



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Clara Baumann

# Intrång eller kreativt skapande?

Om balansering av upphovsrätt och andra grundläggande rättigheter i ljuset av sampling

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Aurelija Lukoseviciene

Termin för examen: Period 1 HT 2019

# Innehållsförteckning

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>3</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>5</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>6</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>7</b>
1.1 Bakgrund	7
1.2 Övergripande syfte och frågeställning	9
1.3 Avgränsningar	10
1.4 Perspektiv och metod	11
1.5 Forskningsläge	13
1.6 Material	14
1.7 Terminologi	15
1.8 Disposition	16
<b>2 UPPHOVSRÄTT TILL MUSIKALISKA VERK</b>	<b>18</b>
2.1 Vad är ett verk?	18
2.1.1 Svensk rätt	18
2.1.2 EU-rätt	19
2.2 Det upphovsrättsliga skyddet	21
2.2.1 Svensk rätt	22
2.2.1.1 Den ekonomiska rätten	22
2.2.1.2 Den ideella rätten	22
2.2.2 EU-rätt	23
2.3 Närstående rättigheter	24
2.3.1 Svensk rätt	24
2.3.2 EU-rätt	26
2.3.3 Svensk rätt i förhållande till EU-rätt	27
2.4 Intrågsbedömningen	28
2.4.1 Bearbetningar	30
2.4.2 Självständigt verk	31
2.4.3 Sampling som intrång?	33
2.5 Undantag och inskränkningar	34

2.5.1	Svensk rätt	34
2.5.1.1	Citaträtten	35
2.5.1.2	Andra inskränkningar	35
2.5.2	EU-rätt	36
<b>2.6</b>	<b>Sammanfattning</b>	<b>37</b>
<b>3</b>	<b>CENTRALA AVGÖRANDE</b>	<b>39</b>
<b>3.1</b>	<b>Pelham and others</b>	<b>39</b>
3.1.1	Omständigheter	39
3.1.2	EU-domstolens bedömning	40
3.1.2.1	Är sampling intrång i fonogramproducenters ensamrätt?	40
3.1.2.2	Utgör ett musikavsnitt från ett fonogram ett exemplar av det fonogrammet enligt uthyrnings- och utlåningsdirektivet?	41
3.1.2.3	Får medlemsstaterna anta en undantagsbestämmelse som begränsar skyddet för fonogramproducentens ensamrätt?	42
3.1.2.4	Är citaträtten tillämplig vid sampling?	43
3.1.3	Kommentarer	44
<b>3.2</b>	<b>Spiegel Online</b>	<b>45</b>
3.2.1	Omständigheter	45
3.2.2	EU-domstolens bedömning	45
3.2.3	Kommentarer	47
<b>3.3</b>	<b>Funke Medien</b>	<b>48</b>
3.3.1	Omständigheter	48
3.3.2	EU-domstolens bedömning	49
<b>3.4</b>	<b>Sammanfattning</b>	<b>50</b>
<b>4</b>	<b>BALANSERING AV GRUNDLÄGGANDE RÄTTIGHETER</b>	<b>52</b>
<b>4.1</b>	<b>Svensk rätt</b>	<b>52</b>
<b>4.2</b>	<b>EU-rätt</b>	Fel! Bokmärket är inte definierat.
<b>4.3</b>	<b>Förhållandet upphovsrätt och andra grundläggande rättigheter</b>	<b>54</b>
<b>4.4</b>	<b>Rättighetsbalanseringen</b>	<b>56</b>
<b>4.5</b>	<b>Sammanfattning</b>	<b>60</b>
<b>5</b>	<b>EFTERDYNINGARNA AV <i>PELHAM AND OTHERS</i></b>	<b>62</b>
<b>5.1</b>	<b>Tillämpning av <i>Pelham and others</i></b>	<b>62</b>
<b>5.2</b>	<b>Självständigt verk jämfört med <i>Pelham and others</i></b>	<b>64</b>
<b>5.3</b>	<b>Finns en ny syn på citaträtten?</b>	<b>68</b>
<b>5.4</b>	<b>Sample som igenkännbart ljudavsnitt</b>	<b>68</b>
<b>5.5</b>	<b>Rättighetsbalanseringen</b>	<b>71</b>

<b>6 AVSLUTANDE ANALYS OCH SLUTSATSER</b>	<b>73</b>
<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>76</b>
<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>83</b>

# Summary

Through the digitalization, new ways of creating music have been introduced. Sampling is one technique where parts of a musical work is used, taped or copied in order to be applied into new contexts. This method give rise to several interesting questions concerning under what circumstances such use demands a permission from the copyright owner. This specific issue is far more complex than one could anticipate and fuels sub-questions regarding distinguishing different definitions within copyright and regarding what is protected or not in a musical work. However, the main focus regulating sampling, is really regarding the balancing of fundamental rights. On one hand there is copyright, and on the other hand there is freedom of speech and freedom of information.

To analyze the field of sampling, a background of copyright under Swedish law and EU-law is given. Yet, the understanding of the rules of the is not enough to draw conclusions on how sampling is regulated. Therefore, the statements of the EU court are essential for future decisions in cases of sampling. This year, the EU court has given some clarity in these issues through the cases C-476/17 (*Pelham and others*), C-469/17 (*Funke Medien*) and C-516/17 (*Spiegel Online*).<sup>1</sup> *Pelham and others* discusses sampling, and together with *Funke Medien* and *Spiegel Online*, the cases form the basis for the analysis in this essay. In *Pelham and others*, the court answers the questions of whether sampling constitutes infringement of copyright, to what extent member states may restrict the protection of phonogram producers' exclusive rights, and the balance of interests between copyright and other fundamental rights. The court held that sampling is permissible if the part of the musical work is unrecognizable in the new work. Furthermore, the court ruled that the quotation right applies to musical works, and sampling, if the

---

<sup>1</sup> C-476/17, *Pelham and others*, 29 July 2019, Domstolen (Grand Chamber); C-516/17, *Spiegel Online*, 29 July 2019, Domstolen (Grand Chamber); C-469/17, *Funke Medien*, 29 July 2019, Domstolen (Grand Chamber).

quotation in the new work aims to enter into a dialogue with the original work. In my opinion, these statements may indicate that the EU-court is open for a slightly more user-friendly approach within sampling.

However, as regards to the balancing of fundamental rights, the EU-court has stated that freedom of information and freedom of the press, as protected by the EU Charter, cannot justify exceptions to the author's exclusive rights to reproduce and make available to the public, in the member states that go beyond the exceptions provided for in the exhaustive list in the infocodirective<sup>2</sup>.

*Pelham and others*, among other cases, may lead to Sweden having to adjust the exception in 4 § 2 p. in the Copyright Act to meet the criteria of unrecognizable works. However, we still have a long way to go until the legal area for sampling is cleared, and it is now up to the court to continue to develop differencing criteria that may facilitate the assessment of whether a part of a musical work is recognizable or not.

---

<sup>2</sup> Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

# Sammanfattning

Genom digitaliseringen har nya skapandeformer introducerats. Sampling är en teknik som innebär att på musikområdet använda, spela in eller kopiera delar av verk för att använda dessa inslag i nya sammanhang. Denna skapandeform väcker intressanta frågeställningar om under vilka omständigheter ett sådant vidareutnyttjande kräver tillstånd från rättighetsägaren. Frågan är mer komplex än vad som kan uppfattas vid första anblick och mynnar ut i underfrågor om särskiljande av olika definitioner inom upphovsrätten och vad som egentligen skyddas i ett verk. I slutändan blir frågan om hur sampling ska regleras egentligen en fråga om rättighetsbalanseringen av upphovsrätt å ena sidan och yttrandefrihet och informationsfrihet å andra sidan.

För att analysera de problemställningar som uppkommer på samplingens område ges en bakgrund till den svenska och EU-rättsliga upphovsrätten. Att endast se till lagreglerna är dock inte tillräckligt för en slutsats om hur sampling regleras i praktiken och EU-domstolens uttalanden blir avgörande för hur framtida mål om sampling ska dömas. EU-domstolen har under 2019 skapat viss klarhet i dessa frågor genom målen C-476/17 (*Pelham and others*), C-469/17 (*Funke Medien*) och C-516/17 (*Spiegel Online*).<sup>3</sup> *Pelham and others* handlar om sampling och tillsammans med *Funke Medien* och *Spiegel Online* utgör målen grunden för analysen i denna uppsats. Domstolen besvarar frågorna om huruvida sampling utgör intrång, om citaträtten kan tillämpas på sampling, i vilken utsträckning medlemsstater får begränsa skyddet för fonogramproducenters ensamrätt samt om intresseavvägningen mellan upphovsrätt och andra grundläggande rättigheter i *Pelham and others*. Domstolen slog fast att sampling är tillåtet om det hämtade ljudavsnittet inte är igenkännbart i det nya verket. Vidare slog domstolen fast att citaträtten är

---

<sup>3</sup> C-476/17, *Pelham and others.*, 29 juli 2019, Domstolen (stora avdelningen); C-516/17, *Spiegel Online*, 29 juli 2019, Domstolen (stora avdelningen); C-469/17, *Funke Medien*, 29 juli 2019, Domstolen (stora avdelningen).

tillämplig på musikaliska verk och sampling om citatet i det nya verket syftar till att ingå i en dialog med originalverket. Dessa uttalanden kan enligt min åsikt tyda på att EU-domstolen argumenterar i linje med en något mer användarvänlig inställning.

Vad gäller rättighetsbalanseringen har EU-domstolen emellertid uttalat att informationsfrihet och pressfrihet, såsom de skyddas i EU-stadgan, inte kan rättfärdiga undantag från upphovsmannens ensamrättigheter till mångfaldigande och tillgängliggörande till allmänheten som går utöver de undantag som uttömmande föreskrivs i infosoc-direktivet.<sup>4</sup>

*Pelham and others* tillsammans med övriga mål kan leda till att Sverige måste anpassa undantaget i 4 § 2 st. upphovsrättslagen till att uppfylla kriterierna om icke-igenkännbart ljudavsnitt. Det är dock en lång kvar innan detta område är fullt klarlagt, och det är nu upp till EU-domstolen att fortsätta utveckla kriterier som kan underlätta för bedömningen avseende ljudavsnitts igenkännbarhet.

---

<sup>4</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.



# Förord

Inledningsvis vill jag rikta ett stort tack till min handledare Aurelija Lukoseviciene för strålande vägledning och intressanta diskussioner inom ett spännande ämne. Jag vill också tacka familj och vänner för hjälp med korrekturläsning, stöd och roliga stunder.

*Stockholm, 9 januari 2020*

*Clara Baumann*

# Förkortningar

Art.	Artikel
Dir.	Direktiv
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EU-stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02)
Europakonventionen	Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
HD	Högsta domstolen
Infosoc-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationsområdet
Jfr.	Jämför
Kap.	Kapitel
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
SOU	Statens Offentliga Utredningar
STIM	Svenska tonsättares internationella musikbyrå
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

I en teknisk värld där digitala exemplar av upphovsrättsliga verk blivit allt mer tillgängliga via internet har nya skapandeformer introducerats och de initiala upphovsrättsägarna blivit alltmer sårbara. Det uppstår även ytterligare skyddsintressen för de som önskar yttra sig genom nyskapad konst med hjälp av delar från andras verk.

Inom musiken är sampling en metod som består i att användare hämtar ett avsnitt från ett fonogram och använder detta avsnitt för att skapa ett nytt musikaliskt verk, vanligtvis med hjälp av elektronisk utrustning.<sup>5</sup> I samband med skapandet av det nya verket kan användaren ändra det ljudavsnitt som hämtats från fonogrammet.<sup>6</sup> Sampling innebär alltså att på musikområdet använda, spela in eller kopiera delar av verk för att använda inslag av dessa i nya sammanhang. Metoden väcker frågan under vilka omständigheter ett sådant vidareutnyttjande av upphovsrättsskyddade verk kräver tillstånd från rättighetsägaren.<sup>7</sup> Fonogram är den generella benämningen för ljudupptagningar och används för både utgivna och icke utgivna upptagningar. Det kan vara allt från CD-skivor, separata ljudupptagningar av filmmusik till privata ljudupptagningar. En fonogramframställare är den producent eller det bolag som tillerkänns producenträttigheter enligt 46 § i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (*URL*).<sup>8</sup>

På samplingsområdet blir det här en fråga om en noggrann avvägning som tillgodoser upphovsrättsägarens och de närstående rättighetsägarnas intressen

---

<sup>5</sup> C-476/17, *Pelham and others*, 29 juli 2019, Domstolen (stora avdelningen), p. 35; Court of Justice of the European Union, Press Release No, 98/19, *Judgment in Case C-476/17*, Luxemburg, 29 July 2019.

<sup>6</sup> Jfr. C-476/17, *Pelham and others*, p. 36.

<sup>7</sup> Stannow, Henrik, *Musikjuridik – handbok i upphovsrätt och musik*, Stockholm (2014), s. 145.

<sup>8</sup> *Ibid.* s. 108.

men som inte heller gör det lönsamt för upphovsrättsägare att driva konstanta processer mot andra konstnärer. Denna uppsats ska utreda det rättsliga området för EU och Sverige men på grund av musikens digitala karaktär blir problematiken naturligt global. Nu senast har till exempel artisten Sam Skully anklagat hip hop-artisten Drake för att ha samplat ett av hans ”beat” utan licens i låtarna *Nice for What* och *In My Feelings*.<sup>9</sup> Ett annat fall som prövas igen är om låten *Stairway to Heaven* har kopierat låten *Taurus*. 123 artister har emellertid gått samman och argumenterat för att en ändring av den tidigare domen skulle kunna leda till ödesdigra konsekvenser för låtskrivare. Antagandet att enkla och vanliga likheter mellan två låtar kan anses vara grund för ett intrång skulle kunna förvirra artister, kväva kreativiteten och resultera i överdrivna och onödiga rättstvister när artister och jurister försöker tjäna pengar på oklarheter i lagen.<sup>10</sup>

I och med nya skapandeformer blir det också svårare att skilja mellan olika begrepp inom upphovsrätten. Bearbetningar av annan än den ursprunglige upphovsmannen kräver tillstånd för att få användas. Om någon istället i fri anslutning till ett verk åstadkommit ett nytt och självständigt verk får denne en rätt till sitt verk som är helt oberoende av inspirationskällans upphovsman.<sup>11</sup> Vid sampling uppstår bland annat frågan om huruvida det samplade innehållet i det nya verket består av den minsta mängd skyddsvärda egenskaper som krävs för att det ska framstå som ett exemplar av det samplade verket. Det finns även ett intresse av att skydda upphovsrätten till de nya verk som skapats.

I och med den ökade tillgängligheten och således förenklandet i användandet av sampling och liknande metoder skapas en motsättning mellan olika intressen. En intressekonflikt uppstår mellan upphovsrätten till det ursprungliga verket och andra grundläggande rättigheter som tillfaller den

---

<sup>9</sup> Boshier, Hayleigh, *Drake sued for copyright infringement of a beat*, The IPKat, 9 september 2019.

<sup>10</sup> Jfr. Ben, *THE COPYCAT – in the wake of ”Blurred Lines” – more blurred lines*, 12 augusti 2019, The 1709 Blog.

<sup>11</sup> Carlén-Wendels, Thomas, *Medierätt 3 – upphovsrätt*, Lund (2011), s. 18 f.

nya användaren, såsom yttrandefrihet, informationsfrihet och frihet för konsten. Ett starkt skydd för upphovsrätten är grundläggande för EU och Sverige för att ge incitament till skapande.<sup>12</sup> Upphovsrätten får emellertid inte heller i för stor utsträckning användas för att motivera en inskränkning av andras grundläggande rättigheter.

EU-domstolen har uttalat sig i många av dessa frågor i målen C-476/17 (*Pelham and others*), C-469/17 (*Funke Medien*) och C-516/17 (*Spiegel Online*) varför det faller sig naturligt att uppsatsen till stor del utgår från dessa rättsfall. I *Pelham and others*, vilket specifikt berör sampling, utreder domstolen vad som utgör intrång i och exemplar av tidigare fonogram, om citaträtten kan tillämpas på sampling, i vilken utsträckning medlemsstater får begränsa skyddet för fonogramproducenters ensamrätt samt om hur intresseavvägningen ser ut mellan grundläggande rättigheter.

Hur ovan nämnda rättigheter balanseras återspeglas i den EU-rättsliga och svenska lagstiftningen samt rättspraxis. Regleringen av sampling blir alltså en återspeglning av hur rättigheter har balanserats och i slutändan skulle det kunna diskuteras hur användarvänlig lagstiftningen är.

## 1.2 Övergripande syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att utreda det upphovsrättsliga området för sampling utifrån den EU-rättsliga och svenska upphovsrättsliga regleringen samt rättspraxis. Huvudfrågan när det kommer till hur sampling regleras handlar i huvudsak om hur rättigheter balanseras mot varandra. Det huvudsakliga syftet blir således att utreda förhållandet mellan å ena sidan upphovsrätt och närstående rättigheter och å andra sidan grundläggande rättigheter och friheter såsom yttrandefrihet, informationsfrihet och frihet för

---

<sup>12</sup> Jfr. Skäl 9–10 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (*infosoc-direktivet*).

konsten. Dessa frågor kommer utredas utifrån det EU-rättsliga målet *Pelham and others* och dess inverkan på området.

För att uppfylla syftet med uppsatsen kommer följande frågeställningar att besvaras:

- 1) Hur ser det upphovsrättsliga området ut för sampling i EU och Sverige?
  - a. Hur långt sträcker sig skyddet för upphovsrättsägare?
  - b. Hur vidsträckta undantag och inskränkningar från ensamrätten får medlemsstater föreskriva?
  - c. Är det svenska undantaget för självständiga verk för brett mot bakgrund av EU-rätten?
  - d. Kan användandet av ett musikaliskt verk utgöra citat?
  - e. Vad blir konsekvenserna av målet *Pelham and others* på det svenska och EU-rättsliga upphovsrättsliga området?
- 2) Hur optimeras intressebalanseringen av upphovsrätt och andra grundläggande rättigheter för sampling i EU och Sverige?

### 1.3 Avgränsningar

Uppsatsen kommer analysera rättighetsbalanseringen i EU och Sverige med utgångspunkt i *sampling*, väl medveten om att det även finns andra intressanta skapandeformer som väcker liknande frågeställningar, såsom skapande med hjälp av artificiell intelligens. Det är utifrån sampling som lagstiftningen kommer beskrivas och utredas. Lagstiftning som inte är intressant för detta område kommer således inte beröras och uppsatsen kan inte ses som en heltäckande beskrivning av den upphovsrättsliga regleringen för musikaliska verk. EU-rätten har en central del men diskuterats endast i den utsträckning det är relevant för sampling och till viss del i mindre utsträckning då den i många delar inte skiljer sig från svensk rätt.

Uppsatsen kommer vidare behandla motsättningar mellan yttrandefrihet, informationsfrihet, frihet för konsten och upphovsrätt men kommer inte djupgående behandla grundläggande rättigheter i sig utan endast i förhållande till musik och sampling. Således kommer inte heller rättspraxis behandlas mer ingående än de mest relevanta fallen för sampling och rättighetsbalanseringen.

## 1.4 Perspektiv och metod

För att utreda ovanstående frågeställningar kommer en rättsdogmatisk metod användas för att med ledning av de vedertagna rättskällorna tolka och fastställa gällande rätt för sampling och upphovsrätt.<sup>13</sup> I detta syfte ses till lagtext, förarbeten och rättspraxis. Doktrin används eftersom att den utan någon formell auktoritet kan tillföra en tyngd inom rättskällevärdet genom sin inre giltighet.<sup>14</sup>

En rättsanalytisk metod används för att analysera rättens olika dimensioner.<sup>15</sup> Medan en *de lege lata* argumentation gör anspråk på att beskriva rättsläget, avser en *de lege ferenda* argumentation att närmast föreslå lösningar på problem som ännu så länge framstår som olösta.<sup>16</sup> I denna uppsats kommer såväl en *de lege lata*- som en *de lege ferenda* argumentation tillämpas. Rättsanalysen används för att, utöver att fastställa gällande rätt, även analysera den. För att föra en sådan analys används även material som inte skapar gällande rätt.<sup>17</sup> Rättsanalysen blir relevant då ett område som sampling kan kräva flera källor utöver de rent juridiska, såsom diverse artiklar i immaterialrättsliga forum, för att skapa en förståelse för ämnet.

Slutligen har uppsatsen framarbetats med hjälp av en EU-rättslig metod då det centrala målet som uppsatsen utgår från är på EU-rättslig nivå och då den

---

<sup>13</sup> Se Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, Stockholm (2015), s. 49.

<sup>14</sup> Korling, Fredric & Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, Lund (2013), s. 35.

<sup>15</sup> Jfr. *Ibid.* s. 24 f.

<sup>16</sup> *Ibid.* s. 36.

<sup>17</sup> Jfr. Sandgren (2015), s. 45 f.

EU-rättsliga lagstiftningen är ytterst central på upphovsrättens område. Löpande genom uppsatsen kommer svensk rätt ställas intill EU-rätt för att jämföra och klargöra det upphovsrättsliga området för sampling. EU-rättslig metod kännetecknas av att unionens rättskällor tillämpas då EU-rätten står över medlemsstaternas nationella rätt. EU-domstolens utgångspunkt är att vid tolkningen av en unionsrättslig bestämmelse inte bara beakta dess lydelse, utan också dess sammanhang och de syften som eftersträvas med den.<sup>18</sup> Den teologiska tolkningen, eller den ändamålsorienterade lagtolkningsmetoden, är den tolkning som EU-domstolen är mest känd för. Metoden syftar till att främja det syfte som eftersträvas med en viss bestämmelse, motverka orimliga konsekvenser som kan bli följden av en bokstavstrogen tolkning samt att fylla ut luckor som annars skulle finnas i unionsrätten.<sup>19</sup>

För att förstå varför EU-rätt upptar så mycket utrymme i uppsatsen är det viktigt att läsaren får en initial förståelse för vilken inverkan EU-domstolens rättspraxis samt den EU-rättsliga lagstiftningen har på den svenska rättsordningen. EU-rätten har i vissa fall direkt effekt vilket innebär att den har företräde framför medlemsstaternas nationella regler.<sup>20</sup> Till primärrätten hör fördragen samt bilagor som det hänvisas till i fördragen och protokoll.<sup>21</sup> Till sekundärrätten hör förordningar, direktiv och beslut.<sup>22</sup> Direktiv är inte direkt tillämpliga, men det finns en skyldighet att införliva direktiv vilket bland annat framgår av artikel 288 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) samt principen om lojalt samarbete.<sup>23</sup>

De mest centrala principerna på området om EU-rättens företräde kan sägas vara *principen om lojalt samarbete*<sup>24</sup> och *principen om tilldelade*

---

<sup>18</sup> Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod – teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Visby (2011) s. 159.

<sup>19</sup> Hettne & Eriksson (2011) s. 168.

<sup>20</sup> Korling & Zamboni (2013), s. 111.

<sup>21</sup> Hettne & Eriksson (2011) s. 41.

<sup>22</sup> Ibid. s. 43.

<sup>23</sup> Hettne & Eriksson (2011) s. 178 f.

<sup>24</sup> Se artikel 4.3 Fördraget om Europeiska unionen (*FEU*) där det även slås fast att medlemsstaterna har en positiv förpliktelse att vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att de skyldigheter som följer av fördragen eller sekundärrätter fullföljs, samt en negativ förpliktelse att avstå från varje åtgärd som kan äventyra fullgörandet av unionens mål.



*befogenheter*<sup>25,26</sup> Nationell domstol har skyldighet att göra en direktivkonform tolkning och att tolka den nationella rätten med bakgrund av EU-rätten.<sup>27</sup> Principen om direktivkonform tolkning innebär att de nationella domstolarna ska göra allt som ligger inom deras behörighet för att säkerställa att det aktuella direktivet ges full verkan och för att uppnå ett resultat som är förenligt med direktivets syfte. Medlemsstaterna är därför skyldiga att analysera hela den nationella rättsordningen i ljuset av direktivet och inte enbart de regler som antagits för att genomföra det.<sup>28</sup> Ett direktiv är bindande för en medlemsstat inom EU på så sätt att medlemsstaterna är skyldiga att anpassa sin rättsordning efter direktivet. Detta innebär att en medlemsstat inte är skyldig att införa en direktivbestämmelse om syftet med bestämmelsen uppnås på annat sätt i den nationella lagstiftningen.<sup>29</sup> Mot bakgrund av detta är Sverige skyldigt att rätta sig efter EU-domstolens rättspraxis.

Då uppsatsen till stor del utgår från EU-rättsliga avgöranden och direktiv och då den svenska upphovsrätten bygger på den EU-rättsliga, tillämpas ett EU-rättsligt perspektiv. Digitaliseringen som skett de senaste åren har naturligt också medfört en rättsutveckling. Denna utveckling drivs framförallt av rättspraxis i specifika fall med tekniska utmaningar inom upphovsrätten. Uppsatsen har således ett visst rättsutvecklingsperspektiv.

## 1.5 Forskningsläge

Den litteratur som finns inom upphovsrätt behandlar till stor del grundläggande immaterialrätt medan den litteratur som på ett djupgående och mer avancerat sätt behandlar upphovsrätt i Sverige är betydligt mer begränsad. När det kommer till sampling och upphovsrätt är forskningsläget i form av tillgänglig litteratur bristfälligt och ännu mer så i Sverige.

---

<sup>25</sup> Se artikel 5.2 FEU där det framgår att unionen endast ska handla inom ramen för de befogenheter som medlemsstaterna tilldelats i fördragen, för att nå de mål som fastställs där.

<sup>26</sup> Korling & Zamboni (2013), s. 112 f.

<sup>27</sup> Hettne och Eriksson (2011) s. 188 f.

<sup>28</sup> Korling & Zamboni (2013), s. 124.

<sup>29</sup> Prop. 2004/05:110, s. 82 f; Prop. 1994/95:19, s. 479.

Det finns en mängd juridiska uppsatser som behandlar upphovsrätt i förhållande till grundläggande friheter och framförallt yttrandefrihet. Ebba Bosma har skrivit den enda juridiska uppsats som behandlar sampling och upphovsrätt mer specifikt, *Den moderna musikens upphovsrättsliga skydd – om digitaliseringens påverkan och gränsen mellan inspiration och plagiat i förhållande till musikaliska verk*. Hennes syfte med uppsatsen angränsar till den aktuella uppsatsen med fokus på gränsen mellan inspiration och plagiat. Hon diskuterar även generaladvokatens förslag till avgörande i *Pelham and others*. Uppsatsen är emellertid skriven innan målet avgjordes i EU-domstolen vilket har haft stor inverkan på upphovsrättens område i förhållande till sampling, och tar inte i anspråk de effekter målet har i den utsträckning som domstolens avgörande skiljer sig från generaladvokatens. Sedan *Pelham and others* avgjordes har ännu inga avhandlingar som behandlar målets potentiella konsekvenser publicerats, varför denna uppsats ämnar utreda detta samt att, till skillnad från tidigare uppsatser, mer ingående analysera ämnet utifrån rättighetsbalanseringen.

Vad gäller artiklar så finns en del rättsvetenskapliga artiklar som analyserar både den digitala utvecklingen av musik och sampling, *Pelham and others* och rättighetsbalanseringen specifikt. Det saknas emellertid en utförlig utredning av sampling, grundläggande rättigheter och konsekvenser av EU-domstolens uttalanden på detta område. Målet med denna uppsats är att genom en utförlig utredning av sampling klargöra för de grundläggande rättigheter som föreligger samt att klargöra för konsekvenserna som EU-domstolens avgörande har bidragit till på upphovsrättens område.

## **1.6 Material**

Med anledning av att sampling och grundläggande rättigheter framförallt har diskuterats på EU-nivå är det också främst EU-rättens källor som tillämpas.

För att grundläggande redogöra för det upphovsrättsliga och EU-rättsliga området har lagtext, rättspraxis och förarbeten till upphovsrättslagen samt framförallt direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället använts. I samma syfte används bland annat Marianne Levins bok *Lärobok i immaterialrätt*, Henry Olssons bok *Copyright*, Pia Valentin Rehncronas bok *Immaterialrättens grunder* samt Thomas Carlén-Wendels och Daniel Tornbergs bok *Medierätt 3*.

Uppsatsen utgår även till stor del från det EU-rättsliga målet *Pelham and others* som avgjordes den 29 juli 2019 som behandlar de centrala frågorna i uppsatsen gällande sampling. Ytterligare EU-rättsliga mål används vidare för att redogöra för området.

För att diskutera målet och det digitaliserade upphovsrättsliga området har även rättsvetenskapliga artiklar använts. Dessa är bland annat publicerade i *European Intellectual Property Review*, *Intellectual Property Journal*, *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd* samt *International Review of Intellectual Property and Competition Law*.

Ytterligare en viktig källa för att analysera och få en överblick av aktuella diskussioner inom området har varit inlägg på immaterialrättsliga bloggar. Blogginläggen är framförallt publicerade på *The IPKat* och *Kluwer Copyright Blog*.

## **1.7 Terminologi**

För att analysera området kommer en terminologi användas som för vissa är obekant. Bland annat kommer ordet *sampling* (*sampla*, *sampel*) användas i fråga om det ljudavsnitt som lånas från fonogram och används i ett nytt verk. Även begreppet *on demand* används för att beskriva när användare får tillgång till material online på egen begäran. I övrigt hänvisas till begreppen i förkortningslistan ovan.

För upphovsrättsägare används terminologin *upphovsman* mot bakgrund av att det är det begreppet som oftast används i litteratur, förarbeten och rättspraxis. Begreppet upphovsperson är annars omdiskuterat för att tydliggöra att det är ett könsneutralt pronomen.<sup>30</sup>

Upphovsrättsägare syftar i uppsatsen till att vara ett samlingsbegrepp för ägare av en upphovsrätt, oavsett hur denna har förvärvats.

## 1.8 Disposition

I uppsatsen kommer först en redogörelse för den upphovsrättsliga lagstiftningen i EU och Sverige föras för att få en grundläggande förståelse för hur lagstiftningen möjligen kan tillämpas på sampling. Syftet med att dela upp redogörelsen för den upphovsrättsliga lagstiftningen i svensk rätt och EU-rätt är att ge en tydlig översikt rörande de mest relevanta bestämmelserna och vilka specifika EU-bestämmelser som ligger till grund för den svenska. Det syftar vidare till att jämföra t.ex. vilka undantag som finns på det svenska området men som saknas inom EU-rätten. Den EU-rättsliga upphovsrättsregleringen diskuteras även för att få en grundläggande förståelse för bakgrunden till *Pelham and others*. Därefter redogörs för de inskränkningar som finns i upphovsrätten, både på det svenska området och på det EU-rättsliga området.

Varje avsnitt följs av en kort sammanfattning i syfte att kort kommentera avsnittet samt att underlätta läsningen. En analys görs löpande i uppsatsen, och den egna diskussionen rörande områdets utveckling och rättighetsbalanseringen tar större utrymme i de senare avsnitten.

Uppsatsen går sedan vidare till att diskutera EU-domstolens tre centrala avgöranden från juli i år, 2019. *Pelham and others* ges mest utrymme eftersom detta rättsfall är det som specifikt behandlar sampling och

---

<sup>30</sup> Se om detta i SOU 2011:32 s. 130 f.

grundläggande rättigheter. *Spiegel Online* och *Funke Medien* behandlas också framförallt rörande diskussionen om rättighetsbalanseringen.

Vidare följer en mer ingående diskussion kring balanseringen av grundläggande rättigheter och förhållandet till upphovsrätt. Överskådligt redogörs för grundläggande rättigheter med fokus på relevanta bestämmelser och hur förhållandet mellan de olika rättigheterna ser ut. Återigen diskuteras *Pelham and others*, *Funke Medien* och *Spiegel Online* och även *Järnrörsmålet* för att åskådliggöra rättighetsbalanseringens utformning.

Sedan diskuteras potentiella effekter av *Pelham and others* och en egen djupare analys av upphovsrättens område och sampling görs. Tillämpningsområdet för domstolens uttalanden i *Pelham and others* analyseras, det görs jämförelse av det svenska undantaget om självständiga verk och *Pelham and others* samt en analys av hur det juridiska området för sampling kan komma att se ut efter målet.

Slutligen följer en avslutande, sammanfattande analys av området samt en redogörelse för mina slutsatser.

## 2 Upphovsrätt till musikaliska verk

*Detta avsnitt diskuterar de rättsfrågor som är mest relevanta för sampling. Först och främst måste redogöras för vad som kan anses vara ett verk och vad i ett verk som skyddas i syfte att utreda vad som krävs för att det nya verket ska erhålla upphovsrätt samt om det ljudavsnitt som använd i sig har upphovsrätt. Vidare klargörs vad skyddet omfattar och vilka som erhåller skydd för att sedan kunna diskutera intrångsbedömningen i förhållande till sampling och ifall sampling utgör intrång.*

### 2.1 Vad är ett verk?

En grundläggande fråga för att kunna diskutera sampling är vad som utgör ett verk och vad i ett musikaliskt verk som skyddas. Detta blir centralt bland annat när det är fråga om det råmaterial som används för sampling. Vidare blir en viktig fråga vad som krävs för att ett nytt alster ska uppnå kraven för att utgöra ett verk.

#### 2.1.1 Svensk rätt

Konstnärliga verk såsom musikaliska har upphovsrätt enligt 1 § 3 p. URL. För att det ska vara fråga om ett verk i upphovsrättslig mening krävs att alstret kan komma till uttryck på ett precist och objektivt sätt.<sup>31</sup> Vidare krävs att det är resultatet av en persons egna och individuella skapande, att det är självständigt och originellt samt att det i någon mån utför ett uttryck för upphovsmannens individualitet.<sup>32</sup> Det har talats om ett krav på *verkshöjd*

---

<sup>31</sup> Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 1 §*, Lexino 2018-12-30, 2.2.1.

<sup>32</sup> SOU 1956:25, s. 35; Lundgren, Jonatan, *Upphovsrätt och Internet*, Sundbyberg (2006), s. 12.

vilket innebär att det ska föreligga ett visst mått av individuell särprägel.<sup>33</sup> Det krävs slutligen inte någon registrering eller annat förfarande för att det upphovsrättsliga skyddet ska uppstå.<sup>34</sup> Även delar av verk åtnjuter upphovsrättsligt skydd förutsatt att de i sig bidrar till originaliteten hos verket i sin helhet och att de innehåller vissa av de element som ger uttryck för upphovsmannens egen intellektuella skapelse.<sup>35</sup>

Dubbelskapandekriteriet är en hjälpregel som ibland används för bedömningen av verkshöjd. Vid bedömningen av om verkshöjd föreligger beaktas enligt kriteriet risken för att någon annan oberoende av verket skulle kunna framställa ett överensstämmande eller snarlikt verk. Det är endast om det bedöms som osannolikt att det skulle kunna ske som verkshöjd kan föreligga.<sup>36</sup> Alstret ska alltså vara så pass individuellt att det inte finns någon risk, eller en mycket liten risk, för att två oberoende personer skulle kunna göra likadana alster.<sup>37</sup> Domstolen har dock i NJA 2004 s. 149 slagit fast att dubbelskapandekriteriet inte kan ge svar på frågan om verkshöjd föreligger men att det kan vara till hjälp vid bestämmandet av ett verks skyddsomfång.<sup>38</sup>

## 2.1.2 EU-rätt

Enligt EU-rätten ska ett alster uppfylla två kumulativa villkor för att klassificeras som ett verk. För det första måste alstret vara originellt, alltså utgöra upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Det ska avspegla upphovsmannens personlighet för att en intellektuell skapelse ska anses vara upphovsmannens egen. Det är fallet om upphovsmannen i samband med skapandet av sitt verk har kunnat uttrycka sin kreativa kapacitet genom att

---

<sup>33</sup> Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 1 §*: en kommentar, Karnov, 2 p.

<sup>34</sup> Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 1 §*, Lexino 2018-12-30, 2.2.1.

<sup>35</sup> C-5/08, *Infopaq*, p. 38–39.

<sup>36</sup> Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 1 §*, Lexino 2018-12-30, 2.2.2.

<sup>37</sup> Carlén-Wendels (2011), s. 22.

<sup>38</sup> Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 1 §*, Lexino 2018-12-30, 2.2.2.

göra fria och kreativa val.<sup>39</sup> För det andra är det endast element som ger uttryck för ett sådant intellektuellt skapande som kan kvalificeras verk i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (*infosoc-direktivets*) mening.<sup>40</sup>

I C-5/08 (*Infopaq*) anförde EU-domstolen att, såvitt avser verksbegreppet, så baseras infosoc-direktivet på samma principer som i de direktiv i vilka det anges att en produkt ska skyddas om det är originellt i den meningen att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Domstolen slog därmed fast att samma principer ska gälla vid bedömningen av alla slags verk som när det gäller datorprogram, databaser och fotografier.<sup>41</sup> Precis som att korta litterära verk som består av endast få ord kan uppfylla kraven för originalitet i *Infopaq*, kan verk som består av endast några få, enkla, designelement även uppfylla kraven.<sup>42</sup>

C-145/10 (*Painer*) avsåg bland annat tolkning av artikel 5.3 d, 5.3 e och 5.5 i infosoc-direktivet. Målet avsåg en frilansfotograf och fem tidningsförlag angående omständigheten att tidningsförlagen använt fotografier av Natascha K. Dessa var fotografier som frilansfotografen tagit i samband med hennes verksamhet att fotografera barn på förskolor och fritidshem.<sup>43</sup> 1998 kidnappades Natascha K varpå hon efterlystes av säkerhetsmyndigheterna och de omtvistade fotografierna användes.<sup>44</sup> I målet anförde domstolen att en intellektuell skapelse ska anses vara upphovsmannens egen om den avspeglar hans eller hennes personlighet, vilket är fallet när han eller hon i samband

---

<sup>39</sup> C-469/17, *Funke Medien*, p. 19.

<sup>40</sup> C-310/17, *Levola Hengelo*, 13 november 2018, Domstolen (stora avdelningen), p. 37.

<sup>41</sup> Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 1 §*, Lexino 2018-12-30, 2.2.2.

<sup>42</sup> Woolgar, Alex, *Anne Black copyright dispute – originality: how low can you go?*, The IPKat, 10 september 2019; Se bl.a. C-5/08, *Infopaq*, p. 45.

<sup>43</sup> C-145/10, *Painer*, p. 2, p. 27.

<sup>44</sup> *Ibid.* p. 2, p. 30.



med skapandet kunnat uttrycka sin kreativa kapacitet genom fria och kreativa val.<sup>45</sup>

Infosoc-direktivets syfte är bland annat att främja den inre marknadens funktion och att garantera en hög skyddsnivå för upphovsrätten.<sup>46</sup> Det framgår också av EU-domstolens praxis att verksbegreppet ska tolkas på samma sätt inom hela det harmoniserade området i gemenskapen.<sup>47</sup> Fråga uppkommer då huruvida den svenska verkshöjdläran har spelat ut sin roll.<sup>48</sup> Det har till och med uttalats att verkshöjdläran inte bara är övergiven utan även förbjuden mot bakgrund av att det inte får ställas andra krav än ”*originellt i den meningen att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse...*” och det skyddsbara verket är något som upphovsmannen själv har skapat.<sup>49</sup>

## 2.2 Det upphovsrättsliga skyddet

Det upphovsrättsliga skyddet måste diskuteras för att förstå vad som skyddas i ett verk och hur skyddet kan tillämpas vid sampling. När det kommer till det upphovsrättsliga skyddet är utgångspunkten att det principiellt sett saknar betydelse vilken teknik konstverket framställts genom när det gäller att bestämma vilket skydd som föreligger.<sup>50</sup> Samma krav och principer gäller alltså för alla verk, oavsett konstform. Därmed kan prejudikat gällande exempelvis fotografiska verk även tillämpas i fråga om musikaliska verk.<sup>51</sup>

---

<sup>45</sup> Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 1 §*, Lexino 2018-12-30, 2.2.2.

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, Stockholm (2017), s. 86.

<sup>49</sup> Ibid. s. 87.

<sup>50</sup> NJA 2017 s. 75, p. 4.

<sup>51</sup> Jfr. Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 1 §*, Lexino 2018-12-30, 2.2.2.

## 2.2.1 Svensk rätt

### 2.2.1.1 Den ekonomiska rätten

Den ekonomiska rätten enligt 2 § URL består av rätten att framställa exemplar av verket och att göra verket tillgängligt för allmänheten. Exemplar framställs när ett verk mångfaldigas, alltså kopieras. Rätten att framställa exemplar innebär i praktiken ett förbud för andra att kopiera verket.<sup>52</sup>

Verket kan göras tillgängligt för allmänheten genom att det överförs till allmänheten, genom att verket framförs offentligt, genom att exemplar av verket visas offentligt eller genom att exemplar av verket bjuds ut till försäljning, uthyrning eller utlåning eller annars sprids till allmänheten. Rättigheterna innebär att ingen annan än upphovsmannen får använda verket på dessa sätt utan upphovsmannens samtycke.<sup>53</sup> För att ett verk ska anses offentliggjort krävs att det lovligen gjorts tillgängligt för allmänheten enligt 8 § 1 st. URL. Det är alltså tillräckligt att verket överförs till allmänheten, framförts eller visats offentligt, eller att exemplar av verket spridits till allmänheten. Ett verk offentliggörs om det tillgängliggörs för allmänheten med stöd av en avtalslicens, om det inte sedan tidigare tillgängliggjorts för allmänheten. Ett offentliggörande av ett verk får, utöver att verket når allmänheten, stora följder för hur andra, fritt eller mot ersättning, därefter kan utnyttja verket. Verket kan nämligen då användas med stöd av avtalslicenser.

<sup>54</sup>

### 2.2.1.2 Den ideella rätten

Den ideella rätten enligt 3 § URL innebär att upphovsmannen för det första alltid ska erkännas som upphovsman när exemplar av hans eller hennes verk görs tillgängligt för allmänheten. För det andra behöver upphovsmannen inte tåla att verket utnyttjas på ett sätt som kränker dess anseende. Upphovsmannen har således rätt att sätta sig emot att verket ändras så att

---

<sup>52</sup> Carlén-Wendels (2011) s. 38 f.

<sup>53</sup> Prop. 2012/13:141, s. 23.

<sup>54</sup> Ibid. s. 41 f.

upphovsmannens litterära eller konstnärliga anseende eller egenart kränks eller att verket görs tillgängligt för allmänheten i en sådan form eller i ett sådant sammanhang att hans eller hennes litterära eller konstnärliga anseende eller egenart kränks.<sup>55</sup> Denna rätt kan enligt 3 § 3 st. URL inte överlåtas vilket innebär att avtal om detta blir ogiltiga. Upphovsrättsägaren bestämmer alltså hur ett verk får användas och till vilket pris.<sup>56</sup>

## 2.2.2 EU-rätt

Ett av de mest centrala direktiven på upphovsrättens område i EU är infosoc-direktivet. Bestämmelserna i direktivet har medfört vissa begränsningar i den digitala tillgängligheten till verk vilket kan uppfattas som negativt.<sup>57</sup>

Enligt artikel 2 c i infosoc-direktivet ska medlemsstaterna föreskriva en ensamrätt att tillåta eller förbjuda direkt eller indirekt, tillfällig eller permanent, mångfaldigande, oavsett metod och form, helt eller delvis för fonogramframställare av deras fonogram. I artikel 5.2 och 5.3 i samma direktiv finns uttömmande listor över de undantag som medlemsstaterna får föreskriva från den rätt till mångfaldigande som avses i artikel 2 samt från de rättigheter som avses i artiklarna 2 och 3.

I *Painer* har det slagits fast att upphovsrätt måste ges en bred tolkning och att inget i infosoc-direktivet eller något annat tillämpligt direktiv på området stödjer synen att omfattningen av ett sådant skydd skulle bero på potentiella skillnader i graden av kreativ frihet i produktionen av olika kategorier av verk.<sup>58</sup> EU-domstolen har även konstaterat att ett utdrag om elva sammanhängande ord från ett litterärt verk kan utgöra ett delvist mångfaldigande av verket om utdraget innehåller element av verket som i sig ger uttryck för originalupphovsmannens egna intellektuella skapelse.<sup>59</sup> Det

---

<sup>55</sup> 3 § URL; Carlén-Wendels (2011), s. 46; Prop. 2012/13:141, s. 23.

<sup>56</sup> Fagerström, Göran, *Copyright och tryckfrihet för författare och bokutgivare*, Stockholm (2016), s. 9.

<sup>57</sup> Valentin Rehnroona, Pia, *Immaterialrättens grunder*, Lund (2017), s. 121.

<sup>58</sup> C-145/10, *Painer*, p. 97; Jfr. Woolgar, Alex, *Anne Black copyright dispute – originality: how low can you go?*, The IPKat, 10 september 2019.

<sup>59</sup> C-403/08 och 429/08, *Premier League*, p. 156-157.

kan utgöra ett delvist mångfaldigande om utdraget innehåller ett element av verket som i sig gav uttryck för upphovsmannens egen intellektuella skapelse.<sup>60</sup>

## 2.3 Närstående rättigheter

Vissa personer som spelar in eller framför musik, eller ett skivbolag som spelar in musik, har inte upphovsrätt till verket. Istället har de en närstående rättighet vilket historiskt sett har varit ett svagare skydd än det upphovsrättsliga skyddet. Skyddet skiljer sig från upphovsrätt eftersom att det där finns olika regler för möjligheten att förhindra bruk, skyddstiden och rättigheten i sig.<sup>61</sup> Till dessa hör bland annat de utövande konstnärernas rättigheter till sina framföranden, de rättigheter som framställare av upptagningar av ljud eller av rörliga bilder har till sina upptagningar samt radio- och TV-företagens rättigheter att förfoga över sina utsändningar. Den ensamrätt som dessa rättighetshavare har motsvarar i stor utsträckning det egentliga upphovsrättsskyddet.<sup>62</sup> Närstående rättigheter blir relevant att diskutera i förhållande till sampling framförallt då producenter ofta äger närstående rättigheter till musikaliska verk som kan komma att användas vid sampling.

### 2.3.1 Svensk rätt

I 46 § URL finns skydd för framställare av ljud- eller bildupptagningar, det så kallade producentskyddet.<sup>63</sup> Utövande konstnärers framföranden, såsom artister och musiker, skyddas enligt 45–45 d §§ URL. Produktionsbolags framställningar av ljud eller bild skyddas enligt 46–48 a §§URL.<sup>64</sup> Producentskyddet innebär att den som framställt verket har ensamrätt till det som spelats in vad gäller tillgängliggörande för allmänheten och

---

<sup>60</sup> Wennersten, Ulrika, *Nytt och självständigt verk eller bearbetning. Några kommentarer i anledning av NJA 2017 s. 75 (Svenska syndabockar)*, NIR, 21 februari 2017.

<sup>61</sup> Lundgren, Jonatan, *Upphovsrätt och Internet*, Sundbyberg (2006), s. 14.

<sup>62</sup> Prop. 2012/13:141, s. 24.

<sup>63</sup> Valentin Rehncrona, Pia, *Immaterialrättens grunder*, Lund (2017), s. 119.

<sup>64</sup> Hellstadius, Åsa, *Immaterialrätt och marknadsrätt – ur praktiskt perspektiv*, Visby (2016), s. 30.

exemplarframställning. Det skyddar emellertid inte mot bearbetningar eller exemplarframställning för privat bruk vilket framgår av 46 § 2 st. URL som hänvisar till 12 § URL.<sup>65</sup>

Ensamrätten för närstående rättigheter motsvarar i princip det som gäller för upphovsrätt. Bestämmelserna bygger delvis på Europaparlamentet och rådets direktiv 2006/115/EG om skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter (*uthyrnings- och utlåningsdirektivet*) samt infosoc-direktivet.<sup>66</sup> Producenter av upptagningar av ljud har alltså en ensamrätt till sina upptagningar som i allt väsentligt motsvarar den som gäller för upphovsmän. Den omfattar för det första en ensamrätt att framställa exemplar av upptagningen. Exemplarframställningsrätten följer den definition som ges i infosoc-direktivet. Producenterna ges även skydd mot att upptagningen görs tillgänglig för allmänheten. I 46 § URL hänvisas till 2 § 3–4 st. vilket innebär att rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten fullt ut motsvarar vad som gäller för upphovsmännen.<sup>67</sup> Till skillnad från vad som gäller utövande konstnärer så har framställare dock ingen ideell rätt till sin prestation. Kravet på att källan ska anges när en upptagning används med stöd av en inskränkning gäller dock enligt 11 § 2 st. URL. I övrigt är de allra flesta av de allmänna inskränkingsbestämmelserna tillämpliga också i förhållande till den rätt som tillkommer de utövande konstnärerna. Detsamma gäller angående avtalslicens.<sup>68</sup>

I 47 § URL begränsas ensamrätten för producenter av ljudupptagningar genom en tvångslicensbestämmelse som innebär att vissa förfoganden över ljudupptagningar får ske utan tillstånd, men mot ersättning. I dessa delar har alltså producenten i praktiken endast en ersättningsrätt.<sup>69</sup> Om en utövande konstnär utnyttjar sin rätt att häva ett avtal avseende en upptagning upphör

---

<sup>65</sup> Lundgren (2006) s. 17.

<sup>66</sup> Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 46 §*: en kommentar, Karnov, p. 170.

<sup>67</sup> Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 46 §*, Lexino 2018-12-31, p. 2.3.

<sup>68</sup> *Ibid.* p. 2.6.

<sup>69</sup> *Ibid.* p. 2.3.

rätten till ljudupptagningen att gälla. Att rätten upphör har samma verkan som att skyddstiden löpt ut.<sup>70</sup>

### 2.3.2 EU-rätt

Infosoc-direktivet har medfört stora förändringar i synen på vad som omfattas av upphovsrätten och de närstående rättigheterna närmar sig mer och mer vad som gäller skyddet för verk.<sup>71</sup> Det uttalas redan i skäl 9 i infosoc-direktivet att utgångspunkten för en harmonisering av upphovsrätt och närstående rättigheter måste vara en hög skyddsnivå, eftersom dessa rättigheter har en avgörande betydelse för det intellektuella skapandet.

Enligt artikel 2 b i infosoc-direktivet ges utövande konstnärer samma ensamrätt till exemplarframställning av upptagningar av deras framföranden som upphovsmän ges till sina verk. De utövande konstnärerna har endast en ensamrätt till sådan överföring till allmänheten som sker på ett sådant sätt att enskilda kan fått tillgång till dem från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer, det vill säga på begäran (*on demand*), enligt artikel 3.2. Utövande konstnärers rätt till överföring till allmänheten är alltså enligt infosoc-direktivet betydligt mer begränsad än vad som gäller för den egentliga upphovsrätten.<sup>72</sup> Även ljud- och bildproducenter ges samma ensamrätt till exemplarframställning av upptagningarna som upphovsmän ges till sina verk enligt artikel 2 c och d. Enligt artikel 3.2 b och c har producenterna ensamrätt till sådan överföring till allmänheten som sker *on demand*. Även producenters rätt till överföring till allmänheten är alltså mer begränsad än vad som gäller för den egentliga upphovsrätten.<sup>73</sup>

I uthyrnings- och utlåningsdirektivet ges fonogramframställare, dvs. producenter av ljudupptagningar, en ensamrätt att medge eller förbjuda

---

<sup>70</sup> Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 46 §*: en kommentar, Karnov, p. 171; Prop. 2012/13:141, s. 93.

<sup>71</sup> Valentin Rehnecrona (2017) s. 121.

<sup>72</sup> Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 45 §*, Lexino 2018-12-31, 2.4.

<sup>73</sup> Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 46 §*, Lexino 2018-12-31, 2.4.

uthyrning och utlåning av sina respektive upptagningar. I artikel 8.2 i uthyrnings- och utlåningsdirektivet föreskrivs en ersättningsrätt för fonogramframställare när deras upptagningar som utgivits i kommersiellt syfte används vid trådlösa utsändningar eller annars för återgivning för allmänheten. I artikel 9.1 b samt c föreskrivs en spridningsrätt för producenter av ljud och bild bestående i en ensamrätt att genom försäljning eller på annat sätt göra exemplar av upptagningar av framförandet tillgängliga för allmänheten.<sup>74</sup> I artikel 3.1 b ges utövande konstnärer en ensamrätt att medge eller förbjuda uthyrning och utlåning. Enligt artikel 5 har utövande konstnärer en rätt till en oeftergivlig ersättning i de fall utövarna överlåtit sin uthyrningsrätt till en upptagning till en skiv- eller filmproducent.<sup>75</sup>

### 2.3.3 Svensk rätt i förhållande till EU-rätt

Det EU-rättsliga skyddet för producenter avviker i vissa avseenden från det skydd den egentliga upphovsrätten erbjuder. Den svenska rätten ger dock en ensamrätt som i princip fullt ut motsvarar vad som gäller för den egentliga upphovsrätten vad gäller samtliga former av tillgängliggöranden för allmänheten, inklusive överföringar.<sup>76</sup> För sådana överföringar till allmänheten som inte sker *on demand* gäller enligt EU-rätten endast en ersättningsrätt. Den svenska rätten ger dock, vad gäller samtliga former av tillgängliggöranden för allmänheten, inklusive överföringar, en ensamrätt som i princip fullt ut motsvarar vad som gäller för den egentliga upphovsrätten. Ensamrätten till offentliga framföranden och överföringar är emellertid föremål för tvångslicens vilket i praktiken ger samma resultat.<sup>77</sup>

Artikel 8 i uthyrnings- och utlåningsdirektivet är en minimiregel och medlemsstaterna får föreskriva ett mer långtgående skydd för utövande konstnärer än vad som framgår där. Det finns alltså inte något hinder mot att

---

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk* 45 §, Lexino, 2.4.

<sup>76</sup> Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk* 46 §, Lexino, 2.4.

<sup>77</sup> Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk* 45 §, Lexino, 2.4.

i svensk rätt föreskriva vare sig en ensamrätt för utövande konstnärer i dessa delar eller en ersättningsrätt som går längre än den som direktivet kräver. Lagstiftaren har också utgått från att begreppet överföring till allmänheten ska ha samma innebörd när det gäller de rättigheter som anges i 45 § URL som när det gäller den egentliga upphovsrätten. Ersättningsrätten i 47 § URL är direkt kopplad till dessa olika typer av förfoganden. Dessa förhållanden talar för att EU-domstolens praxis kring artikel 8.2 i uthyrnings- och utlåningsdirektivet inte får någon betydelse i den utsträckning svensk rätt erbjuder ett starkare skydd än direktivet.<sup>78</sup>

När det gäller den begränsade överföringsrätten för utövande konstnärer enligt artikel 3.2 i infosoc-direktivet torde som utgångspunkt gälla att medlemsstaterna inte får föreskriva mer långtgående rättigheter. Högsta domstolen ställde i C-279/13 (*C More Entertainment*) frågan om medlemsstaterna får föreskriva en mer omfattande ensamrätt för innehavare av närstående rättigheter genom att låta överföring till allmänheten omfatta fler förfoganden än de som anges i artikel 3.2 i infosoc-direktivet.<sup>79</sup> EU-domstolen konstaterade att det inte finns något hinder mot att i svensk rätt föreskriva en ensamrätt för överföring till allmänheten för producenter som går längre än den som infosoc-direktivet kräver. Det konstaterades emellertid även att överföringsrätten för närstående rättighetshavare knappast kan göras vidare än vad som gäller för upphovsrätten.<sup>80</sup>

## 2.4 Intrångsbedömningen

Det är vanligt att nya verk skapas med utgångspunkt i redan existerande verk och med inspiration från en aktuell musikstil eller ett populärt ”sound”. Det kan då diskuteras om vad som påstås vara ett nytt verk egentligen helt eller delvis är en efterbildning eller bearbetning av ett eller flera redan existerande

---

<sup>78</sup>Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk* 45 §, Lexino, 2.4; prop. 2004/05:110 s. 406.

<sup>79</sup>Ibid.

<sup>80</sup>Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk* 46 §, Lexino, 2.4.



verk.<sup>81</sup> För att avgöra gränsen för vad som är tillåtet utgås ifrån det musikaliska verkets skyddsomfång som följer av originaliteten i verket.<sup>82</sup> Bearbetningar och nya självständiga verk som tillkommit med endast inspiration av andra tidigare verk måste särskiljas. Detta avsnitt syftar till att klargöra för denna skillnad och att skapa en förståelse för hur sampling kan falla in under dessa begrepp.

## 2.4.1 Allmänt om intrångsbedömningen

Om det har konstaterats att ett alster faller inom ett tidigare verks skyddsomfång ska det prövas om ett oberoende dubbelskapande har skett. Detta följer av att upphovsrätten inte ställer krav på objektiv nyhet utan är ett skydd mot efterbildning.<sup>83</sup> Den som självständigt skapat ett verk kan alltså göra gällande upphovsrätt till detta oavsett om någon annan har skapat något som är så snarlikt att det objektivt sett föreligger ett intrång.<sup>84</sup>

Ett av de mest centrala målen i Sverige när det rör sig om upphovsrätt till musikaliska verk är NJA 2002 s. 178 (*Drängarna*). *Drängarna* handlade om två riff som båda var på fiol och utgjorde upprepade och avgränsade inslag i de båda låtarna. Riffet var en melodislinga på åtta takter, innehållande 42 noter. Det påtalades att olika tempon och en något skild harmonik gjorde att melodierna har något olika karaktär och att avslutningarna på melodierna var olika. Trots detta ansågs likheterna så påfallande att det vid en helhetsbedömning fick anses vara fråga om samma verk. Högsta domstolen konstaterade slutligen att det vid en så påfallande likhet som den som konstaterats föreligga mellan melodierna måste ställas höga krav på den bevisning som ska styrka att det är fråga om ett oberoende dubbelskapande. Det ansågs i målet inte sannolikt att den andra melodin skapats oberoende av originalmelodin. Den andra melodin utgjorde därför objektivt ett intrång i upphovsrätten till originalmelodin.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> Stannow (2014) s. 70.

<sup>82</sup> Levin (2017) s. 82 f.

<sup>83</sup> Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 1 §*, Lexino, 2.2.2.

<sup>84</sup> *Ibid.*; Levin (2017) s. 81.

<sup>85</sup> NJA 2002 s. 178, *Drängarna*.

Ett annat mål avseende intrång är NJA 1986 s. 702 (*Demonstrationsmusik*) som rörde en butik som sålde TV- och radioapparater. Apparaternas ljudåtergivning demonstrerades för kunderna genom att musik spelades under 30 sekunder till en minut. Förfarandet ansågs utgöra intrång i upphovsmännens rätt att göra verken tillgängliga för allmänheten enligt 2 § URL. Domstolen konstaterade att intrångsbedömningen ska fokusera på om själva verket anses återgivet och inte utgöra en kvantitativ uppskattning av användningen av verket. Användningens syfte ska inte beaktas vid intrångsfrågan. Det som ska beaktas är huruvida ursprungsverket i sig anses återgivet eller inte och om kvantiteten av musik som lånats således överstiger den tillåtna.<sup>86</sup>

## 2.4.2 Bearbetningar

Det är inte ovanligt att verk bearbetas av andra än den ursprunglige upphovsmannen. Ett exempel på en sådan bearbetning kan vara att ett musikstycke sätts om till andra instrument. För att tillåtas göra bearbetningen och utnyttja den krävs dock tillstånd av originalets upphovsman eftersom denna har kvar sin rätt till det andliga innehållet i även den bearbetade versionen.<sup>87</sup>

Enligt 4 § 1 st. URL har även den som bearbetar eller arrangerar ett verk, skyddat eller fritt, upphovsrätt till sin prestation. Denna rätt är lika stark som upphovsmannens. För att något ska anses vara en bearbetning krävs att det är fråga om individuellt skapande men kraven på originalitet är inte särskilt höga. Om ett skyddat verk har bearbetats får det bearbetade verket inte utnyttjas utan tillstånd från originalupphovsmannen. På populärmusikens område händer det att bearbetningar framförs offentligt och spelas in utan formellt tillstånd från rättighetshavarna. Strikt juridiskt krävs alltså egentligen

---

<sup>86</sup> Levin (2017) s. 183.

<sup>87</sup> Carlén-Wendels (2011) s. 18.

i vissa fall tillstånd.<sup>88</sup> Dessa verk kallas även andrahandsverk.<sup>89</sup> 4 § 1 st. URL reglerar alltså situationer då ursprungsverkets *inre form* eller individualitet bibehålls. För att andrahandsverket ska få ett upphovsrättsligt skydd krävs att översättningen, bearbetningen eller överföringen till den andra litteratur- eller konstarten ger uttryck för tillräcklig individuell särprägel. Uppkomsten av rättigheten är dock oberoende av om upphovsmannen till andrahandsverket har skapat detta olovligen.<sup>90</sup>

### 2.4.3 Självtändigt verk

I vissa fall är det svårt att skilja mellan bearbetningar och självständiga verk. Parter är ofta oense om ifall det påstådda intrångsverket verkligen återger ursprungsverkets *inre form*. Den som *i fri anslutning till ett verk åstadkommit ett nytt och självständigt verk* får upphovsrätt till sitt verk som är helt oberoende av inspirationskällans upphovsman enligt 4 § 2 st. URL. Det tas här sikte på gränsfallen mellan å ena sidan sådant som är att betrakta som en bearbetning och å andra sidan sådant skapande som visserligen hämtat inspiration från existerande verk, men ändå har ett sådant avstånd till detta att ursprungsverkets *inre form* inte kan anses ha behållits. Det följer även av 1 och 2 §§ URL att den senaste kategorin inte faller inom originalupphovsmannens ensamrätt.<sup>91</sup> Det karaktäristiska för en bearbetning är enligt motiven att den lämnar originalverkets individualitet oförändrad och endast låter denna framstå i ny gestalt. I bearbetningen behålls alltså de väsentliga dragen i originalverket. För att erhålla ett eget skydd krävs att det nya alstret är så självständigt och originellt att ett nytt verk skapats, med beaktande av bland annat det äldre verket som använts som förebild.<sup>92</sup> Avgörande för gränsdragningen av om det rör sig om en bearbetning eller ett självständigt verk är om det nya verket kan sägas ha kvar originalets idéinnehåll i samma intellektuella utformning som förlagans eller om

---

<sup>88</sup> Stannow (2014) s. 94.

<sup>89</sup> Hellstadius, Åsa, *Immaterialrätt och marknadsrätt – ur praktiskt perspektiv*, Visby (2016), s. 31.

<sup>90</sup> Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 4 §*, Lexino, 2018-12-30, p. 2.1.

<sup>91</sup> *Ibid.* p. 2.2.

<sup>92</sup> NJA 2017 s. 75, *Svenska syndabockar*, p. 11.

innehållet har givits en egen individuell form. Det handlar alltså om hur nära det nya verket är originalet.<sup>93</sup>

När upphovsmannen till det nya verket förfogar över detta utgör det inte något intrång i de ekonomiska och ideella rättigheter som det andra verkets upphovsman har och originalupphovsmannen drabbas därför inte av någon ersättningsgill skada vid ett sådant förfogande.<sup>94</sup> Vid självständiga verk har inte det ursprungliga verkets utformning av innehållet övertagits utan endast tjänat som inspiration för ett nytt självständigt verk. Rätten till det nya verket är alltså helt oberoende av rätten till det ursprungliga verket.<sup>95</sup>

I NJA 2017 s. 75 (*Svenska syndabocker*) var fråga om gränsdragningen mellan just bearbetningar och nya självständiga verk. Ett fotografiskt verk hade där använts som förebild för en oljemålning. Oljemålningen ansågs utgöra ett nytt och självständigt verk trots att den delvis låg på gränsen för vad som skulle kunna sägas vara en bearbetning. Högsta domstolen lade särskild vikt vid att kompositionen av tavlan sammantaget gav målningen en helt annan mening än den som fotografiet hade.<sup>96</sup> Detta medförde att konstnären åstadkommit ett nytt och självständigt konstverk, som gav uttryck för hans individualitet. Konstverket gjorde således inte intrång i upphovsrätten till det fotografiska verket.<sup>97</sup>

Det nya verket ska enligt 4 § 2 st. URL *i det väsentliga* vara självständigt. I *Svenska syndabocker* påpekades även att detta egentligen framgår redan av den allmänna benämningen av begreppet verk och att samma bedömning ska göras av självständigt verk såsom vid tillämpning av 1 §.<sup>98</sup> Om det nya arbetet får sin prägel av utförarens egen individualitet och har verkshöjd, föreligger det en nyskapelse som har ett fristående upphovsrättsligt skydd. Om den

---

<sup>93</sup> Carlén-Wendels (2011) s. 19.

<sup>94</sup> NJA 2017 s. 75, *Svenska syndabocker*, p. 7.

<sup>95</sup> Olsson, Henry, *Copyright – svensk och internationell upphovsrätt*, Stockholm (2015), s. 68 f.

<sup>96</sup> Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 1 §*, Lexino, 2.2.2.

<sup>97</sup> NJA 2017 s. 75, *Svenska syndabocker*, p. 18–19.

<sup>98</sup> *Ibid.* p. 10.

konstnärliga individualitet som bär upp det äldre verket framträder som det dominerande även i det nya arbetet, rör det sig dock endast om en bearbetning.<sup>99</sup> För frågan om det nya verket uppnår egen verkshöjd ska främst hänsyn tas till hur det är ägnat att uppfattas av dem som tar del av det. Med detta menas att en helhetsbedömning ska göras med utgångspunkt i den subjektiva uppfattning som kan antas delas av flera. Betydelse fästs vid om det nya verket kan anses ha en annan mening än det verk som har använts som förebild.<sup>100</sup>

Enligt STIM ska undantaget om självständiga verk tolkas restriktivt och den som vill komponera ett nytt verk med utnyttjande av värdefulla uppslag ur redan existerande verk bör begära originalupphovsmannens tillstånd.<sup>101</sup>

#### **2.4.4 Sampling som intrång?**

Vid sampling är det ostridigt att ljudavsnittet som används direkt hämtats från ett annat verk. Ljudavsnittet har sedan i vissa fall modifierats och i andra fall används i precis samma form som i originalverket. Frågan här blir således om ett sådant mångfaldigande eller en sådan bearbetning är tillåten enligt svensk rätt.

Mot bakgrund av ovanstående synes tillstånd krävas från originalupphovsmannen och ägarna till närstående rättigheterna för att sampla ljudavsnitt och använda i ett nytt verk. Det nya verket torde utgöra en bearbetning av originalverket om den konstnärliga individualiteten i samplet framstår som dominerande även i det nya verket. Tillstånd skulle därmed krävas vid all användning.

Sampling skulle även kunna utgöra ett självständigt verk om det nya verket har en annan mening än originalverket samt om det nya verket fått sin prägel från användarens egen individualitet och har verkshöjd. Med hänsyn till att

---

<sup>99</sup> Ibid. p. 12.

<sup>100</sup> Ibid. p. 14.

<sup>101</sup> Prop. 1960:17, s. 76.

undantaget om självständiga verk ska tolkas restriktivt torde det emellertid vara svårt att nå upp till kriterierna för att utgöra ett självständigt verk. Detta framförallt med hänsyn till att det vid sampling är ostridigt att samplet hämtats från ett annat verk och inte skapats fristående, eller endast med inspiration, från originalverket. Som utgångspunkt borde därmed alla användare som vill sampla ur ett annat verk inhämta tillstånd från originalupphovsmannen. Huruvida sampling utgör intrång, och när, är emellertid inte helt klart och kommer klargöras nedan med hjälp av rättspraxis.

## 2.5 Undantag och inskränkningar

### 2.5.1 Svensk rätt

Det finns vissa motstående intressen som motiverar inskränkningar i upphovsrätten. Informationsfrihet är i många fall ett sådant samhällsintresse som även av praktiska skäl berättigar inskränkningar. Typiska exempel för dessa fall är användning för privat bruk enligt 12 § URL och rätten att citera enligt 22 § URL.<sup>102</sup> Genom inskränkingsbestämmelserna balanseras alltså rättighetshavarnas intressen mot andra berättigade enskilda och samhälleliga intressen. Bestämmelserna ska dock tolkas restriktivt till upphovsmannens fördel.<sup>103</sup>

Till exempel är det tillåtet att under vissa förutsättningar framställa exemplar av offentliggjorda verk för privat bruk, att citera, att framställa och sprida exemplar inom vissa arkiv och bibliotek samt att framställa exemplar för personer med funktionshinder utan tillstånd från upphovsmannen.<sup>104</sup> I fråga om sampling är framförallt citaträtten av intresse, och andra inskränkningar kommer därför inte beröras mer ingående utan endast grundläggande i syfte att skapa en uppfattning om den upphovsrättsliga regleringen av musikaliska

---

<sup>102</sup> Valentin Rehnrona (2017) s. 114 f.

<sup>103</sup> Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 11 §*, *Lexino 2018-12-30*, 3.1.2; prop. 2004/05:110, s. 83 f.

<sup>104</sup> Prop. 2012/13:141, s. 23.

verk som angränsar till sampling. Citaträtten är relevant då fråga kan uppkomma om sampling av ett ljudavsnitt som används i ett nytt verk kan ses som ett citat.

### 2.5.1.1 Citaträtten

Citaträtten innebär att du får citera ur andras verk. Citat måste dock vara i överensstämmelse med god sed och i den omfattning som motiveras av ändamålet enligt 2 kap. 22 § URL. Ett citat får dock inte endast fungera som en förbättring av det egna verket utan måste vara kort och sedan utvecklas eller användas för att understryka någon i den egna texten.<sup>105</sup> Citaträtten innebär vidare att citeringen ska ske i oförändrat skick och att källan ska anges. Utnyttjandet måste även respektera de krav som ställs i fråga om den ideella rätten.<sup>106</sup> Rätten att citera gäller, utöver litterära verk, även musikaliska och sceniska verk liksom filmverk. Det är dock inte tillåtet att citera konstverk.<sup>107</sup>

Citatbestämmelsen ska inte tolkas så att man får framföra avsnitt ur musikverk i syfte att vidarebefordra den underhållning musiken kan ge. Musikaliska sammanställningar av andras verk får inte inspelas och mångfaldigas eller framföras fritt med stöd av citatbestämmelsen.<sup>108</sup>

### 2.5.1.2 Andra inskränkningar

Det finns ytterligare inskränkningar som inte kommer utredas mer ingående i denna uppsats. Enligt 12 § URL får var och en för *privat bruk* framställa ett eller några få exemplar av offentliggjorda verk. Det finns även en rad undantag i *undervisningsändamål*. 14 § URL föreskriver att lärare och elever tillåts göra upptagningar av sina egna framföranden av verk. 18 § URL tillåter framställandet av sammanställningar av verk från flera upphovsmän i samband med undervisning. Enligt 21 § URL finns undantag för offentliga framföranden av verk vid undervisningsändamål.

---

<sup>105</sup> Fagerström (2016) s. 25.

<sup>106</sup> Valentin Rehnörona (2017) s. 116.

<sup>107</sup> Carlén-Wendels (2011) s. 62 f.

<sup>108</sup> Stannow (2014) s. 98.

## 2.5.2 EU-rätt

I infoc-direktivet finns i artikel 5 en uttömmande förteckning över de inskränkningar och undantag som medlemsstaterna får ha i den nationella lagstiftningen. Artikel 5 tillåter bland annat undantag och inskränkningar vid undervisning, citat, nyhetsrapportering och parodier. Den enda tvingande inskränkningen är till förmån för tillfälliga kopior. Att förteckningen är uttömmande innebär att inga andra inskränkingsbestämmelser än vad som anges där är tillåtna i nationell rätt. Övriga bestämmelser i direktivet anger som utgångspunkt de yttre ramarna för vilka undantag och inskränkningar som kan accepteras och det följer av direktivet att harmoniseringsgraden ska vara beroende av undantagens effekter på den inre marknaden.<sup>109</sup>

Enligt artikel 5.3 d i infoc-direktivet får medlemsstaterna föreskriva undantag från eller inskränkningar i upphovsmannens ensamrätt<sup>110</sup> till mångfaldigande och överföring till allmänheten när det är fråga om citat för användning i till exempel kritik och recensioner. Detta förutsätter att de avser ett verk eller annat skyddat alster som redan lagligen gjorts tillgängligt för allmänheten, att källan inbegripet upphovsmannens namn anges om inte detta visar sig vara omöjligt och att användningen sker i enlighet med god sed samt i den utsträckning som krävs med hänsyn till det särskilda ändamålet.<sup>111</sup> EU-domstolen har även uttalat i *Painer* att citering endast är tillåtet från verk som redan lagligen blivit tillgängliggjorda för allmänheten.<sup>112</sup> Vidare har domstolen slagit fast att det inte finns något krav på att det citerade verket i sig är ett verk skyddat av upphovsrätt.<sup>113</sup>

---

<sup>109</sup> Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 11 §*, Lexino, p. 3.1.1.

<sup>110</sup> Artikel 2 och 3 i infoc-direktivet.

<sup>111</sup> C-476/17, *Pelham and others*, p. 67.

<sup>112</sup> C-145/10, *Painer*, p. 127.

<sup>113</sup> *Ibid.* p. 130, p. 137.



## 2.6 Sammanfattning

Enligt EU-domstolens praxis tolkas ett verk som originellt och som upphovsmannens egna intellektuella skapelse om upphovsmannen har uttryckt sin kreativa kapacitet på ett originellt sätt genom att ha gjort fria val och därmed satt sin personliga prägel på verket.<sup>114</sup> Det är alltså detta som krävs för att ett verk skapat via sampling ska få upphovsrätt och vad som avgör om en del av ett verk har upphovsrätt i fråga om råmaterialet som används vid sampling. I målet *Infopaq* har uttalats att samma principer ska gälla vid bedömningen av alla slags verk samt att ett utdrag ur ett verk om elva ord kan utgöra delvist mångfaldigande om det innehåller element av verket som i sig ger uttryck för upphovsmannens egna intellektuella skapelse. Huruvida detta kan appliceras vid sampling kommer diskuteras nedan.

Det upphovsrättsliga skyddet består i en ekonomisk rätt och en ideell rätt. Det ekonomiska består av rätten att framställa exemplar av verket och att göra verket tillgängligt för allmänheten. Den ideella rätten innebär att upphovsmannen alltid ska erkännas som upphovsman samt att upphovsmannen inte behöver tåla att verket utnyttjas på ett sätt som kränker dess anseende. Rätten till mångfaldigande får i medlemsstaterna endast inskränkas i enlighet med infoc-direktivet.

Närstående rättigheter är de rättigheter som tillfaller bland annat producenter och utövande konstnärer som inte har upphovsrätt. I svensk rätt motsvarar ensamrätten för närstående rättigheter i princip det som gäller för upphovsrätt men begränsas bland annat genom att de saknar en ideell rätt till prestationen samt genom tvångslicens som innebär att de med närstående rättigheter endast har en ersättningsrätt. I EU-rätten har de med närstående rättigheter endast en ensamrätt till sådan överföring till allmänheten som sker på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dem *on demand*. De överföringar som inte sker *on demand* synes enligt EU-rätten endast ge en ersättningsrätt. Den svenska

---

<sup>114</sup> Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 1 §*, Lexino, p. 2.2.2.

rätten ger dock en ensamrätt som i princip fullt ut motsvarar vad som gäller för den egentliga upphovsrätten.

Den som bearbetar eller arrangerar ett verk, skyddat eller fritt, får upphovsrätt till sin prestation som är lika stark som upphovsmannens. Bearbetningar är situationer när ursprungsverkets inre form eller individualitet bibehålls och användningen är beroende av tillstånd från originalupphovsmannen. Den som i fri anslutning till ett verk åstadkommit ett nytt och självständigt verk får emellertid upphovsrätt till verket som är oberoende av originalupphovsmannen. Det nya verket ska då i det väsentliga vara självständigt.

Vid sampling är det ostridigt att ljudavsnittet som används direkt hämtats från ett annat verk. Tillstånd synes krävas från originalupphovsmannen för att sampla ljudavsnitt och använda i ett nytt verk. Det nya verket torde utgöra en bearbetning av originalverket om den konstnärliga individualiteten i samplet framstår som dominerande även i det nya verket. Sampling skulle även kunna utgöra ett självständigt verk om det nya verket har en annan mening än originalverket samt om det nya verket fått sin prägel från användarens egen individualitet och har verkshöjd.

Motstående intressen legitimerar vissa inskränkningar i upphovsrätten. Citaträtten är en av inskränkningarna och innebär att du får citera ur andras verk om det är i överensstämmelse med god sed och i den omfattning som motiveras av ändamålet. I infosoc-direktivet finns en uttömmande förteckning över de inskränkningar och undantag som medlemsstaterna får ha i den nationella lagstiftningen.

## 3 Centrala avgöranden

*Nedan följer tre mål som avgjordes i EU-domstolen under 2019 som har en central betydelse för upphovsrättens område i förhållande till grundläggande rättigheter. Pelham and others har även stor inverkan på samplings område i EU.*

### 3.1 Pelham and others

#### 3.1.1 Omständigheter

Målet C-476/17 (*Pelham and others*) rörde en tvist mellan å ena sidan Pelham (*Pelhambolaget*), Moses Pelham och Martin Haas (*Pelham*), och å andra sidan Ralf Hütter och Florian Schneider-Esleben (*Hütter m.fl.*).

År 1977 publicerade gruppen *Kraftwerk*, bestående av bland annat *Hütter m.fl.* ett fonogram med låten *Metall auf Metall*. *Pelham* komponerade sedan låten *Nur Mir* som på fonogram spelades in av *Pelhambolaget* år 1997. *Hütter m.fl.* menade att *Pelham* med hjälp av sampling kopierat ungefär två sekunder av en rytmsekvens ur musikstycket *Metall auf Metall* och fört in detta avsnitt i musikstycket *Nur Mir* i form av två sekunder på varandra följande upprepningar. *Hütter m.fl.* ansåg att *Pelham* åsidosatt den till upphovsrätten *närstående rättighet* som de är innehavare av i deras egenskap som framställare av fonogram, att det skett intrång i den immateriella äganderätt som tillkommer dem i egenskap av *utövande konstnärer* samt i Ralf Hütters *upphovsrätt* till det musikaliska verket.

Den centrala frågan i målet var om sampling, att kopiera ljudavsnitt i ett fonogram, kräver licens från den relevanta fonogramproducenten. Domstolen dömde att icke-auktoriserad, icke-omvandlad sampling kan utgöra intrång i fonogramproducentens rättigheter.

## 3.1.2 EU-domstolens bedömning

### 3.1.2.1 Är sampling intrång i fonogramproducenters ensamrätt?

Den första frågan i målet var huruvida sampling av en del av ett fonogram utan tillstånd innebar ett intrång i fonogramproducentens ensamrätt enligt artikel 2 c i infoc-direktivet. EU-domstolen klargjorde att en användares mångfaldigande av även ett mycket kort ljudavsnitt från ett fonogram i princip måste anses utgöra ett *delvist* mångfaldigande av fonogrammet, i den mening som avses i den bestämmelsen, och att ett sådant mångfaldigande således omfattas av fonogramframställarens ensamrätt.<sup>115</sup>

Domstolen fastställde även att när en användare inom friheten för konsten hämtar ett ljudavsnitt från ett fonogram för att, i en ändrad och icke-igenkännbar form vid lyssning, använda det i ett nytt verk ska en sådan användning inte kunna anses utgöra ett mångfaldigande i den mening som avses i artikel 2 c i infoc-direktivet.<sup>116</sup> Domstolen konstaterade att tekniken att sampla<sup>117</sup> utgör ett konstnärligt uttryck som omfattas av friheten för konsten, en frihet som är skyddad i artikel 13 i Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (*EU-stadgan*).<sup>118</sup> Användaren av ett ljudavsnitt kan i samband med skapandet av ett nytt verk då ändra det ljudavsnitt som hämtats från fonogrammet i sådan omfattning att avsnittet i det nya verket inte är igenkännbart vid lyssning.<sup>119</sup>

Domstolen slog fast att artikel 2 c i infoc-direktivet, mot bakgrund av EU-stadgan, ska tolkas så att en fonogramframställares ensamrätt enligt den bestämmelsen att tillåta eller förbjuda mångfaldigande av framställarens fonogram ger vederbörande rätt att motsätta sig att en utomstående använder ett även mycket kort ljudavsnitt från framställarens fonogram i syfte att låta

---

<sup>115</sup> C-476/17, *Pelham and others*, p. 29.

<sup>116</sup> *Ibid.* p. 31.

<sup>117</sup> Se avsnitt 1.1 för definition.

<sup>118</sup> C-476/17, *Pelham and others*, p. 35.

<sup>119</sup> *Ibid.* p. 36.

ljudavsnittet ingå i ett annat fonogram, såvida ljudavsnittet inte ingår i det andra fonogrammet i en ändrad form som inte är igenkännbar vid lyssning.<sup>120</sup> Domstolen skiljde alltså mellan sampling som inte ändrat ljudavsnittet och som är igenkännbar för lyssnaren och de som inte är igenkännbara. Endast de senare skulle falla utanför skyddet för rätten till mångfaldigande för fonogramproducenter.<sup>121</sup>

### **3.1.2.2 Utgör ett musikavsnitt från ett fonogram ett exemplar av det fonogrammet enligt uthyrnings- och utlåningsdirektivet?**

Enligt 9.1 b i uthyrnings- och utlåningsdirektivet ska medlemsstaterna föreskriva en ensamrätt för fonogramframställare att genom försäljning eller på annat sätt göra sina fonogram tillgängliga för allmänheten, inbegripet exemplar av fonogrammet.<sup>122</sup>

Det framgår av skäl 2 i uthyrnings- och utlåningsdirektivet att direktivets skydd för fonogramframställare särskilt syftar till att bekämpa piratkopiering, det vill säga framställning och spridning till allmänheten av piratkopierade exemplar av fonogram. Spridningen av sådana exemplar utgör ett synnerligen allvarligt hot mot fonogramframställarens intressen eftersom att den kan leda till väsentlig minskning av framställarens inkomster.<sup>123</sup> Begreppet *exemplar* ska, i den mening som avses i artikel 9.1 b, tolkas på ett sätt som överensstämmer med begreppet såsom det är angivet i Genèvekonventionen.<sup>124</sup> Ett fonogram som innehåller musikavsnitt som överförs från ett annat fonogram utgör enligt domstolen inte ett *exemplar*

---

<sup>120</sup> Ibid. p. 39.

<sup>121</sup> Jütte, Bernd Justin, *CJEU permits sampling of phonograms under a de minimis rule and the quotation exception*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2019, Vol. 0, No. 0, s. 1.

<sup>122</sup> C-476/17, *Pelham and others*, p. 41.

<sup>123</sup> Ibid. p. 45.

<sup>124</sup> C-476/17, *Pelham and others*, p. 54; se konventionen rörande skydd för framställare av fonogram mot olovlig kopiering av deras fonogram, Genève 29 oktober 1971 (*Genèvekonventionen*).

enligt den bestämmelsen, av sistnämnda fonogram, såvida det inte återger hela fonogrammet eller en väsentlig del av detta.<sup>125</sup>

### **3.1.2.3 Får medlemsstaterna anta en undantagsbestämmelse som begränsar skyddet för fonogramproducentens ensamrätt?**

Vidare var fråga om en medlemsstat i sin nationella rätt får föreskriva andra undantag från eller inskränkningar av fonogramframställarens rätt enligt artikel 2 c i infoc-direktivet, än de som är föreskrivna i artikel 5 i samma direktiv.<sup>126</sup>

Harmoniseringen i direktivet syftar till att upprätthålla, bland annat i den elektroniska miljön, en skälig avvägning mellan å ena sidan intresset hos innehavare av upphovsrätter och närstående rättigheter att skydda sin rätt till immateriell egendom och å andra sidan skyddet av de intressen och grundläggande friheter som tillkommer användarna av skyddade alster samt allmänintresset.<sup>127</sup>

Domstolen påtalade i målet att den flera gånger har understrukt att förteckningen av undantag och inskränkningar i artikel 5 i direktivet är uttömmande. Artikel 5.5 bidrar även till den skäliga avvägningen mellan upphovsrätt och grundläggande rättigheter. Enligt bestämmelsen krävs det att de undantag från- och inskränkningar av rätten till mångfaldigande, vilka är föreskrivna i artikel 5.1–5.4 i direktivet, endast tillämpas i vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjandet av det skyddade verket eller alster och inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarnas legitima intressen.<sup>128</sup>

Domstolen belyste att det av skäl 32 i infoc-direktivet framgår att medlemsstaterna är skyldiga att tillämpa undantagen och inskränkningarna på ett samstämmt sätt. Kravet på samstämmighet i genomförandet av dessa

---

<sup>125</sup> C-476/17, *Pelham and others*, p. 55.

<sup>126</sup> *Ibid.* p. 57.

<sup>127</sup> *Ibid.* p. 59.

<sup>128</sup> *Ibid.* p. 58, 62.

undantag och inskränkningar skulle inte kunna upprätthållas om det stod medlemsstaterna fritt att föreskriva undantag och inskränkningar utöver dem som är uttryckligen föreskrivna i direktivet. Domstolen har dessutom redan slagit fast att det inte finns någon bestämmelse i infosoc-direktivet som ger medlemsstaterna möjlighet att utvidga räckvidden av sistnämnda undantag och inskränkningar. Domstolen konstaterade således att en medlemsstat i sin nationella rätt inte får föreskriva andra bredare undantag från, eller inskränkningar av, fonogramframställarens rätt enligt artikel 2 c i infosoc-direktivet än de som är föreskrivna i artikel 5 i samma direktiv.<sup>129</sup> Annars hade effektiviteten av en harmonisering av den EU-rättsliga upphovsrätten äventyrats.<sup>130</sup>

#### 3.1.2.4 Är citaträtten tillämplig vid sampling?

Citaträtten i artikel 5.3 i infosoc-direktivet tolkas som att längre och igenkännbara ljudavsnitt bara kan åtnjuta citaträtten om de, *inter alia*, ingår i en dialog med ursprungsverket.<sup>131</sup> Citaträtten kan i princip tillämpas på sampling.<sup>132</sup> Med hänsyn till lydelsen i artikel 5.3 d i infosoc-direktivet, i vilken det hänvisas till *ett verk eller annat alster*, påtalade domstolen att det undantag eller den inskränkning som är föreskriven i den bestämmelsen kan vara tillämplig på användningen av ett skyddat musikaliskt verk under förutsättning att rekvisiten i den bestämmelsen är uppfyllda.<sup>133</sup>

När skaparen av ett nytt musikaliskt verk använder sig av ett sampel från ett fonogram som är igenkännbart vid lyssning av det nya verket kan användningen av ljudavsnittet, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet, utgöra ett citat enligt artikel 5.3 d i Infosoc-direktivet jämförd med artikel 13 i EU-stadgan, under förutsättning att denna användning har till syfte

---

<sup>129</sup> Ibid. p. 64 f.

<sup>130</sup> Griffiths, Jonathan, *European Union copyright law and the Charter of Fundamental Right*, 2019, s. 41.

<sup>131</sup> Jütte, Bernd Justin, *CJEU permits sampling of phonograms under a de minimis rule and the quotation exception*, s. 1.

<sup>132</sup> Jütte, Bernd Justin & Quintais, Joao Pedro, *Advocate General turns down the music – sampling is not a fundamental right under EU copyright law: Pelham v Hutter*, E.I.P.R. 2019, 41(10), 654-657.

<sup>133</sup> C-476/17, *Pelham and others*, p. 68.

att ingå en dialog med det verk från vilket ljudavsnittet hämtats samt att rekvisiten i artikel 5.3 d är uppfyllda.<sup>134</sup> Såsom generaladvokaten vidare har understrukt kan det inte vara fråga om någon sådan dialog när det inte är möjligt att identifiera det citerade verket.<sup>135</sup>

### 3.1.3 Kommentarer

Slutsatserna i målet innebär att återanvändandet av små ljudavsnitt inte utgör intrång i producenters upphovsrätt enligt artikel 2.c i infoc-direktivet om ljudavsnittet är modifierat i den grad att det inte är igenkännbart.<sup>136</sup> Eftersom att domstolen uttalat att även ett kort ljudavsnitt kräver tillstånd från originalupphovsmannen såtillvida inte avsnittet är i en sådan ändrad form att det inte är igenkännbar vid lyssning verkar det inte spela någon roll om samplet innehåller en stor del av originalfonogrammet utan snarare hur samplet integrerar i det nya verket.<sup>137</sup> Det faller sig emellertid naturligt att det är svårare att modifiera ett längre ljudavsnitt i den grad att det inte längre är igenkännbart.

Domstolen grundade sin bedömning på den ekonomiska aspekten bakom ensamrättigheter som fonogramproducenter åtnjuter. I detta hänvisas till det objektiva underliggande syftet för skyddet för rättighetsägare i fonogram, att motverka piratkopiering. Med det menas att skyddet sträcker sig till fonogram som ekonomiskt konkurrerar med det ursprungliga verket och vilka kan orsaka skadliga effekter för vinsten från att sälja originalverket. Fonogram som bara innehåller ljudavsnitt som en del av ett ”nytt och avgränsat verk” är inte i direkt konkurrens med det skyddade verket och kan inte ersätta lagliga

---

<sup>134</sup> Ibid. p. 72.

<sup>135</sup> Ibid. p. 73.

<sup>136</sup> Jütte, Bernd Justin, *CJEU permits sampling of phonograms under a de minimis rule and the quotation exception*, s. 1.

<sup>137</sup> Jfr. Jütte, Bernd Justin & Quintais, João Pedro, *Sample, sample in my song, can they tell where you are from? The Pelham judgment – Part 1*, Kluwer Copyright, Blog, 6 november 2019.



kopior av fonogrammet.<sup>138</sup> Sampling faller således inte in under uthyrnings- och utlåningsdirektivet.<sup>139</sup>

## 3.2 Spiegel Online

### 3.2.1 Omständigheter

Målet Spiegel Online 29 juli 2019 C-516/17 (*Spiegel Online*) rörde även det tolkning av artikel 5.3 i infosoc-direktivet. Spiegel Online (*Spiegel*) driver en nyhetswebbportal med samma namn. Volker Beck var vid tidpunkten ledamot i förbundsdagen (Federala parlamentet) i Tyskland. Målet handlade om *Spiegels* offentliggörande på webbplatsen av ett manuskript av Volter Beck och av en artikel som Volter Beck publicerat i ett samlingsverk.<sup>140</sup> Beck påstod att hans artikel blivit förvanskad genom otillåten redigering. Spiegel publicerade originalverket samt artikeln som ”förvanskats”. Beck fick rätt i domstol och det ansågs inskränka hans upphovsrätt.<sup>141</sup>

Den hänskjutande domstolen ansåg att tolkningen av artikel 5.3 c och d i infosoc-direktivet mot bakgrund av de grundläggande rättigheterna, i synnerhet yttrandefrihet och pressfriheten, var oklar. I förhandsavgörandet ställdes därför frågan om bestämmelsen lämnar utrymme för skönsmässig bedömning vid dess införlivande i nationell rätt.<sup>142</sup>

### 3.2.2 EU-domstolens bedömning

I sina svar konstaterade EU-domstolen bland annat att artikel 5.3 c andra alternativet angående nyhetsrapportering och artikel 5.3 d angående citat i infosoc-direktivet ska tolkas så att de inte utgör åtgärder som fullständigt

---

<sup>138</sup> Jütte, Bernd Justin, *CJEU permits sampling of phonograms under a de minimis rule and the quotation exception*, s. 1.

<sup>139</sup> Rosati, Eleonora, *The CJEU Pelham decision: only recognizable samples as acts of reproduction?*, The IPKat, 4 augusti 2019.

<sup>140</sup> C-516/17, *Spiegel online*, p. 2.

<sup>141</sup> Ibid. p. 10.

<sup>142</sup> Ibid. p. 14.

harmoniserar räckvidden av de undantag eller inskränkningar som ingår i dessa bestämmelser.<sup>143</sup>

EU-domstolen slog vidare fast att den nationella domstolen inom ramen för den intresseavvägning som domstolen ska göra mellan, å ena sidan, de ensamrätter som upphovsmannen har och, å andra sidan, de rättigheter för användare av skyddade alster som avses i undantagsbestämmelserna, ska grunda sig på en tolkning av dessa bestämmelser som är fullständigt förenlig med de grundläggande rättigheter som är garanterade i stadgan. Samtidigt ska den respektera bestämmelsernas ordalydelse och bibehålla deras ändamålsenliga verkan.<sup>144</sup> Det uttalades även i domen att informationsfriheten och pressfriheten, som är stadfästa i artikel 11 i EU-stadgan, utöver de undantag och inskränkningar som är föreskrivna i artikel 5.2 och 5.3 i infoc-direktivet, inte kan motivera ett undantag från de ensamrätter i fråga om mångfaldigande och överföring till allmänheten som upphovsmannen har enligt artikel 2 a och 3.1 i samma direktiv.<sup>145</sup>

Det fastställdes vidare att artikel 5.3 c andra alternativet i infoc-direktivet ska tolkas så att den utgör hinder för en nationell regel som begränsar tillämpningen av det undantag eller den inskränkning som är föreskriven i den bestämmelsen till fall där det saknas rimlig möjlighet att begära förhandssamtycke att använda ett skyddat verk för nyhetsrapporteringsändamål.<sup>146</sup>

Domstolen klargjorde sedan att artikel 5.3 d i infoc-direktivet ska tolkas så att begreppet citat i bestämmelsen omfattar en referens via en hyperlänk till en fil som är tillgänglig på ett fristående sätt.<sup>147</sup> Domstolen fann således att

---

<sup>143</sup> Ibid. p. 39.

<sup>144</sup> Ibid. p. 59.

<sup>145</sup> Ibid. p. 49.

<sup>146</sup> Ibid. p. 74.

<sup>147</sup> Ibid. p. 84.

det inte var nödvändigt att det citerade verket integreras överskådligt där det citeras, genom införande eller mångfaldigande i fotnoter.<sup>148</sup>

Slutligen ska artikel 5.3 d i infoc-direktivet enligt domen tolkas så att ett verk redan har gjorts lagligen tillgängligt för allmänheten när allmänheten, med stöd av en icke frivillig licens eller med stöd av tillstånd enligt lag, tidigare har fått tillgång till verket, i sin konkreta form, med rättsinnehavarens samtycke.<sup>149</sup>

### 3.2.3 Kommentarer

Domstolen dömde alltså att användningen av skyddade verk i syfte att rapportera om aktuella händelser i princip inte kräver ett tillstånd på förhand.<sup>150</sup> EU-domstolen ansåg det klart från innehållet i nyhetsrapporteringen och citatundantagen i infoc-direktivet att undantagen inte utgjorde en full harmonisering. Medlemsstaterna har en viss frihet att tolka undantaget i ljuset av deras nationella konstitutionella standarder av skydd för grundläggande rättigheter men utrymmet begränsas i flera avseenden genom bland annat begränsningar i EU-rätten, grundläggande principer för EU-rätten (såsom proportionalitetsprincipen) och infoc-direktivets syften (att reglera ett starkt skydd för författare och att säkerställa att den inre marknaden fungerar väl). Det är upp till medlemsstaterna att säkerställa en rättvis balans mellan rättigheter och intressen mellan olika rättighetsinnehavare, liksom mellan rättighetsinnehavare och användare, samt att säkerställa en tolkning som tillåter en rättvis balans olika grundläggande rättigheter som skyddas av EU-stadgan.<sup>151</sup>

---

<sup>148</sup> Rosati, Eleonora, *BREAKING: CJEU rules that use of a protected work for the purpose of reporting current events does not, in principle, require authorization*, The IPKat, 29 juli 2019.

<sup>149</sup> C-516/17, *Spiegel online*, p. 95.

<sup>150</sup> Rosati, Eleonora, *BREAKING: CJEU rules that use of a protected work for the purpose of reporting current events does not, in principle, require authorization*, 29 juli 2019.

<sup>151</sup> Synodinou, Tatiana, *Reflections on the CJEU's judgment in Spiegel online: is there a golden intersection between freedom of expression and EU copyright law? Part I*, Kluwer Copyright Blog, 23 september 2019.

EU-domstolen uttalade att undantagen och inskränkningarna i artikel 5 i infoc-direktivet måste skyddas då de motsvarar rättigheterna till de som använder ett verk. Undantag från upphovsrätten har flera gånger av EU-domstolen benämnts som användarrättigheter vilket har några viktiga konsekvenser. Bland annat kräver det att nationell domstol inte ska prioritera upphovsmannens rättigheter, utan ska främja en tolkning av bestämmelserna som fullständigt följer de grundläggande rättigheterna i EU-stadgan för att uppnå en balans mellan upphovsmannens ensamrättigheter och användarrättigheter. Av detta följer att en nationell domstol kan avvika från en restriktiv tolkning av undantagen och inskränkningarna från upphovsrätten för att främja en tolkning som tar full hänsyn till behovet av respekt för yttrandefrihet och informationsfrihet, som skyddas enligt artikel 11 i EU-stadgan. Även om domstolen går mot en inställning till fördel för en flexibel tolkning av undantag från upphovsrätten av nationella domstolar, så står det inte klart om det har några ytterligare konsekvenser på sättet som användarrättigheter kan åberopas och skyddas.<sup>152</sup>

### **3.3 Funke Medien**

#### **3.3.1 Omständigheter**

Domstolens dom den 29 juli 2019 C-469/17 (*Funke Medien*) handlar om Funke Medien som driver den tyska dagstidningen *Westdeutsche Allgemeine Zeitungs* webbportal. Varje vecka upprättar Tyskland en militär lägesrapport om den federala försvarsmakten Bundeswehrs insatser utomlands och om utvecklingen i insatsområdena (UdP-rapporter). UdP-rapporterna anses vara sekretessbelagda handlingar enligt klassificering som motsvarar den lägsta av de fyra sekretessklasserna i tysk rätt.<sup>153</sup> Funke Medien kom på okänd väg över en stor del av UdP-rapporterna som de tidigare nekats utlämnande av. Företaget offentliggjorde rapporterna under beteckningen ”Afghanistandokumentet” och de fanns tillgängliga på webbplatsen i form

---

<sup>152</sup> C-516/17, *Spiegel online*, p. 54.

<sup>153</sup> C-469/17, *Funke Medien*, p. 9.

av individuellt skannade sidor tillsammans med inledande anmärkningar, ytterligare länkar och en uppmaning att lämna kommentarer.<sup>154</sup> Utgångspunkten för Regionöverdomstolens resonemang var att UdP-rapporterna kunde skyddas av upphovsrätten som ”litterära verk” och att de inte utgjorde offentligt tryck, vilket inte omfattas av upphovsrättsliga skydd.<sup>155</sup>

### 3.3.2 EU-domstolens bedömning

Den hänskjutande tyska domstolen frågade EU-domstolen om, och i vilken utsträckning, bedömningen av *prima facie* upphovsrättsintrång och tillämpbarheten av undantagen till fördel för pressen<sup>156</sup> och för citat<sup>157</sup> har en bakomliggande analys av grundläggande rättigheter. Frågan var alltså om skyddet för upphovsrätt kan ge vika för behovet av att skydda pressfrihet och informationsfrihet, och om grundläggande rättigheter direkt kan tillämpas för att undvika verkställande av upphovsrätt. Domstolen slog fast att informationsfrihet och pressfrihet inte kan rättfärdiga ett undantag från rättigheterna upphovsrättsinnehavarna har utöver de undantag och inskränkningar som finns i infosoc-direktivet.<sup>158</sup>

EU-domstolen klargjorde att artikel 2 a om ensamrätt till mångfaldigande och artikel 3.1 om överföring till allmänheten inbegripet tillgängliggörande för allmänheten i infosoc-direktivet ska tolkas så att de fullständigt harmoniserar det materiella innehållet i de rättigheter som är föreskrivna i dessa bestämmelser. Artikel 5.3 c andra alternativet och artikel 5.3 d i infosoc-direktivet ska tolkas så att de inte utgör åtgärder som fullständigt harmoniserar räckvidden av de undantag eller inskränkningar som ingår i dessa bestämmelser.<sup>159</sup>

---

<sup>154</sup> Ibid. p. 10.

<sup>155</sup> Ibid. p. 12.

<sup>156</sup> Artikel 5.3 c i infosoc-direktivet.

<sup>157</sup> Artikel 5.3 d i infosoc-direktivet.

<sup>158</sup> Rosati, Eleonora, *BREAKING: CJEU rules that freedom of information and of the press cannot justify a derogation from the rights of copyright holders beyond allowed exceptions and limitations*, The IPKat, 29 juli 2019.

<sup>159</sup> C-469/17, *Funke Medien*, p. 54.

Vidare slog domstolen fast att informationsfriheten och pressfriheten som är stadfästa i artikel 11 i stadgan, inte kan, utöver de undantag och inskränkningar som är föreskrivna i artikel 5.2 och 5.3 i infosoc-direktivet, motivera ett undantag från de ensamrätter i fråga om mångfaldigande och överföring till allmänheten som upphovsmannen har enligt artikel 2 a och 3.1 i samma direktiv.<sup>160</sup>

Liksom i *Spiegel Online* konstaterade EU-domstolen slutligen att den nationella domstolen ska grunda sig på en tolkning av dessa bestämmelser som är fullständigt förenlig med de grundläggande rättigheter som är garanterade i stadgan, samtidigt som den respekterar bestämmelsernas ordalydelse och bibehåller deras ändamålsenliga verkan.<sup>161</sup>

Domstolen tillade även att i den mån EU-stadgan omfattar rättigheter som motsvarar sådana som garanteras i europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (*Europakonventionen*) ska de enligt artikel 52.3 i EU-stadgan ha samma innebörd och räckvidd som i konventionen. Som framgår av Europadomstolens rättspraxis har domstolen i syfte att finna balans mellan upphovsrätt och yttrandefrihet framförallt hänvisat till behovet att ta hänsyn till det faktum att karaktären av ”yttrandet” eller informationen i fråga är av särskild vikt, bland annat i den politiska diskursen och diskursen gällande frågor av allmänt intresse.<sup>162</sup>

### 3.4 Sammanfattning

EU-domstolen framhöll i målen att pressfrihet och informationsfrihet inte ska tas till hänsyn utöver de föreskrivna undantagen och inskränkningarna. I sina

---

<sup>160</sup> Ibid. p. 64.

<sup>161</sup> Ibid. p. 76.

<sup>162</sup> Rosati, Eleonora, *BREAKING: CJEU rules that freedom of information and of the press cannot justify a derogation from the rights of copyright holders beyond allowed exceptions and limitations*, 29 juli 2019.

avgöranden menar domstolen att en balansering av intressen skulle äventyra harmoniseringen av infosc-direktivet och rättssäkerheten. Undantagen och inskränkningarna ska tillämpas enhetligt av medlemsstaterna. Detta skulle inte längre kunna garanteras om ett oskrivet undantag skulle tillåtas i förhållande till pressfrihet och informationsfrihet. Det finns därför inget utrymme för en rättighetsbalansering utöver den som föreskrivs i lagstiftningen.<sup>163</sup>

---

<sup>163</sup> Czychowski, Christian & Kraetzig, Viktoria, *Copyright as a "censorship right"?! A critical evaluation of two current preliminary ruling proceedings of the CJEU*, Kluwer Copyright Blog, 14 oktober 2019.

## 4 Balansering av grundläggande rättigheter

*Skyddet för immaterialrättslig egendom har som syfte att främja innovation och kreativitet genom att skapa incitament för nyskapande.<sup>164</sup> Den moderna immaterialrätten har emellertid kritiserats för att vara för extensiv.<sup>165</sup> Regleringen av sampling bygger på en balansering av upphovsrätt gentemot andra motstående intressen såsom informationsfrihet, yttrandefrihet och frihet för konsten. Hur denna balansering ska ske är dock inte helt klart. En grundläggande insikt i olika intressen inom upphovsrätten är viktig för en förståelse för hur sampling ska hanteras i praktiken.*

### 4.1 Svensk rätt

Yttrandefrihet skyddas enligt 2 kap. 1 § i regeringsformen 1974:152 (RF) och föreskriver att var och en mot det allmänna är tillförsäkrad frihet att i tal, skrift eller bild eller på annat sätt meddela upplysningar samt uttrycka tankar, åsikter och känslor. I samma paragraf skyddas även informationsfrihet vilket är frihet att inhämta och ta emot upplysningar samt att i övrigt ta del av andras yttranden. Vidare reglerar yttrandefrihetsgrundlagen 1991:1469 (YGL) och tryckfrihetsförordningen 1949:105 (TF) området.<sup>166</sup> Varken yttrandefriheten eller informationsfriheten är en absolut rättighet och kan därmed begränsas. Begränsningar får endast göras för att tillgodose ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle.<sup>167</sup> Enligt 2 kap. 23 § RF får yttrandefriheten och informationsfriheten begränsas med hänsyn till rikets säkerhet, folkförsörjningen, allmän ordning och säkerhet, enskildas anseende, privatlivets helgd eller förebyggandet och beivrandet av brott.

---

<sup>164</sup> Bernitz, Ulf, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, Stockholm (2013), s. 7 ff.

<sup>165</sup> Ibid. s. 10.

<sup>166</sup> Lundgren (2006) s. 19.

<sup>167</sup> Se 2 kap. 20 § RF, 2 kap. 21 § RF och 2 kap. 25 RF.



Även upphovsrätten är grundlagsskyddad. Enligt 2 kap. 16 § RF äger författare, konstnärer och fotografer rätt till sina verk enligt bestämmelser som meddelas i lag.

## 4.2 Europarätt

Tillsammans med informationsfriheten skyddas yttrandefriheten enligt artikel 11 i EU-stadgan samt enligt artikel 10.1 i Europakonventionen som föreskriver att var och en har rätt till yttrandefrihet. Denna rätt innefattar åsiktsfrihet samt frihet att ta emot och sprida uppgifter och tankar utan offentlig myndighets inblandning och oberoende av territoriella gränser.<sup>168</sup> Enligt artikel 13 i EU-stadgan ska konsten och den vetenskapliga forskningen vara fria och den akademiska friheten ska respekteras.<sup>169</sup>

Även upphovsrätt ses som en grundläggande rättighet på så sätt att immateriell egendom ska vara skyddad enligt artikel 17.2 i EU-stadgan. Skydd för egendom finns även i artikel 1 i protokoll till Europakonventionen.<sup>170</sup>

Yttrandefriheten får enligt Europakonventionen inskränkas enligt lag om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till den nationella säkerheten, den territoriella integriteten eller den allmänna säkerheten, till förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa eller moral, till skydd för annans goda namn och rykte eller rättigheter, för att förhindra att förtroliga underrättelser sprids eller för att upprätthålla domstolarnas auktoritet och opartiskhet.<sup>171</sup> Enligt EU-stadgan får rättigheterna begränsas om det är föreskrivet i lag och är förenligt med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och friheter. Begränsningar får, med beaktande av proportionalitetsprincipen, endast göras om de är nödvändiga och faktiskt

---

<sup>168</sup> Artikel 11.1 EU-stadgan och artikel 10.1 Europakonventionen.

<sup>169</sup> Omnämns nedan som *frihet för konsten*.

<sup>170</sup> Tilläggsprotokoll till konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

<sup>171</sup> Artikel 10.2 Europakonventionen,

svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.<sup>172</sup>

Det är viktigt att skilja mellan Europakonventionen och EU-stadgan på så vis att Europakonventionen vid tillämpningen generellt sett lämnar ett visst skönsmässigt utrymme för konventionsstaterna vad gäller hur rättigheterna ska realiseras. Vid en proportionalitetsbedömning av inskränkningar av olika rättigheter blir detta särskilt intressant.<sup>173</sup>

### **4.3 Förhållandet upphovsrätt och andra grundläggande rättigheter**

I vissa fall blir det fråga om flera grundläggande rättigheter, och hur de står sig mot varandra. Det är fallet vid sampling, som ses i målen ovan. Dels berörs upphovsrättsinnehavarens ägande av immaterialrätten, dels berörs användarnas yttrandefrihet, informationsfrihet och frihet för konsten. Upphovsrätt och yttrandefrihet är rättigheter som utgör fundamentala element för demokratin och äganderätten.

Henry Olsson har uttalat att upphovsmännens självständiga rättigheter till deras verk också fungerar som en garanti för yttrandefriheten då upphovsmannen har en suverän rätt att i sitt verk uttrycka sina personliga tankar och åsikter och har sedan en garanti för att hans eller hennes verk är skyddat mot andras intrång. Han menar att upphovsrätten alltså inte rimligen kan ses som ett hinder för yttrande- eller informationsfriheten och att diskussionen kring detta främst inriktar sig på risken för att tekniska skyddsåtgärder kan medföra att tillgången till material begränsas eller hindras.<sup>174</sup>

---

<sup>172</sup> Artikel 52.1 EU-stadgan.

<sup>173</sup> Lebeck, Carl, *EU-stadgan – om grundläggande rättigheter*, Lund (2016), s. 171.

<sup>174</sup> Olsson (2015) s. 43.

Dessa rättigheter ställs emellertid uppenbarligen mot varandra i fallet av sampling och genom frågan om hur användarvänlig en lagstiftning ska vara. Dock verkar upphovsrätten för att stimulera det andliga skapandet och därigenom verka som en garanti för yttrandefriheten för upphovsrättsinnehavarna. Upphovsrätten och yttrandefriheten verkar därmed för samma syften. Upphovsrätten strävar alltså inte för att hindra medborgares tillgång till information utan för att värna om den fria rätten att uttrycka sig och ge skaparna ett skydd. Detta ligger till viss del i linje med Olssons uttalanden.

Begränsningsbara rättigheter, såsom yttrandefrihet och upphovsrätt kan och behöver ibland vägas mot varandra. Det saknas emellertid en generell metod för detta. I praktiken förutsätts en kontinuerlig judiciell kontroll av skyddet för grundläggande rättigheter som bygger på proportionalitet. Skyddet mynnar ut i en processuell kontroll men även en materiell avvägning av skyddet för individuella rättigheter i förhållande till andras rättigheter. EU-domstolens bedömningar här blir i hög grad beroende av hur man definierar vilka skyddsintressen som ska anses ha företräde, liksom hur man prioriterar olika typer av rättigheter. Istället för att se rättigheter som att vissa övertrumfar andra, har det ofta ansetts handla om att optimera rättighetsskyddet.<sup>175</sup>

Enligt skäl 31 i infoc-direktivet måste en skälig avvägning mellan rättigheter och intressen hos de olika kategorierna av rättsinnehavare samt mellan de olika kategorierna av rättsinnehavare och användarna av skyddade alster upprätthållas.

Europadomstolen har i *Ashby Donald and others v. France* uttalat att en fällande dom baserad på upphovsrätt för att ha olovligen mångfaldigt eller offentliggjort upphovsrättsskyddat material för allmänheten kan betraktas som en inskränkning i rätten till yttrandefrihet och informationsfrihet enligt

---

<sup>175</sup> Lebeck (2016) s. 174 f.

artikel 10 i Europakonventionen.<sup>176</sup> En sådan inskränkning måste vara förenlig med de tre rekvisiten i artikel 10 i Europakonventionen. Detta innebär att en fällande dom eller ett annat rättsligt beslut som baseras på upphovsrätt, som begränsar en persons eller organisations yttrandefrihet, måste vara nödvändigt i ett demokratiskt samhälle, utöver att vara föreskrivet i lag och ha ett legitimt syfte.<sup>177</sup> Europadomstolen uttalade enhälligt i domen att artikel 10 i Europakonventionen är tillämplig i upphovsrättsmål som hindrar yttrandefriheten och informationsfriheten vilket adderar ett perspektiv av mänskliga rättigheter till rättfärdigandet av verkställandet av upphovsrätt.<sup>178</sup>

## 4.4 Rättighetsbalanseringen

När det talas om en rättighetsbalansering av grundläggande friheter i fråga om sampling går det att jämföra med hur *användarvänlig* en upphovsrättslagstiftning är för den som önskar nyttja ett musikaliskt verk. I en balansering mellan upphovsrätt å ena sidan och yttrandefrihet, informationsfrihet och frihet för konsten å andra sidan, kan en säga att när upphovsrätten väger tyngre blir lagstiftningen mindre användarvänlig och vice versa.

Det huvudsakliga syftet med infoc-direktivet är att inrätta en hög skyddsnivå för upphovsmän, som möjliggör för skälig ersättning för utnyttjande och mångfaldigande av ursprungsverk, så att upphovsmannen kan fortsätta med sin konstnärliga och skapande verksamhet.<sup>179</sup> EU-domstolen har vidare anfört att handlingar som omfattas av rätten till mångfaldigande ska ges en vid definition.<sup>180</sup>

---

<sup>176</sup> ECtHR (5th section), 10 January 2013, *case of Ashby Donald and others v. France*.

<sup>177</sup> Voorhoof, Dirk & Høedt-Rasmussen, Inger, *Copyright vs. freedom of expression, ECtHR (5th section), 10 January 2013, Case of Ashby Donald and others v. France*, Kluwer Copyright Blog, 25 januari 2013.

<sup>178</sup> Voorhoof & Høedt-Rasmussen, *Copyright vs. freedom of expression, ECtHR (5th section), 10 January 2013, Case of Ashby Donald and others v. France*, 25 januari 2013.

<sup>179</sup> C-5/08, *Infopaq*, p. 40; skäl 9–10 i infoc-direktivet.

<sup>180</sup> C-5/08, *Infopaq*, p. 41; skäl 21 i infoc-direktivet.

Trots de många undantag som finns i svensk upphovsrättslag är syftet att upphovsmännens individuella intresse ska stå i fokus. Föreskrifter såsom om avtalslicenser och undantag om självständiga verk talar emellertid för att Sverige har en mer användarvänlig syn.

Målen *Funke Medien, Pelham and others* och *Spiegel Online* tvingade EU-domstolen att göra en avvägning mellan upphovsrätt och grundläggande rättigheter. EU-domstolen söker alltså finna balans mellan yttrandefrihet enligt artikel 11 i EU-stadgan och upphovsrätt som immaterialrätt enligt artikel 17.2 i EU-stadgan.<sup>181</sup>

En av frågorna i *Pelham and others* var på vilket sätt de grundläggande rättigheterna i stadgan beaktas vid fastställandet av skyddet för fonogramframställarnas ensamrätt till mångfaldigande och spridning av deras fonogram samt räckvidden för undantag från eller inskränkningar av dessa rättigheter och artikel 10.2 första stycket i uthyrnings- och utlåningsdirektivet. Domstolen konstaterade att sampling utgör ett konstnärligt uttryck som omfattas av friheten för konsten, vilket är en skyddad frihet enligt artikel 13 i EU-stadgan.<sup>182</sup> Med hänsyn till EU-stadgan och erkännande av immaterialrätt, och upphovsrätt, som en grundläggande rättighet, belyste EU-domstolen att inget i ordalydelsen i artikel 17.2 i EU-stadgan föreslår att dess skydd ska vara absolut. Istället ska immaterialrättsligt skydd vägas mot andra grundläggande rättigheter och friheter, inklusive frihet för konsten, vilket i sig är ett utövande av yttrandefrihet enligt artikel 11 och artikel 10.1 i Europakonventionen.<sup>183</sup> En sådan rättighetsbalansering i EU-stadgan resulterade i EU-domstolens bedömning att fonogramproducenters rättigheter inte sträcker sig över användandet av sampels när sådana verk inte är igenkännbara för örat. Enligt domstolen skulle en tolkning som tillät rättighetsinnehavarna att förhindra

---

<sup>181</sup> Rosati, *BREAKING, CJEU rules that freedom of information and of the press cannot justify a derogation from the rights of copyright holders beyond allowed exceptions and limitations*, 29 juli 2019.

<sup>182</sup> C-476/17, *Pelham and others*, p. 35.

<sup>183</sup> Rosati, *The CJEU Pelham decision: only recognizable samples as acts of reproduction?*, 4 augusti 2019.

denna form av kreativt yttrande i förhållande till icke igenkännbara sampels misslyckas att balansera de grundläggande rättigheterna.<sup>184</sup> Detta då ordet mångfaldigande i sin ursprungsmening inte omfattar sådant användande.<sup>185</sup> EU-domstolen synes således i *Pelham and others* ha bedömt balansen mellan frihet för konsten och rätten till egendom inom ramarna för artikel 2 c i infosoc-direktivet. Den tillämpningen som domstolen förespråkar skapar utrymme för sampling i de fall då det inte konkurrerar med de ekonomiska intressena hos rättighetsinnehavarna.<sup>186</sup>

Domstolen fastställde vidare i *Funke Medien* att informationsfrihet och pressfrihet, såsom de skyddas enligt EU-stadgan, inte kan rättfärdiga, utöver undantagen eller inskränkningarna som finns i direktivet i det hänseendet, ett undantag från upphovsmannens ensamrättigheter till mångfaldigande och tillgängliggörande till allmänheten.<sup>187</sup>

*The Pirate Bay v. Sweden* rörde avvägningen mellan olika grundläggande rättigheter. Klaganden menade att den fällande domen gentemot dem för deras brott mot upphovsrättslagen hade inskränkt deras yttrandefrihet och informationsfrihet.<sup>188</sup> Europadomstolen uttalade att, att dela, eller att tillåta andra att dela, filer av den sort det var fråga om på internet, av upphovsrättsskyddat material och för vinstdrivande syften, omfattades av rätten att ta emot och förmedla information enligt artikel 10 i Europakonventionen. Dock ansåg domstolen att den nationella domstolen hade balanserat de motstående intressena på ett korrekt sätt.<sup>189</sup> Det kan diskuteras om detta prejudikat talar för att stater kan rättfärdiga ett

---

<sup>184</sup> Jütte & Quintais, *Sample, sample in my song, can they tell where you are from? The Pelham judgment – Part I*, 2019.

<sup>185</sup> Jütte, *CJEU permits sampling of phonograms under a de minimis rule and the quotation exception*, 2019, s. 1.

<sup>186</sup> Jütte & Quintais, *Sample, sample in my song, can they tell where you are from? The Pelham judgment – Part I*, 2019.

<sup>187</sup> Rosati, Eleonora, *BREAKING: CJEU rules that use of a protected work for the purpose of reporting current events does not, in principle, require authorization*, 2019.

<sup>188</sup> Europadomstolen (5th section), 19 februari 2013. *Målet Fredrik Neij och Peter Sunde Kolmisoppi (The Pirate Bay) v. Sverige*.

<sup>189</sup> Voorhoof & Høedt-Rasmussen, *ECHR: Copyright vs. Freedom of Expression II (The Pirate Bay)*, 20 mars 2013.

inskränkande av yttrandefriheten till förmån för upphovsrätten, om konflikten sker i ett demokratiskt samhälle.

Ett mål som väcker frågan om informationsfrihet eller respekt för upphovsrätten väger tyngst är *Järnrörsmålet* som nu är redo för Högsta domstolens prövning. Målet grundar sig i en händelse då SD-politikern Kent Ekeroth 2010 spelade in en film från Kungsgatan i Stockholm på sin mobiltelefon. ”Järnrörsfilmen” som den kommit att kallas visar hur tre Sverigedemokrater förolämpar flera personer med rasistiska och sexistiska glåpor och hur en av dem sedan beväpnar sig med järnrör.<sup>190</sup> Filmen kom sedan att ingå i en film som redigerades och offentliggjordes den 14 september 2010 av Sverigedemokraterna (*SD-filmen*). Med Ekeroths samtycke offentliggjordes *SD-filmen* på Sverigedemokraternas officiella Youtube-kanal. Kvällstidningen Expressen tillgängliggjorde sedan tre längre och oredigerade sekvenser av *Järnrörsfilmen* på deras hemsida utan Ekeroths samtycke. Dessa sekvenser var inte en del av *SD-filmen* och hade inte tidigare offentliggjorts. SVT tillgängliggjorde därefter såväl stillbilder som filmklipp ur *Järnrörsfilmen* i TV och på internet utan Ekeroths samtycke.<sup>191</sup> Ekeroth förde en fastställsetalan med yrkanden om rätt till skälig ersättning i enlighet med 54 § 1 st. URL avseende den ytterligare skada som det påstådda intrånget hade medfört. Vidare krävde han ersättning för kränkning av hans ideella rätt, bl.a. vad gällde utebliven namngivelse vid SVT:s användning. I Patent- och marknadsöverdomstolen prövades endast huruvida SVT:s förfoganden stred mot Ekeroths rätt enligt upphovsrättslagen.<sup>192</sup>

SVT gjorde flera invändningar, varav en var att upphovsrättslagens bestämmelser om ansvar och ersättningsskyldighet för intrång under inga förhållanden skulle tillämpas med hänsyn till de yttrande- och informationsintressen som låg bakom de omtvistade publiceringarna och som

---

<sup>190</sup> Lönnroth, Alexandra: *SVT överklagar beslutet i tvisten om ”järnrörsfilmen”*, 14 augusti 2019, SVT.

<sup>191</sup> Rosén, Jan: *Informationsfriheten eller respekt för upphovsrätten – järnrörsfilmen redo för Högsta domstolens prövning*, NIR, PMT 1473-18, 15 juli 2019.

<sup>192</sup> Ibid.

skyddas av 2 kap. 1 § RF, artikel 10 Europakonventionen och artikel 11 i EU:s stadga och de grundläggande rättigheterna. Här väcks fråga om hur egendomsintressen ska vägas mot andra grundläggande intressen, såsom yttrande- och informationsfriheten.<sup>193</sup>

EU-domstolen har som ovan nämnt konstaterat i bland annat *Funke Medien* att pressfrihet och informationsfrihet inte kan motivera avvikelser från upphovsmannens rättigheter utöver de undantag och inskränkningar som anges i infosoc-direktivet. Vid en intresseavvägning fann Patent- och marknadsöverdomstolen att Ekeroths intresse av egendomsskydd för den icke offentliggjorda Järnrörsfilmen i detta fall vägde tyngre än SVT:s yttrande- och informationsfrihetsintressen att använda filmen.<sup>194</sup> Domstolen fann det visat att SVT i åtta fall hade kränkt Ekeroths ideella rätt genom att inte namnge honom eller genom att ange felaktiga uppgifter av betydelse för vem som hade tagit de fotografiska bilderna.<sup>195</sup>

## 4.5 Sammanfattning

En eventuell oro för att EU-stadgan i för stor utsträckning ska stå i vägen för de rättsliga grunderna för upphovsrätten kan förklara de starka påståendena i *Pelham and others* att domstolar endast ska tillåta användandet av upphovsrättsliga verk som går utöver det tillåtna användandet enligt artikel 5 i infosoc-direktivet när ”kärnan” av yttrandefriheten påverkas.<sup>196</sup> Det kan emellertid ifrågasättas varför yttrandefriheten endast ska väga tyngst när ”kärnan” av rättigheten äventyras. En fråga blir således vad de mer generella konsekvenserna blir av att strikt tolka en upphovsrättsägares rätt till egendom i linje med upphovsrättens syften.<sup>197</sup>

---

<sup>193</sup> Ibid.

<sup>194</sup> Se mål PMT 14029–16.

<sup>195</sup> Se avsnitt 3.3.

<sup>196</sup> Griffiths, *European Union copyright law and the Charter of Fundamental Right*, 2019, s. 47.

<sup>197</sup> Jfr Ibid. s. 48.



I *Pelham and others* balanserades intressekonflikten till viss del så att utrymme ges till de som önskar sampla för att säkerställa frihet för konsten. Domstolen argumenterade framförallt för att en bred tolkning av mångfaldigande skulle möjliggöra för fonogramproducenter att kontrollera användandet av ljudavsnitt även om det användandet inte strider mot deras ensamrättigheter.<sup>198</sup> Det kan vidare diskuteras om grundläggande rättigheter kan vara ett potentiellt hot mot både det starka rättsliga skyddet för författare och andra rättighetsinnehavare samt mot upprätthållandet av ett mer harmoniserat system.<sup>199</sup>

---

<sup>198</sup> Jütte, *CJEU permits sampling of phonograms under a de minimis rule and the quotation exception*, 2019, s. 1.

<sup>199</sup> Griffiths, *European Union copyright law and the Charter of Fundamental Right*, 2019, s. 36.

## 5 Efterdyningarna av *Pelham and others*

*För att tolka konsekvenserna av Pelham and others så måste det läsas tillsammans med målen Funke Medien och Spiegel Online. I alla tre målen så avvisade domstolen att grundläggande rättigheter skulle göra EU-rättslig upphovsrätt mer flexibel.*

*För upphovsrätt, och sampling specifikt, har Pelham and others två stora effekter. För kortare ljudavsnitt uttalade domstolen att användaren av ett ljudavsnitt från ett fonogram endast måste fråga om tillåtelse om ljudavsnittet är igenkännbart i det nya verket.<sup>200</sup> Ett resultat av domslutet är att sampling som en konstnärlig form inte är så begränsad som en kunde ha anat efter generaladvokatens förslag till avgörande<sup>201</sup> men domstolen tillåter inte heller ett fritt användande av fonogram. Domstolen har emellertid skapat viss klarhet i hur verk som skapats med sampling ska bedömas. Bedömningskriterierna i sig kommer i framtiden behöva utvecklas genom praxis.*

*I detta avsnitt ska diskuteras vad för konsekvenser domstolens beslut i Pelham and others kommer ha på upphovsrättens och samplingens område och vad det säger om rättighetsbalanseringen i EU och Sverige.*

### 5.1 Tillämpning av *Pelham and others*

För att kunna diskutera detta måste först avgöras under vilka omständigheter prejudikaten i *Pelham and others* är tillämpliga. *Pelham and others* handlar om fonogramproducenters rättigheter, alltså närstående rättigheter och

---

<sup>200</sup> Jütte, *CJEU permits sampling of phonograms under a de minimis rule and the quotation exception*, s. 2.

<sup>201</sup> Förslag till avgörande av generaladvokat Maciej Szpunar, föredraget den 12 december 2018, mål C-476/17.

sampling. Det står därför fortfarande inte helt klart vad som gäller på området för upphovsrättsinnehavare.

Som utretts ovan skiljer sig den svenska lagstiftningen till viss del när det gäller närstående rättigheter i förhållande till upphovsrätt. Detta då innehavaren av närstående rättigheter endast har en ersättningsrätt vid bl.a. avtalslicenser medan upphovsrättsägaren även har en ideell rätt och en mer omfattande ekonomisk rätt. På EU-rättens område påminner närstående rättighetsinnehavarens och upphovsrättsinnehavarens rättigheter mer om varandra. Frågan blir om domstolens uttalanden i *Pelham and others* också kan tillämpas i förhållande till upphovsrättsägare?

Eftersom att de centrala avvägningarna i målet grundar sig på en rättighetsbalansering av immaterialrättsägande å ena sidan och yttrandefrihet, informationsfrihet och konsten för frihet å andra sidan, torde konsekvenserna vara desamma oberoende om det handlar om närstående rättigheter eller upphovsrätt eftersom att samma rättigheter aktualiseras. Det synes därför vara relevant att göra en liknande tolkning även på upphovsrättens område. Det torde inte heller vara nödvändigt att skilja mellan närstående rättigheter och upphovsrätt vad gäller syftena bakom avgörandet.

I *Pelham and others* drog de berörda parterna analogier till domstolens praxis rörande upphovsrättsligt skydd av utdrag ur verk.<sup>202</sup> Generaladvokat Szpunar synes dock mena att EU-domstolens uttalanden i exempelvis *Infopaq* inte kan tillämpas i förhållande till fonogram.<sup>203</sup> Att en analogi inte är möjligt gällande *Infopaq* och en tolkning från verk till fonogram innebär emellertid inte att en analogi inte skulle vara möjlig i detta fall.

Skyddet för närstående rättigheter är begränsat i förhållande till upphovsrätt och torde därför inte kunna tillämpas bredare än skyddet för själva

---

<sup>202</sup> Förslag till avgörande av generaladvokat Maciej Szpunar, mål C-476/17, p. 28.

<sup>203</sup> Mer om detta nedan i avsnitt 5.4.

upphovsrätten.<sup>204</sup> I den mån som argumentationen i målet tillämpas till den närstående rättighetsägarens fördel bör därför dessa uttalanden kunna tillämpas även i förhållande till en upphovsrättsägares rättigheter. I praktiken synes detta innebära att EU-domstolens uttalanden om att upphovsrätten inte ska ge vika för grundläggande rättigheter med största sannolikhet kan tillämpas även i förhållande till upphovsrätt.

Vad gäller tillåtandet av sampling av icke igenkännbara ljudavsnitt samt citat i musik som är i dialog med originalverket torde detta vara relativt användarvänligt. Det kan därför ifrågasättas om detta är tillåtet även gentemot upphovsrättsägare. Eftersom att målet utgår från användarens sampling, och inte huruvida ursprungsverket skyddas, torde faktumet om ljudavsnittet är igenkännbart eller inte ha samma konsekvenser från ett intrångsperspektiv ur en ekonomisk aspekt oavsett om det rör sig om närstående rättigheter eller upphovsrätt. Upphovsrättsägaren har trots allt fortfarande samma ekonomiska intresse som den närstående rättighetsägaren när det kommer till att ett verk som använder igenkännbara ljudavsnitt från originalverket ekonomiskt kan utgöra konkurrens. Därmed synes inte finnas någon anledning till att tillämpa detta prejudikat annorlunda gentemot upphovsrättsägare.

I följande analys kommer jag således att utgå från att EU-domstolens uttalanden tillämpas även i förhållande till upphovsrätten.

## **5.2 Självständigt verk jämfört med *Pelham and others***

En konsekvens av *Pelham and others* är att den tyska lagstiftning som tillåter ett distinkt arbete skapat genom fritt användande av ett skyddat verk som kan publiceras och utnyttjas utan upphovsrättsägarens samtycke strider mot EU-

---

<sup>204</sup> Se avsnitt 2.3.3.

rätten.<sup>205</sup> Ett sådant undantag såsom det i den tyska lagen om fritt användande får alltså endast tillämpas i enlighet med EU-rättslig upphovsrätt och skulle det överskrida de undantag som finns i Infosoc-direktivet är det således i strid med EU-rätten.<sup>206</sup>

Detta kan väcka frågan om det svenska undantaget i 4 § 2 st. URL om *någon i fri anslutning till ett verk åstadkommit ett nytt och självständigt verk, är hans upphovsrätt ej beroende av rätten till originalverket* strider mot EU-rätten.<sup>207</sup> Avgörande för vad som blir ett självständigt verk, en bearbetning eller en efterbildning är om det verk som använts som förebild har omvandlats i sådan utsträckning att det har skapats ett nytt och självständigt verk.<sup>208</sup> Enligt förarbetena skapas ett nytt och självständigt verk av självständigt slag om originalverket omarbetats rytmiskt, harmoniskt eller melodiskt.<sup>209</sup> För att tillämpa detta undantag på sampling krävs alltså att råmaterialet, det vill säga ljudavsnittet från det ursprungliga musikaliska verket, ska ha omvandlats i en sådan utsträckning att det verkligen skapats ett nytt och självständigt verk. Detta undantag bör jämföras med det som uttalas i *Pelham and others*. I *Pelham and others* stadgas att sampling är tillåtet om ursprungsverket inte är igenkännbart för örat.

Det svenska undantaget om självständiga verk har, som ovan nämnts, tillämpats i målet *svenska syndabockar*.<sup>210</sup> Ulrika Wennersten har, efter Högsta domstolens uttalande att CP<sup>211</sup> visserligen fanns i målningen och utgjorde ett centralt motiv men att tavlans komposition tog över och blev dominerande<sup>212</sup>, ifrågasatt hur en motsvarande situation hade bedömts om det var fråga om musikaliska verk. Innebar domen att användandet av en refräng

---

<sup>205</sup> Court of Justice of the European Union, Press release No 98/19, *Judgment in Case C-476/17*.

<sup>206</sup> Jütte & Quintais, *Advocate General turns down the music – sampling is not a fundamental right under EU copyright law: Pelham v Hutter*, 2019.

<sup>207</sup> Se om detta i avsnitt 2.4.2.

<sup>208</sup> NJA 2017 s. 75, *Svenska syndabockar*, p. 12.

<sup>209</sup> SOU 1956:25, s. 136.

<sup>210</sup> Se om detta i avsnitt 2.4.2.1.

<sup>211</sup> Personen som är motiv i både fotografiet och den omtvistade tavlan. Mer om detta i avsnitt 2.4.2.1.

<sup>212</sup> Se NJA 2017 s. 75, *Svenska syndabockar*, p. 17.

som utgör en central del av en låt, men sångens komposition i övrigt tar över och blir dominerande, inte utgör ett intrång?<sup>213</sup> Högsta domstolen uttalade vidare att färgerna, landskapet och framförallt den symboliska syndabocken, men i viss mån även de konstnärliga ändringar som gjorts, ger målningen en annan mening än den som fotografiet har. Domstolen uttalade att istället för ett personporträtt framträder i målningens form en allegori som antyder kritik av ett massmedialt behov av syndabockar. Det handlar alltså om en kommentar över samhället och tiden. CP som fenomen, inte som person, blir gemensamt med bocken bärare av det symboliska budskapet, ett budskap som understryks av bakgrunden”.<sup>214</sup> Wennersten frågade om detta innebar att en omarbetad refräng som används i samhällskritisk en rapp inte ska betraktas som ett intrång eftersom att både helheten och syftet avseende det nya verket ska bedömas, alltså att vara en kommentar över samhället och tiden. Leder detta till svårigheter att hävda intrång om det skyddade verket endast återges i en del av ett nytt verk?<sup>215</sup>

I *Drängarna* synes en strängare bedömning göras för om något kan anses vara ett självständigt verk. Där ansågs melodierna vara samma verk trots att de inte var identiska.<sup>216</sup> Detta torde tyda på att det krävs en hög grad av omarbetning för att det ska vara fråga om ett självständigt verk.

I likhet med Wennerstens kritik kan det diskuteras om det svenska undantaget om självständiga verk samt tillämpningen av detta är för användarvänligt och i praktiken skulle kunna göra det svårt för upphovsrättsägare att hävda intrång. Det är dock oklart hur *Svenska syndabockar* skulle tillämpas ifråga om musikaliska verk och *Drängarna* synes tala för en mer restriktiv tolkning av undantaget. Det kan anses mycket tillåtande att det enligt svensk rätt är tillåtet att skapa ett självständigt verk utan tillåtelse. Denna syn är annorlunda från den uppfattning som vi ser i *Pelham and others*, och en för

---

<sup>213</sup> Wennersten, Ulrika, *Nytt och självständigt verk eller bearbetning. Några kommentarer i anledning av NJA 2017 s. 75 (Svenska syndabockar)*, NIR, 21 februari 2017.

<sup>214</sup> NJA 2017 s. 75, *Svenska syndabockar*, p. 17.

<sup>215</sup> Wennersten, NIR (2017).

<sup>216</sup> Se om detta i avsnitt 2.4.

användarvänlig syn på upphovsrätten torde inte ligga i linje med EU-rättens syften att i största möjliga mån skydda upphovsrättsägaren. Det är därför möjligt att det svenska undantaget om självständiga verk är mer tillåtande än det undantag för icke-igenkännbara verk i *Pelham and others*. Mot bakgrund av att medlemsstaterna inte får föreskriva ytterligare undantag från upphovsrätten än de som finns i artikel 5 i infosoc-direktivet kan det nu diskuteras om det svenska undantaget är för brett och oförenligt med EU-rätten. Det tyska undantaget, som underkändes i *Pelham and others* enligt artikel 5 i infosoc-direktivet, är dock bredare än det svenska undantaget om självständigt verk, och det går därför inte att dra en slutsats direkt från detta avgörande.

Undantaget anses dock, som ovan nämnts, även följa av 1 och 2 §§ URL att ett självständigt verk som inte behållit ursprungsverkets inre form inte faller inom originalupphovsmannens ensamrätt.<sup>217</sup> Även i EU-rätten uttalas att upphovsrätten tillfaller den som skapat en egen intellektuell skapelse där upphovsmannen uttryckt sin kreativa kapacitet genom att göra fria och kreativa val.<sup>218</sup> Detta väcker således frågan om undantaget i 4 § 2 st. URL överhuvudtaget ska tolkas som ett undantag enligt infosoc-direktivet.

Om det skulle konstateras att undantaget om självständiga verk i praktiken går utöver det tillåtna enligt infosoc-direktivet och är bredare än undantaget för sampling vid icke-igenkännbara verk måste Sverige anpassa lagstiftningen efter EU-domstolens uttalanden. Det är möjligt att undantaget skulle kunna ändras genom rättspraxis så att självständiga verk endast innefattar fall då det tidigare verket inte är igenkännbart, alternativt måste lagtexten ändras för att anpassas efter EU-domstolens rättspraxis. I det stora hela är emellertid undantagen lika och korrigeringen i svensk rätt skulle inte behöva vara alltför omfattande. Det skulle snarare vara tillräckligt med en ny tolkning av den befintliga bestämmelsen som överensstämmer med EU-rätten och *Pelham and others*.

---

<sup>217</sup> Se om detta i avsnitt 2.4.2.

<sup>218</sup> Se om detta i avsnitt 2.1.2.

### 5.3 Finns en ny syn på citaträtten?

Det har tidigare uttalats att ett förfogande såsom sampling rimligtvis skulle falla utanför citaträtten. Anders Olin har påpekat att en förutsättning för att frågan ska aktualiseras är att det återgivna partiet består av mer än enstaka ord eller ljud och alltså är av sådant omfång att det kan anses representera verket. Det konstaterades dock slutligen att tillåtligheten av sampling får bedömas med utgångspunkt från omständigheterna i det enskilda fallet.<sup>219</sup> Innan *Pelham and others* var det oklart om citaträtten var tillämplig på sampling men i och med avgörandet har EU-domstolen numera slagit fast att det är möjligt att citera musik i ett nytt verk om ljudavsnittet ingår i en dialog med originalet.

Visserligen har det tidigare varit oklart om citaträtten överhuvudtaget kan tillämpas på musikaliska verk och sampling men EU-domstolen synes gå mot en mer användarvänlig tillämpning genom att det finns ytterligare möjligheter att använda sig av sampling. Citaträtten har även tidigare aktualiserats framförallt för litterära verk och hur det kan komma att tillämpas i fråga om musikaliska verk kommer bli intressant att se.<sup>220</sup> Framtiden kommer få visa vad som krävs för att ett musikaliskt verk ska anses vara i dialog med originalet. En sådan dialog skulle kunna vara kritiserande eller uppmuntrande, men någon form av interaktion med originalverket måste finnas.<sup>221</sup>

### 5.4 Sample som igenkännbart ljudavsnitt

Om ett sample är igenkännbart för örat faller det, som ovan nämnt, in under artikel 2 c i infosoc-direktivet medan ett sample som inte är igenkännbart inte anses vara mångfaldigande. Hur ska då åtskillnad göras mellan ett sample

---

<sup>219</sup> Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk* 22 §, Lexino, 2018-12-31, p. 2.3.

<sup>220</sup> Jfr avsnitt 2.5.1.1.

<sup>221</sup> Jfr Jütte, *CJEU permits sampling of phonograms under a de minimis rule and the quotation exception*, 2019, s. 2.



som är igenkännbart för örat och ett som inte är det? Det finns i dagsläget ingen tydlig gräns.

Denna fråga har ansetts vara svår då samplet, oavsett om det är igenkännbart eller inte, är taget från en tredje part och att det i princip kräver licens från rättighetsinnehavaren. Enligt Eleonora Rosati bör det inte spela någon roll om användningen syftar till att omvandla verket eller inte för att avgöra om det är ett mångfaldigande. Hon ifrågasätter om det är tillräckligt att det saknas igenkänning för att rättighetsinnehavare ska förlora rätten att kontrollera mångfaldigande av deras verk. Rosati menar att användningen av samplet, oavsett hur omvandlat det blivit i slutändan, borde föranleda rättighetsinnehavarens rätt till mångfaldigande.<sup>222</sup> Trots att de ideella rättigheterna för närstående rättigheter inte är speciellt starka synes det även anmärkningsvärt att domstolen godkänner ett användande av någon annans verk om det inte är igenkännbart. Detta torde i viss mån vara mer långtgående än det svenska undantaget som enbart godkänner ett användande av ett annat verk som inspiration. Trots att domstolen utgår från ett ekonomiskt perspektiv i denna argumentation torde det ligga något värde i att skapa något från grunden på egen hand istället för att använda någon annans verk.

EU-domstolen undvek i domen en jämförelse mellan rätten till mångfaldigande som tillämpas på verk och rätten till mångfaldigande som tillämpas på andra fall, såsom fonogram. Domstolen undvek på så sätt att hantera effekterna som följer av *Infopaq*. Generaladvokat Maciej Szpunar diskuterade emellertid detta i sitt förslag till avgörande och domstolen synes stödja Szpunars analys att domstolens resonemang om utdrag ur verk inte tillämpas på fonogram då ett fonogram inte är en intellektuell skapelse som består av en komposition av element såsom ord, ljud, färger eller liknande, utan en upptagning av ljud som inte åtnjuter skydd med hänvisning till hur ljuden är ordnade utan med hänvisning till själva upptagningen. Szpunar menade att det till skillnad från verk inte, i ett fonogram, gick att göra en

---

<sup>222</sup> Rosati, *The CJEU Pelham decision: only recognizable samples as acts of reproduction?*, 2019.

distinktion mellan element som inte kan åtnjuta skydd, utan att ett fonogram skyddas som en odelbar helhet.<sup>223</sup> Det är dock ändå intressant att jämföra icke igenkännbara ljudavsnitt med uttalanden i *Infopaq* om att det är den del som uppnår verkshöjd i sig själv som inte får kopieras. Om uttalandena i *Pelham and others* även tillämpas i mål som handlar om upphovsrätt innebär det att både *Infopaq* och *Pelham and others* kommer påverka samma rättsliga situationer.<sup>224</sup>

Det är också intressant att jämföra tillämpningen i *Svenska syndabockar* med EU-domstolens uttalanden i *Infopaq*. I *Infopaq* konstateras att enskilda element inte för sig själva kan utgöra en intellektuell skapelse, utan att det är genom valet, dispositionen och kombinationen som dessa element tillsammans kan uppnå kravet på originalitet och skydd.<sup>225</sup> Mot bakgrund av *Infopaq* och *Svenska syndabockar* torde EU-domstolens uttalande i *Pelham and others* innebära att ljudavsnittet ska ses i sitt sammanhang, alltså tillsammans med resten av låten. I *Pelham and others* uppställs emellertid inget krav på en viss omfattning av ljudavsnittet, även om det synes vara en större utmaning att få ett långt ljudavsnitt att inte vara igenkännbart. De delar som inte är igenkännbara och som inte i sig uppnår verkshöjd får alltså kopieras.

Fråga uppkommer då vad som avgör om ljudavsnittet är igenkännbart för örat eller ej? Om bedömningen utgår från en lyssnare som hör avsnittet i sitt sammanhang med resterande delar av det musikaliska verket, torde sannolikheten att ljudavsnittet anses igenkännbart öka. Bedömningen av om ett ljudavsnitt är igenkännbart eller ej kommer bli beroende av faktorer och standarder som domstolen måste utveckla i en fortsatt dialog med nationella domstolar. Längre ljudavsnitt, som av sin natur kommer vara mer igenkännbara, måste få tillåtelse i förväg om de inte faller under citaträtten.<sup>226</sup>

---

<sup>223</sup> Ibid.; Förslag till avgörande av generaladvokat Maciej Szpunar, mål C-476/17, p. 30.

<sup>224</sup> Jfr diskussionen i avsnitt 5.1.

<sup>225</sup> C-5/08, *Infopaq*, p. 45.

<sup>226</sup> Jfr. Jütte, *CJEU permits sampling of phonograms under a de minimis rule and the quotation exception*, 2019, s. 2.

En *de minimi*-gräns kan anses ha skapats som baseras på kvalitativa kriterier, att det är redigerat eller ändrat och icke igenkännbart för örat för kortare ljudavsnitt.<sup>227</sup>

## 5.5 Rättighetsbalanseringen

Det har argumenterats för att EU-domstolen genom bland annat *Funke Medien* öppnar upp dörren för ett missbruk av upphovsrätten som en censureringsmetod. Även om EU-domstolen dömt att de föreskrivna undantagen och inskränkningarna ska tolkas i enlighet med den grundläggande rätten till informationsfrihet, kan det menas att undantagen och inskränkningarna för snabbt får ge vika för att återspegla deras tyngd i vissa fall.<sup>228</sup>

En annan problematisk aspekt är att inskränkningarna i upphovsrätten är frivilliga men också uttömmande listade i artikel 5 i infosoc-direktivet. Det är därför möjligt att medlemsstater inte implementerar undantag och inskränningar som är relevanta för informationsfriheten och pressfriheten. I dessa fall kommer inte informationsfriheten och pressfriheten tas hänsyn till överhuvudtaget. I fall då upphovsmannen medvetet missbrukar ensamrättigheten för att undanhålla information måste upphovsrätten vägas mot motstående rättigheter för information där hänsyn tas till de specifika omständigheterna i målet. I sådana fall kan det anses att informationsfrihet bör ges prioritet på grund av dess grundläggande vikt för ett fritt demokratiskt samhälle.<sup>229</sup>

I detta hänseende synes rättighetsbalanseringen efter *Pelham and others*, *Spiegel Online* och *Funke Medien* luta mot att låta upphovsrätten väga tyngre än informationsfrihet, yttrandefrihet och frihet för konsten. Detta kan som

---

<sup>227</sup> Ibid. s. 2.

<sup>228</sup> Se Czychowski & Kraetzig, *Copyright as a "censorship right"?! A critical evaluation of two current preliminary ruling proceedings of the CJEU*, 2019.

<sup>229</sup> Jfr. Ibid.

ovan nämnts ses som problematiskt om det utnyttjas i ett censurerande syfte eller om upphovsrätten ges för stort utrymme.

I fråga om sampling och rätten att använda icke igenkännbara ljudavsnitt i det nya verket som ingår i en dialog med originalverket, och således är citat, torde domstolen emellertid inta en mer användarvänlig inställning. Som ovan nämnts innebär en användarvänlig inställning i praktiken att mer utrymme ges till yttrandefriheten, informationsfriheten och friheten för konsten. I vissa fall får alltså upphovsrätten ge vika för andra motstående intressen.

Upphovsrätten synes dock fortfarande, precis som anges i infosoc-direktivets skäl, ges en avgörande tyngd i rättighetsbalanseringen i EU-rätten. En viss användarvänlig inställning torde finnas i förhållande till sampling och citat i musikaliska verk. Syftet även i svensk upphovsrätt har främst varit att skydda upphovsrätten. Undantag om självständiga verk samt tvångslicenser talar emellertid till viss del för en användarvänlig inställning. I både *Pirate-Bay* och *Järnrörsmålet* synes domstolen dock ge upphovsrätten företräde framför yttrandefriheten och informationsfriheten. Vilka konsekvenser *Pelham and others* kommer ha för rättighetsbalanseringen i Sverige återstår att se. Eventuellt innebär målet en vidare harmonisering av infosoc-direktivet som verkar luta mer åt Sveriges nivå av användarvänlighet. Om det svenska undantaget om självständiga verk anses för brett och behöver ändras finns emellertid en risk att svensk rättspraxis drivs mot ett mindre användarvänligt synsätt.

## 6 Avslutande analys och slutsatser

Innan domen i målet *Pelham and others* hade det upphovsrättsliga området för sampling inga klara ramar men det börjar nu klarna i och med EU-domstolens uttalanden. Skyddet för upphovsrättsägare kan inte anses sträcka sig över verk som endast innehåller ljudavsnitt som en del av ett nytt och avgränsat verk och som därför inte är i direkt ekonomisk konkurrens med originalverket eftersom att det inte kan ersätta lagliga kopior av fonogrammet. Sampling är vidare inte intrång i den närstående rättighetsägarens ensamrätt i de fall ljudavsnittet är modifierat till en grad då det inte är igenkännbart eller i de fall då det ingår i en dialog med originalverket.

I linje med EU-domstolens tidigare uttalanden har det återigen klargjorts att medlemsstater inte får föreskriva mer vidsträckta undantag från eller inskränkningar av fonogramframställarens rätt än de som regleras i artikel 5 i infoc-direktivet. I och med Sveriges skyldighet att anpassa lagstiftningen och tillämpningen efter EU-domstolens avgöranden och direktiv måste undantaget om självständiga verk i 4 § 2 st. URL ses över. Förteckningen över tillåtna undantag från upphovsrätten i artikel 5 i infoc-direktivet är nämligen uttömmande. I min mening är det möjligt att undantaget om självständiga verk i praktiken kan tillämpas på samma vis som det som uttalas i *Pelham and others* genom att bland annat använda kriterierna om igenkännbara ljudavsnitt. Likheten mellan ett ljudavsnitt som omvandlats i den grad att det inte är igenkännbart och att ett nytt självständigt verk ansetts ha skapats är trots allt stor. Det är därför med stor sannolikhet möjligt att anpassa det svenska undantaget efter EU:s kriterier. Det är även möjligt att 4 § 2 st. URL följer de grundläggande regleringarna om upphovsrätt, i den mening att ett omvandlat, självständigt verk inte faller inom upphovsmannens upphovsrätt och därmed inte anses vara ett undantag som går utöver de som listas i artikel 5 i infoc-direktivet. I slutändan finns en risk att Sverige har en skyldighet att ändra undantaget, antingen genom rättspraxis eller genom lagändring.

Vi synes även gå mot en förändrad syn på citaträtten. Tidigare har citaträtten främst ansetts lämplig att använda i litterära verk och inte i musikaliska verk. Vi går nu mot en tid då citering eventuellt kommer bli mer vanligt i musikaliska verk förutsatt att det är möjligt att nå upp till kraven för att vara i dialog med ursprungsverket. Användandet av ett musikaliskt verk kan således utgöra citat.

I min mening bör uttalandena i *Pelham and others* även kunna tillämpas i förhållande till upphovsrätt. De ekonomiska incitamenten för att förhindra sampling bör nämligen vara desamma som för upphovsrättsägare som för närstående rättighetsägare. Uttalandena bör även kunna tillämpas i förhållande till upphovsrätt eftersom att skyddet för närstående rättigheter inte bör vara bredare än för upphovsrätten samt att konsekvenserna av sampling bör vara samma för upphovsrättsägare som för närstående rättighetsägare.

Genom att det nu anses vara tillåtet med sampling om ljudavsnittet inte är igenkännbart synes EU-domstolen i viss mån anpassa sig till en mer användarvänlig inställning. Vad som i det enskilda fallet bedöms vara ett igenkännbart ljudavsnitt kommer också påverka hur användarvänligt synsättet i *Pelham and others* är i praktiken. Domstolen har uttalat att även mycket korta ljudavsnitt kan utgöra intrång om de är igenkännbara, men har inte i övrigt uttalat sig om hur ett längre ljudavsnitt kan komma att bedömas i förhållande till igenkännbarheten. Det har emellertid uttalats att en tolkning som tillåter rättighetsinnehavare att förhindra kreativt yttrande i förhållande till väldigt korta sampels misslyckas med att balansera de grundläggande rättigheterna. Bedömningen kommer bli beroende av olika faktorer som domstolen i framtiden måste utveckla. Om bedömningen ska utgå från en lyssnare som hör ljudavsnittet i sitt sammanhang såsom kan antas mot bakgrund av *Infopaq* och *Svenska syndabockar*, alltså hela det musikaliska verket, torde sannolikheten öka för igenkänning.

Rättighetsbalanseringen mellan upphovsrätt och närstående rättigheter å ena sidan, och yttrandefrihet och informationsfrihet å andra sidan, kan anses avspeglas i hur användarvänlig lagstiftningen är. Med denna utgångspunkt synes den svenska rätten vara något mer användarvänlig än EU-rätten mot bakgrund av bland annat undantaget om självständiga verk och hur detta har tolkats i rättspraxis. EU-domstolen har i *Pelham and others*, *Spiegel Online* och *Funke Medien* gjort klart att nationella domstolar ska ta hänsyn till grundläggande rättigheter men att skyddet för upphovsrätten är starkt och att inskränkningar inte kan motiveras med hänsyn till informationsfrihet och yttrandefrihet.

Anledningen till att rättighetsbalanseringen är komplex och situationsbaserad är att både upphovsrätten och övriga grundläggande intressen är viktiga för vårt demokratiska samhälle. Ingen tolkning får leda till att ett intresse helt bortses från genom antingen censurering eller att incitament för skapande försvinner. Den bedömning som EU-domstolen gjort i *Pelham and others* tycks göra en skälig avvägning mellan olika intressen och möjliggör för användare att uttrycka sig i konst och genom sampling utan att det leder till att upphovsrättsskyddet samt ekonomiska och ideella incitament försvinner för nyskapande upphovsmän.

I slutändan optimeras alltså intressebalanseringen av upphovsrätt och andra grundläggande rättigheter för sampling i EU och Sverige genom en bedömning av det enskilda fallet som både tar hänsyn till frihet för konsten men som också upprätthåller det starka skyddet för upphovsrätten. Att sampling numera är tillåten utan tillstånd när ljudavsnittet inte är igenkännbart eller när det ingår i en dialog med det tidigare verket utgör ett exempel på hur rättighetsbalanseringen kan göras för att ta hänsyn till både upphovsrätt och frihet för konsten.

# Käll- och litteraturförteckning

## Litteratur

Bernitz, Ulf, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens – upphovsrätt, patent, mönster, varumärken, namn, firma, otillbörlig konkurrens*, upplaga 13, Stockholm: Jure förlag 2013.

Carlén-Wendels, Thomas, *Medierätt 3 – upphovsrätt*, 3:e upplagan, Lund: Studentlitteratur 2011.

Fagerström, Göran, *Copyright och tryckfrihet för författare och bokutgivare*, Stockholm: Bokverket 2016.

Hellstadius, Åsa, *Immaterialrätt och marknadsrätt - ur praktiskt perspektiv*, Visby: Wolters Kluwer 2016.

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod – teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, upplaga 2:3, Visby: Norstedts Juridik, 2011.

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, upplaga 1:4, Lund: Studentlitteratur 2013.

Lebeck, Carl, *EU-stadgan – om grundläggande rättigheter*, upplaga 2:1, Lund: Studentlitteratur 2016.

Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, upplaga 11:1, Stockholm: Wolters Kluwer 2017.

Lundgren, Jonatan, *Upphovsrätt och Internet*, upplaga 1, Sundbyberg: Docendo 2006.



Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 1 §*: en kommentar, Karnov Group, hämtad 2019-11-07.

Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 1 §*, Lexino, 2018-12-30.

Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 4 §*, Lexino, 2018-12-30.

Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 11 §*, Lexino, 2018-12-30.

Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 22 §*, Lexino, 2018-12-31.

Olin, Anders: *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 45 §*, Lexino, 2018-12-31.

Olin, Anders, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 46 §*: En kommentar, Karnov Group, hämtad 2019-12-19.

Olin, Anders: *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 46 §*, Lexino, 2018-12-31.

Olsson, Henry, *Copyright – Svensk och internationell upphovsrätt*, Stockholm: Norstedts Juridik 2015.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 3:e upplagan, Stockholm: Nordstedts Juridik 2015

Stannow, Henrik, *Musikjuridik – handbok i upphovsrätt och musik*, Stockholm: CKM 2014.

Valentin Rehncrona, Pia, *Immaterialrättens grunder*, upplaga 4, Lund: Studentlitteratur 2017.

### **Artiklar**

Griffiths, Jonathan, *European Union copyright law and the Charter of Fundamental Rights – Advocate General Szpunar’s Opinions in (C-469/17) Funke Medien, (C-476/17) Pelham GmbH and (C-516/17) Spiegel Online*, Academy of European Law, publicerad online 8 maj 2019.

Jütte, Bernd Justin, *CJEU permits sampling of phonograms under a de minimis rule and the quotation exception*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2019, Vol. 14, No. 11.

Jütte, Bernd Justin & Quintais, Joao Pedro: *Advocate General turns down the music – sampling is not a fundamental right under EU copyright law: Pelham v Hutter*, E.I.P.R. 2019, 41(10), 654-657.

Rosén, Jan, *Informationsfriheten eller respekt för upphovsrätten – järnrörsfilmen redo för Högsta domstolens prövning*, NIR, PMT 1473-18, 15 juli 2019.

Wennersten, Ulrika, *Nytt och självständigt verk eller bearbetning. Några kommentarer i anledning av NJA 2017 s. 75 (Svenska syndabockar)*, Nordiskt Immaterialt Rättsskydd (NIR), 21 februari 2017. Hämtad 10 december 2019 från: <<https://www.nir.nu/notis/NIR2019W5>>

### **Elektroniska källor**

Ben, *THE COPYCAT – in the wake of ”Blurred Lines” – more blurred lines*, 12 augusti 2019, The 1709 Blog. Hämtad 4 december 2019 från: <<http://the1709blog.blogspot.com/2019/08/the-copykat-in-wake-of-blurred-lines.html>>

Bosher, Hayleigh, *Drake sued for copyright infringement of a beat*, The IPKat, 9 september 2019. Hämtad 4 december 2019 från: <<http://ipkitten.blogspot.com/2019/09/drake-sued-for-copyright-infringement.html>>

Czychowski, Christian & Kraetzig, Viktoria, *Copyright as a "censorship right"?! A critical evaluation of two current preliminary ruling proceedings of the CJEU*, Kluwer Copyright Blog, Wolters Kluwer, 14 oktober 2019. Hämtad 5 december från: <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/10/14/copyright-as-a-censorship-right-a-critical-evaluation-of-two-current-preliminary-ruling-proceedings-of-the-cjeu/?print=print>>

Jütte, Bernd Justin & Quintais, João Pedro, *Sample, sample in my song, can they tell where you are from? The Pelham judgment – Part 1*, Kluwer Copyright Blog, Wolters Kluwer, 6 november 2019. Hämtad 6 december 2019 från: <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/11/06/sample-sample-in-my-song-can-they-tell-where-you-are-from-the-pelham-judgment-part-i/>>

Lönnroth, Alexandra, *SVT överklagar beslutet i tvisten om "järnrörsfilmen"*, 14 augusti 2019, SVT. Hämtad 4 december 2019 från: <<https://www.svt.se/nyheter/inrikes/svt-overklagar-beslutet-i-tvisten-om-jarnrorsfilmen>>

Rosati, Eleonora, *BREAKING: CJEU rules that freedom of information and of the press cannot justify a derogation from the rights of copyright holders beyond allowed exceptions and limitations*, 29 juli 2019, The IPKat. Hämtad 4 december 2019 från: <<http://ipkitten.blogspot.com/2019/07/breaking-cjeu-rules-that-freedom-of.html>>

Rosati, Eleonora, *The CJEU Pelham decision: only recognizable samples as acts of reproduction?*, The IPKat, 4 augusti 2019. Hämtad den 4 december 2019 från: <<http://ipkitten.blogspot.com/2019/08/the-pelham-decision-only-recognizable.html>>

Rosati, Eleonora, *BREAKING: CJEU rules that use of a protected work for the purpose of reporting current events does not, in principle, require authorization*, The IPKat, 29 juli 2019. Hämtad den 5 december 2019 från: <<http://ipkitten.blogspot.com/2019/07/breaking-cjeu-rules-that-use-of.html>>

Synodinou, Tatiana, *Reflections on the CJEU's judgment in Spiegel online: is there a golden intersection between freedom of expression and EU copyright law? Part I*, Kluwer Copyright Blog, Wolters Kluwer, 23 september 2019. Hämtad 9 december 2019 från: <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/09/23/reflections-on-the-cjeus-judgment-in-spiegel-online-is-there-a-golden-intersection-between-freedom-of-expression-and-eu-copyright-law-part-i/>>

Voorhoof, Dirk & Høedt-Rasmussen, Inger, *Copyright vs. freedom of expression, ECtHR (5<sup>th</sup> section), 10 January 2013, Case of Ashby Donald and others v. France, Appl. nr. 36769/08*, Kluwer Copyright Blog, Wolters Kluwer, 25 januari 2013. Hämtad 10 december 2019 från: <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2013/01/25/echr-copyright-vs-freedom-of-expression/>>

Voorhoof, Dirk & Høedt-Rasmussen, Inger, *ECHR: Copyright vs. Freedom of Expression II (The Pirate Bay), ECHR Decision of the ECtHR (5th section) of 19 February 2013. Case of Fredrik Neij and Peter Sunde Kolmisoppi (The Pirate Bay) v. Sweden, Appl. nr. 40397/12*, Kluwer Copyright Blog, Wolters Kluwer, 20 mars 2013. Hämtad 10 december 2019 från: <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2013/03/20/echr-copyright-vs-freedom-of-expression-ii-the-pirate-bay/>>

Woolgar, Alex, *Anne Black copyright dispute – originality: how low can you go?*, The IPKat, 10 september 2019. Hämtad 4 december 2019 från: <<http://ipkitten.blogspot.com/2019/09/anne-black-copyright-dispute.html>>

### **Statens offentliga utredningar**

Statens offentliga utredningar 1956:25, *Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk*, Lagförslag auktorrättskommittén, Justitiedepartementet, Stockholm 1956.

Statens offentliga utredningar 2011:32, *En ny upphovsrättslag*, Slutbetänkande av Upphovsrättsutredningen, Stockholm 2011.

### **Propositioner**

Regeringens proposition 2012/13:141, *Förbättrade möjligheter till licensiering av upphovsrätt*, Stockholm den 4 april 2013.

Regeringens proposition 2004/05:110, *Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.*, Harpsund den 10 mars 2005.

Regeringens proposition 1994/95:19, *Sveriges medlemskap i Europeiska Unionen*, Stockholm den 11 augusti 1994.

Kungl. Maj:ts proposition nr 17 år 1960 (1960:17) med förslag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, m.m., Stockholms slott den 27 november 1959.

### **Offentligt tryck från EU**

Court of Justice of the European Union, Press Release No, 98/19, *Judgment in Case C-476/17*, Luxemburg, 29 July 2019, hämtad från [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu).

Förslag till avgörande av generaladvokat Maciej Szpunar, föredraget den 12 december 2018, mål C-476/17.

Fördraget om Europeiska unionen (FEU), konsoliderad version, 2002/C 325/01

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF), konsoliderad version, 2012/C 326/47.

Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna 2010/C 83/02

Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (infosoc-direktivet)

### **Svenska lagar**

Lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL)

Yttrandefrihetsgrundlag (1991:1469)

Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform

Tryckfrihetsförordning (1949:105)

### **Konventioner och protokoll**

Konventionen rörande skydd för framställare av fonogram och olovlig kopiering av deras fonogram, Genève 29 oktober 1971.

Tilläggsprotokoll till konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, antagen i Paris den 20 mars 1952.

Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, Rom, 4.XI. 1950

# Rättsfallsförteckning

## Europadomstolen

Europadomstolen (femte avdelningen), 19 februari 2013. Målet Fredrik Neij och Peter Sunde Kolmisoppi (The Pirate Bay) v. Sverige, Appl. nr. 40397/12.

Europadomstolen (femte avdelningen), 10 januari 2013, Målet Ashby Donald med flera v. Frankrike, Appl. nr. 36769/08.

## EU-domstolen

C-476/17, *Pelham and others.*, 29 juli 2019, Domstolen (stora avdelningen)

C-516/17, *Spiegel Online*, 29 juli 2019, Domstolen (stora avdelningen)

C-469/17, *Funke Medien*, 29 juli 2019, Domstolen (stora avdelningen)

C-310/17, *Levola Hengelo*, 13 november 2018, Domstolen (stora avdelningen)

C-145/10, *Painer*, 1 december 2011, Domstolens dom (tredje avdelningen)

C-5/08, *Infopaq*, 16 juli 2009, Domstolens dom (fjärde avdelningen)

C-403/08 och 429/08, *Premier League*, 4 oktober 2011, Domstolens dom (stora avdelningen)

## Högsta domstolen

NJA 2017 s. 75 (*Svenska syndabockar*)

NJA 2004 s. 149

NJA 2002 s. 178 (*Drängarna*)

NJA 1986 s. 702 (*Demonstrationsmusik*)

**Patent- och marknadsdomstolen**

PMT 14029–16