

# Sampling som upphovsrättslig metod

Vilken typ av kreativitet är skyddsvärd enligt den moderna upphovsrätten?

Jonas Melander

Juridiska institutionen

Examensarbete 30 hp.

Ämnesinriktning: Civilrätt, Upphovsrätt

Vårterminen 2021

Grupphandledare: Marianne Levin

Engelsk titel: Sampling as a method for copyright – Which type of creativity is worth protecting according to modern copyright law?



# Abstract

Copyright has been struggling to keep up with the fast-paced technological advancements and the development of the information society during the last couple of decades. The shift from the analogue to the digital has made it possible to create precise copies out of original works without any quality loss. This makes it harder to monitor the use of protected works, but it also invites to new creative practises, involving the use of already existing works. Sampling music is one of these practices, which has become more accessible in music production since the 1980's because of the technological advancements. One way of describing sampling is when a part of an existing phonogram, often protected by copyright, is incorporated in a new musical work.

The copyright legislation, represented in *inter alia* the Information Society Directive encourages the maintenance and development of creativity by providing a high level of protection to authors and other rights holders. This thesis therefore examines in which ways music sampling is allowed under the copyright legislation to seek a better understanding of which type of creativity that falls within the scope of copyright.

The Court of Justice of the European Union (CJEU) has shed some light upon this question regarding a phonogram producer's reproduction right in judgment of the Court (Grand Chamber) of 29 July 2019, *Pelham*, C-476/17, EU:C:2019:624. The Court found *inter alia* that sampling does not infringe a phonogram producer's reproduction right if the sample is unrecognizable to the ear in the new musical composition. The CJEU also acknowledges that the use of samples in music production can be an exercise of the freedom of the arts protected by article 13 of the Charter of fundamental rights of the EU.

This thesis also examines the author's right to his work, and a performer's right to his performance and considers the exhaustive list of exceptions and limitations in the Information Society Directive. It is concluded that the copyright legislation does not leave much room for sampling without a license from the relevant rights holders. Furthermore, it is argued that the CJEU ruling in *Pelham* has limited a more "ideal" approach set by the Swedish Supreme Court, when interpreting if a potential work should be considered a new work or a reproduction of another work.

It is also concluded that the Information Society Directive's aim at developing creativity can be interpreted as more of an economic goal in making the whole creative industry blossom, rather than making every creative expression desirable under copyright law. This can however be questioned when examining the two main philosophical motives behind copyright as a legal area.



# Förkortningar

|                                     |   |
|-------------------------------------|---|
| DSM-direktivet                      | Europaparlamentets och rådets direktiv 2019/790/EU av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG samt 2001/29/EG                            |
| EKMR                                | Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna   |
| EU                                  | Europeiska unionen  |
| EUD                                 | Europeiska unionens domstol   |
| EU-fördraget                        | Fördraget om Europeiska unionen   |
| EUT                                 | Europeiska unionens officiella tidning  |
| FEU-fördraget                       | Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt  |
| HD                                  | Högsta domstolen  |
| Infosocdirektivet                   | Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället   |
| NIR                                 | Nordiskt immateriellt rättsskydd  |
| NJA                                 | Nytt juridiskt arkiv (avd. I)   |
| NJA II                              | Nytt juridiskt arkiv (avd. II)  |
| PMÖD                                | Patent- och marknadsöverdomstolen   |
| Prop.                               | Regeringens proposition   |
| Rättighetsstadgan                   | Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna  |
| SOU                                 | Statens offentliga utredningar  |
| U&I                                 | Undantag och inskränkningar   |
| URL                                 | Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk  |
| Utlånings- och uthyrningsdirektivet | Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter (kodifierad version) |
| WCT                                 | WIPO-fördraget om upphovsrätt   |
| WIPO                                | Världsgenerationen för den intellektuella äganderätten  |
| WPPT                                | WIPO-fördraget om framföranden och fonogram   |



# Innehåll

|  |    |
|--|----|
| Abstract .....   | 3  |
| Förkortningar.....   | 5  |
| 1 Inledning.....   | 9  |
| 1.1 Bakgrund .....   | 9  |
| 1.2 Problemformulering .....   | 11 |
| 1.3 Syfte och frågeställningar.....  | 12 |
| 1.4 Avgränsningar .....  | 13 |
| 1.5 Metod och material.....  | 14 |
| 1.5.1 Internationellt och EU:s harmonisering av upphovsrätten.....                                   | 14 |
| 1.5.2 Metodologiska överväganden och material.....   | 16 |
| 1.6 Tidigare forskning.....  | 20 |
| 1.7 Disposition.....   | 20 |
| 2 Musikbranschens aktörer och sampling inom musiken .....  | 22 |
| 2.1 Allmänt om musikbranschens aktörer.....  | 22 |
| 2.2 Sampling – ett uttryck med flera betydelser .....  | 23 |
| 2.3 Samplingen och jämförliga förfaranden - i historien och samtiden.....                            | 25 |
| 2.4 Samplingens tillgänglighet och hur den används vid musikskapande – några urval .....             | 28 |
| 3 Vilka svar ger <i>Pelham</i> angående tillåtligheten att sampla musik? .....                       | 30 |
| 3.1 Några inledande synpunkter .....   | 30 |
| 3.2 Bakgrund.....  | 31 |
| 3.3 EUD:s tolkningsfrågor och bedömning.....   | 31 |
| 3.3.1 Tolkningsfrågorna.....   | 31 |
| 3.3.2 Mångfaldiganderätten .....   | 32 |
| 3.3.3 Tillåtna inskränkningar och undantag från mångfaldiganderätten .....                           | 34 |
| 3.4 Kommentarer till <i>Pelham</i> .....   | 35 |
| 4 Sampling i en upphovsrättslig kontext.....   | 38 |
| 4.1 Allmänna utgångspunkter.....   | 38 |
| 4.2 Musikskaparen och den egentliga upphovsrättens skyddsobjekt.....                                 | 38 |
| 4.2.1 Upphovspersonen och det musikaliska verket .....   | 38 |
| 4.2.2 Det EU-autonoma originalitetskriteriet och skyddsfång .....                                    | 41 |
| 4.2.3 Originalitetskriteriet och det musikaliska verket .....  | 43 |
| 4.3 Samplings förhållande till musikskaparens uteslutande ensamrätt att förfoga över sitt verk ..... | 46 |
| 4.3.1 Allmänt .....  | 46 |
| 4.3.2 Den ekonomiska rätten – särskilt mångfaldiganderätten.....                                     | 46 |
| 4.3.3 Den ideella rätten .....   | 48 |
| 4.3.3.1 Allmänt .....  | 48 |
| 4.3.3.2 Namngivelsesrätten .....   | 49 |
| 4.3.3.3 Respekträtten .....  | 50 |
| 4.3.4 Bearbetning eller ett nytt och självständigt verk .....  | 51 |
| 4.3.5 Undantag och Inskränkningar i ensamrätten.....   | 54 |
| 4.3.5.1 Allmänt .....  | 54 |
| 4.3.5.2 Mångfaldigande för privat bruk .....   | 55 |
| 4.3.5.3 Undantaget för användning i pastischsyfte .....  | 55 |

|       |   |    |
|-------|---|----|
| 4.4   | De till upphovsrätten närstående rättigheterna.....   | 56 |
| 4.4.1 | Fonogramframställarens rätt.....  | 56 |
| 4.4.2 | Utövande konstnärers rätt.....  | 57 |
| 4.5   | Analys - när utgör en sampling intrång i annans upphovsrätt eller närstående rätt? .....            | 57 |
| 5     | Samplings plats i upphovsrättens strävan att bevara och utveckla kreativiteten                      |    |
| 5.1   | Kreativiteten och upphovsrätten.....  | 60 |
| 5.2   | Filosofiska och rättspolitiska utgångspunkter.....  | 61 |
| 5.2.1 | Allmänt .....   | 61 |
| 5.2.2 | Etiska och moraliska argument.....  | 62 |
| 5.2.3 | Incitamentbaserade argument.....  | 62 |
| 5.3   | Rättspolitiska och filosofiska argument i den moderna upphovsrätten.....                            | 63 |
| 5.4   | Analys – sampling som ett uttryck för skyddsvärd kreativitet enligt den moderna upphovsrätten?..... | 65 |
| 6     | Svaren på forskningsfrågorna.....   | 67 |
|       | Källförteckning.....  | 71 |



# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Musikaliska verk nedskrivna på notblad eller jämförliga sätt har erkänts rättsligt skydd mot otillbörligt mångfaldigande allt sedan 1810 års tryckfrihetsförordning.<sup>1</sup> De många tekniska framstegen som har lett till informationssamhällets era har sedan notskriftens guldålder på 1700-talet<sup>2</sup> nödvändiggjort en modernisering av upphovsrätten. Den moderna upphovsrättens räckvidd har utvidgats till att omfatta allt mänskligt skapande som kan inordnas under det upphovsrättsliga verksbegreppet; därtill har de till upphovsrätten närstående rättigheterna fått ett skydd.<sup>3</sup>

Ett exempel på hur det upphovsrättsliga landskapet har anpassat sig till de tekniska framstegen är när fixering av ljud på ett medium blev möjligt. Det upphovsrättsliga regelverket svarade, även om det dröjde, med att ge de så kallade fonogramframställarna ett skydd för sina upptagningar och de utövande musikererna en rätt till sina framföranden.<sup>4</sup> Musikdistribution har sedan dess gått från den analoga grammofoonskivan till den digitala CD-skivan och numera online via olika streamingplattformar och har därmed gett förutsättningar till att nyttja andras intellektuella prestationer på helt nya sätt. Med hjälp av en dator går det numera att kopiera och redigera hela, eller delar av ett alster utan kvalitetsförlust, vilket har medfört stora utmaningar för den upphovsrättsliga ensamrätten i både ett praktiskt och juridiskt avseende. Det har nämligen visat sig vara svårt att kontrollera flödet av upphovsrättsligt skyddade prestationer online, vilket har lett till världsomfattande problem med piratverksamheter.<sup>5</sup>

Men de tekniska framstegen har också medfört nya möjligheter till skapande, inte minst på musikens område. I takt med teknikens förvandling av musikdistributionen och de nya tekniska möjligheterna vid musikskapande har nya musikgenres och uttryck blomstrat. Detta har visserligen pågått långt innan den digitala revolutionen, men teknikens påverkan går inte att bortse från. Redan på 1940-talet började *Pierre Schaeffer* manipulera magnetband<sup>6</sup> med förinspelade ljud på,

---

<sup>1</sup> SOU 1956:25 Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk, s. 35 f.

<sup>2</sup> Se t.ex. Tschmuck, P., *Creativity and Innovation in the Music Industry*, [Elektronisk resurs] 2 u., Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012, s. 9.

<sup>3</sup> Olsson, H., *Copyright: svensk och internationell upphovsrätt*, 10 u., Norstedts juridik, 2018, s. 24–28; se 1 § och 5 kap. URL.

<sup>4</sup> Se t.ex. SOU 1956:25, s. 355 ff.

<sup>5</sup> Levin, M., Hellstadius, Å., *Lärobok i immaterialrätt: upphovsrätt, patenträtt, mönster- och formgivningrätt, känneteckensrätt - i Sverige, EU och internationellt*, 12 u., Norstedts Juridik 2019, s. 581.

<sup>6</sup> Den tidens tekniska medium för att spela in och spela upp musik.

vilket kom att bli känt som *musique concrète*.<sup>7</sup> I mitten av 1970-talet började så kallade *Masters of Ceremonies* att manipulera ljudet från livespelade vinylskivor för att skapa olika slags rytmiska effekter, vilket var startskottet för hip-hopen som musikgenre. Dessa uttrycksätt möjliggjordes av de tekniska framstegen, men det krävdes också en kreativ användning av den tillgängliga tekniken från utövarna. Detta är bara två exempel bland flera på analoga föregångare till det som inom musiken idag kallas för sampling.<sup>8</sup>

Sampling har av Europeiska unionens domstol (EUD) beskrivits som en teknik inom musiken som innebär att ett ljudavsnitt från ett befintligt fonogram återanvänds i syfte att skapa ett nytt verk.<sup>9</sup> I upphovsrättslig mening kan användandet av samplingsinnehåll innebära intrång i annans upphovsrätt eller i någon av de närstående rättigheterna om det samplade ljudavsnittet utgör en framställning av ett exemplar av ett befintligt verk, en fonogramframställares ljudupptagning eller en utövarns framförande enligt 2, 45 eller 46 §§ lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL).

Fastän digitala samplingsinnehåll har använts vid musikskapande sen 1980-talet, har det mig veterligen inte förekommit någon rättstvist gällande ett (påstått) otillåtet samplingsförfarande vid svensk domstol. En anledning till detta kan vara att tvister på musikens område ofta görs upp utanför domstol.<sup>10</sup> Inom musikbranschen tycks det också vara en vanlig uppfattning att rättsinnehavarnas tillstånd alltid måste inhämtas för att sampla från någon annans musik. Det framgår av bland annat Svenska tonsättares internationella musikbyrås<sup>11</sup> (STIM) och Musikförläggarnas<sup>12</sup> respektive webbplatser.<sup>13</sup> Organisationernas ställningstaganden kan dock ifrågasättas efter att EUD:s stora avdelning i dom av den 29 juli 2019, *Pelham*, C-476/17, EU:C:2019:624, har fastställt att en sampling tagen från ett skyddat fonogram inte alltid utgör ett intrång i en fonogramframställares ensamrätt och att en avvägning mellan upphovsrätten och andra allmänna och enskilda intressen måste göras.

---

<sup>7</sup> Demers, J.T., *Steal This Music: how intellectual property law affects musical creativity*, [Elektronisk resurs], 2006, s. 73.

<sup>8</sup> Se t.ex. Tschmuck, s. 169 och där angiven not 10; Demers, Music, s. 73.

<sup>9</sup> Se EUD:s dom av den 29 juli 2019, *Pelham*, C-476/17, EU:C:2019:624, p. 35. Denna uppsats visar dock att begreppet sampling används även i andra situationer inom musiken.

<sup>10</sup> Levin, s. 93.

<sup>11</sup> STIM är en medlemsorganisation för den som skapar musik och för musikförlag.

<sup>12</sup> Musikförläggarna är de svenska musikförlagens branschorganisation.

<sup>13</sup> <https://www.stim.se/sv/hitta-svar/alla-vanliga-fragor/vilka-regler-galler-nar-man-vill-gora-en-remix-eller-sampla-fran>; <https://musikforlaggarna.se/upphovsratt/att-anvanda-musik/> (Lydelse: 18-05-2021).

## 1.2 Problemformulering

I 2–3 §§ URL stadgas upphovspersonens<sup>14</sup> uteslutande ensamrätt att förfoga över sitt verk genom exemplarframställning och tillgängliggörande av verket för allmänheten samt att upphovspersonens ideella intressen ska respekteras. Detta ger upphovspersonen en möjlighet till erkännande i såväl ett ekonomiskt som ideellt avseende. Enligt lagförarbetena ska detta motivera ett fortsatt skapande och bidra till den kulturella utvecklingen i samhället.<sup>15</sup>

Upphovsrätten och de närstående rättigheterna har också kommit att få en stor betydelse för den sociala och ekonomiska utvecklingen i samhället i stort. Genom att tilldela rättsinnehavarna en ensamrätt kan investeringar i kreativa verksamheter bli lönsamma vilket kan leda till att bland annat fler arbetstillfällen skapas samtidigt som kulturlivet blir rikare.<sup>16</sup> Ett syfte med den upphovsrättsliga ensamrätten är således att ge skydd för det kreativa skapandet, som ska antas leda till fortsatt kreativt skapande och i sin tur bidra till social, kulturell och ekonomisk tillväxt.<sup>17</sup> Av skäl 9 i ingressen till Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (infosocdirektivet) framgår detta ändamål tydligt genom att bland annat ange att en hög skyddsnivå för det intellektuella skapandet och de närstående rättigheterna är av avgörande betydelse för att bevara och utveckla kreativiteten samtidigt som immaterialrätten erkänns som en integrerad del av äganderätten.

Det kreativa skapandet kan ta sig i olika uttryck men är ofta, om inte alltid, i någon mån inspirerat av tidigare kreativa insatser. I motiven till URL uttrycks detta med att "... även upphovsmannen bygger vidare på de landvinningar på konstens och litteraturens fält, som hans föregångare ha gjort, och arbetar i de flesta fall längs de utvecklingslinjer, som kunna spåras i samtiden".<sup>18</sup> En upphovsrättsligt relevant fråga är därför när skapande inspirerat av befintliga verk övergår till ett intrång i annans upphovsrätt. Som föregående avsnitt just visat, kan användandet av samplingar inom musiken innebära att delar av upphovsrättsligt skyddade verk utnyttjas i skapandet av ett nytt musikaliskt verk. Användningen av samplingar sätter därför frågan om inspiration eller intrång på sin spets. På musikens område kompliceras detta ytterligare genom att de närstående rättigheterna tillhörande utövande konstnärer och fonogramframställare enligt 45 och 46 §§ URL också kan aktualiseras när ett fonogram nyttjas. Fonogramframställarens rätt till sin upptagning är dessutom oavhängig upphovsrätten och istället kopplad till upptagningen som sådan.

---

<sup>14</sup> Med begreppet upphovsperson avses ingen skillnad gentemot den i lag stadgade upphovsmannen.

<sup>15</sup> SOU 1956:25, s. 85; se också skäl 9 infosocdirektivet.

<sup>16</sup> Se t.ex. skälen 4–5 infosocdirektivet; jfr. Olsson, s. 41 f.

<sup>17</sup> Se t.ex. skälen 4–5 infosocdirektivet och skäl 9; EU:s Grönbok av den 19 juli 1995 om upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället KOM(95) 382, s. 10 ff.

<sup>18</sup> SOU 1956:25, s. 66 f.

I *Pelham* besvarade EUD:s stora avdelning till viss del frågan om gränsen mellan inspiration och intrång, förkroppsligad i en tvist om en olicensierad samplingssekvens i en ny komposition utgjorde ett intrång i en fonogramframställares rätt till sin upptagning.<sup>19</sup> EUD konstaterade bland annat att användandet av samplingar vid musikskapande omfattas av friheten för konsten och att en skälig avvägning måste göras mellan rätten till immateriell egendom och rätten till konstnärligt skapande som en del av yttrandefriheten.<sup>20</sup> Användandet av samplingar inom musiken borde därför kunna bidra till den kreativa utvecklingen och således omfattas av upphovsrättens mål att främja kreativitet.

Enligt EUD utgör en sampling från ett skyddat fonogram inte ett intrång i en fonogramframställares mångfaldiganderätt om samplingen inte är igenkännbar i det nya verket.<sup>21</sup> Om samplingen däremot går att känna igen i det nya verket utesluter inte EUD att det som samplats kan omfattas av citaträtten.<sup>22</sup> En fråga är emellertid vad EUD:s resonemang i *Pelham* innebär för möjligheten att sampla i ett annat fall? Kan upphovsrättens syfte att stimulera kreativt skapande genom erkännandet av en hög upphovsrättslig skyddsnivå upprätthållas även i förhållande till användandet av samplingar som ett kreativt uttrycksmedel, och vilka andra intressen beaktas av lagstiftaren vid denna avvägning?

### 1.3 Syfte och frågeställningar

Den här uppsatsen syftar därför till att utreda vilka förutsättningar gällande rätt ger musikskapare att använda sig av samplingar vid komponering av musik. Syftet innefattar en analys av de materiella upphovsrättsliga reglerna som de framträder i de tillämpliga rättskällorna på området, men också av de ändamål som de materiella reglerna avser att upprätthålla. Utredningen läggs till grund för att utvärdera hur tillåtligheten att använda sig av samplingar vid musikskapande enligt gällande rätt förhåller sig till upphovsrättens syfte att främja det kreativa skapandet. Utvärderingen görs i ljuset av den moderna upphovsrätten och med beaktande av de motiv som ligger till grund för upphovsrätten som rättsområde. Syftet konkretiseras i följande frågeställningar:

- i. Hur används samplingar inom musiken och vilka konsekvenser kan utfallet av *Pelham* antas medföra för musikskapares möjligheter att använda sig av samplingar vid musikskapande enligt gällande rätt?
- ii. Hur görs den juridiska avvägningen mellan upphovsrätten och konstens frihet som är representerade i artiklarna 17.2 respektive 13 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna?

---

<sup>19</sup> *Pelham*, p. 34 och 35.

<sup>20</sup> *Pelham*, p. 34 och 35.

<sup>21</sup> *Pelham*, p. 36 och 39.

<sup>22</sup> *Pelham*, p. 72.; Se också infocodirektivet art. 5.3 som har införlivats genom 22 § URL.

- iii. Vilken typ av kreativitet omfattas av upphovsrättens syfte att bevara och utveckla kreativiteten?

## 1.4 Avgränsningar

Eftersom uppsatsen behandlar hur upphovsrätten förhåller sig till sampling av musik utgör det i sig en naturlig avgränsning av uppsatsens omfång. Gränsen mellan vad som utgör ett lovligt respektive olovligt nyttjande av upphovsrättsligt skyddat material kommer att behandlas inom detta omfång. Uppsatsen behandlar inte förutsättningarna för ansvar och den ersättningsskyldighet som kan bli aktuell vid upphovsrättsintrång enligt 7 kap. URL. Anledningen till detta är att ett av uppsatsens fokusområden är på *var* gränsen går mellan intrång och självständigt intellektuellt skapande och således inte på konsekvenserna i ett civil- eller straffrättsligt hänseende av en sådan gränsdragning.

Den ekonomiska rätten utgörs av mångfaldiganderätten och rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten enligt 2 § URL. Kompositioner som innehåller samplingar kan göras tillgängliga för allmänheten på de i 2 § 3 st. URL angivna sätten, förutom som offentlig visning i 3 p.<sup>23</sup> För att en sampling ska kunna utgöra en del av en ny komposition måste samplingen emellertid återanvändas från ett befintligt alster. Frågan om samplingen i den nya kompositionen utgör ett mångfaldigande av det alster som samplingen har tagits från blir därmed avgörande vid en intrångsbedömning i annans rätt. Av den anledningen kommer uppsatsen i huvudsak att fokusera på mångfaldiganderätten som del av den ekonomiska rätten.

Sampling kan även förekomma i andra former än genom ljud.<sup>24</sup> Men den här uppsatsen behandlar hur regleringen av sampling av ljud, främst musik, hanteras enligt gällande rätt. I den mån det är relevant för att tillgodose uppsatsens syfte används även andra former av liknande företeelser inom andra konst- och litteraturformer som jämförelseobjekt.

---

<sup>23</sup> Enligt prop. 2004/05:110 Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m., s. 379 f. hamnar direkta framföranden av musikaliska verk under offentligt framförande oavsett om ett tekniskt hjälpmedel används eller inte. Eftersom en sampling inte går att spela upp utan tekniskt hjälpmedel kan ett verk innehållande en sampling inte visas offentligt.

<sup>24</sup> Se t.ex. Stannow, Henrik, *Musikjuridik – handbok om upphovsrätt och musik*, 5 u., CKM förlag, 2014, s. 145, där författaren beskriver sampling av bilder.

## 1.5 Metod och material

### 1.5.1 Internationellt och EU:s harmonisering av upphovsrätten

Upphovsrätten i Sverige har länge influerats av dels internationella överenskommelser och konventioner, dels ett nordiskt samarbete.<sup>25</sup> Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk<sup>26</sup> sägs ofta vara den mest framträdande konventionen och har gett en grundstruktur till det internationella upphovsrättsliga skyddet genom bland annat krav på nationell behandling och erkännandet av minimirättigheter till upphovspersoner.<sup>27</sup> Sveriges internationella åtaganden införlivas i svensk rätt genom URL:s tillämplighet på prestationer som skyddas av dessa instrument till följd av bestämmelserna i den internationella upphovsrättsförordningen (1994:193) där också vissa kompletterande regler för dessa situationer finns. Sveriges internationella åtaganden uppfylls således genom nationell lagstiftning och tillämpningen av densamma i svenska domstolar.<sup>28</sup>

Under de senaste decennierna har upphovsrätten därtill genomgått en EU-rättslig harmonisering. Ett tiotal upphovsrättsakter, främst i direktivform, har genomförts i medlemsstaterna.<sup>29</sup> Det är en del av den ”europeisering” som omfattar immaterialrätten i stort.<sup>30</sup> Det centrala EU-rättsliga regelverket på upphovsrättsområdet är infosocdirektivet. Sedan direktivets införlivande i medlemsstaternas rättsordningar i början av 2000-talet har de många efterföljande förhandsavgöranden från EUD, där viktiga direktivbestämmelser tolkats, haft en stor inverkan på upphovsrätten i Sverige.<sup>31</sup>

EUD har ett exklusivt tolkningsföreträde av EU:s rättsakter enligt artikel 19 i fördraget om Europeiska unionen (EU-fördraget) och utgör därmed den högsta instansen vid tolkning av EU-rätten.<sup>32</sup> Allmänt gäller att EU-rätten har företräde framför nationell rätt när den är tillämplig, antingen genom så kallad direkt effekt eller genom direktivkonform tolkning.<sup>33</sup> Det senare innebär att bestämmelserna i ett direktiv så långt det är möjligt ska tolkas så att det resultat som är förenligt med direktivets syfte kan uppnås.<sup>34</sup> Vid direktivkonform tolkning kan nationell

---

<sup>25</sup> För det nordiska samarbetet se t.ex. SOU 1956:25, s. 47 ff.; se t.ex. Olsson, s. 383–397 för en överblick av de mest centrala internationella instrumenten relaterade till upphovsrätten och vad de reglerar.

<sup>26</sup> Senast ändrad 28 september 1979.

<sup>27</sup> Prop. 2004/05:110, s. 40; se även Olsson, s. 386 ff.

<sup>28</sup> Se Axhamn, J., *Striving for Coherence in EU Intellectual Property Law: A Question of Methodology*, Karnell, G. (red.), Liber Amicorum Jan Rosén, Visby, 2016, s. 46. som menar att en skillnad mellan EU-rätten och många internationella instruments genomslag i medlemsstaterna är att de senare inte har någon auktoritativ uttolkare eller mekanism för effektiv tillämpning på medlemsstatsnivå. Innehållet i de internationella instrumenten kan därför inte garanteras en autonom och uniform innebörd.

<sup>29</sup> För en överblick se t.ex. Olsson, s. 397–408.

<sup>30</sup> Se t.ex. Axhamn, *Striving for Coherence*, s. 35.

<sup>31</sup> Se t.ex. Bernitz, U., *EU-rätt och nationell upphovsrätt – finns det kvar några nationella delar som inte berörs av EU-rätten*, NIR 2020 s.71–77; Levin, s. 65.

<sup>32</sup> Se särskilt artikel 19.3 FEU; se också Axhamn, *Striving for Coherence*, s. 44 ff.

<sup>33</sup> Reichel, J., *EU-rättslig metod*, Nääv, M., Zamboni, M. (red.), *Juridisk metodlära*, 2 u., Studentlitteratur, Lund, 2018, s. 123 ff.

<sup>34</sup> EUD:s dom av den 19 april 2016, *DI*, C-441/14, EU:C:2016:278, p. 31.

rätt därför få en annan innebörd än om endast nationella rättskällor beaktas.<sup>35</sup> Ett direktiv ska dock inte tolkas *contra legem* i den nationella rättsordningen eftersom det skulle strida mot fundamentala rättsprinciper.<sup>36</sup> Mot bakgrund av EUD som prejudikatinstans och EU-rättens företrädare kommer EUD:s praxis att väga tungt vid fastställande av gällande rätt i denna uppsats.

EUD har också utvecklat en metod för att tolka EU-rätten. Utgångspunkten för denna metod är att medlemsstaterna förutsätts tillämpa EU-rätten enhetligt och att EU-rättsliga regler normalt ges en självständig och enhetlig innebörd och räckvidd inom EU.<sup>37</sup> För fastställandet av ett begrepps enhetliga (autonoma) innebörd och räckvidd i ett direktiv, ska lydelsen av den aktuella bestämmelsen, sett till det sammanhang där den framträder och de mål som eftersträvas med rättsakten som helhet samt folkkrätten beaktas.<sup>38</sup> Mer konkret innebär detta att ett odefinierat EU-rättsligt begrepp ska fastställas efter begreppets "...sedvanliga betydelse i vanligt språkbruk, med beaktande av det sammanhang i vilket de används och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som de ingår i".<sup>39</sup>

Folkrättsliga källor kan få särskild relevans om den regel som är uppe för tolkning avser att genomföra ett folkrättsligt åtagande.<sup>40</sup> I detta sammanhang kan nämnas att ett syfte med infocodirektivet är att på ett samordnat sätt införliva Världsoorganisationen för den intellektuella äganderättens (WIPO) två fördrag i medlemsstaterna, nämligen WIPO-fördraget om upphovsrätt (WCT) och WIPO-fördraget om framföranden och fonogram (WPPT).<sup>41</sup> EU har undertecknat fördragen och är på så sätt även skyldig att följa artiklarna 1-21 i Bernkonventionen. Detta framgår av artikel 1.4 WTC och gäller således trots att EU inte är fördragslutande part till Bernkonventionen.<sup>42</sup>

EUD:s tolkningslära har bland annat medfört att ett flertal centrala upphovsrättsliga begrepp såsom till exempel mångfaldigandebegreppet har fått en EU-rättslig autonom innebörd.<sup>43</sup> Emellertid ska dessa begrepp ses som att de utvecklas över en längre tid i förhållande till hur EUD kommer att tolka begreppen mot bakgrund av de sakomständigheter som föreligger i varje enskilt fall.<sup>44</sup> I litteraturen har det också påpekats att det kan "...bli vanskligt att avgöra om en tolkning av ett dylikt allmänt begrepp i ett givet mål bibehåller sin relevans i ett annat mål med ett annat faktaunderlag".<sup>45</sup> Försiktighet är således påkallat vid en analys av hur EU-autonoma begrepp kan tolkas i ett annat fall än det som har varit uppe

---

<sup>35</sup> Se t.ex. EUD:s dom av den 29 april 2004, *Björnekuulla*, C-371/02, EU:C:2004:275, p. 13.

<sup>36</sup> EUD:s dom av den 19 april 2016 *DI*, C-441/14, EU:C:2016:278, p. 32

<sup>37</sup> EUD:s dom av den 16 juli 2009 *Infopaq*, C-5/08, EU:C:2009:465, p. 27 med hänvisningar, där EUD även konstaterar att endast om en viss EU-rättsakt uttryckligen hänvisar till medlemsstaternas nationella rättsordningar kan undantag från tolkningsmetoden göras.

<sup>38</sup> *Infopaq*, p. 32 med hänvisningar.

<sup>39</sup> *Pelham*, p. 28 med hänvisningar.

<sup>40</sup> EUD:s dom av den 7 december 2006, *SGAE*, C-306/05, EU:C:2006:764, p. 35.

<sup>41</sup> Prop. 2004/05:110 s. 36, 44 och 344; skäl 15 infocodirektivet.

<sup>42</sup> Se t.ex. EUD:s dom av den 13 november 2018, *Levola Hengelo*, C-310/17, EU:C:2018:899, p. 38.

<sup>43</sup> Se t.ex. *Infopaq*, p. 27–29 och *Pelham*, p. 28.

<sup>44</sup> Axhamn, *Striving for Coherence*, s. 44 ff.

<sup>45</sup> Rosas, A., *Upphovsrätten som utmaning för EU-domstolen*, NIR 2020, s. 58.

för prövning. Men motstridigheter i tillämpliga rättskällor kan inte alltid rättfärdigas med att sakomständigheterna skiljer sig och vid en kritisk analys bör disharmoni i ett rättssystem påpekas.<sup>46</sup>

EU-rättens inflytande på upphovsrätten innebär att det finns två parallella regelsystem där de rättskällor och tolkningsmetoder som tillämpas i de båda rättsordningarna skiljer sig åt. Sveriges suveräna beslut att ansluta sig till EU har emellertid inskränkt den nationella suveräniteten inom begränsade områden till förmån för att ge EU-rätten genomslag.<sup>47</sup> EU-rättens företrädare, där en direktivkonform tolkning också följer av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) systematik,<sup>48</sup> innebär att EU-rättens rättskällor och EUD:s tolkningsmetoder enligt gällande rätt måste få genomslag på de områden där EU-rätten är tillämplig. Axhamn uttrycker det som att det finns andra så kallade metanormer som styr vilka rättskällor som gör sig gällande på ett av EU-rätten harmoniserat rättsområde än på ett område som inte omfattas av harmoniseringen vid fastställandet av gällande rätt.<sup>49</sup> Auktoriteten i de traditionella rättskällorna inom svensk rätt kommer således många gånger behöva stå tillbaka eller bekräftas av EU-rätten, vilket utvecklas nedan.<sup>50</sup>

För denna uppsats del gäller att de regler i URL som harmoniserats genom infocodirektivet påkallar en direktivkonform tolkning.<sup>51</sup> Eftersom uppsatsen utreder gällande rätt i Sverige, görs hänvisningar i första hand till URL. Endast vid diskrepans mellan URL och bestämmelserna i infocodirektivet finns anledning att konsultera båda rättskällorna för att analysera och klargöra deras innebörd.

### 1.5.2 Metodologiska överväganden och material

I uppsatsen tillämpas den rättsdogmatiska metoden. Metoden är omdebatterad i flera avseenden, inte minst i fråga om vilket material och vilka argument som är godtagbara vid en rättsdogmatisk undersökning.<sup>52</sup> Inledningsvis kan konstateras att rättsdogmatiken har i uppgift att tolka och fastställa gällande rätt i ett visst avseende genom att rekonstruera en del av det normativa rättssystemet, vilket

---

<sup>46</sup> Jfr. Kleineman, J., *Rättsdogmatisk metod*, Nääv, M., Zamboni, M. (red.), Juridisk metodlära, 2 u., Studentlitteratur, Lund, 2018 [s. 21–46], s. 40 f. om *distinguish the case* doktrinen som behandlas där.

<sup>47</sup> Se t.ex. EUD:s dom av den 5 februari 1963, *Van Gend en Loos*, Mål 26/62, EU:C:1963:1; se också EUT nr 115, 09/05/2008, s. 0344, 12008E/AFI/DCL/17, förklaring (nr 17) om företrädare; och 10 kap. 6 § kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform (RF).

<sup>48</sup> EUD:s dom av den 24 januari 2012, *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, p. 24 med hänvisningar.

<sup>49</sup> Axhamn, J., *Databasskydd*, Författaren, Stockholms universitet, 2016, s. 15.

<sup>50</sup> Se t.ex. Reichel, s. 125 f. som menar att de nationella rättskällorna snarare fyller en deskriptiv funktion i dessa sammanhang.

<sup>51</sup> Genom lagen (2005:359 och 360) om ändring i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

<sup>52</sup> Se t.ex. Hjerstedt, M., *Beskrivningar av rättsdogmatisk metod: om innehållet i metodavsnitt vid användning av ett rättsdogmatiskt tillvägagångssätt*, Mannelqvist, R., Ingmanson, S., Ulander-Wänman, C., (red.), *Festskrift till Örjan Edström*, Juridiska institutionen, Umeå universitet, Umeå, 2019, s. 166 f. med hänvisningar; se också Sandgren, C., *Är rättsdogmatiken dogmatisk?* *Tidskrift för Rettsvetenskap*, TfR, vol. 118(4–5), 2005, s. 649 f.



görs genom en bearbetning och analys av de auktoritativa rättskällorna.<sup>53</sup> Rekonstruktionsförfarandet kan därför sägas vara systeminternt, det vill säga att undersökningsobjektet utgörs av rättssystemet själv.

Av detta följer att de argument som är godtagbara vid utredningen av gällande rätt måste utgå från de identifierade rättskällorna och kan på så sätt sägas utgöra *bunden argumentation*.<sup>54</sup> I uppsatsen tillämpas även en mer *öppen argumentation* där annat material än det som följer av rättskälleläran beaktas för att kritiskt granska och utvärdera gällande rätt. Vilken typ av argumentation som ligger till grund för ett visst resonemang eller slutsats framgår av texten och uppsatsens disposition bidrar till att klargöra detta.<sup>55</sup>

Den bundna argumentationen kommer ta sin utgångspunkt i *Pelham* och EUD:s tolkning av relevanta bestämmelser i infosocdirektivet. *Pelham* avgjordes i stor kammare, vilket innebär att avgörandet är av särskild stor betydelse för den fortsatta rättstillämpningen.<sup>56</sup> EUD:s ovan beskrivna tolkningsmetod kommer således tillämpas och de aktuella bestämmelserna i URL kommer att tolkas direktivkonformt. Annan praxis från EUD kommer att beaktas i den mån det är relevant för framställningen av gällande rätt.

Inom EU finns även andra rättskällor utöver EUD:s praxis, nämligen primärrätten och sekundärrätten. Till den förra hör EU-fördraget och EUF-fördraget, Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (rättighetsstadgan) och icke kodifierade allmänna rättsprinciper.<sup>57</sup> Till sekundärrätten hör bland annat förordningar, direktiv och beslut. Tillsammans med EUD:s praxis och internationella avtal som ingåtts av EU<sup>58</sup> utgör primär-, och sekundärrätten bindande rättskällor och principer inom EU. Inom EU finns också så kallad ”soft law” bestående av bland annat rekommendationer och yttranden som inte är formellt bindande. Detsamma gäller ingresser till EU:s sekundärrättsakter och olika typer av lagförarbeten såsom till exempel grönböcker.<sup>59</sup> De icke bindande rättskällorna kan vara till hjälp för att tolka de bindande rättsakterna och för att förstå de motiv och ändamål som eftersträvas med viss lagstiftning.<sup>60</sup> I den mån uppsatsen hänvisar till generaladvokatens yttranden, vars förslag till dom enligt

---

<sup>53</sup> Se t.ex. Sandgren, C., *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation*, Norstedts juridik, Stockholm, 3 uppl., 2015, s. 49; Hjertstedt, s. 166 f.; Jareborg, N., SvJT 2004 Rättsdogmatik som vetenskap, s. 2, 4 och 8, som bl.a. menar att bearbetningen av materialet innefattar syntetisering, strukturering och systematisering.

<sup>54</sup> Se t.ex. Kleineman, s. 28.

<sup>55</sup> Jfr. Kleineman, s. 36 ff.

<sup>56</sup> Två andra domar av den 29 juli 2019, *Spiegel Online*, C-516/17, EU:C:2019:625 och *Funke Medien*, C-469/17, EU:C:2019:623, avgjordes samma dag av EUD, även de i stor kammare. De tre domarna har vissa gemensamma beröringspunkter även om det föreligger skilda sakomständigheter (se avsnitt 3.1).

<sup>57</sup> Bernitz, U., Kjellgren, A., *Europarättens grunder*, 5 u., Norstedts juridik 2014, s. 178 ff. för en överblick av EU:s normhierarki.

<sup>58</sup> Se artikel 216.2 FEUF.

<sup>59</sup> Se EUD:s dom av den 19 juni 2014, *Karen Millen Fashion*, C-345/13, EU:C:2014:2013, p. 31 med hänvisningar angående ingresser till rättsakter; och EUD:s dom av den 26 februari 1991, *Antonissen*, C-292/89, EU:C:1991:80, p. 17–18 angående motiv till rättsakter; se också Bernitz & Kjellgren, s. 187 f.

<sup>60</sup> Jfr. Reichel, s. 127 f.

artikel 252.2 FEUF ska utgöra ett fullständigt, opartiskt och oavhängigt yttrande, utgör inte sådana uttalanden bindande rätt. I generaladvokatens yttranden kan en mer nyanserad och fullständig bild ges av en rättsfråga. Det är inte ovanligt att EUD hänvisar till och bekräftar ett yttrande från generaladvokaten i sina egna domskäl, vilket innebär att det av EUD refererade får status av bindande rätt.<sup>64</sup> I annat fall ser jag på generaladvokatens yttranden på samma sätt som doktrin, vilket utvecklas nedan.

Trots EU-rättens inflytande över den svenska upphovsrätten, finns det ingen enhetlig upphovsrättslig lagstiftning på EU-nivå som avser att reglera alla nationella aspekter av upphovsrätten.<sup>62</sup> I skäl 19 till infosocdirektivet stadgas till exempel att den ideella rätten ska utövas i enlighet med medlemsstaternas lagstiftning och vissa internationella åtaganden. Många delar av upphovsrätten som inte är direkt harmoniserade av EU-rätten är dock indirekt harmoniserade genom EUD:s praxis och på grund av att flera upphovsrättsliga begrepp har fått en EU-rättslig autonom innebörd.<sup>63</sup> Svenska rättskällor och tolkningsmetoder kommer därför inta en begränsad roll när gällande rätt utreds. Dessa konsulteras i första hand för att ge ett vidare sammanhang till en aktuell rättsfråga och intar som huvudregel en mer deskriptiv ställning.<sup>64</sup> Eftersom alla delar av upphovsrätten som sagt inte är fullt harmoniserade, måste i praktiken varje enskilt område utredas efter vilken harmoniseringsgrad som är för handen. De mer traditionella rättskällorna kan emellertid inte helt borträknas vid fastställandet av gällande rätt. Det innebär att lagtext, förarbeten, praxis och doktrin konsulteras, men i ljuset av EU-rätten. I dessa situationer utgör lagtext och praxis formellt bindande rättskällor medan doktrins roll är att kritiskt granska dessa och får således sin auktoritet utefter vilka argument som framförs.<sup>65</sup> Förarbetena, särskilt Auktoritetskommitténs omfattande betänkande i Statens offentliga utredningar (SOU) 1956:25 *Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk* har konsulterats i uppsatsen för en deskriptiv skildring av vissa historiska och traditionella synsätt på upphovsrätten utifrån ett svenskt perspektiv. I övrigt har förarbetena konsulterats i ljuset av svensk rättspraxis på indirekt harmoniserade områden såsom till exempel den ideella delen av upphovsrätten eller för att föra en argumentation i ljuset av EU-rätten.<sup>66</sup>

Det material som används i uppsatsen har redan i viss mån framgått av ovan metodbeskrivning. Vissa aspekter av materialhanteringen tål dock att utvecklas. Det EU-rättsliga materialet som beaktas i uppsatsen är främst infosocdirektivet inbegripet ingressen till detta, EU-rättslig praxis, yttranden från generaladvokaten och EU:s Grönbok av den 19 juli 1995 om upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssambället KOM (95) 382 slutlig, Bryssel 19 juli 1995.

---

<sup>61</sup> Se t.ex. EUD:s dom av den 19 juni 2014, *Karen Millen Fashion*, C-345/13, EU:C:2014:2013, p. 29.

<sup>62</sup> Se t.ex. Rosén, J., *Finns en nordisk upphovsrätt? Introduktion till det XVII Nordiska Upphovsrättskongressen*, NIR 2020, s. 5.

<sup>63</sup> Wennersten, U., *EU-rättsligt oreglerade områden inom upphovsrätten – ett svenskt perspektiv*, NIR 2020, s. 154 ff.

<sup>64</sup> Reichel, s. 126.

<sup>65</sup> Kleinman, s. 28, 33 f., 36.

<sup>66</sup> Jfr. Prop. 1994/95:19 Sveriges medlemskap i Europeiska unionen, s. 529

Beträffande den juridiska litteraturen har jag inte begränsat mig till endast svensk litteratur, utan hänvisar också till utländsk litteratur. En anledning till detta är dels att EU-rätten är tillämplig i 27 medlemsstater. Det innebär att upphovsrättsliga frågor på EU-rättslig nivå har redogjorts för i flera medlemsstaters juridiska litteratur och bidrar därför till ett bredare argumentationsunderlag. Särskilt beträffande sampling och musikens skyddsförutsättningar är litteraturen relativt knapp inom Norden även om det finns en del äldre litteratur, vilket utvecklas i nästföljande avsnitt. En direkt svaghet med att behandla material från olika rättstraditioner och på olika språk är att begreppsförvirring kan uppstå på grund av dels språkbarriärer men också på grund av skillnader mellan olika rättstraditioner. Det blir mest påtagligt vid material från *common law* länder.<sup>67</sup> Genom att jämföra utländskt material med svensk litteratur i den mån det är möjligt har jag försökt att minimera den osäkerhet som kan uppstå.

Jag använder den juridiska litteraturen som ett komplement till EUD:s och (när tillämpligt) HD:s auktoritativa tolkningar av rättskällorna, och tillmäter de argument som framförs i litteraturen auktoritet efter argumentens inre giltighet. Med det menar jag doktrins möjlighet att systematisera de fragment av gällande rätt som ett eller flera prejudikat fastställer, för att sedan tillsammans med ändamålsinriktade argument kritisera eller bekräfta ett rättsligt utfall.<sup>68</sup>

Till sist behandlas även en del icke-juridiskt material i uppsatsen för att ge en inblick i vissa musiktekniska delar som avser att underlätta förståelsen för den fortsatta framställningen, men också för att inhämta argumentationsunderlag till att kritiskt kunna granska gällande rätt efter mer ändamålsinriktade aspekter. Med andra ord kommer det icke-juridiska materialet inte att inverka på bedömningen om samplings rättsliga status enligt gällande rätt.

I uppsatsens senare del förs en mer rättspolitiskt inriktad analys mot bakgrund av slutsatserna om hur gällande rätt behandlar möjligheten att använda sig av samplingar vid musikskapande. Vid denna analys beaktas bland annat rättsfilosofiska motiv bakom upphovsrätten som rättsområde och samplings ”nytta” för utvecklingen av konsten och kreativiteten. Analysen avser att utreda vilken riktning gällande rätt kan antas gå mot i förhållande till det undersökta området. Om en sådan, mer ändamålsinriktad diskussion, kan föras inom den rättsdogmatiska metoden är omdiskuterat.<sup>69</sup> Min uppfattning är dock, likt *Jareborg*, att vägen till att finna nya (ideala) svar är att vidga perspektivet och gå utanför det normativa rättsreglerna.<sup>70</sup> En analys om hur ett rättsområde som upphovsrätten ställer sig i förhållande till yttringar inom den konstnärliga sfären, såsom sampling, kan därför sägas utgöra en av många pusselbitar till en ideal lösning inom det upphovsrättsliga systemet.

---

<sup>67</sup> Kleineman, s. 41 ff.

<sup>68</sup> Kleineman, s. 28, 33 f., 36.

<sup>69</sup> Kleineman, s. 36 ff.

<sup>70</sup> Jfr. *Jareborg*, SvJT 2004, s. 4.

## 1.6 Tidigare forskning

Hur upphovsrätten förhåller sig till sampling har behandlats i den juridiska litteraturen i vart fall sedan 1980-talet, men då främst i amerikansk litteratur.<sup>71</sup> Inom Europa har litteraturen varit mer sparsam på ämnet men långt ifrån obefintlig. Inför *Pelbams* avgörande i EUD och efter domens avkunnande har artiklar skrivits om aspekter kring domen och sampling.<sup>72</sup> Inom nordisk doktrin finns det främst två arbeten som utförligare behandlar sampling eller relaterade aspekter. Dessa är *Upphovsrätt och närliggande aspekter på musiksampling* av Johan Christiansson<sup>73</sup> publicerad 1995 och *Per Jonas Nordells*<sup>74</sup> bidrag till *Ton och Rätt: festskrift till STIM* publicerad 1998. Båda dessa bidrag är från en tid innan EU-rättens harmonisering av upphovsrätten hade tagit riktig fart och har därför i flera avseenden andra utgångspunkter än vad en utredning har i dagsläget (jfr avsnitt 1.5.1). Det finns därför ett intresse av en uppdaterad utredning om hur gällande rätt förhåller sig till sampling, där också infosocdirektivet och EUD:s många formgivande avgöranden beaktas.

## 1.7 Disposition

Uppsatsen behandlar sampling av musik i en upphovsrättslig kontext. Inom musikbranschen finns det ett flertal olika aktörer. Deras upphovsrätt eller närstående rätt kan göra sig gällande i olika situationer hänförliga till sampling. *Kapitel 2* inleder därför med en översikt av vilka dessa aktörer är. I detta kapitel förklaras också begreppet sampling närmare för att ge läsaren en förståelse för vad sampling är för något och hur samplingar och jämförliga förfaranden har utgjort och utgör vanliga uttrycksätt som har bidragit till musikens utveckling. Kapitlet behandlar därför i första hand inte gällande rätt, även om sådana kopplingar görs.

I *Kapitel 3* följer en rättsfallsanalys av *Pelham* där de frågor och svar som jag finner relevanta för den fortsatta utredningen om samplingens plats enligt gällande rätt utkristalliseras. *Pelham* ger visserligen inte alla svar på hur samplingar behandlas enligt gällande rätt. En alternativ disposition kunde ha varit att kommentera de enskilda rättsfrågorna som aktualiseras i *Pelham* under separata avsnitt när de gör sig gällande. Eftersom flera av de rättsfrågor som prövas i domen hänger ihop med varandra, skulle det enligt min bedömning snarare förvirra än att förtydliga framställningen att endast presentera fragment av domen i skilda avsnitt. *Pelham* utgör därför en sprängbräda för den fortsatta utredningen, som

---

<sup>71</sup> Se t.ex. McGiverin, B.J., *Digital Sound Sampling, Copyright and Publicity: Protecting against the Electronic Appropriation of Sounds*, Columbia Law Review vol. 87(8), 1987, s. 1723–1746.

<sup>72</sup> Jfr. Avsnitt 3.1; se t.ex. Jütte, B. J., Quintais, J. P., *The Pelham Chronicles: sampling, copyright and fundamental rights*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, vol. 16(3), 2021 [213-225]

<sup>73</sup> Christiansson, J., *Upphovsrättsliga och närliggande aspekter på musiksampling*, IFIM, Omarbetningar och sampling, Juristförlaget, Stockholm, 1995.

<sup>74</sup> Nordell, P.J., *Musikens skyddsförutsättningar*, Karnell, G., Muldin, K. (red.), *Ton och Rätt: festskrift till STIM 75 år*, Iustus Förlag, Uppsala, 1998 [s. 75–86].

tar vid i *Kapitel 4*. Detta kapitel avser att, i största möjliga mån, uttömmande utreda samplings tillåtlighet enligt gällande rätt i förhållande till såväl den egentliga upphovsrätten och de närstående rättigheterna.

*Kapitel 5* sätter samplingen i en större kontext genom att utvärdera hur tillåtligheten att sampla enligt gällande rätt förhåller sig till upphovsrättens syfte att främja kreativiteten. Kapitlet utreder därför vilka rättspolitiska argument som kan tänkas ligga bakom lagstiftningen och jämför dessa med de två filosofiska motiven som bekräftar upphovsrätten som rättsområde. Av denna analys är målet att det tydligare ska framgå vilken typ av kreativitet som kan tänkas omfattas av upphovsrätten som idé, men också vilken kreativitet som gällande rätt ser som skyddsvärd och om samplingen omfattas av denna.

I uppsatsens avslutande *Kapitel 6* sammanfattas svaren på de tre forskningsfrågorna som ställdes i avsnitt 1.3 och som präglar uppsatsens innehåll.

## 2 Musikbranschens aktörer och sampling inom musiken

### 2.1 Allmänt om musikbranschens aktörer

Det finns ett flertal aktörer som direkt eller indirekt kan sägas tillhöra musikbranschen och som påverkas i olika grad av upphovsrätten. I en rapport från entreprenörskapsforum<sup>75</sup> beskrivs musikbranschen som bestående av tre olika system eller delbranscher där förutsättningarna och villkoren skiljer sig åt men med musiken som den gemensamma nämnaren.<sup>76</sup> De tre delbranscherna utgörs enligt *Johansson* av livemusikens-, den inspelade musikens-, samt rättighetshandlingens aktörer. Dessa tre huvudgrupper tillskrivs ett flertal olika undergrupperingar. För att nämna några exempel utgörs livemusikens aktörer av bland annat bokningsbolag och festival- och konsertarrangörer. Till den inspelade musikens aktörer kan nämnas till exempel skivbolag och streamingplattformar och till rättighetshandlingens aktörer hör bland annat upphovsrättsorganisationer, såsom STIM men också musikjurister.

*Johansson* poängterar att det är den inspelade musikens- och rättighetshandlingens aktörer som har starkast koppling till upphovsrätten. Till dessa två delbranscher kopplas olika roller som skiljer sig åt i ett ekonomiskt och upphovsrättsligt avseende. Dessa är; (1) musikskapare, dvs. kompositörer och låtskrivare; (2) musikförlag, vilka arbetar med musikskaparna; (3) utövande konstnärer, dvs. artister och musiker; (4) skivbolagen, dvs. fonogramframställare, vilka arbetar med utövarna; och slutligen (5) producenter<sup>77</sup> som ”led[er] arbetet med inspelningen av låten tillsammans med artisten”.<sup>78</sup> En viktig iakttagelse av denna rollfördelningen är att alla fem olika roller kan utövas av fem olika subjekt, men alla rollerna kan också innehållas av en och samma person. I praktiken kan till exempel

---

<sup>75</sup> Entreprenörskapsforum är en oberoende forskningsstiftelse.

<sup>76</sup> För detta avsnitt se *Johansson, D., Det svenska musikundret: Små företag på en global arena, Entreprenörskapsforum, 2021, s. 5 ff.*

<sup>77</sup> Jfr. dock *Duhanic, I., Copy this sound! The cultural importance of sampling for hip hop music in copyright law—a copyright law analysis of the sampling decision of the German Federal Constitutional Court, Journal of Intellectual Property Law & Practice, vol.11(12), 2016* och *Rodgers, T., On the process and aesthetics of sampling in electronic music production, Organised Sound, vol. 8(3), Cambridge University Press, 2003, s. 313* som ger uttryck för att gränsen mellan musikskapare och producent suddas ut inom vissa genrer. En intressant fråga är vem som får upphovsrätt till verket i dessa fall. Det ligger dock utanför denna uppsats syfte att utreda.

<sup>78</sup> *Johansson, s. 7.*

musikskaparen också ha rollen som utövande konstnär och fonogramframställare och därmed erkänns det skydd som upphovsrätten ger alla dessa rättssubjekt.<sup>79</sup>

De ovan nämnda rollerna, förutom musikförlag<sup>80</sup>, skapar i regel sådant som skyddas av URL. I förhållande till användandet av samplingar är det i första hand musikskaparen och fonogramframställaren som berörs. Musikskaparen, som i regel skapar upphovsrättsligt skyddade kompositioner enligt 1 § URL, kan till exempel använda sig av samplingar från andra musikskapares skyddade prestationer. Fonogramframställaren har en exklusiv ensamrätt till sin upptagning enligt 46 § URL, vilket innebär att om en musikskapare samplar från en sådan upptagning kan det utgöra ett upphovsrättsligt relevant förfogande. En utövande konstnärs rätt till sitt framförande av ett verk enligt 45 § URL kan också aktualiseras vid en samplingssituation om det som samplas innehåller den utövande konstnärens framförande av verket. Det finns således ett flertal olika aktörer inom musikbranschen vilkas upphovsrättsliga intressen kan komma i konflikt med en musikskapares rättsliga möjlighet att sampla musik. Dessa konflikter kommer utredas närmare i uppsatsens tredje och fjärde kapitel.

## 2.2 Sampling – ett uttryck med flera betydelser

Den som har ett intresse för musik har förmodligen en egen bild av vad sampling är eller vad det innebär att sampla något i ett musikaliskt sammanhang. Det ska noteras att begreppet sampling är mångfacetterat och innebörden kan variera beroende på sammanhang. I en artikel av *Tellef Kvifte*, skiljer författaren på fyra olika situationer där begreppet sampling används i musikaliska sammanhang. *Kvifte* menar att de olika situationerna ibland blandas ihop eller används inkonsekvent.<sup>81</sup>

*Den första* betydelsen av sampling är konverteringen av analogt ljud till digitalt ljud. *Kvifte* beskriver detta som den ”grundläggande teknologin för samtida musikproduktion”.<sup>82</sup> I denna process delas den analoga signalen upp i olika intervaller som sedan tilldelas olika värden. Varje intervall utgör en sample, som i sin tur innehåller ett visst antal värden. En CD som är ett digitalt medium har till exempel en samplingsfrekvens på 44 100 samples per sekund, varav varje sample har en 16 bitars upplösning, vilket motsvarar två upphöjt i sexton, eller 65 536 olika värden per sample. De olika värdena representerar olika delar av det inspelade ljudet i digital form och kan på så sätt enkelt manipuleras och redigeras med hjälp av tillämplig mjuk- eller hårdvara. Den digitala representationen av ljudet kan sedan konverteras tillbaka till analogt ljud för att till exempel spelas upp i en högtalare.

---

<sup>79</sup> I *Pelham* var t.ex. en av de kärnade såväl utövare, fonogramproducent och uphovsperson till verket, se *Pelham*, p. 17.

<sup>80</sup> Förlagsavtal regleras visserligen i 31–37 §§ URL men reglerna är dispositiva enligt 27 § 3 st. URL och tar fasta på överlåtelse av uphovsrätt, dvs. avtalsrättsliga spörsmål.

<sup>81</sup> Kvifte, T., *Digital Sampling and Analogue Aesthetics*, Melberg, A. (red.), *Aesthetics at work*, Oslo, 2007, s. 105.

<sup>82</sup> Kvifte, s. 106 f.

Den andra betydelsen av begreppet sampling är de ljud som lagras i en så kallad sampler. De lagrade ljuden kallas i sin tur för samplingar.<sup>83</sup> Utmärkande för en sampler är att den inte själv producerar det faktiska ljudet så som till exempel ett akustiskt piano gör när tangenten trycks ned. Ljudet finns istället redan lagrat (eller kan lagras) i en sampler.<sup>84</sup> Genom att de lagrade ljuden representerar digitala kopior av ett analogt ljud kan en sampler efterlikna existerande instrument som till exempel ett piano eller en gitarr. En sampler är inte begränsad till att enbart efterlikna andra instrument, utan kan i princip spela upp vilken ljudfil som helst.<sup>85</sup>

Det finns både så kallade hårdvaru- och mjukvarusamplers. Den förra kan vara utformad som till exempel en klaviatur medan det senare är en programvara som kan användas med en *digital audio workstation* (DAW).<sup>86</sup> Samplers har numera så många olika tekniska funktioner och används ofta till att utföra en mängd olika uppgifter vid musikproduktion utöver att enbart hantera samplingar av olika ljud.<sup>87</sup> En sampler kan också användas till att manipulera det lagrade ljudet på olika sätt och tillsammans med andra funktioner i en DAW är det i princip endast fantasin som sätter gränserna för hur ett ljud kan manipuleras.

En tredje typ av sampling kan beskrivas som en slags redigeringsåtgärd vid musikproduktion.<sup>88</sup> Om en ”tagning” av ett inspelat instrument inte är tillfredställande avseende något parti kan till exempel en ton eller en sekvens från ett annat ställe av samma tagning kopieras för att ersätta den otillfredsställande delen. Den delen som kopieras och ersätter originaldelen av ”tagningen” utgör då en sampling.

En fjärde begreppsanvändningen av ordet sampling används för att beskriva förfarandet när ett ljudavsnitt av ett redan befintligt fonogram används i en ny komposition på ett mer eller mindre igenkännbart sätt.<sup>89</sup> I detta fall utgör det ljudavsnitt som kopieras från den befintliga kompositionen en sampling. Eftersom denna typ av sampling ofta involverar ett förfogande av någon annans redan befintliga fonogram är förfarandet också ofta upphovsrättsligt relevant. Det innebär dock inte att förfarandet alltid anses vara ett rättsstridigt tillvägagångssätt.

För egen del kan jag tänka mig att alla de ovan beskrivna samplingsförfarandena i och för sig kan involvera upphovsrättsligt relevanta förfoganden; det ljud som digitaliseras till samples kan till exempel utgöra någon annans fonogram; en sampler kan innehålla ljud från redan skyddade fonogram; och vid den redigeringsåtgärd som ovan har beskrivits som den tredje typen av sampling kan samplingen hämtas från ett annat fonogram. Alla dessa förfaranden kan potentiellt inkräkta på en upphovspersons eller någon av de närstående rättighetshavarnas ensamrätt.

---

<sup>83</sup> Kvifte, s. 107.

<sup>84</sup> Jfr. Kvifte, s. 107.

<sup>85</sup> Se t.ex. <http://digitalsoundandmusic.com/6-1-6-synthesizers-vs-samplers/> (lydelse: 18-05-2021).

<sup>86</sup> Se t.ex. Rodgers, s. 313 f.; En DAW är en programvara som används vid musikskapande, varav några populära sådana är t.ex. Apple Logic Pro, Ableton Live och Cubase.

<sup>87</sup> Rodgers, s. 314.

<sup>88</sup> Kvifte, s. 108 f.

<sup>89</sup> Kvifte, s. 107, där författaren benämner detta som samplings.



Det som i första hand är relevant i ett upphovsrättsligt avseende är istället att det har skett någon typ av kopiering av ett redan befintligt fonogram snarare än vilken av de ovan beskrivna samplingsförfarandena som kopieringen kan hänföras till. Av naturliga skäl är det oftast den *fjärde* begreppsanvändningen av sampling som är aktuell vid en tvist eftersom begreppet i detta sammanhang syftar till att beskriva just det ljudavsnitt som är taget från ett befintligt fonogram och som (åter)används i ett nytt fonogram. I den fortsatta framställningen är det denna betydelse av begreppet sampling som används om inget annat anges.

## 2.3 Samplingen och jämförliga förfaranden - i historien och samtiden

Möjligheten till att använda sig av samplingar vid musikskapande har enligt *Kvifte* funnits ända sedan vaxcyklindern var det medium som lagrade ljud, det vill säga sedan slutet av 1800-talet.<sup>90</sup> Sedan dess har den tekniska utvecklingen, däribland möjligheten att digitalisera analogt ljud och datorernas allt kraftfullare prestanda bidragit till att förutsättningarna att använda sig av samplingar på olika sätt har förenklats avsevärt. Under de senaste årtiondena har det blivit både billigare och lättare att införskaffa utrustning för att skapa musik i hemmet, som tidigare endast var möjligt i professionella musikstudios.<sup>91</sup> Datorernas lagringskapacitet möjliggör också att ett fonograms längd i princip inte längre har några begränsningar. Det innebär att samplingsmöjligheterna har förbättrats i både ett kvalitativt och kvantitativt avseende.<sup>92</sup>

*Pierre Schaffer* nämns ofta i litteraturen som en pionjär i samplingsammanhang. Redan på 1940-talet använde han delar av befintliga fonogram i nya sammanhang för att skapa musik.<sup>93</sup> Genren kom att kallas för *musique concrète*, dvs. konkret musik, eftersom utövarna använder sig av "vanliga" ljud från omvärlden som de manipulerar och sätter ihop till musikkollage för att ge ljuden en ny mening.<sup>94</sup> Utmärkande för *musique concrète* är att det som samplas är menat att få ett nytt meningsinnehåll i den nya kompositionen och *Schaffers* mål var att lyssnaren skulle ignorera det ursprungliga ljudets betydelse. Om *musique concrète* kan sägas ha i avsikt att dölja det samplade ljudavsnittets identitet och ursprung så var avsikten den motsatta när digitala samplingar började användas inom hiphopen och rapen på 1980-talet som en naturlig förgrening av den så kallade *turntablismen*.<sup>95</sup>

---

<sup>90</sup> Kvifte s. 111; Se t.ex. Tschmuck, s. 12 som framhåller att patentansökan för "graphophonen" lämnades in 1886.

<sup>91</sup> Tschmuck, s. 195.

<sup>92</sup> Jfr. t.ex. Christiansson, s. 13, där författaren menar att sampling av ett helt verk skulle kräva en extrem minneskapacitet år 1995.

<sup>93</sup> Se t.ex. Demers, Music, s. 73; Duhanic, s. 934; Rodgers, s. 315; Tschmuck, s. 195.

<sup>94</sup> Demers, Music, s. 73 f.

<sup>95</sup> Se t.ex. Katz, M., *Capturing Sound: How Technology Has Changed Music*, [Elektronisk resurs] University of California Press 2010, s. 125 f.; Demers, J., *Sampling the 1970s in Hip-Hop, Popular Music*, vol. 22(1), Cambridge University Press, 2003, s. 41; och Duhanic, s. 935 där det framgår att samplingen har utvecklats från den DJ-teknik som ofta kallas turntablism, först etablerad i Jamaica på

Inom hiphopen har samplingar traditionellt tagits från musik med afroamerikanska rötter såsom till exempel soulen och funken, dels på grund av ljudens karaktär i dessa fonogram (främst bas och trumljud) men också som en slags hommage till upphovspersonerna bakom de ursprungliga verken.<sup>96</sup> Musikgruppen *Public Enemy*s låt "Fight the Power" är ett typexempel på en samplingstätt låt med samplingar från bland annat *James Brown*, *Afrika Bambaataa* och *Bobby Byrd* för att nämna några. Enligt Katz samplas vissa utdrag från dessa artisters verk i "Fight the Power" som en hommage till den afroamerikanska musikens underrepresenterade hjältar. En del av samplingarna i låten är även arrangerade som en dialog med tidigare verk, där det förtryck mot afroamerikaner som präglar USA:s samtid och historia uppmärksammas.<sup>97</sup> Samplingen inom hiphopen har i mer generella termer beskrivits som innovativt, eftersom samplingarna sätter existerande material i en helt ny kontext samtidigt som de kan utbilda lyssnaren om tidigare artistiska uttryck och på så sätt också marknadsföra äldre musik.<sup>98</sup>

Sedan 1980-talet har samplingen letat sig utanför hiphopens domäner och finns numera inom flera musikgenres. Hur samplingar används av olika musikskapare och i olika kompositioner och genrer kan skilja sig åt och det finns mer eller mindre kreativa sätt att använda samplingar på. *Rodgers* nämner att samplingar kan användas av den anledningen att det samplade ljudavsnittet helt enkelt låter bra men också för att ge historiska referenser, användas i pastischsyfte eller för att tillskansa sig annans material.<sup>99</sup>

I litteraturen beskrivs sampling ofta som en form av "musikaliskt lån"<sup>100</sup> eller musikkitering.<sup>101</sup> En sampling kan också sägas utgöra en del av ett så kallat musikkollage som innebär att delar av eller hela redan existerande fonogram används på nya kreativa sätt.<sup>102</sup> Såväl etiska, juridiska och kreativa aspekter kopplade till samplingen har diskuterats flitigt i litteraturen. Åsikterna går ofta isär, bland annat gällande frågan om användandet av samplingar utgör ett legitimt sätt att skapa, eller om det ska ses som en stöld av någon annans prestation.<sup>103</sup> Beträffande

---

1960-talet men som sedan slog igenom i stadsdelen Bronx i New York, USA ungefär ett decennium senare. Utmärkande för turntablism är att utövarna manipulerar ljudströmmen live genom att bl.a. "skratcha", "loopa" och mixa in olika delar av låtar med varandra. Teknikutvecklingen och digitaliseringen av ljud medförde sedan att delar av låtar (samplingar) blev mer lättillgängliga. Det anamades av turntablist-utövarna och deras efterträdare på 1980-talet och rapen som en del av hiphopen etablerades.

<sup>96</sup> Rose, T., *Black noise: rap music and black culture in contemporary America*, Wesleyan University Press, 1994, s. 78 ff.

<sup>97</sup> Se Katz, s. 123–127 för en analys av låten "Fight the Power" och samplingarnas politiska och musikaliska betydelse i låten.

<sup>98</sup> Duhanic, s. 935.

<sup>99</sup> Rodgers, s. 317.

<sup>100</sup> "Musical borrowing" på engelska.

<sup>101</sup> Se t.ex. Katz, s. 147; och Kvifte s. 107 och 116; Jfr. McDonagh, L., *Is the creative use of musical works without a Licence acceptable under copyright law?*, International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC), vol. 43(4), 2012, s. 1 som ifrågasätter begreppet "musical borrowing" eftersom det ljudavsnitt som är föremål för en sampling inte lämnas tillbaka till den det "lånades" av.

<sup>102</sup> Demers, Music, s. 73.

<sup>103</sup> Se t.ex. Katz, s. 147; McDonagh, s. 4 som uppmärksammar de olika ståndpunkterna.; se också Rodgers, passim. som försvarar samplingsförfarandet; och Goodwin, A. *Sample and hold: pop music in the digital age of reproduction*, Frith, S., Goodwin, A.(eds.), On Record: Rock, Pop, and the Written

samplingsens juridiska ställning kan svårigheterna illustreras med den över 20 år långa tvisten mellan musikgruppen *Kraftwerk* och rapparen *Moses Pelham* som föregick EUD prövning i *Pelham*. Tvisten har prövats i tysk domstol nio gånger och är i skrivande stund tillbaka för prövning i det tyska rättsväsendet efter EUD:s förhandsavgörande.<sup>104</sup>

I musikens historia finns det en lång tradition av att delar av befintlig musik används i nya kompositioner på olika sätt. Det går därför att argumentera att samplingen inte är något nytt inom musiken, även om tekniken att sampla skiljer sig från tidigare musikaliska lån.<sup>105</sup> Som exempel kan nämnas allt ifrån medeltida sånger utvecklade från tidigare alster till välkända företrädare för den seriösa musiken såsom *Mozart* och *Beethoven* som ibland ”kopierade” delar av andra musikskapares kompositioner för att använda i sina egna verk.<sup>106</sup>

Mer samtida exempel kan hittas inom bland annat jazzen och bluesen. Inom jazzen är det till exempel vanligt att en och samma komposition arrangeras om och framförs på varierande sätt.<sup>107</sup> Det är också vanligt att de utövande musikerna genom så kallad improvisation sätter sin egen prägel på ett framförande av en komposition. Detta gör att samma komposition kan låta olika beroende på framförandet och arrangemanget, trots en och samma bakomliggande låtstruktur.<sup>108</sup> Den vanligaste förekommande strukturen inom bluesen är den så kallade ”bluestolvan”. Bluestolvans består av tolv takter i en given ackordprogression i en viss rytm.<sup>109</sup> Karaktäristiskt för bluesen är därför att musikerna sätter sin egna prägel på ett alster inom bluestolvans ramar. *Tonybee* beskriver bluesen som iterativt (upprepande) varierande och utgörande av ”... [the] same tune, new words and voicings”<sup>110</sup> med syftning på bluestolvans struktur, men att utövarna genom olika texter och skillnaderna i rösternas och instrumentens timbre (klangfärg) samt ljudkvalité ger kompositionen dess särprägel.<sup>111</sup>

Jazzen och bluesen utmärker sig på ett sådant sätt att strukturen i dessa genrer ger förutsättningar till att skapa något ”nytt” genom inspiration eller inkorporering från något redan existerande. I allmänhet är inspiration från tidigare kompositioner, om än inte följt av samma struktur som inom jazzen och bluesen, vanligt inom såväl den seriösa musiken som populärmusiken. Det kan därför inte sägas vara något nytt, att inom musikens skapandesfär, hämta inspiration från tidigare verk, utan snarare en nödvändighet på grund av musikens uppbyggnad och för

---

Word, Pantheon Books, New York, 1990, s. 262 f. som beskriver samplingsförfarandet som en kreativ kris och stöld.

<sup>104</sup> Se Tysklands högsta domstols Bundesgerichtshof pressmeddelande, Nr 046/2020, tillgängligt på: <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020046.html?nn=13438126> (lydelse: 18-05-2021).

<sup>105</sup> Jfr. *Katz*, s. 115 f.

<sup>106</sup> *Katz*, s. 115 f.; *McDonagh*, s. 1 f.

<sup>107</sup> *McDonagh*, s. 3.

<sup>108</sup> *Nordell*, *Musikens skyddsförutsättningar*, s. 84.

<sup>109</sup> Se t.ex. *Vaidhyanathan*, S., *Copyrights and copywrongs the rise of intellectual property and how it threatens creativity*, [Elektronisk resurs] New York University Press, 2001, s. 118.

<sup>110</sup> *Toynbee*, J., *Copyright, the Work and Phonographic Orality in Music*, *Social & Legal Studies* vol. 15(1), The Open University, UK, 2006, s. 87.

<sup>111</sup> *Toynbee*, s. 78 och 85 ff.

att möjliggöra musikens utveckling. Bortses det från att den teknik som används vid sampling gör det möjligt att kopiera på ett mer precist sätt än vad som tidigare har varit möjligt så är själva företeelsen således inget nytt. Detta innebär naturligtvis inte att sampling eller andra typer av musikaliska lån borde vara tillåtna under vilka förutsättningar som helst. Men en konststarts historia och tradition är enligt mig viktig att beakta för att veta vad konstarten behöver för att kunna bevaras och utvecklas för framtiden.

## 2.4 Samplingens tillgänglighet och hur den används vid musikskapande – några urval

Det går inte att ge ett entydigt svar på hur musikskapare använder sig av samplingar i sitt skapande. En sampling kan variera i till exempel både längd och kvalitet. Ovan har exempel framförts på olika syften som en musikskapare kan ha vid användning av samplingar (avsnitt 2.3). Men en samplings ursprung kan också skilja sig åt. Det går till exempel att köpa och ladda hem olika slags ”paket” med samplingar online där rättigheterna redan är klarerade och licensen medger användning i egna produktioner. Det finns också samplingar som är gratis att ladda hem från diverse hemsidor.<sup>112</sup> Utmärkande för denna typ av samplingar är att de inte är samplade från något tidigare fonogram utan existerar som isolerade ljudfiler. Ljuden i sig utgör så att säga fonogrammet. Exempel på sådana samplingar är: en virveltrumma; någon typ av ljudeffekt; eller toner från ett instrument. Att använda dessa typer av samplingar vid musikskapande är därför tillåtet så länge licens eller tillstånd finns.

Beträffande de ljudavsnitt som samplas från ett befintligt fonogram är utgångspunkten i Sverige att sådana nyttjanden kräver tillstånd från rättsinnehavarna.<sup>113</sup> Detta är i vart fall STIM:s och Musikförläggarnas inställning (avsnitt 1.1). STIM hävdar till och med att det inte är tillåtet att låna någonting från ett skyddat verk utan rättighetshavarnas samtycke.<sup>114</sup> Detta är dock direkt fel mot bakgrund av utgången i *Pelham* (se kapitel 3). Men på grund av upphovsrättens dispositiva karaktär angående överlåtelse av upphovsrätten till ett verk är det vanligt att rättighetshavare och deras företrädare utgår från presumtioner om skyddsvärda objekt. Om så verkligen är fallet kan dock enbart prövas rättsligt vid domstol i det enskilda fallet.<sup>115</sup>

De musikskapare som förlitar sig på att erhålla licenser för att sampla vissa ljudavsnitt från redan befintliga fonogram kan antingen bli nekade eller få betala

---

<sup>112</sup> Företaget Loopmatters Ltd. erbjuder t.ex. både köp av samplingar och en del gratissamplingar.

<sup>113</sup> Se t.ex. Stannow, s 72 f. och 145, där författaren rekommenderar att alltid ta upp rättighetsfrågan med rättighetshavarna till samplingen.

<sup>114</sup> <https://www.stim.se/sv/hitta-svar/alla-vanliga-fragor/far-man-lana-nagra-sekunder-eller-nagra-takter-fran-en-lat-utan> (lydelse: 18-05-2021).

<sup>115</sup> Nordell, Musikens skyddsfrågor, s. 81; se även 27 § URL.

höga summor. I USA kunde till exempel en artist på 1990-talet få betala ett sju-siffrigt belopp i dollar för en sampling.<sup>116</sup> Även i Sverige är trenden att det kan vara dyrt att erhålla licens för en sampling. I ett program från Sveriges Radio P3 från 2015 berättar två medlemmar från musikgruppen *Latin Kings* att en sampling kunde kosta runt femtio tusen dollar och att de flera gånger blev nekade att sampla från vissa fonogram.<sup>117</sup>

Eftersom det i princip råder avtalsfrihet gällande handel med upphovsrätter finns det inget bestämt pris på vad en sampling kan kosta. I Generaladvokatens förslag till avgörande i *Pelham* framförs resonemanget att även en konstnär måste anpassa sig till det rådande samhällslivet och den marknad som hen befinner sig på.<sup>118</sup> Användandet av samplingar jämfördes sedan med att en målare inte får ta färger och penslar utan att betala för dem med hänvisning till att hen måste kunna måla. Det ligger visserligen någonting i det, men jämförelsen tar varken hänsyn till de höga kostnader som handeln med samplingar ofta medför och inte heller att en musikskapare kan nekas till att få tillåtelse att sampla ett visst ljudavsnitt. En målare som skapar konst med stulna penslar skulle inte heller kunna bli skadeståndsskyldig med anledning av det konstnärliga verk som hen åstadkommer med hjälp av de stulna penslarna, vilket kan bli fallet vid ett otillåtet samplande.

---

<sup>116</sup> Demers, Music, s. 90.

<sup>117</sup> Jönsson, T. (prod.), Följer Pengarna, del 4: Vad kostar en sampling? [Radioprogram], P3, Sveriges Radio, 2015, vid 04.40. <https://sverigesradio.se/avsnitt/581017> (lydelse: 18-05-2021).

<sup>118</sup> Generaladvokatens förslag till avgörande föredraget den 12 december 2018, *Pelham*, C-476/17, EU:C:2018:1002, p. 92.

### 3 Vilka svar ger *Pelham* angående tillåtligheten att sampla musik?

#### 3.1 Några inledande synpunkter

Till en början måste det upprepas än en gång att *Pelham* avgjordes i stor kammare av EUD. Detta innebär att avgörandet är av särskild tyngd. *Pelham*s relevans förstärks ytterligare eftersom EUD samma dag avkunnade två domar av den 29 juli 2019 i mål C-516/17, *Spiegel Online*, EU:C:2019:625 och mål C-469/17, *Funke Medien*, EU:C:2019:623, även de i stor kammare. Gemensamt för de tre domarna är att de behandlar frågor om upphovsrättens förhållande till andra fundamentala rättigheter och aspekter av infocodirektivets harmoniseringsgrad. I doktrin har domarna beskrivits som att de ytterligare har fastslagit EU-rättens konstitutionalisering av upphovsrätten genom att upphovsrättsliga intressen, som en del av äganderätten, balanseras mot medlemsstaternas gemensamma konstitutionella rättstraditioner och folkrättsliga dokument, vilka representeras av rättighetsstadgan.<sup>119</sup> Mekanismerna för denna balanseringen av rättigheter finns enligt EUD i själva infocodirektivet.<sup>120</sup>

Den centrala rättsfrågan i *Pelham* utgörs av vad som omfattas av en fonogramframställares mångfaldiganderätt enligt artikel 2 c infocodirektivet och hur denna rätt, som en del av rätten till immateriell egendom, skyddad av artikel 17.2 rättighetsstadgan, ska vägas mot andra fundamentala rättigheter, särskilt friheten för konsten i artikel 13 rättighetsstadgan. Domen behandlar således en del av den ekonomiska rätten, men i förhållande till en närstående rättighet och inte den egentliga upphovsrätten. Hur sampling behandlas enligt den egentliga upphovsrätten kommer därför att behandlas i kapitel 4.

*Pelham* är det enda auktoritativa avgörandet som behandlar samplings tillåtlighet. En del aspekter av domen ger även vägledning utanför fonogramframställarens rätt i förhållande till samplings tillåtlighet. Domen utgör därför en bra utgångspunkt för den fortsatta framställningen. Om inget annat anges refereras det till artiklarna i infocodirektivet i det här kapitlet.

---

<sup>119</sup> Jütte & Quintais, s. 223 och där refererad litteratur i artikelns not 85; Bernitz, Ulf, NIR 2020, s. 71 ff.; se också, *Pelham*, p. 61; *Funke Medien*, p. 59; och *Spiegel Online*, p. 44.

<sup>120</sup> *Pelham*, p. 60; *Funke Medien*, p. 58; och *Spiegel Online*, p. 43.

## 3.2 Bakgrund

Moses Pelham (Pelham) är en tysk rappare, sångare och musikkapare som tillsammans med Martin Haas är upphovsperson till låten *Nur mir* som gavs ut år 1997 genom bolaget Pelham GmbH. I låten finns en två sekunders olicensierad trumloop, samplad från låten *Metall auf Metall* utgiven av musikgruppen Kraftwerk år 1977. Florian Schneider-Esleben och Ralf Hütter (Hütter), som startade Kraftwerk, är både fonogramproducenter och utövande konstnärer till inspelningen av *Metall auf Metall*. Ralf Hütter är dessutom upphovsperson till verket.

Hütter stämde Pelham i tysk domstol år 1998 med anledning av påstått intrång i Hütters upphovsrätt och närstående rätt till den två sekunder långa trumloopen som Pelham hade samplat. Detta blev början på en över 20 år lång tvist mellan parterna, som har prövats i det tyska domstolsväsendets alla instanser (minst en gång, i vissa instanser två gånger) med olika utgångar.<sup>121</sup> Den 4 augusti 2017 inkom en begäran om förhandsavgörande till EUD och målet kom att prövas i EUD:s stora kammare. Beträffande intrångsfrågan prövade EUD endast om det förelåg ett intrång i Hütters rätt som fonogramframställare. Frågan om intrång i Hütters rätt som upphovsperson till verket eller som utövande konstnär prövades inte av EUD.

## 3.3 EUD:s tolkningsfrågor och bedömning

### 3.3.1 Tolkningsfrågorna

Mot bakgrund av den nationella tvisten ställde den hänskjutande domstolen sex tolkningsfrågor till EUD för att få klarhet i; (1) om en kort samplingssekvens kan utgöra ett intrång i en fonogramframställares mångfaldiganderätt enligt artikel 2 c; (2) utgör en kort samplingssekvens ett intrång i en fonogramframställares spridningsrätt enligt artikel 9.1 b utlånings- och uthyrningsdirektivet;<sup>122</sup> (3) får en medlemsstat föreskriva nationella undantag och inskränkningar (U&I) i en fonogramframställares ensamrätt om dessa kan ses som en naturlig inskränkning av det område som upphovsrätten skyddar;<sup>123</sup> (4) kan en sampling omfattas av undantaget i artikel 5.3 d som ett citat; (5) är en fonogramframställares mångfaldiganderätt enligt artikel 2 c fullt harmoniserad av EU-rätten; och (6) hur förhåller

---

<sup>121</sup> Se *Pelham*, p. 18–20 för en överblick av de olika instanserna där målet har prövats.

<sup>122</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter (kodifierad version).

<sup>123</sup> I det förevarande fallet rörde det den tyska bestämmelsen i 24 § 1 st. Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz av den 9 september 1965 (UrhG) som stadgar att "[c]tt självständigt verk som har skapats genom fri användning av någon annans verk får offentliggöras och utnyttjas utan samtycke från det använda verkets upphovsman" (översättningen tagen från *Pelham* p. 12).

sig de grundläggande rättigheterna i rättighetsstadgan till en fonogramframställares mångfaldiganderätt enligt artikel 2 c.

Utan att närmare gå in på EUD:s bedömning i den andra frågan, kan det konstateras att EUD tolkade begreppet exemplar i artikel 9.1 b utlånings- och uthyrningsdirektivet mot bakgrund av bland annat Genèvekonventionen och fastslog att det krävs att *hela eller en väsentlig del* av ett fonogram görs tillgängligt för allmänheten för att det ska utgöra ett exemplar enligt artikel 9.1 b utlånings- och uthyrningsdirektivet.<sup>124</sup> Den aktuella samplingen på två sekunder föll inte in under rekvisitet ”hela eller väsentlig del av ett fonogram” och den fortsatta prövningen av de övriga frågorna gjordes endast i förhållande till de aktuella bestämmelserna i infosocdirektivet.<sup>125</sup> Utifrån EUD bedömning i denna fråga kan det allmänt sägas att samplings i normalfallet ofta inte utgör ett helt eller väsentlig del av ett fonogram och omfattas därför i regel inte av spridningsrätten i utlånings- och uthyrningsdirektivet.

### 3.3.2 Mångfaldiganderätten

Det omtvistade ljudavsnittet i *Pelham* avsåg en två sekunder lång trumloop som upprepades genom flera partier i Pelhams låt *Nur mir*. EUD hade att ta ställning till om detta ljudavsnitt, mot bakgrund av rättighetsstadgan, utgjorde ett intrång i *Hütters* närstående rättighet som fonogramframställare enligt artikel 2 c, som stadgar att:

”Medlemsstaterna skall föreskriva en ensamrätt att tillåta eller förbjuda direkt eller indirekt, tillfälligt eller permanent, mångfaldigande, oavsett metod och form, helt eller delvis [...]

c) för fonogramframställare: av deras fonogram”

I enlighet med EUD:s tolkningsmetod (se avsnitt 1.5.1) konstaterade domstolen att även ett mycket kort ljudavsnitt från ett skyddat fonogram omfattas av rekvisitet delvist mångfaldigande om det samplade ljudavsnittet är igenkännbart vid lyssning i det nya fonogrammet.<sup>126</sup> Om det samplade ljudavsnittet inte kan kännas igen i det nya fonogrammet omfattas det däremot inte av en fonogramframställares mångfaldiganderätt.

För att komma till denna slutsats gjorde EUD en helhetsbedömning som kan delas upp i två steg. För det första tolkades begreppet delvist mångfaldigande utifrån infosocdirektivets övergripande målsättning för att sedan relatera detta till det mer specifika syftet bakom en fonogramframställares mångfaldiganderätt i artikel 2 c.<sup>127</sup> Infosocdirektivets övergripande målsättning är enligt EUD att inträtta en hög skyddsnivå för upphovsrätten och de närstående rättigheterna medan fonogramframställarens specifika rätt avser att skydda de investeringar som

---

<sup>124</sup> *Pelham*, p. 46–47.

<sup>125</sup> Jfr. *Pelham*, p. 57 och p. 77.

<sup>126</sup> Se *Pelham*, p. 36 och 39 *é contrario*.

<sup>127</sup> *Pelham*, p. 30.



görs för att kunna producera fonogram.<sup>128</sup> Investeringarna som görs i fonogramindustrin är enligt EUD betydande och en möjlighet till tillfredställande avkastning måste därför säkerställas. För att tillfredsställa de nu nämnda ändamålen och genom en bokstavstolkning av begreppet ”delvist” uttalade EUD att även mycket korta ljudavsnitt omfattas av ensamrätten enligt artikel 2 c som ett delvist mångfaldigande.

Men EUD stannar inte vid denna slutsats utan klargör, för det andra, att infocodirektivet även syftar till en skäligen avvägning mellan rätten till immateriell egendom och andra grundläggande rättigheter som avser att skydda allmänintresset och användarna av skyddade alster.<sup>129</sup> I den aktuella tvisten bedömde EUD därför fonogramframställarens rätt till immateriell egendom enligt artikel 17.2 rättighetsstadgan mot rätten till att uttrycka sig konstnärligt som en del av friheten för konsten enligt artikel 13 rättighetsstadgan. Den senare rättigheten omfattas även av yttrandefriheten enligt artikel 11 rättighetsstadgan och artikel 10.1 Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (EKMR) vilket framgår av Europadomstolens praxis.<sup>130</sup>

EUD konstaterar därför att en sampling som används för att skapa ett nytt verk omfattas av artikel 13 rättighetsstadgan. Vid utövandet av den konstnärliga friheten kan det samplade ljudavsnittet ändras så att det inte känns igen i det nya verket. I ett sådant fall utgör det samplade avsnittet inte något mångfaldigande enligt artikel 2 c.<sup>131</sup> EUD motiverar detta med att ljudavsnittet i ett sådant fall inte utgör ett hinder för en fonogramframställares möjlighet till en skäligen avkastning för sin investering. Fonogramframställaren är således inte lika skyddsvärd i en sådan situation och den konstnärliga friheten väger därför tyngre än fonogramframställarens rätt till sin upptagning.<sup>132</sup> Ett nyttjande på det nyss beskrivna sättet av en skyddad upptagning kan enligt EUD inte heller utgöra ett sådant mångfaldigande som artikel 2 c stadgar sett till en bokstavstolkning av begreppet i ljuset av de i infocodirektivets allmänna och specifika ändamål kopplade till en fonogramframställare.<sup>133</sup>

---

<sup>128</sup> *Pelham*, p. 30 där EUD hänvisar till skälen 4, 9 och 10 infocodirektivet.

<sup>129</sup> *Pelham*, p. 32–34 där domstolen särskilt hänvisar till skälen 3 och 31 infocodirektivet.

<sup>130</sup> *Pelham*, p. 35 där domstolen hänvisar till bl.a. Europadomstolens dom av den 8 juli 1999, *Karatas mot Turkiet*, CE:ECHR:1999:0708JUD002316894, § 49. Förhållandet mellan friheten för konsten enligt artikel 13 rättighetsstadgan och den mer vidsträckta yttrande- och informationsfriheten i artikel 11 rättighetsstadgan och artikel 10.1 EKMR framgår inte av *Pelham*, mer än att EUD nämner att friheten för konsten kan (genom att använda begreppet ”såvitt den”) omfattas av yttrandefriheten. Av *Karatas mot Turkiet*, § 49 framgår det emellertid att konstnärlig frihet omfattas av artikel 10.1 EKMR som en del av rätten att sprida och ta emot uppgifter och tankar för att möjliggöra ett deltagande i det offentliga utbytet av kulturella, politiska och sociala upplysningar och idéer av alla slag och att hen som bland annat skapar konst bidrar till ett utbyte av dessa idéer och åsikter som är viktiga i ett demokratiskt samhälle. Eftersom artikel 52.3 rättighetsstadgan innebär att stadgans skydd ska motsvara det skydd som EKMR stadgar, är min uppfattning att friheten för konsten enligt artikel 13 rättighetsstadgan i princip alltid omfattas av yttrandefriheten i nämnda artiklar när dessa rättigheter är tillämpliga.

<sup>131</sup> *Pelham*, p. 35–36; jfr. *Christiansson*, s. 31 där författaren kommer till samma slutsats: att en sampling som inte går att identifiera i det nya verket inte utgör ett intrång i annans rätt.

<sup>132</sup> *Pelham*, p. 37–38.

<sup>133</sup> *Pelham*, p. 37. Se också det andra stycket i detta avsnitt.

I *Pelham* konstaterade EUD vidare att en fonogramframställares mångfaldiganderätt är fullt harmoniserad av infosocdirektivet eftersom bestämmelsen i artikel 2 c ”på ett otvetydigt sätt [definierar] den ensamrätt som fonogramframställare har i unionen. Denna bestämmelse är inte försedd med något villkor och kräver inte – för sitt genomförande eller verkan – att någon rättsakt antas”.<sup>134</sup>

### 3.3.3 *Tillåtna inskränkningar och undantag från mångfaldiganderätten*

Det kommer inte som någon nyhet i *Pelham* att de U&I som stadgas i artikel 5 är uttömmande. Det framgår av bland annat skäl 32 i infosocdirektivet, förarbetena till direktivets införlivande i svensk rätt och EUD:s praxis.<sup>135</sup> I tysk rätt finns emellertid en bestämmelse om så kallad ”fritt nyttjande” i 24 § 1 st. UrhG vars innebörd har redogjorts för tidigare.<sup>136</sup> Motivet bakom bestämmelsen är enligt den tyska domstolen att allt kulturellt skapande i någon mån stödjer sig på redan befintliga alster vilket förutsätter en naturlig inskränkning av upphovsrätten omfång för att möjliggöra nytt skapande.<sup>137</sup>

De mekanismer för en avvägning mellan upphovsrätten och andra allmänna och enskilda intressen (till exempel konstnärlig frihet) tillgodoses enligt EUD genom infosocdirektivets bestämmelser om de ensamrätter som tillfaller upphovspersoner och de närstående rättsinnehavarna enligt artiklarna 2–4 och de U&I som föreskrivs i artikel 5.<sup>138</sup> Om medlemsstaterna skulle tillåtas att införa U&I utöver de som infosocdirektivet medger konstaterar EUD att det finns en risk för att dessa inte kommer att tillämpas på ett samstämmigt sätt inom EU. Det riskerar att både eftersätta effektiviteten av EU:s inre marknad och rättssäkerheten.<sup>139</sup> För att en samplingssekvens som omfattas av en fonogramframställares mångfaldiganderätt, det vill säga om samplingen är igenkännbar i det nya verket, ska tillåtas krävs det därför att sekvensen omfattas av ett av U&I i artikel 5. En ”naturlig inskränkning” i upphovsrätten som den tyska bestämmelsen i 24 § 1 st. UrhG om fritt nyttjande, är således inte förenligt med infosocdirektivet enligt EUD.<sup>140</sup>

EUD fastslår vidare att ett ljudavsnitt från ett befintligt fonogram kan omfattas av citatundantaget i artikel 5.3 d på grund av att ett musikaliskt verk/fonogram omfattas av rekvisitet att det som citeras ska avse ett verk eller annat alster.<sup>141</sup> Artikelns stadgar att U&I från ensamrätterna i artiklarna 2 och 3 ( däribland en fonogramframställares mångfaldiganderätt) får föreskrivas för:

---

<sup>134</sup> *Pelham*, p. 84.

<sup>135</sup> *Pelham*, 58 och där angiven praxis; prop. 2004/05:110 s. 46.

<sup>136</sup> Se not 123 ovan.

<sup>137</sup> *Pelham*, p. 56.

<sup>138</sup> *Pelham*, p. 60.

<sup>139</sup> *Pelham*, p. 63–64.

<sup>140</sup> *Pelham*, p. 65.

<sup>141</sup> *Pelham*, p. 68.

”[c]itat för användning i t.ex. kritik och recensioner, förutsatt att de avser ett verk eller annat 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.”

Utöver de materiella rekvisiten som måste uppfyllas för att citera ett verk/alster så konstaterar EUD att den som citerar också måste ha som syfte att ingå en dialog med det verk/alster som citeras.<sup>142</sup> För att komma till denna slutsats tolkar EUD begreppet citat med samma tolkningsmetod som beskrivits ovan angående tolkning av mångfaldigandebegreppet (avsnitt 3.3.2). En sådan dialog kan ingås om den som citerar en del av ett verk vill ”... illustrera ett uttalande, försvara en ståndpunkt eller göra det möjligt att förnuftsmässigt ställa verket mot användarens [dvs. den som citerar] uttalanden.”<sup>143</sup>

I generaladvokatens yttrande som EUD hänvisar till ges ytterligare exempel, såsom att ett citat bland annat kan syfta till en hyllning av-, eller att gå i polemik med det citerade verket/alstret.<sup>144</sup> För att en sådan dialog ska vara möjlig måste det också enligt EUD, med hänvisning till generaladvokatens yttrande, vara möjligt att identifiera det som citeras i det nya verket/alstret.<sup>145</sup> Generaladvokaten utvecklade detta resonemang genom att förklara att citatet måste kunna ”... urskiljas som ett främmande element” i det nya verket, eftersom det är svårt att förstå sig en dialog om det som citeras ”... fullständigt uppgår i det citerande verket”.<sup>146</sup> I samma punkt konstaterade generaladvokaten att det som citeras, i regel inte får förvanskas utan ska i princip citeras av det nya verket/alstret i befintligt skick, med undantag för vedertagna ändringar såsom till exempel översättningar. EUD nöjde sig emellertid med att konstatera att det måste vara möjligt att identifiera det citerade verket i det nya verket/alstret, vilket indikerar på att viss ändring av det som citeras, beroende på omständigheterna möjligen kan vara tillåten.

### 3.4 Kommentarer till *Pelham*

*Pelham* är det första avgörandet av EUD som behandlar tillåtligheten av sampling och är intressant för såväl den enskilde musikskaparen; från ett branschperspektiv; och för hur domen kan komma att inverka på den fortsatta rättstillämpningen. Avgörandet är välkomnat mot bakgrund av att samplingar länge har varit föremål för både en rättslig och en konstnärlig debatt.<sup>147</sup>

---

<sup>142</sup> *Pelham*, p. 71.

<sup>143</sup> *Pelham*, p. 71.

<sup>144</sup> Generaladvokatens förslag till avgörande i *Pelham*, p. 64.

<sup>145</sup> *Pelham*, p. 73 med hänvisning till p. 65 i generaladvokatens förslag till avgörande i *Pelham*.

<sup>146</sup> Generaladvokatens förslag till avgörande i *Pelham*, p. 65.

<sup>147</sup> För den konstnärliga debatten, se t.ex. Kvfite, s. 120 ff.; Rodgers, s. 313–320 passim; och för den juridiska t.ex. Nordell, Musikens skyddsförutsättningar, s. 82 ff.; McDonagh, s. 17 ff.

*Pelham* behandlar en till upphovsrätten närstående rättighet, en fonogramframställares mångfaldiganderätt. Domens allmänna räckvidd inskränks därmed eftersom den inte kan läggas till grund för vad som utgör intrång i en upphovspersons eller en utövande konstnärs mångfaldiganderätt enligt artikel 2 a och b vid en samplingstvist. Upphovspersonens mångfaldiganderätt är kopplat till verksbegreppet och den utövande konstnären har också i regel rätt till sitt framförande av ett verk och upptagningen av detsamma.<sup>148</sup> Mångfaldigandet i de två senare fallen måste således utgöras av ett verksinnehåll, vilket kommer att behandlas i uppsatsens kapitel 4. Eftersom samplingar ofta sker genom en kopiering direkt från ett fonogram har *Pelham* ändå en stor praktisk betydelse för möjligheten att skapa musik med skyddade samplingar. Även om det i praktiken är möjligt att sampla från till exempel en egeninspelad livespelning och som därmed skulle kunna aktualisera upphovspersonens och de utövande konstnärernas mångfaldiganderätt men inte fonogramframställarens.

Trots de nu påtalade skillnaderna i skyddsobjektet, ger *Pelham* vägledning för vilka U&I som kan bli tillämpliga vid en samplingstvist. Artikel 5 omfattar nämligen både den egentliga upphovsrätten och de närstående rättigheterna. Vad som krävs för att en sampling av ett ljudavsnitt ska omfattas av den ovan diskuterade citaträtten bör därför kunna tillämpas på motsvarande sätt vid en fråga om intrång i ett upphovsrättsligt skyddat verk eller ett framförande av ett sådant (jfr. avsnitt 3.3.3). En annan fråga är under vilka förutsättningar en sampling i praktiken kan omfattas av citaträtten i artikel 5.3 d. Generaladvokatens uppfattning i den aktuella tvisten är att samplingar i allmänhet inte uppfyller kraven för att utgöra ett citat, vilket särskilt gällde den två sekunder långa trumloopen i den aktuella tvisten.<sup>149</sup> Han menade att användningen av samplingar generellt sett används som råmaterial för att utgöra en integrerad del i det nya verket där det som samplas (citeras) inte går att urskilja ur den nya helheten. Istället för att samspela med den ursprungliga upptagningen, menar generaladvokaten att den som samplar tillskansar sig upptagningen. Den två sekunder långa trumloopen i den aktuella tvisten utgjorde ett bra exempel på detta. Vidare uppfyllde inte den aktuella samplingen i *Pelham* kravet på källhänvisning som måste ske om det inte visar sig vara omöjligt.<sup>150</sup> För ett annat fall bör det räcka med att källan anges till exempel vid låttiteln eller annat lämpligt ställe.

Som framgått ovan kan en sampling omfattas av citatundantaget enligt EUD (avsnitt 3.3.3). Till skillnad från generaladvokatens nyss redovisade ståndpunkter, har det framförts i föregående kapitel att samplingar i ett flertal fall kan ha i syfte att ingå en dialog med det tidigare verket (avsnitt 2.3). Detta blir dock en fråga för varje enskilt fall och det finns samplingar som endast används för en konstnärlig effekt, varav dialogrekvisitet inte bör vara uppfyllt. EUD ger inte heller någon klarhet i vilka beviskrav det ska krävas för att en musikskapares sampling ska anses utgöra en dialog. Räcker det att musikskaparen uttrycker att ett sånt

---

<sup>148</sup> Eller uttryck av s.k. folklore, se 45 § URL, vilket inte nödvändigtvis måste utgöra ett verk, se t.ex. Levin, s. 107 f.

<sup>149</sup> Generaladvokatens förslag till avgörande i *Pelham*, p. 67.

<sup>150</sup> Generaladvokatens förslag till avgörande i *Pelham*, p. 68.

syfte fanns eller måste en potentiell lyssnare förstå kopplingen? Utöver dialogrekvisitet brukar det, mig veterligen, inte vara kutym att musikskapare på något sätt namnger den upphovsperson som de samplar från, vilket också generaladvokaten påpekar.<sup>151</sup> Detta innebär att citaträtten i förhållande till samplingar förmodligen endast kommer kunna tillämpas i ett fåtal fall. För att kunna åberopa citaträtten vid sampling med framgång måste musikskaparen dels begränsa sig i sitt konstnärliga uttryck eftersom samplingen måste anpassas så att den uppfyller dialogrekvisitet. Rekvisitet skapar också oförutsebarhet eftersom det inte framgår hur en domstol kommer bedöma om en dialog har ingåtts. Denna oförutsägbarhet kommer förmodligen bidra till att musikskapare avhåller sig att våga utnyttja citatmöjligheten vid sampling. Vidare måste den s.k. trestegsregeln i artikel 5.5 infoscodirektivet även beaktas i dessa sammanhang.

I svensk lagstiftning finns det, likt den tyska lagen, också ett lagrum som stadgar en ”naturlig inskränkning” i upphovsrätten i 4 § 2 st. URL. Enligt motiven till lagen följer denna inskränkning egentligen direkt av 1 § URL, men lagstiftaren valde att ta in den i lagstiftningen för att förtydliga denna naturliga inskränkning. EUD klargör dock i *Pelham* att sådana allmänna inskränkningar i medlemsstaternas upphovsrättslagstiftningar som går utöver de U&I som artikel 5 stadgar inte är förenliga med EU-rätten. Enligt min uppfattning innebär detta att 4 § 2 st. URL efter *Pelham* tillsammans med *Spiegel Online* och *Funken Medien* har tappat mycket av sin relevans även om rättsläget måste sägas vara osäkert (jfr. avsnitt 3.3.3 och 4.3.4).

---

<sup>151</sup> Generaladvokatens förslag till avgörande i *Pelham*, p. 68.

## 4 Sampling i en upphovsrättslig kontext

### 4.1 Allmänna utgångspunkter

I *Kapitel 2* har det redogjorts för musikbranschens olika aktörer och hur sampling och liknande företeelser används inom musiken. I föregående kapitel redogjordes det också för fonogramframställarens mångfaldiganderätt i ljuset av *Pelham* och i förhållande till sampling. I det följande kapitlet kommer det musikaliska verkets skyddsförutsättningar och intrångsförutsättningar samt de närstående rättigheterna att behandlas ytterligare i förhållande till sampling. I praktiken prövas de olika aspekterna av upphovsrätten först vid ett påstått intrång i annans upphovsrätt eller närstående rätt. Bedömningen sker då utifrån varje enskilt falls beskaffenhet och prövas i sin helhet, där de olika aspekterna kan inverka på varandra.<sup>152</sup> Vid en teoretisk framställning som denna uppsats, är det mer givande att presentera de olika aspekterna av skydds- och intrångsförutsättningarna var för sig för att sedan analysera delarna som en övergripande helhet, vilket kommer göras i avsnitt 4.5

### 4.2 Musikskaparen och den egentliga upphovsrättens skyddsobjekt

#### 4.2.1 *Upphovspersonen och det musikaliska verket*

Den ursprungliga upphovsrätten till ett verk tillfaller alltid en eller flera fysiska personer som utgör det upphovsrättsliga skyddets subjekt.<sup>153</sup> Till musikaliska verk är det ofta kompositörer och textförfattare som är upphovspersoner och de benämns som musikskapare i denna framställning. Ovan har det framförts att även en musikproducent bör kunna ses som musikskapare inom vissa genrer.<sup>154</sup>

Det musikaliska verket utgör skyddsobjektet och räknas upp tillsammans med sceniska verk i 1 § 1 st. 3 p. URL. Enligt Auktorkommittén utgör musikaliska verk en självständig typ av konstnärligt skapande, och hör således till huvudkategorin konstnärliga verk även när de är nedtecknade i notskrift.<sup>155</sup> Detta innebär

---

<sup>152</sup> Se Levin, s. 80.

<sup>153</sup> Prop. 1960:17 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, m. m., s. 50 f.

<sup>154</sup> Se avsnitt 2.1, särskilt not. 77 ovan.

<sup>155</sup> SOU 1956:25, s. 71.

inte att verket måste ha fixerats, utan det upphovsrättsliga skyddet bör tillkomma ett verk oavsett i vilken form det framträder.<sup>156</sup> Det betyder i teorin att till exempel improviserad musik kan bli upphovsrättsligt skyddad när den framförs live.<sup>157</sup>

Det musikaliska verket är som alla andra verkskategorier ett juridiskt begrepp.<sup>158</sup> Det är därför inte nödvändigt att ett musikaliskt verk överensstämmer med vad som inom till exempel musikvetenskapen eller av allmänheten betraktas som musik. Den juridiska bestämningen av vad som utgör ett musikaliskt verk är inte heller beroende av vad som är estetiskt gångbart. Det ofta citerade utdraget från Auktorrättskommitténs utredning ”...även ett dåligt verk är ett »verk»” brukar ges som illustration.<sup>159</sup> Ett musikaliskt verks skyddstid är som huvudregel till det sjuttionde året efter upphovspersonens död, 43 § 1 st. URL. Under dessa sjuttio år går upphovsrätten till verket i arv i enlighet med successionsrätten allmänna regler, 41 § 1 st. URL. Efter upphovsrättens utgång kan verket nyttjas av var och en utan att något tillstånd behöver inhämtas. Det brukar uttryckas med att verket tillhör *domain publique*. På musikens område kan dock andra rättigheter göra sig gällande, som till exempel en fonogramframställares rätt till sin upptagning av ett visst musikaliskt verk.

Upphovsrätten är ett formskydd och skyddar inte till exempel den idé, tillvägagångssätt eller metod som ligger bakom ett verk. Detta kommer till uttryck i flera internationella instrument<sup>160</sup> och har även uttalats i såväl nationell som EU-rättslig praxis.<sup>161</sup> Beträffande litterära verk är det ofta enkelt att tänka sig skillnaden mellan en idé och uttryck. *Olsson* ger bland annat exemplet på att det står var och en fritt att skriva en fiktion om en talande anka, men denna skildring får inte ges i den individuella utformning (eller uttryck) som *Kalle Anka* har getts.<sup>162</sup>

På musikens område har det dock inom doktrin framförts att idé och uttryck sammanfaller.<sup>163</sup> Det hänger ihop med att en komposition är uppbyggd av vissa grundläggande element där de mest framträdande är: melodi, harmoni och rytm.<sup>164</sup> Dessa element utgör idéer i en juridisk kontext och sätter en yttersta gräns

---

<sup>156</sup> Jfr. dock EUD:s dom av den 13 november 2018, *Levola Hengelo*, C 310/17, EU:C:2018:899 p. 40–41 där EUD menar att uttrycket inte måste vara bestående men måste kunna identifieras. En improvisation kan emellertid vara svår att bevisa i efterhand.

<sup>157</sup> Jfr. SOU 1956:25, s. 70.

<sup>158</sup> Levin, s. 74.

<sup>159</sup> SOU 1956:25, s. 67; se även avsnitt 4.2.2.

<sup>160</sup> Se t.ex. artikel 2 WTC och artikel 9(2) TRIPS-avtalet.

<sup>161</sup> Se t.ex. NJA 1994 s. 74 (smultronmönstret); EUD:s dom av den 22 december 2010 *Bezpečnostní softwarová asociace*, C-393/09, EU:C:2010:816, p. 49.

<sup>162</sup> Olsson, s. 77.

<sup>163</sup> Nordell, Musikens skyddsförutsättningar, s. 75 f.; Brilioth, E-G., *Identitetsproblem I musikalisk upphovsrätt*, NIR 1970, s. 40 f.; Christiansson, s. 27.

<sup>164</sup> Se t.ex. Brilioth, NIR 1970, s 42; jfr. dock Rahmatian, A., *The elements of music relevant for copyright protection*, Rahmatian, A. (red.), Concepts of Music and Copyright: How Music Perceives Itself and How Copyright Perceives Music, [Elektronisk resurs] Edward Elgar Publishing, 2015, s. 91 ff. som förklarar att en komposition består av fler musikteoretiska/naturvetenskapliga element såsom akustiken som utgörs av ton/timbre samt bland annat volym, kontrapunkt och form.

för vad en musikskapare kan ge uttryck för i en individuellt utformad komposition.<sup>165</sup> Idéer om musikens uttryck är därför även de bärande elementen som framträder i en komposition, till exempel en viss ackordprogression (harmoni). Det går därför inte att ge uttryck för en sådan progression utan att ha en idé om den först.<sup>166</sup> Idén om en sådan progression kan sedan individualiseras i uttrycket genom att till exempel tillföra en viss rytm och/eller en särpräglad melodi. I doktrin har åsikterna gått isär om melodi, harmoni och rytm samtidigt måste vara närvarande i ett verk för att det ska vara skyddsvärt. *Nordell* är av uppfattningen att melodi och i vissa fall olika rytmer kan erhålla skydd var för sig, medan harmoni inte kan medföra något bärande verksinnehåll.<sup>167</sup>

Musikens olika element kan användas för att beskriva en komposition, men elementen är mänskliga konstruktioner som (inom juridiken) har i syfte att förklara musiken i konkreta ordalag. Musikens element utgör därför inte själva musiken, utan används för att beskriva musiken.<sup>168</sup> Redan på 1990-talet ifrågasatte *Nordell* om en bedömning med utgångspunkt i musikens enskilda element är den bästa vägen att gå i den moderna musikvärlden. Melodin, rytmen och harmoniken är nämligen inte alltid lika distinkta i all modern musik. En sådan klassisk bedömning passar därför bättre in i den tid då de flesta verken nedtecknades i notskrift.<sup>169</sup> På grund av att notskriften inte kan återge vissa kvalitéer från den moderna musiken (och att mycket musik aldrig nedtecknas) bör en helhetsbedömning utefter hur en komposition faktiskt låter vara mer ändamålsenligt vid ett musikaliskt verks skyddsförutsättningar. *Nordells* ställningstaganden gjordes för drygt två decennier sedan och som vi kommer se är det avgörande för upphovsrätt numera att musikskaparens alster uppfyller det EU-rättsliga autonoma originalitetskriteriet. Vid en intrångsbedömning måste emellertid domstolen fortfarande utgå från några konkreta hållpunkter. Mot bakgrund av detta bör en helhetsbedömning av kompositionerna ge en mer rättvis bild vid en intrångsbedömning än om bedömningen fokuserar på till exempel tonföljd enligt notskriften och/eller att kompositionerna delar samma harmoni och melodi i viss mån (se vidare avsnitt 4.2.3).

Slutligen innebär inte det faktumet att idé och uttryck inom musiken sammanfaller att en musikskapare inte kan göra fria och kreativa val vid musikskapande. Som *Levin* uttrycker det spelar idén eller motivet:

”...nästan alltid en avgörande roll för en eventuell identitetsupplevelse. Tesens [att upphovsrätten endast skyddar idén så som den har uttryckts av upphovspersonen, innebär bara] ...att om verks konkreta former är olika, så finns det inte tillräckligt underlag för att påvisa att de bygger på samma bakomliggande idé eller motiv. Då kan inte heller intrång göras gällande”.<sup>170</sup>

---

<sup>165</sup> Rahmatian, s. 111 f.

<sup>166</sup> Jfr. *Nordell*, Musikens skyddsförutsättningar, s. 75 f.; Rahmatian, s. 112 f.

<sup>167</sup> Se *Nordell*, Musikens skyddsförutsättningar, s. 76 och där gjorda hänvisningar för andra uppfattningar.

<sup>168</sup> Jfr. *Christiansson*, s. 30.

<sup>169</sup> *Nordell*, Musikens skyddsförutsättningar, s. 83 ff.

<sup>170</sup> *Levin*, s. 176.



Eftersom en del idéer inom musiken endast kan uttryckas på ett sätt bör de uttrycken inte kunna erhålla upphovsrättsligt skydd. Upphovsrätten skyddar ju inte idéer. Ett ackord kan till exempel enbart uttryckas med de toner som ackordets ”idé” består av och bör således inte erhålla skydd.<sup>171</sup> Att ta reda på vilka musikens gemensamma ”idéer” är borde därför kunna vara en väg att gå för att avgöra om en del av ett musikaliskt verk också kan anses representera verket och därför vara skyddat eller om det ska tillhöra musikens allmän gods.

#### 4.2.2 *Det EU-autonoma originalitetskriteriet och skyddsomfång*

Det litterära eller konstnärliga verket är av central betydelse för hela det upphovsrättsliga systemet. Det kan uttryckas som: inget verk, inget upphovsrättsligt skydd. Verket utgör upphovsrättens skyddsobjekt, vilket följer av 1 § URL. Inom svensk rättstradition har ett alster behövt uppnå verkshöjd för att skyddas upphovsrättsligt.<sup>172</sup> Genom EUD:s tolkning av infosocdirektivets bestämmelser har dock verksbegreppet harmoniserats och fått en enhetlig EU-autonom innebörd.<sup>173</sup> EUD:s dom av den 16 juli 2009, *Infopaq*, C-5/08, EU:C:2009:465 utgör i detta avseende ett viktigt avgörande. I domen tolkade EUD verksbegreppet och fastslog bland annat att “...den upphovsrätt som avses i artikel 2 a i direktiv 2001/29 endast tillämpas med avseende på ett alster som är *originellt på så sätt att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse*”<sup>174</sup> [kursivering tillagd]. Ett alster måste därför uppfylla det nu beskrivna originalitetskriteriet.

I NJA 2015 s. 1097 (C-More) har Högsta Domstolen (HD) konstaterat att EU-rättens måttliga originalitetskriterium överensstämmer med det svenska kravet på verkshöjd.<sup>175</sup> Detta har kritiserats i den juridiska litteraturen, eftersom kravet på verkshöjd inom svensk rätt traditionellt har inneburit vissa kvalifikationsnormer, såsom att en risk för dubbelskapande av ett alster utesluter verkshöjd.<sup>176</sup> Enligt HD ska ett oberoende dubbelskapande inte ensamt utgöra kvalificeringsnorm för verkshöjd men kan användas som ett hjälpkriterium.<sup>177</sup> En sådan kvalificeringsnorm som går utöver att verket är originellt och uphovspersonens egen intellektuella skapelse är dock inte förenligt med EU-rätten.<sup>178</sup>

Utmärkande för det egna intellektuella skapandet är enligt EUD att uphovspersonen kan ge uttryck för sin personlighet genom att fria och kreativa val kan göras under skapandeprocessen.<sup>179</sup> Detta ger också uttryck för en viktig regel inom uphovsrätten – att ett verk endast behöver utgöra en subjektiv nyhet. Så

---

<sup>171</sup> Jfr. Rahmatian, s. 113 f.

<sup>172</sup> Se t.ex. Rosén, J. *svensk rättspraxis: Upphovsrätt och närstående rättigheter 1977–2002*, SvJT 2004 s. 151 ff. för en sammanfattning av svensk rättspraxis och verksbegreppet.

<sup>173</sup> Se t.ex. EUD:s dom av den 12 september 2019, *Cofemel*, C-683/17, EU:C:2019:721, p. 29.

<sup>174</sup> *Infopaq* p. 37.

<sup>175</sup> Se NJA 2015 s. 1097 p. 18.

<sup>176</sup> Levin, s. 85.

<sup>177</sup> Se t.ex. NJA 2004 s. 149; se Levin, s. 84 f. för en utförligare diskussion.

<sup>178</sup> Levin, s. 85.

<sup>179</sup> *Fünke Medien*, p 19.

länge verket härrör från upphovspersonen själv genom individualitet och självständighet i skapandeprocessen, ska det i teorin innebära upphovsrättsligt skydd.<sup>180</sup> I praktiken blir det slutligen en bevisfråga om ett av två liknande alster kan antas härröra från upphovspersonen själv eller från ett befintligt alster.

Det är vidare endast de beståndsdelar i ett alster som uppfyller originalitetskriteriet, i den mening att beståndsdelarna bidrar till att uttrycka upphovspersonens egen intellektuella skapandeinsats, som är föremål för skydd.<sup>181</sup> EUD har vidare konstaterat att ett alster inte kan utgöra ett verk enbart till följd av den intellektuella ansträngning och skicklighet som ligger bakom alstret såvida alstret inte uppfyller originalitetskriteriet.<sup>182</sup> Inte heller om ett alster enbart utmärker sig av dess tekniska funktion uppfyller det originalitetskriteriet, eftersom idé och uttryck i dessa fall sammanfaller.<sup>183</sup>

Utöver originalitetskriteriet måste ett alster kunna identifieras på ett precist och objektivt sätt även om uttrycket i identifierbart stadium inte måste vara bestående.<sup>184</sup> Ett musikaliskt verk kan identifieras på detta sätt, men däremot inte smaken på ett livsmedel som identifieras på ett mer subjektivt och varierande sätt.<sup>185</sup> EUD har också anfört detta argument till grund för att ett verks estetik inte i sig kan utgöra ett kriterium för om ett alster uppfyller originalitetskriteriet, även om estetiska överväganden ofta ingår vid kreativt skapande.<sup>186</sup> Vad som är estetiskt tilltalande är enligt EUD en subjektiv känsla av skönhet som beror på betraktaren.<sup>187</sup>

Upphovsrättens skydd sträcker sig ofta längre än till slaviska kopior av ett verks utformning. Vid en bedömning om ett potentiellt intrång i annans upphovsrätt måste därför verkets *skyddsomfång* ofta beaktas. I svensk rätt har HD bedömt ett verks skyddsomfång i förhållande till hur originellt verket är på så sätt att ett mer originellt verk har ett vidare skyddsomfång än ett verk som har utformats med hänsyn till dess funktion. Det senare är ofta fallet för till exempel brukskonst.<sup>188</sup> I den juridiska litteraturen har det under en lång tid diskuterats om det ska krävas mer särprägel för brukskonst att uppnå originalitetskriteriet.<sup>189</sup> Efter EUD:s dom av den 12 september 2019, *Cofemel*, C-683/17, EU:C:2019:721 där frågan om efterbildning av diverse klädesplagg var uppe för prövning torde

---

<sup>180</sup> Levin, s. 84 och 86.

<sup>181</sup> Se t.ex. *Levola Hengelo*, p. 35–37 och där angiven praxis.

<sup>182</sup> Se EUD:s dom av den 1 mars 2012, *Football Dataco*, C-604/10, EU:C:2012:115, punkt 33, där EUD bland annat tolkar begreppet *intellektuellt verk* i artikel 3.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser (databasdirektivet). Eftersom verksbegreppet ska ges en enhetlig innebörd kan en analog tillämpning göras beträffande andra verkskategorier, vilket EUD också har gjort, se t.ex. *Funke Medien*, p. 23.

<sup>183</sup> *Funke Medien*, p. 24 som bl.a. hänvisar till EUD:s dom av den 22 december 2010 *Bezpečnostní softwarová asociace*, C 393/09, EU:C:2010:816, p. 49; jfr. avsnitt 4.2.1 ovan om det musikaliska verkets förhållande till idé och uttryck.

<sup>184</sup> *Levola Hengelo*, p. 40–41.

<sup>185</sup> *Levola Hengelo*, p. 42–44.

<sup>186</sup> *Cofemel*, p. 53–55.

<sup>187</sup> *Cofemel*, p. 53.

<sup>188</sup> Se t.ex. NJA 2009 s. 159.

<sup>189</sup> Se t.ex. Rosén, J., *Immaterialrätten i omvandling – uppgift, anseende och investering som underlag för rättskydd*, SvJT 2002 s. 559 f. och not 25 i artikeln; Wennersten, NIR 2020 s. 159 ff.

det vara klarlagt att alster av brukskonst ska bedömas enligt samma kriterier som andra alster.<sup>190</sup>

Ett tidigare rättsfall skulle kunna indikera på att alla verk ska erkännas samma skyddsomfång. I EUD:s dom av den 1 december 2011, *Painer*, C-145/10, EU:C:2011:798 hade en fantombild framställts med ett porträttfotografi som förlaga. Efter att EUD hade fastställt att ett sådant porträttfotografi kunde vara föremål för upphovsrättsligt skydd prövades frågan om ett sådant verk skulle ha ett svagare skydd än andra verk, mot bakgrund av påståendet att det finns begränsade möjligheter till konstnärlig kreativitet vid porträttfotografering.<sup>191</sup> Med hänvisning till *Infopaq* konstaterade EUD att det upphovsrättsliga skyddet ska ges en stor räckvidd och tillade att det inte i något av de direktiv som har utfärdats på upphovsrättens område talar för att "...räckvidden av ett sådant skydd skulle vara beroende av eventuella skillnader i möjligheterna till konstnärlig kreativitet i samband med skapandet av olika kategorier av verk".<sup>192</sup> Detta ställningstagande *kan* tolkas som att alla verk erkänns samma grad av skyddsomfång oavsett verkets originalitet. Svenska domstolar tycks dock inte ha anammat denna uppfattning, då skyddsomfångsbedömningar har gjorts även efter *Painer* avkunnats, där även *Painer* har refererats i domskälen.<sup>193</sup> För egen del ansluter jag mig till *Strömholms* tolkning av dessa domskäl, nämligen:

"att man rent generellt och slutligt [inte] skall fastställa styrkan av ett upphovsrättsligt skydd för *vissa kategorier av verk* som sådana. En differentierad skyddsomfångsbedömning bör kunna tillämpas i fråga om enskilda alster – oavsett vilken verkskategori de tillhör – även framgent: ett porträttfotografi som ger uttryck för en hög grad av kreativitet och särprägel bör därför tillerkännas ett mer vidsträckt skydd än ett porträttfotografi som uppfyller originalitetskriteriet, men inte mer."<sup>194</sup>

Ett verk som enbart uppfyller originalitetskriteriet men inte mer bör således endast skyddas mot väldigt närgångna efterbildningar, medan ett verk som är individuellt utformat och särpräglat bör ges ett vidare skydd.

#### 4.2.3 Originalitetskriteriet och det musikaliska verket

Ovan har det framgått att alla alster ska bedömas uteslutande mot bakgrund av originalitetskriteriet och att en precis och objektiv identifiering av alstret ska kunna göras för att det ska utgöra ett verk (avsnitt 4.2.2). Vid en bedömning av

---

<sup>190</sup> *Cofemel*, p 48. Som hänvisar till p. 29 i samma dom där originalitetskriteriet beskrivs.

<sup>191</sup> *Painer*, p. 94 resp. p. 86.

<sup>192</sup> *Painer*, p. 97.

<sup>193</sup> Se Patent- och marknadsöverdomstolens dom i mål nr PMT 11062–16, s. 5; I NJA 2017 s. 75, p. 14 menar HD att "[j]u starkare originalverket är, desto svårare kan det vara att åstadkomma ett nytt verk med det som förebild." vilket måste syfta på verkets skyddsomfång även om inte just det begreppet används.

<sup>194</sup> Strömholm, K., *Skyddsobjekt, skyddsbarhet, objektivitet/subjektivitet, bedömare och skyddsomfång – finns det utrymme för nationella variationer i en harmoniserad upphovsrättslig värld?*, NIR 2020 [s. 96-103] s. 103.

vad som utgör ett musikaliskt verk är därför EUD:s originalitetskriterium avgörande. Det får inte tolkas som att alla verk och verkskategorier uppnår originalitet på en identisk väg. Det går inte att komma ifrån det faktumet att ett verks karaktär eller typ kan skilja sig åt jämfört med andra verk.<sup>195</sup> Skillnaderna kommer att inverka på bedömningen av alstrets skyddsförutsättningar oavsett om originalitetskravet är det uteslutande rekviritet för verkshöjd.

Inom musiken finns det generellt sett stora variationsmöjligheter till att göra fria och kreativa val som kan ge uttryck för musikskaparens personlighet. Möjlighet till variation kan dock variera beroende på musikaliskt område. Inom populärmusiken finns ofta snävare ramar att förhålla sig till än inom den så kallade seriösa musiken. Inom populärmusiken måste bland annat hänsyn tas till att kompositionen ska vara kommersiellt gångbar och anpassa sig till lyssnarnas preferenser.<sup>196</sup> Möjlighet till mer eller mindre variation inom viss sorts musik ska visserligen inte innebära att ett högre krav på originalitet ställs (se avsnitt 4.2.2). Men ett musikaliskt verk inom till exempel populärmusiken bör ofta få ett snävare skyddsomfång, vilket också kan motiveras av bland annat konkurrensskäl.<sup>197</sup>

Mig veterligen finns det inget avgörande från EUD där skyddsförutsättningarna för ett musikaliskt alster prövats. I generaladvokatens förslag till avgörande i *Pelham* konstateras i och för sig att en musikskapare inte kan få ensamrätt till toner lika lite som en målare eller författare kan få en ensamrätt till färger respektive ord.<sup>198</sup> Vidare konstaterade generaladvokaten att vissa element som uppenbart utgör allmän egendom inte ska ges ett upphovsrättsligt skydd.<sup>199</sup> I förslaget bekräftas också vad som länge har varit känt, nämligen att en inspelning av till exempel naturljud inte utgör ett verk, vilket följer av att naturljud inte är skapade av någon människa.<sup>200</sup>

Det enda svenska prejudikatet på området är NJA 2002 s. 178 (Drängarna) som behandlar både skydds- och intrångsförutsättningarna för en melodislinga spelad på fiol som en del av ett musikaliskt verk. Av omständigheterna i målet framgår det att svarandeparten gjorde gällande att den omtvistade melodislingan var inspirerad av en gammal spelmanslåt som tillhörde *domain publique* och inte från kärandepartens melodislinga.

I förhållande till skyddsförutsättningarna konstaterade HD bland annat att ett fåtal toner kan ge uttryck för ett intellektuellt skapande och att helt okomplicerade verk så länge de är originella också är skyddsvärda. Detta kan läggas till grund för att kravet på originalitet inte bör vara svårt att uppnå på musikens område.<sup>201</sup>

---

<sup>195</sup> Se t.ex. Levin, s. 80 och 88.

<sup>196</sup> NJA 2002 s.178; se även Christiansson, s. 27 och där gjorda hänvisningar.

<sup>197</sup> Se Levin, s. 84 och 86. där författaren menar att det är vanligt med snävare skyddsomfång på brukskonstområdet, men att det förhållningssättet också lämpar sig bra på andra områden som är utsatta för hård konkurrens som musikbranschen; jfr. avsnitt 4.2.2.

<sup>198</sup> Generaladvokatens förslag till avgörande i *Pelham* p. 29.

<sup>199</sup> Generaladvokatens förslag till avgörande i *Pelham* p. 35.

<sup>200</sup> Se t.ex. Nordell, Musikens skyddsförutsättningar, s. 82. Dock bör ett naturljud kunna bearbetas så att det uppnår originalitet.

<sup>201</sup> Jfr. *Infopaq* p. 47–48 där EUD konstaterade att ett utdrag om elva ord kunde vara föremål för skydd enligt artikel 2 a infosocdirektivet; se även Nordell, Musikens skyddsförutsättningar, s. 78, där det framhålls att flera enklare tonsekvenser redan har blivit ”skapade” och således lätt kan bli

Avgörande för om melodislingan i rättsfallet Drängarna var originell (enligt dåvarande svensk rätt) och således utgjorde ett musikaliskt verk skulle enligt HD bestämmas efter en helhetsbedömning av kompositionen från en lyssnarens perspektiv.<sup>202</sup> HD konstaterade att den omtvistade melodin i både ett melodiskt och instrumentellt hänseende, framstod som avgränsad från övriga delar av kompositionen vid lyssning. Melodin var även tillräckligt egenartad fastän den utgjordes av enkla konventionella element och hade en enkel form. Melodin var därför upphovsrättsligt skyddad.

Vid intrångsbedömningen företogs visserligen också en helhetsbedömning enligt HD. Trots att melodierna i de båda kompositionerna hade något skild harmonik och olika tempon menade HD att likheterna var påfallande och att ett objektivet intrång förelåg. Av HD:s domskäl framgår det dock inte på vilket sätt de övriga delarna av kompositionerna tagits i beaktan vid intrångsbedömningen. För HD verkar det avgörande vid intrångsbedömningen ha varit likheten mellan melodierna sett isolerade och inte utifrån en sådan helhetsbedömning som gjordes vid bestämmandet av skyddsförutsättningen för den första melodin. Slutligen använde HD det ovan diskuterade dubbelskapandekriteriet för att avgöra om det påstådda intrånget kunde anses vara inspirerat av kärandepartens verk eller den gamla folkvisan (jfr. avsnitt 4.2.2). På grund av den påfallande likheten mellan de båda slingorna ställdes ett högt beviskrav för att bryta presumtionen om intrång, vilket svaranden inte uppfyllde.

Drängarna-målet avgjordes innan infosocdirektivets införlivande i svensk rätt och innan de tongivande rättsfallen för de upphovsrättsliga skyddsförutsättningarna hade avgjorts av EUD (avsnitt 4.2.2). För att utröna gällande rätt måste HD:s domskäl därför ses i ljuset av direktivet och EUD:s avgöranden. Beträffande HD:s bedömning om melodislingans skyddsbarhet kan det ifrågasättas om denna bedömning stämmer överens med det EU-rättsliga originalitetskriteriet på grund av att verkshöjdskravet i svensk rätt har präglats av kvalificeringsnormer såsom dubbelskapandekriteriet. Enligt min uppfattning bör melodin som prövades i Drängarna dock även ses som skyddsvärd enligt en EU-rättslig bedömning, men det har förmodligen att göra med HD:s lågt ställda krav på verkshöjd inom musiken. HD utgår nämligen från en helhetsbedömning *utifrån lyssnarens perspektiv* (hur en färdig melodislinga låter i den sammantagna kompositionen), istället för den EU-rättsliga bedömningsnormen om *musikskaparen hade möjlighet till att göra fria och kreativa val* vid skapandet av melodislingan.

HD:s slutsats i Drängarna - att den omtvistade slingan var skyddsvärd, bör som sagt enligt min uppfattning bli densamma oavsett vilken av de två bedömningsnormerna som läggs till grund för bedömningen. Musikskaparen kan genom att förhålla sig till de fem tonerna som den pentatoniska skalan erbjuder och som violinmelodin i Drängarna utgick från, spela de olika tonerna i önskvärd harmoni och rytm för att konstruera en egen melodi som ger uttryck för en personlig

---

föremål för efterbildning, vilket inte är samma sak som att dessa tonsekvenser inte skulle kunna ge uttryck för originalitet. Detta eftersom upphovsrätten, som bekant, endast kräver att skapandet utgör en subjektiv nyhet.

<sup>202</sup> Domen bekräftar således *Nordells* resonemang som har redogjorts för i avsnitt 4.2.2 ovan.

skapandeinsats och således uppfylla EUD:s originalitetskriterium. I HD:s helhetsbedömning konstaterades även att melodin var tillräckligt *egenartad*, vilket indikerar på att violinistens möjlighet till fria och kreativa val utgjorde en del av bedömningsunderlaget vid HD:s prövning.

Sammanfattningsvis bör en väldigt enkel melodislinga kunna uppnå upphovsrättsligt skydd även enligt EUD:s originalitetskriterium. Om EUD, vid en sådan bedömning, hade förespråkade en helhetsbedömning utifrån en lyssnares perspektiv återstår för rättstillämpningen utvisa.

## 4.3 Samplings förhållande till musikskaparens uteslutande ensamrätt att förfoga över sitt verk

### 4.3.1 *Allmänt*

När ett musikaliskt alster uppfyller de ovan diskuterade kriterierna för att utgöra ett musikaliskt verk har upphovspersonen en uteslutande ensamrätt att förfoga över sitt verk i enlighet med 2 och 3 §§ URL. Den förra paragrafen stadgar upphovspersonens ekonomiska rätt till sitt verk och den senare den ideella rätten till verket. I en samplingsituation är frågan om när en sampling kan utgöra ett intrång i någon av dessa rättigheter avgörande för att bedöma om ett samplat ljudavsnitt är rättsstridigt. Det måste därför utredas hur en uphovsperson får förfoga över sitt verk i enlighet med hens ensamrätt för att kunna avgöra när en sampling kan tänkas inkräkta på denna rätt och när den inte gör det.

I 4 § URL stadgas även bearbetningsrätten och det fallet att ett nytt och självständigt verk åstadkoms i fri anslutning till ett redan befintligt verk. 4 § 1 st. URL behandlar således gränsdragningen mellan ett mångfaldigande och en bearbetning av ett verk, medan det andra stycket i samma paragraf tar sikte på gränsdragningen mellan en bearbetning och ett nytt och självständigt verk. Det är dock viktigt att beakta att en komposition som innehåller samplingar från andra verk också kan utgöra ett eget självständigt verk om det uppfyller originalitetskriteriet.<sup>203</sup> I en samplingsituation kan således, beroende på omständigheterna, ett potentiellt befintligt verk (samplingen) vara inkorporerat i ett potentiellt nytt verk, vilket medför en del bedömningssvårigheter.

### 4.3.2 *Den ekonomiska rätten – särskilt mångfaldiganderätten*

Ett syfte med det uphovsrättsliga systemet är att ge den som har skapat något skyddsvärt möjligheten att ensamt bestämma över hur hens intellektuella prestation får utnyttjas av andra. Vad som är skyddsvärt bestäms, som tidigare nämnts

---

<sup>203</sup> Denna uppfattning ger i vart fall EUD i *Pelham* eftersom domstolen talar om den intrångsgörande låten *Nur Mir* som ett självständigt verk, se t.ex. p. 31 och 35.

av originalitetskriteriet och verksbegreppet. Den ekonomiska delen av upphovsrätten möjliggör denna bestämmanderätt genom att upphovspersonen får en utslutande ensamrätt att förfoga över sitt verk i två avseenden. Det ena är att göra verket *tillgängligt för allmänheten* och det andra är att *framställa exemplar* av verket, 2 § 1 st. URL.

Utöver upphovspersonens ekonomiska möjligheter att själv kunna förfoga över sitt verk, är denna rätt också överlåtbar enligt 27 § URL. Detta innebär att upphovsrätten har en förmögenhetsrättslig sida, där olika överlåtelse/upplåtelseformer kan exploateras ekonomiskt av upphovspersonen samtidigt som URL i en del fall sanktionerar en ersättningsrätt till upphovspersonen för vissa nyttjanden.<sup>204</sup> Den ekonomiska rätten främjar också den kreativa industrin i stort. De investeringar som görs för att producera upphovsrättsligt skyddat material kan hämtas åter under en längre period, fördelat på flera olika nyttjare av ett verk.<sup>205</sup> Nyttjanden av den ekonomiska rätten ombesörjs till stora delar av kollektiv rättighetsförvaltning genom möjligheten för upphovsrätsorganisationerna att träffa avtalslicenser med olika nyttjare av verken enligt 3 a kap. URL.<sup>206</sup>

Exemplarframställningsrätten definieras närmare i 2 § 2 st. URL som stadgar att ”[f]ramställning av exemplar innefattar varje direkt eller indirekt samt tillfällig eller permanent framställning av exemplar av verket, oavsett i vilken form eller med vilken metod den sker och oavsett om den sker helt eller delvis”. I propositionen till införlivandet av infosocdirektivet framgår det att definitionen ska motsvara artikel 2 infosocdirektivet om mångfaldiganderätten.<sup>207</sup> Av definitionen framgår bland annat att även delvist mångfaldigande omfattas av upphovspersonens ensamrätt. I *Infopaq* klargjorde EUD att ett utdrag om elva ord *kan* utgöra ett delvist mångfaldigande av ett upphovsrättsligt skyddat verk. Det avgörande är att utdraget i sig uppfyller originalitetskriteriet (avsnitt 4.2.2).<sup>208</sup> EUD har vidare konstaterat att mångfaldigandebegreppet, likt originalitetskriteriet är ett EU-rättsligt autonomt begrepp.<sup>209</sup>

För att ett ljudavsnitt från ett upphovsrättsligt skyddat verk ska omfattas av en upphovspersons mångfaldiganderätt krävs det således att det aktuella ljudavsnittet uppfyller originalitetskriteriet. Om ett ljudavsnitt som uppfyller originalitetskriteriet sedan samplas utan tillåtelse för att används i en ny komposition kommer det *a priori* utgöra ett mångfaldigande. Men ljudavsnittet kan manipuleras på önskvärd sätt för att passa i den nya kompositionen, varav frågan om ett mångfaldigande har skett blir mer osäkert.

---

<sup>204</sup> Som exempel kan nämnas den s.k. följerätten för vidareförsäljning av konstverk i 26 n § URL och rätten till skäligen ersättning i de fall en ljud- eller bildproducent hyr ut de verk som upphovspersonen har överlåtit till dessa i 29 § URL.

<sup>205</sup> Se t.ex. Olsson, s. 42.

<sup>206</sup> Se *Upphovsrättens avtal: regler för upphovsmäns, artisters, fonogram-, film- och databasproducenters, radio- och TV-bolags samt fotografers avtal*, Norstedts juridik, 2006, s. 90 ff. för en utförlig genomgång av URL:s avtalslicenser

<sup>207</sup> Prop. 2004/05:110 s. 377. I den fortsatta framställningen används begreppen exemplarframställning och mångfaldigande synonymt.

<sup>208</sup> Se också *Infopaq*, p. 48.

<sup>209</sup> Se t.ex. *Funke Medien* p. 35–38 oh där angiven praxis.

I Generaladvokatens förslag till avgörande i *Painer* behandlades en jämförlig fråga: nämligen om en fantombild, till vilken ett fotoporträtt hade använts som förlaga gjorde intrång i förlagan. I förevarande fall hade förlagan bearbetats med hjälp av ett datorprogram för att skapa fantombilden. Generaladvokaten konstaterade dels att mångfaldigandebegreppet i artikel 2 a infosocdirektivet uttryckligen innefattar offentliggöranden i förändrad form och att begreppet ska ges en vidsträckt innebörd.<sup>210</sup> Innebörden av begreppet ska tolkas mot bakgrund av bestämmelsens syfte som är att ge skydd åt det upphovsrättsligt skyddade verket. Verket måste därför skiljas från den avbild av verket som en kopia utgör. Det är endast i den mån kopian fortfarande återspeglar verksinnehållet som ett intrång har skett. Vidare menar generaladvokaten att ”[j]u mer fantombilden skiljer sig från förlagan desto mer kan det antas att de element som utgör förlagens individuella, intellektuella skapelse minskar i fantombilden med följd att de inte längre är av avgörande betydelse och således inte längre ska beaktas”.<sup>211</sup> EUD kommenterade inte denna del av generaladvokatens yttrande i sin dom. Rättskällevärdet får bedömas mot denna bakgrund.

I en samplingsituation, som ju också utgör en kopia av en del av ett verk, borde det i enlighet med generaladvokatens yttrande vara avgörande om det kopierade fortfarande återspeglar verksinnehållet efter eventuell manipulation. Det kan avgöras mot bakgrund av vilka element från förlagan som går att skönja i samplingen. Som nämnts ovan, är musikens element: melodi, harmoni och rytm (avsnitt 4.2.1). Om dessa element har manipulerats tillräckligt så bör verket inte längre återspeglas i samplingen. Helt klart bör i vart fall en sampling som inte är igenkännbar vid lyssning inte anses återge verket och således inte utgöra ett mångfaldigande. Om det som samplas inte uppnår originalitetskriteriet utgör det inte heller ett mångfaldigande och inget tillstånd behöver inhämtas. En sådan sampling skulle enligt min uppfattning i vart fall kunna utgöras av någon enstaka ton, ackord eller slagverksrytm som måste anses tillhöra musikens allmängods. En möjlig anledning till att kärandeparten förstahandsyrkande i *Pelham* var intrång i mångfaldiganderätten som fonogramframställare kan möjligtvis ha varit just på grund av en misstanke om att den två sekunders långa trumsekvensen tillhörde musikens allmängods.

### 4.3.3 *Den ideella rätten*

#### 4.3.3.1 Allmänt

Den ideella rätten avser att skydda den personliga kopplingen som finns mellan en upphovsperson och hans intellektuella skapelse och framgår av 3 § URL. Det görs dels genom att ge upphovspersonen en rätt att namnges i samband med olika nyttjanden av hans verk. Upphovspersonen erkänns också en rätt att motsätta sig vissa nyttjanden och ändringar av verket som kan kränka upphovspersonens litterära eller konstnärliga anseende.

---

<sup>210</sup> Generaladvokatens förslag till avgörande i *Painer*, p. 127.

<sup>211</sup> Generaladvokatens förslag till avgörande i *Painer*, p. 130.



Av skäl 19 i infocodirektivet framgår det att direktivet inte syftar till att harmonisera den ideella rätten, men att den ska utövas i enlighet med Bernkonventionen och WCT och WPPT.<sup>212</sup> Detta innebär att den ideella rätten inte är harmoniserad inom EU på samma sätt som den ekonomiska rätten och svenska rättskällor bör därmed få en större betydelse. Det går dock att se att även den ideella rätten indirekt har harmoniserats i en del avseenden genom EUD:s tolkning av vissa U&I i artikel 5 infocodirektivet som därför måste beaktas när de gör sig tillämpliga.<sup>213</sup>

Ett intrång i den ideella rätten kan ske oaktat om verket har nyttjats med eller utan den ursprunglige upphovspersonens tillstånd.<sup>214</sup> Ett musikaliskt verk innehållande samlingar från ett annat verk, kan precis som vilken annan komposition som helst nyttjas i olika sammanhang där den ideella rätten ska beaktas. Men det här avsnittet fokuserar endast på hur en musikkapare som använder sig av samlingar från andra musikaliska verk ska beakta den ideella rätten till det ursprungliga verket.

Den ideella rätten är inte heller överlåtbar enligt 3 § 3 st. och 27 § URL, men kan efterges för en till art och omfattning begränsad användning av verket. I ett fall där en sampling licensieras till en musikkapare för att ingå i en ny komposition bör således upphovspersonen till verket som samlingen hämtas från kunna efterge sin ideella rätt. En sådan situation bör enligt min mening omfattas av rekvisitet ”...till art och omfattning begränsad användning av verket”.<sup>215</sup> Ett mer generellt eftergivande att tillåta samlingar av en uphovspersons verk i allmänhet är däremot inte förenligt med stadgandet enligt förarbetena.

#### 4.3.3.2 Namngivelserätten

Namngivelserätten stadgas i 3 § 1 st. URL. Av paragrafen framgår att en uphovsperson ska namnges efter god sed. Namngivelserätten är således inte absolut enligt stadgandet och utgör som huvudregel en positiv förpliktelse för den som nyttjar annans verk att namnge uphovspersonen. Även om namngivelserätten ska följa god sed så är huvudregeln att en uphovsperson alltid ska namnges när hans verk nyttjas.<sup>216</sup> Enligt förarbetena kan undantag göras i vissa fall om det är tekniskt svårt att ange namn i samband med ett nyttjande. Även om det är direkt olämpligt eller saknar betydelse för uphovspersonen kan undantag göras. Som exempel på de två senare undantagen nämns när musik spelas vid gudstjänster eller på restauranger. Beträffande begreppet god sed kan rätten att få sitt namn angivet i samband med verket variera beroende på vad som i olika sammanhang

---

<sup>212</sup> Se avsnitt 1.5.1 ovan för EU:s och Sveriges relations till dessa internationella instrument.

<sup>213</sup> Se Wennersten, NIR 2020 s. 166 ff. för en utförligare förklaring hur EU-rätten indirekt harmoniserar vissa aspekter av den ideella rätten.

<sup>214</sup> NJA II 1961 s. 62.

<sup>215</sup> Jfr. prop. 1960:17 s. 72 där det framförs att en eftergift av ideell rätt till en viss filminspelning är giltig.

<sup>216</sup> Se t.ex. prop. 2004/05:110 s. 84; se också NJA II 1961 s. 60.

och tider utgör god sed på ett visst område.<sup>217</sup> Vad som är god sed avgörs slutligt av domstol. I förhållande till exemplarframställning av musikaliska verk framhålls det i förarbetena att namnet bör framgå på bruklig plats.<sup>218</sup> Där framgår det även att namngivelserätten också gäller för bearbetningar av ett verk.

En musikskapare som använder sig av samplingar som utgör andra upphovspersoners verk måste således namnge dessa på de exemplar hen framställer och tillgängliggör av sitt nya verk. Detta oaktat om samplingarna i den nya kompositionen framförs i oförändrade eller i bearbetade skick. Det förhållandet att exemplar av verk numera ofta tillgängliggörs online via streamingplattformar bör enligt min mening inte utgöra undantag från namngivelserätten. Upphovspersoners namn går fortfarande att ange inom till exempel parantes vid låttiteln. Flera streamingtjänster, bland annat *Spotify* och *Tidal* erbjuder också integrerade sätt att namnge upphovspersoner i anslutning till deras musik i sina tjänster.<sup>219</sup>

#### 4.3.3.3 Respekträtten

Respekträtten framgår av 3 § 2 st. URL och tar sikte på om ett verk ändras eller görs tillgängligt för allmänheten på ett sätt som är kränkande för upphovspersonens litterära eller konstnärliga anseende eller egenart. Bestämmelsen tar därmed sikte på upphovspersonens anseende som konstnär och inte som samhällsmedborgare.<sup>220</sup> Respekträtten innebär ett skydd mot kränkande ändringar av ett exemplar av verket, men också de fall då verket, i ursprungligt eller ändrat skick, blottas i ett sammanhang som är kränkande för upphovspersonen. En kränkning kan antingen träffa upphovspersonens konstnärliga anseende eller egenart. Respekträtten omfattar därmed flera olika situationer och prövningen måste göras mot bakgrund av omständigheterna i varje enskilt fall. Vad som är kränkande kan dessutom variera beroende på rådande förhållande i en viss levnadstid och konststart och vid en bedömning ska en objektiv måttstock anläggas.<sup>221</sup>

Det finns ett flertal svenska rättsfall som behandlar den ideella rätten i olika avseenden.<sup>222</sup> I förhållande till samplingar och respekträtten är det främst två rättsfall som är av intresse NJA 1979 s. 352 (Max Walter) och NJA 2005 s. 905 (Alfons). I det förra målet hade konstnären *Leif Eriksson* (E) köpt osignerade litografier, skapade av den välkände konstnären *Max Walter Svanberg* (S). E hade därefter försett litografierna med olika påskrifter och tillägg, signerat litografierna och sedan ställt ut dessa och sålt dem vidare. Ändringarna och tilläggen var bland annat menade att kritisera konstens kommersialisering. Enligt expertutlåtandena i målet var de olika ändringarna i S:s verk gjorda med en seriös konstnärlig avsikt och förfarandet var vanligt inom den så kallade metakonsten som var den konststart som E var verksam inom. S menade att de gjorda ändringarna var kränkande för såväl hans konstnärliga anseende som egenart. HD konstaterade att konstverket fortfarande omfattades av S:s skydd mot kränkningar enligt 3 § 2 st.

---

<sup>217</sup> NJA II 1961 s. 60.

<sup>218</sup> NJA II 1961 s. 61.

<sup>219</sup> Se t.ex. <https://www.svd.se/nu-far-du-veta-vem-som-skrev-laten> (Lydelse: 11.05.2021)

<sup>220</sup> Prop. 1960:17 s. 65

<sup>221</sup> Se NJA II 1961 s. 64; Jfr. Rosén, J., *Reklamavbrott som intrång i ideell rätt*, JT 2008/09, s. 125 ff.

<sup>222</sup> Se t.ex. NJA 1971 s. 226; NJA 1974 s. 94; NJA 1975 s. 679; NJA 1993 s. 263; NJA 2008 s. 309.

URL även efter de av E gjorda ändringarna. Med hänvisning till hovrättens domskäl framhöll HD vidare att någon sådan kränkning inte hade förelegat i det aktuella fallet. Bedömningen gjordes efter en objektiv måttstock som landande i att någon ändring i verkets bärande elementen inte hade skett. Det fallet att ändringarna hade skett inom ramen för en erkänd konstriktion påverkade vad som kunde tillåtas enligt en objektiv måttstock.

I NJA 2005 s. 905 som i huvudsak berörde det så kallade parodiundantaget gav HD uttryck för en dualistisk syn på den ekonomiska och ideella rätten. Det innebär att en kränkning av den ideella rätten kan förekomma även om det inte har skett något intrång i den ekonomiska rätten.<sup>223</sup>

I förhållande till användningen av samplingar bör det med anledning av HD:s resonemang i NJA 1979 s. 352 därför beaktas att användandet av samplingar vid musikskapande kan skyddas av den konstnärliga friheten vid ett fall där en sampling påstås kränka annans respekträtt (jfr. avsnitt 3.3.2). Vidare bör ett musikaliskt verk innehållande en sampling potentiellt kunna kränka respekträtten oaktat om ett intrång i den ekonomiska rätten föreligger med hänvisning till HD:s resonemang i Alfons-målet.

I förarbetena framhålls att det ligger i sakens natur att en del ändringar som är nödvändiga sett till ändamålet med en bearbetning måste vara tillåtna, som till exempel när ett musikaliskt verk återges i en förkortad form för populärbruk.<sup>224</sup> Men originalets konstnärliga nivå och stil, eller ingrepp i dess bärande innehåll får inte förringas vid en sådan bearbetning. Som exempel på detta ges bland annat att ett seriöst musikaliskt verk framförs i jazztakt.<sup>225</sup> Att framföra några mer generella bedömningar när en sampling kan utgöra ett intrång i annans ideella rätt är svårt på grund av att samplingar kan förekomma med olika syftningar, i olika sammanhang och dessutom variera i längd, typ och om de är manipulerade eller återger det samplade ljudavsnittet i troget skick. Klart är att respekträtten behöver tas i beaktan vid musikskapande med hjälp av samplingar.

#### 4.3.4 Bearbetning eller ett nytt och självständigt verk

En upphovspersons ensamrätt att förfoga över sitt verk sträcker sig utöver rena mångfaldiganden av verket. I 4 § 1 st. URL framgår det att "[d]en som översatt eller bearbetat ett verk eller överfört det till annan litteratur- eller konststart har upphovsrätt till verket i denna gestalt, men han äger icke förfoga däröver i strid mot upphovsrätten till originalverket". Bestämmelsen har sin förebild i Bernkonventionen där rätten numera framgår av artikel 2.3.<sup>226</sup> Det som förfoganderättsligt

---

<sup>223</sup> Jfr. Nordell, P.J., *Parodi, satir, travesti – intrång eller kränkning? Kommentar till NJA 2005 s. 905 (Alfons Åberg)*, NIR 2007, s. 319 ff. som menar att det dualistiska synsättet bör äga allmän tillämplighet även utanför parodiundantaget.

<sup>224</sup> NJA II 1961 s. 64 f.

<sup>225</sup> Det kan ifrågasättas hur mycket bäring ett sånt uttalande har i dag eftersom prövningen om en kränkning har skett ska göras mot bakgrund av de rådande förhållanden i en viss levnadstid. Den moderna synen på vad som är seriöst musikskapande ser enligt min uppfattning annorlunda ut idag än vad den gjorde år 1961.

<sup>226</sup> Jfr. SOU 1956:25, s. 39.

skiljer en bearbetning från ett mångfaldigande är att bearbetaren får upphovsrätt till det bearbetade verket (andrahandsverket). En bearbetning får även företas utan upphovspersonens samtycke, men inte nyttjas utan ett godkännande från upphovspersonen till originalverket.<sup>227</sup> I svensk rätt har kravet för att ett verk ska utgöra en bearbetning varit att också andrahandsverket uppnår egen originalitet eller särprägel.<sup>228</sup> Men det finns inte något krav på att andrahandsverket ska vara av nyskapande slag.<sup>229</sup>

Vanliga exempel på bearbetningar inom musiken utgörs av att till exempel arrangera om en komposition till andra instrument eller från solosång till kör.<sup>230</sup> Ett mer samtida exempel är när en remix görs av ett befintligt musikaliskt verk.<sup>231</sup> Rutinmässiga ändringar såsom till exempel transponering av ett musikaliskt verk utgör enligt motiven inte en bearbetning.<sup>232</sup> Ett sådant förfarande är således att se som ett mångfaldigande/offentligt framförande av originalverket.

4 § 2 st. URL stadgar om "...någon i fri anslutning till ett verk åstadkommit ett nytt och självständigt verk, är hans upphovsrätt ej beroende av rätten till originalverket". Detta framgår egentligen redan av 1 § URL, vilket också noteras i lagens förarbeten.<sup>233</sup> URL:s stadgande om bearbetningar kan också utläsas från 1–2 §§ URL.<sup>234</sup> Gränsdragningen mellan ett mångfaldigande, bearbetning och ett nytt och självständigt verk är snarare en gradskillnad än vitt skilda företeelser där bearbetningen utgör ett mellanting mellan ett mångfaldigande och ett nytt och självständigt verk.<sup>235</sup> I doktrinen har det framförts att HD har bedömt potentiella intrång i annans upphovsrätt genom att antingen anlägga en mer objektiv bedömningsnorm eller en mer idealistisk sådan.<sup>236</sup> En objektiv bedömningsnorm kan sägas ta sin utgångspunkt i vad som faktiskt har skett, det vill säga "...[o]m domstolen kan se att ett skyddat verksinnehåll återkommer i ett annat uttryck, föreligger ett intrång".<sup>237</sup> Den mer idealistiska bedömningsnormen kan sägas utgå från en mer dynamisk intrångsbedömning. Det skyddade verksinnehållet kan vid en sådan bedömning visserligen förekomma i det potentiellt intrångsgörande verket, men bedömningen slutar inte där – och konstaterar en exemplarframställning eller bearbetning – utan utreder också hur, eller på vilket sätt verksinnehållet förekommer i det potentiellt intrångsgörande verket. I NJA 2017 s. 75 (Svenska syndabocker) konstaterade HD bland annat att:

---

<sup>227</sup> Upphovspersonen till originalverket får på samma sätt inte nyttja andrahandsverket utan bearbetarens godkännande.

<sup>228</sup> Se t.ex. NJA 2017 s. 75 (svenska syndabocker), p. 5–6. Som framförts i avsnitt 4.2.2 kan det svenska verkshöjdsbegreppet ifrågasättas i ljuset av EU:s originalitetskriterium.

<sup>229</sup> NJA II 1961, s. 78.

<sup>230</sup> NJA II 1961, s. 77.

<sup>231</sup> Christiansson, s. 41.

<sup>232</sup> SOU 1956:25, s. 133.

<sup>233</sup> SOU 1956:25, 136.

<sup>234</sup> Jfr. Nordell, P.J., *Upphovsrätten som ett jämförelseobjekt. Kommentar till Högsta domstolens dom NJA 2017 s. 75 (Svenska syndabocker)*, NIR 2017, s. 303.

<sup>235</sup> Jfr. SOU 1956:25, s. 133; se också Nordell, *Musikens skyddsfrusättningar*, s. 78.

<sup>236</sup> Nordell, P.J., NIR 2017, s. 303.

<sup>237</sup> Nordell, P.J., NIR 2017, s. 307, där författaren ger bland annat det ovan refererade NJA 2002 s. 178 som exempel på en objektiv bedömningsnorm (se avsnitt 4.2.3)

”[o]m den konstnärliga individualitet som bär upp det äldre verket framträder som det dominerande även i det nya arbetet, rör det sig bara om en bearbetning. Men om det nya arbetet får sin prägel av utförarens egen individualitet och har verks-höjd, föreligger det en nyskapelse som har ett fristående upphovsrättsligt skydd”.<sup>238</sup>

En bedömning som stödjer sig på 4 § 2 st. URL kan emellertid generellt ifrågasättas efter EUD:s konstaterande i *Pelham* att medlemsstaterna inte får föreskriva andra U&I än de som framgår av artikel 5 infosocdirektivet. Enligt EUD gäller det även om bestämmelsen så att säga utgör en naturlig inskränkning i upphovsrätten, likt 4 § 2 st. URL.<sup>239</sup> Ett sådant allmänt stadgande är därför inte förenligt med EU-rätten enligt min uppfattning (se avsnitt 3.4).

PMÖD har i dom den 23 juni 2021 i mål B 12315–20 (En svensk tiger) både bekräftat och nyanserat denna normkonflikt, men då i förhållande till det s.k. parodiundantaget.<sup>240</sup> Avseende parodier har visserligen denna normkonflikt tidigare uppmärksammats i svensk rättspraxis, men i PMÖD:s domskäl i En svensk tiger tydliggörs denna konflikt. En svensk tiger var emellertid ett brottmål, varav PMÖD konstaterade att vissa andra principer och bedömningsnormer gör sig gällande, främst legalitetsprincipen. För att således tillgodose förutsebarhet i rättstillämpningen i enlighet med nyss nämnda princip konstaterade PMÖD att en inträngsbedömning med utgångspunkt i 4 § 2 st. URL eller de U&I stadgade i 2 kap. URL inte nödvändigtvis ger samma utfall. Bestämmelserna har olika syfte, konstruktion och utformning och gällande U&I måste en bedömning göras utifrån syftet med den inskränkning som gör sig aktuell i ett enskilt fall, samtidigt som den s.k. trestegsregeln måste beaktas (jfr. Avsnitt 4.3.5 nedan). PMÖD konstaterar även att *Pelham* eller annan EU-rättslig praxis inte tydligt klargör hur konstens frihet ska upprätthållas om något U&I inte är tillämpligt. Mot bakgrund av detta prövade PMÖD det påstådda intrånget med beaktande av HD:s mer dynamiska bedömning som gjordes i rättsfallet Svenska syndabockar, för att i andra hand pröva om något U&I var tillämpligt.

Beträffande 4 § 1 st. URL, måste EU-rätten också i vissa situationer beaktas fastän det inte finns någon motsvarande bestämmelse i infosocdirektivet.<sup>241</sup> På grund av EUD:s extensiva och EU-rättsligt autonoma tolkning av mångfaldigandebegreppet kan det antas att flera bearbetningssituationer enligt svensk rätt också omfattas av infosocdirektivets mångfaldigandebegrepp (se avsnitt 4.3.2).<sup>242</sup>

Det nu sagda medför en del bedömningssvårigheter för att avgöra om en sampling utgör ett mångfaldigande, en bearbetning eller ett nytt och självständigt verk enligt gällande rätt. För det första måste ställning tas till om samplingen ska

---

<sup>238</sup> NJA 2017 s. 75, p. 12.

<sup>239</sup> Jfr. *Pelham*, p. 56 och 64.

<sup>240</sup> Se PMÖD:s dom 2021-06-21 i mål B 12315-20 s. 8 f. och 11 f.

<sup>241</sup> Bestämmelser som reglerar bearbetningssituationer finns däremot i artikel 4.1 b Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram och i artikel 5 b Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser.

<sup>242</sup> Jfr. Wennersten, NIR 2020 s. 163 ff.

bedömas isolerat, eller bedömas som en del i det nya verket som helhet. Jag uppfattar det förra som tillhörande den mer objektiva bedömningsnormen medan det senare tillhör den mer dynamiska. Efter *Pelham* är det enligt min uppfattning mest troligt att en sampling måste bedömas enligt den mer objektiva bedömningsnormen. Även om 4 § 2 st. URL går att utläsa genom 1 § URL så kommer det vid en faktisk tvist prövas om något intrång har skett - annars skulle det ju inte föreligga en tvist. En mer idealistisk bedömning i detta fall bör enligt min uppfattning ses som en otillåten utvidgning av de U&I som infosocdirektivet medger och är således inte förenlig med EU-rätten. Särskilt inom musiken blir en idealistisk bedömningsnorm svår att tillämpa eftersom ett musikstycke enkelt uppfyller kravet på originalitet, vilket i regel även bör gälla för en sampling (jfr. avsnitten 4.2.3 och 4.3.2.). I ljuset av PMÖD:s dom i *En svensk tiger* måste dock rättsläget sägas vara oklart.

### 4.3.5 Undantag och Inskränkningar i ensamrätten

#### 4.3.5.1 Allmänt

I 2 kap. URL finns ett flertal paragrafer som på olika sätt utgör undantag från eller inskränkningar i (U&I) ensamrätten. Kapitlet införlivar fakultativa U&I som stadgas i artikel 5 infosocdirektivet. Vid tillämpningen av dessa måste den så kallade trestegsregeln som bland annat stadgas i artikel 5.5 infosocdirektivet beaktas. Regeln innebär att ett nyttjande av ett verk/alster med stöd av tillämpligt U&I endast får göras "...i vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjandet av verket eller annat alster och inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarnas legitima intressen". De olika U&I sett tillsammans med ensamrättens begränsade skyddstid avser att utgöra en adekvat avvägning mellan upphovsrätten och andra samhällliga och enskilda intressen.<sup>243</sup>

I och med Sveriges införlivande av Europaparlamentets och rådets direktiv 2019/790/EU av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG samt 2001/29/EG (DSM-direktivet) i nationell rätt kommer några av de fakultativa U&I i infosocdirektivet att bli tvingande under de förutsättningar som anges i artikel 17.7 DSM-direktivet. Det gäller bland annat citaträtten och nyttjande i pastischsyfte.

I förhållande till samplingar är det enligt min uppfattning främst tre U&I som kan vara tillämpliga och därmed tillåta en musikskapare att sampla ett ljudavsnitt för att använda i sitt konstnärskap utan en rättsinnehavares godkännande. Ett av dessa är citaträtten, som stadgas i 22 § URL och som redan har behandlats (se avsnitten 3.3.3 och 3.4.) Det kan tilläggas att 22 § URL inte stadgar att källangivelse alltid måste anges vid citering om det inte visar sig vara omöjligt som paragrafens motsvarighet i artikel 5.3 d infosocdirektivet gör. Inför infosocdirektivets införlivande konstaterades att kravet på källangivelse ändå uppfylldes i

---

<sup>243</sup> Se t.ex. *Pelham*, p. 59–62; se även Prop. 2004/05:110, s. 83; och Levin, s. 191.

URL genom den ideella rätten och tillägget i 11 § URL. De två andra U&I som kan vara aktuella i en samplingsituation är mångfaldigande för privat bruk och undantag för pastischsyfte.

#### 4.3.5.2 Mångfaldigande för privat bruk

I 12 § 1 st. URL stadgas att det är tillåtet att framställa ett eller några få exemplar av ett verk för privat bruk. En förutsättning är att verket redan är offentliggjort genom att det lovligen har tillgängliggjorts för allmänheten. Det innebär att verket ska ha förts ut på marknaden med upphovspersonens eller annan rättsinnehavares godkännande, 8 § 1 st. jämfört med 2 § 3 st. URL. Med privat bruk ska syftet med kopieringen varken ha ett direkt eller indirekt kommersiellt anspråk.<sup>244</sup>

I förhållande till samplningar är även 12 § 3 st. 1 p. och 4 st. URL av intresse. Det tredje stycket stadgar att en utomstående inte får mångfaldiga ett musikaliskt verk åt annan för privat bruk. Det fjärde stycket tar sikte på att förlagan till den privata kopieringen måste ha frambringats på ett lagligt sätt. Med utomstående menas någon utanför en familje- eller vänkrets och att förlagan måste vara laglig syftar till att en kopiering inte får ske från ett verk som har tillgängliggjorts utan rättsinnehavarens godkännande.<sup>245</sup> En lovlig kopiering innefattar ett kopierande från till exempel ett alster som citerar ett verk om förutsättningarna i 22 § URL är uppfyllda för det som citeras. Det är således tillåtet att skapa en komposition med samplningar för privat bruk om samplningarna är kopierade från ett offentliggjort verk och ingen utomstående har utfört kopieringen.

#### 4.3.5.3 Undantaget för användning i pastischsyfte

Artikel 5.3 k infocodirektivet stadgar att verk får användas i karikatyr-, parodi-, eller pastischsyfte. Det finns ingen motsvarande bestämmelse i URL. Parodier har av gammal hävd ansetts tillåtna i svensk rätt sedan en lång tid tillbaka och har varit föremål för prövning i HD.<sup>246</sup> Genom EUD:s dom av den 3 september 2014, *Deckmyn*, C-201/13, EU:C:2014:2132, har parodiundantaget harmoniserats.<sup>247</sup> För svensk del bör detta innebära att en parodi inte längre ska bedömas som ett eventuellt självständigt verk utan istället rättfärdigas med stöd av parodiundantaget i enlighet med infocodirektivets U&I.<sup>248</sup> I ljuset av PMÖD:s dom den 23 juni 2021 i mål B 12315–20 (En svensk tiger) måste dock rättsläget sägas vara osäkert (se avsnitt 4.3.4).

Nyttjandet av ett verk i pastischsyfte har aldrig prövats av EUD och rättsläget måste därför även i detta fall anses vara osäkert.<sup>249</sup> I och med DSM-direktivets införlivande kommer ett sådant undantag dock behöva tillgodoses i svensk rätt

---

<sup>244</sup> Prop. 2004/05:110, s. 383.

<sup>245</sup> Prop. 1992/93:214 om ändringar i upphovsrättslagen, s. 109; Prop. 2004/05:110, s. 384.

<sup>246</sup> SOU 1956:25, s. 124; se t.ex. NJA 2005 s. 905.

<sup>247</sup> *Deckmyn*, p. 17.

<sup>248</sup> Jfr. *Deckmyn* p. 21 och NJA 2005 s. 905; se även PMÖD:s resonemang om parodiundantaget i NJA 2020 s. 293 (mobilfilmen).

<sup>249</sup> Bently, L., Sherman, B., Gangjee, D., Johnson, P., *Intellectual property law*, 5 u., Oxford University Press 2018, s. 252.

(se avsnitt 4.3.5.1). Eftersom begreppet pastisch inte har tolkats av någon prejudikatinstans går det inte att med säkerhet utröna vad som omfattas av begreppet. I en artikel som tolkar hur pastischundantaget kan användas i engelsk rätt i ljuset av *Deckmyn* har artikelförfattaren framfört att begreppet är mångfacetterat och används olika beroende på sammanhang.<sup>250</sup> Pastisch-begreppet bör enligt *Hudson* skilja sig från parodi- och karikatyrbegreppet och kunna innefatta att delar av tidigare verk inkorporeras i nya verk, såsom är fallet vid sampling.<sup>251</sup> I generaladvokatens förslag till avgörande i *Deckmyn* framhålls dock att det kan råda olika uppfattningar om när en användning av ett verk görs i karikatyr-, parodi-, eller pastischsyfte och att begreppen kan sammanfalla.<sup>252</sup> Klart är dock att ett pastischundantag kommer att få en EU-rättsligt autonom innebörd och att begreppets betydelse kommer att uttolkas i enlighet med EUD:s tolkningsmetod (jfr. avsnitt 1.5.1).<sup>253</sup> Innan DSM-direktivet har införlivats i svensk rätt är det emellertid osäkert om ett pastischundantag existerar i svensk rätt.

## 4.4 De till upphovsrätten närstående rättigheterna

### 4.4.1 Fonogramframställarens rätt

En del av fonogramframställarens rätt har behandlats ovan i samband med analysen av *Pelham* (avsnitt 3.3). Några aspekter tål att utvecklas och sättas i en kontext till svensk lagstiftning.

Fonogramframställarens rätt är en till upphovsrätten närstående rättighet och framgår av 46 § URL. Denna rätt innefattar en uteslutande ensamrätt att förfoga över sin *upptagning* genom att framställa exemplar av upptagningen och att tillgängliggöra den för allmänheten. Ett fonograms skyddstid är femtio år från det år då upptagningen gjordes om den inte ges ut eller offentliggörs. Om ljudupptagningen ges ut/offentliggörs inom de femtio åren är skyddstiden istället till utgången av det sjuttionde året efter det år som ljudupptagningen gavs ut, 46 § 2 st. URL. Enligt samma paragraf 3 st., framgår det vilka bestämmelser som gäller för den egentliga upphovsrätten som också ska tillämpas på en fonogramframställarens rätt. En hänvisning görs bland annat till den ekonomiska rätten och flera av inskränkningarna i 2 kap. URL. En fonogramframställare har dock ingen ideell rätt till sitt verk vilket går att utläsa *é contrario* av 46 § 3 st. URL. En viss rätt till källangivelse finns dock genom tredje styckets hänvisning till 11 § 2 st. URL.

En Fonogramframställarens skydd ska således främst ses mot bakgrund av de investeringar som görs i samband med att driva ett musikbolag och har därför inte samma koppling till den ideella delen av upphovsrätten (jfr. avsnitten 3.3.2 och 4.3.3).

---

<sup>250</sup> Hudson, E., *The Pastiche Exception in Copyright Law: A Case of Mashed-Up Drafting?*, IPQ, vol. 2017(4), s. 2 f.

<sup>251</sup> Hudson, s. 2 f. och 36.

<sup>252</sup> Generaladvokatens förslag till avgörande i *Deckmyn*, p. 46.

<sup>253</sup> Jfr. *Deckmyn*, p. 14–17.



#### 4.4.2 Utövande konstnärers rätt

En utövande konstnär har en uteslutande ensamrätt på de i 45 § URL angivna sätten förfoga över sitt framförande av ett verk, eller uttryck av folklore.<sup>254</sup> Rätten innefattar enligt 45 § 1 st. 1–3 p. URL en rätt till fixering av framförandet, att framställa exemplar av framförandet och att göra framförandet/upptagningen tillgänglig för allmänheten. I musikaliska sammanhang är de utövande konstnärerna de musiker som framför verk i olika sammanhang. Skyddstiden är femtio år efter att framförandet gjordes men om det gäller en ljudupptagning är skyddstiden istället sjuttio år efter att ljudupptagningen gavs ut eller offentliggjordes, 45 § 2 st. URL. Enligt samma paragraf 3 st., framgår det vilka bestämmelser som gäller för den egentliga upphovsrätten som också ska tillämpas för de utövande konstnärernas framförande av verk. En hänvisning görs bland annat till den ekonomiska rätten och flera av inskränkningarna i 2 kap. URL. Där framgår även att en utövande konstnär erkänns en ideell rätt till sitt framförande, vilken i princip ska överensstämma med den ideella rätten som en upphovsperson erkänns (se avsnitt 4.3.3).<sup>255</sup> I 45 § 3 st. URL görs det ingen hänvisning till 4 § URL om bearbetningar. Ett skydd mot bearbetningar följer dock av hänvisningen till 2 § 2 st. som stadgar ensamrätt till det inspelade framförandet ”...oavsett i vilken form eller med vilken metod den sker och oavsett om den sker helt eller delvis”.

Eftersom en utövande konstnärs ensamrätt endast omfattar *framföranden av verk* kommer en sampling som inte återger ett verk inte att omfattas av ensamrätten i 45 § URL. Det bör också gälla att det, för ett framförande av ett verk, måste krävas något ytterligare än att endast ett samplat ljudavsnitt uppfyller verkskriteriet. I NJA 1976 s. 282 har HD konstaterat att en stillbild, tagen på en skådespelare under en inspelning av en filmscen, som sedan publicerades utan godkännande från skådespelaren inte omfattades av 45 § URL. HD konstaterade att det krävdes att en återgivning måste skildra skådespelarens agerande för att utgöra ett framförande av ett verk. I den juridiska litteraturen har detta, vid en analogi till samplings, tolkats som att om det samplade ljudavsnittet känns igen och kan förknippas med det ursprungliga verket bör det utgöra ett framförande av verket.<sup>256</sup> Motsatsvis så bör ett kort ljudavsnitt som kvantitativt eller kvalitativt inte förknippas med förlagan inte omfattas av framföranderekvisitet.

### 4.5 Analys - när utgör en sampling intrång i annans upphovsrätt eller närstående rätt?

Utmärkande för en sampling enligt den begreppsanvändning som har förts i uppsatsen är att den utgörs av ett ljudavsnitt från ett befintligt fonogram. Ljudavsnittets innehåll kan skilja sig åt och det är i princip möjligt att sampla vad som helst

---

<sup>254</sup> I den fortsatta framställningen hänvisas endast till den utövande konstnärens förfoganderätt över sitt framförande av ett verk. Motsvarade gäller även för uttryck av folklore.

<sup>255</sup> Olsson, s. 327.

<sup>256</sup> Christiansson, s. 36 f.

från ett befintligt fonogram. Antalet samplingar, längden på dessa och hur de manipuleras för att passa i en ny komposition kan varieras. På grund av de variationsmöjligheter som samplingstekniken inbjuder till, är det omöjligt att göra någon exakt gränsdragning över när en sampling utgör intrång i annans rätt. För att slutligt avgöra ett potentiellt intrång måste det prövas av domstol efter de omständigheter som föreligger i det enskilda fallet. I en situation där det objektivt sett föreligger ett intrång i annans rätt kan intrånget ibland rättfärdigas i det enskilda fallet om något av de lagstadgade U&I är tillämpliga (avsnitt 4.3.5).

Att använda samplingar vid musikskapande kan potentiellt komma i konflikt med såväl en upphovspersons-, en fonogramframställares-, och en utövande konstnärs ensamrätt. Tillåtligheten att sampla kan bland annat variera beroende på om endast en eller flera av de nu nämnda subjektens ensamrätter berörs. Skyddstiden för de olika ensamrätterna kan även ha utgått vid skilda tidpunkter, vilket kan innebära att inte alla subjekts rättigheter alltid måste beaktas. Fonogramframställarens rätt till sin upptagning är även oavhängig verksbegreppet och kan därför aktualiseras även om det står klart att fonogrammet inte återger ett verk, som till exempel inspelade naturljud eller på grund av bristande originalitet i alstret.

Om ingen av de nu nämnda rättsinnehavarnas skyddstid har löpt ut krävs det att det samplade ljudavsnittet inte är igenkännbart vid lyssning i den nya kompositionen för att inte utgöra ett intrång i annans upphovsrätt eller närstående rätt. Om fonogramframställarens skyddstid har löpt ut men upphovspersonens skyddstid fortfarande måste beaktas så kan det finnas en lite större möjlighet till lagenlig sampling. Om samplingen i detta fall inte uppfyller EU-rättens originalitetskriterium är det tillåtet att sampla. Ovan har dock framförts att musikaliska verk lätt uppnår originalitet (avsnitt 4.3.4). Det innebär att användandet av även korta ljudavsnitt i regel förutsätter upphovspersonens tillåtelse. Enligt principen om att ett mindre originellt verk får ett snävare skyddsomfång, bör en sampling som uppnår upphovsrättsligt skydd men som inte är särskilt särpräglad kunna manipuleras men fortfarande kvarhålla viss igenkännbarhet i den nya kompositionen utan att göra intrång i den ekonomiska rätten (jfr avsnitt 4.3.2). Ovan har det dock framhållits att HD har uttryckt ett dualistiskt synsätt på den ekonomiska och ideella rätten. Det innebär att i ett fall då en sampling manipuleras så att ett intrång i den ekonomiska rätten inte föreligger, kan det fortfarande potentiellt utgöra ett intrång i den ideella rätten (jfr. avsnitt 4.3.3.3).

I förhållande till den utövande konstnärens rätt bör det finnas ett ännu lite större utrymme att sampla. Om en utövares framförande spelas in live av en musikkapare<sup>257</sup> som sedan använder ett ljudavsnitt från inspelningen som en sampling i en ny komposition bör det krävas att det samplade avsnittet återger framförandet i det nya verket (avsnitt 4.4.2). Det krävs därför något mer i detta fall, utöver att det samplade ljudavsnittet uppfyller originalitetskriteriet.

Vid ett objektivt intrång i annans upphovsrätt eller närstående rätt kan nyttjandet ibland rättfärdigas om något U&I är tillämpligt i det enskilda fallet. Om rekvisiten för privat bruk är uppfyllda är det tillåtet att använda samplingar på i

---

<sup>257</sup> I ett sådant fall kommer musikkaparen att få rätt till inspelningen som fonogramframställare.

princip vilket sätt som helst (avsnitt 4.3.5.2). Citaträtten kan visserligen tillämpas på musikaliska verk men kommer ofta medföra en stor oförutserbarhet för den som vill stödja sig på detta undantag vid sampling (jfr. avsnitt 3.4). I doktrin har användning i pastischsyfte setts som en möjlighet till lagenlig sampling, men undantaget har aldrig prövats i domstol och det råder osäkerhet om det ens är tillämpligt enligt svensk rätt innan DSM-direktivet har införlivats (avsnitt 4.3.5.3). De U&I som kan rättfärdiga samplingar ska inte borträknas i det enskilda fallet, men kan inte sägas äga generell tillämplighet. Detta är naturligtvis inte heller meningen mot bakgrund av att de är just U&I och att den så kallade trestegsregeln också måste beaktas (avsnitt 4.3.5.1).

Slutligen går det att argumentera för att EUD har begränsat en mer dynamisk bedömningsnorm som har tillämpats av HD vid olika tillfällen med stöd av 4 § 2 st. URL och att endast en mer objektiv bedömning numera bör vara tillåten, även om rättsläget måste sägas vara oklart (jfr. avsnitt 4.3.4). Enligt min mening är en dynamisk bedömningsnorm mer samplingsvänlig än en objektiv sådan. Eftersom samplingar ofta endast utgör korta fragment av ett redan befintligt verk bör en sampling i en ny komposition mer sällan framträda som det dominerande i det nya verket.<sup>258</sup> En sådan bedömning behöver i och för sig göras i varje enskilt fall och en särpräglad melodi som samplas bör lättare framträda som mer dominerande i ett nytt verk än till exempel en enklare rytmsekvens (jfr. avsnitt 4.3.4). I praktiken bör bedömningen om en sampling utgör intrång i annans upphovsrätt dock vara av ett mer teoretiskt intresse eftersom en sampling i de flesta fallen ändå kommer att utgöra ett intrång i fonogramframställarens rätt i ljuset av *Pelham*.

---

<sup>258</sup> Jfr. Wennersten, Ulrika, *Nytt och självständigt verk eller bearbetning. Några kommentarer i anledning av NJA 2017 s. 75 (Svenska syndabockar)*, NIR 2019.

## 5 Samplingens plats i upphovsrättens strävan att bevara och utveckla kreativiteten

### 5.1 Kreativiteten och upphovsrätten

Kreativitet är ett ord som ofta förekommer i upphovsrättsliga sammanhang och det är inte kontroversiellt att påstå att ett syfte med upphovsrätten är att främja det kreativa skapandet.<sup>259</sup> Men vad innebär då denna kreativitet och på vilket sätt avser ett rättsområde som ger en monopolliknande ställning till vissa rättssubjekt att främja kreativiteten? En första utgångspunkt kan vara att utröna ungefär vad begreppet kreativ, eller kreativitet betyder. Enligt Svenska Akademiens ordlista (SAOL) kan kreativ betyda: skapande, nydanande eller produktiv.<sup>260</sup> Utreds begreppet närmare kommer man snabbt till insikten om att begreppet är mångfacetterat och används varierande i olika vetenskapliga discipliner och i privata sammanhang.<sup>261</sup>

I upphovsrättsliga sammanhang hör begreppet kreativitet bland annat ihop med det intellektuella skapandet. EU-rättens autonoma originalitetskriterium uppnås ju först om det som presterats från en potentiell upphovsperson ger uttryck för hans personlighet genom att en möjlighet till fria och *kreativa* val har funnits. Fria och kreativa val finns inte om det som skapas till exempel enbart bestäms av en teknisk funktion, alstrets estetik, eller endast utgör resultatet av ansträngning eller skicklighet (avsnitt 4.2.3). I det upphovsrättsliga verksbegreppet innefattar originalitetskriteriet således något slags krav på kreativitet, ett nyskapande. Detta krav kan inte överdrivas och HD har uttryckt att det endast krävs ett ganska måttligt krav på originalitet enligt EU-rätten.<sup>262</sup> Det måttliga originalitetskriteriet i upphovsrätten kompenseras dock av ett varierat skyddsomfång.

Kreativitet kan även ses i ett större sammanhang i förhållande till upphovsrätt och EU. Genom att ge upphovsrätten och de närstående rättigheterna en hög skyddsnivå är målet att hela den kreativa industrin ska blomstra. Det ska i sin tur leda till att fler arbetstillfällen skapas samtidigt som EU kan öka sin konkurrenskraft i förhållande till andra ekonomier.<sup>263</sup> I EU:s Grönbok som togs fram inför

---

<sup>259</sup> Se t.ex. skäl 9 infocodirektivet. En annan sak är om det upphovsrättsliga systemet är det bästa tillvägagångssättet för att främja kreativiteten.

<sup>260</sup> <https://svenska.se/tre/?sok=kreativ&pz=1> (lydelse: 5.5.2021)

<sup>261</sup> Se t.ex. Runco, M. A., Pritzker, S. R., *Encyclopedia of creativity* [Elektronisk resurs], Elsevier, 2011 där artiklar från olika vetenskaper och teorier om kreativitet presenteras i formen av ett uppslagsverk.

<sup>262</sup> NJA 2015 s. 1097, p. 18.

<sup>263</sup> Olsson, s. 39; skäl 4 infocodirektivet; EU:s Grönbok 95, s. 12.

infosocdirektivets tillkomst framgår det bland annat att investeringar i den kreativa industrin endast kommer att göras om det finns garantier för att inte otillåten användning av de intellektuella prestationerna som frambringas inom dessa branscher förhindras.<sup>264</sup> Det går därmed att utläsa att EU-rätten inte endast avser att främja det en enskild upphovspersonen skapar med hjälp av sin ”kreativitet” utan också avser främja den kreativa industrin i stort för kulturell, social och ekonomisk utveckling.

Ett rättssystem är emellertid normativt, och den kreativitet som EU-rätten ser som skyddsvärd behöver inte vara densamma i ett annat rättssystem. Genom att utreda vilka filosofiska och rättspolitiska motiv som kommer till uttryck i EU:s upphovsrättslagstiftning kan en jämförelse göras med hur användandet av samplingar vid musikskapande passar in i EU:s bild av att bevara och utveckla kreativiteten.

## 5.2 Filosofiska och rättspolitiska utgångspunkter

### 5.2.1 *Allmänt*

Det immaterialrättsliga systemet kan motiveras utifrån två filosofiskt skilda utgångspunkter.<sup>265</sup> Den ena tar sin form i etiska och moraliska argument om att det finns en given rätt för individen att dra nytta av det hen skapar. Rättsliga dokument som ger uttryck för denna filosofi är bland annat artikel 27.2 i FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna och artikel 17.2 om rätten till immateriell egendom i EU:s rättighetsstadga. Den andra filosofiska utgångspunkten bygger på tanken att ett system som tilldelar individer en monopolliknande ensamrätt också skapar incitament att dela med sig av sina resultat och fortsätta med sitt kreativa skapande, vilket gynnar samhället i stort.

Utifrån dessa två filosofiska förhållningssätt har det utvecklats ett flertal olika teorier som argumenterar för hur upphovsrätten bäst utformas utifrån bland annat sociala, politiska och ekonomiska intressen.<sup>266</sup> Det ska framhållas att båda filosofierna förespråkar någon typ av upphovsrättsligt system, men skyddet för immateriell egendom kan antas se annorlunda ut beroende på vilken typ av argument som får genomslag.<sup>267</sup> Moraliska och etiska argument leder i regel till en starkare upphovsrätt som i sin renaste form ska vara evig och okvalificerad. De incitamentbaserade argumenten förespråkar istället att det upphovsrättsliga skyddets omfattning endast ska vara så starkt att upphovspersonerna vill fortsätta att skapa och dela med sig av sina prestationer.<sup>268</sup>

---

<sup>264</sup> Se EU:s Grönbok 95, s. 11 f.

<sup>265</sup> För detta delavsnitt se Bently m.fl., s. 4 f.

<sup>266</sup> Se Bently m.fl., s. 39 ff. för några av dessa teorier.

<sup>267</sup> Jfr. Bently m.fl., s. 43 f.

<sup>268</sup> Bently m.fl., s. 44.

### 5.2.2 *Etiska och moraliska argument*

De etiska och moraliska argumenten är framträdande i bland annat naturrätten. En mycket kort sammanfattning av naturrätten är att den grundar sig i att vad som finns av naturen också borde få finnas.<sup>269</sup> Naturrätten erkänner således naturliga eller moraliska rättigheter. Upphovspersonens rätt till sin skapelse är det positiva uttrycket för den bakomliggande naturliga/moraliska rättigheten till immateriell äganderätt, i förekommande fall upphovsrätt till ett verk.<sup>270</sup> Upphovsrätten syftar inte på att skapa incitament till intellektuellt skapande för samhällets skull, utan syftet är att erkänna (den naturliga) äganderätten. Inom den kontinental-europeiska rättstraditionen - *droit d'auteur* - är det personliga sambandet mellan ett verk och upphovsperson mer betonad. Verket utgör en förlängning av upphovspersonens personlighet och ger upphovspersonen en naturlig äganderätt över sitt verk. Inom den angloamerikanska rättstraditionen - *copyright* - motiveras den naturliga rätten till immateriell egendom istället med utgångspunkt i rättsfilosofen *John Lockes* argument om att varje människa har rätt till det hen själv skapat. Det ska även gälla immateriell egendom enligt förespråkarna.<sup>271</sup>

Ett annat etiskt/moraliskt argument är den så kallade belöningsteorin. Kärnan i denna teori är att den som skapar och sedan delar med sig av det till allmänheten gör mer än vad som krävs av hen. Hen är därför värd en belöning. Denna belöning utgörs av upphovsrätt till sin skapelse.

### 5.2.3 *Incitamentbaserade argument*

De incitamentbaserade argumenten grundar sig i att immateriell egendom är bra för samhället i stort.<sup>272</sup> Ett skydd för intellektuella prestationer genom upphovsrätt kommer skapa incitament till ett fortsatt skapande av bland annat litteratur och konst. Genom att det upphovsrättsliga systemet tilldelar upphovspersoner och de närstående rättighetshavarna en uteslutande ensamrätt till det dem skapar, kommer spridningen av deras alster och det fortsatta skapandet av intellektuella prestationer att befinna sig på den mest gynnsamma nivån. Om upphovsrätten inte skulle finnas skulle den möda och tid som ligger bakom ett alster lätt kunna nyttjas av andra aktörer utan proportionellt vederlag när alstret väl befinner sig ute på marknaden. Det skulle leda till problem med bland annat så kallad *free riding* av konkurrenter och konsekvensen skulle bli att de som skapar litteratur och konst inte skulle få incitament nog till ett fortsatt skapande.

Incitamentbaserade argument förutsätter två saker. Det första är att samhället ser det som värdefullt att bland annat litteratur och konst skapas och sprids.<sup>273</sup>

---

<sup>269</sup> Wacks, R., *Understanding jurisprudence: an introduction to legal theory*, 5 u., Oxford University Press, New York, 2017, s. 16.

<sup>270</sup> För detta delavsnitt se Bently m. fl., s. 40 f; se även Levin, s. 32.

<sup>271</sup> Wacks, s. 26.

<sup>272</sup> För detta stycke se Bently m.fl., s. 41 f.

<sup>273</sup> Levin, s. 33.

För det andra förutsätts att upphovsrätten förhindrar vad som inom rättsekonomi kallas för ett marknadsmisslyckande, innebärande att produktionen och spridningen av intellektuella skapelser – som förutsätts vara önskvärda – inte skulle skapas i tillräcklig omfattning för att nå det mest effektiva utfallet.<sup>274</sup>

### 5.3 Rättspolitiska och filosofiska argument i den moderna upphovsrätten

Den moderna upphovsrättens skyddssfär omfattar många fler prestationer än vad som i vardagligt språkbruk kan hänföras till litterära och konstnärliga verk.<sup>275</sup> Från att upphovsrätten traditionellt sett har varit avsedd att skydda den enskilde upphovspersonen från intrång, har det upphovsrättsliga regelverket numera relevans för hela industrier och för ekonomisk tillväxt på samhällsnivå. I EU har till exempel ett effektivt skydd för upphovsrätten beskrivits som ”...en av nycklarna till den europeiska industrins mervärde och konkurrenskraft”.<sup>276</sup> Detta påstående från 1995 har bekräftats genom att de kreativa branscherna stod för drygt tre procent av EU:s arbetskraft och drygt fyra procent av EU:s BNP mellan åren 2008–2010.<sup>277</sup>

I grunden är EU ett ekonomiskt samarbete, där den inre marknaden med fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital fortfarande utgör EU:s hårda kärna.<sup>278</sup> En väl fungerande inre marknad sträcker sig även till upphovsrätten och en stor del av EU-rättens harmonisering av upphovsrätten rättfärdigas med att EU:s inre marknad måste få genomslag.<sup>279</sup> Handel med immateriella rättigheter utgör även en del av EU:s gemensamma handelspolitik.<sup>280</sup> Samtidigt bygger den EU-rättsliga lagstiftningen på kompromisser mellan de 27 medlemsstaterna. Detta kommer till uttryck på flera ställen inom upphovsrätten och gör sig tydligt vid en granskning av de många varierade U&I i artikel 5 infosocdirektivet.<sup>281</sup> De stora ekonomiska värdena som upphovsrätten står för samt att den upphovsrättsliga regleringen inte får utgöra ett hinder för EU:s inre marknad utgör därför viktiga rättspolitiska argument vid utvecklingen av den moderna upphovsrätten.

Upphovsrätten har även under de senaste femtio åren utvidgats i flera avseenden. Som exempel kan nämnas att skyddstiden har förlängts i vissa avseenden i och med att Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/77/EU av den 27 september 2011 om ändring av direktiv 2006/116/EG om skyddstiden för

---

<sup>274</sup> Bently m.fl., s. 42; Venegas, Bastidas, V., *Rättsekonomi*, Nääv, M., Zamboni, M. (red.), Juridisk metodlära, 2 u., Studentlitteratur, Lund, 2018, s. 181, 191.

<sup>275</sup> Levin, s. 67.

<sup>276</sup> EU:s Grönbok 95, s. 11.

<sup>277</sup> Commission staff working document impact assessment: *on the modernisation of EU copyright rules*, 14 september 2016, SWD (2016) 301 final, part 2/3, s. 63. De kreativa branscherna utgörs enligt dokumentet av bland annat: nyhetsbyråer, bokförläggare och reklambyråer för att nämna några.

<sup>278</sup> Artikel 26.2 EUF-fördraget; jfr. Bernitz & Kjellgren, s. 264.

<sup>279</sup> Se t.ex. skälen 1–4, 6,7,9, 23 och 31 infosocdirektivet.

<sup>280</sup> Artikel 207.1 EUF-fördraget.

<sup>281</sup> Jfr. Levin, s. 191.

upphovsrätt och vissa närstående rättigheter införlivades i svensk rätt år 2013.<sup>282</sup> Verksbegreppet har också kommit att omfatta allt fler intellektuella prestationer. Ett exempel på detta är datorprogram, som sedan 1989 även lagfästas i 1 § 1 st. 2 p. URL. Denna utvidgning, tillsammans med EU-rättens måttliga krav på originalitet har inneburit att fler prestationer erkänts upphovsrättsligt skydd. Skyddet sträcker sig emellertid inte så långt som till livsmedel (se avsnitt 4.2.2).

Slutligen har EU-rättens konstitutionalisering av upphovsrätten som en del av äganderätten bidragit till ett starkare upphovsrättsligt skydd även om en avvägning mot andra enskilda och allmänna intressen måste göras (jfr. avsnitt 3.1).<sup>283</sup> I *Pelham* kom denna avvägning till uttryck genom att EUD beaktande friheten till konsten. En fonogramframställares intressen fick därför stå tillbaka om en sampling inte längre var igenkännbar vid lyssning i en ny komposition. Tyngdpunkten i EUD:s motivering ligger enligt min uppfattning i att en sådan användning inte inkräktade på fonogramframställarens rätt till avkastning (jfr avsnitt 3.3.2). Det vill säga ett ekonomiskt argument snarare än ett argument för kreativ mångfald. Det kan i detta sammanhang framhållas att det innan *Pelham* har framförts argument för att en fonogramframställares rätt till sin upptagning bör utgöra ett skydd mot främst piratkopiering och därför inte omfatta även mycket korta former av nyttjanden.<sup>284</sup>

I den moderna upphovsrättsliga lagstiftningen, som den kommer till uttryck i infocodirektivet, går det att urskilja både de etiska- och de mer incitamentbaserade argumenten för upphovsrätten (jfr. avsnitt 5.2). Ett tydligt exempel på detta är skäl 9 infocodirektivet där det framhålls att en hög skyddsnivå är viktig för att bevara och utveckla det kreativa skapandet<sup>285</sup> och att immaterialrätten erkänns som en del av äganderätten<sup>286</sup>. Det är också symptomatiskt att rättfärdiga upphovsrätten på ett sådant sätt – där de två filosofiskt skilda typerna av argument sammanvävs, men utan sammankoppling till sina respektive filosofiska motiv.<sup>287</sup> Som framgått ovan, tenderar det upphovsrättsliga skyddet att bli allt starkare. Den höga skyddsnivån motiveras dock främst av rättspolitiska argument om den inre marknadens funktion och att den kreativa industrin kräver en hög skyddsnivå för att upprätthålla en investeringsvilja.<sup>288</sup>

---

<sup>282</sup> Genom lagen (2013:691) om ändring i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

<sup>283</sup> Se t.ex. skäl 9 infocodirektivet och artikel 17.2 rättighetsstadgan; jfr. Bernitz, U., NIR 2020 s. 71 ff. som förklarar att denna syn på upphovsrätten skiljer sig mot den nordiska traditionen, som snarare har sett upphovsrätten som begränsande sakrätter och inte som en del av äganderätten; jfr. dock NJA 2016 s. 212 (Wikimedia) p. 5 där HD för första gången hänvisar till egendomsskyddet i 2 kap. 15 § RF och artikel 17 rättighetsstadgan i ett upphovsrättsligt mål.

<sup>284</sup> Se t.ex. Olsson, s. 332; och generaladvokatens förslag till avgörande i *Pelham*, p. 28 och 39.

<sup>285</sup> Incitamentbaserat argument.

<sup>286</sup> Moraliskt/etiskt argument.

<sup>287</sup> Bently m.fl., s. 44.

<sup>288</sup> Jfr. Sganga, C., *EU Copyright Law Between Property and Fundamental Rights: A Proposal to Connect the Dots*, Caso, R., Giovanella, F. (red.), *Balancing Copyright Law in the Digital Age: Comparative Perspectives* [Elektronisk resurs] Springer Berlin Heidelberg 2015, s. 6 f. där författaren menar att EU:s rättfärdigande av upphovsrätten görs utan hänsyn till de filosofiska grunderna som upphovsrätten är grundad på i medlemsstaterna.



Enligt min mening lyser därför de moraliska/etiska argumenten starkast i den moderna upphovsrätten, även om det allt starkare skyddet inte rättfärdigas i huvudsak med den naturliga äganderätten, utan istället med de ovan beskrivna rättspolitiska argumenten. I det moderna samhället går det emellertid inte att se upphovsrätten isolerat. Upphovsrättsliga intressen måste balanseras mot andra etiska och moraliska argument, såsom till exempel yttrandefriheten och konstens frihet. Denna balansering gör att den upphovsrättsliga ensamrätten ibland får stå tillbaka för andra intressen.

## 5.4 Analys – sampling som ett uttryck för skyddsvärd kreativitet enligt den moderna upphovsrätten?

Samplingen är som med alla andra verktyg som används för skapande, beroende av vad användaren gör med det. Sampling kan utgöra ett kreativt sätt att skapa musik på, både med en mer allmän begreppsanvändning men också i förhållande till den upphovsrättsliga kreativiteten. Vid sampling kan musikskaparen i stor utsträckning göra fria och kreativa val genom att välja ljudavsnitt och manipulera det valda ljudavsnittet på önskvärdt sätt, men också genom hur samplingen kommer till uttryck och placeras i den nya kompositionen. Med beaktande av upphovsrättens måttliga krav på originalitet borde de nu beskrivna förfarandena ofta uppfylla originalitetskriteriet. Det innebär också att musikskaparen har gett uttryck för sin kreativitet i upphovsrättsliga mått.

Det upphovsrättsliga dilemman ligger inte i om användandet av samplings utgör ett kreativt sätt att skapa musik. Svårigheterna ligger istället i att samplings ofta utgörs av ljudavsnitt från redan skyddade fonogram. Till skillnad från många andra konstarter är det ofta tre skilda ensamrätter som kan göra sig gällande om ett ljudavsnitt samplas från ett skyddat fonogram (avsnitt 4.5). Originalitetskriteriets måttlighet innebär visserligen att det inte krävs särskilt mycket för att alster att erhålla upphovsrättsligt skydd. Även om det därför kan antas att användandet av en sampling (efter viss manipulering) från ett skyddat ursprungsverk som har ett snävt skyddsomfång ibland inte kommer göra intrång i upphovsrätten till ursprungsverket, så kommer ofta fonogramframställarens rätt att hindra samplingen från att nyttjas utan dennes tillstånd. Gällande rätt lämnar därför inte särskilt stort utrymme till att sampla utan att först klarera de nödvändiga rättigheterna med, i vart fall, fonogramframställaren. Sampling omfattas alltså i grunden av den upphovsrättsliga kreativiteten som ett uttryck för intellektuellt skapande. Den höga skyddsnivå som ges till andra upphovspersoners verk, men framför allt till fonogramframställare i detta sammanhang, gör emellertid att skapande med samplings ofta gör intrång i annans rätt.

Frågan om gällande rätt *bör* tillåta samplings i större utsträckning är en annan, där svaret skiljer sig åt beroende på vilka filosofiska argument som får genomslag. De moraliska och etiska argumenten förespråkar en stark upphovsrätt medan de incitamentbaserade istället förordar ett mer dynamiskt skydd (jfr. avsnitt 5.2.1). Av detta följer att de förra argumenten inte är samplingsvänliga medan de senare är

mer samplingsvänliga. Den moderna upphovsrätten ger visserligen uttryck för de båda filosofierna men utan att gå tillbaka till dess kärnor. I uppsatsen har det dock argumenterats för att de moraliska och etiska argumenten får störts genomslag i den moderna upphovsrätten (avsnitt 5.3). Det tar sig i uttryck av främst en välfungerande inre marknad samt EU:s strävan att konkurrera globalt, där de kreativa industrierna som kollektiv sätts i fokus. Med ett sådant rättfärdigande av upphovsrätten, som innefattar en tydlig ekonomisk nyttoaspekt är förmodligen inte sampling avgörande för den kreativa industrins utveckling och bör därför inte anses vara särskilt skyddsvärd.

Går man istället tillbaka till upphovsrättens rötter och ser det från ett mer konstnärligt perspektiv istället för den moderna upphovsrättens nyttoperspektiv kan svaret bli annorlunda. Det går då att konstatera att lån och inspiration inom musiken har skett i alla tider och har varit avgörande för musikens (och konstens) utveckling (avsnitt 2.3). Från ett sådant perspektiv är det mer rimligt att anta att sampling ändå är viktigt för den kreativa utvecklingen. Som tidigare framförts avser den moderna upphovsrätten att skydda en mängd väldigt olika prestationer. Musikens särskilda förutsättningar där en del av de gemensamma idéerna också utgör de positiva uttrycken kanske därför inte alltid passar så bra in i den moderna upphovsrätten där skyddet har blivit vidare och de närstående rättigheterna kan aktualiseras fastän det som kopieras utgörs av musikens allmängods (jfr. avsnitt 4.2.1). Det kan visserligen tyckas vara en självklarhet att det måste finnas ett adekvat skydd mot otillbörlig kopiering av andras skyddade prestationer för att inte urholka upphovsrätten. Men om vi förutsätter att konstens utveckling är önskvärd i enlighet med den incitamentbaserade teorin. Då går det att fråga sig om den moderna upphovsrätten drar gränsen för skyddets uppkomst vid rätt ställe, både i förhållande till den egentliga upphovsrätten men i synnerhet till fonogramframställarens rätt. Skapar den moderna upphovsrätten verkligen incitament till den mest gynnsamma kreativa utvecklingen, eller skapar den snarare incitament till bevarandet av den kommersiellt gångbara kreativiteten?

## 6 Svaren på forskningsfrågorna

I det inledande kapitlet till denna uppsats ställdes tre forskningsfrågor som nu kan besvaras enligt följande:

- i. **Hur används samplingar inom musiken och vilka konsekvenser kan utfallet av *Pelham* antas medföra för musikskapares möjligheter att använda sig av samplingar vid musikskapande enligt gällande rätt?**

Sedan samplingar började användas vid musikskapande på 1980-talet har samplingen varit med och format vissa musikgenres som till exempel hiphopen men också spridit sig vidare till andra genres. Samplingar används på vitt skilda sätt inom musiken och det finns mer eller mindre kreativa sätt att uttrycka sig musikaliskt med hjälp av samplingar. I musikbranschen har det bildats en praxis att klarera rättigheterna för att sampla musik. STIM och Musikförläggarna är också av denna uppfattning och det verkar presumeras att i princip alla typer av samplingar är upphovsrättsligt skyddade.

I *Pelham* erkänns användandet av samplingar vid musikskapande som ett uttryck för konstnärlig frihet enligt artikel 13 rättighetsstadgan. Det innebär enligt min uppfattning att EUD:s stora avdelning erkänner sampling som ett seriöst förfarande inom samtida musikproduktion. Mot bakgrund av att samplings status har varit omdiskuterad inom bland annat juridiken och musikvetenskapen utgör *Pelham* ett auktoritativt ställningstagande inom i vart fall den juridiska diskursen. De materiella konsekvenserna av *Pelham* innebär att det är tillåtet enligt gällande rätt att sampla ett ljudavsnitt från ett befintligt fonogram om det inte är igenkännbart vid lyssning i den nya kompositionen. Detta var också uppfattningen i svensk doktrin innan domen. I vissa fall kan, i vart fall teoretiskt, emellertid en kränkning av den ideella rätten fortfarande föreligga även fast den ekonomiska rätten inte tas i anspråk på grund av det dualistiska synsättet som svensk rätt har anammat. Om ett verk inte känns igen i en komposition är det emellertid svårt i praktiken att dels upptäcka kränkningen för att sedan hävda intrång i ens konstnärliga anseende eller egenart.

*Pelham* bekräftar också den så kallade citaträttens tillämplighet på samplingar förutsatt att de materiella rekvisiten i artikeln är uppfyllda. Dessutom måste syftet med samplingen vara att ingå en dialog med det verk som citeras. Vilka beviskrav som ska ställas för att visa att ett sådant syfte har förelegat ger inte EUD några tydliga svar på och det får därför klargöras genom den fortsatta rättstillämpningen. I förhållande till URL har det i uppsatsen argumenterats för att 4 § 2 st. URL har förlorat mycket av sin betydelse i ljuset av *Pelham*. EUD klargör att

stadganden som tillåter U&I från upphovsrätten utöver de i artikel 5 infoscodirektivet inte är förenliga med EU-rätten. Det blir därför svårare att motivera den mer ”idealistiska” bedömningsnormen som HD har utvecklat. Enligt min uppfattning är det därför mer troligt att det vid en intrångsbedömning kommer att resultera i ett mångfaldigande om det samplade ljudavsnittet går att identifiera i den nya kompositionen snarare än att en helhetsbedömning görs. Detta synsätt har dock inte helt anammats av PMÖD i En svensk tiger-domen och rättsläget i denna fråga måste sägas vara oklart.

**ii. Hur görs den juridiska avvägningen mellan upphovsrätten och konstens frihet som är representerade i artiklarna 17.2 respektive 13 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna?**

Den juridiska avvägningen mellan upphovsrätten och andra allmänna och enskilda intressen, däribland konstens frihet, görs genom en avvägning mellan de ensamrätter som tilldelas rättighetshavarna enligt artiklarna 2–4 infoscodirektivet och de U&I som stadgas i artikel 5 infoscodirektivet, inklusive trestegsregeln i artikel 5.5. De olika U&I representerar olika allmänna och enskilda intressen. Konstens frihet representeras av bland annat citaträtten i artikel 5.3 d. I uppsatsen har det argumenterats för att konstens frihet också representeras i artikel 5.3 k som tillåter användning av ett verk i bland annat pastischsyfte. Dessa U&I kan göra sig gällande vid just sampling och det går inte att utesluta att andra U&I också kan representera konstens frihet. Medlemsstaterna lämnas inget ytterligare utrymme än det som framgår av artikel 5 till en avvägning mellan upphovsrätten och andra intressen, mer än att de nationella domstolarna och myndigheterna ska tolka U&I direktivkonformt. Eftersom en del av U&I är fakultativa får medlemsstaterna också en viss frihet, men som begränsas av bland annat EU-rättsliga principer och att EUD har gett vissa begrepp i artikel 5 en EU-rättsligt autonom innebörd.

Avvägningen mellan upphovsrätten och konstens frihet görs också genom EUD:s tolkning av vissa unionsrättsliga begrepp. Innebörden av en fonogramframställares mångfaldiganderätt tolkades till exempel i *Pelham* efter en avvägning mellan upphovsrätten och konstens frihet. EUD gör således en proportionalitetsavvägning vid utrönandet av ett unionsrättsligt begrepp. Det innebär att EU:s allmänna rättsprinciper såsom proportionalitetsprincipen gör sig gällande vid den juridiska avvägningen mellan upphovsrätten och konstens frihet.

**iii. Vilken typ av kreativitet omfattas av upphovsrättens syfte att bevara och utveckla kreativiteten?**

Det beror på. Begreppet kreativitet är mångfacetterat. Det gör att begreppet kan innefatta olika företeelser beroende på i vilket sammanhang begreppet används. I upphovsrätten bestäms begreppet kreativitet utefter hur det kommer till uttryck i rättsreglerna och en auktoritativ domstols tolkning av dessa. Upphovsrätten ger skydd åt intellektuella prestationer och ett krav för att sådana ska vara skyddsvärda är att de har tillkommit genom fria och *kreativa* val från upphovspersonen. Kraven på vad som utgör fria och kreativa val enligt gällande rätt är emellertid

lågt ställda och gör att många olika prestationer kan sägas ge uttryck för kreativitet enligt upphovsrättsliga mått och därför vara skyddsvärda. Det kan därför ifrågasättas om det upphovsrättsliga kravet på kreativitet verkligen ger uttryck för ”riktig” kreativitet.

De lågt ställda kraven för upphovsrättsligt skydd innebär i en del fall att sådan kreativitet som *a priori* omfattas av skyddet men som inkorporerar element av andra skyddade alster på ett kreativt sätt ofta också gör intrång i annans upphovsrätt eller närstående rättighet. Det gör att sådana verk många gånger blir beroende av tillstånd från rättsinnehavare som har de underliggande rättigheterna. Den typen av kreativitet omfattas därför mer sällan av den moderna upphovsrättsens syfte att främja kreativiteten. Men den kan i vissa fall tillgodoses genom bland annat de lagstadgade U&I i infosocdirektivet. I framtiden kan vissa U&I eventuellt komma att få en större betydelse genom att en del av dessa kommer att bli tvingande i medlemsstaterna under de förutsättningar som anges i artikel 17.7 DSM-direktivet.

Den skyddsvärda kreativiteten kan också ses utifrån rättspolitiska mål om att skapa incitament till investeringar i de kreativa industrierna i stort. Målet är då att främja det kreativa skapandet generellt och tillgodose ekonomisk tillväxt. Med detta synsätt är det snarare ett främjande av kreativitet i allmänhet än kopplat till särskilda uttryck av kreativitet. Enligt de rättspolitiska målen kommer endast investeringar göras i de kreativa industrierna om det upphovsrättsliga skyddet och de närstående rättigheterna ges en hög skyddsnivå. Detta för med sig att vissa uttryck av kreativitet, som till exempel sampling, även här kommer att få det svårare att omfattas av upphovsrättsens främjande av den kreativa utvecklingen.



# Källförteckning

## Offentligt tryck

### *Statens offentliga utredningar (SOU)*

SOU 1956:25 Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk

### *Propositioner*

Prop. 1960:17 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, m. m.

Prop. 1992/93:214 om ändringar i upphovsrättslagen

Prop. 1994/95:19 Sveriges medlemskap i Europeiska unionen

Prop. 2004/05:110 Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.

### *Nytt juridiskt arkiv avd. II (NJA II)*

NJA II 1961 s. 1–417

### *Europeiska unionen (EU)*

Commission staff working document impact assessment: on the modernisation of EU copyright rules, 14 september 2016, SWD (2016) 301 final, part 2/3

EU:s Grönbok av den 19 juli 1995 om upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället KOM (95) 382 slutlig. Bryssel 19 juli 1995 [cit. EU:s Grönbok 95]

EUT nr 115, 09/05/2008, s. 0344, 12008E/AFI/DCL/17, förklaring (nr 17) om företräde

## Rättspraxis

*Nytt juridiskt arkiv avd. I (NJA)*

NJA 1976 s. 282 (Hem till byn)

NJA 1979 s. 352 (Max Walter)

NJA 2002 s. 178 (Drängarna)

NJA 1994 s. 74 (smultronmönstret)

NJA 2015 s. 1097 (C-More)

NJA 2016 s. 212 (Wikimedia)

NJA 2017 s. 75 (svenska syndaböcker)

NJA 2020 s. 293 (mobilfilmen)

*Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD)*

PMÖD:s dom 2018-01-12 i mål PMT 11062–16

PMÖD:s dom 2021-06-21 i mål B 12315–20

*Europeiska unionens domstol (EUD)*

EUD:s dom av den 5 februari 1963, *Van Gend en Loos*, Mål 26/62, EU:C:1963:1

EUD:s dom av den 26 februari 1991, *Antonissen*, C-292/89, EU:C:1991:80

EUD:s dom av den 29 april 2004, *Björnekulla*, C-371/02, EU:C:2004:275

EUD:s dom av den 7 december 2006, *SGAE*, C-306/05, EU:C:2006:764

EUD:s dom av den 16 juli 2009, *Infopaq*, C-5/08, EU:C:2009:465 [cit. *Infopaq*]

EUD:s dom av den 22 december 2010 *Bezpečnostní softwarová asociace*,  
C-393/09, EU:C:2010:816

EUD:s dom av den 1 december 2011, *Painer*, C-145/10, EU:C:2011:798  
[cit. *Painer*]

EUD:s dom av den 24 januari 2012, *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33

EUD:s dom av den 1 mars 2012, *Football Dataco*, C 604/10, EU:C:2012:115



EUD:s dom av den 19 juni 2014, *Karen Millen Fashion*, C-345/13, EU:C:2014:2013

EUD dom av den 3 september 2014, *Deckmyn*, C-201/13, EU:C:2014:2132 [cit. *Deckmyn*]

EUD:s dom av den 19 april 2016, *DI*, C-441/14, EU:C:2016:278

EUD:s dom av den 13 november 2018, *Levola Hengelo*, C 310/17, EU:C:2018:899 [cit. *Levola Hengelo*]

EUD:s dom av den 29 juli 2019, *Funke Medien*, C-469/17, EU:C:2019:623 [cit. *Funke Medien*]

EUD:s dom av den 29 juli 2019, *Pelham*, C-476/17, EU:C:2019:624 [cit. *Pelham*]

EUD:s dom av den 29 juli 2019, *Spiegel Online*, C-516/17, EU:C:2019:625

EUD:s dom av den 12 september 2019, *Cofemel*, C 683/17, EU:C:2019:721 [cit. *Cofemel*]

### *Generaladvokatens förslag till avgörande*

Generaladvokaten Verica Trstenjaks förslag till avgörande föredraget den 12 april 2011, *Painer*, C-145/10, EU:C:2011:239 [cit. generaladvokatens förslag till avgörande i *Painer*]

Generaladvokaten Pedro Cruz Villaións förslag till avgörande föredraget den 22 maj 2014, *Deckmyn*, C-201/13, EU:C:2014:458 [cit. generaladvokatens förslag till avgörande i *Deckmyn*]

Generaladvokaten Maciej Szpunars förslag till avgörande föredraget den 12 december 2018, *Pelham*, C-476/17, EU:C:2018:1002 [cit. generaladvokatens förslag till avgörande i *Pelham*]

## Litteratur

Axhamn, J., *Databasskydd*, Författaren, Stockholms universitet 2016 [cit. Axhamn, Databasskydd]

Axhamn, J., *Striving for Coherence in EU Intellectual Property Law: A Question of Methodology*, Karnell, G (red.) Liber Amicorum Jan Rosén, Visby, 2016 [s. 35-60] [cit. Axhamn, Striving for Coherence]

Bently, L., Sherman, B., Gangjee, D., Johnson, P., *Intellectual property law*, 5 u., Oxford University Press 2018 [cit. Bently m.fl.]

- Bernitz, U., Kjellgren, A., *Europarättens grunder*, 5 u., Norstedts juridik 2014 [cit. Bernitz & Kjellgren]
- Bernitz, U., *EU-rätt och nationell upphovsrätt – finns det kvar några nationella delar som inte berörs av EU-rätten?* NIR 2020 [s. 71-77]
- Brilioth, E.G., *Identitetsproblem I musikalisk upphovsrätt*, NIR 1970 [s. 37–67]
- Sganga, C., *EU Copyright Law Between Property and Fundamental Rights: A Proposal to Connect the Dots*, Caso, R., Giovanella, F. (red.), *Balancing Copyright Law in the Digital Age: Comparative Perspectives* [Elektronisk resurs] Springer Berlin Heidelberg 2015
- Christiansson, J., *Upphovsrättsliga och närliggande aspekter på musiksampling*, IFIM, Omarbetningar och sampling, Juristförlaget, Stockholm, 1995 [s. 1–64] [cit. Christiansson]
- Demers, J., *Sampling the 1970s in Hip-Hop*, *Popular Music*, vol. 22(1), Cambridge University Press, 2003 [s. 41–56]  
Tillgänglig: [https://www.jstor-org.ezp.sub.su.se/stable/853555?seq=1#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor-org.ezp.sub.su.se/stable/853555?seq=1#metadata_info_tab_contents) [Demers, Sampling]
- Demers, J.T., *Steal This Music: how intellectual property law affects musical creativity*, [Elektronisk resurs], 2006, [cit. Demers, Music]
- Duhanic, I., *Copy this sound! The cultural importance of sampling for hip hop music in copyright law—a copyright law analysis of the sampling decision of the German Federal Constitutional Court*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*. vol.11(12), 2016 [s. 932–945] [cit. Duhanic]  
Tillgänglig: <https://academic-oup-com.ezp.sub.su.se/jiplp/article/11/12/932/2593607>
- Goodwin, A. *Sample and hold: pop music in the digital age of reproduction*, Frith, S., Goodwin, A.(eds.), *On Record: Rock, Pop, and the Written Word*, Pantheon Books, New York, 1990
- Hudson, E., *The Pastiche Exception in Copyright Law: A Case of Mashed-Up Drafting?*, *Intellectual Property Quarterly*, IPQ, vol. 2017(4) [s.346-368] [cit. Hudson]
- Hjertstedt, M., *Beskrivningar av rättsdogmatisk metod: om innehållet i metodavsnitt vid användning av ett rättsdogmatiskt tillvägagångssätt*, Mannelqvist, R., Ingmanson, S., Ulander-Wänman, C., (red.), *Festskrift till Örjan Edström*, Juridiska institutet, Umeå universitet, Umeå, 2019, [s. 165–173] [cit. Hjertstedt]
- Jareborg, N., *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 [s. 1–10]

- Johansson, D., *Det svenska musikundret: Små företag på en global arena*, Entreprenörskapsforum, 2021. [cit. Johansson]  
Tillgänglig:[https://entreprenorskapsforum.se/wp-content/uploads/2021/03/Rapport\\_Musikbranschen\\_Web.pdf](https://entreprenorskapsforum.se/wp-content/uploads/2021/03/Rapport_Musikbranschen_Web.pdf)
- Jütte, B. J., Quintais, J. P., *The Pelham Chronicles: sampling, copyright and fundamental rights*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, vol. 16(3), 2021 [s. 213-225] [cit. Jütte & Quintais]
- Katz, M., *Capturing Sound: How Technology Has Changed Music*, [Elektronisk resurs] University of California Press 2010 [cit. Katz]
- Kleineman, J., *Rättsdogmatisk metod*, Nääv, M., Zamboni, M. (red.), *Juridisk metodlära*, 2 u., Studentlitteratur, Lund, 2018 [s. 21–46] [cit. Kleineman]
- Kvifte, T., *Digital Sampling and Analogue Aesthetics*, Melberg, A. (red.), *Aesthetics at work*, Oslo, 2007, [s. 105–129] [cit. Kvifte]
- Levin, M., Hellstadius, Å., *Lärobok i immaterialrätt: upphovsrätt, patenträtt, mönster- och formgivningrätt, känneteckensrätt - i Sverige, EU och internationellt*, 12 u., Norstedts Juridik 2019 [cit. Levin]
- McDonagh, L., *Is the creative use of musical works without a Licence acceptable under copyright law?*, International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC), vol. 43(4), 2012, [s. 401–426] [cit. McDonagh]
- McGiverin, B.J., *Digital Sound Sampling, Copyright and Publicity: Protecting against the Electronic Appropriation of Sounds*, Columbia Law Review vol. 87(8), 1987, [s. 1723–1746]
- Nordell, P.J., *Musikens skyddsförutsättningar*, Karnell, G., Muldin, K. (red.), *Ton och Rätt: festskrift till STIM 75 år*, Iustus Förlag, Uppsala, 1998 [s. 75–86] [cit. Nordell, Musikens skyddsförutsättningar]
- Nordell, P.J., *Upphovsrätten som ett jämförelseobjekt. Kommentar till Högsta domstolens dom NJA 2017 s. 75 (Svenska syndabockar)*, NIR 2017
- Nordell, P.J., *Parodi, satir, travesti – intrång eller kränkning? Kommentar till NJA 2005 s. 905 (Alfons Åberg)* NIR 2007 [s. 317–321]
- Olsson, H., *Copyright: svensk och internationell upphovsrätt*, 10 u., Norstedts juridik 2018 [cit. Olsson]

- Rahmatian, A., *The elements of music relevant for copyright protection*, Rahmatian, A. (red.), Concepts of Music and Copyright: How Music Perceives Itself and How Copyright Perceives Music, [Elektronisk resurs] Edward Elgar Publishing, 2015 [s. 78–122] [cit. Rahmatian]
- Reichel, J., *EU-rättslig metod*, Nääv, M., Zamboni, M. (red.), Juridisk metodlära, 2 u., Studentlitteratur, Lund, 2018 [109-142] [cit. Reichel]
- Rodgers, T., *On the process and aesthetics of sampling in electronic music production*, Organised Sound, vol. 8(3), Cambridge University Press, 2003 [s. 313–320] [cit. Rodgers]
- Rosas, A., *Upphovsrätten som utmaning för EU-domstolen*, NIR 2020 [s. 51–60]
- Rose, T., *Black noise: rap music and black culture in contemporary America*, Wesleyan University Press, 1994
- Rosén, J., *Finns en nordisk upphovsrätt? Introduktion till det XVII Nordiska Upphovsrättsymposiet*, NIR 2020 [s. 4–7]
- Rosén, J., *Upphovsrättens avtal: regler för upphovsmäns, artisters, fonogram-, film- och databasproducenters, radio- och TV-bolags samt fotografers avtal*, Norstedts juridik, 2006
- Rosén, J., *svensk rättspraxis: Upphovsrätt och närstående rättigheter 1977–2002*, SvJT 2004 [s. 146–197]
- Rosén, J., *Immateriellrätten i omvandling – uppgift, anseende och investering som underlag för rättskydd*, SvJT 2002 [s. 553–563]
- Rosén, J., *Reklamavbrott som intrång i ideell rätt*, JT 2008/09 [s. 121–129]
- Runco, M. A., Pritzker, S. R., *Encyclopedia of creativity* [Elektronisk resurs], Elsevier, 2011
- Sandgren, C., *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation*, Norstedts juridik, Stockholm, 3 uppl., 2015
- Sandgren, C., *Är rättsdogmatiken dogmatisk?* Tidsskrift for Rettsvitenskap, TfR, vol. 118(4–5), 2005, [s. 648–656]
- Stannow, Henrik, *Musikjuridik – handbok om upphovsrätt och musik*, 5 u., CKM förlag, 2014 [cit. Stannow]
- Strömholm, K., *Skyddsobjekt, skyddsbarhet, objektivitet/subjektivitet, bedömare och skyddsomfång – finns det utrymme för nationella variationer i en harmoniserad*

*upphovsrättslig värld?*, NIR 2020 [s. 96-103]

Toynbee, J., *Copyright, the Work and Phonographic Orality in Music*, Social & Legal Studies vol. 15(1), The Open University, UK, 2006 [s. 77–99] [cit. Toynbee]

Tschmuck, P., *Creativity and Innovation in the Music Industry*, [Elektronisk resurs] 2 u., Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012 [cit. Tschmuck]

Vaidhyanathan, S., *Copyrights and copywrongs the rise of intellectual property and how it threatens creativity*, [Elektronisk resurs] New York University Press, 2001

Venegas, Bastidas, V., *Rättsekonomi*, Nääv, M., Zamboni, M. (red.), Juridisk metodlära, 2 u., Studentlitteratur, Lund, 2018 [s.177–208]

Wacks, R., *Understanding jurisprudence: an introduction to legal theory*, 5 u., Oxford University Press, New York, 2017 [cit. Wacks]

Wennersten, U., *EU-rättsligt oreglerade områden inom upphovsrätten – ett svenskt perspektiv*, NIR 2020, [s. 154–174] [cit. Wennersten]

Wennersten, U., *Nytt och självständigt verk eller bearbetning. Några kommentarer i anledning av NJA 2017 s. 75 (Svenska syndabockar)*, NIR 2019

## Elektroniska källor

Digital Sound & Music

<http://digitalsoundandmusic.com/6-1-6-synthesizers-vs-samplers/> (lydelse 18-05-2021)

Jönsson, T. (prod.), *Följer Pengarna*, del 4: Vad kostar en sampling? [Radioprogram], P3, Sveriges Radio, 2015

<https://sverigesradio.se/avsnitt/581017> (lydelse 18-05-2021).

Musikförläggarna, *Att använda musik*

<https://musikforlaggarna.se/upphovsratt/att-anvanda-musik/> (lydelse 18-05-2021)

Pressestelle des Bundesgerichtshofs. Bundesgerichtshof entscheidet über Rechtswidrigkeit des Tonträger-Samplings, pressmeddelande: Nr. 046/2020, 30-04-2020

<https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020046.html?nn=13438126> (lydelse 18-05-2021)

STIM, Får man låna några sekunder eller några takter från en låt utan tillstånd?  
<https://www.stim.se/sv/hitta-svar/alla-vanliga-fragor/far-man-lana-nagra-sekunder-eller-nagra-takter-fran-en-lat-utan> (lydelse 18-05-2021)

STIM, Vilka regler gäller när man vill göra en remix eller sampla från skyddad musik?

<https://www.stim.se/sv/hitta-svar/alla-vanliga-fragor/vilka-regler-galler-nar-man-vill-gora-en-remix-eller-sampla-fran> (lydelse 18-05-2021)

Svenska Akademiens Ordböcker

<https://svenska.se/tre/?sok=kreativ&pz=1> (lydelse 18-05-2021)

TT, Nu får du veta vem som skrev låten, Svenska dagbladet, 02-02-2018

<https://www.svd.se/nu-far-du-veta-vem-som-skrev-laten> (lydelse 11.05.2021)