennessee, I hear you calling me« med en identisk tonesekvens udgjorde dermed en ulovlig kopi. I *Fred Fisher v. Dillingham* udgjorde en tonesekvens på 8 toner, brugt som en ostinato (en gentaget figur) en krænkelse, da det krænkede musikværk brugte samme tonesekvens på samme måde. Learned Hand slog fast, at selvom tonesekvensen ikke i sig selv kunne beskyttes, da den var en del af det musikalske fælleseje, så blev den brugt på en original måde. Det var således gentagelsesmønsteret, som var originalt. Tilsvarende blev krænkelse statueret i *Bright Tunes v. Harrisongs*, omtalt ovenfor under 2.3, hvor det særlige gentagelsesmønster, af i øvrigt almene tonesekvenser, var udtryk for originalitet, hvorfor det tidligere Beatles-medlem George Harrisons næsten identiske tonefølge og gentagelsesmønster udgjorde en krænkelse.¹⁷⁹ Det følger formentlig implicit af de to sidstnævnte domme, at krænkelse af sådanne gentagelsesmønstre forudsætter en nærgående efterligning, da de enkelte tonesekvenser ikke i sig selv var originale. Altså en snæver beskyttelsessfære. I *Elsmere Music v. National Broadcasting*¹⁸⁰ blev det fastlagt, at tonesekvensen D-C-D-E kombineret med teksten »I love New York« var original, hvorfor der som udgangspunkt var tale om en krænkelse af samme tonesekvens kombineret med teksten »I love Sodom«. Retten begrundede originalitet med, at værksdelen trods sit kvantitative beskedne omfang var »the heart of the composition«, idet den blev gentaget mange gange i løbet af sangen. Imidlertid havde sagsøgte kun gentaget den efterlignede værksdel 3-4 gange. Derfor er det uklart, om retten mente, at værksdelen i sig selv var original, eller om det var gentagelsesmønsteret, som

178. 224 F. 646 (S.D.N.Y. 1915), 647.

179. *Bright Tunes v. Harrisongs*, 178.

180. 482 F.Supp. 741 (S.D.N.Y. 1980), 744.

var originalt. Hvis det sidste er tilfældet, er det vanskeligt at følge, hvorfor der var tale om en krænkelse, da sagsøgte ikke havde brugt værksdelen i samme gentagelsesmønster. Hvis derimod »the heart of the composition« skal forstås således, at værksdelen i sig selv var original, er rettens håndtering af krænkelsesspørgsmålet ikke kontroversiel. Dog er det i så fald vanskeligt at følge ræsonnementet for, at værksdelen var original. Med andre ord er det uklart, om retten i så fald mente, at mange gentagelser af den samme værksdel kan medføre, at værksdelen i sig selv er original. Eller om retten mente, at værksdelen i sig selv var original, uanset om den blev gentaget. Begge udfald virker uforenelige med den ovenfor gennemgåede praksis og ophavsretlige principper i almindelighed. For det første af den åbenlyse årsag, at mange gentagelser af samme ubeskyttede element ikke bør kunne medføre beskyttelse af det enkelte ubeskyttede element. For det andet fordi en ganske almindelig og beskeden tonesekvens på 4 toner kombineret med et cliché statement som »I love New York« ikke bør kunne beskyttes som et originalt værk, jf. *Jean v. Bug Music* ovenfor. En anden tvivlsom dom, hvor der blev statueret krænkelse, var i *Williams v. Gaye*, omtalt ovenfor under 2.2 og 2.3. Her havde retten identificeret visse ligheder mellem sangene som værende ligheder imellem hooklinje, basgang, keyboardakkorder, harmoniske strukturer og vokalmelodier. Dels var der tale om en konstellation af ligheder, som isoleret set var almindelige for soulmusik, men disse ligheder var ikke kombineret på en original måde i det krænkede værk. Samtidig kunne der identificeres væsentlige forskelle fsva. melodi, harmoni og rytme. Appelretten støttede sin begrundelse på præmissen fra *Swirsky v. Carey*, hvorefter ubeskyttede elementer i den rette kombination samlet set kan udgøre et beskyttet værk, men appelretten synes at forveksle kombination med kumulation. Appelretten synes dermed at have misfortolket *Swirsky v. Carey* på dette punkt, da denne dom lægger vægt på, at i øvrigt ubeskyttede elementer kan være kombineret på en original måde. Af *Swirsky v. Carey* følger således, at ud over at flere ubeskyttede elementer genfindes i det nyere værk, skal den særlige måde, hvorpå elementerne er kombineret tillige være efterlignet. Samme opfattelse havde øjensynligt den dissenterende dommer Nguyen i *Williams v. Gaye*, som udtalte følgende:

Here, the Gayes' expert, musicologist Judith Finell, cherry-picked brief snippets to opine that a »constellation« of individually unprotectable elements in both pieces of music made them substantially similar.¹⁸¹

I lyset af at dommer Nguyens dissens blev tiltrådt af majoriteten i den senere dom i *Skidmore v. Led Zeppelin*, er dommens betydning for retstilstanden tvivlsom. I *Skidmore v. Led Zeppelin* udtalte majoriteten, ligesom dommer Nguyen i *Williams v. Gaye*, at en original kombination af ubeskyttede elementer ikke omfatter sammenfald i ubeskyttede elementer spredt ud over værkerne. Dermed synes appelretten i *Skidmore v. Led Zeppelin* at have lukket døren til den flod af søgsmål der fulgte i tiden efter *Williams v. Gaye*. Eksempelvis kan nævnes R'n'B-stjernen Bruno Mars, der måtte imødekomme indtil flere søgsmål i relation til hans kæmpehit »Uptown Funk«.¹⁸² Den verdenskendte rapper Drake blev sagsøgt for at sample et trommebeat.¹⁸³ Den britiske singer-songwriter Ed Sheeran blev ligeledes sagsøgt gentagne gange herunder i en sag, som blev forligt,¹⁸⁴ samt en sag, hvor arvingen til komponisten Edward B. Townsends, der var medkomponist på Marvin Gayes hit »Lets Get It On«, sagsøgte Sheeran med påstand om, at has kæmpehit »Thinking Out Loud« udgjorde en krænkelse.¹⁸⁵ Endelig kan nævnes *Gray v. Perry*,¹⁸⁶ hvor popstjernen Katy Perry blev sagsøgt med påstand om, at hendes hit »Dark Horse« krænkede ophavsretten til sagsøgersnes sang »Joyful Noise«. Sagen blev hovedforhandlet kort efter Led Zeppelin-afgørelsen. Indledningsvist, med henvisning til *Feist v. Rural*, slog appelretten fast, at originalitetskriteriet som udgangspunkt er beskedent. Herefter citerede appelretten bl.a. *Skidmore v. Led Zeppelin* og dommer Nguyens dissens fra *Williams v. Gaye*. Appelretten nåede derpå frem til dels, at en ostinato på 8 toner ikke i sig selv var original, dels var der ikke var tilstrækkeligt sammenfald i selve

181. *Williams v. Gaye*, 1138.

182. Michelle Kaminsky, »Bruno Mars And Mark Ronson's 'Uptown Funk' Faces (Yet Another) Copyright Infringement Suit« (Forbes 30 December 2017) www.forbes.com/sites/michellefabio/2017/12/30/bruno-mars-and-mark-ronsons-uptown-funk-faces-yet-another-copyright-infringement-suit/?sh=68195d9c70c0 <tilgået 17. april 2021>.

183. Hayleigh Boshier, »Drake sued for copyright infringement of a beat« <https://ipkitten.blogspot.com/2019/09/drake-sued-for-copyright-infringement.html> <tilgået 17. april 2021>.

184. *Carey v. Sheeran*, 18-002141 (S.D.N.Y. 2018).

185. *Griffin v. Sheeran*, 351 F.Supp.3d 492 (S.D.N.Y. 2019).

186. *Gray v. Perry*, 2020 WL 1275221 (C.D.Cal. 2020).

kombinationen af ubeskyttede elementer, til at der var sket krænkelse.¹⁸⁷ Det står således relativt klart, at i amerikansk ret kan sporadiske sammenfald i ubeskyttede elementer imellem to musikværker ikke kumuleres til at udgøre en krænkelse.

Lighedstestens andet trin, intrinsic-testen, indebærer en objektiv bedømmelse af, hvorvidt en almindelig fornuftig person får det samme helhedsindtryk af de to musikværker.¹⁸⁸ En sådan retlig fiktion kan ikke så håndfast udledes af dansk retspraksis. Også i dansk ret er der dog tendenser til, at der lægges vægt på lægmandens opfattelse ved krænkelsesvurderingen. Schovsbo m.fl. henviser f.eks. til, at der i relation til sager om krænkelse brugskunst somme tider henvises til, om publikum ville kunne forveksle værkerne. Endvidere henvises til en utrykt kendelse fra Københavns Byret, FS F3-10062/2012 (Lykketrolden fra Gjøl) vedrørende brug af den famøse trold i en film. Forfatterne referer, at retten lagde vægt på, »at trolden med violet hår var fremstillet på en så flygtig måde, at den almindelige beskuer ikke fik nogen identitetsoplevelse«.¹⁸⁹ Der kan tillige henvises til BS-15944/2020-OLR (Christian Bitz), der vedrørte krænkelse af et keramikstel, hvor landsretten henviste til, at sagsøgte keramikstel »for det utrænede øje« gav samme »identitetsoplevelse«. Tilsvarende henviser Nordell til en svensk højesteretsdom vedrørende efterligning af et portrætfoto og anfører, at »En helhedsbedømming skulle alltså göras med utgångspunkt i den subjektiva uppfattning som kunde antas delad av flertalet.«¹⁹⁰ Det er således ikke ualmindeligt i danske ophavsretssager at lægge vægt på en lægmands opfattelse ligesom i amerikansk ret. Derfor er det relevant at inddrage den righoldige amerikanske retspraksis vedrørende musikplagiater i relation til intrinsic-testen i en dansk kontekst. Endvidere kan det udledes af den gennemgåede retspraksis, at intrinsic-testen sjældent giver anledning til juridiske uenigheder. Den juridiske såvel som den musikfaglige tvist ligger normalt i extrinsic-testen. I sidste ende er der tale om at drage en grænse mellem ulovlig og lovlig efterligning på ad hoc-basis ud fra et helhedsindtryk.

187. Ibid., 5 ff.

188. *Three Boys Music Corp. v. Bolton*, 485.

189. Schovsbo m.fl. (n 178), 77.

190. P.J. Nordell, NIR 3/2017, 312.

England

Engelske domstole anvender en tilsvarende test for objektiv lighed, som kendes fra amerikansk ret.¹⁹¹ Dog er engelske musikplagiatsager kendetegnet ved, at begge parter har mulighed for ensidigt at udpege en eller flere skønsmand eller alternativt kan enes om at udpege en uafhængig skønsmand. Se hertil *Francis Day & Hunter v. Bron*,¹⁹² hvor parterne i første instans havde egne skønsmand, men i 2. instans udpegede en uafhængig skønsmand i fællesskab. Imidlertid har engelsk ret traditionelt adskilt sig fra dansk og øvrig kontinentaleuropæisk ophavsret. Dels i relation til originalitetskravet, idet kravet til originalitet, *skill and labour*, har et andet indhold end det mere kreativtetsbetonede kontinentaleuropæiske originalitetskrav, dels følger det af den engelske CDPA § 16, stk. 3, at ophavsretten krænkkes, hvis der sker kopiering »in relation to the work as a whole or any substantial part of it«. I relation til det sidste led, »substantial part«, har engelske domstole stillet et krav om, at der skal kvalitativt (frem for kvantitativt) være kopieret en del af et beskyttet værk for, at der kan foreligge en krænkelse. Men i kraft af Storbritanniens medlemskab af EU har England været underlagt samme harmonisering af ophavsretten som de øvrige medlemslande. Derfor har engelsk retspraksis post-*Infopaq* dels været underlagt det EU-retlige originalitetskrav om »ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse«, dels skulle »any substantial part«, jf. § 16, stk. 3, fortolkes EU-konformt, således at det kopierede i sig selv skal være original for at udgøre en krænkelse. Ikke desto mindre hævder Laddie, Prescott & Victoria i »The Modern Law of Copyright« – som af engelske domstole regnes for et ledende værk, jf. *Sawkins v. Hyperion*, omtalt ovenfor under 2.2 – at der materielt ikke er nogen forskel på en kvalitativ del af et værk og det EU-retlige originalitetskrav, som blot kræver »frie og kreative valg«. Derfor har engelske domstole fortsat henvist til retspraksis pre-*Infopaq*, uden at det har givet anledning til kritisk diskrepans i forhold til EU-retten.¹⁹³ Torremans tilslutter sig, at *Infopaq* ikke har haft materiel betydning for det engelske originalitetskrav i relation til musikværker.¹⁹⁴ Tilsvarende

191. Laddie, Prescott & Vitoria, *The Modern Law of Copyright: Volume I* (5th ed. Lexis-Nexis 2018), 157 f.

192. [1963] Ch. 587.

193. Ibid., 159 ff.

194. Paul Torremans, »The role of the CJEU's autonomous concepts as a harmonising element of copyright law in the United Kingdom« (2019) I.P.Q., 281.

fremgår det af en dommen *T & A Textiles v. Hala Textile*¹⁹⁵ vedrørende krænkelse af sengelinned, at der ikke er nogen forskel på det engelske originalitetskrav *skill and labour* og *ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse* såvel som spørgsmålet om krænkelse. Dette rejser spørgsmålet om, hvorvidt de engelske domstole blot har fundet det belejligt at fastholde engelske ophavsretlige principper. Det forekommer dog ikke at være tilfældet i relation til musikværker, givet at engelske domstole synes at have samme tilgang til elementer, der ikke er beskyttelsesværdige, sådan som danske og amerikanske domstole har.¹⁹⁶ Således skal kravet om den fornødne *skill and labour* opfyldes under skyldigt hensyn til ubeskyttede elementer. Det er derfor vanskeligt at se, hvorledes kravet om *skill and labour* materielt adskiller sig fra ophavsmandens *frie og kreative valg* i relation til musikværker. Tilsvarende dansk og amerikansk ret fremgår det af *Baigent v. The Random House*,¹⁹⁷ at originalitet kan foreligge i den måde, hvorpå ubeskyttede elementer er kombineret. Dommen vedrørte, om bestsellerromanen »The Da Vinci Code« havde plagieret det centrale tema eller plot i bogen »The Holy Blood and The Holy Grail«. I den forbindelse udtalte lord justice Mummery, at krænkelse kan ske ved at kopiere en original måde at sammensætte eller arrangere i øvrigt ubeskyttede elementer. På den baggrund antages det, at engelsk retspraksis i relation til krænkelse af musikværker i hovedsagen er i overensstemmelse med den danske retstilstand. Det er derfor relevant at skele til engelsk retspraksis i relation til musikværker herunder i relation til lighedsbedømmelsen.

I en ældre dom fra 1923 i *Austin v. Columbia*¹⁹⁸ – omtalt ovenfor under 2.2 – der vedrørte plagiat af et arrangement til et operastykke var genstanden for konflikt alene baseret på harmonier. Columbia havde gengivet sagsøgeren Frederic Austins harmonier tilnærmelsesvist identisk, og de omtvistede værker mindede i højere grad om hinanden end om den originale opera af Johann Christoph Pepusch. Men Columbia gjorde gældende, at deres arrangement var baseret på den originale opera fra 1729, og skønsmanden havde i sagen anført, at der ikke kan gives ophavsretlig beskyttelse til harmonier, og at Columbia ikke havde kopieret nogen af Austins melodier. Imidlertid statuerede lord justice Astbury krænkelse, idet han udtalte, at ophavsret kan foreligge i

195. [2015] EWHC 2888 (IPEC).

196. Laddie, Prescott & Vitoria (n 208), 157 f.

197. [2007] F.S.R. 24, 630.

198. *Austin v. Columbia*, 398 ff.

en ny og original kombination af »musical devices all in themselves old and in common use«. Til spørgsmålet om efterligning udtalte Astbury, at:

Infringement of copyright in music is not a question of note for note comparison, but of whether the substance of the original copyright work is taken or not. It Falls to be determined by the ear as well as by the eye.

Dommen indikerer dels samme tilgang til spørgsmålet om ubeskyttede elementer, som dansk og amerikansk ret, men samtidig afspejler dommen en relativt abstrakt tilgang til lighedsbedømmelsen, hvor den objektive analytiske dissekering af musikværkerne ikke synes at blive tillagt afgørende vægt. Ud fra en mere snæver fortolkning kan imidlertid anføres, at dommen ikke afviser en »note for note comparison«, men blot fastslår, at, om der i sidste ende er tale om en ulovlig krænkelse, beror på, om begge værker giver samme helhedsindtryk. Samtidig indikerer dommen, at hvis to værker – som begge er en bearbejdelse af et tredje værk – er indbyrdes mere identiske end med det tredje værk, taler dette for krænkelse. Det hører dog med til dommen, at Columbia forinden havde forsøgt at få licens til at udgive Austins arrangement, men havde fået afslag. Det er således muligt, at dette forhold har haft betydning for dommens udfald.

I *Francis Day v. Bron* skulle den engelske Court of Appeal tage stilling til, om de første 8 takter i musikværket »Why« af Peter de Angelis udgjorde en krænkelse af de første 8 takter, som tillige indeholdt den bærende temamelodi, i omkvædet til værket »In a Little Spanish Town« af Mabel Wayne. I første instans foretog dommer Wilberforce på baggrund af de foreliggende skønserklæringer en minutøs analyse af objektive ligheder og forskelle samt helhedsindtrykket,¹⁹⁹ hvilket blev tiltrådt i sin helhed af lord justice Willmer i appelinstansen.²⁰⁰ Wilberforce fastslog, at melodierne var mærkbart ens. Selvom der kun var sammenfald i forskellige toneforløb på op til 5 toner – hvor disse i sig selv ikke var tilstrækkeligt originale – var melodierne i de samlede passager på 8 takter meget ens. Harmonierne var identiske, men, bemærkede dommeren, »completely commonplace and insignificant«. Værksdelene var endvidere forskellige i relation til tempo, toneart og rytme. Dommeren bemærkede i den forbindelse, at sammenfald i tonefølge ikke nødvendigvis var tilstrækkelig til at opfylde kriteriet om objektiv lighed, idet

199. *Francis Day & Hunter v. Bron*, 592 ff.

200. *Ibid.*, 608.

tempo og rytme kunne være afgørende. Dog var det forhold, at »In a Little Spanish Town« var 3/4-taktart (vals), og »Why« var en 4/4-taktart, ikke i sig selv en afgørende faktor, men i denne sammenhæng udgjorde forskellen i rytme en væsentlig forskel. Helhedsindtrykket vurderedes på baggrund af opfattelsen hos »an ordinary reasonably experienced listener«. Konklusionen blev, at der trods forskelle var betydelig lighed mellem værksdelene, således at »an ordinary reasonably experienced listener might think that perhaps one had come from the other.« Selv om konklusionen med ordlyden »might think that perhaps« fremstår noget vævende, tog de tre appeldommere dette som udtryk for tilstrækkelig lighed mellem delværkerne.²⁰¹

Det kan udledes af dommen, at appelretten havde en lignende tilgang til lighedsbedømmelsen som amerikanske domstole. Altså først en minutiøs sammenligning af værkernes bestanddele med bistand fra eksperter. Herefter er det dommerens opgave at få afgrænset, hvad der retligt er relevant. I den forbindelse står det relativt klart, at samtlige relevante elementer indgår i en helhedsvurdering, uden at der principielt peges på nogle elementer frem for andre, for til sidst at foretage en vurdering af helhedsindtrykket på baggrund af en retlig fiktion – dvs. en vurdering af, hvordan værkerne må antages at blive opfattet af en bestemt persontype som for eksempel en *almindelig lytter*. Dog er brugen af den retlige fiktion øjensynligt ikke et dogme, som står hugget i sten således som den amerikanske *intrinsic-test*, men derimod et princip, som øjensynligt er et belejligt redskab for at objektivisere et skøn, som ellers kan virke som dommerens personlige holdning. En sådan retlig fiktion er ganske fornuftig, idet gråzonetilfælde dermed fremstår mindre arbitrære. Det anbefales derfor, at danske domstole fortsætter den linje, som kendes fra bl.a. Lykketrolden fra Gjør-afgørelsen, omtalt ovenfor. Dog adskiller den engelske retlige fiktion sig ved en »experienced listener«. Der blev imidlertid ikke givet yderligere retningslinjer i relation til afgrænsningen en sådan *erfaren lytter*. Et sådant begreb minder om helhedsindtrykket hos den *informede bruger*, som kendes fra designretten, jf. bl.a. designlovens § 3, stk. 3. Dvs. en person, som er mere opmærksom end den gennemsnitlige forbruger, dog uden at være ekspert, jf. Pepsi Co-dommen.²⁰² Uden at der i øvrigt er holdpunkter for, at designretlige principper skulle gøre sig gældende i en engelsk ophavsretsdom fra 1963, er der grundlæggende tale om samme princip for afgrænsningen af den retlige fiktion. Parallellen til designretten tydeliggør

201. Ibid., 610, 618, 622.

202. Sag C-281/10 P, *PepsiCo v. Grupo Promer Mon Graphic* [2011] ECR I-10153, p. 53.

derfor, at den *erfarne lytter* må være en person, der er mere opmærksom på detaljer ved musikken og har et bredere kendskab til det musikalske sangkorpus end den almindelige lægmandslytter, dog uden at være ekspert. Det er svært at kvalificere, om den almindelige lytter eller den erfarne lytter er mest hensigtsmæssig som retlig fiktion. På den ene side er der risiko for, at den almindelige lytter har en for overfladisk tilgang til lighedsbedømmelsen. Men på den anden side er der en vis risiko for, at den erfarne lytters helhedsindtryk ligger for tæt på den akademiske og tekniske vurdering, idet den erfarne lytter i sagens natur vil bemærke flere detaljer. En af skønpersonerne i første instans havde netop påpeget, at »The public has a purer approach to music than the critics.«²⁰³ Da første del af lighedsbedømmelsen beror på en ekspertanalyse, hvor genstanden for bedømmelsen af helhedsindtrykket afgrænses, synes det mest hensigtsmæssigt, hvis anden del af lighedsbedømmelsen beror på den almindelige lytters helhedsindtryk, da det modsætningsvist kan anføres, at det ikke er rimeligt, at eneretten udstrækkes til noget, som den almindelige lytter ikke oplever som hidrørende fra det ældre værk. På den baggrund anbefales, at en retlig fiktion afgrænses til den almindelige eller gennemsnitlige musiklytter, der således ikke er særligt opmærksom på detaljer i musikken.

Tyskland

I dommen *Fantasy*, omtalt ovenfor under 2.3, skulle BGH tage stilling til om sangen »Fantasy« – af de amerikanske komponister Maurice White, Eddy del Barrio og Verdine White – udgjorde en krænkelse af sangen »Wie ein Kind« af Berd Plato. Spørgsmålet var, om en kormelodi på 8 toner gentaget flere gange i en bestemt form var kopieret. Lighedsbedømmelsen svarede til den, der foretages i USA og England. Således foretoges i 2. instans en minutøs analyse af musikkens bestanddele med bistand fra en af landsretten udpeget sagkyndig. BGH udtalte, at det først skulle afgrænses, hvilke dele af ældre det værk som var udtryk for »schöpferische Eigentümlichkeit« (kreativ ejendommelighed). Først herefter kunne det vurderes, om der forelå tilstrækkeligt sammenfald i værkerne. BGH tiltrådte landsrettens vurdering, idet kormelodien på 8 toner i sig selv var for almindelig til at kunne beskyttes – »eine gemeinfreie wandernde Melodie«. Det samme gjaldt den rytmiske struktur. Til gengæld blev melodien gentaget 3 gange i træk og 4 gang i modificeret form, hvilket blev beskrevet med formen A+A+A+B. Denne form eller kombinati-

203. *Francis Day & Hunter v. Bron*, 594.

on var imidlertid original og genfandtes i »Fantasy«. Dog var »Wie ein Kind«-melodien i skrevet i halv-, fjerdedels- og ottendedelstoner – dvs. varigheden af et toneanslag – og »Fantasy« var skrevet i fjerdedels-, ottendedels- og sekstendedelstoner, hvilket ifølge skønspersonen fik sagsøgers melodi til at lyde langsommere. Endvidere var der små variationer i melodien i det samlede gentagelsesmønster i »Fantasy«. Samtidig fastslog BGH, at det at gentage en bestemt rækkefølge af toner flere gange er kendt inden for popmusik og derfor ikke særligt original, hvorfor beskyttelsessfæren skulle være tilsvarende snæver. Af den grund tillagde BGH forskellene mellem værkerne større vægt. Der blev således ikke statueret krænkelser, da lighederne ikke i sig selv kunne bevise kopiering, hvilket omtales nærmere nedenfor i relation til kriteriet om subjektivt kendskab.²⁰⁴ BGH kom således frem til, at der var overtaget beskyttet stof, men den ringe grad af originalitet og dermed den øgede risiko for dobbeltskabelser medførte, at bevisbyrden for kopiering blev tungere. BGH anlagde dermed en ganske streng lighedsvurdering, da der var væsentligt sammenfald i både tonefølgen og gentagelsesmønstret. Popmusikkens trivielle univers nævnes gentagne gange, hvilket indikerer, at BGH mente, at popmusik i almindelighed bør gives en snæver beskyttelse. Dommen adskiller sig fra amerikansk og engelsk retspraksis, idet BGH ikke anvender nogen retlig fiktion endside henviser til helhedsindtrykket o.l. Endvidere ses, at BGH såvel som appeldomstolen i 2. instans flittigt og øjensynligt ukritisk støttede sig til skønserklæringen. Det tyder således på, at lighedsbedømmelsen i hovedsagen beroede på en »note for note«-sammenligning. Det kan dog ikke udelukkes, at BGH dannede sig et auditivt helhedsindtryk, men dette kan ikke udledes af dommen. En sådan tilgang bør ikke følges i dansk ret. Spørgsmålet om, hvorvidt der er tilstrækkeligt sammenfald i to musikværker til at statuere krænkelser, er i sidste ende, om to værker lyder tilstrækkeligt ens. Derfor bør notationsanalysen ikke stå alene.

Imidlertid blev dette spørgsmål yderligere afklaret 5 år senere i *Brown Girl II*,²⁰⁵ hvor BGH skulle tage stilling til, om diskogruppen Boney M's sang »Brown Girl in the Ring« udgjorde en krænkelser af sagsøgers »Brown Girl«, som var et arrangement af en caribisk folkesang. I relation til lighedsbedømmelsen fastslog BGH, at vurderingen af spørgsmålet om kopiering krævede først en identifikation af de dele af det ældre værk, der var originale, og som kunne genfindes i det nyere værk, og at helhedsindtrykket var afgø-

204. *Fantasy*, 10 f.

205. BGH, 24.01.1991 – I ZR 72/89.

rende. BGH støttede sig herefter i vid udstrækning på en sagkyndig erklæring og nåede frem til, at i betragtning af de lave krav til beskyttelsesværdighed på musikområdet og den omstændighed, at der i arrangementet af en folkesang, der er overleveret i mange versioner, under alle omstændigheder kun er ringe individuelle udformningsmuligheder, kan selv mindre afvigelser være relevante. Til trods for at de forskellige dele af sagsøgers arrangement var udtryk for almindelige genregreb, lå kreativiteten i kombinationen. Endvidere tiltrådte BGH landsrettens konklusion – idet landsretten ved et retsmøde havde lyttet til sangene – at de ophavsretligt beskyttede dele af »Brown Girl« ud fra et auditivt helhedsindtryk kunne genfindes i »Brown Girl in the Ring«, da der i vidt omfang var sammenfald, hvilket udgjorde et *prima facie*-bevis for kopiering. I lyset heraf er det bemærkelsesværdigt, at BGH i *Fantasy* anerkendte ophavsret til en formstruktur, hvor 8 toner i hovedsagen blev gentaget, men sagsøgte ganske nærgående værksdel udgjorde ikke et *prima facie*-bevis for kopiering. Med andre ord synes BGH i *Fantasy* at anvende en relativ beskyttelsessfære, hvorimod BGH i *Brown Girl* ikke synes at gøre det, da det fremgår, at desto færre udformningsmuligheder på grund af mange eksisterende bearbejdelser af et oprindeligt værk, desto mere taler små forskelle for originalitet. Dette kan ikke tiltrædes. Det taler jo netop for, at beskyttelsessfæren skulle begrænses til tilnærmelsesvis identiske efterligninger, og det fremgår, at den sagkyndige havde identificeret flere forskelle på de omtvistede værker. De divergerende resultater skal muligvis findes i det kvantitative sammenfald, da der i forbindelse med *Brown Girl* var væsentligt sammenfald i værkerne som helhed og ikke blot en del af værket. Dog er det i sagens natur oplagt, at to bearbejdelser af den samme folkesang gennemgående minder meget om hinanden. I sagen *Goldrapper*, omtalt ovenfor under 2.3, kom BGH med en mere udførlig vejledning for lighedsbedømmelsen. BGH udtalte, at ved efterligningsvurderingen skal det først fastlægges, hvilke dele af musikværket som opfylder originalitetskravet. Derefter skal det ved en objektiv sammenligning af de omtvistede værker fastlægges, i hvilket omfang originale dele af det ældre værk genfindes i det nyere værk. Sidst skal sammenligningen bero på et helhedsindtryk. Hvis det samlede indtryk er det samme, er der således sket en reproduktion. Endvidere gentog BGH præmisserne fra *Fantasy*, hvorefter popmusik i almindelighed kun bør indrømmes en snæver beskyttelse pga. de begrænsede kreative udformningsmuligheder. Det er ærgerligt, at BGH ikke benyttede lejligheden til at uddybe, hvorledes præmissen om, at originalitet også kan foreligge ved den særlige måde, musikken udføres på, skal anvendes i relation til krænkelsspørgsmålet. Med andre ord, hvis originalitet udelukkende foreligger i den særlige måde, hvorpå eksempelvis en passage spilles, så bør det ud fra det ræsonnement ikke kunne udgø-

re en ulovlig efterligning at kopiere den samme passage udført på en anden måde.

Sammenfatning

Sammenfattende i relation til lighedsbedømmelsen kan anføres, at retspraksis i hhv. USA, England og Tyskland overvejende har samme tilgang til lighedsbedømmelsen. Lighedsbedømmelsen består således af en totrinstest, hvor første trin er en minutøs analyse af ligheder, som regel ved brug af sagkyndig bistand. Som led i dette trin afgrænses tvistens genstand til de dele af det ældre værk, der i sig selv er beskyttede. I den forbindelse ses det af den gennemgåede retspraksis, at sagsøger som regel gør ganske mange ligheder gældende. Trods divergerende afgørelser kan det udledes, at sammenfald ofte rubriceres som enten trivielle og uoriginale eller kendte måder at bære sig ad på herunder dikteret af bestemte musikgenrer. Det er ofte i selve måden at kombinere de forskellige elementer på, at originalitet foreligger, og domstolene er øjensynligt indstillet på, at populærmusik *de facto* kun kan indrømmes en snæver beskyttelse, da de kreative udformningsmuligheder er ganske beskedne. Dermed synes der først at være holdepunkter for krænkelse inden for populærmusikkens domæne, når der er nærgående sammenfald i relation til de beskyttede dele af det ældre værk, og i den forbindelse er det ikke tilstrækkeligt, at i øvrigt ubeskyttede elementer sporadisk genfindes i det nyere værk. Imidlertid er domstolene tilbøjelige til at finde tilstrækkelig lighed mellem to værker til trods for sagsøgtens påstand om et tredje og ældre værk som forbillede, såfremt de omtvistede værker ligner hinanden i højere grad, end de ligner det ældre forbillede. Samlet set er amerikansk, engelsk og tysk retspraksis ganske fornuftig i relation til dette trin af lighedsbedømmelsen, da det meste er opfundet og så udbredt, at eneretten bør indsnævres i overensstemmelse hermed. Det anbefales, at danske domstole, under skyldigt hensyn til terminologi, som ikke er forenelig med EU-retten, jf. ovenfor under afsnit 2.4, skeler til denne tilgang i forbindelse med lighedsbedømmelsen af musikværker. Endvidere følger det af den gennemgåede udenlandske retspraksis, at lovgivningen er fleksibel i relation til at fremlægge ensidigt indhentede skønserklæringer. Dertil forekommer domstolene ganske kapable i relation til at foretage en kritisk retlig vurdering af de skønserklæringer, som de musiksagkyndige udformer. Det er efter min opfattelse hensigtsmæssigt, hvis danske domstole fremadrettet anlægger samme kritiske tilgang i musiksager, selvom det er uvildige skønspersoner, idet spørgsmålet om originalitet og krænkelse i sidste ende beror på en retlig vurdering, som bør varetages af jurister.

I relation til testens andet trin beror vurderingen på et helhedsindtryk, hvor det skal afgøres, om det nyere værk samlet set udgør en efterligning. I den

forbindelse kan det udledes af den gennemgængede retspraksis, at amerikanske og engelske domstole anvender retlige fiktioner, hhv. den almindelige lytter og den erfarne lytter, hvorimod tyske domstole øjensynligt overlader dette til dommernes selvstændige vurdering uden den retlige fiktion som analyse-ramme. Som anført ovenfor fremstår den retlige fiktion i almindelighed mindre arbitrær, hvorfor det anbefales, at tendensen fra byretsdommen i FS F3-10062/2012 (Lykketrolden fra Gjøl) videreudvikles. Med fare for at udtrykke juridiske trivialiteter beror en sådan bedømmelse i sidste ende på, om to værker – trods de ligheder og forskelle, som identificeres ved en detaljeret analyse – minder så meget om hinanden, at ophavsmanden til det ældre værk rimeligvis bør kunne forbyde det nyere værk. I den forbindelse har dommer Learned Hand udtalt, at grænsedragningen for en lovlig og ulovlig efterligning, når der ikke er fuldstændig identitet, »whereever it is drawn, will seem arbitrary«²⁰⁶ og »The test for infringement of a copyright is of necessity vague«.²⁰⁷ Sammenholdt med den gennemgængede retspraksis understreger citationerne, at lighedsbedømmelsen i relation til musikplagiatsager afspejler en upræcis juridisk bedømmelse.

2.5.2.#2 Subjektivt kendskab

Kriteriet om subjektivt kendskab kan også formuleres som et kriterie om en årsagssammenhæng mellem de omtvistede værker.²⁰⁸ I fraværet af direkte bevis på, at komponisten af et nyere værk kendte til det ældre værk – hvilket inden for musikplagiatsager sjældent forekommer²⁰⁹ – må subjektivt kendskab udledes af indicier.²¹⁰ I den sparsomme danske retspraksis i relation til musikplagiater, har dette spørgsmål ikke været omtvistet. Både i U 2014.3428 S (Oister) og U 2008.77 (salmemelodi) var kendskab til det ældre værk ubestridt.

Fra amerikansk ret kan henvises til *Positive Black Talk v. Cash Money Records*,²¹¹ hvor appelretten opsummerede, at bevis for kopiering på baggrund af indicier forudsætter, 1) at sagsøgte havde *adgang* (*access*) til musikværket forud for frembringelsen af det omtvistede værk, og 2) at der foreligger *be-*

206. *Nichols v. Universal Pictures Corporation*, 45 F.2d 119 (2nd Cir. 1930), 122.

207. *Peter Pan Fabrics v. Martin Weiner Corp.*, 274 F.2d 487 (2nd Cir. 1960), 489.

208. *Sterling* (n 36), § 13.09.

209. *Livingston and Urbinato* (n 139), 263.

210. *Schovsbo m.fl.* (n 10), 153 og *Koktvedgaard* (n 106), 137.

211. 394 F.3d 357 (5th Cir. 2004), 368-371.

viskraftig lighed (probative similarity) mellem værkerne. Retten bemærkede også, at der i henhold til den såkaldte *inverse ratio*-doktrin er et omvendt forhold mellem adgang til værket, og den fornødne beviskraftige lighed således at i mangel på bevis for adgang til værket, kan subjektivt kendskab alternativt udledes ved *slående lighed (striking similarity)*. Dvs. hvis de to værker ligner hinanden så meget, at der ikke kan være tale om en uafhængig frembringelse af sagsøgtes værk. Både *inverse ratio*-doktrinen og princippet om *striking similarity* indebærer, at bevisbyrden vendes om, men sagsøgte kan herefter løfte bevisbyrden, hvis han kan bevise, at det var overvejende sandsynligt, at værket blev skabt uafhængigt af det ældre værk.

Spørgsmålet er herefter, hvorledes disse principper konkret er anvendt i praksis. For det første er det relevant at undersøge, hvad skal der til, for at det kan lægges til grund, at sagsøgte har haft adgang til det ældre værk. I *Inter-song-USA v. CBS*²¹² fastslog retten, at *adgang* til sagsøgers værk er tilfældet, når det kan fastlægges, at sagsøgte hørte eller havde en *rimelig mulighed (reasonable opportunity)* for at høre sagsøgers værk. I den forbindelse argumenterer Bevill for, at adgangskriteriet med internettet er blevet udvandet, idet hun hævder, at den blotte tilgængelighed af et musikværk online er tilstrækkeligt til at opfylde kriteriet om *reasonable opportunity* for at have hørt værket. Til støtte herfor anfører hun, at tilgængelighed på internettet tilvejebringer en større mulighed for adgang end airplay i radioen, som er geografisk begrænset.²¹³ Mens et musikværks tilgængelighed på internettet unægtelig gør det let tilgængeligt fra hele kloden, så synes der ikke at være holdepunkter for, at det medfører en generel regel om, at et værks blotte tilgængelighed online *per se* opfylder adgangskriteriet. Bevill henviser da heller ikke til en eneste retskilde til støtte for påstanden. Udtrykket *reasonable opportunity* til-siger netop, at der må foretages en konkret vurdering. Skal den blotte tilgængelighed af et musikværk på enhver obskur hjemmeside på internettet ellers kunne medføre, at sagsøgte havde *rimelig mulighed* for at høre værket? Næppe. For det andet bygger Bevills tese på den forudsætning, at alle rettighedshavere, som påstår deres rettigheder krænket, har gjort værket tilgængeligt online. Amerikansk retspraksis har siden Bevills artikel (1999) vist, at dette langt fra er tilfældet. I flere sager havde sagsøger aldrig tilgængeliggjort vær-

212. 757 F.Supp. 274 (S.D.N.Y. 1991), 281; samme kriterie følger af *Gaste v. Kaiserman* 863 F.2d 1061 (2nd Cir. 1988), 1067.

213. Karen Bevill, »Copyright Infringement and Access: Has the Access Requirement Lost Its Probative Value« (1999) 52 Rutgers L Rev 311, 330.

ket online endsige udgivet eller offentliggjort værket forud for frembringelsen af sagsøgte værk, jf. bl.a. *Armour v. Knowles*²¹⁴ og *Martinez v. McGraw*.²¹⁵ Internettet medfører således ikke efter min opfattelse, at en afgrænsning af adgangskriteriet er irrelevant.

Ifølge retspraksis kan adgang til det ældre værk udledes af en *kæde af begivenheder* (*chain of events*), hvor det skal fastlægges, hvorvidt sagsøgte har haft mulighed for at høre sagsøgers værk via tredjemand, som har fået overdraget et eksemplar af værket, jf. *Gaste v. Kaiserman*.²¹⁶ I sagen var sagsøger, Gaste, en fransk komponist og ophavsmand til et relativt ukendt værk, »Pour Toi« fra 1956. Sagsøgte, Morris Kaiserman, var en brasiliansk sanger, der næsten 20 år senere skrev det internationale hit »Feelings«. Gaste fremlagde dokumentation for, at indehaveren af Kaisermans pladeselskab havde gjort forretninger med Gastes forlag i 1950'erne. Hertil anførte appelretten, at der var tale om en svækket årsagskæde over lang tid, men dette kunne ikke udelukke, at Kaiserman fik adgang til »Pour Toi« via sit pladeselskab. I kontrast hertil er den 3 år ældre dom i *Intersong-USA v. CBS*, hvor sagsøger havde indleveret et demobånd med sangen »Es« til pladeselskabet CBS med det specifikke formål, at sangen skulle præsenteres for den verdensberømte sanger Julio Iglesias, som CBS var pladeselskab for, i håb om, at Julio Iglesias ville indspille og udgive sangen. Endvidere havde »Es« fået airplay på en lokalradio i Miami. Dette var samlet set ikke nok til, at Julio Iglesias havde haft en rimelig mulighed for at høre »Es«, idet han nægtede at have hørt sangen, og CBS nægtede at have præsenteret sangen for ham til trods for, at CBS anerkendte modtagelsen af indspilningen.²¹⁷ I *Armour v. Knowles* fastslog appelretten, at det forhold, at sagsøgte, sangerinden Beyoncé, havde været til stede på et filmsæt, hvor tredjemand havde præsenteret sagsøgers demobånd, ikke var en tilstrækkeligt stærk årsagskæde. I den forbindelse bemærkede appelretten, at *reasonable opportunity* forudsatte, at Beyoncé havde mere end en perifer forbindelse til tredjemand, samt opretholdt en jævnlig kontakt med pågældende.²¹⁸ Tilsvarende *Martinez v. McGraw*, hvor der ikke kunne statueres adgang, idet sagsøger havde overdraget et demobånd til en ven, som derefter overdrog båndet til en fotograf, der havde en jævnlig gang i sangskri-

214. 512 F.3d 147 (5th Cir. 2007).

215. 581 Fed.Appx. 512 (6th Cir. 2014).

216. 863 F.2d 1061 (2nd Cir. 1988), 1067.

217. *Intersong-USA v. CBS*, 281.

218. *Armour v. Knowles*, 154.

vermiljøet i Nashville, som sagsøgte var en del af.²¹⁹ I *Peters v. West*²²⁰ var adgangskriteriet opfyldt, idet sagsøger havde mødtes med og overdraget sange til en prominent musikproducer, som bl.a. var kendt for sit tætte forhold til sagsøgte, Kanye West. Det nævnes dog også, at sagsøger havde uploadet sin sang til den (dengang) populære sociale platform MySpace. Retten anførte, at »West had multiple opportunities to listen to Peters's Song«. Det er derfor ikke helt klart, om parternes fælles forbindelse i sig selv var tilstrækkelig til at opfylde adgangskriteriet, eller om det var den samlede effekt, der var afgørende. Men sammenholdes kravet om *reasonable opportunity* med rettens udtalelse »multiple opportunities«, var den fælles forbindelse til tredjemand formentlig tilstrækkelig. Af den refererede retspraksis kan udledes, at den lempelige tilgang til *chain-of-events*-princippet i *Gaste v. Kaisermann* formentlig er undtagelsen, og de øvrige domme taler for, at der skal være en relativt stærk årsagskæde, for at adgangskriteriet er opfyldt, hvor perifere bekendtskaber o.l. ikke er tilstrækkeligt for, at sagsøgte rimeligvis har haft mulighed for at høre det ældre værk. Endvidere understøtter den overvejende snævre fortolkning af *reasonable opportunity*, at en sangs blotte tilstedeværelse på internettet ikke i sig selv er tilstrækkelig. Det kan dog modsætningsvist udledes af *Martinez v. McGraw*, at såfremt en sang er tilgængelig via Itunes o.l., er adgangskriteriet nemmere opfyldt.²²¹

Adgangskriteriet kan uagtet en fælles forbindelse til tredjemand også være opfyldt i henhold til princippet om *vid udbredelse til offentligheden* (*wide dissemination to the public*). I *ABKCO Music v. Harrisongs Music*²²² fastslog appelretten, at sagsøgers sang »He's So Fine« var vidt udbredt. Sangen lå nummer 1 på hitlisten Billboard i USA i fem uger i træk og var på top 30-hitlisten i Storbritannien i syv uger. Seks år senere komponerede George Harrison efterligningen »My Sweet Lord«. I samme sag stadfæstede appelretten, at underbevidst efterligning også kan ske, når en sang er *vidt udbredt i offentligheden*. I den forbindelse gjorde Harrison gældende, at adgangsmuligheden var for fjern til, at subjektivt kendskab kunne udledes. Dette argument afviste appelretten og fastslog, at der i øvrigt bestod så betydelige ligheder mellem

219. *Martinez v. McGraw*, 514 f.

220. 776 F.Supp.2d 742 (N.D.Ill. 2011), 748 – stadfæstet ved appel i 692 F.3d 629 (7th Cir. 2012).

221. *Martinez v. McGraw*, 515.

222. 722 F.2d 988 (2nd Cir. 1983), 998.

de omtvistede værker, at der kunne udledes subjektivt kendskab. Appelretten anerkendte, at der var tale om en fjern adgangsmulighed, men udtalte, at:

... even if the evidence, standing alone, by no means compels the conclusion that there was access ... it does not compel the conclusion that there was not.

Uanset appelrettens noget tvetydige udtalelse kan det formentlig udledes, at hvis et musikværk kan karakteriseres som *vidt udbredt i offentligheden*, skal der meget til for at overbevise en domstol om manglende kendskab til det ældre værk, hvis der tillige er *beviskraftig lighed* mellem de omtvistede værker. Tilsvarende indikerede appelretten i *Three Boys Music v. Bolton*, at det faktum, at sagsøgte værk komponeret 20 år senere end sagsøgers værk, var en sandsynlig adgangsmulighed, idet appelretten anførte, at sagsøgte var vokset op med sagsøgers musik og i sine teenageår havde været en begærlig lytter af pågældende musikgenre.²²³ På den anden side kan nævnes *Jewel Music v. Leo Feist*, hvor sagsøgers værk blev distribueret i ca. 10.000 eksemplarer, og sangen var blevet opført live på nationalt tv. Dette var ikke tilstrækkeligt til at være *vidt udbredt i offentligheden*. I *Peters v. West* var der imidlertid tale om vid udbredelse, idet sagsøger havde uploadet sin sang til MySpace, hvilket taler for, at kravet kan være mere lempeligt, når udbredelsen sker via populære internetplatforme. Der kan dog findes ganske mange eksempler på, at udgivelser drukner i mængden, herunder på YouTube, Itunes og Spotify, så det bør ikke i sig selv kunne udgøre en *vid udbredelse i offentligheden* at uploade en sang på YouTube. Eksempelvis ligger der i skrivende stund mere end 70 mio. kompositioner på Spotify²²⁴ og mere end 60 mio. kompositioner på YouTube.²²⁵ Med andre ord; selvom hele kloden har muligheden for at tilgå et værk med et enkelt klik med musen, er det ikke ensbetydende med, at hele kloden udnytter muligheden. Der bør være yderligere forhold, der taler for vid udbredelse via internettet såsom antallet af afspilninger på Spotify og YouTube mv.

I relation til princippet om *beviskraftig lighed (probative similarity)* er dette begreb introduceret af Latman, idet retspraksis tidligere ofte anvendte begrebet *substantial similarity* synonymt med kriteriet om subjektivt kendskab selvom begrebet vedrører til lighedskriteriet. Hans tese var, at *probative simi-*

223. *Three Boys Music v. Bolton*, 484.

224. <https://newsroom.spotify.com/company-info/> <tilgået den 4. maj 2021>.

225. <https://www.bbc.com/news/technology-53647486> <tilgået den 4. maj 2021>.

larity ikke nødvendigvis falder sammen med *substantial similarity*, idet også sammenfald af ubeskyttede elementer kan tale for subjektivt kendskab.²²⁶ Det som er afgørende i relation til *probative similarity* er, om sammenfaldet mellem værkerne – i en gradvis udstrækning proportionelt med adgangsgraden – er hinsides det tilfældige.²²⁷ Latmans artikel er citeret af adskillige domstole, senest i *Positive Black Talk v. Cash Money Records*,²²⁸ hvorfor artiklen kan tillægges særlig vægt som retskilde. Af retspraksis kan udledes, at sammenfald i den samme fejl i de omtvistede værker udgør et særligt tungt bevis for kendskab til originalen. I *Callaghan v. Myers*²²⁹ – i en sag vedrørende efterligninger af domssamlinger – fastslog den amerikanske Supreme Court, at samme fejl genfundet i det nyere værk er blandt de mest væsentlige beviser. I teorien kan det ikke udelukkes at være relevant i relation til efterligning af musikværker, men dette har vist ikke støtte i praksis. Det giver muligvis bedre mening i relation til sampling end i relation til efterligning, givet at sampling er et uddrag af selve fonogrammet indeholdende det oprindelige værk, hvorfor det forekommer mere oplagt, at den samme fejl kopieres. Det er mere tvivlsomt, om efterligneren vil plagiere så minutiøst i sin genindspilning af værket, at selv fejl genfindes. Endelig kan termen *fejl* ikke entydigt defineres inden for det musikalske domæne. Bortset fra den mere traditionelle lære om melodi, harmoni og rytme er lyden af en fejl således en subjektiv størrelse. Men i *Selle v. Gibb*²³⁰ omformulerede appelretten princippet fra *Callaghan v. Myers* til et sammenfald i et usædvanligt eller odiøst element. På den anden side følger det af *Selle v. Gibb*²³¹ (i 1. instans), at sagsøgte brede anerkendelse som store sangskrivere samt beviser for udviklingsprocessen, selv om de ikke er afgørende, kan være bevis for en uafhængig frembringelse. I sagen havde sagsøgte, den internationalt kendte gruppe Bee Gees, komponeret adskillige hitsange uafhængigt af tidligere værker. Endvidere fremlagde sagsøgte behørig beviser for udviklingsprocessen, der i detaljer dokumenterede, hvorledes værket »How Deep Is Your Love«, var komponeret under et ophold på et fransk vinslot. Disse faktorer, sammen med at *adgang* til sagsøge-

226. Alan Latman, »»Probative Similarity« As Proof of Copying: Toward Dispelling Some Myths In Copyright Infringement« (1990) Colum. L. Rev. 1187, 1188 f.

227. Ibid., 1204.

228. *PBT v. CMR*, 370.

229. 9 S.Ct. 177, 190.

230. 741 F.2d 896 (7th Cir. 1984), 904.

231. 567 F.Supp. 1173 (N.D.Ill. 1983) stadfæstet ved 741 F.2d 896 (7th Cir. 1984).

rens obskure sang ikke kunne bevises, fik retten til at tilsidesætte en juryafgørelse til fordel for Bee Gees, uanset at der i øvrigt var *slående lighed* mellem værkerne.

I relation til anvendelsesområdet for princippet om *slående lighed* (*striking similarity*) var dette det centrale spørgsmål i appelsagen i *Selle v. Gibb*.²³² Sagsøgte gjorde gældende, at retten i 1. instans havde anvendt princippet forkert, idet der ikke kræves for bevis for adgang til originalen, såfremt der er tale om slående lighed mellem de omtvistede værker, og denne var ikke bestridt af Bee Gees – 26 takter ud af 32 var nær identiske. I den forbindelse fastslog appelretten, at princippet om *slående lighed* ikke blot er en funktion af sammenfaldet i identiske toner i de omtvistede værker. Det afgørende er, om det, under hensyn til det musikalske fælleseje og de specifikke genredogmer, kan fastlægges, at der er så stort sammenfald i de omtvistede værkers særegne træk, at værk 2 umuligt kan være frembragt uden kendskab til originalen. Heraf følger, at der ofte vil være et væsentligt overlap mellem sammenfald i beskyttet materiale og *beviskraftig lighed*, idet mange ubeskyttede elementer ofte vil blive rubriceret som tilfældige, uafhængige eller udspringe af en fælles musikalsk kilde.

Efter min vurdering er der belæg for, at den amerikanske retspraksis i relation til subjektivt kendskab er forenelig med dansk ret. For det første er *inverse ratio*-doktrinen materielt – ifølge Schönning – ikke helt fremmed for dansk retspraksis, der med henvisning til U 1999.1061 S (ølarmaturer) anfører, at der »lettere statueres plagiat«, når sagsøgte beviseligt har taget udgangspunkt i sagsøgers værk.²³³ Dog var ophavsret ikke genstand for behandling i den nævnte dom. Dommen omhandlede udelukkende produkteterligning efter markedsføringsloven, hvor det er den illoyale og utilbørlige markedsadfærd, som er retsstridig og dermed markedspositionen, som beskyttes i modsætning til ophavsretten, hvor beskyttelsen retter sig mod værket.²³⁴ Men det hænder ikke sjældent, at domstolene – og øjensynligt Schönning – undlader at foretage en skarp sondring mellem ophavsretlige og markedsføringsretlige principper, og ofte tildeles retsobjektet »nogenlunde samme beskyttelsesomfang«.²³⁵

232. 741 F.2d 896 (7th Cir. 1984), 901 ff. Præmissen citeres bl.a. i *Repp v. Webber*, 858 F.Supp. 1292 (S.D.N.Y. 1994), 1303.

233. Schönning (n 97), 162.

234. Erling Borchert, *Produkteterligninger* (2. omarbejdede udg. Forlaget Thomson 2003), 156 f.

235. *Ibid.*, 158 f.

Sammenholdt med, at sammenfald mellem to produkter ofte bærer beviset for kendskab til originalen i henhold til MFL § 3,²³⁶ taler dette samlet set for, at markedsføringsretlige principper i relation til subjektive forhold, kan få vejledende betydning i relation til efterligningsbeskyttelse i henhold til ophavsretsloven. Imidlertid findes der anden retspraksis, der også taler for, at et princip lig *inverse ratio*-doktrinen gælder efter dansk ret. I Højesterets dom i U 1961.1027 H (spisebestik), der vedrørte krænkelser af et design til spisestik, stemte flertallet (8 dommere) for, at der ikke var sket nogen efterligning, idet der ikke var tilstrækkeligt sammenfald. Flertallet lagde vægten på forskelle såsom, at rillemotiverne var »udformet på en anden måde«. Imidlertid fremhævede dissensen (3 dommere) til støtte for, at der forelå en krænkelser, at indstævnte »havde kendskab« til, at appellantens spisestik »var kommet på markedet« sammenholdt med, at der var tale om en gengivelse af den »kunstneriske helhedsvirkning«. De dissenterende dommere indikerede således, at kendskab til appellantens spisestik kunne udledes af udbredelsen i offentligheden, hvilket formentlig medførte, at forskelle mellem værkerne blev tillagt mindre vægt i relation til bevisvurderingen. Principperne om *beviskraftig lighed* og *slående lighed* er heller ikke uforenelige med dansk ret.²³⁷ Der kan tillige henvises til en nyere landsretsdom i U 2020.2532 Ø (keramikprodukter), vedrørende krænkelser af en keramikproduktserie, hvor landsretten på basis af nærgående sammenfald mellem produkterne fastslog, at uafhængig skabelse var »helt usandsynligt«. Imidlertid har amerikansk ret med de veldefinerede principper – *access*, *probative similarity*, *inverse ratio* og *striking similarity* – en mere systematisk tilgang til vurderingen af indirekte bevis for subjektivt kendskab. Dette er efter min opfattelse ganske fornuftigt af retssikkerhedsmæssige grunde. Der er på den ene side en iboende betænkelighed ved at dømme på indicier. På den anden side foreligger der, som anført ovenfor, sjældent direkte beviser for efterligning, hvorfor eneretten udvandes, hvis ikke det er muligt at dømme på baggrund af indicier. Derfor er det også hensigtsmæssigt med velafgrænsede regler, som varetager begge hensyn. Et velafgrænset regelsæt fordrer tillige en mere homogen regelansættelse, hvilket gør regelansættelsen mere forudsigelig.

236. Erling Borchert og Frank Bøggild, *Markedsføringsloven med kommentarer* (3. udg. Karnov Group 2013), 73.

237. Kocktvedgaard (n 106), 137 med henvisning til retspraksis.

2.5.3.#3 Ingen idébeskyttelse

Princippet om manglende idébeskyttelse er nu kodificeret i TRIPS art. 9, stk. 2, og størstedelen af verdens lande har tiltrådt aftalen. Princippet indebærer, at det kun er en konkret udformning af en idé, som beskyttes, og ikke idéen i sig selv.²³⁸ Dansk retspraksis har ikke haft lejlighed til behandling af spørgsmålet i relation til musikværker. Grænsedragningen mellem ubeskyttet idéindhold og beskyttet konkret form er ikke nem, men den berømte amerikanske dommer Learned Hand introducerede den såkaldte *abstraktionstest*, som indebærer, at hvis beskyttelsens objekt er så abstrakt, at ophavsmanden vil kunne forhindre andre værker, som ikke har samme konkrete form, er der krydset en grænse fra det konkrete udtryk til det abstrakte idéindhold. Dog skal testen ikke tages for bogstaveligt, idet en kopist ellers kan undslippe ansvar ved at foretage uvæsentlige ændringer i forhold til originalen. Learned Hand bemærkede hertil, at »Nobody has ever been able to fix that boundary, and nobody ever can.«²³⁹ Imidlertid kritiserer Metzger *idé-udtryk*-dikotomien i relation til musikværker, idet han anfører, at »Unlike speech and literature, music does not communicate ideas but exists as pure expression.«²⁴⁰ Tilsvarende anfører Keyt, at »In music there is no 'idea' or 'expression' to be distinguished.«²⁴¹ Forfatterne har bestemt en pointe. Der ligger ikke noget oplagt konceptuelt bag musik, som eksempelvis kan sammenlignes med et plot bag en film. Selv en enkelt tone er et udtryk og ikke en idé. Alligevel synes der også på musikområdet at være holdepunkter for Learned Hands *abstraktionstest*, idet testen i hvert tilfælde i praksis kan rumme, at musikelementer sidestilles med abstrakte idéer, når de er så generelle, at de kan udtrykkes på flere måder. Et eksempel er akkorder angivet vha. abstrakte »becifringer«, der kan udlægges på mange forskellige måder. Selve det abstrakte angivne akkordforløb må i hvert fald i visse tilfælde kunne anses for ubeskyttede ideer. Det samme gælder »generalbasudsættelser« eller mere almene karakteristiker såsom, at et musikværk er muntert, sørgeligt, hurtigt o.l.²⁴² I *Swirsky v. Carey* gjorde Swirsky imidlertid gældende, at Carey havde kopieret både idé

238. Sterling (n 36), § 6.22.

239. *Nichols v. Universal Pictures*, 45 F.2d 119 (2nd Cir. 1930), 121.

240. Raphael Metzger, »Name That Tune: A Proposal for an Intrinsic Test of Musical Plagiarism« (1984) 34 Copyright L Symp 139, 149.

241. Aaron Keyt, »An Improved Framework For Music Plagiarism Litigation« (1988) 76 Calif. L. Rev. 421, 443.

242. Rosenmeier (n 2), 19 ff. 71.

og udtryk. I den forbindelse fastslog appelretten, at musik er en kunstform, som frembringer lyde og stemninger, men ikke nødvendigvis formidler særskilt identificerbare idéer, hvorfor princippet om manglende idébeskyttelse foreskriver en usmidig analyseramme i relation til musikværker. Herefter undlod retten at adressere spørgsmålet yderligere, men opsummerede i stedet en lang række musikelementer – se hertil diskussionen ovenfor under 2.2 – som enten alene eller kombineret kan beskyttes.²⁴³ Endvidere henviste appelretten til *scènes à faire*-doktrinen og fastslog, at »certain commonplace expressions are indispensable and naturally associated with the treatment of a given idea, those expressions are treated like ideas«.²⁴⁴ I erkendelse af vanskeligheden ved at adskille idé og udtryk i musik fandtes sondringen således ikke relevant ved krænkelservurderingen, som i stedet fokuserede på, om de efterlignede dele var beskyttede, eller om de blot var almindelige og nødvendige måder at udtrykke musik på. Tilsvarende fastslog appelretten i *Skidmore v. Led Zeppelin*, at idéer, almindelige elementer og elementer forankret i gen-traditioner alle er byggesten, som er almenej. På samme måde som *Swirsky v. Carey* foretog appelretten således ikke nogen sondring mellem idé og udtryk. Også andre domme fra amerikansk retspraksis i relation til krænkelser af musikværker oplister princippet om manglende idébeskyttelse sammen med *public domain*-doktrinen, *scènes à faire*-doktrinen og *Merger*-doktrinen, uden at der foretages nogen egentlig sondring mellem disse principper og begreber.²⁴⁵ Ifølge Jones har ingen amerikanske domstole trods den endog meget righoldige retspraksis beskæftiget sig særligt dybtgående med princippet om manglende idébeskyttelse i forbindelse med musikværker, og anvendelsen af princippet vil ifølge forfatteren forudsætte en legaldefinition af begrebet musikalsk idé.²⁴⁶ Siden Jones' betragtning i 1993 er problematikken drøftet mest indgående i *Swirsky v. Carey*, hvor appelretten i 2. distrikt fastslog, at idé og udtryk vanskeligt kan adskilles i relation til musikværker, og at det hele er et spørgsmål om, hvorvidt »udtrykket« må anses for almindeligt og nødvendigt for at komponere musik. Efter EU-Domstolens dom i *Brompton sy-*

243. *Swirsky v. Carey*, 848 f.

244. *Ibid.*, 850.

245. Eksempelvis *Batiste v. Najm*, 28 F.Supp.3d 595 (E.D. Louisiana 2014), 600 ff.; *Inter-song-USA v. CBS*, 757 F.Supp. 274 (S.D.N.Y. 1991), 282.

246. Stephanie J. Jones, »Music Copyright In Theory and Practice: An Improved Approach For Determining Substantial Similarity« (1993) 31 Duq. L. Rev. 277, 294 f.

nes der at være grundlag for en lignende i tilgang i dansk ret, jf. diskussionen ovenfor under 2.3.

Efter min opfattelse virker idéterminologien i vid udstrækning uegnet til at forklare, hvorfor generelle og almindelige musikelementer ikke kan beskyttes ophavsretligt, fordi en musikalsk idé ikke eksisterer, før den er udtrykt i en musikalsk form. Med andre ord krydser musikken grænsen fra idédomænet til formdomænet i det øjeblik, den udtrykkes. Dog er det ikke alle musikkens elementer, som består af form. Som retten i *Swirsky v. Carey* anførte, så frembringer musik både lyde og stemninger. I den forbindelse skal det bemærkes, at en stemning ikke i sig selv udgør en konkret form. Dvs. den kendsgerning, at en komposition er munter, sørgelig, gruvækkende, dramatisk mv. Princippet om manglende idébeskyttelse foreskriver således ikke nødvendigvis en ringe analyseramme i relation til krænkelse af musikværker. Der bør i stedet foretages en mere hensigtsmæssig grænsedragning mellem idé og form, selvom Learned Hand i vanlige teatraliske vendinger påstod, at en korrekt grænsedragning ikke lader sig gøre. Hertil anbefales, at generelle og almindelige musikalske udtryksformer herunder genrebunde udtryksformer ikke bør henføres til idédomænet, men i stedet udelukkende bør undtages ophavsretlig beskyttelse som følge af public domain-betragtninger. Hertil henvises til diskussionen om originalitet ovenfor under 2.3.

Særligt om sampling

3.1. Terminologisk afgrænsning

Sampling

Der findes ikke nogen juridisk definition af begrebet *sampling*. I amerikansk retspraksis, bl.a. i *Newton v. Diamond*, er sampling defineret som »the incorporation of a short segment of a musical recording into a new musical recording«. ¹ Tilsvarende har EU-Domstolen i *Pelham* udtalt, at sampling »består i, at en bruger, oftest ved hjælp af elektronisk udstyr, udtager en prøve af et fonogram og anvender den med henblik på frembringelse af et nyt værk.« ² KODA benytter en lignende definition af begrebet, hvorefter »sampling er en kopi af en sekvens fra en eksisterende lydproduktion, som du benytter i din egen produktion.« ³ Disse tre definitioner er stort set ens og giver ikke anledning til videre tvivl.

3.2. Fonogrambeskyttelsens subjekt og genstand

Da sampling efter denne begrebsforståelse udelukkende sker ved at reproducere eksisterende lydoptagelser, kan sampling dels udgøre en krænkelse af det underliggende musikværk, jf. kap. 2.4. Herudover kan sampling være i strid med rettighederne til selve lydoptagelsen efter blandt andet ophavsretslovens § 66, WPPT art. 11 og infosoc-direktivet, art 2, litra c. Begrebet fonogram

1. 388 F.3d 1189 (9th Cir. 2003).
2. Sag C-476/17, *Pelham GmbH mod Ralf Hütter og Florian Schneider-Esleben* EC-LI:EU:C:2019:624, p. 35.
3. www.koda.dk/medlem/registrering-af-din-musik/bearbejdelse-og-aendringer-af-vaerker/brug-af-sampling <tilgået den 9. februar 2021>.

gram eller lydoptagelse dækker over enhver hørbar lyd, som er optaget, uanset hvilket medie lyden er optaget på.⁴ Undertiden anvendes også udtrykket »lydfæstning«, men udtrykket er ikke tiltænkt et andet indhold.⁵ I henhold til RKV art. 3, litra c, er fonogrambeskyttelsens subjekt »den fysiske eller juridiske person, som først optager lydene fra en fremførelse eller andre lyde«. I praksis er det dog næsten altid det pladeselskab, som udgiver indspilningerne, der erhverver producentrettighederne på aftaleretligt grundlag.⁶

3.3. Grænsedragningen mellem fonogram og musikværk

Producenten efter OHL § 66 og ophavsmanden efter § 2 er forskellige retssubjekter, selvom de kan være sammenfaldende. En følge heraf er, at to forskellige retssubjekter til to forskellige rettigheder, eksempelvis et pladeselskab og en artist, kan påtale krænkelse vedrørende den samme musikproduktion.

Når producentretten indehaves af andre end rettighedshaverne til det underliggende værk, er det almindeligt, at pladekontrakter indeholder en klausul om eneret for selskabet til at påtale krænkelse af de overdragne producentrettigheder.⁷ Men som der vil blive redegjort for i det følgende er det min opfattelse, at det ikke altid er helt klart, hvilke elementer af en musikproduktion som kan henføres til henholdsvis OHL § 2 og OHL § 66.

Det er derfor væsentligt med en afgrænsning fonogrammens genstand fra det underliggende musikværk.

OHL § 66 giver altså kun rettigheder til den specifikke lydfæstning og dermed ikke til det underliggende værk.⁸ Endvidere anfører Rosenmeier, at beskyttelsen af kompositioner efter OHL § 2 omfatter enhver fremtrædelsesmåde uanset medie.⁹ Samtidig mener Rosenmeier, at klangfarver, stil, instrumentationsprincipper, sound og rytme pga. deres abstrakte karakter ikke kan beskyttes ophavsretligt.¹⁰ Hertil anfører Schlüter m.fl., at producerens

4. Schönning (n 97), 634.

5. Kockvedgaard (n 106), 74.

6. Johan Schlüter m.fl., *Musikaftaler* (Forlaget Thomson 2006), 91.

7. Schlüter m.fl. (n 265), 117.

8. Schönning (97), 634 f.

9. Rosenmeier (n 2), 45.

10. Ibid., 39 f.

3.3. Grænsedragningen mellem fonogram og musikværk

valg af instrumenter, kor o.l. sjældent er udtryk for en sådan selvstændig skabende indsats, at han kan påberåbe sig rettigheder til selve kompositionen.¹¹ Heraf kan modsætningsvist slutes, at ifølge ovennævnte forfattere kan producenten påtale sampling af lydproduktionen i sin helhed, mens ophavsmanden ikke kan påtale de dele af lydproduktionen, som er udtryk for klangfarver, sound o.l. Dog anfører Rosenmeier med henvisning til KODAs praksis, at hvis en lyd er bearbejdet på en sådan vis, at der snarere er tale om et forløb af lyde eller en »klangfarvemelodi«, kan den efter omstændighederne være omfattet af beskyttelsen efter OHL § 2.¹² Eksempelvis kan nævnes lyde fra synthesizere, der kan modificeres på talrige måder, hvor den samme enkelte klang eller lyd bearbejdes på en sådan vis, at der frembringes et lydligt forløb.¹³ Som konsekvens af, at musikproduktioner i dag i højere grad bearbejdes på computere med teknisk sindrige lydprogrammer, er spørgsmålet, om tiden er ved at løbe fra argumentationen om, at visse dele af en lydproduktion ikke kan beskyttes ophavsretligt. I den forbindelse anerkender KODA at producere »i dag ofte spiller en større rolle, end de før har gjort«. Imidlertid mener KODA også, at »originalkomponisten« afgør, om produceren har foretaget en tilstrækkelig kreativ indsats til at få andel i rettigheder til et musikværk, som arrangør.¹⁴ Dette må i sagens natur forudsætte, at der foreligger et færdigkomponeret værk forud for selve musikproduktionen. Det følger muligvis implicit heraf, at en komposition ifølge KODA *de facto* er begrænset til *tekst, melodi, harmoni, rytme* og deres tilhørende underkategorier, hvorimod elementer, der kan henføres til lydproduktionen o.l., som udgangspunkt falder uden for musikværkets genstand.

Grænsedragningen for elementer, der kan tilskrives værket i forbindelse med en lydoptagelse, er således ikke helt klar. Dette illustreres tillige ved den divergerende retspraksis på området. Der henvises til *Newton v. Diamond* omtalt ovenfor under kap. 2.5.1. Rap-gruppen Beastie Boys havde som nævnt fået en licens fra pladeselskabet, der ejede fonogramrettighederne til det pågældende sample. Men komponisten James W. Newton, der var ophavsmanden til det underliggende værk, havde ikke givet tilladelse til brugen af værket. Han sagsøgte Beastie Boys for ophavsretskrænkelse. Newton gjorde

11. Schlüter m.fl. (n 265), 119.

12. Rosenmeier (n 2), 28 f., 40.

13. <https://electronicmusic.fandom.com/wiki/Sequencer> <tilgået 10. maj 2021>.

14. www.koda.dk/medlem/registrering-af-din-musik/fordeling-af-andele/producerens-rolle <tilgået 11. maj 2021>.

Kapitel 3. Særligt om sampling

blandt andet gældende, at den særlige sound, som samplet havde, var beskyttet af ophavsret, men dette afviste retten med henvisning til, at Newton ikke kunne støtte ret på »elements unique to the sound recording«. En musikindspilnings sound skulle altså henføres til producentretten og ikke til det underliggende værk. I appelsagen, som resulterede i stadfæstelse, udtalte appelretten endvidere følgende:

This case involves not only use of a composition, as was the case in Fisher, but also use of a sound recording of a performance of that composition. Because the defendants licensed the sound recording, our inquiry is confined to whether the unauthorized use of the composition itself was substantial enough to sustain an infringement claim. Therefore, we may consider only Beastie Boys' appropriation of the song's compositional elements and must remove from consideration all the elements unique to Newton's performance. Stated another way, we must »filter out« the licensed elements of the sound recording to get down to the unlicensed elements of the composition, as the composition is the sole basis for Newton's infringement claim.¹⁵

Sagsøger kunne dermed kun støtte ret på tonesekvensen, men ikke den særlige tværflyjteklang, og klangfarven blev på forhånd udelukket fra krænkelsesbedømmelsen. Omvendt i *Swirsky v. Carey* kunne bl.a. klangfarve og nye teknologiske lyde godt indgå som en del af et værk, og i den tyske BGH's dom i *Goldrapper* kunne den måde, hvorpå musikken udføres, indgå i et værk. Ud fra ræsonnementet i *Newton v. Diamond* synes beskyttelsen i henhold til OHL § 2 i hovedsagen reduceret til kompositionen, således som den kan gengives på noder, becifringer og tekst – dvs. *tekst, melodi, harmoni og rytme* og deres tilhørende underkategorier. Men ud fra ræsonnementet i de to sidstnævnte domme – sammenholdt med diskussionen om musikværkets genstand ovenfor under kap. 2.2 – synes beskyttelsen i henhold til OHL § 2 i princippet at kunne omfatte alt, hvad der kan høres på en lydoptagelse. I en dansk kontekst er det efter min opfattelse tvivlsomt, om det er foreneligt med EU-retten at reducere musikværket til *tekst, melodi, harmoni og rytme*, idet de eneste betingelser efter EU-Domstolens praksis er, at genstanden kan »identificeres tilstrækkeligt præcist og objektivt«, og at der er foretaget »frie og kreative valg«. ¹⁶ I den forbindelse kan anføres, at der i forbindelse med lydproduktion foretages endog mange kreative valg, og mange af de største hits tilskrives producerens evne til, at udvælge de bedste fremførelser og fore-

15. *Newton v. Diamond*, 388 F.3d 1189 (9th Cir. 2003).

16. *Brompton*, p. 23, 25.

tage sindrige bearbejdelser af det indspillede materiale.¹⁷ På den baggrund bør værkets genstand, i tråd med min anbefaling i kap. 2.2, som udgangspunkt være sammenfaldende med det auditive indhold, der kan høres på en lydoptagelse, uden at visse elementer såsom klangfarve, udførelsesmåde o.l. *per se* afskæres fra beskyttelse, jf. også min betragtning ovenfor under kap. 2.3.

3.4. Krænkelsspørgsmålet

Der var tidligere i litteraturen ikke enighed om grænsedragningen for retsstridig sampling i henhold til OHL § 66. Schønning anførte, at selv et enkelt sekund af en lydoptagelse udgør en overtrædelse af producentrettighederne,¹⁸ hvorimod Schovsbo m.fl. anførte, at der skulle være tale om sampling af en »passende væsentlig del af fonogrammet«, dog uden yderligere vejledning om den nærmere afgrænsning af en »passende væsentlig del«. Blandt andre europæiske kommentatorer var det antaget, at krænkelser ved sampling i henhold til infoc-direktivet, art. 2, litra c, forudsætter, at der er sket væsentlig skade på rettighedshaverens økonomiske interesser.¹⁹ Nu har EU-Domstolen i sagen *Pelham*²⁰ taget stilling til spørgsmålet om sampling af fonogrammer i henhold til infoc-direktivet, art. 2, litra c. Sagen vedrørte en sampling på 2 sekunder af nummeret »Metall auf Metall« af teknogruppen Kraftwerk. Samplingen var indarbejdet som et loop (dvs. en stadigt gentagende lydsekvens) i nummeret »Nur Mir« af Moses Pelham. EU-Domstolen anførte, at fortolkning af infoc-direktivet, art. 2, litra c, beror på en ordlydsfortolkning under hensyn til den konkrete kontekst og lovgivningens formål. Derefter udtalte domstolen, at enhver form for sampling, også de meget korte af slagsen, som udgangspunkt udgør en delvis reproduktion, jf. infoc-direktivet, art. 2, litra c. Imidlertid skulle der også ske en afvejning mellem på den ene side producentens interesse i at beskytte sin økonomiske investering, jf. infoc-direktivet,

17. Richard James Burgess, *The Art of Music Production: The Theory and Practice* (OUP 2013), 3.
18. Peter Schønning, »Gengivelse af fragmenter af ophavsretligt beskyttede værker« U 2013B.341, 344.
19. Lionel Bently m.fl., »Sound Sampling, a Permitted Use Under EU Copyright Law?« (2019) IIC 50:467, 468.
20. Sag C-476/17, *Pelham GmbH and Others v. Ralf Hütter and Florian Schneider-Esleben* ECLI:EU:C:2019:624.

art. 2, litra c, og den intellektuelle ejendomsret, jf. EU-chartrets art. 17, og på den anden side retten til kunstnerisk frihed i henhold til chartrets art. 13. Herefter fastslog EU-Domstolen, at en sampling »som er ændret og uigenkendelig for øret« ikke er omfattet af infosoc-direktivet, art. 2, litra c. Imidlertid fastslog EU-Domstolen på mystisk vis i de efterfølgende præmisser, at det ikke udgør eksemplarfremsættelse af fonogram, hvis »det ikke gengiver hele eller en væsentlig del af dette fonogram«.²¹ Jeg har endnu til gode at forstå, hvorledes disse sidstnævnte præmisser er forenelige med EU-Domstolens førnævnte præmisser om, at en sampling også er omfattet af eneretten efter infosoc-direktivet, art. 2, litra c, medmindre samplingen er »ændret og uigenkendelig for øret«.

Det lader dog til, at EU-Domstolen nåede frem til et kompromis mellem en absolut og en snæver fonogrambeskyttelse. Et resultat som af Jütte kaldes indførslen af et europæisk *de minimis*-princip i relation til fonogrambeskyttelse.²² Kriteriet om, at et sample skal være ændret, fremstår dog unødvendig smh. kriteriet om uigenkendelighed, da det i sagens natur vanskeligt kan afgøres, om en uigenkendelig lyd er ændret i forhold til den oprindelige lydoptagelse. I praksis vil både uændrede og ændrede samples således falde uden for infosoc-direktivet, art. 2, litra c, hvis de er uigenkendelige og vice versa. Det er værd at hæfte sig ved, at EU-Domstolen ikke nævner nogen kvantitative begrænsninger. Således kan også lange samples i princippet falde uden for infosoc-direktivet, art. 2, litra c, hvis de opfylder kriteriet om uigenkendelighed. Det er sandsynligt, at EU-Domstolen har skelet til amerikansk praksis på området, idet generaladvokaten refererede til amerikansk praksis i sit forslag til afgørelse. Der kan til illustration henvises til *VMG Salsoul v. Ciccone*,²³ hvor appelretten udtrykkeligt fastslog, at uigenkendelige samples var *de minimis* – det vil sige bagatelagtig værksudnyttelse²⁴ – idet kopisten ikke drager fordel af udtrykket fra det originale fonogram. Spørgsmålet om, hvornår en sampling er »uigenkendelig for øret« må i sagens natur være endnu en af ophavsrettens ad hoc-opgaver. Men et væsentligt spørgsmål er: uigenkendeligt for hvilket øre? Er det en retlig fiktion og i så fald, hvilken retlig fiktion? Eller er det dommerens eget øre evt. med bistand fra en skønspersons? I ameri-

21. Ibid., p. 28-55.

22. Bernd Justin Jütte, »CJEU permits sampling of phonograms under a de minimis rule and the quotation exception« (2019) J.I.P.L.P. 14(11), 827, 828.

23. *VMG Salsoul v. Ciccone*, 824 F.3d 871 (9th Cir. 2016), 881.

24. Schovsbo m.fl. (n 10), 217 f.

kansk ret lægges vægt på opfattelsen »the average audience« og dermed en retlig fiktion.²⁵ Det havde været kærkomment, hvis EU-Domstolen havde uddybet anvendelsesområdet for »uigenkendelig for øret«. I mangel på vejledning er det mest nærliggende, at spørgsmålet er op til dommerens eget øre, og i praksis vil vedkommende ofte støtte sig på udtalelser fra sagkyndige. Det er ikke nødvendigvis hensigtsmæssigt, da eksperten muligvis vil kunne genkende et sample, som den almindelige lytter ikke vil være i stand til at genkende – eksempelvis 1-2 sekunder af en trommerytme fra et James Brown-fonogram – og det er vanskeligt at se, hvorledes et kort sample, som den almindelige musiklytter ikke kan genkende, gør skade på producentens økonomiske interesser eller i øvrigt drager særlig fordel af det originale fonogram. I øvrigt må kriteriet om genkendelighed for øret forudsætte, at der er tale menneskelig genkendelse i modsætning til eksempelvis genkendelse via kunstig intelligens o.l. Det er relevant, da det ikke ligger hinsides det mulige, at AI-baserede computerprogrammer o.l. vil kunne genkende samples, som selv eksperter ikke kan. Eksempelvis har Spotify udviklet en AI-baseret musikplagiatdetektor, som de har søgt patenteret.²⁶

Et andet punkt som er værd at bemærke er, at EU-Domstolen både nævnte et hensyn til producentens økonomiske investering og et hensyn til den intellektuelle ejendomsret, jf. chartrets art. 17, stk. 2. Dette må forstås således, at der gælder et særskilt hensyn til producenten ud over den økonomiske investering, som er foretaget. Det havde været kærkomment, hvis EU-Domstolen havde uddybet den nærmere forståelse af denne sondring. Det skal i den forbindelse bringes i erindring, at et grundlæggende formål med beskyttelse af immaterielle rettigheder er at stimulere kreativ virksomhed, jf. infosocdirektivets præambelbetragtning 4-5. Dette taler således for, at EU-Domstolen anså producentens investering som både økonomisk og kreativ, hvilket understøttes af, at EU-Domstolen fastlagde et udelukkende kvalitativt kriterie, hvorefter ethvert genkendeligt sample vil krænke producentrettighederne, uagtet om producentens økonomiske investering reelt har lidt skade. EU-Domstolens nærmere ræsonnement i denne henseende må indtil videre henstå i det uvisse, men efter min opfattelse forholder det sig ofte således, at en lydproduktion er udtryk for kreativ proces, som af den årsag bør beskyttes ud

25. VMG Salsoul v. Ciccone, 878.

26. www.musicbusinessworldwide.com/spotify-just-invented-ai-technology-that-will-police-songwriter-plagiarism/ <tilgået 12. maj 2021>.

Kapitel 3. Særligt om sampling

over den eventuelle skade på den økonomiske investering, som producenten har foretaget.

Samlet set imødekommer dommen den praktiske virkelighed, at sampling er så udbredt og så afgørende for kunstnerisk udfoldelse i en moderne kontekst, at det ville være helt urimeligt at nægte fri brug af samples, som hverken krænker det underliggende musikværk eller gør skade på den økonomiske og kreative investering foretaget af producenten. Tiden må vise, om kriteriet om »uigenkendeligt for øret« er hensigtsmæssigt, men som udgangspunkt er det fornuftigt med et rent kvalitativt kriterie, da dette i praksis dels vil betyde, at mange korte samples vil falde uden for beskyttelsen. Omvendt vil et kort men ejendommeligt sample, som utvivlsomt hidrører fra et bestemt fonogram, ikke desto mindre nyde fonogrambeskyttelse.

Konklusion

En redegørelse af reglerne for krænkelse af ophavsretten til musik forudsætter for det første en juridisk grænsedragning af begrebet musik. Analysen i kap. 2.2 har vist, at lovgivers tavshed i den forbindelse har resulteret i divergerende forsøg på at definere musik i retspraksis og litteratur. Nyere amerikansk, engelsk og australsk retspraksis har imidlertid anlagt en bred og fleksibel fortolkning, hvor musik i hovedsagen defineres som lyde, der er struktureret for at blive lyttet til af andre årsager end pga. et rent sprogligt indhold. En lignende tilgang må antages at være gældende efter dansk ret. En sådan bred definition af musik er principielt fornuftig, da selv den mest obskure komposition bør kunne beskyttes ophavsretligt, hvis den opfylder de normale beskyttelsesbetingelser. Ikke desto mindre er den praktiske virkelighed, at langt de fleste kompositioner i hovedsagen består af *melodi*, *harmoni*, *rytme* og *sound* og de dertilhørende subkategorier.

For det andet skal der ske en grænsedragning af originalitetskriteriet. Kravet er principielt ganske beskedent. Dette ses, når komponisten uafhængigt af andre har kombineret ganske få af musikkens elementer. Analysen i kap. 2.3 har dog vist, at ophavsretlige principper såsom *public domain*-doktrinen, *Merger*-doktrinen og *scènes à faire*-doktrinen indebærer, at den praktiske virkelighed er, at der skal noget mere til end en kort strofe for, at en komposition kan beskyttes ophavsretligt. Navnlig inden for populærmusikkens domæne er domstole på tværs af jurisdiktioner ganske kritiske i relation til det kreative råderum. Det er min vurdering, at en sådan tilgang til originalitetskriteriet er forenelig med EU-ophavsretten, jf. *Brompton*-dommen, og selv i modsatte fald, vil disse principper tjene som bevismæssige standarder. Der er med andre ord et omvendt forhold mellem bevismæssige standarder og en kompositions kompleksitet og/eller ejendommelighed. Imidlertid er det uklart, hvorvidt elementer, som henføres til kategorien sound kan beskyttes. Eksempelvis om en særegen klangfarve kan indgå i et musikværks beskyttelsesfære, men *Goldrapper*- og *Brown Girl*-dommen synes at åbne op for en sådan tilgang. Efter min opfattelse bør sound, til trods for kategoriens uhånd-

gribelige islæt, kunne indgå som et element af et originalt musikværk, da den kreative indsats i vid udstrækning ligger i arbejdet med at få i øvrigt alment kendte og konventionsbundne kompositioner til at have en særpræget lyd.

For det tredje skal der i relation til selve krænkelsesspørgsmålet ske en sammenligning af værk 1 og værk 2, hvor det kun er beskyttet stof, der findes i værk 2, som er relevant ved krænkelsesvurderingen. Analysen i kap. 2.5.1 har vist, at der er et væsentligt overlap mellem spørgsmålet om originalitet og lighedsbedømmelsen, og at sagsøger langt fra altid får medhold i krænkelsessager, da de konkrete sammenfald mellem værkerne ofte er udtryk for kombinationer af musikkens ubeskyttede elementer. Retspraksis fordrer således, at der i tråd med originalitetskriteriet skal være overtaget enten relativt komplekse og/eller ejendommelige kombinationer af musikkens elementer for at krydse grænsen fra fri benyttelse til krænkelse. I tråd med mit argument om sound som et element i et originalt musikværk, bør det imidlertid kunne udgøre en krænkelse, hvis det overtagne stof samlet set er beskyttet som følge af sound-elementet. Endvidere har analysen i kap. 2.4.2 vist, at lighedsbedømmelsen i sidste ende beror på helhedsindtrykket. En vurdering som har et iboende subjektivt og arbitrært islæt, hvilket i amerikansk ret efter fast praksis objektiviseres ved anvendelse af et *lægmands-lytterkriterie*. Der er holdepunkter for en tilsvarende tilgang efter dansk ret, hvilket jeg anbefaler af retssikkerhedsmæssige årsager. Endvidere har analysen vist, at subjektivt kendskab til værk 1 som regel baseres på indicier i form af bevis for en ikke perifer *adgang* til værk 1 og/eller *beviskraftig lighed*, hvor der er et væsentligt overlap med lighedskriteriet, idet sammenfald i ubeskyttede værksdele taler for en uafhængig frembringelse af værk 2. Retspraksis er imidlertid ikke helt konsistent fsva. kompositioner gjort tilgængelige online, men der er praksis på, at der lettere statueres *adgang*, når værk 1 har været tilgængeligt online. Imidlertid er det min vurdering, at domstole bør være påpasselige med en sådan tilgang, da en komposition *de facto* kun er let tilgængelig online, hvis kompositionen har været eksponeret i en vis udstrækning. Der bør derfor altid foretages en konkret vurdering af værk 1's rækkevidde online. Endelig har analysen i kap. 2.5.3 vist, at *idé-udtryk*-dikotomien ikke er egnet til at definere elementer af musikken, som er så generelle, at de må rubriceres som abstrakte. Dette skyldes, at idé og udtryk i hovedsagen er sammenfaldende i relation til musik. I erkendelsen heraf skal det således udelukkende vurderes om værk 2 har overtaget materiale fra værk 1, som i sig selv opfylder originalitetskriteriet.

For det fjerde følger det af analysen i kap. 3.2, at afgrænsningen mellem fonogram og musikværk ikke er helt klar. På den ene side synes både amerikansk praksis, KODAs praksis samt dansk litteratur, at understøtte, at de dele

af en lydoptagelse, som er udtryk for lydproduktionen, som udgangspunkt skal henføres til fonogrammet men ikke til det underliggende musikværk. På den anden side synes betingelserne efter EU-retten om *objektiv identificerbarhed* og *kreative valg* ikke at være til hinder for, at musikværket også omfatter lydproduktionen. I tråd med min argumentation i relation til spørgsmålet om originalitet anbefaler jeg som det mest tidssvarende, at musikværket også bør omfatte lydproduktionen, da en stor del af det kreative råderum i vore dage ligger i lydproduktionen. Få så vidt angår krænkelsspørgsmålet i relation til fonogrambeskyttelse, har EU-Domstolen i *Pelham*-dommen nu fastlagt en art *de minimis*-princip, hvorefter samples, som er »uigenkendeligt for øret« falder uden for fonogrambeskyttelsen. Præmissens nærmere anvendelsesområde er ikke helt klart, men det må formentlig være således, at korte og/eller meget modificerede samples falder uden for beskyttelsessfæren. Dette er efter min mening den rigtige vej at gå, idet hensynet til kunstnerisk frihed bør tillægges betydelig vægt over for producentens interesse i at kunne forbyde brugen uvæsentlige dele af et fonogram.

Forkortelser

Beskyttelsestidsdirektivet	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/116 (EF) af 12. december 2006 om beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder [2006] OJ L 372
BGH	Bundesgerichtshof, dvs. den tyske højesteret
BKV	Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works af 9. september 1886 revideret 24. juli 1971 i Paris, 1161 U.N.T.S. 3
CDPA	Den engelske Copyright, Designs and Patents Act 1988 med senere ændringer
Databasedirektivet	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/9 (EF) af 11. marts 1996 om retlig beskyttelse af databaser [1996] OJ L 77
Designforordningen	Rådets forordning 6/2002 (EF) af 12. december 2001 om EF-design [2001] OJ L 3
MFL	Lov om markedsføring, lbkg. nr. 426 af 3. maj 2017 med senere ændringer
Infosoc-direktivet	Direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationsområdet [2001] OJ L 167/10
OHL	Lov om ophavsret, lbkg. nr. 1144 af 23. oktober 2014 med senere ændringer
RKV	International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations af 26. oktober 1961, 496 U.N.T.S. 43
RPL	Loven om rettens pleje, lbkg. nr. 1445 af 29. september 2020 med senere ændringer
Softwaredirektivet	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/24 (EF) af 23. april 2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer [2009] OJ L 111
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, 1869 U.N.T.S. 299
WCT	WIPO Copyright Treaty af 20. december 1996, 2186 U.N.T.S. 121
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty af 20. december 1996, 2186 U.N.T.S. 203

Love m.m.

Danske love og forarbejder

Love

Lov om markedsføring, lbkg. nr. 426 af 3. maj 2017

Lov om ophavsret, lbkg. nr. 1144 af 23. oktober 2014

Loven om rettens pleje, lbkg. nr. 1445 af 29. september 2020

Forarbejder

Forarbejder til ophavsretsloven, FT 1959/60, Tillæg A

EU-retsakter

Forordninger

Rådets forordning 6/2002 (EF) af 12. december 2001 om EF-design [2001] OJ L 3

Direktiver

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/24 (EF) af 23. april 2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer [2009] OJ L 111

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/116 (EF) af 12. december 2006 om beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder [2006] OJ L 372

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet [2001] OJ L 167/10

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/9 (EF) af 11. marts 1996 om retlig beskyttelse af databaser [1996] OJ L 77

EU-Kommissionens dokumenter

Council of the European Union, Commission staff working paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights SEC(2004) 995

Commission of the European Communities, Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society COM(97) 628 final

Commission of the European Communities, Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology – Copyright Issues Requiring Immediate Action COM (88) 172 final

Internationale konventioner og traktater

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, Marrakesh

Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, 1869 U.N.T.S. 299

Love m.m.

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works af 9. september 1886
revideret 24. juli 1971 i Paris, 1161 U.N.T.S. 3

International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and
Broadcasting Organizations af 26. oktober 1961, 496 U.N.T.S. 43

WIPO Copyright Treaty af 20. december 1996, 2186 U.N.T.S. 121

WIPO Performances and Phonograms Treaty af 20. december 1996, 2186 U.N.T.S. 203

Udenlandske love, forarbejder og andre dokumenter

Love

Australien: Copyright Act No. 25, 1905; Copyright Act 1968 No. 63, 1968

England: Copyright, Designs and Patents Act 1988

Frankrig: Code de la propriété intellectuelle (engelsk udgave af 15. september 2003)

Holland: Auteurswet van 23 september 1912

Schweiz: Federal Act on Copyright and Related Rights of 9 October 1992 (officiel engelsk
udgave)

Tyskland: Urheberrechtsgesetz af 9. september 1965 (BGBl. I S. 1273)

USA: Copyright Act of 1976

Forarbejder

Sverige: Statens offentliga utredningar 1956:25

USA: H.R. REP. NO. 94-1476 (1976)

Litteraturliste

Bøger

- Blume, P., »Juridisk metode og argumentation« i Thomas Riis & Jan Trzaskowski (red.), Skriftlig Jura – den juridiske fremstilling (1. udgave, Ex Tuto Publishing 2013)
- Borcher, E. og Bøggild, F., Markedsføringsloven med kommentarer (3. udgave, Karnov Group 2013)
- Burgess, R.J., The Art of Music Production: The Theory and Practice (OUP 2013)
- Borcher, E., Produktefterligninger (2. omarbejdede udg., Forlaget Thomson 2003)
- Cronin, C., »Concepts of Melodic Similarity in Music-Copyright Infringement Suits« i Walter B. Hewlett & Eleanor Selfridge-Field (red.), Melodic Similarity: Concepts, Procedures, and Applications (MIT Press 1998)
- Colombet, C., Propriété littéraire et artistique et droit voisins (Dalloz 1990)
- Davis, R., St Quintin, T. and Tritton, G., Tritton On Intellectual Property In Europe, (5th ed. Sweet & Maxwell 2018)
- Desbois, H., Le droit d’auteur en France (Dalloz 1978)
- Frith, S., Performing rites: evaluating popular music (OUP 1996)
- Gerrish, B., Remix: The Electronic Music Explosion (EM Books 2001)
- Gracyk, T., Rhythm and Noise: An Aesthetics of Rock (Duke University Press 1996)
- Grundtvig, L.A., Kort Fremstilling af Forfatterretten (2. udgave, J.H. Schultz Forlagsboghandel 1918)
- Hugenholtz, B., »Copyright without frontiers: the problem of territoriality in European copyright law« i Estelle Derclaye (red.), Research handbook on the future of EU copyright (Cheltenham: Edward Elgar 2009)
- Koktvedgaard, M., Lærebog i Immaterialret (6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002)
- Lipari, L., »Phenomenological Approaches« i Debra L. Worthington and Graham D. Bodie (eds), The Handbook of Listening (John Wiley & Sons 2020)
- Laddie, Prescott & Vitoria, The Modern Law of Copyright: Volume I (5th ed. LexisNexis 2018)
- Lando, O., »Fremmed ret i juridiske fremstillinger – hvorfor og hvordan?« i Thomas Riis & Jan Trzaskowski (red.), Skriftlig Jura – den juridiske fremstilling (1. udgave, Ex Tuto Publishing 2013)
- Lund, T., Ophavsret (G.E.C. Gads Forlag 1961)
- Plesner Mathiasen, J., »Musikrettigheder« i Jakob Plesner Mathiasen & Lasse Lau Nielsen (red.), Lærebog i entertainmentret (Karnov Group 2019)
- Nimmer, D., Nimmer on Copyright 1 (LexisNexis 2020)
- Priest, E., Boring Formless Nonsense: Experimental Music and the Aesthetics of Failure (Bloomsbury Academic 2013)

- Rammeskov Bang-Pedersen, U., Højlund Christensen, L. og Salung Petersen, C., *Den Civile Retspleje* (4. udgave, Hans Reitzels Forlag 2017)
- Ricketson, S. & Ginsburg, J., *International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond Volume I* (2nd ed. OUP 2005)
- Rosenmeier, M., »Hvor bred er den ophavsretlige beskyttelse efter Painer-dommen?« i Morten Rosenmeier, Thomas Riis, Jens Schovsbo & Henrik Udsen (red.), *Festskrift til Jørgen Blomqvist, Ex Tuto 2021*, 578 ff.
- Rosenmeier, M., *Ophavsretlig beskyttelse af musikværker* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1996)
- Schovsbo, J., Rosenmeier, M. og Salung Petersen, C., *Immaterialret* (6. udgave, Djøf Forlag 2021)
- Schovsbo, J., Rosenmeier, M. og Salung Petersen, C., *Immaterialret* (5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2018)
- Schovsbo, J., Rosenmeier, M. og Salung Petersen, C., *Immaterialret* (4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2015)
- Schønning, P., *Ophavsretsloven med kommentarer* (6. udgave, Karnov Group 2016)
- Schlüter, J., Bay, J. og Plesner Mathiasen, J., *Musikaftaler* (Forlaget Thomson 2006)
- Sterling, J.A.L., *Sterling On World Copyright Law* (Trevor Cook ed. 5th ed. Sweet & Maxwell 2018)
- Sangild, S., *The Aesthetics of Noise* (DATANOM 2002)
- U.S. Copyright Office, *Compendium of U.S. Copyright Office Practices* (3rd ed. 2017)
- Vallés, R.C., »The requirement of originality« i Estelle Derclaye (red.), *Research handbook on the future of EU copyright* (Cheltenham: Edward Elgar 2009)
- White, J., *Comprehensive Musical Analysis* (Scarecrow Press 1994)
- Weincke, W., *Ophavsret Reglerne – Baggrunden – Fremtiden* (G.E.C. Gads Forlag 1976)

Tidskriftsartikler

- Bently, L. and others, »Sound Sampling, a Permitted Use Under EU Copyright Law?« (2019) IIC 50:467
- Bently, L., »Authorship of Popular Music in UK Copyright Law« (2009) 12:2 Information, Communication & Society 179
- Bevill, K., »Copyright Infringement and Access: Has the Access Requirement Lost Its Probative Value« (1999) 52 Rutgers L Rev 311
- Brent, D., »The Successful Musical Copyright Infringement Suit: The Impossible Dream« (1991) 7 U. Miami Ent. & Sports L. Rev. 229
- Cox, W., »Rhymin' and Stealin: The History of Sampling in the Hip-Hop and Dance Music World and How U.S. Copyright Law & Judicial Precedent Serves to Shackle Art« (2015) 14 Va Sports & Ent LJ 219
- Phima, I., »The CJEU decision in Brompton Bicycle (Case C-833/18): an original take on technical functionality?« (2020) E.I.P.R. 761
- Fishman, J.P., »Music as a Matter of Law« (2018) 131 Harv L Rev 1861
- Jütte, B.J., »CJEU permits sampling of phonograms under a de minimis rule and the quotation exception« (2019) J.I.P.L.P. 14(11)
- Jones, S., »Music Copyright In Theory and Practice: An Improved Approach For Determining Substantial Similarity« (1993) 31 Duq. L. Rev. 277
- Livingston, M. and Urbinato, J., »Copyright Infringement of Music: Determining Whether What Sounds Alike Is Alike« (2013) 15 Vand J Ent & Tech L 227

- Mopas, M. and Curran, A., »Translating the Sound of Music: Forensic Musicology and Visual Evidence in Music Copyright Infringement Cases« (2016) 31 Can JL & Soc 25
- Manuelian, M., »The Role of the Expert Witness in Music Copyright Infringement Cases« (1988) 57 Fordham L Rev 127
- Metzger, R., »Name That Tune: A Proposal for an Intrinsic Test of Musical Plagiarism« (1984) 34 Copyright L Symp 139
- Nordell, P.J., »Upphovsrätten som ett jämförelseobjekt. Kommentar till Högsta domstolens dom NJA 2017 s. 75 (Svenska syndabockar)« NIR 3/2017
- Keyt, A., »An Improved Framework For Music Plagiarism Litigation« (1988) 76 Calif. L. Rev. 421
- Keziah, D., »Copyright Registration for Aleatory and Indeterminate Musical Compositions« (1970) 17 Bull Copyright Soc'y USA 311
- Karnell, G., »Om Rättsligt Skydd För Melodier« (1957) NIR 159
- Latman, A., »'Probative Similarity' As Proof of Copying: Toward Dispelling Some Myths In Copyright Infringement« (1990) Colum. L. Rev. 1187
- Rosenmeier, M., »Brugskunstbeskyttelsen mod 'nærgående efterligninger'. Nogle terminologiske overvejelser« NIR 5/2005 503
- Rosenmeier, M., »Nogle bemærkninger om sagkyndiges medvirken i ophavsretssager« U.2001B.102
- Schønning, P., »Gengivelse af fragmenter af ophavsretligt beskyttede værker« U.2013B.341
- Samuels E., »The idea-expression dichotomy in copyright law« (1989) 56 Tenn. L. Rev. 321
- Torremans, P., »The role of the CJEU's autonomous concepts as a harmonising element of copyright law in the United Kingdom« (2019) I.P.Q.
- Weincke, W., »Bemærkninger om ophavsretten til musikværker« 2-3/1975 NIR 409

Online artikler og blogindlæg mv.

- Axis of Awesome – 4 Four Chord Song <https://www.youtube.com/watch?v=5pidokakU4I> <tilgået 23. marts 2021>
- Bosher, H., »Drake sued for copyright infringement of a beat« (The IP Kat, 9 September 2019) <https://ipkitten.blogspot.com/2019/09/drake-sued-for-copyrightinfringement.html> <tilgået 17. april 2021>
- BBC News: <https://www.bbc.com/news/technology-53647486> <tilgået den 4. maj 2021>
- Cambridge Dictionary: www.dictionary.cambridge.org/dictionary/english/creativity <tilgået den 25. februar 2021>
- Den Store Danske: www.denstoredanske.lex.dk/kreativitet <tilgået den 25. februar 2021>
- Derclaye, E., »The CJEU decision in Brompton Bicycle – A welcome double rejection of the multiplicity of shapes and causality theories in copyright law« (Kluwer Copyright Blog 25 June 2020) <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/06/25/> <tilgået 21. marts 2021>
- Electronic Music Wiki: <https://electronicmusic.fandom.com/wiki/Sequencer> <tilgået 10. maj 2021>
- Kaminsky, M., »Bruno Mars And Mark Ronson's 'Uptown Funk' Faces (Yet Another) Copyright Infringement Suit« (Forbes 30 December 2017) www.forbes.com/sites/michellefabio/2017/12/30/bruno-mars-and-mark-ronsons-uptown-funk-faces-yet-another-copyright-infringement-suit/?sh=68195d9c70c0 <tilgået 17. april 2021>

Litteraturliste

KODAs hjemmeside:

www.koda.dk/medlem/registrering-af-din-musik/fordeling-af-andele/producerens-rolle <tilgået 11. maj 2021>

www.koda.dk/medlem/registrering-af-din-musik/bearbejdelse-og-aendringer-af-vaerker/brug-af-sampling <tilgået den 9. februar 2021>

Music Business Worldwide:

www.musicbusinessworldwide.com/spotify-just-invented-ai-technology-that-will-police-songwriter-plagiarism/ <tilgået 12. maj 2021>

www.musicbusinessworldwide.com/over-60000-tracks-are-now-uploaded-to-spotify-daily-thats-nearly-one-per-second/ <tilgået 5. maj 2021>

Musikipedia:

www.musikipedia.dk/leksikon/arpeggio <tilgået 25. marts 2021>

www.musikipedia.dk/leksikon/kromatisk-skala <tilgået 25. marts 2021>

www.musikipedia.dk/leksikon/diatonisk-skala <tilgået 25. marts 2021>

www.musikipedia.dk/leksikon/akkordrundgang <tilgået 23. marts 2021>

www.musikipedia.dk/analyse <tilgået den 17. februar 2021>

www.musikipedia.dk/sangens-melodi-og-akkorder <tilgået den 17. februar 2021>

www.musikipedia.dk/leksikon/rytme <tilgået den 17. februar 2021>

www.musikipedia.dk/leksikon/sound <tilgået den 17. februar 2021>

www.musikipedia.dk/stikord-til-musikanalyse <tilgået den 17. februar 2021>

www.musikipedia.dk/leksikon/tonehoejde <tilgået den 17. februar 2021>

www.musikipedia.dk/takt-og-underdeling <tilgået den 17. februar 2021>

www.musikipedia.dk/taktart-og-rytmer#2 <tilgået den 17. februar 2021>

www.musikipedia.dk/leksikon/tempo <tilgået den 17. februar 2021>

www.musikipedia.dk/leksikon/frasering <tilgået den 17. februar 2021>

www.musikipedia.dk/formanalyse <tilgået den 17. februar 2021>

www.musikipedia.dk/overtoner#4 <tilgået den 17. februar 2021>

www.musikipedia.dk/konsonans-og-dissonans <tilgået den 17. februar 2021>

www.musikipedia.dk/betoning <tilgået den 17. februar 2021>

Spotify Newsroom: <https://newsroom.spotify.com/company-info/> <tilgået den 4. maj 2021>

Who Sampled: www.whosampled.com/most-sampled-artists/ <tilgået 4. februar 2021>

Domsregister

Dansk retspraksis

- U 1961.1027 H (spisebestik) 73
U 1998.1385/2 S 28
U 1999.1061 S (ølarmaturer) 72
U 2008.77 Ø (salmemelodi) 46, 48, 49, 66
U 2014.3428 S (Oister) 27, 66
U 2015.1972 V 50
U 2020.2532 Ø (keramikprodukter) 49, 73
U 2020.2817 H (gummistøvler) 25, 27

Københavns Byret sag BS 26B 716/2009 27

Københavns Byret FS F3-10062/2012 (Lykketrolden fra Gjøl) 57, 66

EU-Domstolen

- Sag C-5/08, Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening [2009] ECR I-6569 26
Sag C-145/10, Eva-Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH and Others [2011] ECR I-12533 26
Sag C-281/10 P, PepsiCo v. Grupo Promer Mon Graphic [2011] ECR I-10153 61
Sag C-310/17, Levola Hengelo BV v. Smilde Foods BV ECLI:EU:C:2018:899 24
Sag C-476/17, Pelham GmbH m.fl. mod Ralf Hütter og Florian Schneider-Esleben ECLI:EU:C:2019:624 11, 77, 81
Sag C-683/17, Cofemel – Sociedade de Vestuário SA v. G-Star Raw CV ECLI:EU:C:2019:721 26, 33
Sag C-833/18, SI and Brompton Bicycle Ltd v. Chedech/Get2Get ECLI:EU:C:2020:461 32

Amerikansk retspraksis

Supreme Court (den amerikanske højesteret)

Callaghan v. Myers, 9 S.Ct. 177 (1888) 71

Feist Publications v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991) 26, 56

Courts of Appeals (de amerikanske føderale appeldomstole)

ABKCO Music v. Harrisongs Music, 722 F.2d 988 (2nd Cir. 1983) 69

Armour v. Knowles, 512 F.3d 147 (5th Cir. 2007) 68

Arnstein v. Edward Marks Music, 82 F.2d 275 (2nd Cir. 1936) 51

Baxter v. MCA, 907 F.2d 154 (9th Cir. 1990) 52

Gaste v. Kaiserman, 863 F.2d 1061 (2nd Cir. 1988) 67, 68

Granite Music v. United Artists, 532 F.2d 718 (9th Cir. 1976) 35, 38
Heim v. Universal Pictures, 154 F.2d 480 (2nd Cir. 1946) 48, 51
Martinez v. McGraw, 581 Fed.Appx. 512 (6th Cir. 2014) 68, 69
Newton v. Diamond, 388 F.3d 1189 (9th Cir. 2003) 52, 77, 79, 80, 98
Nichols v. Universal Pictures, 45 F.2d 119 (2nd Cir. 1930), 74
PBT v. CMR 71
Peter Pan Fabrics v. Martin Weiner Corp., 274 F.2d 487 (2nd Cir. 1960) 66
Peters v. West, 692 F.3d 629 (7th Cir. 2012) 69, 70, 98
Positive Black Talk v. Cash Money Records, 394 F.3d 357 (5th Cir. 2004) 66, 71
Repp v. Webber, 132 F.3d 882 (2nd Cir. 1997) 52, 72, 98
Rice v. Fox Broadcasting, 330 F.3d 1170 (9th Cir. 2003) 34
Selle v. Gibb, 741 F.2d 896 (7th Cir. 1984) 71, 72, 98
Skidmore v. Led Zeppelin, 952 F.3d 1051 (9th Cir. 2020) 36, 37, 42, 53, 56, 75
Smith v. Jackson, 84 F.3d 1213 (9th Cir. 1996) 36
Swirsky v. Carey, 376 F.3d 841 (9th Cir. 2004) 18, 19, 20, 25, 34, 47, 48, 51, 55, 74, 75, 76, 80
Three Boys Music v. Bolton, 212 F.3d 477 (9th Cir. 2000) 18, 19, 20, 70
VMG Salsoul v. Ciccone, 824 F.3d 871 (9th Cir. 2016) 82, 83
Williams v. Gaye, 885 F.3d 1106 (9th Cir. 2018) 19, 20, 34, 35, 55, 56

District courts (de amerikanske føderale domstole i 1. instans)

Allen v. Walt Disney, 41 F. Supp. 134 (S.D.N.Y. 1941) 48
Batiste v. Najm, 28 F.Supp.3d 595 (E.D. Louisiana 2014) 75
Boosey v. Empire Music, 224 F. 646 (S.D.N.Y. 1915) 54
Bright Tunes v. Harrisongs, 420 F.Supp. 177 (S.D.N.Y. 1976) 37
Carey v. Sheeran, 18-002141 (S.D.N.Y. 2018) 56
Elsmere Music v. National Broadcasting, 482 F.Supp. 741 (S.D.N.Y. 1980) 54
Gray v. Perry, 2020 WL 1275221 (C.D.Cal. 2020) 56
Griffin v. Sheeran, 351 F.Supp.3d 492 (S.D.N.Y. 2019) 56
Hirsch v. Paramount, 17 F.Supp. 816 (S.D.Cal. 1937) 51
Intersong-USA v. CBS, 757 F.Supp. 274 (S.D.N.Y. 1991) 67, 75
Jean v. Bug Music, 2002 WL 287786 (S.D.N.Y. 2002) 53
Jollie v. Jaques, 1 Blatchf. 618 (S.D.N.Y. 1850) 17
New Old Music v. Gottwald, 122 F.Supp.3d 78 (S.D.N.Y. 2015) 20
Newton v. Diamond, 204 F.Supp.2d 1244 (C.D.Cal. 2002) 52
Northern Music v. King Record Distribution, 105 F. Supp. 393 (S.D.N.Y. 19 17
Peters v. West, 776 F.Supp.2d 742 (N.D.Ill. 2011) 69
Repp v. Webber, 947 F.Supp. 105 (S.D.N.Y. 1996) 52
Selle v. Gibb, 567 F.Supp. 1173 (N.D.Ill. 1983) 71
Tempo Music v. Famous Music, 838 F.Supp. 162 (S.D.N.Y. 1993) 17
Williams v. Bridgeport Music, 2015 WL 4479500 20
ZZ Top v. Chrysler, 54 F.Supp.2d 983 (W.D. Washington 1999) 20

Engelsk retspraksis

Court of Appeal (appeldomstolen for England og Wales)

Baigent v. The Random House, [2007] F.S.R. 24 59
Francis Day & Hunter v. Bron, [1963] Ch. 587 58

High Court of Justice (behandler bl.a. kommercielle tvister)

Austin v. Columbia Grammmophone Company, [1917-23] MacG CC 398 20

Sawkins v. Hyperion Records, [2005] 1 W.L.R. 3281 21

T & A Textiles v. Hala Textile, [2015] EWHC 2888 (IPEC) 59

Australsk retspraksis

Court of Appeal (den australske appeldomstol)

Schott Musik International v. Colossal Records, [1997] FCA 531 23, 25

Tysk retspraksis

Bundesgerichtshof (den tyske højesteret)

BGH, 3. februar 1988 – I ZR 143/86 39

BGH, 24.01.1991 – I ZR 72/89 (Brown Girl II) 40

BGH, 16.04.2015 – I ZR 225/12 (Goldrapper) 40

Oberlandesgericht (de tyske landsretter)

OLG München, 20.05.1999 – 29 U 3513/96 (Techno-Musik) 39

Fransk retspraksis

La Cour de Paris (appeldomstolen i Paris)

Cf. Paris, 11. april 1853, D. 53.2.130 39

Stikordsregister

A

Abstraktionstest 74
Access 66, 73
Arrangement 21, 40, 51, 59, 60, 63
Arrangementet 64

B

Bernerkonventionen 26, 30, 31
Beskyttelseskriterier 29, 32
Beskyttelsesomfang 39, 43, 72
Beskyttelsessfære 34, 53, 54, 63, 64, 85, 87
Beskyttelsestidsdirektivet 31, 32
Beskyttelsesværdig 16, 18, 20, 24, 39, 53, 54, 59
Beskyttelsesværdighed 64
Brugskunst 29, 33, 57

C

Computerprogrammer 83

D

Databasedirektivet 31, 32
De minimis 82
Designforordningen 32
Dobbeltskabelseskriterium 28

E

Extrinsic/intrinsic-test 47
Extrinsic-test 57

F

Fremmed ret 11, 25

G

Gennemsnitlig forbruger 61

H

Harmonisering 11, 30, 31, 32, 42
Helhedsindtryk 60, 61, 62, 63, 86

I

Idé-udtryk-dikotomien 74, 86
Infosoc-direktivet 11, 15, 26, 30, 43, 77, 81, 82, 83
Intrinsic-test 57, 61
Inverse ratio 73
Inverse ratio-doktrinen 67, 72, 73
Itunes 69, 70

K

KODA 77, 79, 86
Kreativ frihed 33, 43
Kreative valg 26, 42, 49, 50, 58, 59, 80
Kunstnerisk frihed 82, 87

L

Legaldefinition 16, 75
Lydfæstning 78
Lydoptagelse 77, 78, 79, 80, 81, 82, 87

M

Markedsadfærd 72
Merger-doktrinen 33, 34, 42, 75, 85
Musikvidenskabelig 10, 13, 14, 25

N

Noise 15, 21, 22, 23, 24

O

Ostinato 39, 54, 56

P

Populærmusik 9, 23, 37, 50, 52, 65
Probative similarity 67, 70, 71, 73

Stikordsregister

Producentretten 80
Producentrettigheder 52, 78
Public domain 34, 42, 75, 76, 85

R

Reasonable opportunity 67, 68, 69
Retlig fiktion 57, 61, 62, 63, 82, 83

S

Scènes à faire-doktrinen 33, 34, 42, 75, 85
Skønserklæring 46, 49, 50, 60, 63, 65
Softwaredirektivet 31, 32
Sound 40, 42, 43, 53, 78, 79, 80, 85, 86
Spotify 9, 70, 83

Striking similarity 67, 72, 73
Syn og skøn 42, 48

T

Technomusik 40
Totrindest 47

W

Wide dissemination to the public 69

Y

YouTube 70

Ø

Økonomiske investering 81, 83, 84

Musikplagiater behandler de ophavsretlige regler i forbindelse med retsstridige efterligner af musik.

Dansk retspraksis' bidrag til forståelsen og anvendelsen af de ophavsretlige regler i forbindelse med musik er yderst sparsom. Derfor er bogen blevet til ved en udstrakt anvendelse af komparativ ret, hvor andre landes lovgivning og retspraksis analyseres for at påvise, hvorledes danske domstole kan antages at anvende de ophavsretlige regler i sager om musikplagiater. Berettigelsen til at bruge fremmed ret i en dansk retlig kontekst skyldes, at ophavsretten i betydeligt omfang er en international retsdisciplin, fastlagt af internationale konventioner og grundprincipper, der således fastsætter en harmoniseret retlig ramme for ophavsretten.

Musikplagiater analyserer først det juridiske anvendelsesområde for begrebet musik efterfulgt af en behandling af de ophavsretlige beskyttelseskriterier for musik. Herefter behandles kriterierne for retsstridig efterligning af musik. Endelig behandles spørgsmålet om krænkelse af lydoptagelser særskilt, da ophavsretten til lydoptagelser er forskellig fra ophavsretten til musikværker.

Musikplagiater egner sig i første række til jurister og andre læsere, som i forvejen har kendskab til ophavsret. Bogen henvender sig særligt til praktikere, som arbejder med musikjura. Men det er også forfatterens ønske, at afhandlingen kan læses af andre med interesse for musikjura.

Forfatteren til bogen er Daniel Rosenthal Plon, advokatfuldmægtig hos Poul Schmith/Kammeradvokaten. Daniel Rosenthal Plon har tidligere været professionel komponist, udøvende musiker og producer (2004-2016), og han har i den forbindelse arbejdet sammen med en lang række artister fra ind- og udland, herunder Natasja (DK), Jokeren (DK), BliGlad (DK), Ufo & Yepha (DK), Shaka Loveless (DK), Wafande (DK), Pharfar (DK), Casper Nyovest (ZA), Mad Professor (UK), Afrikan Boy (UK) og Nneka Egbuna (DE).

