



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Linn Gilborne

# Upphovsrättsligt skyddsomfång för populärmusik

Examensarbete  
20 poäng

Handledare: Per Jonas Nordell

Immaterialrätt

Vårterminen 2005

# Innehåll

<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>4</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>6</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>7</b>
1.1 Allmänt och syfte	7
1.2 Frågeställningar och avgränsningar	7
1.3 Metod och material	8
1.4 Definitioner	9
1.5 Disposition	9
<b>2 MUSIKTEORI</b>	<b>10</b>
2.1 Musikens olika beståndsdelar / musikupplevelse	10
2.1.1 Melodi	10
2.1.2 Klang	11
2.1.3 Ackord och harmoni	12
2.1.4 Rytym och ljud som inte är toner	12
2.1.5 Dynamik	13
2.2 Tonhöjd och transponering	13
2.3 Notation	14
2.4 Sound	14
2.5 Genre	15
<b>3 DET UPPHOVSRÄTTSLIGA SKYDDET</b>	<b>16</b>
3.1 Inledande	16
3.1.1 Kortfattat om de ekonomiska rättigheterna	17
3.1.2 Den ideella rätten	17
3.1.3 Klassikerskyddet	20
3.2 Originalitet/verkshöjd	21
3.2.1 Kvantitet	25
3.2.2 Musikaliskt allmångods	26
3.3 Verk som emanerar ur ett förevarande verk	27
3.3.1 Bearbetning	27
3.3.2 Nytt självständigt verk i fri anslutning till ett befintligt	27

<b>4</b>	<b>UPPHOVSRÄTTSLIGT INTRÅNG OCH SKYDD</b>	<b>29</b>
4.1	Vad är och bör vara föremål för skydd?	29
4.1.1	Soundskydd?	34
4.1.2	Musikalisk citaträtt?	38
4.2	Intrång	40
4.2.1	Likhetsbedömning	42
4.2.2	Vilken lyssnares perspektiv?	45
4.2.3	Oberoende dubbelskapande	47
<b>5</b>	<b>AVSLUTANDE KOMMENTARER</b>	<b>49</b>
	<b>BILAGA 1</b>	<b>51</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>52</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>55</b>

# Sammanfattning

Den övergripande fråga som diskuteras i uppsatsen är hur den svenska rättsliga regleringen i fråga om skyddsomfång för populärmusikverk ser och bör se ut. Med skyddsomfång avses då hur lika två stycken kan tillåtas vara utan att det senare alstret av de två kan anses göra intrång i det tidigare. Utgångspunkten är tvärvetenskaplig på så sätt att såväl den traditionella juridiska metoden som en mer musikvetenskaplig metod används.

Endast ett fall rörande plagiering inom musikens område har varit föremål för prövning i HD. Detta avgörande, det så kallade Regattaavgörandet, lämnar en del frågetecken efter sig och den rättsliga situationen kan därför inte sägas vara helt klar. I domen uttalar HD att variationsmöjligheterna inom populärmusiken är begränsade och som en följd av detta sänker domstolen kraven i fråga om upphovsrättslig originalitet. I uppsatsen riktas en del kritik mot domstolens uttalande och bedömning.

Vidare diskuteras om inte det upphovsrättsliga skyddet för musikverk till viss del bör omdefinieras eller omvärderas – något som bör kunna ske inom ramen för gällande lagstiftning. Det har hänt mycket och nya sätt att producera har tillkommit sedan URL författades på 50-talet. I uppsatsen görs gällande att skyddet skulle kunna vara mer slagkraftigt och användbart än vad det är idag. Vidare förs resonemang om hur detta skydd bör se ut. Bland annat konstateras att sound bör kunna åtnjuta upphovsrättsligt skydd på så sätt att det skall kunna tillmätas stor betydelse vid såväl originalitets- som likhetsbedömning.

En annan fråga som ventileras i uppsatsen är hur musikverks skyddsomfång skall definieras och analyseras i det ”nya” musikaliska klimat vi har idag. I uppsatsen förespråkas en avvägd blandning av intrycksbaserad bedömning och musikteoretisk analys utförd av sakkunniga, där den musikteoretiska analysen utgör en form av kontrollmekanism. På så sätt kan förhindras att enskilda domares personliga kunskaper eller fördomar gentemot olika musikgenrer (såsom exempelvis populärmusiken) får genomslag i den juridiska bedömningen.

Det upphovsrättsliga skyddet har även en ideell sida, vari inbegrips paternitetsrätten och respekträtten. Paternitetsrätten medför en rätt för upphovsmannen att bli angiven som upphovsman då verket används. Respekträtten innebär att verket eller exemplar av verket inte får ändras på ett sådant sätt att upphovsmannens litterära eller konstnärliga anseende eller egenart kränks. Gränsen för vad som skall anses innebära ett intrång i den ideella rätten, och då framförallt respekträtten, är inte helt uppenbar och diskuteras i uppsatsen.

En annan del av den ideella rätten är det så kallade klassikerskyddet i 51 § URL. I uppsatsen förs resonemang om klassikerskyddet har spelat ut sin roll

eller åtminstone fått en annan innebörd än som var avsedd vid bestämmelsens tillkomst. Det är idag relativt vanligt att klassiska verk används i nya verk och frågan är om detta måste ses som något negativt. Genom ”återanvändning” sprids ju dessa musikverk till nya generationer, som kanske inte annars hade upptäckt de klassiska verken. Det förefaller dessutom inte omöjligt att riktigt grova förvanskningar ändå skulle kunna komma att bli föremål för prövning.

Ytterligare en fråga som ventileras i uppsatsen är hur en citaträtt avseende musikverk kan se ut och när den kan åberopas. I litterära sammanhang är citaträtten allmänt använd och erkänd och även avseende musikverk finns en sådan rätt, framför allt inom jazzkretsar. Möjligen kan en sådan citaträtt ha uppkommit även inom andra genrer.

# Förkortningar

Regattaavgörandet	NJA 2002 s 178
HD	Högsta domstolen
MA	Musikaliska Akademien
NCB	Nordic copyright bureau
NIR	Nordiskt immateriellt rättsskydd
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd 1
SAOB	Svenska akademiens ordbok, <a href="http://g3.spraakdata.gu.se/saob/">http://g3.spraakdata.gu.se/saob/</a>
SOU	Statens offentliga utredningar
STIM	Svenska tonsättares internationella musikbyrå
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

# 1 Inledning

## 1.1 Allmänt och syfte

För ett drygt år sen skrev jag en kortare uppsats om det upphovsrättsliga skyddet för musikverk av populärmusikkarakter. Det intryck jag fick då var att det skydd som erbjuds enligt URL möjligen inte är särskilt ändamålsenligt; att skydd uppnås allt för tidigt och att skyddsomfånget sedan är för stort i förhållande till det skyddade verkets originalitet. Den övergripande tanken med detta examensarbete är att se om så är fallet – syftet är att undersöka den upphovsrättsliga skyddssfären för populärmusikverk. Vad skyddas egentligen och hur ser skyddet ut? Vidare, hur görs bedömningen av när ett verk kan sägas plagiera ett annat? Som huvudregel är förutsättningen att upphovsmannen inte säger sig ha tagit utgångspunkt i ett redan befintligt verk. Avsikten är således inte att närmare behandla bearbetningar av verk, utan istället just hur gränsdragningen mellan plagiat och original skall göras samt vad som är skyddsvärt i ett verk.

## 1.2 Frågeställningar och avgränsningar

Den mer övergripande frågeställning som kommer att behandlas i denna uppsats är hur den svenska rättsliga regleringen för skyddsomfånget för musikverk ser ut och bör se ut. Med skyddsomfång avser jag hur lika två stycken tillåts vara utan att det senare alstret av de två kan anses göra intrång i det tidigare.

Frågor som mer specifikt kommer att behandlas i samband med detta är följande:

1. Vilka delar av ett musikverk är upphovsrättsligt skyddade? Är såväl hela verk som mindre enheter av verk, såsom exempelvis en specifik rytmsektion eller melodi, skyddade från plagiering?
2. Hur görs verks- respektive intrångsbedömningarna avseende musikverk samt hur bör de lämpligen utföras? Är det meningsfullt med en musikteoretisk analys vid denna bedömning?
3. Är eller i annat fall bör ”sound”<sup>1</sup> vara upphovsrättsligt skyddat?
4. Finns det en citaträtt för musikverk och hur ser den i så fall ut?
5. Är och bör gränsen för uppfyllande av skyddskriterierna vara lägre för populärmusik än vissa andra musikytringar?

---

<sup>1</sup> Se förklaring nedan 2.4.

I uppsatsen behandlas endast svenska förhållanden, dock med något mindre undantag. Frågeställningar avseende samplingsförfaranden ryms inom de problemställningar jag formulerat. Samplingsproblematiken fyller dock i sig själv en hel uppsats och jag har av utrymmesskäl valt att inte närmare diskutera sampling, förutom parentetiskt i samband med frågeställningar rörande skydd för sound. Vidare ligger bearbetningar av verk inte helt inom ämnet för denna uppsats, men berörs ändå helt kort för en närmare förståelse för ämnet.

## 1.3 Metod och material

Vid författandet av denna uppsats har jag anlagt ett tvärvetenskapligt perspektiv. Jag har dels använt mig av den sedvanliga juridiska metoden.<sup>2</sup> Således har jag studerat lagtext, förarbeten, relevant litteratur samt även rättsfall på området för att få en bild av hur rättsläget ser ut idag – och vilka åsikter som finns om hur det borde se ut. Förutom denna traditionella juridiska metod har jag även valt att betrakta området i ett musikvetenskapligt perspektiv. Först i uppsatsen presenteras ett kortare avsnitt med musikteori och musikexempel. Avsnittet utgör sedan grundval för det sätt på vilket jag närmar mig undersökningen av skyddsomfånget för musikverk. Musikteoridelen kan uppfattas som för omfattande eller för parentetisk beroende på vem som är läsare. Jag har dock försökt att hitta en medelväg där tanken är att läsaren skall få en förståelse för problematiken med analyser av musikverk, utan att jag för den sakens skull går utöver vad som är relevant för arbetet. För att underlätta för läsaren har jag även valt att ge egna exempel på vad som beskrivs i samband med de olika underrubrikerna.

Förutom det material till vilket det hänvisas i uppsatsen har en del annan litteratur i ämnet studerats, vilket har bidragit till min helhetsbild av ämnet. Jag har dock inte använt detta material såsom referenslitteratur, varför det inte redovisas.

Det finns endast ett rättsfall från HD, det så kallade Regattaavgörandet,<sup>3</sup> som mer exakt berör ämnesområdet för uppsatsen. Således förekommer även rättsfall som berör andra närbesläktade upphovsrättsliga områden.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Jfr Peczenik 1995.

<sup>3</sup> NJA 2002 s 178 (Regattaavgörandet).

<sup>4</sup> Att det saknas praxis från området betyder emellertid inte att tvister inte uppkommer. Istället torde det vara så att de flesta oenigheter löses via branschorganisationer såsom STIMs bedömningskommitté.



## 1.4 Definitioner

Med användningen av begreppet populärmusik syftar jag främst till att avgränsa mig från typer av musik såsom klassisk musik,<sup>5</sup> mer specifik och situationsanpassad filmmusik o dyl. Populärmusik är ett vitt begrepp och i denna uppsats avses begreppet innefatta såväl soul som hårdrock, pop o dyl.

I uppsatsen avses orden komposition, musikstycke samt musikaliskt alster vara synonyma. När dessa ord används är syftet att *inte* göra någon värdering huruvida förekommande komposition uppfyller verkskriterierna, så kan såväl vara fallet som inte. När ordet musikverk förekommer är däremot självfallet avsikten att det diskuterade är ett verk i upphovsrättslig mening. Vidare förekommer även ordet melodi i uppsatsen. I dessa fall avses enkla tonförlopp där endast en ton förekommer åt gången, se vidare nedan 2.1.1.

## 1.5 Disposition

Uppsatsen inleds med ett avsnitt om grundläggande musikteori. I kapitlet behandlas bland annat de olika beståndsdelar som musiken kan delas upp i, notations- och transponeringsproblematik, sound etc. Efter detta inledande kapitel behandlas förutsättningarna för och innebörden av det upphovsrättsliga skyddet. I kapitlet beskrivs de rättigheter som är förbundna med skyddet. Vidare beskrivs vad som förväntas av ett musikaliskt alster för att det över huvud taget skall kunna erhålla skydd samt vad som faktiskt inte åtnjuter upphovsrättsligt skydd. I det fjärde kapitlet behandlas först vad i ett verk som är föremål för skydd. Här diskuteras mer ingående bland annat huruvida det finns eller bör finnas ett skydd för sound samt hur en musikalisk citaträtt kan se ut. Vidare behandlas det upphovsrättsliga intrånget; hur skall intrångsbedömningen göras och vad bör man ta hänsyn till i samband med denna? Det avslutande kapitlet syftar inte till att samla ihop svaren för de frågeställningar som skissats upp ovan, dessa besvaras istället löpande i uppsatsen. Kapitlet är endast en avslutande kommentar.

Egna reflektioner och åsikter särskiljs inte från den vanliga texten som huvudregel.

---

<sup>5</sup> Härvid avses inte endast musik som komponerades under den klassiska perioden, utan även musik som anknyter till denna tradition: dvs olika slags ”konstmusik”.

## 2 Musikteori

### 2.1 Musikens olika beståndsdelar / musikupplevelse

”Vid studiet av denna musik är det svårt att bestämma, vid vilket element man först skall stanna. Men detta val är inte av avgörande betydelse, ty så intimt är sambandet mellan melodik, rytm och harmonik i Bartóks formvärld, att var vi börjar vår undersökning, så kommer de övriga aspekterna dock snart att göra sig påmind.”<sup>6</sup>

Musikteori är för komplext för att beskrivas med bara några rader eller sidor och är kanske inte heller något som man fullt kan läsa sig till. I detta kapitel försöker jag ändå så enkelt och lättfattligt som möjligt försöka beskriva några grundläggande delar i hur man kan närma sig musik teoretiskt. Syftet med detta avsnitt är att visa på att det finns en stor mängd parametrar som eventuellt kan behöva bedömas då musikverk skall granskas i ett juridiskt och upphovsrättsligt perspektiv.

#### 2.1.1 Melodi

De flesta har väl en idé om vad begreppet melodi innefattar. Begreppet kan emellertid visa sig vara svårare att avgränsa och mer komplext än vad man kan tro vid en första anblick. Melodier är mycket sällan slumpmässigt utvalda toner. Endast i de fall då kompositörens intention är att helt frigöra sig mot konventioner etc och ”kastar ut” toner torde det vara så att de saknar förutbestämd inbördes relation/organisation. Till och med i dessa fall kan de dock ha det.<sup>7</sup>

En melodi är således (allt som oftast) förutbestämt organiserad, den har en referensram. Dess utformning kan komma sig av en mängd faktorer och vara delvis beroende av vad tonsättaren medvetet bestämmer sig för, delvis beroende av sådant som denne är omedveten om. Denna referensram bestäms bland annat av t ex klanglig struktur, ackordsstruktur, harmoni och taktmässig indelning. Något som kan vara värt att uppmärksamma är att vissa toner i en melodi kan vara viktigare för dess helhetsintryck eller mer bärande än andra toner.<sup>8</sup> Resonemanget beträffande melodiers förutbestämda organisation är ytterst träffande avseende populärmusik och närmast draget till sin spets. I många fall bygger populärmusikens möjligheter att ”slå” på marknaden just på att vi känner oss familjära med materialet; att det känns mer eller mindre naturligt. Ett exempel på detta är

---

<sup>6</sup> Text av Nils L Wallin hämtad ur Andersson/Wallner 1968 s 20.

<sup>7</sup> Andersson/Wallner 1968 s 73 ff.

<sup>8</sup> Andersson/Wallner 1968 s 73 ff.

så kallade ”hookar”, dvs kortare fraser som ofta är lätta att ta till sig och som ”etsar sig fast i hjärnan”. Ett signifikant exempel är Avril Lavignes ”My happy ending” där närmast hela kompositionen bygger på en mängd korta karaktäristiska enheter, hookar, som tillsammans blir ett längre moment att bygga upp minnet av musikstycket på, men särskilt refrängen är tydlig i detta avseende. I sammanhanget kan även nämnas så kallade ”riff”, vilka är återkommande, bärande moment i en komposition. Det som inom populärmusiken kallas för riff torde ha sin närmaste motsvarighet i tema/motiv inom den klassiska musiken.<sup>9</sup> Motiv förklaras i SAOB som den ”minsta självständiga karaktäristiska del av en musikalisk tanke”, ett ”tema som är bärande för en komposition”.

Med melodi avses generellt sett huvudstämman i ett stycke. Ibland kan emellertid huvudstämma och stämma vara så intimt förknippade med varandra att det inte går att avgöra vad som är vad. Det är helt enkelt fråga om två huvudstämmor, där den ena utan den andra kanske mer eller mindre sätts ur spel – jämför t ex refrängen i Alice in Chains ”Down in a hole” där det inte är helt säkert vad som är huvudstämma och stämma. Om däremot flera melodier ligger parallellt med varandra torde oftast inte det bli några problem.

Även om det är lätt att ta till melodin som generellt kännetecknen för ett visst musikstycke bör det hållas i minnet att musik inte behöver ha melodi för att vara musik. Exempelvis ravemusiken kännetecknas av rytmer och klanger mer än melodier.

## 2.1.2 Klang

När vi lyssnar på ljud, som är tillräckligt varaktiga och starka för att vi skall uppfatta dem, upplever vi ljuden som helheter/totaliteter och det torde vara en omöjlighet att beskriva alla dess inre egenskaper. Denna helhetsbild kallas för klang. Klangen kan t ex utgöras av enstaka toner, hela ackord, helhetsintrycket av ett musikstycke eller en viss besättning. Det är dock viktigt att förstå skillnaden mellan klang och t ex ackord. Förutom själva tonerna i ackordet och tonernas förhållande till varandra (harmonik) spelar bland annat instrumentet/instrumenten (och det sätt på vilket de hanteras), rummets ljudupptagning, effektbearbetning i studio mm roll för klangupplevelsen. Även om ett stycke analyseras och ställs upp i ett partitur<sup>10</sup> eller dylikt kan inte styckets klang förnimmas ur detta. Klangfärg är enkelt uttryckt tonkaraktär; hur olika instrument och röster färgar ackord och toner. Olika former av musik kan t ex ha olika karaktäristiska klanger, jämför exempelvis ”österländsk” med ”västerländsk” musik. Såsom jag konstaterar nedan under 2.2 kan klangen förändras mer eller mindre tydligt vid transponeringar av ett stycke.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Musik med anknytning till den klassiska traditionen, se not 5.

<sup>10</sup> Notering av samtliga stämmor mm i ett flerstämmigt stycke.

<sup>11</sup> Andersson/Wallner 1968 s 49 ff.

### 2.1.3 Ackord och harmoni

Ett ackord är en samtidig och ordnad förbindelse av flera toner.<sup>12</sup> Precis som alla andra element i musik kan ackorden spela olika roller. De kan vara bärande, utsmyckande och melodiska eller kanske endast en matta som ligger och fyller ut och hjälper lyssnaren. Ackorden och ackordsföljderna kan vara enkla i sin utformning. Enklast, och kanske vanligast, är en treackordsmodell där man följer schemat med tonika (ackordet utgår från första tonen i tonarten), dominant (ackordet utgår från femte tonen) och subdominant (fjärde tonen). Denna ackordsutformning följer kvintcirkelns<sup>13</sup> abc och det känns naturligt att ackorden följer varandra.<sup>14</sup> Ett exempel där ackorden egentligen inte är särskilt komplicerat sammansatta, men som ändå är karaktäristisk för vad ackordet kan ha för betydelse för musikens helhetsintryck är Lionel Richies ”Hello”. Skulle melodin vara lika karaktäristisk utan bytet från moll (Am) till dur (A) när man kommit till ordet ”for” i refrängen? Det vore den knappast. Ett Am hade även det passat till melodin, men spänningen i kompositionen hade helt gått förlorad – ett klassiskt trick.

Harmoni kan förenklat sägas vara förbindelser mellan/sammanhållandet av ackord eller ackordliknande strukturer i melodier; den enhet som bildas genom melodiskt sammanhang mellan ackorden och dess klangutformning – en avvägning mellan melodiska och ackordiska element.<sup>15</sup> Ett talande exempel på (ur populärmusiksynvinkel) både intrikat harmonitänkande och invecklade ackordsutsmyckningar är Stings ”Moon over Bourbon Street”.

Inom vissa musiktyper har ackordsstrukturer och harmonik en mer tydligt framskjuten roll. Ett exempel är musik med growling,<sup>16</sup> eftersom growling inte har någon ton utan passar i alla tonarter.

### 2.1.4 Rytme och ljud som inte är toner

Musik kan även bestå av *ljud som inte är toner*, men som ändå kan vara nog så musikaliskt viktiga och karaktäristiska. Här tänker jag närmast på trumljud. Pukor, exempelvis, kan visserligen stämmas, men passar ändå som huvudregel i alla tonarter och är polytonala. *Rytme* å andra sidan kan vara t

---

<sup>12</sup> SAOB.

<sup>13</sup> Kvintcirkeln är en schematisk uppställning av vårt notsystems samtliga tolv tonarter med en kvints intervall mellan tonarternas första toner, jfr SAOB.

<sup>14</sup> Varför det är så vet man inte idag, det finns ingen naturlag som säger att det skall vara så. Troligen upplever vi naturlighet i vissa ackordsföljder på grund av inläring. Se Andersson Wallner 1968 s 108.

<sup>15</sup> Andersson/Wallner 1968 s 101 ff.

<sup>16</sup> Atonala skrik, vanliga i deathmetal, för att få en teatralisk effekt. Tänk ”rytande björn”.

ex melodins rytmisering, tempo eller bakomliggande taktmarkeringar. Det går inte att studera melodier o dyl utan att även undersöka hur dessa är organiserade tidsmässigt.<sup>17</sup>

I vissa fall kan rytmen och dess utformning (i form av ljud som inte är toner) vara det bärande i en komposition eller ett parti av en komposition. I andra fall kan den vara högst sekundär till melodi eller harmoni. Rytmen kan också vara mer eller mindre komplicerad, från enklaste formen av 4/4-takt med raka markeringar till exempelvis en komplicerad utformning med en variation mellan 9/4-dels- och 10/4-delstakt.

Ett exempel på ett musikstycke som till stor del bygger på rytm och uppbyggnad av trumljud är Soundgardens "Spoonman". "Spoonman" har en mycket karaktäristiskt utformad 7/4-delstakt, utan vilken varken melodi eller harmoni hade kommit till sin rätt. Tvärtom vilar dessa på rytmen. Jämför detta exempel med exempelvis Eva Dahlgrens "Ängeln i rummet" (tämmligen enkel 4/4-delstakt), där takten självklart är av vikt samtidigt som utformningen av trumljud mm inte med nödvändighet behöver vara lika exakt utformad.

## 2.1.5 Dynamik

Ytterligare en del som har att göra med hur vi uppfattar musiken, och som kort skall behandlas, är hur den utformas dynamiskt.<sup>18</sup> Växlingar mellan starkt (forte) och svagt (piano) kan utgöra en stor del av formuppbyggnaden av ett musikstycke. I vissa musikstycken spelar dynamiken kanske mindre roll, medan den i andra kompositioner kan vara direkt essentiell för upplevelsen. Dynamikväxlingarna kan vara i kompositionen som helhet, jämför t ex Britney Spears "Everytime", i kompositionen som helhet samt i växlingar mellan olika instrument, jämför t ex Queensryche "Anybody Listening", eller mer specifikt i växlingar mellan olika instrument, jämför t ex N'sync "Gone" (där dynamikväxlingarna är i mer korta sekvenser).<sup>19</sup> Avsaknad av dynamikväxlingar kan också det vara signifikant och bärande.

## 2.2 Tonhöjd och transponering

Att transponera musik innebär att överföra ett musikstycke till en annan tonart utan att stämma om instrumentet. Ett alternativ är att göra en genomgående förändring av tonhöjden, dvs stämma om instrumentet till en annan tonart, t ex så att E-strängen på gitarren istället är ett D, A-strängen ett G osv genomgående på alla strängarna. Såväl vid transponering som

---

<sup>17</sup> Jfr Andersson/Wallner 1968 s 87 ff.

<sup>18</sup> Avseende detta avsnitt jfr Andersson/Wallner 1968 s 117.

<sup>19</sup> Jfr bilaga 1.

genomgående tonhöjdsförändring bibehålls det mesta av musikens karakteristika och endast smärre skillnader uppstår, i och för sig delvis beroende av hur stor transponeringen eller tonhöjdsförändringen är. Mer påtagliga och störande skillnader på grund av transponering märks endast vid ytterst komplicerade verk och vid större transponeringar.<sup>20</sup> I fråga om populärmusikverk torde detta ytterst sällan utgöra ett problem.

## 2.3 Notation

Traditionell notskrift torde vara det vanligaste sättet att återge musik på annat än musicerat sätt. Vid notation av mer modern musik, såsom populärmusik, stöter man dock på en rad problem. Dels klarar traditionell notskrift inte att återge klanger på ett tillfredsställande sätt, dels är den inte heller helt tillförlitlig vad gäller funktionen att ange mer exakta tidsvärden. Vidare bygger den traditionella notskriften på absoluta tonhöjder, dvs den återspeglar inte tonsteg som är mindre än halvtoner, vilket utesluter notation av vissa melodier, klanger etc.<sup>21</sup>

Det kan vara av intresse att notera att producenterna inom populärmusiken inte helt sällan använder sig av så kallad ”autotuning”, vilket innebär att en spelad eller sjungen ton efterkorrigeras på ”elektronisk” väg för att anpassas till viss avsedd tonhöjd. Detta förenklar möjligheten att notera själva melodierna (dock inte övriga komponenter), men så är absolut inte alltid fallet. Det vore t ex svårt, om inte omöjligt, att återge Beyonce Knowles eller Layne Staleys (sångare i Alice in Chains) melodiutsmäckningar i notskrift, bland annat på grund av tonhöjds- och tidsvärdesfaktorer.

## 2.4 Sound

Sound är ett komplext begrepp. Många har väl någon gång pratat om en artists speciella sound, men har kanske desto svårare att beskriva just det speciella soundet – eller ens vad sound är.

SAOB beskriver sound som summan av ett antal upplevelseelement, särskilt klangfärg, faktur<sup>22</sup> och harmonisering. Det handlar om ett musikaliskt helhetsintryck som kännetecknar t ex en särskild artist eller skivproducent, ett visst bands utförande av ett speciellt musikstycke eller musik i allmänhet. Det kan också röra sig om ett helhetsintryck som kännetecknar en viss musiktyp/genre.

---

<sup>20</sup> Jfr Andersson/Wallner 1969 s 40 ff.

<sup>21</sup> Andersson/Wallner 1968 s 45 f och 94 f.

<sup>22</sup> Faktur är den yttre och av teknik avhängiga utformningen av ett musikverk.

## 2.5 Genre

Genre är ett sätt att försöka dela in olika slags musik i skilda grupper av musiktyper. I SAOB förklaras ordets plats i konstnärliga sammanhang såsom "avgränsat område", "präglad av viss smak" eller "(egen) stil". Genre är dock inget exakt begrepp och det torde vara ett omöjligt uppdrag att avgöra när en genre går in i en annan och ibland ens till vilken genre ett musikstycke hör. Genretillhörigheten kan dessutom påverkas av många faktorer; t ex instrumentering, sound eller rytmisering. Samma musikstycke kan, beroende på det sätt på vilket det framförs, komma att tillhöra två helt olika genrer. Ett litet kuriöst exempel härvid är den cover på ABBA:s "Gimme gimme gimme (a man after midnight)" som Yngwie Malmsteen gjort. Samma musikstycke som ABBA gör som ren pop med discotrumma och söta flickröster blir i Malmsteens tappning 80-talshårdrock med dubbelstamp och raspig manlig hårdrocksröst.

# 3 Det upphovsrättsliga skyddet

## 3.1 Inledande

Litterära och konstnärliga verk skyddas enligt 1 § 1 st URL. Alla musikverk, även notskrift, är konstnärliga verk som omfattas enligt 3 p i paragrafen.<sup>23</sup> Upphovsrättsligt skydd uppkommer helt formlöst och inträder i och med att ett verk skapas. Verket kan även innan det till sin helhet är klart vara skyddat, förutsatt att utkastet uppfyller verkskriterierna.<sup>24</sup> Likaså är en mindre del av ett verk skyddat såsom ett eget verk om verkskriterierna uppfylls avseende denna mindre del.<sup>25</sup> De ensamrätter som följer med det upphovsrättsliga skyddet är bestående 70 år efter upphovsmannens död enligt 43 § URL, med undantag för det så kallade klassikerskyddet i 51 § URL.

Upphovsrätten är, som visas nedan 4.2.3, inget prioritetsskydd, utan ett efterbildningsskydd. Detta innebär att upphovsmannen inte är skyddad mot senare tillkomna identiska eller liknande skapelser som uppkommit självständigt från upphovsmannens verk.<sup>26</sup> Det är således tillräckligt med subjektiv nyhet (dvs nyhet för upphovsmannen till det nya verket) för att ett nytt verk inte skall falla inom ett tidigare existerande verks skyddsomfång.<sup>27</sup>

För att underlätta den fortsatta läsningen, presenteras här en enkel modell för hur bedömningen görs vid en tvist avseende upphovsrättsligt skydd och intrång.<sup>28</sup>

a) Besitter ursprungsstycket (alster nr 1) sådan tillräcklig originalitet att det faller inom upphovsrättslagens verksbegrepp? Alternativt; besitter den del av ursprungsstycket som det nya stycket liknar tillräcklig originalitet? (Se 3.2)

b) Är alster nr 2 så likt alster nr 1 att det faller inom ursprungsstyckets skyddsomfång eller är det så pass särskilt att intrång ej föreligger och ett nytt självständigt verk skapats? (Hädanefter refererat till som likhetsbedömning eller objektiva intrång, se 4.2.1 och 4.2.2)

Om en påfallande likhet konstateras under b) kastas bevisbördan över på den eventuellt intrångsgörande parten,<sup>29</sup> varefter följande fråga ställs.

---

<sup>23</sup> Kocktvedgaard/Levin 2002 s 65 samt Olsson 1996 s 38.

<sup>24</sup> Avseende verkskriterier se nedan 3.2.

<sup>25</sup> Kocktvedgaard/Levin 2002 s 62.

<sup>26</sup> NJA 1994 s 74 (Smultron) samt Kocktvedgaard/Levin 2002 s 63.

<sup>27</sup> Kocktvedgaard/Levin 2002 s 71.

<sup>28</sup> NJA 2002 s 178 (Regattaavgörandet).

<sup>29</sup> NJA 1994 s 74 (Smultron).



c) Har det nya stycket skapats helt oberoende av det äldre stycket? Om så är fallet kan intrång inte föreligga. (Se 4.2.3)

### 3.1.1 Kortfattat om de ekonomiska rättigheterna

Det upphovsrättsliga skyddet har såväl en ekonomisk som en ideell sida. Den ekonomiska delen av skyddet regleras i 2 § 1 st URL och innebär en ensamrätt att 1) framställa exemplar av verket och 2) göra det tillgängligt för allmänheten. Denna ensamrätt inbegriper inte enbart framställning av exemplar som är identiska med ursprungsverket eller tillgängliggörande av verket i det ursprungliga skicket. Så länge det kan sägas vara samma verk inbegriper ensamrätten även verket i ändrat skick, i översättning, i annan teknik eller i bearbetning i annan litteratur- eller konststart (i den mån det låter sig göras).<sup>30</sup> Se vidare 3.3 angående bearbetning samt angående nytt och självständigt verk i fri anslutning till ett befintligt. Ensamrätten tillkommer den som skapat verket, men eftersom upphovsrätten i sig betraktas som en förmögenhetsrätt kan den helt eller delvis överlåtas.<sup>31</sup>

### 3.1.2 Den ideella rätten

Upphovsrätt till verk är, som nämnts, som huvudregel överlåtbar såsom vilken annan förmögenhetsrätt som helst.<sup>32</sup> Undantag görs emellertid för den ideella rätten enligt 3 § 3 st URL. Denna ideella del av upphovsrätten utgörs av den ”personliga” relationen mellan upphovsmannen och verket. Den omfattar paternitets- och namngivelsesrätt enligt 3 § 1 st URL samt respekträtten enligt 3 § 2 st URL.

Paternitetsrätten (*droit à la paternité*) innebär att upphovsmannen har rätt att, i enlighet med god sed, bli namngiven då verket utnyttjas. Vid t ex radio eller tv-program där musikverk används skall således upphovsmannen till aktuella musikverk anges. Det är dock tillräckligt att ange namnet i programmets början eller slut.<sup>33</sup>

Respekträtten (*droit au respect*) innebär att verket eller exemplar av verket inte får ändras på ett sådant sätt att upphovsmannens litterära eller konstnärliga anseende eller egenart kränks. Likaså får verket inte göras tillgängligt för allmänheten i en för upphovsmannen kränkande form eller sammanhang.<sup>34</sup> I förarbetena nämns att skadorna av sådana kränkande förfaranden har vissa likheter med skador som kommer sig av ärekränkingsbrott.<sup>35</sup> De kränkande ändringarna avser både ändringar som

<sup>30</sup> Koktvedgaard/Levin 2002 s 150.

<sup>31</sup> Koktvedgaard/Levin 2002 s 101 ff. Se också 26 j § URL.

<sup>32</sup> Koktvedgaard/Levin 2002 s 101 ff.

<sup>33</sup> Olsson 1996 s 73 ff samt Olsson 1998 s 109 ff.

<sup>34</sup> Olsson 1996 s 75 ff.

<sup>35</sup> SOU 1956:25 s 121.

görs i enskilda exemplar av ett verk och ändringar som görs utan att något nytt exemplar behöver framställas. Avseende de ändringar som görs utan att nytt exemplar framställs inbegrips t ex förenklingar o dyl av ett musikstycke.<sup>36</sup> Om verket istället ges ut som en bearbetning och inte original torde det vara så att mer omfattande ändringar får anses tillåtna.<sup>37</sup> Vid prövning har bortklippning av fyra sekvenser (med bilder från en demonstration mot Vietnamkriget) ur en film inte ansetts vara kränkande, eftersom bortklippningen inte ”minskat filmens samhällskritiska eller konstnärliga värde”.<sup>38</sup> Olsson har exemplifierat kränkande ändring som en ”bearbetning av ett seriöst musikaliskt verk till en banal schlager”.<sup>39</sup> I förarbetena återfinns exemplet att ett ”seriöst musikaliskt verk göres om till en revyvisa eller en schlager eller framföres i jazztakt”.<sup>40</sup> Även om en sådan bearbetning utförs skickligt och kanske till och med kan sägas ha ett eget värde, kan en sådan förändring visa brist på förståelse och känsla för originalets egenart, enligt förarbetena. Därför kan den ses som kränkande och förringande.<sup>41</sup> Avseende kränkande tillgängliggörande kan som exempel nämnas att ett verk visas offentligt i en miljö som är kränkande för upphovsmannen: att sätta upp beskurna affischer utanför en porrbio har ansetts vara ett sådant kränkande sammanhang.<sup>42</sup> Frågan är dock om förarbetsuttalandena avseende kränkning verkligen har bäring i dagens mer toleranta upphovsrättsliga klimat. Mig veterligen har emellertid den ideella rätten för musikverkens del inte varit föremål för prövning avseende vare sig kränkande ändring eller sammanhang.<sup>43</sup>

Vad som de facto är kränkande och vad som avses med upphovsmannens konstnärliga egenart eller anseende är inte heller helt klart. Det är dock inte tillräckligt att upphovsmannen rent allmänt känner sig kränkt. Bedömningen av vad som kan anses kränkande skall visserligen utgå från upphovsmannens perspektiv. En objektiv måttstock skall emellertid ändå anläggas, eftersom det är kränkningen av upphovsmannens egenart och anseende i egenskap av upphovsman som skall bedömas. Dessutom är ju upphovsmannen part i målet.<sup>44</sup> Bedömningen skall vidare företas med utgångspunkt i hur det brukar se ut inom konstarten i kombination med förhållandena i det enskilda fallet.<sup>45</sup> Det kan i detta sammanhang även nämnas att travestier och parodier anses tillåtna sedan lång tid tillbaka.<sup>46</sup> I förarbetena är även nämnt att det i vissa fall kan vara en kränkning att vid återgivande av ett bearbetat verk inte uppge att det är i bearbetat skick och inte i originalskick. Upphovsmannen till originalverket kan ha ett berättigat intresse av att publiken är medveten om att det är fråga om ändringar som

<sup>36</sup> Olsson 1996 s 75 ff.

<sup>37</sup> Olsson 1998 s 111.

<sup>38</sup> NJA 1971 s 216 (Den svenska fattigdomens betydelse).

<sup>39</sup> Olsson 1998 s 111.

<sup>40</sup> SOU 1956:23 s 124.

<sup>41</sup> SOU 1956:25 s 124.

<sup>42</sup> NJA 1974 s 94 (Gunilla Rudling).

<sup>43</sup> Jfr Karnell 1998 s 34.

<sup>44</sup> SOU 1956:25 s 123 ff samt Olsson 1996 s 75 ff.

<sup>45</sup> SOU 1956:25 s 123 samt NJA 1979 s 352 (Max Walter).

<sup>46</sup> Koktvedgaard/Levin 2002 s 144 samt Olsson 1996 s 77.

inte företagits av denne själv.<sup>47</sup> Förarbetsuttalandena verkar även, om dock inte fullt ut, ha bekräftats i praxis.<sup>48</sup>

Koktvedgaard har skrivit att den ideella rätten för musikverkens del lite har spelat ut sin roll. Han påpekar att upplevelsen av ett verk inte så lätt ödeläggs av att en ny konstnär kommer in och tar över – intrycket av originalmusik kan inte så lätt ödeläggas; det är lite ”som att slå vand på en gås”. Det är dock något oklart huruvida han uttalar sig om ideell rätt till musik generellt sett eller mer det specifika klassikerskyddet (vilket diskuteras nedan i avsnitt 3.1.3).<sup>49</sup>

Avseende intrång i avlidna upphovsmäns ideella rättigheter, får en bedömning göras utifrån vad som kan anses kränkande för upphovsmannen med utgångspunkt i dennes personlighet så som den kommer till uttryck i verket. En sådan bedömning torde allt som oftast sammanfalla med upphovsmannens egen uppfattning, om denne haft möjlighet att uttala sig i frågan.<sup>50</sup>

Den ideella rätten finns kvar skyddstiden ut och en del av den finns till och med kvar sedan skyddstiden löpt ut, nämligen det så kallade klassikerskyddet i 51 § URL.<sup>51</sup> De ideella rättigheterna kan strängt taget inte överlåtas, 3 § 3 st URL.<sup>52</sup> Upphovsmannen är inte bunden av generella avståenden från sina ideella rättigheter. Dessa ingår således inte heller i en överlåtelse av äganderätten till verket även om avtalet stadgar överlåtelse av ”alla rättigheter”. Anledningen till detta är att det anses vara omöjligt för upphovsmannen att vara fullständigt på det klara med vad ett sådant avstående skulle innebära. Däremot är det möjligt för upphovsmannen att efterge sina ideella rättigheter för en till art och omfattning bestämd användning av verket – detta för att kunna möjliggöra ekonomisk vinning och användning av verket. En sådan eftergift kan gälla exempelvis bearbetning av ett verk till en annan konstform eller användning av verket i reklamsammanhang etc. Det är emellertid inte helt klarlagt i vilken omfattning som avståenden av framtida ideella rättigheter kan göras. Medgivanden i efterhand är naturligtvis möjliga.<sup>53</sup>

---

<sup>47</sup> SOU 1956:25 s 124.

<sup>48</sup> Jfr NJA 1979 s 352 (Max Walter) samt Nordell 2003 s 394 f.

<sup>49</sup> Koktvedgaard 1998 s 36 f.

<sup>50</sup> NJA 1975 s 679 (Sveriges flagga) samt jfr även Olsson 1998 s 110.

<sup>51</sup> Mer om klassikerskyddet i avsnitt 3.1.3.

<sup>52</sup> Vissa undantag finns dock, bl a för arv och testamentariskt förordnande.

<sup>53</sup> Nordell 2003 s 387 ff, Koktvedgaard/Levin 2002 s 138 och 144, Olsson 1996 s 79 samt SOU 1956:25 s 127 f.

### 3.1.3 Klassikerskyddet

En del av den ideella rätten finns kvar även efter att den ”ordinarie” skyddstiden för verket gått ut enligt det så kallade klassikerskyddet i 51 § URL. Klassikerskyddet innebär att en av regeringen utsedd myndighet, för musikverkens del Musikaliska Akademien (MA), efter att skyddstiden gått ut kan föra talan mot offentlig återgivning av ett verk för det fall återgivningen kränker den andliga odlingens intressen.<sup>54</sup> Paragrafen syftar till att skydda främst klassiska mästerverk (såväl svenska som utländska) från att återges i förvanskande form eller sammanhang.<sup>55</sup> Genom ordvalet ”kränker” har man i förarbetena avsett att inbegripa endast förvanskningar som kan anses grova från allmän kulturell synpunkt. Återgivandet skall te sig stötande för den bildade allmänheten och inte endast uppfattas som bristfälligt av en sakkunnig.<sup>56</sup> MA har uttalat sig i ett fall i vilket den ansåg Duke Ellingtons jazzversion av Griegs Peer Gynt-svit vara kränkande för den nordiska musikkulturen. Skivorna drogs emellertid in frivilligt. Efter detta har MA inte fördömt några fler fall.<sup>57</sup> Anmälningar har dock inkommit till MA. 2004 inkom exempelvis en anmälan om att Folkoperans uppsättning av Puccinis opera ”Tosca” skulle bryta mot klassikerskyddet. Anmälaren menade att förflyttningen av handlingen till nutid samt nya inslag av, vad anmälaren uppfattade som, grovt våld och sex fick anses utgöra en grov kränkning.<sup>58</sup> MA ansåg dock inte att uppsättningen bröt mot klassikerskyddet. MA uttalade att en bedömning avseende klassikerskyddet måste göras i ljuset av hur ett dylikt framträdande betraktas enligt en aktuell, mera allmän folkmening. Förflyttningar i tid ansåg akademien vara mer regel än undantag. I fråga om ”tidigare tabubegrepp av erotisk och religiös art” fick även dessa anses ha fallit, åtminstone avseende klassikerskyddet. Däremot uteslöt inte MA att mer genomgripande handlingsförändringar, såsom exempelvis ett helt nytt slut, skulle kunna anses kränkande.<sup>59</sup> Det kan även noteras att professor Gunnar Karnell m fl till MA har anmält ”Enigma + Sadness part 1”, dvs Enigmas bearbetning av en gregoriansk munksång till en, enligt anmälarna, så kallad djävulsmässa. Anmälarna påpekade att gregoriansk munksång skall vara fri från ackompanjemang (vilket Enigmas bearbetning inte var), att bearbetningen var en så kallad djävulsmässa och att den innehöll sjungna delar med sexuella eller sadistiska anspelningar. MA uttalade olust rörande kombinationen av gregoriansk mässa och antydda samlagsljud, men menade samtidigt att sådant ändå fick anses allmänt accepterat idag. Vidare uttalade MA att den artistiska friheten måste anses mycket viktigare än formella möjligheter att stoppa sådant som möjligen kan uppfattas som mycket dålig smak. Anmälan renderade således inte något fördömande från MA.<sup>60</sup> Kocktvedgaard och Levin har framfört uppfattningen att det är särskilt tydligt på musikområdet att klassikerskyddet

<sup>54</sup> Kocktvedgaard/Levin 2002 s 144.

<sup>55</sup> SOU 1956:25 s 403 samt 60 § 5 st URL.

<sup>56</sup> SOU 1956:25 s 409.

<sup>57</sup> Kocktvedgaard/Levin 2002 s 144 f samt Karnell 2004 s 259 f.

<sup>58</sup> Anmälan till MA den 1 januari 2004, dnr 04007.

<sup>59</sup> MAs skrivelse av den 5 februari 2004, dnr 04016.

<sup>60</sup> Karnell 2004 s 260.

spelat ut sin roll och att det mer eller mindre upphört att existera.<sup>61</sup> Karnell har skrivit att klassikerskyddet har blivit i det närmaste obsolet och att det idag snarast innebär en möjlighet för respektive myndigheter att göra uttalanden avseende kulturella och sociala utvecklingar de finner oroande.<sup>62</sup> Enligt min mening behöver det inte heller vara något negativt att klassikerskyddet (mer eller mindre) upphört att existera alternativt modifierats. Istället kan det faktiskt vara ett sätt att förmedla klassiska verk till en ny publik som kanske aldrig skulle ha fått ta del av verken annars. Inom exempelvis hiphopen och soulen är det inte alls ovanligt att man använder sig av verk vars skyddstid gått ut såsom stomme i en ny komposition. Ett exempel på detta är Alicia Keys "Piano & I" där ledmotivet till Beethovens pianosonat i C#-moll Opus 27 Nr 2 (känd som Månskenssonaten, vilken torde anses vara en så kallad klassiker) ligger i bakgrunden. Förändringen är tämligen omfattande och innefattar även text, men Månskenssonaten är ändå vad som ger "Piano & I" struktur. Vidare, avseende klassikerskyddets eventuellt upphörda existens, ter det sig inte helt otänkbart att riktigt grova fall kan komma upp för prövning så länge bestämmelsen finns kvar, exempelvis om ett klassiskt musikstycke (t ex just Beethovens Månskenssonat) skulle utgöra bakgrund i en grovt pornografisk film.

## 3.2 Originalitet/verkshöjd

Benämningen litterära och konstnärliga verk kan ge intrycket av att det krävs estetiskt syfte eller "kvalitet" för att verket skall omfattas av det upphovsrättsliga skyddet. Så är dock inte fallet. Estetiskt tycke och smak varierar över tiden och det vore olyckligt om skyddet vore beroende av detta. Istället ställs andra krav på ett alster för att det skall vara skyddat såsom ett litterärt eller konstnärligt verk; krav som inte står att finna i lagtexten. För ledning i frågan ses till praxis, lagstiftningens ändamål och utgångspunkter samt internationell och nationell tradition och systematik.<sup>63</sup>

För att ett alster skall omfattas av skyddet i URL krävs att det uppfyller de kriterier som uppställs för att det skall få kallas verk. Verket skall ha "verkshöjd".<sup>64</sup> Det skall ha uppnått ett visst mått av originalitet. En

---

<sup>61</sup> Koktvedgaard/Levin 2002 s 144 f.

<sup>62</sup> Karnell 2004 s 262.

<sup>63</sup> Koktvedgaard/Levin 2002 s 64 och 69. Karnell åskådliggör orimligheten med estetiska krav med utgångspunkt i ett i dåtiden diskuterat möjligt krav på "sångbarhet", Karnell 1957 s 164 f.

<sup>64</sup> Inom svensk rätt används således samlingstermen "verkshöjd" för att beteckna när ett alster når upp till nivån av ett verk, se t ex NJA 2002 s 178 (Regattaavgörandet). Ett alster skall ha "höjt sig till en viss grad av självständighet och originalitet" för att betraktas som verk, se SOU 1956:25 s 66. Från EU har dock under 90-talet kommit direktiv inom vissa specifika upphovsrättsliga områden där skyddsförutsättningen istället benämns "originalitet". Marianne Levin har framfört åsikten att den svenska terminologin strider mot en groende gemenskapsterminologi, se Koktvedgaard/Levin 2002 s 75. Andra författare menar att så inte är fallet, se t ex Karnell 1998, Calissendorff 2001 samt HDs uttalande i

elementär förutsättning härvid är att verket skall ha sitt ursprung i en personlig och skapande insats av en människa; verket skall ha en individuell särprägel. Ett direkt återgivande av något som förekommer i naturen bör t ex inte kunna sägas vara en individuell och skapande insats. Inte heller kan en reproduktion av ett äldre verk, oavsett om det äldre verket fortfarande är skyddat, sägas vara en tillräcklig insats. I verkshöjdsriteriet ligger däremot inget krav på att verket skall ha uppstått till följd av en medveten skapelseakt. Det är dock osäkert hur alster som tillkommit av en *ren* slump skall räknas, t ex då ett musikstycke komponeras på elektronisk väg via en inbyggd slumpgenerator.<sup>65</sup>

### *Bild över verksbedömningen*

<b>Musikaliskt alster</b> <i>utan verkshöjd</i> ex allmängods <sup>66</sup>	↔ <i>gråzon</i> ex ihopsatt allmän- gods	<b>Musikaliskt verk</b> <i>tillräcklig verkshöjd</i> ex Stings ”Moon over Bourbon Street”
---	---	--

Det har i doktrinen diskuterats huruvida gränsen avseende verkshöjd i fråga om populärmusik kan anses behöva vara extra töjbar nedåt, eftersom även enklare populärmusik måste kunna få skydd.<sup>67</sup> Det kan visserligen konstateras att olika genrer (även inom olika stilar inom populärmusiken) har olika stora variationsmöjligheter – även om variationsutrymmet faktiskt är större inom populärmusiken än som kan anas vid första anblick.<sup>68</sup> Såsom Nordell har påpekat är dock verkshöjdsgränsen en teoretisk gräns som inte är ett effektivt kriterium i det enskilda fallet. Istället kan den användas för att sätta en teoretisk gräns för vad som kan fordras i form av originalitet. Verkhöjdsgränsen, i praktiken, får anses variera mellan verkskategorier och från fall till fall.<sup>69</sup>

---

NJA 2004 s 149 (Ritning). Jfr även NJA 1998 s 563 (Ritning) samt NJA 2000 s 580 (Nintendo). I det fortsatta utgår jag från att verkshöjdsbegreppet kan användas och originalitet är en del av det.

<sup>65</sup> Koktvedgaard/Levin 2002 s 70 ff, Nordell 1998 s 82, Olsson 1996 s 33 ff, Schierbeck 1989 s 17 samt NJA 2002 s 178 (Regattaavgörandet).

<sup>66</sup> Jfr avsnitt 3.2.2.

<sup>67</sup> Rosenmeier 1996 s 46 och 52 samt Nordell 1998 s 77.

<sup>68</sup> Se vidare i de avslutande kommentarerna, avsnitt 5, i fråga om variationsmöjligheter inom populärmusiken.

<sup>69</sup> Nordell 1998 s 77. Det har i litteraturen diskuterats huruvida Cages verk ”4’33” (dvs fyra minuter och trettio tre sekunder lång tystnad) bör kunna skyddas. Skyddsmöjligheterna kan dock ifrågasättas redan på grunden om det ens är fråga om en musikalisk yttring (sett utifrån olika konstruerade kriterier som kan ställas för att fråga skall vara om en sådan). För den intresserade, se mer utförligt bl a Nordell 1998 s 81 samt Gustavsson 1995 s 27. Gustavsson är kritisk till att fråga skulle vara om en musikalisk yttring och menar att verket snarare är av dramatisk eller mimisk art. Verket har faktiskt varit föremål för en märklig upphovsrättslig strid i Storbritannien, se vidare <http://fst.fakta.se/sitepilot/show.asp?Id=4885&site=fst>.

Inom verkshöjdsbegreppet innefattas således ett visst krav på originalitet. Generellt sett kan emellertid sägas att detta krav ställs tämligen lågt i praxis, trots vad det ovan sagda eventuellt kan ge sken av. Också mycket enkla skapelser har visat sig vara tillräckligt originella i upphovsrättslig mening. Även en typ av ”situations- eller sammanhangsbedömning” kan företas där originalitetskravet anpassas efter situationen och kommersiellt värde kan komma att tas i beaktande – varvid originalitetskravet tenderar att sjunka. Det kan i sammanhanget påpekas att tanken även är att skyddsomfånget för verket skall minska om originalitetsgränsen sjunker.<sup>70</sup>

Likhetstecken kan i och för sig inte omedelbart sättas mellan olika verkstyper avseende originalitetsgränsen. I fråga om musikverk avseende de frågeställningar som berörs i denna uppsats finns endast ett prejudicerande svenskt avgörande, NJA 2002 s 178. Detta fall, det så kallade Regattaavgörandet, tycks mig dock ligga i linje med det lågt ställda originalitetskrav som kan skönjas ur HDs praxis inom andra upphovsrättsliga områden.<sup>71</sup> I fallet bedömdes ett potentiellt intrång inom populärmusikens område. Fråga var huruvida en viss melodislinga (melodi 1) var föremål för upphovsrättsligt skydd och om en senare tillkommen melodislinga (melodi 2) inkräktade på dess skyddssfär. Melodi 1 var en kort, relativt okomplicerad fiolslinga av folkmusikkarakter och utgjorde ett upprepat och avgränsat inslag i ett musikaliskt alster. I fallet uttalade HD sig bland annat om kommersiell slagkraft och de, såsom domstolen uppfattade det, begränsade variationsmöjligheterna inom populärmusiken. Konsumenternas ”krav på möjligheterna att känna igen, nyttja och komma ihåg det musikaliska verket liksom trender och kommersiella intressen ger ofta en tämligen trång variationsram.” HD yttrade härvid att även ett okomplicerat verk måste kunna erhålla skydd förutsatt att det besitter tillräcklig originalitet. Inga slutsatser kan emellertid dras ur fallet i vad mån skillnad skall göras mellan genrer – dvs om skyddsnivån är extra låg för populärmusik.<sup>72</sup>

I fallet fastställdes att frågan huruvida ett musikaliskt alster faktiskt besitter verkshöjd skall avgöras genom en *helhetsbedömning* utgående från melodin i den form den uppfattas av lyssnaren. Härvid ansåg HD att fiolslingan besatt tillräcklig verkshöjd och således även originalitet, eftersom melodi 1 tedde sig melodiskt och instrumentellt väl avgränsad från övriga inslag i stycket samt även var tillräckligt särpräglad för att framstå som ett självständigt verk. I mitt tycke är detta emellertid en synnerligen låg originalitetsgräns, vilket jag har anledning att återkomma till och förklara nedan.

---

<sup>70</sup> Se Koktvedgaard/Levin 2002 s 74 ff, Nordell 1998 s 80 samt vidare bl a NJA 1994 s 74 (Smultron) och NJA 1995 s 311 (Stickad tunika).

<sup>71</sup> Jfr bl a NJA 1994 s 74 (Smultron), NJA 1995 s 311 (Stickad tunika) samt NJA 1998 s 563 (Ritning).

<sup>72</sup> Ang variationsmöjligheter inom populärmusiken, se vidare de avslutande kommentarerna i avsnitt 5.

Karnell har beskrivit upphovsrättslig originalitet (inte bara upphovsrättsligt intrång) som en fråga om skillnad – mot vad som finns och vad som har ”tillkommit i förhållande till det redan till annat skiljaktiga”.<sup>73</sup> Det skall vara något nytt i förhållande till redan existerande verk. Han poängterar att den som skapar frambringa skillnader och att denna skillnad är en del av originaliteten. Det finns visserligen inget nyhetskrav ur objektiv synvinkel för att originalitet skall föreligga, men subjektiv nyhet skall självfallet föreligga: alstret skall vara sprunget ur den skapande personens insats.<sup>74</sup>

Med utgångspunkt i Regattaavgörandet är originalitet såsom skillnad mot vad som tidigare existerat en intressant diskussion. I domskälen övervägde domstolen inte närmare huruvida den av melodislingorna som fanns först faktiskt skiljde sig från tidigare verk och alster. Domstolen nöjde sig med att konstatera att melodislingan besatt sådan tillräcklig originalitet att den kunde kallas verk; oaktat dess enkelhet samt det faktum att domstolen uttalade att det finns få variationsmöjligheter inom populärmusiken (!). Domstolens bedömning är intressant ur många synvinklar.<sup>75</sup> Det kan konstateras att det redan före melodi 1 fanns en tämligen känd amerikansk folkmelodi, ”Sandy River Belle” (utan känd upphovsman), vilken i hög grad liknar båda de melodislingor som fråga är om i Regattaavgörandet. ”Sandy River Belle” har efter första inspelningen 1927 av Dad Blackard’s Moonshiners spelats in många gånger.<sup>76</sup> I målet hävdar uphovsmannen till melodi 2 att han vid komponerandet har inspirerats av en svensk folkmelodi vid namn ”Oxdansen”, vilken har likheter med melodierna. Således fanns åtminstone två musikstycken med stora likheter med melodi 1 redan innan denna skapats. Huruvida ”Oxdansens” förekomst borde tala mot tillräcklig originalitet tas faktiskt inte upp av HD, vilket tycks mig lite märkligt.<sup>77</sup> Visserligen är det en processrättslig fråga vilken part som har att bevisa vad, men det är ändå värt att notera hur relativt enkelt det förefaller vara att visa tillräcklig originalitet jämfört med oberoende dubbelskapande, vilket torde vara till nackdel för svaranden.<sup>78</sup> Att det finns två stycken som är så lika torde åtminstone till viss del tyda på avsaknad av originalitet. Åtminstone är det ägnat att fungera som exempel i denna uppsats för hur komplicerad bedömningen av ett alsters originalitet kan vara i ”nyhetshänseende”, även subjektivt sådant.<sup>79</sup>

---

<sup>73</sup> Karnell 1998 s 163.

<sup>74</sup> Karnell 1998 s 163 f.

<sup>75</sup> Se, förutom avsnitt 5 i fråga om variationsmöjligheter, även diskussion gällande allmångods i avsnitt 3.2.2.

<sup>76</sup> <http://www.rfod.se/tidning/article.asp?Nr=148&old=1>.

<sup>77</sup> HD tar istället upp saken i samband med frågan gällande möjligt dubbelskapande, vilket svaranden har att visa. Härvid uttalas även att det måste ställas höga krav på en sådan bevisning.

<sup>78</sup> Avseende frågan om oberoende dubbelskapande se 4.2.3.

<sup>79</sup> Parentetiskt kan nämnas att vissa författare diskuterar huruvida skyddet för ett specifikt objekt i vissa fall bör överges till fördel för ett skydd utifrån ett investeringsperspektiv, på grund av att de nuvarande kriterierna är oklara och opraktiska. Se vidare Schovsbo 2004 s 420.



### 3.2.1 Kvantitet

En föreställning som envist fortsätter att komma upp i samband med plagiatdiskussioner är att det är tillåtet att ”låna” fyra takter ur ett musikverk. Detta har inget stöd alls i vare sig praxis eller lag, utan föreställningen planterades troligen i Sverige genom en sketch i en av Povel Ramels Knäppupprevyer.<sup>80</sup> Det finns inget kvantitetskrav för att upphovsrättsligt skydd skall uppnås. Även en kortare del i ett musikaliskt alster kan sålunda åtnjuta skydd såsom verk mot lån, t ex en variation i ett verk eller enskilda temata eller melodislingor.<sup>81</sup> Det avgörande är istället om den lånade delen besitter verkshöjd (och på så sätt själv är ett verk) samt huruvida detta verk i sin tur kan anses återgivet eller inte.<sup>82</sup> HD uttalade i Regattaavgörandet att det avgörande för verksfrågan är hur helheten uppfattas, dvs ”melodin i den form den kan uppfattas av lyssnaren”.

Det torde dock vara så att en naturlig kvantitativ gräns uppstår i praktiken när ett stycke är så kort att det inte förmår ”uttrycka något som kan sägas utgöra ett eget skapande”.<sup>83</sup> I litteraturen har frågan ställts huruvida t ex två enstaka toner skulle kunna ha verksskydd.<sup>84</sup> Enligt Rosenmeier har man i nordisk litteratur tenderat att sätta en gräns vid tre toner, men att det möjligtvis vore mer rimligt att se till vad som är ett ”passende omfang” i det enskilda fallet.<sup>85</sup> Nordell har inte velat utesluta att en enkel kombination av två eller tre toner i sig kan uppnå skydd, men att sådana enkla ton- och rytmkombinationer i många fall redan är skapade och därför lätt riskerar att bli efterbildade.<sup>86</sup> Oavsett antal toner eller passande omfang torde faktum vara att ju kortare ett stycke är desto svårare har det att uppnå tillräcklig originalitet och desto större är även risken för dubbelskapande.

Såväl hela verk som delar av sådana är således skyddade under förutsättning att verkskriterierna uppfylls. I Regattaavgörandet påpekade HD emellertid att ursprungsmelodin var melodiskt och instrumentellt avgränsad från den övriga komposition den ingick i samt förklarade att melodin var ett självständigt verk gentemot den övriga skapelsen. Jag finner det svårt att dra några säkra slutsatser om varför HD lagt särskilt vikt vid att melodislingan är avgränsad från den övriga kompositionen. Möjligen är konstaterandet ägnat att visa på att associationen till stycket blir starkare om det är en klart avgränsningsbar melodislinga. Ett avgörande moment i bedömningsgrunden vad avser originalitet bör kunna vara just hur karaktäristisk eller bärande en passage är i ett stycke. Emellertid torde det vara så att även en del i en längre melodislinga, där delen alltså inte är avgränsad från själva helheten, bör kunna vara så originell att den förtjänar verksskydd. Den bör dessutom

---

<sup>80</sup> Jfr t ex Rosenmeier 1996 s 60. Ang föreställningens ursprung se Tengnér 1997 s 5. Det är för övrigt fascinerande att denna föreställning hållit sig kvar eftersom vad som utgör fyra takter av ett stycke helt enkelt är en fråga om hur man väljer att notera stycket.

<sup>81</sup> Jfr Gustavsson 1995 s 28.

<sup>82</sup> Koktvedgaard/Levin 2002 s 76.

<sup>83</sup> Gustavsson 1995 s 29

<sup>84</sup> Nordell 1998 s 77 samt Gustavsson 1995 s 29.

<sup>85</sup> Rosenmeier 1996 s 61.

<sup>86</sup> Nordell 1998 s 78.

mycket väl kunna uppfattas av en lyssnare såsom specifik för just det verket. Ju kortare en passage i ett stycke är, desto svårare torde den dock, generellt sett, att nå upp till nivån av ett verk.

### 3.2.2 Musikaliskt allmångods

Musikaliskt allmångods är olika ackordföljder, skaltyper, upptakter, basgångar, melodislingor, instrumentaliseringsprinciper etc som inte är särskilt originella och som är så vanliga att de inte isolerade är föremål för upphovsrättsligt skydd. Ett exempel på musikaliskt allmångods kan t ex vara den treackordsmodell som omtalas ovan i musikteoriavsnitt 2.1.3. Även om detta musikaliska allmångods inte i sig självt är föremål för upphovsrätt kan det däremot kombineras på sådant sätt att det därigenom uppnår skydd. Hur stort skyddsomfånget för verket då blir är beroende av hur originellt allmångodset kombinerats samt utformats i övrigt av upphovsmannen. Det torde dock vara så att ju större andel allmångods ett verk består av desto mindre är dess skyddsomfång. Upphovsmannen får tolerera i likhetshänseende tämligen närgångna verk.<sup>87</sup> Att det förhåller sig så tycks mig mycket rimligt och är en logisk nödvändighet med tanke på originalitetskravet. Allmångods torde finnas inom alla musikstilar, men vara vanligare inom vissa (t ex jazzen och populärmusiken). Någon diskussion om allmångods synes mig dock saknas i Regattaavgörandet. I avgörandet resonerade domstolen om att det finns färre variationsmöjligheter inom populärmusiken.<sup>88</sup> En diskussion avseende allmångods hade kunnat utgöra en naturlig fortsättning på ett sådant resonemang, men domstolen diskuterade inte alls i termer av allmångods. Domstolen tycks strängt taget inte ha reflekterat över att melodislingan skulle kunna utgöra allmångods. Melodislingan är, så att säga, klippt ur sitt sammanhang av domstolen och studeras mer eller mindre såsom en enskild enhet. Det kan emellertid vara intressant att notera att det inte är helt otänkbart att melodislingan kan vara att betrakta såsom allmångods inom folkmusiken – med tanke på slingans banalitet samt att det redan innan melodi 1 existerade två musikstycken (av folkmelodikaraktär), ”Sandy River Belle” och ”Oxdansen”, vilka har stora likheter med de i Regattaavgörandet aktuella melodierna.<sup>89</sup> Om så skulle vara fallet har jag mycket svårt att se varför den inte skulle vara att betrakta som allmångods även inom populärmusiken.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> Jfr Rosenmeier 1996 s 100 f samt Brilioth 1970 s 47.

<sup>88</sup> Vilket kan ifrågasättas, se vidare de avslutande kommentarerna, avsnitt 5.

<sup>89</sup> Ang ”Sandy River Belle” och ”Oxdansen” se vidare avsnitt 3.2.

<sup>90</sup> Som jag ser det varken förstärks eller förminsкас denna tankegång av det faktum att den musik det är fråga om avseende både melodi 1 och 2 är starkt präglad av folkmusik. Jfr även nedan ang genrebetydelse och variationsmöjligheter i de avslutande kommentarerna, avsnitt 5.

### 3.3 Verk som emanerar ur ett förevarande verk

Varje musikaliskt alster som tillkommer idag torde, antingen medvetet eller omedvetet, influeras av äldre verk.<sup>91</sup> Det är mycket svårt för en kompositör att göra sig helt friställd från alla musikaliska intryck denne fått med sig ända från födseln. Vad som diskuteras i detta avsnitt är dock det fall att kompositören vid skapandet medvetet utgår från ett redan befintligt stycke för att på så sätt skapa något utifrån detta. Sådana fall regleras i 4 § URL, där det bland annat talas om bearbetningar och nya självständiga verk i fri anslutning till befintliga verk.

#### 3.3.1 Bearbetning

Bearbetning skall skiljas från vad som omnämns i 4 § 2 st URL, dvs verk där upphovsmannen skapat ett nytt och självständigt verk oaktat att han eller hon hämtat sin inspiration från ett äldre verk. Bearbetning är istället när en upphovsman bearbetar ett skyddat verk, utan att omarbete det till den grad att ett nytt verk kan anses ha uppstått, 4 § 1 st URL. Bearbetningen måste ha en viss bearbetningshöjd och inte endast vara en ren teknisk hantverksmässighet, varvid en gränsdragning in casu får göras.<sup>92</sup> Att bearbeta ett verk kräver inte godkännande av originalupphovsmannen. Däremot är bearbetningen avhängig rätten till ursprungsverket och varje utnyttjande av bearbetningen kräver således tillstånd från den som innehar rättigheterna till ursprungsverket. Bearbetningen i sin tur är skyddad såsom verk mot att andra kopierar den eller lånar väsentliga drag ur den till en egen bearbetning.<sup>93</sup> Jag skall inte djupare diskutera frågor gällande bearbetning, eftersom min uppsats huvudsakligen behandlar verk där upphovsmannen inte medvetet (åtminstone erkänner denne inte det) tagit utgångspunkt i ett redan befintligt verk.

#### 3.3.2 Nytt självständigt verk i fri anslutning till ett befintligt

4 § 2 st URL är överflödigt på så sätt att den inte säger mer än vad som redan följer av grundförutsättningarna i 1 § URL. Den tydliggör endast att ett nytt stycke, som visserligen influerats av ett befintligt stycke, men är så frigt från detta att det utgör ett nytt självständigt stycke, är oberoende av ursprungsstyckets ensamrätt.<sup>94</sup> Knäckfrågan är dock när ett verk kan anses

---

<sup>91</sup> Jfr SOU 1956:25 s 66 f.

<sup>92</sup> Se vidare Kallstenius 1950 s 25 ff.

<sup>93</sup> SOU 1956:25 s 135.

<sup>94</sup> SOU 1956:25 s 136.

vara så självständigt att det inte längre kan anses falla inom det första verkets skyddsomfång, något som inte helt lätt låter sig fastslås. Kan det stycke varifrån inspirationen hämtats inte urskiljas i det nya alstret föreligger självklart inget intrång. Den glidande skalan ner till rena bearbetningar är desto mer svårbedömd. Så som nämnts ovan finns endast ett svenskt rättsfall, Regattaavgörandet, som behandlar skyddsomfånget för musikverk. Gränsdragningen torde bli densamma som för det fall kompositören inte medvetet tagit utgångspunkt i något förevarande verk – möjligen blir dock bevisproblematiken lite annorlunda i det fall en kompositör medger att denne har utgått från ett redan befintligt stycke. En av de huvudfrågor som dryftas genomgående i denna uppsats är gränsdragningen mellan nya självständiga verk och verk/alster vilka ligger i andra verks gränsområden, varför jag inte vidareutvecklar diskussionen under denna rubrik.

# 4 Upphovsrättsligt intrång och skydd

## 4.1 Vad är och bör vara föremål för skydd?

Upphovsrätten är inget idéskydd. Avsikten är inte att skydda de idéer, motiv, funktioner, erfarenheter o dyl som ligger bakom verket. Denna verkets så kallade ”innersta kärna” är allmän egendom. Istället är avsikten att det är den konkreta form som verket tagit som skall skyddas. Detta gäller oavsett hur originell den bakomliggande tanken är.<sup>95</sup> Detta gör, teoretiskt sett, att två typer av alster utesluts från det upphovsrättsliga skyddet; verk som är så banala att den skapande insatsen är helt obetydlig (dvs verket är ej tillräckligt originellt) och verk där det bara finns en lösning på det problem eller den idé det är fråga om.<sup>96</sup>

Den traditionella gränsdragningen mellan idé, innehåll och form medför emellertid vissa problem när det gäller musikverk. Det är svårt att separera idé från innehåll och skilja ut vad som är själva utformningen av idén, dvs vad det är i musikstycket som skall skyddas.<sup>97</sup> Det finns stora problem förknippade med hur kompositionens skyddsomfång skall analyseras; musiken består av många komponenter vilka alla bidrar till styckets slutliga utformning, vilket har visats i avsnitt 2. Karnell har uttalat att ”föremålet för den musikaliska upphovsmannarätten” är den ”formgestaltade tonkonstruktionen.”<sup>98</sup> Detta kan nog inte tas för sant idag, även om endast ett rättsfall, Regattaavgörandet, finns att tillgå i ämnet och den brännande punkten i avgörandet är just en melodi. Strax nedan visas varför det dock inte torde vara endast melodier som skyddas.

Både i praktisk tillämpning och upphovsrättslig teori utgår man ofta i likhetsbedömningar<sup>99</sup> från strukturbestämda jämförelse regler för att jämföra identitetsupplevelser av verk.<sup>100</sup> I ”musikvärlden” utgår man traditionellt ifrån melodi, harmoni och rytm och övriga musikteoretiska analysmodeller, se ovan avsnitt 2, vid analys av musik och dess beståndsdelar.<sup>101</sup> Detta sätt att närma sig musiken kan dock vara problematiskt ur juridisk synvinkel. För att förstå begreppen och kunna använda dem på ett adekvat sätt bör man högst sannolikt ha utbildning i musikteori. I litteraturen har det ibland också yttrats att dessa begrepp inte är ägnade att beskriva musikupplevelsen, utan

---

<sup>95</sup> Koktvedgaard/Levin 2002 s 83 samt Olsson s 34.

<sup>96</sup> Olsson 1996 s 34 samt jfr 3.2 ang originalitet och verkshöjd.

<sup>97</sup> Jfr Nordell 1998 s 83, Schierbeck 1989 s 61, Brilioth 1970 s 41 samt Karnell 1957 s 159.

<sup>98</sup> Karnell 1957 s 159.

<sup>99</sup> Se närmare ang likhetsbedömningar nedan 4.2 samt 4.2.1.

<sup>100</sup> Koktvedgaard/Levin 2002 s 150 samt Koktvedgaard 1965 s 120 f och 184 f.

<sup>101</sup> Jfr Brilioth 1970 s 58 f samt Nordell 1998 s 76.

är konstruerade för att teoretiskt närma sig musiken.<sup>102</sup> Detta kan säkerligen vara sant, men detta förhållningssätt löser ingalunda problemet med juristens lekmanamässiga sätt att närma sig musiken.<sup>103</sup> Det löser heller inte problemet med att reda ut vad som är eller bör vara möjligt att skydda i musikverk. Möjligen är det så att det i ett upphovsrättsligt perspektiv är fullt möjligt att dela upp musikverk i många små delar, vilka i sig kan vara möjliga att skydda, men att det sedan bör göras en likhetsbedömning<sup>104</sup> gällande dessa delar och den miljö de befinner sig i. På samma sätt som patent kan skydda mycket små enheter, trots att dessa kanske inte kan fungera utan en omkringliggande miljö, bör det vara möjligt att skydda mindre musikaliska enheter. Detta resonemang utesluter inte heller att associationen till andra stycken måste försvinna i den likhetsbedömning som görs vid en intrångsdiskussion.

Samtidigt bör man vara medveten om att en verksbedömning och en intrångsbedömning är mycket intimt förknippade med varandra. Om ett verk passerat verksgränsen, trots låg originalitet, innebär detta samtidigt att skyddsomfånget för verket snävas in i motsvarande grad.<sup>105</sup> Detta behöver dock, enligt min mening, inte medföra problem så länge en tillräckligt hög originalitetsgräns upprätthålls avseende de mindre enheterna av ett verk. Detta kan även gälla omvänt. På samma sätt som kortare delar av musikaliskt allmängods inte bör vara skyddat, bör en längre del snillrikt sammanfogat musikaliskt allmängods vara skyddsförtjänt såsom helhet.

Vid en analys avseende skyddsomfånget för musikverk ter det sig naturligt att ta avstamp i Regattaavgörandet. Ovan har jag framfört synpunkten att de båda melodierna i målet möjligen inte besitter sådan tillräcklig originalitet som krävs för att de skall uppnå verksnivån.<sup>106</sup> Oavsett vilken ståndpunkt som intas i frågan torde det ändå inte råda några större tvivel om att det åtminstone är fråga om låg originalitet. Frågan är emellertid huruvida denna låga originalitetsgrad verkligen har återspeglats vad gäller skyddsomfånget för melodin. Det kan konstateras att det i Regattaavgörandet är melodin i den utformning den fått, dvs en speciell fiolslinga, som skyddas från för närliggande stycken. Övriga kringliggande, harmonier och rytmer diskuteras inte mer ingående av HD. Eftersom även stycken som inte är helt identiska, men som är mycket närliggande, anses intrångsgörande, vore det intressant om domstolen mer ingående hade diskuterat hur brett melodislingans skyddsomfång de facto är; t ex hur stor betydelse det har att båda melodierna spelas på just fiol. Detta framgår inte av domskälen. Emellertid är frågan hur fruktbar en diskussion med avstamp i Regattaavgörandet egentligen är eftersom fallet gäller en tämligen enkel melodisk passage och domstolen inte heller har gjort några mer djupgående analyser. Rättsfallet

---

<sup>102</sup> Jfr Gustavsson s 71 f.

<sup>103</sup> Jfr Koktvedgaard 1965 s 122.

<sup>104</sup> Ang likhetsbedömningen se 4.2.

<sup>105</sup> Se bl a Koktvedgaard/Levin 2002 s 74, Lenemark 2002 s 591, Nordell 1998 s 80, NJA 1995 s 74 (Smultron) samt NJA 1995 s 164 (Stickad tunika).

<sup>106</sup> Jfr dock strax nedan ang riff.

ger inte någon större ledning i frågan hur man ur upphovsrättslig synvinkel skall närma sig ett mer komplicerat musikverk och dess skyddsomfång.

Karnell skrev 1957 en artikel i vilken han utgår från de traditionella elementen melodi (ej endast tonföljd), harmoni och rytm. I artikeln förespråkar han att dessa inte är separerbara från varandra om ett upphovsrättsligt verk föreligger. Det han synes avse i artikeln är ett skydd för ”kvalificerade melodier”, dvs melodier där de tre elementen samverkar. I fråga om kvalificerade melodier är lån otillåtna, enligt artikeln, även om melodin förs utanför sin ram. För att intrång skall föreligga avseende endast ett mindre tvärsnitt ur en komposition krävs däremot att även harmoniinslag, stämmor mm kopieras.<sup>107</sup> Det ligger en stor poäng i att melodins karaktär (ofta) är starkt förknippad med verkets identitet. Verkets utformning i övrigt kan (ofta) ändras i mycket hög grad utan att det går att tala om ett nytt verk.<sup>108</sup> Nordell för sin del har framfört åsikten att en melodi i många fall torde ”vara skyddsvärd även vid ändrad harmoni och rytm”.<sup>109</sup> Så torde också ofta vara fallet. Däremot tycks det mig inte vara uppenbart att det är endast melodier som kan vara föremål för upphovsrättsligt skydd. Som jag har visat ovan 2, och kommer att komma in på närmast nedan, finns en mängd olika musikstilar och musikaliska uttryckssätt där melodin på intet sätt har den mest framträdande rollen.

En mycket närliggande fråga är dock om skyddet är eller bör vara extra starkt för tema/motiv eller, för populärmusikens del, riff (och i vissa fall kanske även mer komplicerade så kallade hookar). Melodislingan i Regattaavgörandet är just ett sådant fall. Ett annat exempel kan vara introt till Destiny's Childs ”Survivor”. Sådana riff förknippar vi mycket starkt med de musikstycken de ingår i och de har således stor betydelse för identitetsupplevelsen av verket. Melodislingan som är aktuell i Regattaavgörandet kan sägas utgöra en enklare form av ett sådant riff. Eftersom denna melodislinga erhållit upphovsrättsligt skydd i sig talar det för att riff kan åtnjuta skydd, åtminstone om de tydligt ”sticker ut” i produktionen.<sup>110</sup> Som jag har anledning att återkomma till är det dock min mening att en musikalisk enhet som visserligen ligger i bakgrunden (men som fortfarande uppfattas som en egen enhet) även den bör vara skyddad för det fall den har tillräcklig originalitet. Min åsikt är att det är mer meningsfullt med ett skydd för olika moment i musikaliskt material som faktiskt är originella, än ett skydd som är utformat så att endast det som lättast uppfattas åtnjuter skydd. Det förefaller vara mer funktionellt med en viss höjning av skyddsnivån för musikverkens del, istället för den gräns som finns nu, och att istället en större mängd olika komponenter i ett musikverk kan skyddas.

---

<sup>107</sup> Karnell 1957 s 154 ff.

<sup>108</sup> Karnell 1957 s 154 ff. Han diskuterar även utanför vad som redovisas här, dock med utgångspunkt i melodin. För en rättvis förståelse av resonemanget bör artikeln läsas.

<sup>109</sup> Nordell 1998 s 76.

<sup>110</sup> Jfr HDs uttalande i Regattaavgörandet att melodi 1 var melodiskt och instrumentellt väl avgränsad från övriga inslag i stycket.

Inom det som benämns pop- och musikindustrin finns mängder av kompositörer med mer eller mindre olika uttryckssätt. Ofta torde lyssnaren uppfatta melodin som stommen i många av de musikstycken som dessa kompositörer skapar. Efter Regattaavgörandet verkar det inte heller råda några som helst oklarheter om att en tillräckligt originell melodi skyddas i upphovsrätten. Som visats, bland annat ovan i musikteoriavsnittet, kan musikverk emellertid styckas upp och analyseras på många olika sätt: melodi, klang, ackord, harmoni, dynamik, rytm mm. Det finns många komponenter som gör sitt för hur en musikalisk skapelse uppfattas. Melodin behöver absolut inte vara det bärande och mest karaktäristiska för en komposition, även om en okunnig lyssnare kanske upplever det så. Det vitala i ett stycke kan vara såväl t ex sound som melodi eller en speciell rytm. Allt måste ses i sitt sammanhang.

Så som jag ser det bör en originell ackordsstruktur (alltså med allra största sannolikhet inte t ex den ovan, avsnitt 2.1.3, nämnda klassiska treackordsstrukturen med tonika/subdominant/dominant och dylika ackordsstrukturer) kunna skyddas upphovsrättsligt. En ackord- eller rytmstruktur kan skapa mycket kreativ vända för sin kreatör och vara ett av de mest vitala inslagen i ett stycke. Jämför t ex Stings "Moon over Bourbon Street" där ackorden är utsmyckade och inte heller självklara. Som jag antytt ovan kan det emellertid bli problematiskt när ackordsstrukturen "ligger i bakgrunden" av en komposition och inte är det som lyssnaren förknippar direkt med musikstycket.<sup>111</sup> Var gränsdragningen skall gå är mycket vanskligt. Om det dock är så att associationen till det första verket är så stark att det faktiskt inte framstår som två skilda verk så bör intrång föreligga. En ändrad melodi torde t ex inte vara tillräckligt för att ett nytt icke-inkräktade alster skall anses ha tillkommit, i sådana fall bör det istället vara fråga om intrång eller bearbetning. Ett litet problem som kan uppmärksammas är dessutom att en enkel ackordstruktur, såsom den omtalade treackordsmodellen, ofta medför att det är svårare att få till en avancerad melodi – dvs skyddsomfånget är troligen inte särskilt stort. Motsvarande gäller mer komplicerade ackordstrukturer som ofta ger möjlighet till mer oväntade melodier, vilket ger större skyddsomgång. Så långt är allt klart. För det fall ackordstrukturer inte skyddas skulle dock problem kunna uppstå när kompositören har en idé om en komplicerad ackordsstruktur, men en enkel melodi. Nog för att denna idé inte skyddas, men det ter sig däremot mer rimligt att ackordsföljden skall ha skydd i sin konkreta utformning oavsett om lyssnaren kanske i första hand noterar den enkla melodin. Fråga blir i mycket om hur långt fram i ljudbilden kompositörer, producenter m fl väljer att lägga melodi eller ackord. Såsom Rosenmeier har påpekat skulle dessutom ett märkligt resultat kunna uppstå om melodier har skydd, men inte ackord. Anta att du har komponerat en melodi. Denna melodi stämsätter du sedan ton för ton. Lyssnar man sedan på helheten med alla toner, dvs såväl grundmelodi som stämmor, finner du att kompositionen inte längre bara kan uppfattas som ett rent melodiförlopp (med stämmor), utan även som en kedja av ackord. Varför skulle inte även denna kedja åtnjuta skydd? Det är i båda fallen fråga

---

<sup>111</sup> Se dock nedan ang vilken lyssnare som skall tas såsom mall, 4.2.2.



om tonförlopp.<sup>112</sup> Som jag påpekat måste det dock vara fråga om originella ackordsstrukturer med utsmyckningar, eftersom ackordsstrukturer ganska ofta följer kvintcirkelns abc.<sup>113</sup> I fråga om klangfärg, har Rosenmeier framfört åsikten att sådan inte i sin enkelhet kan skyddas. Däremot har han uttalat att vad han kallar ”klangfärgsmelodier” troligen kan vara föremål för skydd. Han påpekar dock att det i realiteten är tonförloppet, och inte själva klangen, som skyddas i ett sådant fall. Det torde nämligen vara så att han inte diskuterar den typ av klangskillnad som finns mellan t ex österländsk och västerländsk musik eller mellan olika typer av instrument, utan snarare den klangskillnad som kommer sig av att man fördelar ett ackord på så sätt att man får fram en speciell klang.<sup>114</sup>

Avseende de rytmiska inslagen i en komposition bör även dessa kunna skyddas och ett liknande resonemang som det gällande ackord kan föras. En förutsättning för att de rytmiska inslagen skall kunna åtnjuta skydd torde emellertid vara att de uppfattas som ”melodiska inslag” i ett musikstycke (oavsett om det slagverk eller liknande de frambringas på avger toner eller ej). Det ter sig inte rimligt att rytmiska inslag som endast anger tonernas längd skall kunna åtnjuta skydd. Det skulle inte fylla någon funktion och är knappast praktiskt möjligt. Dessutom bör rytminslaget vara *mycket* originellt för att det skall vara skyddsfortjänt. Denna åsikt synes även Rosenmeier ha framfört.<sup>115</sup>

Enligt min mening torde det generellt sett vara svårt att skydda klanger (i den mening som avses ovan i musikteoridelen 2.1.2), harmonier, dynamik eller instrumentalisering separat. I fråga om klang är anledningen att det skulle vara ett alltför diffust skydd. Det skulle vara svårt att avgränsa klangen på ett meningsfullt sätt. Vidare skulle möjligheterna till oberoende dubbelskapande<sup>116</sup> vara stora, varpå avsevärd bevisproblematik skulle uppstå. Ett skydd för klang ter sig således inte meningsfullt, utan skulle istället vara en utveckling av skyddet in absurdum samt även stänga möjligheter för andra kompositörer. Liknande resonemang kan föras avseende harmonier. Harmonier liksom klanger är visserligen något som har stor betydelse för uppfattningen av ett verk, men samtidigt är det ett bihang till de ljud och de ackord som används och det är svårt att se hur de skall kunna tas ur sitt sammanhang. Istället kan de ses som ett mycket viktigt komplement i fråga om skydd för ackord och skyddsomfånget avseende dessa. Ett gediget klang- eller harmoniarbete gör att verket får en stark prägel och således bör skyddsomfånget kunna påverkas av detta till förmån för upphovsmannen. Avseende skydd för dynamik måste det vara en

---

<sup>112</sup> Jfr Rosenmeier 1996 s 19.

<sup>113</sup> Ang kvintcirkeln se avsnitt 2.1.3 med noter.

<sup>114</sup> Jfr Rosenmeier 1996 s 19 f. Ett enkelt exempel på detta är att utgå från ett C6-ackord. Ackordets grundton är C och ligger traditionellt i ”botten” av ackordet. För en förändring av ackordet kan man istället låta exempelvis E ligga i botten och placera 6:an (tonen A), som egentligen skall ligga i toppen, i mitten och C i toppen. Denna typ av ackordsfördelning torde vara mer fråga om ackord än om klang i ett upphovsrättsligt sammanhang, eftersom den avser den konkreta utformningen av ett ackord.

<sup>115</sup> Rosenmeier 1996 s 27 och 32 f.

<sup>116</sup> Avseende oberoende dubbelskapande se avsnitt 4.2.3.

extremt dynamisk komposition för att frågan ens skall vara meningsfull att diskutera. Frågan är också hur dynamiken över huvud taget skall mätas: hur lika förhållandet mellan ”topparna” respektive ”bottnarna” skall vara ljudbildmässigt sett mellan de två kompositionerna samt hur länge de skall vara tidsmässigt.<sup>117</sup> Inte heller ett separat skydd för dynamik förefaller således fylla någon direkt funktion. Däremot torde dynamik kunna ha betydelse som en del i helhetsbedömningen. I fråga om instrumentalisering är problemet lite mer intrikat. Även om det vid första anblick kan tyckas rimligt att ett mycket kreativt tilltag i fråga om instrumentering är skyddsförtjänt är det samtidigt mycket osäkert om så bör vara fallet. För det första kan konstateras att vanliga instrumenteringsmodeller, i form av exempelvis elbas, elgitarr, trumma och sång, aldrig torde kunna skyddas – sådan typ av instrumentering är en slags form av allmångods. Vidare har jag svårt att se nyttan av ett särskilt skydd för instrumentaliseringsmodeller. Ett sådant skydd verkar snarare hämma än gynna musikalisk produktivitet och även om instrumentaliseringen av två kompositioner är likadana kan de sätt som verken låter och uppfattas vara milsvitt skilda. Liksom klang, harmoni och dynamik har instrumenteringen av ett musikverk emellertid stor betydelse avseende helhetssoundet. Huruvida sound kan eller bör skyddas diskuteras närmast nedan 4.1.1.

### 4.1.1 Soundskydd?

Sound beskrivs ovan, i avsnitt 2.4, som ett musikaliskt helhetsintryck som kännetecknar t ex en viss artist, producent eller musikstil. I det följande bortses från sound såsom övergripande musikstil. Istället avses den form av sound som härstammar från en viss artist, producent etc.

Det torde finnas två vägar att ”överta” ett sound. Rosenmeier har, i sin diskussion om soundskydd, tagit utgångspunkt i musik där ljudbilden i den nya skapelsen bygger på en sampling av en annan kompositörs verk.<sup>118</sup> En annan möjlighet att kopiera sound är en mer ”fri kopiering”. Med fri kopiering avser jag här sättet att kopiera en annan kompositörs sound utan att använda sampling. Istället är det sättet som kompositionen är uppbyggd på; kanske speciella taktkonstruktioner, instrumentalisering, effekter, klangfärg och ljudbild, dynamik, sätt att forma melodin (exempelvis diverse halvtoner) etc som kopieras. Det går då inte att säga att en viss speciell del från den första kompositören plagieras. Istället är det just helhetsbilden som kopieras.<sup>119</sup> Vid första anblick kan det möjligen uppfattas att detta ensamt skulle kunna falla under tillräcklig likhet i den helhetsbedömning som skall göras vid hävdad intrång.<sup>120</sup> Så ser det dock inte ut idag – det saknas ett givet

---

<sup>117</sup> Jfr bilaga 1.

<sup>118</sup> Nordell 1993 s 39 samt Rosenmeier 1996 s 35.

<sup>119</sup> En mer exakt beskrivning av vad som utgör sound har jag inte funnit, se dock ovan 2.4.

<sup>120</sup> Jfr NJA 2002 s 178 (Regattaavgörandet).

skydd för sound.<sup>121</sup> Brilioth synes ha menat att så också är rimligt och skriver att för ”urskiljandet av ett visst verk förefaller ... talet om en i verket nedlagd individualitet vara till föga hjälp.”<sup>122</sup> Brilioth har en poäng i detta, men samtidigt förbises soundets högst betydelsefulla funktion såsom kännetecken. När ett speciellt sound blir föremål för ”övertagning” kan lyssnaren lätt uppfatta eller tro att det är originalupphovsmannen som står för även denna skapelse.<sup>123</sup> Detta torde närmast kunna jämföras med marknadsrättens och varumärkesrättens renommésnyltning. Ett exempel på sådan varumärkesfunktion från idag är exempelvis Max Martin-soundet. Soundet är mycket genomtänkt och de specifika produktionerna känns igen redan i de första sekunderna av en komposition, redan innan melodin hörs.<sup>124</sup> Andra talande exempel kan vara exempelvis Tatu (tiden under producenten Ivan Schapovalov) och Missy Elliott. Frågan är emellertid om det är rimligt (eller ens möjligt) med ett skydd för sound, vilket jag avser diskutera i det följande.

Först kan konstateras och upprepas att upphovsrätten inte är ett idéskydd, vilket innebär att det bakomliggande motivet eller den bakomliggande grundidén inte skyddas, se 4.1. Själva utföringsmetoden är inte heller föremål för skydd.<sup>125</sup> Det som skyddas är verket i den specifika utformning det har fått (samt även i översättning till andra konstarter). En förutsättning för skydd är emellertid att verket har präglats av upphovsmannens personliga uttryckssätt.<sup>126</sup> Det är dock viktigt att lägga på minnet att det är verket i den utformning det har fått som skyddas, inte ”de uttrycksmedel som däri kommit till användning, även om de äro högst karakteristiska för upphovsmannen”.<sup>127</sup> Som konstaterats tidigare i denna uppsats är det dock inte helt okomplicerat att särskilja idé, personlig stil och konkret utformning avseende musikverk. Traditionellt sett torde, i enlighet med förarbetena, sound eller manér inte i sig självt vara att betrakta som verk. Soundet kan visserligen vara lika mödosamt för sin upphovsman att tänka ut som själva verket och skulle eventuellt helt separerat från verket kanske kunna betraktas som ett slags verk. Samtidigt är soundet högst beroende av den konkreta utformningen av den idé det bygger på och det förefaller inte helt orimligt att det är att betrakta som en bakomliggande idé snarare än ett verk. Å andra sidan kan faktiskt hävdas att (exempelvis) melodin är lika beroende av soundet som soundet av melodin, bland annat i ett igenkännings- och associationsperspektiv. Det vi förknippar med ett visst musikstycke kan vara likväl sound som exempelvis melodin. Soundet kan mycket väl vara det som är originellt med verket. Enligt min mening torde sound i många fall kunna utgöra en reell verksdel. Den bör således beaktas vid helhets- och likhetsbedömningarna i lika hög grad som någon annan verksdel. I vissa

---

<sup>121</sup> Nordell 1998 s 85, Nordell 1993 s 39, Brilioth 1970 s 58 samt SOU 1956:25 s 69 (vari nämns teknik, stildrag, manér o dyl).

<sup>122</sup> Brilioth 1970 s 58.

<sup>123</sup> Nordell 1993 s 39.

<sup>124</sup> Lyssna t ex på Backstreet Boys “Don’t want you back” från 2003 (Max Martin och Rami) eller Britney Spears ”...Baby one more time” från 1999 (Max Martin och Rami).

<sup>125</sup> Nordell 1991 s 370 samt Lenemark 2002 s 590.

<sup>126</sup> Se t ex SOU 1956:25 s 66 f samt Nordell 1991 s 370.

<sup>127</sup> SOU 1056:25 s 69.

mer utpräglade fall skulle den möjligen även kunna spela en tämligen avgörande roll.

Nästa fråga blir då huruvida sound såsom *egen enhet* bör kunna bli föremål för upphovsrättsligt skydd. Här måste mitt svar bli nekande. Skyddet för sound bör ligga inom ramen för likhetsbedömningen, i annat fall blir skyddet för omfattande och bedömningen alldeles för vanskelig. Ett eget skydd för sound skulle kunna verka hämmande för produktiviteten, särskilt med tanke på den låga originalitetsgräns som föreligger idag. Även om det enligt min mening bör finnas möjlighet till någon form av skydd för sound måste det ske inom rimlighetens gränser, bland annat med hänsyn till upphovsrättens funktion som skydd för det andliga skapandet. Som nyss nämnt är då en rimlig möjlighet att låta sound spela en stor roll vid såväl originalitetsbedömning som likhetsbedömning. Anta exempelvis att en i sig inte särskilt originell melodi, vilken dock ”arbetats in” genom ett originellt sound, blivit föremål för övertagande – det tycks då rimligt att tillmäta soundet stor betydelse vid originalitetsbedömningen, för att på så sätt låta musikverket få ett större skyddsomfång. Vidare, om ett mycket originellt sound kopierats, utan att för den sakens skull melodin eller takt är helt desamma, tycks det befogat att tillmäta soundet stor betydelse vid likhetsbedömningen. Gränsdragningen mellan att tillmäta sound eget skydd såsom verksdel och att tillmäta det skydd inom helhetsbedömningarna är som synes hårfin.

Efter dessa slutsatser skall några ord sägas om kopierande av sound genom sampling. En sampling kan förenklat beskrivas som ett ljudklipp av ett ljud (t ex en gitarr) vilket är ”utklipp” ur ett befintligt musikaliskt alster. Ljudklippet används sedan i ett nytt alster, eventuellt i bearbetat skick.<sup>128</sup> (Hädanefter kallat samplingsförfarande respektive samplingsanvändning.) Att en kompositör använder samplat material från ett annat verk behöver inte betyda att det nya verket får ett likadant sound som originalstycket. Hur likt det blir är bland annat beroende av hur omfattande samplingen är, hur framträdande roll den tilldelas i det nya alstret och hur bearbetad den är. Det finns dock en reell möjlighet att via sampling tillägna sig en annan kompositörs sound.

Vad gäller samplingsanvändande finns två alternativ för om de skall anses intrångsgörande eller inte.<sup>129</sup>

1. Den samplade ljudmassan är inte föremål för upphovsrättsligt skydd, exempelvis på grund av att den inte är tillräckligt omfattande eller på grund av att den brister i originalitet. En verksbedömning avseende det samplade får helt enkelt företas. Intrång föreligger således inte

---

<sup>128</sup> Jfr Christiansson 1995 s 11. I det följande frånser jag att redan själva åtgärden att sampla ljudet (samplingsförfarandet) kan innebära ett intrång (se Christiansson s 21 ff) samt även skyddet för ljudupptagning på fonogram 46 § URL. Anledningen till detta är att följande resonemang behandlar eventuellt skydd för soundet i sig och inte samplingsteknikens vara eller inte vara.

<sup>129</sup> För följande två punkter om sampling se Christiansson 1995 s 21 och 40 ff.

avseende själva ljudmassan. Möjliga intrångsgörande faktorer vad gäller sound får sökas på annat håll. Själva samplingen torde faktiskt inte heller vara orsaken till soundövertagandet.

2. Den samplade ljudmassan är föremål för upphovsrättsligt skydd. Ett verk har t ex blivit samplat i sin helhet eller i så hög grad att det fortfarande är föremål för upphovsrätt. Huruvida intrång föreligger eller inte beror i detta fall på hur samplingen används i den nya skapelsen.
  - a) Samplingen är omarbetad i så hög grad att den inte längre är identifierbar – intrång föreligger därför inte.
  - b) Samplingen är omarbetad, men fragment kan dock urskiljas i den nya skapelsen. Härvid blir det en bedömningsfråga om ett nytt självständigt verk i fri anslutning till det tidigare föreligger (dvs det är inte intrångsgörande) eller om fråga är endast om bearbetning (vilken kräver tillstånd från rättighetshavaren till originalverket).

Samplingen kan, som beskrivits, vara ett sätt att tillägna sig en annan kompositörs sound. Om samplingen i sitt bearbetade skick ligger alltför nära originalverket och ett intrång föreligger på grund av detta kan ett naturligt skydd i och för sig uppstå även för soundet. Någon effektiv väg att åtkomma ”soundstölden” är denna emellertid inte, då reglerna främst syftar till att skydda upphovsrättsligt material i sin exakta utformning och inte i form av en mer generell och ”luddig” ljudbild.

En fråga som kan tas upp parantetiskt, men som har starka beröringspunkter med soundplagiat via sampling, är uppdelningen mellan upphovsrätt och närstående rätt. Nordell har påpekat att det enda skydd som står till buds vid upptagning av sound är producenträtten för själva upptagningen. Nordell ställer frågan huruvida uppdelningen mellan upphovsrätt och närstående rätt fortfarande är adekvat och om det verkligen är rimligt att upphovsmannen åtnjuter ett starkare skydd än artisten.<sup>130</sup> Ovan angivna exempel producent Max Martin/artist Britney Spears eller producent Ivan Schapovalov/artist Tatu är tydliga exempel på detta. Samtidigt som producenten kan vara högst beroende av att artisten inte överger denne och ”tar sitt sound med sig” kan artisten vara beroende av att producenten inte ”ger” soundet till en annan artist. Frågan är dock om det är ett spörsmål som är möjligt att lösa annat än via avtal (där dock den oetablerade artisten kan ha svårt att hävda sig).

---

<sup>130</sup> Nordell 1998 s 85. Jfr även Schovsbo 2004 s 319, som diskuterar lösningar till vissa av upphovsrättens problemområden.

## 4.1.2 Musikalisk citaträtt?

Som ovan konstaterats är den ekonomiska sidan av upphovsrätt till ett verk att betrakta som vilken förmögenhetsrätt som helst. Denna exklusivitet upprätthålls dock, också det i likhet med andra förmögenhetsrätter, inte fullt ut. I 22 § URL stadgas att var och en ”får citera ur offentliggjorda verk i överensstämmelse med god sed och i den omfattning som motiveras av ändamålet”. Regeln utgår närmast från litterära återgivningar i syfte att underlätta en framställning, dvs vad gäller återgivning av musikverk främst i notskrift, och är allmänt erkänd. Citaträtten kan dock återopas vid andra typer av framställningar än litterära verk, exempelvis genom film eller musik. I förarbetena väljer man att inte mer exakt exemplifiera godkända bakomliggande intentioner med ett dylikt citat, men syftet med det skall vara hederligt och lojalt samt skall göras i överensstämmelse med god sed.<sup>131</sup> Det kan poängteras att återgivning i överensstämmelse med god sed inte kan jämföras med sedvana, utan tonvikten ligger på det lojalitetskrav som innefattas i uttrycket god sed.<sup>132</sup>

Som nyss sagts syftar citaträtten närmast till återgivningar i litterär form. Enligt den äldre lagen var det också endast återgivningar i litterär form som omfattades av citaträtten. Musikverk kunde citeras om det citerande verket var huvudsakligen litterärt.<sup>133</sup> I dagens URL har dock hänvisningen till litterära verk tagits bort och i förarbetena utesluts inte möjligheten att återopa citaträtten vid återgivningar i musikverk, varvid man synes avse melodicitat. Citatet kan då utföras antingen som ett direkt citat eller på så sätt att det citerade partiet införs som ett tema, vilket sedan ligger till grund för ett variationsverk.<sup>134</sup> Melodicitat har Karnell beskrivit som en främmande melodi som någon medvetet införlivat med sitt verk, ”så att denna inte i det nya verket inför lyssnaren framstår som något annat än den ursprungliga melodin.”<sup>135</sup> Olsson har skrivit att musikcitat kan förekomma som noter i en skriftlig framställning eller som tema/del i ett annat musikverk.<sup>136</sup>

Syftet med återgivningen spelar en avgörande roll vid citat. Citatet skall kunna motiveras utifrån syftet med det verk som använder citatet, dvs det skall vara fråga om ett ideellt samband mellan det citerade och det egna verket. Parasiterande syften medför att citaträtten inte kan användas. Citatet skall vara av förklarande natur och utgöra ett upplysande komplement i det verk i vilket det används. Återgivningens längd skall vara i den mängd att syftet med citatet i framställningen uppnås (”i den omfattning som motiveras med ändamålet”, 22 § URL). Det skall även tydligt framgå att det är fråga om ett citat. Ingen form av bearbetning eller utveckling får göras av

---

<sup>131</sup> SOU 1956:25 s 198 ff.

<sup>132</sup> Schierbeck 1989 s 57.

<sup>133</sup> SOU 1956:25 s 197.

<sup>134</sup> SOU 1956:25 s 201.

<sup>135</sup> Karnell 1958 s 173 samt Schierbeck 1989 s 58.

<sup>136</sup> Olsson 1998 s 180.

själva citatet.<sup>137</sup> En hel melodi torde som huvudregel inte kunna återges med hänvisning till citaträtten.<sup>138</sup> Potpurrier eller samlingar av verk faller inte heller här under.<sup>139</sup> I förarbetena har däremot framförts, som framgått ovan, att variationsverk som bygger på ett citat ur ett annat verk omfattas av regeln.<sup>140</sup> Detta kan te sig lite märkligt och verkar snarare vara ett upphovsrättsligt intrång. Så är dock inte fallet, utan förarbetsuttalandena verkar ligga i linje med uppfattningen bland upphovsmän till musikverk.<sup>141</sup> Vad avser direkta citat ges inga konkreta exempel i förarbetena och det är inte helt klart vad som avses med detta avseende musikverk. Det går knappast att översätta betydelsen från vad som avses vid litterära verk. I fråga om litterära verk torde det närmast vara fråga om exempelvis en kort återgivning ur en poesisamling som exemplifiering i en recension eller en passage ur en fackbok i en uppsats. Med tanke på att musik, som bland annat konstateras ovan i musikteoriavsnittet 2, består av många komponenter och inte kan delas upp i form och innehåll, är det svårt att dra en gräns för när fråga är om ett direkt citat eller intrång.<sup>142</sup>

Gustavsson har påtalat problematiken med, i fråga om musikverk, det synsätt som framkommer i förarbetena: att citatet utgöra ett hjälpmedel vid framställningen. Någon framställning i den mening som avses vid litterära verk finns knappast. Eftersom musikverk ändå avses omfattas blir det, återigen, syftena med användandet som är avgörande samt vad som avses med god sed. Gustavsson har vidare påtalat att målgruppen för upphovsrättsligt skydd för musikverk, upphovsmännen, måste vara utgångspunkt för vad som är god sed, inte vad som uttalas i förarbetena angående litterära verk. Upphovsmännen torde inte uppfatta citat som besvärande, förutsatt att citaten utförs på ett lojalt sätt. I en lojal återgivning innefattas att citatet är ägnat att väcka association till det citerade verket, dvs det skall vara tydligt urskiljbart i det användande verket. Dolda citat kan knappast vara lojala.<sup>143</sup> Citatet skall framstå som ett citat för den publik som är bekant med det citerade verket.<sup>144</sup> Det förefaller också vara kutym i de flesta fall att det citerade verket eller upphovsmannen till detta anges i det nya verket såsom citerad.<sup>145</sup>

Såväl förarbetsuttalanden som Karnells uppsats verkar avse melodicitat. Jag ser dock inget problem i att citera någon annan verksdel så länge kriterierna för citaträtten uppfylls. Möjligen kan det bli svårare att uppfylla kravet på att citatet skall framstå som just ett citat än beträffande melodier, vilket dock är en helt annan fråga. Det är dessutom inte alls otänkbart att exempelvis ett visst välkänt rytmssegment skulle kunna vara föremål för citat, särskilt för en invigd lyssnare.

---

<sup>137</sup> Karnell 1957 s 173 f.

<sup>138</sup> Olsson 1998 s 178 samt Schierbeck 1989 s 57.

<sup>139</sup> Schierbeck 1989 s 58.

<sup>140</sup> SOU 1956:25 s 201.

<sup>141</sup> Gustavsson 1995 s 81.

<sup>142</sup> Jfr Gustavsson 1995 s 81.

<sup>143</sup> Gustavsson 1995 s 81 f.

<sup>144</sup> Weincke 1975 s 411 f.

<sup>145</sup> Jfr Gustavsson 1995 s 81.

Huruvida citaträtten kan användas vid sampling är högst osäkert. Christiansson har uttalat att citatregeln skall tolkas restriktivt avseende musikverk. Med hänvisning till detta yttrar han att en samplare sannolikt inte kan stödja sig på citaträtten.<sup>146</sup> Enligt min mening torde dock detta bero på vilket sätt och i vilket syfte samplingen används – om syftet är lojalt och det tydligt framgår att det är fråga om ett citat etc.<sup>147</sup>

Inom jazzen finns som bekant en viss tradition av ”hälsningsfraser”, dvs då musikerkollegor citeras i hälsnings- och hyllningssyfte vid konserter eller kanske till och med på en skivinspelning. Dessa fraser faller högst sannolikt inom citaträtten. Någon form av god sed har uppenbarligen uppkommit och det torde inte heller råda någon oklarhet avseende de ideella och lojala syftena med dylika citat.<sup>148</sup> En liknande tradition finns även till viss del inom den, i vid bemärkelse, ”klassiska” musiken.<sup>149</sup> Det förefaller inte omöjligt att en sådan typ av citaträtt även kan sägas finnas inom diverse populärmusikgenrer, såsom exempelvis soulen eller hiphopen.

Vad gäller den ideella rätten får denna naturligtvis inte kränkas vid citat, detta gäller såväl respekträtt som namngivelsesrätt. Avseende namngivelse gäller även här att den kan inskränkas till angivande i skrivet eller tryckt exemplar.<sup>150</sup> Det kan parentetiskt tilläggas att citaträtten endast omfattar skyddade verk. Musikaliskt allmängods o dyl är naturligtvis helt fritt att använda.

## 4.2 Intrång

Ett intrång i ett verks skyddsomfång kan bestå i någon annans olovliga ”lånande” av ett längre stycke, såsom en hel refräng, en hel komposition, eller ett kortare stycke om kanske bara några få sekunder. Den lånade passagen behöver självklart inte vara identisk med den ursprungliga för att ett intrång skall föreligga, då hade sällan eller aldrig möjliga intrång förelegat. Istället är det i svensk rätt likheten mellan verken som är avgörande. Om upplevelsen av kompositionerna, verksidentiteten, är densamma är det frågan om samma verk, varvid en helhetsbedömning utifrån såväl juridiskt som estetiskt perspektiv görs.<sup>151</sup>

Det finns emellertid flera olika teorier om hur bedömningen huruvida ett stycke skall anses inkräkta på ett annat skall göras. Innan likhetsbedömningen behandlas mer ingående nedan 4.2.1 redovisas dessa

---

<sup>146</sup> Christiansson 1995 s 48.

<sup>147</sup> Däremot finns ju andra regler som kan sätta stopp för sampling, se ovan 4.1.1.

<sup>148</sup> Christiansson 1995 s 48.

<sup>149</sup> Weincke 1975 s 412. Med klassisk musik avses här, liksom ovan i not 5, musik som är tänkt att framföras på de instrument som användes under den klassiska perioden.

<sup>150</sup> Jfr avsnitt 3.1.2.

<sup>151</sup> Koktvedgaard/Levin 2002 s 150 samt NJA 2002 s 178 (Regattaavgörandet).



möjliga synsätt, detta för att ge större insikt i de problem som finns förknippade med intrångs- och likhetsbedömningen.

En teori från angloamerikansk rätt är att se domaren som en ”average hearer”. Tanken är att söka se på verket som helt oberoende av upphovsmannen, för att därigenom hålla personliga moment helt utanför bedömningen. Originalitetskravet är avsevärt sänkt. Intrång bedöms utifrån om den (eventuellt) kopierade delen utgör en väsentlig del av det kopierade verket och med hänsyn till den kopierade delens förhållande till verket som helhet. ”A copy is that which comes so near to the original as to give every person seeing it the idea created by the original.”<sup>152</sup> Det är första intrycket som avgör och inte en mer teknisk analys. Istället är intrångsbedömningen beroende av att kompositör nummer två skall ha varit bekant med eller ha haft tillgång till det tidigare verket. Det krävs således kausalitet. I annat fall anses denne inte medvetet ha kopierat det äldre verket.<sup>153</sup>

Ett annat sätt att närma sig problemet är att söka bestämma och dela upp verket och verksdelarna efter allmänt utformade individualitetskriterier; till viss del objektivt konstaterbara och fristående från upphovsmannen. Den mest centrala gränsen dras mellan allmångods och verkets individuella drag, där de individuella dragen syftar till vad som är upphovsmannens personliga och skapande insats. De bedömningar som sedan görs grundar sig inte på teknisk analys, utan på allmänna uppfattningar. Vid den bedömning beträffande skillnad gentemot andra verk som då görs blir de personliga drag som verket har fått från upphovsmannen avgörande. Till syvende och sist blir det, som framgått, fråga om en individualitetsbedömning utifrån var situation och genre – inga exakta tumregler ges.<sup>154</sup>

Ett annat alternativ är att försöka lösa gränsdragningsproblematiken genom en analys byggd på musikteoretiska insikter. Brilioth framförde emellertid i sin uppsats att de musikteoretiska begreppen<sup>155</sup> inte är konstruerade för att förklara den personliga originalitet som upphovsmannen nedlagt i verket och inte heller för att beskriva upplevelsen av musiken. De är därför inte självständigt, dvs utan sakkunnigutlåtande, meningsfulla vid en verksbedömning.<sup>156</sup> Härvid exemplifierar Brilioth med ett rättsfall från USA (Northern Music Corp v King Record Distributing Co) där domstolen mindre framgångsrikt i sin analys laborerar med musikaliska termer.<sup>157</sup> På dessa grunder synes såväl Brilioth som Gustavsson dra slutsatsen att de

---

<sup>152</sup> Citat hämtad ur Brilioth 1970 s 53. Brilioths källhänvisning: J P Eddy, *The Law of copyright* (London 1957) s 219, Herbert Howell, *Howell's Copyright Law*, 4 uppl, utgiven av Alan Latman (Washington 1962) s 132.

<sup>153</sup> Brilioth 1970 s 52 ff och 61.

<sup>154</sup> Brilioth 1970 s 50.

<sup>155</sup> Brilioth använder sig av begreppen melodi, harmoni och rytm, Brilioth 1970 s 58.

Gustavsson har valt att till dessa tre begrepp lägga ”osv”, Gustavsson 1995 s 71.

<sup>156</sup> Brilioth 1970 s 58 f. Gustavsson bygger på Brilioths resonemang och synes komma till i det närmaste samma slutsats. Det är dock oklart om han menar att analysen inte alls bör byggas på musikteoretiska begrepp eller om det bara är domarens (okunniga) användande av begreppen som inte är önskvärd, se Gustavsson 1995 s 71 ff.

<sup>157</sup> Brilioth 1970 s 45 och 59.

musikteoretiska insikterna därför inte är ändamålsenliga vid intrångsbedömningen.<sup>158</sup> Gustavsson tillägger att de för sin användning kräver att domarkåren utbildas i musikteori. Han skriver att eftersom ”vägen in i upphovsmannens psyke är stängd” riskerar en analys byggd på musikteoretiska begrepp bli till en ”grumlig sköld att gömma skönsmissiga eller rent godtyckliga ställningstaganden” bakom.<sup>159</sup> Som framgår nedan har jag i detta ämne en möjligen till viss del avvikande åsikt.

## 4.2.1 Likhetsbedömning

Frågan om ett nytt alster skall anses inkräkta på ett annat verks skyddssfär objektivt sett (dvs utan att ta hänsyn till upphovsmannens, till det senare verket, möjliga avsikter att plagiera) skall, i likhet med bedömningen angående originalitet, avgöras genom en helhetsbedömning. Det är fråga om en helhetsbedömning av *likheten* ur lyssnarens synvinkel, dvs upplever lyssnaren det som två stycken eller inte.<sup>160</sup> Självklart är det så att två stycken som låter som två helt väsensskilda stycken helt enkelt inte inkräktar på varandra.<sup>161</sup> Denna avgränsning är dock inte helt enkel att göra. Liksom ovan, avseende originalitetsbedömningen, finns en gråzon mellan när självständighet föreligger och inte.<sup>162</sup> Inte minst utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv kan det vara intressant att studera denna gråzon och varför ett stycke uppfattas som intrångsgörande i ett annat.

Några rader kan och bör i detta sammanhang skrivas angående Regattaavgörandet och den likhetsbedömning som görs i fallet. HD pekade i fallet på vissa speciella likheter (förutom den melodimässiga likheten) och olikheter vilka talade för respektive emot intrång i likhetsbedömningen avseende de två aktuella melodierna.

För

1. Båda melodierna framförs på fiol.
2. Båda melodierna utgör upprepade och avgränsade inslag i kompositionerna som helhet.

Emot

1. Melodierna har olika tempon.
2. Melodierna har till viss del olika harmonik.
3. Avslutningarna på melodiernas fraser är olika.

HDs slutsats, i det aktuella fallet, var att likheterna var så stora att intrång ansågs föreligga. Likheterna var i HDs mening alltför markanta. HDs analys var emellertid inte särskilt utförlig. De olika aspekter som HD tog fram i sin likhetsbedömning var sannolikt endast exempel på varför HD ansåg melodi

---

<sup>158</sup> Brilioth 1970 s 58 ff.

<sup>159</sup> Gustavsson 1995 s 72.

<sup>160</sup> NJA 2002 s 178 (Regattaavgörandet).

<sup>161</sup> Brilioth 1970 s 58.

<sup>162</sup> Jfr 3.2. Vidare kan frågan ställas vilken lyssnare som skall sätta normen, se 4.2.2.

2 intrångsgörande och vilka aspekter domstolen menade kan tänkas påverka likhetsupplevelsen av musiken. Allt för stora slutsatser kan inte dras av HDs analys.

Det kan emellertid påpekas att HD i domskälen inte tog upp det faktum att fiolslingorna spelas i olika tonarter (tonarterna har dock ändrats i de notskrifter som bifogas NJA), vilket i och för sig inte torde ha större betydelse för likhetsupplevelsen, även om det är lätt att konstatera. En fråga som däremot är mer intressant är hur stor betydelse det har att melodierna utgör avgränsade inslag i respektive komposition; om utgången skulle ha blivit en annan om den intrångsgörande slingan endast utgjort en del i en längre fiolslinga. Detta gäller särskilt med tanke på vad jag har framfört ovan angående allmångods, 3.2.2. HDs bedömning kan i förlängningen leda till att kompositörer hindras att använda visst musikaliskt allmångods så fort en viss kompositör använt materialet såsom ett upprepat inslag i ett musikstycke. Det blir i det närmaste fråga om ett ”först till kvarn”-princip.

Regattaavgörandet lämnar i detta avseende frågetecken efter sig. Det enda som klart kan utläsas är, som sagt, att *en helhetsbedömning av likheten utifrån lyssnarens perspektiv* skall företas. Hur stort skyddsomfånget för melodi 1 avsetts vara är inte klart, även om det enligt min mening blivit mycket omfattande i förhållande till melodins originalitet.

Likhetsbedömningen är uppenbarligen svår såväl att beskriva som att göra. Ovan, 4.2, har redogjorts för de (negativa) inställningar till en avgränsning utifrån musikteoretiska begrepp Brilioth och Gustavsson framfört. Brilioths lösning på avgränsningsproblematiken är en allmän och spontan likhetsbedömning, vilken inte vilar på en musikteoretisk grund.<sup>163</sup> Gustavsson skriver att det är det konstnärliga skapandet som bör läggas till grund för likhetsbedömningen.<sup>164</sup> Min mening är att det är svårt att säga vad som är skyddsförtjänt musikskapande, eller snarare vad som inte är skyddsförtjänt musikskapande, utan en teoretisk analys. Gällande själva originalitetsbedömningen är musikteoretiska insikter nog så meningsfulla. Självklart kan inte dessa begrepp ensamma ligga till grund för en sådan bedömning, men det får ändå påpekas att de är konstruerade för analys och beskrivning av musik. Likaså, om dock kanske inte i lika hög grad, kan de musikteoretiska begreppen vara mycket verkningsfulla i intrångsanalysen, som en integrerad del av likhetsbedömningen. Genom en sådan analys kan man bland annat komma fram till vad som är allmångods och inte. En sådan analys skulle även i vissa mer extrema fall visa på om likhetsupplevelsen beror på en slump (sättet materialet är sammanfogat på medför en viss likhet med ett äldre verk, men avsikten kan omöjlig vara denna), i motsats till stöld. Det kan visserligen inte, såsom Gustavsson påpekat,<sup>165</sup> förväntas av domarkåren att den skall vara kunnig i musikteori. Det tål emellertid att påpekas att det finns möjligheter att se till uttalanden av sakkunniga, vilka har sådan musikteoretisk kunskap. På något sätt måste likheten eller

---

<sup>163</sup> Brilioth 1970 s 61.

<sup>164</sup> Gustavsson 1995 s 74.

<sup>165</sup> Gustavsson 1995 s 72.

olikheten beskrivas för att göra bedömningen legitim och inte endast slumpmässig, vilket den kan bli om domaren tillåts analysera utifrån det perspektiv denne känner. Det förefaller då mer rimligt och naturligt att använda de kända musikteoretiska analysmetoder som finns, än att enskilda domares (vilka kanske inte ens är ”musikaliska”) personliga musikuppfattningar skall få genomslag i rättsväsendet. HDs uttalande i Regattaavgörandet att variationsmöjligheterna inom populärmusiken får ”anses vara mer begränsade än inom många andra musikaliska områden” tyder faktiskt till viss del på att en sådan analys är rättfärdigad. Uttalandet är vagt och någon förklaring till slutsatsen ger inte HD.<sup>166</sup> Naturligtvis vinn ingenting på att en musikteoretisk analys drivs in absurdum. Används den inte alls riskeras emellertid uppenbara stölder och ”icke-stölder” i hög grad att bli felbedömda på grund av okunskap. Utfallet kan bli att godtyckliga ställningstaganden slår igenom. Min tanke är att en musikteoretisk ”kontroll” även måste göras vid likhetsbedömningen. Härmed skall inte förstås att själva likhetsupplevelsen saknar betydelse. Istället är det snarare så att likhetsupplevelsen även måste kompletteras med en viss musikteoretisk analys. I fråga om utifrån vems perspektiv likhetsupplevelsen skall eller bör ses se nedan 4.2.2.

En teoretiskt intressant diskussion är att det i musikupphovsrätten uppkommer skydd för det som skapats även om det inte är upptaget på ett ljudande sätt, det är t ex tillfyllest med enkel notskrift för att det skall utgöra ett verk.<sup>167</sup> Antag att en kompositör antecknat melodi samt ackord till ett stycke, vilket uppfyller upphovsrättens krav på originalitet. Emellertid har denne kompositör aldrig framfört detta stycke eller upptagit det, varken i den instrumentering det är tänkt eller över huvudtaget. Han eller hon har däremot skickat iväg notskriften till en musiktävling i vilken notskrift är tillräckligt då kommittén själv tar sig friheten att spela bidragen. I kommittén som hanterar de inkomna bidragen sitter en kompositör som en tid efter tävlingen kommer ut med en komposition, vilken översatt till ren notskrift (i den mån det går) i mycket stor utsträckning har likheter med det inskickade bidraget. Frågan är hur en intrångsbedömning skall göras i ett sådant fall. Såvitt gäller kriteriet om oberoende dubbelskapande<sup>168</sup> synes det, i enlighet med Regattaavgörandet, ställas höga krav på bevisningen om att det nya alstret skapats oberoende av det inskickade verket. I själva verket torde det, enligt min mening, vara i stort sett omöjligt för den kompositör som komponerat det nya alstret att visa att så skett – om denne inte mer detaljerat kan härleda sina inspirationskällor. Den fråga som kommer att utgöra brännpunkt här blir således likhetsbedömningen och hur den skall utföras i detta speciella fall. Det första verket har aldrig blivit framfört. Det kan också möjligen vara svårt att förstå hur det skulle ha låtit i verkligheten, bland annat med tanke på tolkningsmöjligheterna av notation. En helhetsbedömning med utgångspunkt utifrån lyssnarperspektivet företas inte

---

<sup>166</sup> NJA 2002 s 178 (Regattaavgörandet). Hur avgränsar för övrigt HD populärmusiken mot annan typ av musik? Se även vidare avsnitt 5 ang kritik mot HDs uttalande om variationsmöjligheter inom populärmusiken.

<sup>167</sup> Jfr t ex Gustavsson 1995 s 21.

<sup>168</sup> Ang oberoende dubbelskapande se avsnitt 4.2.3.

helt enkelt, bland annat då det saknas jämförelsematerial. Det är å ena sidan inte rimligt att tolka in allt som går att tolka in under notationen, å andra sidan skall inte kompositören behöva tolerera uppenbara intrång. Återigen uppkommer problemet med avsaknad av adekvata och mer konkreta begrepp att beskriva och avgränsa musik i ett juridiskt perspektiv. I ett lyssnarperspektiv (med mindre utrymme för analys av de individuella momenten) torde spontant närmast ligga till hands att i ett sådant fall skydda mer utpräglade moment i notbilden; primärt melodi, men även möjligen ackordföljd eller en konkret rytmutförning. En bedömning utifrån lyssnarens perspektiv är i många fall en fungerande och mindre tidskrävande lösning. Det står dock klart att en likhetsbedömning i vissa fall inte kan stanna vid just en genomlyssning, utan att en lite större analys ibland kan behöva företas. Framför allt är dock exemplet kanske ägnat att visa hur svårt det är att visa hur de olika delarna påverkar helhetsbilden av stycket.<sup>169</sup>

## 4.2.2 Vilken lyssnares perspektiv?

Som ovan har beskrivits skall helhetsbedömningar av såväl originalitet som likhet företas när det skall bestämmas huruvida ett intrång föreligger eller inte. I Regattaavgörandet uttalade domstolen att helhetsbedömningen skall utgå från hur lyssnaren uppfattar melodin. Det är således lyssnarens perspektiv som skall anläggas. En naturlig fråga härvid är vilken lyssnarens perspektiv som skall anläggas. Denna fråga diskuterade inte HD i fallet.<sup>170</sup> Det kan emellertid ha (stor) betydelse ur vems synvinkel som såväl originalitet som likhet bedöms. Exempelvis kan en van ”genrelyssnare” kanske se nyskapande i något som för en ovan lyssnare kan låta någorlunda likt – det kan vara besvärligt för en person som inte är van vid att bedöma musik att värdera såväl ett enkelt som ett komplext stycke. Brilioth har uttryckt åsikten att någon som inte är kompetent att uppfatta ett komplicerat verk inte gärna är lämpad att värdera dess möjliga likheter med ett annat verk. Samtidigt framför han att en alltför ”expertbetonad struktureringsprocess” med syfte att leta likheter inte skulle vara adekvat i förhållande till den publik verket vänder sig till. Istället vore, enligt Brilioth, en jury bestående av den normala publiken för genren det idealiska. Då detta enligt honom emellertid endast är en ”utopisk tanke” får helt enkelt domarens egen struktureringsförmåga vara tillfyllest vid enkla musikkompositioner. Vid mer komplicerade verk förespråkar han en generell likhetsbedömning, inte en teknisk analys, utförd av sakkunniga.<sup>171</sup> Även Gustavsson har uttalat att ett genomsnitt för verkets genrevana

---

<sup>169</sup> Exemplet konstruerade jag i den uppsats om upphovsrätt till musik som jag skrev under en fördjupningskurs i immaterialrätt 2003, se 1.1.

<sup>170</sup> Möjligen beror det på att stycket är så ”enkelt” som det är. Emellertid torde det faktum att HD t ex inte diskuterade möjligheten av att den omtvistade melodislingan kan vara musikaliskt allmångods tyda på att denna bedömning är mer komplex än kan tyckas vid första anblick.

<sup>171</sup> Brilioth 1970 s 64. Frågan är dock, såsom jag ser det, vem som skall avgöra vad som kan sägas vara mer komplicerade verk samt var denna gräns mellan mer komplicerade och mindre komplicerade verk får anses gå.

lyssnare (målgruppen) är en lämplig utgångspunkt vid likhetsbedömningen, med motiveringen att det är i förhållandet mellan upphovsman och användare (inte analyserande experter) som upphovsrättens uppgift ligger. Sakkunnigutlåtanden kan visserligen vara av nytta, enligt Gustavsson, men kan på grund av frågans subjektiva prägel inte vara ytterst avgörande. Gustavsson menar istället att domaren skall försöka ikläda sig målgruppens öron för att kunna göra en så rättvis bedömning som möjligt. För det fall att domaren är fullständigt okunnig inför musiken som skall bedömas får denne med hjälp av sakkunniga söka komma så långt i sin förståelse för genren som möjligt. Även om denne inte lyckas med detta, menar Gustavsson att detta ändå är bättre än ”ett fullständigt godtycke eller en dom byggd på pillrande i hantverksmässiga detaljer som går den genomsnittlige genrevana lyssnaren spårlöst förbi”.<sup>172</sup>

Både Gustavsson och Brilioth synes således ha menat att domaren skall söka sätta sig in i vad den genrevana lyssnaren (avseende det första verkets genre) skulle anse om denne hade fått bedöma. Detta verkar i och för sig inte orimligt. Målgruppen är antagligen den som känner till uttryckssättet och därför närmast känner om verksidentiteten är densamma i båda alstren eller inte. En liknande utgångspunkt tas inom mönsterrätten. Svenska registrerade mönster är skyddade mot alla mönster som inte gör ett annat helhetsintryck på den kunnige användaren.<sup>173</sup> Frågan är dock om detta är överförbart på musikverk. Är en genrevan lyssnare exempelvis kompetent att avgöra korsande över två genrer; om verksidentiteten på grund av likhet kan uppfattas vara densamma i exempelvis ett metal- och ett singer/songwriteralster. Min mening är att ”en genrevan lyssnares öron” säkerligen kan ha betydelse för domarens förståelse av musiken, men att allt för stor vikt inte kan läggas vid en sådan antagen uppfattning. Vissa likheter kan vara mer djupgående och förtjäna att skyddas även om den genrevana lyssnaren inte är fullt medveten om dem och kanske inte heller förstår vilken vikt de har för helhetsintrycket. Det är den konstnärliga insatsen som skall bedömas och till syvende och sist måste ändå syftet med skyddet avse att en kompositör inte skall sko sig på en annans bekostnad. Oavsett utifrån vems perspektiv som helhetsbedömningen skall företas, och hur, är det av vikt att domaren håller i minnet att musik kan vara mer eller mindre komplicerad än den kan tyckas för någon som inte är van vid uttryckssättet – något jag försökt åskådliggöra i musikteoriavsnittet ovan, 2. Expertkunskap och sakkunnigutlåtanden är i allra högsta grad ändamålsenligt (även om enbart en teknisk analys inte alls behöver ge en rättvis bild av likheten mellan två stycken).

---

<sup>172</sup> Gustavsson 1995 s 74 f.

<sup>173</sup> Koktvedgaard/Levin 2002 s 303.

### 4.2.3 Oberoende dubbelskapande

När ett eventuellt musikaliskt upphovsrättsligt intrång bedöms undersöks, förutom vad som tagits upp ovan, även huruvida ett oberoende dubbelskapande är för handen. Det skall fastställas med någorlunda stor säkerhet huruvida det kan uteslutas att två eller fler personer kan skapa två så lika alster som de som skall bedömas. Oavsett om två verk är i det närmaste identiska med varandra föreligger inget intrång om det kan visas att de tillkommit helt oberoende av varandra.<sup>174</sup> Inom brukskonsten ses en stor risk för oberoende dubbelskapande som ett indicium på att tillräcklig originalitet inte har uppnåtts, även om bedömningen avseende risk för dubbelskapande inte är tänkt att vara nivåhöjande avseende originalitetkravet.<sup>175</sup> Så ser det strängt taget inte ut inom musikupphovsrätten.<sup>176</sup> Däremot menade tingsrätten i Regattaavgörandet att den ringa originaliteten hos melodislingorna gör risken för dubbelskapande stor. HD delade dock inte denna åsikt. HD tillämpade i målet en princip som fastslogs i NJA 1994 s 74.<sup>177</sup> Principen innebär, för musikverkens del, att när likheten mellan två stycken är mycket stor utgör det ett starkt indicium på att fråga är om plagiat, varför det måste ställas höga krav på bevisningen angående oberoende dubbelskapande av det eventuellt intrångsgörande verket. HD uttalade att kraven på bevisningen måste vara större ju större den objektiva likheten mellan alstren är. Bevisbördan ligger således på den eventuellt intrångsgörande parten, varvid det inte är tillräckligt med endast en redogörelse för hur melodin kommit till.

Härvid har jag några kommentarer. Först kan hänvisas till de diskussioner angående tillräcklig originalitet och dubbelskapande som förs ovan sist i avsnitt 3.2 och i avsnitt 3.2.2. Vidare torde det vara så att kompositörer inom de flesta musikgenrer låter sig inspireras av andras musik, såväl av den som befinner sig inom samma genre som andra genrer. Ofta är säkert dessa influenser omedvetna.<sup>178</sup> Våra musikaliska erfarenheter och referenser börjar skapas redan när vi är mycket små – vi hör våra föräldrar nynna visor, lyssnar på radio etc. Vart verk som en upphovsman skapar är påverkat av såväl dessa som nuvarande musikaliska ljud som omger honom eller henne. Det borde i praktiken vara omöjligt för en kompositör att hålla sig opåverkad av redan befintliga musikverk. I sammanhanget kan nämnas att det i tysk praxis från 1959 ansågs att även icke-medveten efterbildning var upphovsrättslig kränkning.<sup>179</sup> Frågan är om omedveten efterbildning skall ses som upphovsrättslig kränkning samt vilka krav som kan ställas på upphovsmannen till det eventuellt intrångsgörande stycket. Det kan vara svårt för en upphovsman att, även för sig själv, härleda sina inspirationskällor om de ligger undermedvetet. Det kan visserligen vara rimligt att höja beviskraven avseende dubbelskapande när likheten är

---

<sup>174</sup> NJA 2002 s 178 (Regattaavgörandet) samt Brilioth 1970 s 55 f.

<sup>175</sup> Koktvedgaard/Levin 2002 s 158 f samt Karnell 1998 s 165.

<sup>176</sup> Jfr NJA 2002 s 178 (Regattaavgörandet). Se dock avsnitt 3.2.

<sup>177</sup> Jfr bl a Lenemark 2002 s 592.

<sup>178</sup> Jfr bl a Gustavsson 1995 s 69 samt Rosenmeier 1996 s 103 f.

<sup>179</sup> Strömholm 1970 s 87.

mycket stor, men för det fall att originalitetsgraden hos det första stycket är mycket låg förefaller det rimligt att sänka kravet på bevisningen avsevärt. I annat fall tycks en grund för en monopolsituation avseende musikyttringar skapas i de fall en komposition med ringa originalitet blivit en storsäljande singel. Pehrson har kommenterat en sådan monopolsituation utifrån ett konkurrensrättsligt perspektiv samt uttryckt att det kan ligga nära till hands att se situationen som konkurrenshämmande.<sup>180</sup> Som Rosenmeier har påpekat bör man inom musikområdet rent av vara försiktig med att ens anta att ett stycke är omedvetet efterbildat. Musikens uppbyggnad styrs av relativt fasta regler och eventuella likheter behöver inte vara hänförliga till efterbildning utan kan istället komma sig av dessa regler.<sup>181</sup> I Regattaavgörandet kan det, om man tillåter sig att spekulera lite, till och med vara så att båda upphovsmännen till de två omtvistade styckena undermedvetet varit influerade av "Sandy River Bell" eller "Oxdansen".<sup>182</sup> Om så är fallet torde fråga vara om omedvetet plagiat från samma förebild (vilket dock inte behöver innebära ett intrång, det krävs ju bland annat även att förlagan besitter verkshöjd) och i ett sådant fall ter det sig illa ur rättssäkerhetshänseende att det ena av de två nyare styckena blivit utsett som plagiat på det andra.

---

<sup>180</sup> Pehrson 1998 s 111.

<sup>181</sup> Rosenmeier 1996 s 103 f.

<sup>182</sup> Jfr ovan under avsnitt 3.2. Hovrätten kommer i viss mån in på detta i Regattaavgörandet.



## 5 Avslutande kommentarer

Populärmusikindustrin omsätter varje år stora summor och mängder musik. Inte helt sällan hörs röster om att ett musikstycke plagierar ett annat.<sup>183</sup> Branschen torde ha ett stort intresse av att tvister löses snabbt och diskret via branschorganisationer som STIM och NCB. Denna procedurrella ordning verkar också fungera i stort. I fråga om skyddets innehåll finns däremot mer att önska. Mycket har hänt och nya produktionssätt har uppkommit sedan URLs tillkomst. Frågan är om det upphovsrättsliga skydd som erbjuds idag är helt adekvat, åtminstone i fråga om populärmusikbranschen. Endast ett fall gällande musikplagiat har, som nämnts, varit föremål för prövning i HD och avgörandet lämnar, som konstaterats, frågetecken efter sig.<sup>184</sup> Gränserna är oklara och skyddet är inte heller särskilt praktiskt utformat. Enligt min mening skulle skyddet kunna vara mer slagkraftigt och användbart än vad det är idag, även inom ramen för gällande lagstiftning. Möjligheterna att skapa musik har utvecklats och idag kan det vara en lika stor konst att utforma och skapa ett sound runt musiken som att exempelvis komponera en melodi. Utrymmet för instrumentering, effekter o dyl var tidigare tämligen begränsat, för att idag ha växt till att utgöra en stor del av musikens gestalt. Upphovsrätten måste följa med i denna utveckling och utgöra ett relevant skydd. Hur detta skydd bör se ut är däremot inte helt enkelt att säga. Dock bör bland annat ribban för verkshöjd såsom mått på originalitet höjas eller, kanske hellre, skyddsomfånget för verk med låg verkshöjd avsevärt snävas in. Vidare bör skyddet kunna avse även mindre, kreativt utformade, enheter av verk, så att skyddet inte endast avser verk i form av helheter (som är skyddade som de låter just som helheter). Härvid avser jag inte endast melodier, utan även exempelvis speciella taktutformningar, jämför avsnitt 4.1 och 4.2. Ett annat problem som belyser nödvändigheten av att se över vad i musikverket som är skyddsfortjänt konstaterades i samband med diskussionen om möjligt skydd för sound 4.1.1. Ofta är artist och upphovsman inte är samma person. Det skydd som medföljer verket tillkommer till största delen just uphovsmannen (särskilt om denne även är producent med tanke på producentskyddet). Artistens möjligheter till rättigheter kan då komma på skam. I vissa fall är artisten endast en marionett i händerna på producenten, men i många andra fall sätter artisten sin prägel på verket utan att denne kan sägas vara upphovsman till verket (åtminstone inte enligt den definition som finns idag). Frågan är dock hur denna medverkan kan skyddas. Endast i undantagsfall torde sådan kunna vara skyddsfortjänt i sig.

En intressant passage i Regattaavgörandet, som jag kort vill kommentera, är HDs uttalande om att det finns ”få variationsmöjligheter inom populärmusiken”. Det är inte helt självklart vad domstolen menar eller om några slutsatser kan dras utifrån uttalandet. Frågan är om inte HD stirrat sig

---

<sup>183</sup> I exempelvis P3s program Popnonstop (Musikpolisen) fokuseras just på att leta plagiat.

<sup>184</sup> Frågan kan möjligen ställas om prövning i HD verkligen är en användbar form för att lösa dylika tvister.

blind på förlegade åsikter om populärmusik. Alla genrer har sina begränsningar och variationsramar och populärmusik kan inte sägas ha ett så mycket snävare variationsutrymme än exempelvis klassisk musik.<sup>185</sup> Variationsramen är snarare annorlunda, exempelvis avseende instrumentering (där den klassiska musiken möjligen har ett snävare variationsutrymme) och melodi (där istället populärmusiken möjligen har mindre variationsmöjligheter). Vidare, även om man väljer att låta utgångspunkten vara att variationsutrymmet är mer begränsat, så har jag svårt att se varför allt för enkla skapelser (i Regattaavgörandet en fiolslinga bestående av en pentatonisk skala med avslutning) skall komma i åtnjutande av ett så starkt skydd som i Regattaavgörandet. Begränsade variationsmöjligheter i kombination med ett så vidsträckt skydd som den första fiolslingan fick, tycks vara en märklig konstellation. Blir inte variationsmöjligheterna för andra upphovsmän ytterligare avsevärt minskade då? Det kan inte ses som något positivt att medge allt för enkla skapelser (annat än möjligen ett mycket snävt) skydd. Det varken gynnar musikalisk kreativitet eller produktivitet. Snarare verkar det hämmande samt skapar oro bland upphovsmän. Ett sådant synsätt skapar en grogrund för en monopoliserad upphovsrättslig miljö avseende musikytringar, särskilt i de fall en komposition blivit en storsäljande hit.

En annan fråga det finns anledning att ställa, med tanke på domstolens uttalande i fråga om variationsmöjligheter inom populärmusiken, är om det verkligen är relevant att tala om genrer i ett upphovsrättsligt perspektiv. För det första, för det fall att utgångspunkten är att verkshöjdsgränsen är låg i fråga om populärmusik – hur avgränsas begreppet populärmusik juridiskt?<sup>186</sup> För det andra, bör inte resonemanget även mer noggrant följas upp i intrångsbedömningen? Även för det senare stycket är ju variationsmöjligheterna begränsade. Bör verkligen en enkel pentatonisk skala med avslutning, spelad på fiol, i fortsättningen vara ”blockerad” för kompositörer? Vidare kan frågan ställas om skyddet endast gäller inom ifrågavarande genrer eller om det kan bli fråga om plagiat exempelvis ifall en symfoni har den aktuella melodislingan som tema (förutsatt att denna i sig är tillräckligt lik)? Min avsikt är inte att besvara dessa, närmast retoriska, frågor, utan att peka på problematiken med domstolens uttalande. Jag har svårt att se varför populärmusikverk bör vara särbehandlade i fråga om originalitet och skyddsomfång.

För att åstadkomma det typ av skydd som förespråkas i denna uppsats krävs att musikverkets skyddsomfång definieras mer exakt, än vad som kan ske vid en ren intrycksbaserad bedömning. Emellertid tycks inte heller en ren musikteoretisk analys vara verkningsfull. Möjligen får man helt frångå båda dessa förhållningssätt för att finna nya vägar att bestämma skyddsomfånget för nutidens musikverk. Fram tills dess får en avvägd blandning av dessa två prövningsformer utgöra grund för bedömningen.

---

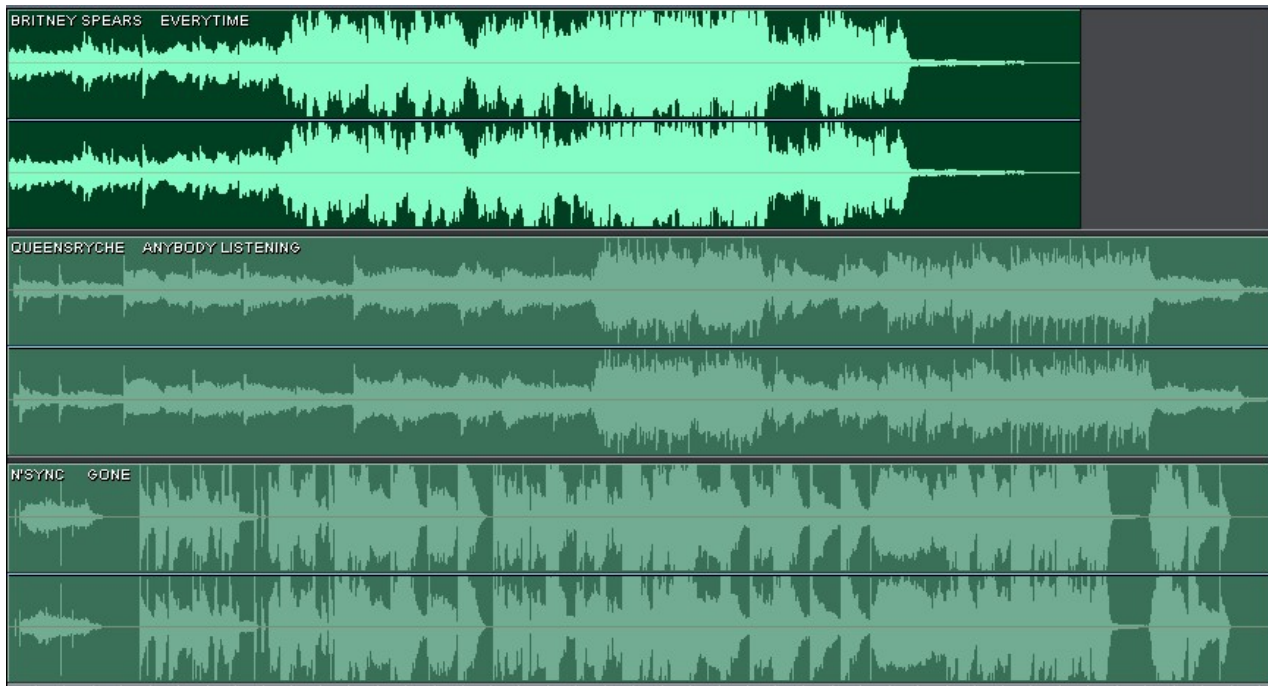
<sup>185</sup> Musik med anknytning till den klassiska traditionen, se not 5.

<sup>186</sup> Härvid är de avgränsningar som används i denna uppsats inte relevanta, då de innefattar för många stilar för att vara funktionella.

# Bilaga 1

## *Exempel på dynamikväxlingar*

Tre exempel på hur dynamiska växlingar kan utgöra en stor del av arbetet med att bygga upp en komposition; tre olika musikstycken och tre olika dynamiska utformningar.



# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

SOU 1956:25 Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk

## Litteratur

Andersson, Sten och Wallner, Bo Musikens material och form 1, Radio-konservatoriet, Sveriges Radios förlag 1968 (cit: Andersson/Wallner 1968)

Brilioth, Erik-Gustaf Identitetsproblem i musikalisk upphovsrätt, NIR 1970 s 37 ff (cit: Brilioth 1970)

Calissendorff, Kerstin Verkshöjdsbegreppets tillämpning under senare tid i Sverige och från Gustaf Frödings brev till ”man känner sig som en ödla”, NIR 2001 s 538 (cit: Calissendorff 2001)

Christiansson, Johan och Gustavsson, Stefan Omarbetningar och sampling, Juristförlaget, 1995 (cit: Christiansson 1995 resp Gustavsson 1995)

Kallstenius, Edvin Skälighet i fråga om musikbearbetares rättsskydd, NIR 1950 s 24 ff (cit: Kallstenius 1950)

Karnell, Gunnar Moral Rights and Modern Times – The Gradual Obsolescence of Section 51 of the Swedish Copyright Act. Artikel i *Mélanges*, se Nabhan 2004 (cit: Karnell 2004)

Karnell, Gunnar och Muldin, Kenth (red) Ton och rätt: jubileumsskrift till STIM, Iustus bokförlag 1998 (cit: Karnell/Muldin 1998)

Karnell, Gunnar Europeisk originalitet – en upphovsrättslig chimär, NIR 1998 s 157 (cit: Karnell 1998)

Karnell, Gunnar (red) Digitalisering och upphovsrätt, Juristförlaget JF AB 1993

Karnell, Gunnar Om rättsligt skydd för melodier, NIR 1957 s 159 ff (cit: Karnell 1957)

- Koktvedgaard, Mogens      Ideel ret og musik. Artikel i Ton och rätt, se Karnell/Muldin 1998 (cit: Koktvedgaard 1998)
- Koktvedgaard, Mogens      Immaterialretspositioner, Juristforbundets Forlag 1965 (cit: Koktvedgaard 1965)
- Koktvedgaard, Mogens och Levin, Marianne      Lärobok i immaterialrätt, Norstedts Juridik AB 2002, upplaga 7:2 (cit: Koktvedgaard/Levin 2002)
- Krogh, Hanne (red)      Festskrift till Mogens Koktvedgaard, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2003 (cit: Krogh 2003)
- Lenemark, Richard      Högsta domstolen tar sig ton rörande musikplagiat, Kommentar till NJA 2002 s 178 (Drängarna), NIR 2002 s 589 ff (cit: Lenemark 2002)
- Nabhan, Victor      Mélanges, Les Éditions Yvon Blais 2004 (cit: Nabhan 2004)
- Nordell, Per Jonas      Den ideella rättens tvingande natur och ööverlåtbarhet. Artikel i Festskrift till Mogens Koktvedgaard, se Krogh 2003 (cit: Nordell 2003)
- Nordell, Per Jonas      Musikens skyddsförutsättningar. Artikel i Ton och rätt, se Karnell/Muldin 1998 (cit: Nordell 1998)
- Nordell, Per Jonas      Det upphovsrättsliga skapandets villkor i tider av digital teknik. Artikel i Digitalisering och upphovsrätt, se Karnell 1993 (cit: Nordell 1993)
- Nordell, Per Jonas      Delar och helhet – om skyddsomfång vid upphovsrättsligt skapande, särskilt med hänsyn till skapande med datorteknik, NIR 1991 s 369 ff (cit: Nordell 1991)
- Olsson, Henry      Copyright. Norstedts Juridik AB 1998, upplaga 6:1 (cit: Olsson 1998)
- Olsson, Henry      Upphovsrättslagstiftningen – en kommentar, Nordstedts Juridik 1996 (cit: Olsson 1996)
- Peczenik, Alexander      Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära, Fritze 1995 (cit: Peczenik 1995)

Pehrson, Lars	Musiken och konkurrensen. Artikel i Ton och rätt, se Karnell/Muldin 1998 (cit: Pehrson 1998)
Rosenmeier, Morten	Værkslæren i ophavsretten, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2001 (cit: Rosenmeier 2001)
Rosenmeier, Morten	Ophavsretlig beskyttelse af musikverker, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1996 (cit: Rosenmeier 1996)
Schierbeck, Peter	Verkshöjd inom musiken, Juristförlaget 1989 (cit: Schierbeck 1989)
Schovsbo, Jens	Imaterialretlig status, NIR 2004 s 309 (cit: Schovsbo 2004)
Tengnér, Måns	Att använda andras musik, text och bild, Kgl Musikhögskolan 1997 (cit: Tengnér 1997)
Weincke, Willy	Bemærkninger om ophavsretten til musikværker, NIR 1975 s 409 (cit: Weincke 1975)

### **Internetmaterial**

<http://www.rfod.se/tidning/article.asp?Nr=148&old=1> (senast kontrollerad 20050130)

Henrik Norbeck – Man får inte stjäla fyra takter!, Folkmusik & Dans nr 5 2002

<http://fst.fakta.se/sitepilot/show.asp?Id=4885&site=fst> (senast kontrollerad 20050522)

Thomas Riesler – Upphovsrättsintrång i det tysta, Tonsättaren nr 3 2002

### **Övriga källor**

Anmälan till Musikaliska Akademien av den 4 januari 2004, dnr 04007

Musikaliska akademiens skrivelse av den 5 februari 2004, dnr 04016

# Rättsfallsförteckning

NJA 1971 s 216 (Den svenska fattigdomens betydelse)

NJA 1974 s 94 (Gunilla Rudling)

NJA 1975 s 679 (Sveriges flagga)

NJA 1979 s 352 (Max Walter)

NJA 1986 s 702 (Radioaffären)

NJA 1994 s 74 (Smultron)

NJA 1995 s 164 (Stickad tunika)

NJA 1998 s 563 (Ritning)

NJA 2000 s 580 (Nintendo)

NJA 2002 s 178 (Regattaavgörandet)

NJA 2004 s 149 (Ritning)