

LIU-IEI-FIL-A--13-01404--SE

# Fair Use Doctrine i svensk musikjuridik

En hypotetisk implementering av Fair Use Doctrine i svensk upphovsrätt

## Fair Use Doctrine in Swedish music law

A hypothetical implementation of the Fair Use Doctrine in Swedish copyright law

Edward De Geer

Höstterminen 2012 och vårterminen 2013

Handledare: Åsa Hellstadius



Masteruppsats Affärsjuridiska masterprogrammet  
Institutionen för ekonomisk och industriell utveckling

## Förord

Jag har upplevt ett makalöst stöd och intresse för min uppsats och har därmed kunnat se det roliga i den resa som skrivandet har inneburit. För det är jag mycket tacksam.

Jag vill tacka Åsa Hellstadius för suverän handledning och goda råd under hela arbetsprocessen. Jag vill även tacka de elever som ingått i min uppsatsgrupp för det stöd och den konstruktiva kritik som de gett mig under denna tid.

Jag vill även tacka Dan Eklöf på Stim som sådde det frö som resulterade i denna uppsats.

Sist men inte minst vill jag tacka Mats Hidegård på Sony Music som inte bara fungerat som ett bollplank utan även gjort det möjligt för mig att befinna mig i en extremt inspirerande och stimulerande miljö under skrivandets gång.

Stockholm i mars 2013

Edward De Geer

# Sammanfattning

Uppsatsen studerar den svenska musikbranschens behov av ett allmänt upphovsrättsligt undantag, hur väl den amerikanska principen Fair Use Doctrine lämpar sig som utgångspunkt för ett sådant undantag och vilka anpassningar principen och de svenska upphovsrättsliga undantagen skulle behöva vid en implementering.

Förändringar i tekniska förutsättningar har resulterat i större risk för upphovsrättsliga intrång och ett behov av en mer flexibel upphovsrätt. Samtidigt har lagstiftarens åtgärder resulterat i en svåröverskådlig lagstiftning. Uppsatsen bedömer att det finns ett behov av ett allmänt upphovsrättsligt undantag likt Fair Use Doctrine i svensk upphovsrätt och att principen är lämplig såsom utgångspunkt för utformandet av undantaget. Som ett resultat skulle ett allmänt upphovsrättsligt undantag bistå med den flexibilitet som behövs, men även om många upphovsrättsliga principer som utformats i svensk praxis kan lämnas orörda behöver både principen och den svenska undantagskatalogen anpassas innan ett allmänt upphovsrättsligt undantag likt Fair Use Doctrine implementeras i svensk upphovsrätt. Det svenska rättssystemet uppvisar tendenser till både acceptans av öppna normer och en ovilja att skapa praxis gällande de upphovsrättsliga undantagen, men bör kunna utforma och tillämpa ett allmänt upphovsrättsligt undantag. Uppsatsen konstaterar att det allmänna undantaget bör införas som en generalklausul i 2 kap. URL och att regeringen bör studera denna möjlighet i ett framtida utredningsbetänkande.

# Innehållsförteckning

<b>1</b>	<b>Inledning .....</b>	<b>7</b>
1.1	Problembakgrund .....	7
1.2	Problemformulering .....	10
1.3	Syfte .....	10
1.4	Avgränsningar .....	11
1.5	Metod .....	12
1.5.1	Allmänt .....	12
1.5.2	Källkritik .....	12
1.6	Disposition .....	13
<b>2</b>	<b>Upphovsrättsligt skydd för musikaliska verk .....</b>	<b>14</b>
2.1	Omfånget .....	14
2.2	Intrångsbedömningen .....	15
2.2.1	Parodier och satirer .....	16
2.3	Balansen mellan användare och upphovsmän .....	17
2.4	Avtalslösningar .....	17
<b>3</b>	<b>Den svenska undantagskatalogen .....</b>	<b>19</b>
3.1	Inledning .....	19
3.2	Ideella rättigheter .....	19
3.3	Exemplarframställning .....	20
3.3.1	Privat bruk .....	20
3.3.2	Undervisningsändamål .....	21
3.4	Tillgängliggörande för allmänheten .....	21
3.4.1	Allmänt .....	21
3.4.2	Överföring till allmänheten .....	22
3.4.3	Offentligt framförande .....	22
3.4.4	Offentlig spridning .....	22
3.5	Avtalslicenser .....	23
3.5.1	Allmänt .....	23
3.5.2	En nordisk konstruktion .....	24
3.6	Citat .....	25
<b>4</b>	<b>Den svenska musikbranschen .....</b>	<b>27</b>

4.1	Dagens marknad .....	27
4.2	Upphovsrättshavare och användare av musik .....	28
4.3	Behovet av undantag .....	29
4.3.1	Det överarbetade 2 kap. URL .....	29
4.3.2	Jakten på flexibilitet .....	30
4.3.3	Den misslyckade EU-harmoniseringen av ett generellt undantag .....	30
<b>5</b>	<b>Fair Use Doctrine .....</b>	<b>32</b>
5.1	§§ 106 och 106A .....	32
5.2	Definition och bakgrund .....	32
5.3	Lydelse .....	33
5.4	De fyra faktorerna .....	34
5.4.1	Allmänt .....	34
5.4.2	Användningens natur .....	35
5.4.2.1	Allmänt .....	35
5.4.2.2	Parodier och satir .....	36
5.4.3	Verkstyp .....	37
5.4.4	Kopieringsomfång .....	38
5.4.5	Marknadseffekt .....	38
5.5	Dagens utveckling .....	39
5.6	Fair Use Doctrine och musikaliska verk .....	40
<b>6</b>	<b>Analys - Fair Use Doctrine i svensk musikjuridik .....</b>	<b>41</b>
6.1	Behovet .....	41
6.2	De två undantagssystemens likheter och skillnader .....	42
6.2.1	Allmänt .....	42
6.2.2	Exemplarframställning .....	43
6.2.3	Tillgängliggörande för allmänheten .....	44
6.2.4	Den svenska avtalslicensen .....	44
6.2.5	Bedömningsfaktorerna .....	45
6.2.5.1	Användningens natur .....	46
6.2.5.2	Verkstyp .....	47
6.2.5.3	Kopieringsomfång .....	49
6.2.5.4	Marknadseffekt .....	49
6.2.6	Parodi och satir .....	50

6.2.7	Musikbranschernas sedvana.....	51
6.2.8	Syfte kontra effekt.....	52
6.3	Förutsättningar för ett svenskt fair use.....	53
6.3.1	De svenska tendenserna till öppna normer .....	53
6.3.2	Principiella hinder för ett svenskt fair use .....	54
6.3.2.1	Skillnaden i rättsliga miljöer.....	54
6.3.2.2	De svenska domstolarnas roll .....	54
6.4	Fair Use Doctrine som utgångspunkt.....	55
6.4.1	Allmänt .....	55
6.4.2	De tre alternativa faktorerna .....	56
6.5	De lege ferenda.....	57
6.5.1	Allmänt .....	57
6.5.2	Nödvändiga modifikationer av Fair Use Doctrine.....	57
6.5.3	Överflödiga lagrum i URL.....	58
6.5.4	Förslag på lydelse .....	59
6.5.5	Kritik till förslag på lydelse .....	59
<b>7</b>	<b>Slutsats .....</b>	<b>60</b>
	<b>Källförteckning .....</b>	<b>61</b>

# Förkortningar

<i>AHRA</i>	The Audio Home Recording Act - To amend title 17, United States Code, to implement a royalty payment system and a serial copy management system for digital audio recording, to prohibit certain copyright infringement actions, and for other purposes.
<i>ASCAP</i>	American Society of Composers, Authors and Publishers.
<i>Bernkonventionen</i>	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk.
<i>BMI</i>	Broadcast Music, Inc.
<i>EU</i>	Europeiska unionen.
<i>USC</i>	Code of Laws of the United States of America.
<i>URL</i>	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.
<i>HD</i>	Högsta domstolen.
<i>HovR</i>	Hovrätt.
<i>Ipred-lagen</i>	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter.
<i>Stim</i>	Svenska tonsättares internationella musikbyrå.
<i>SAMI</i>	Svenska Artisters och Musikers Intresseorganisation.
<i>NCB</i>	Nordisk Copyright Bureau.
<i>SESAC</i>	Society of European Stage Authors and Composers.
<i>SOU</i>	Statens offentliga utredningar.
<i>InfoSoc</i>	Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.
<i>TRIPs</i>	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.
<i>TCA</i>	An Act for the general revision of the Copyright Law, title 17 of the United States Code, and for other purposes.
<i>USA</i>	Amerikas förenta stater

# 1 Inledning

## 1.1 Problembakgrund

Den svenska upphovsrätten kommer till uttryck i upphovsrättslagen<sup>1</sup> (URL). Lagens kärna är mer än 50 år gammal och har således genomlevt en omfattande mängd samhälleliga förändringar. För att bevara ekonomiska och kulturella incitament och för att det upphovsrättsliga systemet inte ska bli en börda för samhället innehåller lagen upphovsrättsliga inskränkningar.<sup>2</sup> 2 kap. i URL reglerar dessa undantag tillsammans med praxisgrundade tolkningar och presenterar en hel inskränkingskatalog som innefattar undantag såsom privatkopiering och citaträtt.<sup>3</sup>

Ny teknik har lett till att URL behövt anpassas till de nya krav som exempelvis Internet har ställt.<sup>4</sup> I takt med att teknik blivit allt mer avancerad har även det svenska rättssystemet tvingats till att preciseras mer och mer.<sup>5</sup> URL:s utveckling har resulterat i en rad inskjutna och borttagna paragrafer. Förklaringen till förändringarna ligger i att de tekniska framstegen har skett så pass fort att lagstiftaren tvingats att implementera lagförändringar under tidspress. Enligt vissa har det resulterat i en undantagskatalog som blivit svåröverskådlig, vilket observerades av rättssystemet. Betänkandet SOU 2011:32 föreslog ett förenklat språk och en mer pedagogisk disposition, men inte några större förändringar i undantagskatalogens grundstruktur.<sup>6</sup>

Ett europeiskt samarbete inom ramen för Bernkonventionen resulterade i ett generellt tolkningsinstrument kallat trestegsregeln. Tanken var att denna skulle utgöra grunden för en harmonisering som en del av ett uttömmande antal begränsningar. Skilda meningar gällande lokala undantag resulterade dock i ett smörgåsbord av specifika undantag som

---

<sup>1</sup> Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

<sup>2</sup> Söderberg, J. (2008). Allt mitt är ditt. Falun: Bokförlaget Atlas, s. 161 och Levin, M. (2011). Lärobok i immaterialrätt (10 uppl.). Vällingby: Norstedts Juridik, s. 192.

<sup>3</sup> Rosén, J. (2006). Upphovsrättens avtal (3 uppl.). Stockholm: Norstedts Juridik, s. 135 f. och gällande praxisgrundade tolkningar se bland annat NJA 2005 s. 905.

<sup>4</sup> Levin, s. 68.

<sup>5</sup> A.a., s. 29 f.

<sup>6</sup> SOU 2011:32 - En ny upphovsrättslag. Se även a.a., s. 69.



nationerna kunde plocka av utöver den generella trestegsregeln. Den tänkta europeiska harmoniseringen av upphovsrättsliga inskränkningar blev därmed utan effekt.<sup>7</sup>

I USA (Amerikas förenta stater) har lagstiftaren valt en annan metod för att reglera de upphovsrättsliga begränsningarna. Istället för att införa en katalog av begränsningar infördes 1976 ett uttryck för ”The Fair Use Doctrine” i den amerikanska upphovsrättslagen, the Copyright Act. Denna princip kan översättas till ”rimlig användning” och omfattar alla de områden som regleras i svensk upphovsrätt, exempelvis privat bruk och citaträtt. Principen bygger på att användare av upphovsrättsskyddade verk får använda materialet ”*in a reasonable manner*”, vilket kan översättas till ”på ett rimligt sätt”. Rekvisiten för att det ska vara fråga om rimlig användning stipuleras i the Copyright Act.<sup>8</sup> Fyra faktorer avgör rimligheten:

- (1) Syftet med och typen av användningen, oavsett om användningen sker i kommersiell natur eller i utbildningssyfte,
- (2) det skyddade verkets natur (musikaliskt verk, litterärt, konstnärligt etc.),
- (3) hur stor del av verket som kopieras, och
- (4) vad det innebär ekonomiskt för det upphovsskyddade materialets värde.<sup>9</sup>

Enligt Senftleben och Hugenholtz behövs ett införande av en princip om rimlig användning inom de upphovsrättsliga begränsningarna för att uppnå en kompromiss mellan rättssäkerhet, rättvisa och rimlighet.<sup>10</sup> Denna flexibilitet behövs enligt dem bland annat för att upprätthålla fundamentala friheter och samhällseliga intressen.<sup>11</sup> De menar även att dagens informationssamhälle blir så pass oförutsebart att en allmän och öppen upphovsrätt är en nödvändighet. Senftleben och Hugenholtz anser att det redan i dagsläget finns en möjlighet att introducera en upphovsrättslig generell undantagsbestämmelse inom EU (Europeiska Unionen).<sup>12</sup>

Att införa ett generellt undantag från upphovsrättens omfång kan även innebära nackdelar. Ett sådant är lösare definierat än en katalog med specifika undantag varpå

---

<sup>7</sup> Levin, s. 192 f.

<sup>8</sup> Forsman, M. (2011). Internetpublicering och sociala medier (4:3 uppl.). Sverige: Norstedts Juridik, s. 41 f.

<sup>9</sup> 17 USC § 107.

<sup>10</sup> Senftleben, M., & Hugenholtz, P. (2011). Fair Use in Europe. In search of flexibilities. Hämtat från <http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/Fair%20Use%20Report%20PUB.pdf>, s. 6.

<sup>11</sup> A.a., s. 10.

<sup>12</sup> A.a., s. 29.

förutsebarheten kan bli bristande.<sup>13</sup> Den minskade förutsebarheten innebär att fair use-bestämmelser kan resultera i att hot om stämning blir vanligare, något som tycks användas av framförallt arvtagare av upphovsrätter.<sup>14</sup> Vissa hävdar till och med att fair use resulterar i något som liknar ett lotteri.<sup>15</sup> Även upphovsrättshavare och deras intressenter kan självklart komma att skadas av ett generellt undantag om rimlig användning då deras upphovsrättsliga skydd luckras upp. Vidare fanns det tidigare en misstro av ”fair use-undantag” inom många rättssystem och det menades att principen var allt för opålitlig och även om synsättet generellt förändrats sedan 1990-talet kvarstår många av de kritiserande frågorna.<sup>16</sup>

I Sverige finns det inget allmänt undantag från rättighetshavarnas rättigheter och något sådant förslag kom inte heller till uttryck i det senaste betänkandet. Svensk lag har dock på sina håll visat tendenser att öppna upp för allmänna undantag, exempelvis i 22 § URL om citaträtt.<sup>17</sup>

Om det föreligger ett behov av ett generellt undantag, vilket många anser, blir följdfrågan hur ett sådant ska utformas.<sup>18</sup> En metod att utforma undantaget vore att utgå från Fair Use Doctrine, men vilka förändringar skulle krävas och vad skulle effekterna bli?

---

<sup>13</sup> Senftleben & Hugenholtz, s. 29.

<sup>14</sup> Mazzone, J. (2011). Copyfraud and other abuses of intellectual property law. Stanford, Kalifornien, USA: Stanford Law Books, s. 43 f.

<sup>15</sup> Sag, M. (2012). Predicting Fair Use. Ohio State Law Journal, 73:1, 47-91, s. 48 f.

<sup>16</sup> Aufderheide, P., & Jaszi, P. (2011). Reclaiming Fair Use. Chicago: The University of Chicago Press, s. 9.

<sup>17</sup> Senftleben & Hugenholtz, s. 15.

<sup>18</sup> A.a., s. 29 f., Hargreaves, I. (2011). Digital Opportunity - A Review of Intellectual Property and Growth. Intellectual Property Office. Storbritannien: Intellectual Property Office, s. 44 - 46 (som uppmärksammar fördelarna med ett generellt undantag men bedömer att den inte går att implementera inom EU) och Aufderheide & Jaszi, s. 16 - 33 (om de allmänna fördelarna och behovet av Fair Use Doctrine).

## 1.2 Problemformulering

Finns det ett behov i den svenska musikbranschen av ett allmänt upphovsrättsligt undantag i svensk upphovsrätt vad gäller musikaliska verk och vilka konsekvenser skulle införandet av ett sådant ha? Lämpar sig Fair Use Doctrine som utgångspunkt för ett sådant allmänt undantag och vilka förändringar behövs för en implementering i lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, gällande de upphovsrättsliga undantagen som musikaliska verk omfattas av?

## 1.3 Syfte

Syftet med denna uppsats är inledningsvis klagöra den svenska upphovsrättsens undantagsbestämmelser såväl som den amerikanska motsvarigheten Fair Use Doctrine. Uppsatsen ämnar angripa denna utredning utifrån ett perspektiv som endast träffar den juridik som är av intresse för bestämmelser gällande musikaliska verk. Därefter vill uppsatsen utreda skillnaderna mellan det svenska undantagssystemet och Fair Use Doctrine och sedan behovet och potentiella effekter av ett införande av Fair Use Doctrine i de svenska upphovsrättsliga undantagsbestämmelserna. Syftet är sedan att utforma en de lege ferenda-formulering över hur ett allmänt upphovsrättsligt undantag likt Fair Use Doctrine framgångsrikt skulle kunna implementeras i den svenska upphovsrättslagen för att effektivt samspela med 2 kap. URL och kringliggande praxisgrundade tolkningar.

Uppsatsen behandlar i samband med de upphovsrättsliga undantagen även avtalslicenser. Avtalslicensen är nära besläktad med de upphovsrättsliga undantagen och är någonting unikt för den nordiska rätten. Syftet med att behandla avtalslicenser är att utreda avtalslicensens förhållande till upphovsrättsliga undantag och vilken effekt ett allmänt upphovsrättsligt undantag har på avtalslicenser.

Uppsatsen definierar inte samtliga vedertagna juridiska begrepp och förutsätter grundläggande juridisk kunskap.

## 1.4 Avgränsningar

Uppsatsen behandlar svensk rätt. Då Fair Use Doctrine transplanteras och överförs till svensk rätt introduceras delar ur det amerikanska rättssystemet i ett tjänande syfte. Uppsatsen omfattar inte en komparativ del med det amerikanska rättssystemet i sin helhet och således kommer inte grunderna i amerikansk rätt att beskrivas i någon djupare mån.

En transplantation av Fair Use Doctrine till den svenska upphovsrättslagen är förenad med flera hinder. Fair Use Doctrine är endast en del av den amerikanska upphovsrätten och en transplantation innebär att många närliggande principer och funktioner inte följer med vid ett hypotetiskt implementerande.

Frågeställningen koncentreras kring bestämmelser inom upphovsrätten som rör musikaliska verk varpå övriga upphovsrättsliga områden inte behandlas. Uppsatsen behandlar även frågor som rör musikbranschen i sig. Musikbranschen definieras som de parter som har ett intresse i musikaliska verk i samband med ett vinstsyfte. Vad som är av intresse för musikbranschen härleds ur lag, doktrin och praxis. ”Användning” definieras i denna uppsats som upphovsrättsligt relevant brukande eller interagerande med ett verk. Exempel på användning är när en person lyssnar på en CD-skiva, kopierar en CD-skiva eller bearbetar innehållet på CD-skivan. Som användare avses personer som använder musikaliska verk, både direkt och indirekt.

Med ”amerikansk” och ”amerikanska” avses i denna uppsats objekt, subjekt och begrepp inom USA och inte övriga nationer tillhörande Nord- eller Sydamerika.

Uppsatsen behandlar endast parodi och satir vad gäller icke lagstadgade upphovsrättsliga undantag. Denna avgränsning görs då andra former av användning i kritiskt syfte inte särskiljer sig i någon juridiskt signifikant mening och övriga inskränkningar tenderar att behandla andra former av verk än musik.

Uppsatsens kärna omges av ekonomiska incitament och tekniska lösningar. Då detta är en rättsvetenskaplig uppsats kommer ekonomiska aspekter att behandlas endast översiktligt och endast för uppsatsen helt vitala tekniska begrepp att förklaras.

De lege ferenda-formuleringen innefattar inte hur det nuvarande 2 kap. URL skulle se ut efter de nödvändiga förändringarna i samband med ett införande av ett allmänt

upphovsrättsligt undantag. Denna avgränsning görs av såväl tidsmässiga som kvalitetsmässiga skäl.

## **1.5 Metod**

### **1.5.1 Allmänt**

Uppsatsen tillämpar rättsdogmatisk metod. Fakta och information grundas på författningar, förarbeten, rättsfall och doktrin. Det amerikanska rättssystemet tas upp i ett fåtal fall och då i ett tjänande syfte för att beskriva amerikanska begrepp och principer. Det finns en omfattande mängd doktrin som behandlar svenska upphovsrättsliga undantag och Fair Use Doctrine. Urvalet görs utifrån doktrinen's ålder och inriktning där nyhetsvärde och precision premieras.

Fair Use Doctrine är en föränderlig princip och uppsatsen studerar därför ett införande av principen såsom den ser ut i dagsläget och bortser från framtida utveckling.

Analysen utreder framförallt konsekvenser ur en rent rättsvetenskaplig synvinkel men tar även kortfattat upp ekonomiska, praktiska och etiska överväganden.

Uppsatsen behandlar utländsk lag och doktrin vars innehåll jag själv har översatt. Jag har efter största möjliga förmåga försökt genomföra så precisa översättningar som möjligt.

### **1.5.2 Källkritik**

Doktrin som behandlar Fair Use Doctrine författas ofta i ett kritiserande syfte. Den doktrin som används i denna uppsats innefattar såväl kritiserande som förespråkande meningar. När för- och nackdelar behandlas försöker uppsatsen att inkludera en jämn avvägning av båda sidor i syfte att inte inta någon ståndpunkt i uppsatsens referensram.

## 1.6 Disposition

Kapitel 2 beskriver det upphovsrättsliga skyddet för musikaliska verk, inklusive dess omfång. Kapitel 3 reder ut den svenska undantagskatalogen i 2 kap. URL och behandlar även kort funktionen med avtalslicenser. Kapitel 4 går igenom den svenska musikbranschen och hur dagens musikmarknad ser ut i dagsläget. Dessutom behandlas här behovet av undantag i musikbranschen. Kapitel 5 går igenom Fair Use Doctrine och beskriver dess utformning och innehåll.

Kapitel 6 är den inledande delen av analysen och behandlar en hypotetisk implementering av Fair Use Doctrine i svensk musikjuridik. Inledningsvis behandlas här likheter och skillnader mellan de två olika undantagssystemen utifrån både det svenska undantagssystemet och sedan Fair Use Doctrine. Därefter diskuteras förutsättningarna för att införa Fair Use Doctrine i svensk upphovsrätt, vilket innefattar såväl möjligheter som hinder, och sedan hur Fair Use Doctrine lämpar sig som en utgångspunkt för införandet av en generell upphovsrättslig undantagsbestämmelse. Kapitlet avslutas med ett de lege ferenda-förslag på hur denna generella upphovsrättsliga undantagsbestämmelse skulle kunna utformas utifrån förändringar av 17 USC § 107 och vilka paragrafer i 2 kap. URL som därmed blir överflödiga.

## 2 Upphovsrättsligt skydd för musikaliska verk

### 2.1 Omfånget

En upphovsman har ensamrätt att framställa exemplar av sitt verk och att göra verket tillgängligt för allmänheten.<sup>19</sup> Rätten att tillgängliggöra verket för allmänheten innehåller i sin tur fyra typer av rättigheter; rätten att överföra verket till allmänheten, offentligt framföra verket, offentligt visa exemplar av verket och offentligt sprida exemplar av verket. Ensamrättens omfång täcker även verket i ett förändrat skick, men rätten gäller bara så länge verket inte anses utgöra ett nytt och självständigt verk.<sup>20</sup> Principen om verkshöjd tillämpas inom hela upphovsrätten för samtliga typer av verk. Det sammanfattande uttrycket verkshöjd anger vad för egenskaper ett verk måste ha för att erhålla upphovsrättsligt skydd. Kraven består bland annat av att verket ska vara skapat av någon och att det ska uppvisa en viss självständighet och originalitet (det så kallade ”originalitetskriteriet”). I samband med verkshöjd talas det även ofta om att verket ska vara en upphovsmans egen intellektuella skapelse. Det innebär att verk som ska åtnjuta upphovsrättsligt skydd inte får vara möjligt att skapas av två av varandra oberoende personer (detta kriterium benämns ”dubbelskapandekriteriet”). Sammanfattningsvis blir skyddsomfånget därmed större ju högre verkshöjd ett verk har.<sup>21</sup>

Musikaliska verk tillhör upphovsrättens klassiska kärnområde.<sup>22</sup> Som musikaliskt verk räknas såväl notskrift som framförande.<sup>23</sup> Det finns inte någon omfattande praxis på verkshöjdsområdet när det gäller musikaliska verk, men *Drängarna-fallet* (NJA 2002 s. 178) var det första nordiska målet som behandlade frågan om musikalisk verkshöjd. Fallet visade att principen att en högre verkshöjd ger ett större skyddsomfång gällde även

---

<sup>19</sup> 2 § URL.

<sup>20</sup> Levin, s. 174 f.

<sup>21</sup> Bernitz, U., Karnell, G., Pehrson, L. & Sandgren, C. (2007). Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens (10 uppl.). Vällingby: Jure, s. 43 f.

<sup>22</sup> Levin, s. 74 f.

<sup>23</sup> Bernitz et al., s. 40.

för musik, vilket bedömdes gå hand i hand med dubbelskapandekriteriet.<sup>24</sup> Verkshöjdskravet anses allmänt vara lågt ställt i Sverige.<sup>25</sup>

Trots att upphovsrätt idag har en generellt bred omfattning som omfattar många typer av prestationer och med låga krav för att åtnjuta upphovsrättsligt skydd så kan de kringliggande bedömningarna ofta vara svåra att göra. Många gånger går svaret inte att hitta i lagtext utan istället måste bedömaren ofta se till lagens bakomliggande syfte, upphovsrättens sedvana och rättspraxis.<sup>26</sup>

## 2.2 Intrångsbedömningen

Omfånget för det upphovsrättsliga skyddet vad gäller musikaliska verk ställs ofta på sin spets när det framför allt gäller lånande av musik, i form av sampling eller kopiering av melodier och dylikt. *Demonstrationsmusik-fallet* (NJA 1986 s. 702) handlade om en situation där musik använts för att demonstrera tekniska apparater och gav att intrångsbedömningen ska fokusera på huruvida själva verket anses återgivet och inte en kvantitativ uppskattning av användningen av verket. Trots att det fastställdes att syftet med användningen inte skulle beaktas vid intrångsfrågan har det levt kvar en felaktig uppfattning om att lånande av ett visst antal takter (oftast fyra) inte utgör intrång. Det enda vid intrångsbedömningen som ska beaktas gällande huruvida kvantiteten lånad musik överstiger den tillåtna är alltså huruvida ursprungsverket i sig anses återgivet eller inte.<sup>27</sup>

Det är ofta svårt att avgöra om användning av ett verk utgör ett intrång eller inte. Det krävs en samlad juridisk och estetisk bedömning och även om det finns allmänna principer till hjälp måste fortfarande frågan avgöras från fall till fall. Det avgörande är uppfattningen om likheten mellan verken. Antingen anses det vara fråga om samma verk eller så är en bearbetning förändrad till den grad eller typ att den anses utgöra ett nytt verk.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Levin, s. 85-93.

<sup>25</sup> Olsson, H. (2006). Copyright - Svensk och internationell upphovsrätt (7 uppl.). Stockholm: Norstedts Juridik, s. 67.

<sup>26</sup> Levin, s. 80-83.

<sup>27</sup> A.a., s. 87.

<sup>28</sup> A.a., s. 80-84.



Det finns generellt få rättsfall inte bara om musikalisk verkshöjd utan även vad gäller intrång i musikaliska verk. Bristen på prejudicerande domar resulterar i att verkshöjdsbedömningen endast med försiktighet kan byggas på praxis, vilket ofta försvårar bedömningsfrågor i praktiken.<sup>29</sup> Bristen på rättsfall kan enligt Levin bero på att tvister görs upp utanför domstolarna genom skiljedomstolar företrädda av branschorganisationer. Ett rättsfall som behandlar just musikintrång är *Mp3-fallet* (NJA 2000 s. 292).<sup>30</sup> Målet behandlade problematiken kring länkning till upphovsskyddade musikverk på Internet. Den tilltalade bedömdes genom länkning ha gjort sig skyldig till offentligt framförande, eller åtminstone medverka till framförande, av upphovsskyddade verk. Högsta domstolen (HD) uttalade att tillgängliggörandet av musikfiler genom länkning var att anse som offentligt framförande. Målet påvisar några av de nya juridiska problem som domstolarna tvingas hantera i samband med den tekniska utvecklingen i samhället. Idag skulle sannolikt länkningen bedömas som överföring, men överföringsbegreppet var inte infört vid tiden för målets avgörande (se 3.4.2).

## 2.2.1 Parodier och satirer

Ändringar och bearbetningar av verk förutsätter normalt sett upphovsmannens tillstånd för att vara lagliga att använda.<sup>31</sup> Enligt 4 § URL kan dock ett bearbetat verk erhålla skydd utan att det ursprungliga verkets upphovsman förlorar sin ensamrätt.<sup>32</sup> Verk kan nämligen genomgå så pass stora förändringar att de tappar likheten och kopplingen till ursprungsverket. Användningen av ursprungsverket i en förändrad form eller i en annan situation ska då inte anses utgöra ett intrång.<sup>33</sup> Ett verk kan inte bara ändras utan även tas ur dess kontext och därmed upplevas så pass annorlunda att det inte ska anses göra intrång.<sup>34</sup>

En typ av ändringar eller bearbetningar av verk är parodi och satir. I svensk rätt har upphovsmän fått tåla parodier och satirer, en princip som inte fastställts i lag utan istället framkommit i praxis.<sup>35</sup> Denna bedömning framkommer i *Alfons-fallet* (NJA 2005 s. 905)

---

<sup>29</sup> Bernitz et al., 46 f.

<sup>30</sup> Levin, s. 93 f.

<sup>31</sup> Stannow, H., & Hillerström, H. (2010). MusikJuridik (4:e uppl.). Stockholm: CKM Förlag, s. 71.

<sup>32</sup> Olsson, s. 80 f.

<sup>33</sup> Levin, s. 178 f.

<sup>34</sup> A.a., s. 175 f.

<sup>35</sup> A.a., s. 167.

och är vanligast förekommande i samband med just parodier. I *Alfons-fallet* hade ett verk använts i ursprunglig form men redigerats genom att klippas ned och presenterats i ett annat sammanhang, något som gav en parodisk effekt. Domstolen uttalade att verket hade ett främmande syfte, ett främmande sammanhang och ett förvrängt bärande element jämfört med ursprungsverket och hade därmed använts på ett sådant sätt att produkten blev så pass annorlunda att något intrång inte hade skett.

Även om kärnan och ofta en stor del av ursprungsverket ingår i det bearbetade verket är alltså utgångspunkten att parodier och satirer ska betraktas som nya fristående verk. Det har bedömts vara en förutsättning för att användare ska kunna kritisera och förvränga tidigare verk och det som verken uttrycker, men det är viktigt att det bearbetade verket inte använder det ursprungliga verket i syfte att endast utnyttja verkets publicitet eller för att kränka upphovsmannen.<sup>36</sup>

## 2.3 Balansen mellan användare och upphovsmän

För att upprätthålla en balans mellan användare och upphovsmän har lagstiftaren infört ett antal undantag i upphovsrätten. Genom att stipulera ett antal situationer där användaren garanteras rätten att utnyttja verk, antingen genom fritt utnyttjande, tvångslicenser eller avtalslicenser, eftersträvas målet att både användarens och upphovsmannens behov ska tillgodoses. Om en typ av användning inte finns uttryckt i ett undantag är den förbehållen upphovsmannen.<sup>37</sup>

Även om undantagen tillåtit ta mer plats i själva URL än beskrivningen av ensamrätterna så är det inte representativt för vilken vikt de två intressena givits. Det är fortfarande upphovsmännens individuella intressen som är i fokus i svensk upphovsrätt.<sup>38</sup>

## 2.4 Avtalslösningar

URL är med några få undantag dispositiv och upphovsmannens ensamrätt går till viss del att begränsa och kontrollera genom avtal. Upphovsrätt uppstår formlöst och upphovsrättsliga avtal måste därför vara mycket precisa då de inte bygger på någon

---

<sup>36</sup> Stannow & Hillerström, s. 71.

<sup>37</sup> Levin, s. 192 f.

<sup>38</sup> Olsson, s. 175-177.

registrering. Dessutom bygger ofta avtalen på andra, tidigare, upphovsrättsliga avtal och det är inte ovanligt med långa kedjor av överlåtelse-, licens- och distributionsavtal. Denna avancerade avtalskultur har lett till standardiserade avtal, mer effektiva så kallade avtalslicenser (se 3.5) och samarbeten i form av branschorganisationer (se 4.1).<sup>39</sup> Lagstiftaren har alltså lämnat stort utrymme för både rättighetshavare och användare att stipulera de upphovsrättsliga villkoren i det inomobligatoriska förhållandet. Utrymmet har även bidragit till omfattande avtal där parterna vill förstärka sina rättigheter till verkens förfoganderätt.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Rosén, s. 23-27.

<sup>40</sup> A.a., s. 80.

## 3 Den svenska undantagskatalogen

### 3.1 Inledning

Svensk upphovsrätt bygger inte på naturrättsliga principer såsom i Frankrike eller på kommersiella incitament som i USA. Istället är svensk upphovsrätt uppbyggt på samhällsmässiga avvägningar.<sup>41</sup> Den svenska idén är att skydda och bevara uphovsmäns rättigheter, både ideella och ekonomiska, och det skyddet ska vägas på ett proportionerligt sätt mot samhällets intressen. I Sverige sker avvägningen genom att lagstiftaren har formulerat ett antal specifika undantag från uphovsmännens uphovsrätt.<sup>42</sup> Undantagskatalogen finns i URL:s andra kapitel. De olika undantagen reglerar två typer av förfoganden; exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten. En central del av undantagen är verkets första offentliggörande. Samtliga situationer där en legitim inskränkning föreligger bygger på att verket ska ha offentliggjorts av uphovsmannen själv.<sup>43</sup>

### 3.2 Ideell rätt

Andra kapitlet i URL inleds med de allmänna bestämmelserna i 11 §. Denna paragraf förklarar att inskränkningar i uphovsrätten inte får genomföras så att den äventyrar den ideella rätten. Alltså får uphovsrättsskyddade verk inte användas så att det kränker uphovsmannen. Vidare beskriver paragrafen ett krav på källåtergivning. Ett verk som återges offentligt måste presenteras tillsammans med källan enligt god sed och verket får inte heller användas i större utsträckning än vad som är nödvändigt för användningssyftet.

---

<sup>41</sup> Olsson, s. 26.

<sup>42</sup> Olsson, s. 175.

<sup>43</sup> Levin, s. 195.

## 3.3 Exemplarframställning

### 3.3.1 Privat bruk

En av grundpelarna i svensk upphovsrätt tar sig uttryck i 12 § URL:

”Var och en får för privat bruk framställa ett eller några få exemplar av offentliggjorda verk. Såvitt gäller litterära verk i skriftlig form får exemplarframställningen dock endast avse begränsade delar av verk eller sådana verk av begränsat omfång. Exemplaren får inte användas för andra ändamål än privat bruk.

Första stycket ger inte rätt att

1. uppföra byggnadsverk,
2. framställa exemplar av datorprogram, eller
3. framställa exemplar i digital form av sammanställningar i digital form.

Första stycket ger inte heller rätt att för privat bruk låta en utomstående

1. framställa exemplar av musikaliska verk eller filmverk,
2. framställa bruksföremål eller skulpturer, eller
3. genom konstnärligt förfarande efterbilda andra konstverk.

Denna paragraf ger inte rätt att framställa exemplar av ett verk när det exemplar som är den egentliga förlagan framställts eller gjorts tillgängligt för allmänheten i strid med 2 §.”

Lagstiftaren har här tillåtit användare att i deras privata sfär framställa exemplar för privat bruk. Det får alltså inte vara fråga om ett kommersiellt syfte och med ”utestående” avses i tredje stycket någon som inte tillhör exemplarframställarens familje- eller vänkrets.<sup>44</sup> Användare tillåts även framställa enstaka exemplar till arbetskollegor.<sup>45</sup> Vad som menas med ”några få exemplar” har inte angivits med några specifika mängder utan istället har denna fråga kommit att avgöras från fall till fall där en bedömning görs utifrån vad som är nödvändigt för det privata bruket i det aktuella fallet.<sup>46</sup> Verket som kopieras måste vara offentliggjort med upphovsmannens samtycke, enligt 12 § 4 st. URL.

12 § URL är inte möjlig att avtala bort genom förbehåll utan det krävs ett ömsesidigt avtal. Dock förekommer det systematiserade så kallade shrink- och click-wrap-avtal.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Prop 1992/93:214 s 109.

<sup>45</sup> Prop 2004/05:110 s 101.

<sup>46</sup> Levin, s. 198 f.

<sup>47</sup> A.a., s. 201 f.

Shrink-wrap-avtal ingås genom att öppna någon typ av förpackning som på utsidan har angivit ett antal avtalspunkter som ingås genom att enkom öppna förpackningen. Click-wrap-avtal är en numer mycket vanligt förekommande avtalsform där en användare guidas genom avtalet och dess godkännande genom mjukvara, exempelvis vid installation av ett datorprogram.<sup>48</sup>

Det lämnas ett begränsat utrymme för utomstående att bistå en person med exemplarframställning för privat bruk. 12 § 3 st. URL begränsar denna möjlighet inom vissa premisser. Bland annat får en utomstående inte bidra till exemplarframställningen när det är fråga om musikaliska verk, enligt 12 § 3 st. 1 p. HD har slagit fast att undantaget för privat bruk inte gäller efemär inspelning (se 3.5.1).<sup>49</sup>

### **3.3.2 Undervisningsändamål**

Undantag från upphovsrätten i samband med undervisning uttrycks i flera lagrum i URL. Enligt 14 § tillåts lärare och elever göra upptagningar av sina egna framföranden av verk medan 18 § tillåter framställandet av sammanställningar av verk från flera upphovsmän i samband med undervisning. 21 § tillåter undantag för offentliga framföranden av verk, bland annat när det föreligger ett undervisningsändamål. Både 14 och 18 §§ stipulerar även ett antal rekvisit för användning utöver kravet på undervisningsändamål. Upptagning enligt 14 § får endast användas i undervisningsändamål och enligt 18 § får samlingsverk (så kallade medantologier) endast innehålla verk som har varit utgivna i mer än fem år.

## **3.4 Tillgängliggörande för allmänheten**

### **3.4.1 Allmänt**

I svensk upphovsrätt är grundregeln enligt 2 § URL att upphovsmän har ensamrätt att tillgängliggöra sina verk för allmänheten och tillgängliggörandet kan göras på flera olika sätt (se 2.1). Flera av undantagen i 2 kap. URL är beroende av huruvida verket är offentliggjort eller inte, något som även kan benämnas som verkets publiceringsstatus.

---

<sup>48</sup> Rosén, s. 266 f.

<sup>49</sup> Levin, s. 202.

Enligt 8 § 1 st. URL ska ett verk anses offentliggjort då det lovligen tillgängliggjorts för allmänheten och med ”allmänheten” avses en obestämd krets, alltså att det inte är fråga om en sluten krets.<sup>50</sup>

### **3.4.2 Överföring till allmänheten**

Överföring till allmänheten regleras i 2 § 3 st. 1 p. URL. Begreppet är mycket omfattande och innefattar alla typer av tillgängliggörande som görs på distans. Här menas alltså situationer där allmänheten kan ta del av verk på en annan plats än där själva överföringen sker. Överföring innefattar även sådana situationer där allmänheten kan komma åt ett verk på en tid och plats som de själva väljer. I dagens tekniksamhälle sker överföring vanligtvis via Internet eller andra större nätverk och tjänster, såsom on demand-tjänster.<sup>51</sup> Med överföring till allmänheten jämföras, enligt 2 § 4 st. URL, överföring till en större sluten krets i förvärvsverksamhet.<sup>52</sup>

Det finns i svensk rätt inga undantag för användare att överföra upphovsskyddade verk till allmänheten.

### **3.4.3 Offentligt framförande**

Med offentliga framföranden avses situationer där ett verk framförs på samma plats som där allmänheten kan ta del av det. Undantagsbestämmelser för offentligt framförande regleras i 21 § URL. Användare tillåts att framföra offentliggjorda verk offentligt vid tillfällen där framförandet av verken inte är det huvudsakliga innehållet i framförandet. Dessutom får det inte föreligga något vinstsyfte och tillträdet till det offentliga framförandet måste ske avgiftsfritt. Utöver dessa situationer tillåts framföranden i samband med undervisning (se 3.3.2).

### **3.4.4 Offentlig spridning**

Bestämmelserna om offentlig spridning finns i 19 och 20 §§ URL. Inom svensk upphovsrätt särskiljs rättigheterna till ett verk och framställda exemplar av verket. När ett

---

<sup>50</sup> Levin, s. 153 f.

<sup>51</sup> Stannow & Hillerström, s. 78.

<sup>52</sup> Levin, s. 153-160.

exemplar säljs lovligt konsumeras spridnings- och visningsrätten, något som gäller såväl fysiska som digitala exemplar av verk.<sup>53</sup> Huvudregeln är alltså att upphovsmän förlorar sina befogenheter till ett sålt exemplar av ett verk för att ett exemplar ska kunna cirkulera fritt på marknaden. Principen om konsumtion av spridningsrätten är grundad på tanken om att upphovsmannens och exemplarägarens rättigheter ska ha ett rimligt balanserat förhållande. Varken rätten till exemplarframställning eller rätten att framföra verket offentligt tillkommer innehavaren av exemplaret.<sup>54</sup>

## 3.5 Avtalslicenser

### 3.5.1 Allmänt

En typ av upphovsrättsliga undantag som inte tar sig uttryck i 2 kap. URL är reglerna om avtalslicenser i 3 a kap. Som Levin formulerar det är en avtalslicens en korsning mellan frivilliga avtal och tvångslicenser. De bygger på tanken att kollektivavtal skapade av organisationer även ska omfatta upphovsmän som inte är medlemmar i organisationerna. För medlemmen i organisationen framstår avtalet som frivilligt medan icke-medlemmen i princip tvångslicensierar ut sitt verk.<sup>55</sup>

Avtalslicenser har visat sig vara mycket effektiva inom områden där det finns krav på att kunna använda en stor mängd skyddade verk. Inom de områdena kan det ofta vara omöjligt, vad gäller tid och resurser, att ingå separata avtal med varje enskild upphovsman.<sup>56</sup> TV och radio använder en stor mängd uphovsskyddade verk varpå dessa medier låtit erhålla särskilda bestämmelser i URL. Merparten av regleringen bygger på just avtalslicenser, vars huvudregel tar uttryck i 42 a §. Huvudregeln i 42 a § är densamma som angivits ovan där användare som ingått avtal med organisationer som företräder upphovsmän tillåts att använda verk skapade av upphovsmän som inte företräds av de aktuella organisationerna. Radio- och TV-företag som givits tillstånd av staten tillåts använda material på det sätt som beskrivs i 42 a §, enligt 42 e §. Det speciella undantaget om utsändningsrätt gäller inte för film eller andra sceniska verk utan endast TV och radio och upphovsmän har även möjligheten att meddela sändningsförbud,

---

<sup>53</sup> C-128/11.

<sup>54</sup> Levin, s. 143-153.

<sup>55</sup> A.a., s. 37.

<sup>56</sup> *Ibid.*



enligt 42 e § 2 st. Det är väldigt få upphovsmän som motsätter sig det speciella avtalslicenssystemet och, även om det självklart kan uppstå problem, bedöms det fungera väl.<sup>57</sup>

Radio- och TV-företag tillåts även att framställa exemplar för att tillgodose behovet av att kunna spela in produktioner i förväg. Sådana så kallade efemära upptagningar tillåts enligt 26 e § URL.<sup>58</sup> Dessutom tillåts radio- och TV-produktioner att återge en dagshändelse enligt 25 och 25 a §§. Bestämmelserna syftar till att reportage som framställs till en nyhetsförmedling undantas från upphovsrättens krav. Det gäller alltså endast verk som förekommer i rapporteringen av dagshändelsen och om det är så att själva verket utgör dagshändelsen är användningen alltså inte undantagen.<sup>59</sup>

### 3.5.2 En nordisk konstruktion

I Sverige är musikbranschorganisationerna uppdelade efter deras medlemmars roll. Svenska tonsättares internationella musikbyrå (Stim) representerar exempelvis upphovsmän, Svenska Artisters och Musikers Intresseorganisation (SAMI) artister och International Federation of the Phonographic Industry (IFPI) producenter.<sup>60</sup> Branschorganisationer som arbetar för att insamla ersättning för parter inom musikbranschen finns över hela världen. I USA finns det i dagsläget tre stycken; American Society of Composers, Authors and Publishers (ASCAP), Broadcast Music, Inc. (BMI) och Society of European Stage Authors and Composers (SESAC).<sup>61</sup> Organisationerna representerar dock, till skillnad från de svenska branschorganisationerna, flera olika typer av rättighetshavare. Då en rättighetshavare i USA endast får vara medlem i en organisation uppstår det konkurrens mellan branschorganisationerna.<sup>62</sup>

---

<sup>57</sup> Levin, s. 211 f.

<sup>58</sup> A.a., s. 212.

<sup>59</sup> Rosén, s. 245.

<sup>60</sup> Stannow & Hillerström, s. 21-23.

<sup>61</sup> Kemp, E., Natesan, C., & Borders, L. (November 2011). Copyright liability and performing rights organizations in the United States and India: A comparative analysis. *Journal of Emerging Knowledge on Emerging Markets*, III, 343-359, s. 344.

<sup>62</sup> A.a., s. 351.

Avtalslicenser är en klassisk nordisk konstruktion vars motsvarighet inte finns i många andra länder, såsom USA.<sup>63</sup> För att som upphovsman få ersättning via intresseorganisationer i USA måste upphovsmannen vara medlem i en insamlande organisation. Organisationerna tar oftast betalt för sina tjänster och samlar endast in ersättning åt sina medlemmar. De som önskar utnyttja materialet i media tvingas då istället erhålla tillstånd direkt från upphovsmannen.<sup>64</sup>

### 3.6 Citat

Rätten för användare att citera verk återges i 22 § URL:

”Var och en får citera ur offentliggjorda verk i överensstämmelse med god sed och i den omfattning som motiveras av ändamålet.”

Lagrummet specificerar att citeringsrätten endast omfattar offentliggjorda verk. Dessutom måste citeringen ske enligt god sed och endast till en nödvändig omfattning. Citaträtten är en av grundpelarna i den svenska undantagskatalogen (se 3.3.1). När det kommer till möjligheten att citera verk finns det ofta lättidentifierade legitima grunder. Det ligger ofta i både den citerandes och den citerades intresse att ett verk snarare citeras än refereras till godtyckligt.<sup>65</sup>

Citering sker främst av rent språkliga verk, men även musikaliska verk kan citeras lagligt. Citeringen anses även gränsa in i bestämmelserna om sampling, varpå citering kan sägas vara vanligt förekommande inom musikbranschen. Levin menar att denna typ av rena ljudlån inte utgör ett intrång, medan ett tematiskt lån kan vara det.<sup>66</sup> Enligt mig ter sig Levins påstående inte vara i paritet med svensk rätt (se *Drängarna-fallet* i 2.1 och *Demonstrationsmusik-fallet* i 2.2) och bör vara resultatet av ett syftningsfel.

Det bör observeras att god sed inte är detsamma som sedvana, varpå exempelvis musikbranschens traditionella tillvägagångssätt inte nödvändigtvis behöver innebära en

---

<sup>63</sup> Rosén, s. 92.

<sup>64</sup> Kemp, et al. , s. 347-351.

<sup>65</sup> Levin, s. 206.

<sup>66</sup> A.a., s. 206 f.

korrekt citering. Citaträtten blir ofta både misstolkad och missbrukad och det är vanligt att försvarsyrkanden som bygger på citaträtten misslyckas.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> A.a., s. 208.

## 4 Den svenska musikbranschen

### 4.1 Dagens marknad

Musikbranschens upphovsrättsliga situation har förändrats med tiden. Tekniska lösningar, såsom Internet och mp3-formatet, som uppkom utanför musikindustrin innebar att en stor del av användningen av musiken hamnade utanför industrins kontroll.<sup>68</sup> Den privata användningen av musikaliska verk var tidigare oproblematiske för rättighetshavarna och deras representanter. De tekniska begränsningarna innebar att fri användning inte resulterade i några signifikanta ekonomiska förluster. Med tiden har de tekniska framstegen resulterat i att gemene man har möjlighet att åsamka rättighetshavarna enorma skador genom exemplarframställning och tillgängliggörande till allmänheten.<sup>69</sup> Olovlig användning av upphovsskyddade verk genom organiserade grupper och miljontals användare på Internet har resulterat i att musikbolagen tampas med en omfattande spridning av deras produkter. Fenomenet är dock inte nytt. Genom historien har det vid ett flertal tillfällen funnits situationer där företag försökt hålla kvar vid ekonomiska fördelar som omöjliggörs genom tekniska framsteg.<sup>70</sup>

År 1999 infördes den så kallade kassettersättningen som sedermera kom att kallas privatkopieringsersättningen. Målet var att upphovsrättsmännen skulle kompenseras för den privat- och piratkopiering som förekom i samhället. Privatkopieringsersättningen baseras på försäljningen av samtliga anordningar som är tänkta att fungera som ett medium för privatkopiering, såsom CD-R- och DVD-R-skivor men även Mp3-spelare och vissa lagringsenheter. I Sverige sker ersättningsinsamlingen och -fördelningen genom branschorganisationen Copyswede.<sup>71</sup> Ersättningsbestämmelserna finns i 26 k - 26 m §§ URL.

Som ett resultat av den juridiskt och tekniskt förändrade marknaden tvingas musikbolagen numer att koncentrera sig på det upphovsrättsliga verket, musiken, som en immaterialrättslig produkt snarare än att fokusera de fysiska exemplaren av verket. Förändringen i fokus har satt press på immaterialrättslig lagstiftning och tvingar hela

---

<sup>68</sup> Schollin, K. (2008). Digital Rights Management - The New Copyright. Stockholm: Jure Förlag, s. 59.

<sup>69</sup> Levin, s. 198 och Stannow & Hillerström, s. 77 f.

<sup>70</sup> Schollin, s. 54 f.

<sup>71</sup> Levin, s. 200.

rättssystem att se över gällande regleringar.<sup>72</sup> Förändringar såsom digitalisering inom musikindustrin innebär att musikbolagen fokuserar mer och mer på representation snarare än fysisk produktion.<sup>73</sup>

Sverige var sen med att instifta juridiska försvarsåtgärder för de omfattande skador som de senaste tekniska framstegen möjliggjorde.<sup>74</sup> År 2009 kom Ipred-lagen<sup>75</sup> som en följd av EU-direktivet 2004/48/EG. Lagen möjliggjorde utlämnade av information om vem som är ägare av så kallade IP-adresser vilka kan användas för att identifiera vem som företagit åtgärder som utgjort intrång i upphovsrättsligt skyddat material, framförallt via uppladdning och nedladdning på Internet. Ipred-lagen gav den svenska musikbranschen ett nytt verktyg för att insamla information om och åtala illegala användare.

Trots att avtalslicenser eliminerar behovet av en del avtal kvarstår fortfarande behovet av avtal såsom skivkontrakt, musikförlagsavtal och managementavtal.<sup>76</sup> Avtal inom den svenska musikbranschen visar numer på allt mer influenser från den anglosaxiska rätten. Likt den anglosaxiska avtalstraditionen har de svenska avtalen blivit mycket detaljrika. Det är dock inte unikt för Sverige utan påvisar snarare att musikbranschen håller på att bli mer global.<sup>77</sup>

## 4.2 Upphovsrättshavare och användare av musik

Upphovsrättshavare och deras representanter försöker idag försvara deras skyddade material med flera olika metoder. De jobbar för ett juridiskt grundskydd för deras verk, de framställer tekniska skyddsåtgärder, de förespråkar ett omfattande juridiskt skydd för de tekniska åtgärderna och de försöker förmå användare att ingå i shrink- och click-wrap-avtal (se 3.3.1).<sup>78</sup> De tekniska åtgärderna begångna av rättighetshavare för att förhindra och begränsa oönskad användning benämns ofta Digital Rights Management (DRM).<sup>79</sup>

---

<sup>72</sup> Schollin, s. 54 f.

<sup>73</sup> A.a., s. 56.

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter.

<sup>76</sup> Stannow & Hillerström, s. 21-27.

<sup>77</sup> A.a., s. 160 f.

<sup>78</sup> Olsson, s. 26

<sup>79</sup> Schollin, s. 16-19.

Den svenska upphovsrättens utveckling fokuserar till stor del på ensamrätt. Många användare känner i dagsläget att upphovsrätten känns som ett hinder, framförallt i samband med Internetanvändning.<sup>80</sup> Samtidigt har den snabba tekniska utvecklingen möjliggjort fildelning på Internet vilket har lett till enkel tillgång till och spridning av upphovsrättsskyddat material och att många upphovsrättshavare, särskilt musiker, kommit att lida stor skada. Den aktiva diskussionen kring fildelning har blottlagt den svåra gränsdragningen mellan rättighetshavarnas och användarnas rättigheter.<sup>81</sup>

Användare har snabbt vant sig vid tanken att Internet är ett helt öppet system där användare tillåts att tillgå material helt oinskränkt. Den nya Ipred-lagen ledde till att rättighetshavare plötsligt hade en möjlighet att civilrättsligt kräva skadestånd för intrånget i deras upphovsskyddade material. Parallellt med de nya lagstiftningarna har även marknaden kommit att förändras totalt genom introduktionen av musiktjänster såsom Spotify som har möjliggjort en smidig obegränsat användning med fördelaktiga villkor. Den förstärkta lagstiftningen och den anpassande marknaden har resulterat i att illegal nedladdning av musik faktiskt minskar i Sverige.<sup>82</sup>

## 4.3 Behovet av undantag

### 4.3.1 Det överarbetade 2 kap. URL

URL har behövt anpassas till den nya informationstekniken som kommit att rubba många av de tidigare tänkta avvägningarna inom upphovsrätten.<sup>83</sup> Redan 1993 konstaterade Nordell att den nya tekniken försvårade den upphovsrättsliga regleringen då exempelvis bearbetningsbedömningen blev svår.<sup>84</sup> I takt med en allt mer avancerad teknik har det krävts en allt mer komplicerad immaterialrätt som ställer stora krav på rättsordningen.<sup>85</sup>

Den löpande omarbetningen av URL har resulterat i att en hel del paragrafer har behövt både läggas till och tas bort. Omarbetningen beror på att lagstiftaren snabbt behövt

---

<sup>80</sup> Levin, s. 29 f.

<sup>81</sup> Söderberg, s. 168.

<sup>82</sup> Stannow & Hillerström, s. 265-269.

<sup>83</sup> Levin, s. 68.

<sup>84</sup> Nordell, P. J. (1993). Det upphovsrättsliga skapandets villkor i tider av digital teknik. i G. Karnell (Red.), Digitalisering och upphovsrätt (s. 27-41). Stockholm: Juristförlaget JF, s. 27 ff.

<sup>85</sup> Levin, s. 29 f.

anpassa lagen till samhälleliga förändringar såsom nya tekniska förutsättningar. Enligt många har förändringarna resulterat i att undantagskatalogen har blivit svåröverskådlig. Det finns dock de som tvärtom anser att 2 kap. URL fungerar väl som det är och till och med anser att undantagskatalogen är lättöverskådlig.<sup>86</sup> Betänkandet SOU 2011:32 benämnd ”En ny upphovsrättslag” genomfördes på grund av ett uppmärksammat uppdateringsbehov av URL. SOU 2011:32 konstaterade att det behövdes ett förenklat språk och en mer pedagogisk disposition, vad gäller upphovsrättsliga undantag. Grundstommen i 2 kap. URL fick dock bestå och undantagskatalogen förändrades inte i någon signifikant omfattning.<sup>87</sup>

### **4.3.2 Jakten på flexibilitet**

Hugenholtz och Senftleben publicerade i november 2011 en studie vid namn ”Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities”. Studien konstaterade att det finns ett behov en fair-use-princip inom de upphovsrättsliga begränsningarna för att uppnå en kompromiss mellan rättssäkerhet, rättvisa och rimlighet.<sup>88</sup> Flexibiliteten behövs enligt dem för att upprätthålla fundamentala friheter, samhälleliga intressen och ekonomiska mål som upphovsrätt traditionellt sett ämnar upprätthålla.<sup>89</sup> De menar även att dagens informationssamhälle blir så pass oförutsebart att en allmän och öppen upphovsrätt är en nödvändighet. Senftleben och Hugenholtz konstaterade att det redan i dagsläget finns en möjlighet att introducera en upphovsrättslig generell undantagsbestämmelse på både EU-rättslig nivå och medlemsnationell nivå, utan att strida mot EU-bestämmelser.<sup>90</sup>

### **4.3.3 Den misslyckade EU-harmoniseringen av ett generellt undantag**

Det har gjorts ett försök att samordna upphovsrättsliga inskränkningar på europeisk nivå. Tanken var att upprätta en gemensam undantagskatalog med ett kompletterande allmänt undantag, den så kallade trestegsregeln, tänkt som bedömningsnorm. Trestegsregeln

---

<sup>86</sup> Olsson, s. 176.

<sup>87</sup> SOU 2011:32 - En ny upphovsrättslag. Se även Levin, s. 69.

<sup>88</sup> Senftleben & Hugenholtz, s. 6.

<sup>89</sup> A.a., s. 10.

<sup>90</sup> A.a., s. 29.

introducerades i artikel 9.2 Bernkonventionen<sup>91</sup> men kom även att införas i 5.5 InfoSoc-direktivet<sup>92</sup> och artikel 13 TRIPs<sup>93</sup>.<sup>94</sup> Implementeringen blev dock urholkad och utan någon större effekt eftersom flertalet medlemsländer krävde att just deras nationella undantag skulle tas med i undantagskatalogen vilket resulterade i en uppsjö av undantag. Praktiskt taget alla upphovsrättsliga undantag som redan fanns i de nordiska länderna fanns med och de svenska upphovsrättsliga undantagen påverkades inte märkbart vid införandet av InfoSoc-direktivet.<sup>95</sup>

---

<sup>91</sup> Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk.

<sup>92</sup> Direktiv 2001/29/EC av Europa-parlamentet och av rådet den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

<sup>93</sup> Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

<sup>94</sup> Levin, s. 194.

<sup>95</sup> A.a., s. 192 f.



## 5 Fair Use Doctrine

### 5.1 §§ 106 och 106A

Den amerikanska upphovsrätten överensstämmer i stort med den europeiska för upphovsmannens ekonomiska respektive ideella rättigheter. De ekonomiska rättigheterna består av ensamrätten att:

- Framställa exemplar av verk,
- framställa bearbetningar av verk,
- tillgängliggöra verk för allmänheten,
- framföra verk offentligt,
- visa verk offentligt, och
- spela upp musikaliska verk offentligt.

Upphovsrätten återfinns i 17 USC §§ 106 och 106A.

### 5.2 Definition och bakgrund

Fair Use Doctrine är en grundstomme i den amerikanska upphovsrätten och är djupt rotad i det amerikanska samhället. Principen utgörs av tanken att användning av upphovsskyddat material är legitimt om allmännyttan är större än den privata förlusten.<sup>96</sup>

17 USC § 107 ger varken någon definition av Fair Use Doctrine eller stipulerar några uttömmande tillämpningsexempel utan ger endast uttryck för principens existens och beskriver några exempel när principen är tillämpbar samt fyra faktorer som ska beaktas vid användningens rimlighetsbedömning. De fyra faktorerna och användningens rimlighet granskas sedan av rätten i syfte att bedöma om den nämnda balansen mellan allmännytta och privat förlust upprätthålls i det enskilda fallet. Frågan om fair use föreligger avgörs således från fall till fall.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Aufderheide & Jaszi, s. 24.

<sup>97</sup> Sag, s. 53 f.

Självklart ifrågasätts inte majoriteten av användning av upphovsskyddat material, men något som påvisar amerikanska domstolarnas tendens att tillämpa Fair Use Doctrine är att majoriteten av de fall i USA där det hävdas att ett intrång har skett avslås i de fall där det hävdas att användning utgör fair use.<sup>98</sup>

Fair Use Doctrine anses ha sin grund i de upphovsrättsliga förändringarna som uppstod i mitten av 1800-talet. Företag började då investera allt mer i den kulturella industrin. Därmed ökade fokus på att tillvarata de ekonomiska intressena bakom de kulturella tillgångarna. År 1841 kom ett avgörande som skulle bli startskottet för Fair Use Doctrine. *Folsom v. Marsh*<sup>99</sup> byggde vidare på brittiska rättsprinciper och Supreme Court gjorde en intrångsbedömning i vilken embryot till dagens fyra bedömningsfaktorer uppstod. I dåtidens amerikanska rättssystem ansågs användningen av upphovsskyddat material oftast vara tillåtet och domen ansågs då ha en negativ begränsande effekt på upphovsmännens rättigheter. Med tiden blev det upphovsrättsliga systemet allt mer begränsat för användarna och i dagens läge anses principen om fair use vara en nödvändighet för att försvara nödvändiga användarmöjligheter.<sup>100</sup>

### 5.3 Lydelse

Fair Use Doctrine uttrycks i The Copyright Act från 1976 (TCA)<sup>101</sup>, 17 USC § 107:

“Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a

---

<sup>98</sup> Aufderheide & Jaszi, s. 24.

<sup>99</sup> 9 F. Cas. 342, 344 (C.C.D. Mass. 1841).

<sup>100</sup> Aufderheide & Jaszi, s. 28.

<sup>101</sup> An Act for the general revision of the Copyright Law, title 17 of the United States Code, and for other purposes.

whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.”

## 5.4 De fyra faktorerna

### 5.4.1 Allmänt

Fair Use Doctrine har uppkommit och utarbetats över en längre tid i de amerikanska domstolarna. Det embryo som uppkom i *Folsom v. Marsh* (se 5.2) kom med tiden att utvecklas till en bedömning som kretsar kring fyra faktorer. Faktorerna inkluderades i TCA då den genomgick en omarbetning 1976. Definitionen av Fair Use Doctrine utgick och utgår dock fortfarande från domstolarnas praxis och dess omnämning i TCA ska endast ses som ett illustrativt exempel av principen (se 5.3).<sup>102</sup>

De fyra faktorerna är generellt hållna och lämnar stort tolkningsutrymme till domstolarna. Amerikanska lagstiftare har medvetet undvikit att täppa till godtyckligheten som präglar hela fair use-bedömningen. Det innebär att domstolarna ofta hanterar bedömningsfrågorna olika och att förutsebarheten stundvis blir bristande.<sup>103</sup> Samtidigt utgör Fair Use Doctrine och dess fyra faktorer ett nödvändigt verktyg för att möjliggöra den svåra in casu-bedömningen som är nödvändig för att upprätthålla balansen i det amerikanska upphovsrättsliga systemet. Det anses i det amerikanska rättssystemet att det krävs förhållandevis lösa tyglar för att tillgodose både upphovsrättshavares och allmänhetens intresse.<sup>104</sup>

Sedan införandet av de fyra faktorerna har de haft stor inverkan på tillämpningen av Fair Use Doctrine i USA och domstolarna har tenderat att förlita sig mer och mer på faktorerna under de senaste 30 åren. Det har resulterat i att upphovsrättsliga åtal och försvar oftast centreras kring de fyra faktorerna. Utvecklingen bedöms vara logisk då de fyra faktorerna ska inkluderas i bedömningen men inte är uttömmande, något som ofta

---

<sup>102</sup> Carroll, M. W. (2007). Fixing Fair Use. North Carolina Law Review 85, no. 4, 1087-1154, s. 1101 f.

<sup>103</sup> A.a., s. 1105 f.

<sup>104</sup> Samuelson, P. (den 1 januari 2008). Unbundling Fair Uses. Hämtat från 77 Fordham L. Rev. 2537: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1521> den 10 Januari 2013, s. 2540.

förbises.<sup>105</sup> De fyra faktorerna anses ha både hjälpt och stjälpt tillämpandet av fair use. Samtidigt som de är en vital del av bedömningsprocessen saknades det länge någon systematisk insikt i branschens sedvana och ofta tolkades de fyra faktorerna på ett, enligt vissa, allt för självständigt vis.<sup>106</sup>

Nedan följer en genomgång av de fyra faktorerna.

## 5.4.2 Användningens natur

”(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;”

### 5.4.2.1 *Allmänt*

I amerikansk rätt tolkas användningens natur utifrån huruvida användningen är transformativ och om användningen har ett kommersiellt syfte.<sup>107</sup> I amerikansk rättspraxis har konstaterats att ”transformative use” och ”transformative works” (nedan kallat transformativ användning respektive transformativa verk) utgör kärnan av Fair Use Doctrines legitima svängrum och överskuggar andra aspekter såsom frågan huruvida användningen hade ett kommersiellt syfte.<sup>108</sup> Ett verk ska anses transformativt om det tillför ursprungsverket ”ett nytt syfte eller karaktär och därmed förändrar uttrycket, innebörden eller budskapet”.<sup>109</sup> Till transformativa verk hör bland annat parodier och satirer. Emellertid är det viktigt att särskilja på begreppet transformativa och derivativa verk då definitionen av derivativa verk snarare kretsar kring den fysiska skillnaden mellan det ursprungliga och nya verket och tar mindre hänsyn till verkens och användningens motiv och syfte.<sup>110</sup>

Begreppet kommersiellt syfte har i amerikansk rätt kommit att uttrycka mer än den rent språkliga definitionen som inkluderar ett krav om fysiskt eller ekonomiskt utbyte. Amerikansk praxis visar att något sådant krav inte föreligger vid domstolarnas bedömning om kommersialism. Istället liknar det amerikanska begreppet kommersiellt

---

<sup>105</sup> Sag, s. 53 f.

<sup>106</sup> Aufderheide & Jaszi, s. 24.

<sup>107</sup> Carroll, s. 1101 med vidare hänvisning till *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*

<sup>108</sup> Sag, s. 55 med vidare hänvisning till *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994) (citing Leval, supra note 12, at 1111).

<sup>109</sup> A.a., s. 54.

<sup>110</sup> A.a., s. 55-58.

syfte mer vinstsyfte i svensk mening, varpå begreppet vinstsyfte används fortsättningsvis.<sup>111</sup>

Om ett vinst- eller icketransformativt syfte föreligger vid användning av upphovsrättsskyddat material minskar sannolikheten för att det ska anses utgöra fair use. Frågan om ett verk används i vinstsyfte har dock överskuggats och blivit beroende av frågan om transformativ användning. Frågan om fair use föreligger i enskilda fall har historiskt sett i praktiken tenderat att bli felvinklad och snarare fokuserat på användaren. Istället för att koncentrera frågeställningen kring användarens identitet, snarare än användningens natur, har domstolarna numer slagit fast att fokus i kommersialitetsfrågan ska ligga på användningens rent ekonomiska effekt. Denna aspekt tenderar därmed att likna den fjärde faktorn gällande marknadseffekt (se 5.4.5).<sup>112</sup>

#### 5.4.2.2 *Parodier och satir*

Supreme Court har valt att inom den transformativa användningen skilja på parodi och satir.<sup>113</sup> Domstolen har påpekat att ursprungsläget för parodier är att de ska anses som transformativa verk som bidrar till samhällsnyttan.<sup>114</sup> Användning av verk i ett satiriskt syfte har däremot ansetts vara mindre troligt att utgöra fair use än parodisk användning. Supreme Court motiverar bedömningen med att satir riktar sig till samhällsfrågor och allmän kritik snarare än till kritik av de enskilda verken. Dock har det visat sig att det inte alltid är enkelt att avgöra om ett verk faktiskt utgör parodi eller satir, varpå bedömningen av fair use ofta försvåras i dessa fall.<sup>115</sup>

Som nämnts ovan är transformativ användning en central del av Fair Use Doctrine (se 5.4.2.1) och användning av verk i syfte att framställa parodier och satir har bedömts bidra till samhällsnyttan.<sup>116</sup> När det gäller parodi och satir gäller precis samma sak som övriga verk där det i USA avgörs från fall till fall och Supreme Court har i rådande praxis behandlat inskränkingsfrågor gällande parodier genom att bedöma de fyra faktorerna. Generellt sett har ett verk som genom parodi eller satir sänker efterfrågan på ett annat verk inte gjort intrång i ursprungsverkets upphovsrätt. Supreme Court menar att det finns

---

<sup>111</sup> Sag, s. 60 f.

<sup>112</sup> A.a., s. 58-60.

<sup>113</sup> Samuelson, s. 2551.

<sup>114</sup> A.a., s. 2549-2551.

<sup>115</sup> A.a., s. 2551.

<sup>116</sup> Sag, s. 55 f.

anledning att vara skeptisk mot att en skada ska ha uppstått på den potentiella marknaden i samband med en parodi, då rättighetshavaren av det ursprungliga verket med största sannolikhet aldrig planerar att själv offentliggöra ett verk som är kritiskt eller satiriskt till sitt eget ursprungsverk.<sup>117</sup>

### 5.4.3 Verkstyp

“(2) the nature of the copyrighted work;

[...]

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.”

Med tiden har amerikanska domstolar valt att dela in frågan om verkstyp i två delar. Å ena sidan granskas om verket är kreativt eller informativt, å andra sidan har domstolarna sett till huruvida verket är publicerat eller inte. Ett verks publiceringsstatus är inte någon avgörande faktor sedan införandet av sista stycket i 17 USC § 107 men den är fortfarande en del av bedömningen.<sup>118</sup>

Målet med att studera huruvida användning av skyddat material görs i ett kreativt eller informativt syfte är att undvika att upphovsrätten används för att motverka faktasammanställningar. I de amerikanska domstolarna bedöms majoriteten av verk vara kreativa. Generellt gäller att ju mer kreativt eller originellt ett ursprungsverk är desto högre är kraven på motiveringen för användning av verket ska anses utgöra fair use.<sup>119</sup> Ofta bedöms även faktasammanställningar innehålla betydande delar av kreativitet, varpå denna punkt då inte skyddar användaren mot att begå intrång.<sup>120</sup>

De amerikanska domstolarna har tidigare yttrat att upphovsmannen ska tillåtas kontroll över ett verks publicering. Användning av icke publicerade verk är därför generellt sett mindre troligt att anses som fair use. Den amerikanska kongressen visade dock oro för att publiceringsstatusen skulle komma att bli en allt för avgörande faktor och under 1992 upphävde de en rad avgöranden i hopp om att motverka att faktorn fick spela en allt för stor roll i avgörandet av fair use. Kongressens agerande ledde till att tillförandet av

---

<sup>117</sup> Samuelson, s. 2549-2551.

<sup>118</sup> Sag, s. 61 f.

<sup>119</sup> A.a., s. 62.

<sup>120</sup> Carroll, s. 1102 f.

lagrummets sista stycke och att denna faktors andra del numer inte spelar en speciellt avgörande roll i bedömningen av fair use.<sup>121</sup>

#### 5.4.4 Kopieringsomfång

“(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole”

Enbart användning som är av mer än obetydlig omfattning beaktas vid en fair use-bedömning. Vid bedömningen av kopieringsomfång används en slags skala för att bedöma hur mycket av ursprungsverket som har kopierats. Hur stor del av det nya verket som utgörs av det tidigare är inte något som beaktas vid bedömningen av denna faktor.<sup>122</sup> Amerikanska domstolar har istället tenderat att titta på huruvida det använda materialet utgör kärnan i det nya verket. Det har resulterat i domar där användningen har bedömts utgöra fair use även i fall där det är en icke oansenlig del av verket som kopierats.<sup>123</sup>

Beaktandet av kopieringsomfånget tycks vara den faktor som är mest självförklarande. Det som kanske inte är självklart är sammankopplingen med den första och fjärde faktorn (se 5.4.2 respektive 5.4.5). Hur stor del av verket som är tillåtet att använda enligt fair use beror nämligen av användningens syfte och dess effekt på rättighetshavaren då dessa aspekter används för att avgöra huruvida kärnan av ursprungsverket har bestått.<sup>124</sup>

#### 5.4.5 Marknadseffekt

“(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.”

Den fjärde faktorn ser till vilken ekonomisk effekt användningen av ett verk har haft på själva verket såväl som på nuvarande och potentiella marknader. Effekten har i amerikansk praxis inte fått spela någon större roll utan snarare kommit att indirekt uttryckas i de övriga faktorerna.<sup>125</sup>

Som lagrummet antyder ser denna faktor bortom nuvarande marknader. Att bestämmelsen ser bortom nuvarande försäljning gör att domstolar lämnas med en svår

---

<sup>121</sup> Carroll, s. 1103.

<sup>122</sup> A.a., s. 1104.

<sup>123</sup> *Ibid.*

<sup>124</sup> Sag, s. 62 f.

<sup>125</sup> A.a., s. 63 f.

avvägning. När ska det anses att efterfrågan motverkas och när ska den anses övertagen av ett nytt verk? För att det ska vara fråga om en icke tillåten påverkan av marknaden ska det vara fråga om användning av upphovsskyddade verk. Ofta måste domstolarna även bedöma om användning som idag inte signifikant påverkar en marknad kan komma att göra så i framtiden. Hela avvägningen blir dessutom svår då själva marknaden kan komma att förändras med tiden. Supreme Court har meddelat att denna faktor, trots att den blivit ifrågasatt, är en vital del av bedömningen av fair use, men att den liksom de övriga faktorerna inte ska tillåtas särskild vikt framför de övriga.<sup>126</sup>

## 5.5 Dagens utveckling

Fair use är liksom många andra principer och begrepp inom upphovsrätten ett föränderligt begrepp.<sup>127</sup> I *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.* uttrycks på många sätt dagens tillämpning av Fair Use Doctrine. I rättsfallet hade bilder använts utan tillstånd i en bilderbok. Trots den otillåtna användningen bedömdes den ha skett enligt fair use. Domstolarna motiverade bedömningen med att bildsammanställningen hade skett i en kronologisk framställning där användningens natur, den första faktorn, var så pass förändrat att sammanställningen var att anse som ett transformativ användning. De påpekade att det nya transformativa verket (se 5.4.2) var framställt i en ny kontext, presenterades i ett nytt syfte och till en ny publik.<sup>128</sup>

Enligt Aufderheide och Jaszi kan fair use numer bedömas utifrån tre frågeställningar. Det är enligt författarna ett resultat av en omfattande mängd rättsfall som renodlat de ursprungliga fyra frågorna till tre som tar hänsyn till sedvana.

- Användes det upphovsrättsskyddade materialet i ett annat syfte, snarare än att endast återanvända materialet för det ursprungliga materialet och till samma publik?
- Var mängden material som användes lämpligt i förhållande till syftet med användningen?

---

<sup>126</sup> Carroll, s. 1104 f.

<sup>127</sup> Aufderheide & Jaszi, s. 25.

<sup>128</sup> A.a., s. 80-82.



- Var användningen rimlig inom området eller disciplinen?<sup>129</sup>

Om dessa frågor kan besvara jakande är användning med största sannolikhet att anse som fair use.<sup>130</sup>

## 5.6 Fair Use Doctrine och musikaliska verk

Sammanfattningsvis är alltså Fair Use Doctrine en amerikansk allmän upphovsrättslig grundprincip som reglerar undantagen från upphovsmäns ensamrätt. Undantagsbedömningen baseras på de fyra faktorerna; användningens natur, verkstyp, kopieringsomfång och marknadseffekt.

Vad gäller musikaliska verk har Supreme Court använt Fair Use Doctrine i ett flertal fall för att bedöma om användning av musikaliska verk ska anses tillåten. I *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*<sup>131</sup> användes exempelvis faktorn gällande användningens natur. Genom att se på aspekten gällande vinstsyfte kunde Supreme Court komma fram till att det ansågs föreligga ett vinstsyfte vid delning av upphovsskyddat material på Internet. De som laddade ned materialet fick ta del av någonting gratis som de annars hade behövt betala för. Enligt Sag gjorde Supreme Court denna bedömning helt korrekt och han anser att den är i paritet med upphovsrättens syfte.<sup>132</sup>

---

<sup>129</sup> Aufderheide & Jaszi, s. 24 f.

<sup>130</sup> A.a., s. 25.

<sup>131</sup> 114 F. Supp. 2d 896, 912 (N.D. Cal. 2000).

<sup>132</sup> Sag, 59 f.

## 6 Analys - Fair Use Doctrine i svensk musikjuridik

### 6.1 Behovet

Den snabba teknikutveckling som tycks ha pågått under en förhållandevis lång period har med tiden kommit att påvisa brister i den svenska upphovsrätten. En trög lagstiftning som har åtgärdats med kompromisser efter bästa förmåga kan komma att skapa problem i framtiden. Internet och de stora nätverkssystemen har möjliggjort informationsutbyte på en nivå som samhället och dess lagstiftare inte kunnat föreställa sig tidigare och även om det är svårt att tänka sig en lika revolutionerande teknisk utveckling som Internet den närmaste tiden kan det komma att utvecklas andra typer av medier som innehåller samma juridiskt problematiska aspekter. Likt den väl fungerande avtalslicensen anser jag att nyckeln till en framgångsrik upphovsrätt handlar om flexibilitet och ett brett upphovsrättsligt omfång. Genom att låta de upphovsrättsliga undantagen omfatta alla typer av användning och utgöra en utgångspunkt för den samhällsmässiga avvägningen mellan upphovsmannens rättigheter och samhällets intresse kan såväl domstol som användare dra nytta av ett allmänt upphovsrättsligt undantag.

Jag anser att det finns stor risk för att en långsam utveckling av svensk upphovsrätt, likt den som skett i samband med den senaste tidens teknikutveckling (se 4.1), kan åsamka stora skador, både ekonomiskt och på balansen mellan rättighetshavare och användare. Med en flexibel undantagslagstiftning utformat som ett allmänt undantag kan domstolarna snabbt anpassa sig till de senaste tekniska framstegen utan att invänta bestämmelser för nya specifika typer av användning.

Utan införandet av flexibel lagstiftning löper inte bara branscher och användare risk för skada. Upphovsrätten i sig kan komma att urholkas då branscher, såsom musikbranschen, enligt mig kommer sträva efter att få samtliga verk att omfattas av shrink- eller click-wrap-avtal (se 3.3.1 och 4.2). Försöket att utnyttja de dispositiva delarna av upphovsrätten till fullo kan komma att urholka funktionen med de svenska upphovsrättsliga undantagen.

Vidare är det min åsikt att det i dagsläget läggs alldeles för mycket energi på DRM (se 4.2) och det kommer krävas väldigt flexibla juridiska instrument som möjliggör in casu-bedömningar i de framtida tekniskt och juridiskt komplicerade rättsfallen som kommer röra DRM. Med ett allmänt undantag likt Fair Use Doctrine skulle domstolarna kunna motverka behovet av den typ av systematiserande tekniska och juridiska förstärkningar som företag nu omger sina tillgångar och produkter med.

Jag anser att regeringen bör initiera ett utredningsbetänkande som studerar behovet av ett allmänt upphovsrättsligt undantag i svensk upphovsrätt. Det tycks ha förbisetts i det senaste betänkandet SOU 2011:32 (se 4.3.1).

## **6.2 De två undantagssystemens likheter och skillnader**

### **6.2.1 Allmänt**

De svenska upphovsrättsliga undantagen består av en uttömmande katalog kompletterad med praxisgrundade tolkningar såsom principerna kring parodi och satir. De amerikanska undantagsbestämmelsernas kärna är Fair Use Doctrine, en praxisgrundad men i lag delvis återgiven generell undantagsbestämmelse baserad på fyra bedömningsfaktorer och tänkt att omfatta hela den amerikanska upphovsrätten. Alltså utgörs de svenska undantagsbestämmelserna av uttömmande exempel kompletterat med ett fåtal praxisgrundade tolkningar medan de amerikanska bestämmelserna utgörs av en övergripande allmän princip kompletterad med bedömningsfaktorer. De två inriktningarna återspeglar de två rättsstaternas generella inriktningar; Sverige med vår kontinentaleuropeiska rätt baserad på lagfästa regler och USA med dess angloamerikanska *common law* baserad på praxis.

Att den svenska undantagskatalogen innehåller specifika situationer där det görs undantag från upphovsrättens ensamrätt, snarare än ett generellt undantag, innebär att det vid varje enskild situation måste avgöras vilken typ av användning som föreligger. Huruvida användning ska anses utgöra intrång eller inte bedöms utifrån de bestämmelser i URL eller praxisgrundade tolkningar som omfattar den aktuella typen av användning. Enligt Fair Use Doctrine görs intrångsbedömningen utifrån samma bedömningsfaktorer oavsett användningstyp medan användningstypen är avgörande i svensk rätt för att avgöra vilka grunder som intrångsbedömningen ska baseras på. Det bör alltså krävas en djupare

analys av vilken typ av användning det är fråga om i svensk upphovsrätt än i Fair Use Doctrine.

Både de lagstiftade och praxisbaserade svenska undantagsbestämmelserna och Fair Use Doctrine behandlar begränsningar och undantag i upphovsrätten. Upphovsrättens omfång behandlas dock varken i de svenska undantagen eller Fair Use Doctrine. Vid ett hypotetiskt införande av Fair Use Doctrine i svensk upphovsrätt kan frågan om skyddsomfånget därmed lämnas oförändrad, men för att avgöra vilka verk som ska åtnjuta upphovsrättsligt skydd måste det genomföras någon typ av verkshöjdsbedömning. Bestämmelser om verkshöjdsbedömningen återfinns inte primärt i Fair Use Doctrine.<sup>133</sup> Fair Use Doctrines andra bedömningsfaktor gällande verkstyp innehåller krav på kreativitet, vilket ju är närbesläktat med verkshöjdsfrågan. Kreativitetsfrågan i andra faktorn handlar dock om avgränsningen mellan kreativa verk och faktasammanställningar och behandlar inte primärt gränsdragningen till icke kreativa verk.

## 6.2.2 Exemplarframställning

Trots att Fair Use Doctrine omfattar hela den amerikanska upphovsrätten och sägs vara den amerikanska motsvarigheten till andra kapitlet i URL finns det andra faktorer som påverkar de amerikanska undantagen. Framför allt har det införts lagar som specificerar enskilda specifika undantag såsom *the Audio Home Recording Act* (AHRA) som finns i 10 kap. i TCA. Denna lag tillkom som ett resultat av den debatt som uppstod i samband med tekniska framsteg som tillät konsumenter att framställa digitala exemplar av verk i hemmet. Lagen tillåter viss typ av exemplarframställning för privat bruk och innehåller bestämmelser om ekonomisk kompensation till musikbranschen för privat- och piratkopiering.<sup>134</sup> Bestämmelserna skiljer sig dock markant från 12 § URL men då de inte omfattas av Fair Use Doctrine är de inte av vidare intresse för denna analys.

När det gäller undantag från upphovsrätten är Fair Use Doctrine, som konstaterats ovan, mycket mer allmänt utformad än de svenska upphovsrättsliga undantagen och undantagen för exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten är inget undantag.

---

<sup>133</sup> Originalitet behandlas istället i 17 USC § 102.

<sup>134</sup> Sloan Coats, W., Feeman, V. L., Given, J. G., & Rafter, H. D. (2000). Streaming into the Future: Music and Video. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, 285-308, s. 298-300.

Även om 17 USC § 107 vid första anblick kan tänkas vara tydlig vad gäller exemplarframställning står det i lagrummet endast ett antal exempel:

”[...] reproduction in copies or phonorecords [...] for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright.”

17 USC § 107 är inte, till skillnad från 2 kap. URL, en uttömmande katalog. Dessutom står det i 17 USC § 107 vidare i samma stycke att de fyra faktorerna ska användas för att bedöma huruvida den specifika exemplarframställningen utgör intrång eller fair use.

### **6.2.3 Tillgängliggörande för allmänheten**

De svenska upphovsrättsliga undantagen innehåller en rad situationer där användare tillåts att tillgängliggöra verk för allmänheten, även om rätten till överföring till allmänheten inte inskränks. Användare tillåts exempelvis att offentligt sprida exemplar av verk när spridningsrätten konsumerats och rätten att offentligt framföra verk när framförandet av verket inte är det huvudsakliga ändamålet och det sker utan vinstsyfte.

Fair Use Doctrine är precis som den svenska undantagskatalogen i symbios med de grundläggande bestämmelserna om upphovsrättens omfattning. 17 USC § 107 hänvisar i det inledande stycket till § 106 som stipulerar de ekonomiska rättigheterna vilka innefattar bland annat ensamrätt till tillgängliggörande för allmänheten. § 107 ger dock inga tydliga besked vad gäller förfarandet tillgängliggörande för allmänheten utan det omfattas endast i den bemärkelsen att paragrafen hänvisar till § 106. Istället får vi se till själva principen för att utreda bestämmelser om tillgängliggörande för allmänheten. Ensamrätten att tillgängliggöra verket för allmänheten enligt § 106 (se 5.1) kan alltså inskränkas om användning anses vara fair use enligt de fyra faktorerna. Användare kan sprida exemplar av verk till allmänheten och framföra, visa och spela upp verk offentligt så länge som den aktuella användningen utgör fair use enligt de fyra faktorerna. Mer om skillnaden mellan bedömningsfaktorerna nedan (se 6.2.5).

### **6.2.4 Den svenska avtalslicensen**

Rättighetshavare i USA måste vara medlemmar i en branschorganisation för att delta i kollektiva avtal och kollektivt insamlande av ersättning. Det torde därmed vara stor risk att användning av verk vars upphovsmän inte finns representerade hos någon av

branschorganisationerna undviks då processen att inhämta tillstånd att använda verken blir mycket mer kostsam. Samtidigt kan säkerligen konkurrensen mellan branschorganisationerna leda till spetskunskap och en effektivare marknad där de upphovsmän som är representerade hos en branschorganisation får bättre stöd till en förhållandevis låg kostnad. Å andra sidan försvårar de konkurrerande organisationerna själva ersättnings- och förhandlingsprocesser med de medier som behöver utnyttja upphovsskyddat material i större mängder. De som inte är medlemmar i någon branschorganisation tvingas att hantera insamlingen av ersättning själva. Frånvarandet av avtalslicenser torde innebära att många mediaaktörer helt enkelt undviker de artister som inte är representerade hos någon av branschorganisationerna.

Frågan är hur den svenska avtalslicensmodellen påverkar svenska upphovsrättsliga undantag vid ett införande av Fair Use Doctrine. Avtalslicenssystemet är, liksom Fair Use Doctrine, ett mycket omfattande system. De svenska bestämmelserna om avtalslicenser har i URL skrivits i ett eget kapitel (3 a kap.) och utgör därmed inte en del av den svenska undantagskatalogen i 2 kap. Avtalslicensbestämmelserna i 3 a kap. har en mycket självständig lydelse och hänvisar endast i 42 d § till ett lagrum i 2 kap. Bestämmelserna om avtalslicenser och Fair Use Doctrine bör därmed fungera väl i samma rättssystem. Funktionen med avtalslicenser bör utifrån Fair Use Doctrine kunna motiveras med den fjärde faktorn som ser till marknadseffekten då avtalslicensen har bedömts ha en positiv marknadseffekt (se 3.5.1).

### **6.2.5 Bedömningsfaktorerna**

Liksom Fair Use Doctrine tillhandahåller det svenska undantagssystemet flera bedömningsfaktorer. I det svenska systemet ges dock bedömningsfaktorer utifrån varje enskilt undantag i undantagskatalogen. Exempelvis ser vi i 21 § URL gällande offentliga framföranden en bedömningsfaktor bestående av frågan huruvida framförandet av ursprungsverket inte är det huvudsakliga. Dessa bedömningsfaktorer omnämns frekvent i den svenska undantagskatalogen och är alltså mer situationsspecifika än de i Fair Use Doctrine. Frågan är vad det finns för skillnader mellan bedömningsfaktorerna som återfinns i 2 kap. URL och de allmänna faktorerna i Fair Use Doctrine. Faktorerna behandlas nedan utifrån Fair Use Doctrines konstruktion i 17 USC § 107.

### 6.2.5.1 **Användningens natur**

Stundvis låter både det svenska och det amerikanska undantagssystemet bedömningen huruvida användning är att anse som tillåten kretsas kring användningens syfte (se 6.2.8 för skillnader i systemen gällande användningens effekt). Som nämnts ovan genomsyrar frågan om vinstsyfte hela Fair Use Doctrine och i Sverige uppkommer frågan om vinstsyfte endast vid vissa typer av användning. Enligt 12 § URL gällande exemplarframställning får exemplar inte användas för andra ändamål än privat bruk. Att det endast får vara fråga om privat bruk innebär att vinstsyfte är uteslutet. I 21 § skrivs det att offentliga framföranden måste kunna tillträdas avgiftsfritt för att det inte ska vara fråga om upphovsrättsligt intrång och det får inte heller föreligga något förvärvssyfte. Kravet om frånvarande av förvärvssyfte återfinns även i 18 § 2 st. gällande samlingsverk vid undervisning. Generellt sett har det svenska undantagssystemet mer fokus på vilket syfte användningen ska ha snarare än vad det inte ska ha. Exempelvis framkommer vid flera tillfällen undantag för användningssyften såsom undervisning (14, 18 och 21 §§), arkivering (16 §) och dagshändelserapportering (23 och 25 §§).

Vinstsyftesbedömningen är en del av Fair Use Doctrines första faktor gällande användningens natur. Även den andra delen av den första faktorn, om transformativ användning, fokuserar på syftet. Om själva användningen bedöms ha ett nytt syfte kan det enligt Fair Use Doctrine vara fråga om ett tillåtet transformativt syfte som alltså inte gör intrång i ursprungsverkets upphovsrätt. Bedömningen ter sig närsläktat med HD:s bedömning i *Alfons-fallet*. I båda bedömningarna är frågan huruvida verkets användning har samma syfte som ursprungsverket. *Alfons-fallet* har dock en mer komplex motivering till varför användningen i det fallet var att anse som tillåtet (se mer i 2.2.1).

Både Fair Use Doctrine och den svenska undantagskatalogen gör undantag för användning i samband med återgivande av dagshändelser i radio- och TV-produktioner. I Fair Use Doctrine återges dock undantaget endast som ett exempel medan URL innehåller två specifika lagrum (25 och 25 a §§) som anger undantagens rekvisit.

Användning i utbildningssyfte har tillåtits ta stor plats i såväl det svenska undantagssystemet som i Fair Use Doctrine. I 17 USC § 107, där Fair Use Doctrine endast exemplifieras, omnämns undervisning som ett undantag ett flertal gånger. Upphovsrättsliga undantag vid undervisningsändamål finns i 2 kap. URL angivna i 14, 18, 21 och 26 a §§. Begreppet undervisning definieras inte direkt i vare sig URL eller

Fair Use Doctrine.<sup>135</sup> Vid ett införande av Fair Use Doctrine i svensk upphovsrätt skulle alltså vidare bestämmelser kring undervisning och undervisningsändamål inte påverkas då en definition av begreppet i dagsläget inte återfinns i vare sig URL eller Fair Use Doctrine. Att ingen av systemen uttryckligen definierar undervisning tyder på att undervisningsändamålet, såsom syfte, inte är speciellt svårdefinierat utan att svårigheter vid undantagsbedömningen snarare uppkommer vid fråga om vilken effekt användningen får. Jag bedömer att den svenska upphovsrätten och Fair Use Doctrine avser samma typ av användningssyfte när de talar om undervisningsändamål.

Min bedömning är att ett införande av Fair Use Doctrine i svensk upphovsrätt skulle innebära att de delar av lagrum som uttryckligen behandlar upphovsrättsliga undantag då det föreligger vinstsyfte, rapportering av en dagshändelse eller undervisningsändamål skulle bli överflödiga.

#### 6.2.5.2 **Verkstyp**

Den första delen av faktorn gällande verkstyp handlar om huruvida verket i fråga är kreativt eller informativt. Denna aspekt återfinns även i URL, men med en annan disposition. Kreativitetskriteriet återfinns inte i URL:s undantagsbestämmelser utan istället till stor del i den svenska verkshöjdsbedömningen. Bestämmelser om informativa verk finns utspritt i URL, där bland annat 5 § behandlar gränsdragningen mellan verk och sammanställningar men även andra lagrum såsom 18 § om samlingsverk för användning vid undervisning som beskriver hur sammanställningar ska behandlas i specifika typer av användning. Utformningen av grundbestämmelsen i 5 § skiljer sig dock en del från den i Fair Use Doctrine. Amerikansk praxis har fastställt att det är just kreativa verk som erhåller upphovsrättsligt skydd och Fair Use Doctrine ämnar undvika att upphovsrätten används för att begränsa faktasammanställningar. 5 § URL särskiljer framförallt på det upphovsrättsliga skyddet av sammanställningen och de verk som den innehåller, även om andra stycket hindrar att sammanställningar framställs i förvärvssyfte.

Om både de svenska och de amerikanska bestämmelserna gällande verkshöjdsbedömningen skulle ingå i samma upphovsrättsliga system skulle det uppstå

---

<sup>135</sup> Vilken typ av användning och undervisning som URL syftar till återfinns i Prop. 1960:17.



en motstridighet. Därmed bör Fair Use Doctrines faktor gällande verkstyp begränsas till att inte omfatta frågan om kreativitet och faktasammanställningar.

Även om frågan om verks publiceringsstatus har fått en underordnad betydelse sedan införandet av sista stycket i 17 USC § 107 är denna aspekt fortfarande en del av Fair Use Doctrine och användning av ett opublicerat verk är mindre troligt att utgöra fair use än användning av ett publicerat. Istället för ”publicerat” används i URL begreppen offentliggjort och utgivet (se 8 § URL), beroende på vilket sätt verket publicerats på (nedan används uttrycket offentliggjort). Det är enligt svensk upphovsrätt av största vikt att verkets första offentliggörande förbehålls av upphovsmannen själv för att relevanta upphovsrättsliga undantag ska vara aktuella (se 3.1).

Kravet på att verk ska vara offentliggjorda återfinns i flera lagrum i 2 kap. URL. Exempelvis finns kravet i 12 § om exemplarframställning för privat bruk, 21 § om offentliga framföranden och 22 § om citat. Flera av undantagen i den svenska upphovsrätten är omgärdat av krav på att ursprungsverket ska vara offentliggjort för att verket ska få framställas eller tillgängliggöras för allmänheten. Dock finns det undantag såsom 14 § URL, gällande framställning av exemplar för undervisningsändamål, som inte nämner något krav att verket ska vara offentliggjort även om det är fråga om egna framföranden. I teorin kan i dagsläget en musikklass spela in ett framförande av ett opublicerat verk och sedan visa denna i undervisningsändamål. Att ett verk inte är publicerat är enligt mig en aspekt som bör omfatta samtliga typer av verk och användning och kravet lämpar sig inte i användningsspecifika bestämmelser såsom är fallet i 2 kap. URL. Det bör generellt sett inte vara tillåtet att använda opublicerade verk. Vid införandet av Fair Use Doctrine i svensk upphovsrätt skulle därmed samtliga undantagsbestämmelser med fördel omfattas av frågan om publiceringsstatus.

Definitionen av publiceringsstatus tycks vara densamma i svensk upphovsrätt och Fair Use Doctrine. Därmed skulle den del av lagrum i 2 kap. URL som omfattar begreppen offentliggjort och utgivet (såsom 12, 18 och 21 §§) bli överflödiga.

### 6.2.5.3 **Kopieringsomfång**

De svenska upphovsrättsliga undantagen och Fair Use Doctrine behandlar stundvis mängden kopierat material på ett likartat sätt. I 22 § URL gällande citat står det att användare endast får citera verk i den omfattning som motiveras av ändamålet. Just omfattningen av återgivningen av ett ursprungsverk återfinns även i 26, 26 a och 26 e §§. Enligt den tredje faktorn i Fair Use Doctrine ska intrångsbedömningen se till proportionen mellan det använda materialet och ursprungsverkets omfattning. Både Fair Use Doctrine och de svenska undantagen tar hänsyn till om det faktiskt är själva kärnan i ursprungsverket som är använt. 17 USC § 107 uttrycker ordagrant att frågan huruvida själva kärnan är återgiven ska vara en del av bedömningen av fair use och i Sverige ger praxis detsamma (se bedömningen i *Demonstrationsmusik-fallet* i 2.2).

Därmed är båda undantagssystemen till stor del i paritet vad gäller kopieringsomfånget, men det finns små skillnader. Visserligen skulle bestämmelserna i 22, 26, 26 a och 26 e §§ kunna begränsas men paragraferna föreskriver olika aspekter kring omfattningsfrågan där exempelvis 26 § talar om omfattning som motiveras av ändamålet medan 26 a § talar om ändamålet med redogörelsen och 26 e § ändamålet med tillsynen. Jag bedömer att skillnaderna i laglydelse skulle kunna kompliceras av ett införande av ett allmänt undantag. Lagrummen bör behålla bestämmelserna om omfattningsfrågan i ett förtydligande syfte jämte ett generellt allmänt undantag.

### 6.2.5.4 **Marknadseffekt**

Den finns ingen direkt motsvarighet till den fjärde faktorn i Fair Use Doctrine i svensk upphovsrätt. Att se till en användnings både nuvarande och framtida marknadseffekt är, som nämnts ovan, förknippat med en rad problem. Förutsebarheten i framtida marknader kommer självklart alltid att vara förknippad med okända faktorer. Jag håller med de amerikanska domstolarna att denna faktor dock är vital vid en intrångsbedömning och jag anser att denna synvinkel skulle lämpa sig bra även i URL. Förespråkare av Fair Use Doctrine har på senare tid tenderat att basera behovet på den flexibilitet som principen erbjuder och jag anser att svensk rätt med fördel kan tänka i samma banor för att anpassa svensk upphovsrätt till ny teknik och nya marknader. Den fjärde faktorn påvisar den efterfrågade flexibiliteten och framhåller vikten av att även se till många

bedömningsfaktorer. Genom att se till marknadens förändring kan domstolar se till marknadens behov och effekterna av användning.

Jag anser att svensk rätt ser för lite till effekten av användning av upphovsskyddat material och införandet av en bedömningsfaktor som ser till användningens effekt på både nuvarande och framtida marknader skulle ge domstolarna ett bra verktyg och motverka denna brist. Den principiella effekten av att ta hänsyn till användningens effekt behandlas nedan (se 6.2.8).

### 6.2.6 Parodi och satir

Både det svenska undantagssystemet och Fair Use Doctrine har valt att särskilja parodi och satir från övriga upphovsrättsliga användningstyper. Både Fair Use Doctrine och svensk upphovsrätt ser till huruvida verket upplevs som någonting nytt. Båda menar att utgångspunkten är att parodi och satir ska anses vara en tillåten typ av användning som inte gör intrång i ursprungsverket. I båda rättssystemen föreligger det krav på att syftet med användning (som nämnts ovan i 6.2.5.1) ska vara annorlunda mot ursprungsverkets syfte och att verket ska upplevas som något nytt som inte utgörs av obetydliga förändringar i framställningen. Fair Use Doctrine särskiljer dock på parodi och satir på ett sätt som inte förekommer i Sverige där inte ens själva definitionen av parodi är tydlig.<sup>136</sup>

En skillnad mellan den svenska upphovsrätten och Fair Use Doctrine när det gäller intrångsbedömningen vid parodi och satir är att Fair Use Doctrines övergripande, generella regler är en del av bedömningen. Det innebär att samtliga av de fyra faktorerna i Fair Use Doctrine ska beaktas vid bedömningen av parodi och satir medan den svenska praxisgrundade principen i *Alfons-fallet* (NJA 2005 s. 905) gav en del vägledning vad gäller vad som utgör användning men lämnar mycket osagt om intrångsbedömningen. *Alfons-fallet* med dess fokus på främmande syfte, främmande sammanhang och ett förvrängt bärande element tillåter inte alls samma typ av omfattande bedömning som Fair Use Doctrines alla fyra faktorer; användningens natur, verkstyp, kopieringsomfång och marknadseffekt. Med fördel kan därmed Fair Use Doctrine ta in fler aspekter och bättre avgöra fallen in casu, något som båda system menar är nödvändigt, och ta hänsyn till fler omständigheter än svensk upphovsrätt. Exempelvis tillåter Fair Use Doctrine domstolarna

---

<sup>136</sup> NJA 2005 s. 905 (*Alfons-fallet*)

att titta på vilken typ av ekonomisk skada en parodi kan åsamka ett ursprungsverk på den aktuella och potentiella marknaden, en bedömning som inte görs av de svenska domstolarna (se 6.2.5.4).

Då de svenska upphovsrättsliga bestämmelserna om parodi och satir inte är uttryckta i lagtext utan i praxis innebär en applicering av motsvarande bestämmelser i Fair Use Doctrine inga direkta praktiska svårigheter. Övergången till att applicera Fair Use Doctrines principer om parodi och satir skulle kunna göras enkom genom praxis och skulle antagligen kunna genomföras förhållandevis smidigt i samband med övriga ändringar som är nödvändiga vid införandet av ett generellt undantag i svensk upphovsrätt.

### **6.2.7 Musikbranschernas sedvana**

Det finns både likheter och skillnader mellan den svenska och den amerikanska musikbranschen, vilket beror både på sedvana och juridiska förutsättningar. Den amerikanska marknaden är mer beroende av avancerade och omfattande avtal då rättigheterna inte omfattas av lika täckande lagstiftning med lika stor förutsebarhet. I USA finns ju inga avtalslicenser och det finns konkurrerande branschorganisationer, alla med olika avtal.

Både den svenska och amerikanska musikbranschen har utvecklat ersättningssystem tänkta att ge kompensation för en del av de ekonomiska förlusterna som privat- och piratkopiering resulterar i. Såväl den svenska som den amerikanska musikbranschen löser den absoluta majoriteten av tvister i skiljedomstolar (se 2.2).

Gällande upphovsrättsliga undantag tar svensk rätt inte någon direkt hänsyn till sedvana. Istället innehåller URL bestämmelser som beror av god sed, vilket inte är detsamma som sedvana (se 3.6). Rätten tar alltså inte hänsyn till de rutiner som utvecklats i branschen i tillräcklig omfattning. På ett sätt innebär detta att gamla ineffektiva tillvägagångssätt kan förändras, men samtidigt tar inte rätten tillräckligt tillvara på kunskap som utvecklas i branscher. Genom att införa Fair Use Doctrine i svensk rätt skulle domstolarna ges en möjlighet att till större utsträckning ta hänsyn till sedvanan och inte bara se den som en ledstjärna vid bedömmandet av god sed.

Skillnader i sedvana mellan den svenska och amerikanska musikbranschen är inget hinder för en implementering av Fair Use Doctrine i svensk upphovsrätt. Jag anser att ett införande av en bestämmelse lik Fair Use Doctrine i svensk upphovsrätt skulle gynna upphovsrätten och skapa större förutsebarhet för såväl användare och rättighetshavare i den svenska musikbranschen som är väl insatta i musikbranschens sedvana.

### **6.2.8 Syfte kontra effekt**

Fair Use Doctrine ser till såväl syfte med användning av upphovsskyddade verk som dess effekt. Framförallt reflekteras denna mångsidighet i den första faktorn som ser till användningens syfte (se 5.4.2) respektive den fjärde som ser till användningens marknadseffekt (se 5.4.5).

Att se till effekten i Fair Use Doctrines mening innebär att domstolarna ser till vilken effekt den aktuella användningen hade och även vilken effekt den skulle kunna få i framtiden. Båda aspekterna resulterar i låg förutsebarhet. Ofta är det svårt att förutse vilken framtida effekt användning kommer ha på en marknad och när dessutom användare själva ska beräkna hur framtida marknader kommer se ut, något som är svårt även för domstolar och rättighetshavare, kan det komma att bli en väldigt godtycklig uppskattning.

Svenska upphovsrättsliga undantag ser inte till effekten av användning. Istället ser undantagsbestämmelserna ofta till syftet med användningen. Exempelvis kan användning vara tillåten då syftet med användning är att en exemplarframställning ska göras i privat bruk (12 § URL) eller om det föreligger ett undervisnings- (14, 18, 21 §§) eller vinstsyfte (exempelvis 21 § 1 st.). Att se till syftet bidrar med en högre förutsebarhet men bedömningen av vilket syfte som föreligger är även den förknippad med en rad svårigheter. Det är svårt att bedöma den subjektiva avsikten med användning då det till exempel kan föreligga flera, parallella syften.

Att se till effekten av användning snarare än dess syfte innebär att intrångsbedömningen blir mer fokuserad på den faktiska skadan. Enligt mig är det en mer precis och logisk bedömning som liknar den svenska skadeståndsrätten. Att låta bedömningen kretsa kring huruvida det exempelvis förelåg ett undervisningssyfte eller inte vid användning av upphovsskyddade verk anser jag är fel. Fokus bör ligga på om någon part i den balans som utgör grunden i upphovsrätten mellan rättighetshavaren och samhället har lidit skada

på grund av användningen. Att införa ett allmänt undantag likt Fair Use Doctrine i svensk upphovsrätt skulle innebära ett tillförande av ett nyttigt instrument där svenska domstolar skulle ges en möjlighet att se till vilken effekt användning har haft och därmed genomföra intrångsbedömningen utan att vara allt för fokuserade på de subjektiva avsikterna hos användaren.

## **6.3 Förutsättningar för ett svenskt fair use**

### **6.3.1 De svenska tendenserna till öppna normer**

Enligt Levin svävar en ande av trestegsregelns allmänna skälighetsbedömning över 2 kap. URL. Hon menar alltså att det finns indikationer på att svensk upphovsrätt redan idag har någon typ av generellt tolkningsinstrument genom implementerad EU-lagstiftning.<sup>137</sup> Aufderheide och Jaszi har dessutom i den publikation som nämnts ovan (se 4.3.2) valt att ta med 22 § URL, gällande citat, som ett exempel på att det i nordisk rätt förekommer öppna tolkningsnormer. Aufderheide och Jaszi menar att 22 § bidrar med en abstrakt bestämmelse som lämnar mycket i intrångsbedömningen öppet för domstolarna.<sup>138</sup> Tendenserna, som alltså återfinns i 2 kap. URL såväl som genom influenser av EU-lagstiftning och som uppmärksammas av både svensk som utländsk doktrin, påvisar att det i dagsläget redan bör finnas möjlighet att, om än i mycket begränsad form, utnyttja generella undantagsinstrument i svensk upphovsrätt.

Som nämnts ovan tenderar den svenska upphovsrättens avtal att bli mer detaljrika och blir därmed lik den anglosaxiska avtalstraditionen (se 4.1). Att införa ett fair use-undantag i svensk upphovsrätt skulle inte bara vara ett naturligt steg i samma riktning som avtalsutvecklingen utan även vara ett behövligt inomobligatoriskt verktyg som behövs för att använda sig av omfattande avtal. Om avtalsparterna ska kunna utforma specifika bestämmelser behövs ett allmänt utformat undantagssystem och omfattande avtal torde vara onödigt i en specifikt utformad upphovsrättslig undantagsmiljö där det lämnas för lite rum för flexibilitet. Vidare ter det sig endast logiskt att använda sig av liknande upphovsrättsliga grundprinciper vid användandet av likartade avtalsstrukturer.

---

<sup>137</sup> Levin, s. 194.

<sup>138</sup> Aufderheide & Jaszi, s. 15.

## 6.3.2 Principiella hinder för ett svenskt fair use

### 6.3.2.1 *Skillnaden i rättsliga miljöer*

Skillnaderna mellan det svenska och det amerikanska rättssystemet är, vad gäller upphovsrätt och då främst musikaliska verk, svåra att studera då det flesta tvister och därmed juridiska avgränsningar görs i skiljedomstolar. De svenska upphovsrättsliga undantagen och Fair Use Doctrine har utvecklats i olika miljöer med olika motiv och, även om båda systemen vad gäller upphovsrättsliga undantag fokuserar på en avvägning mellan allmännyttan och privata intressen, finns det i det amerikanska systemet ett större fokus på kommersialism. Huruvida kommersialism är rätt eller fel resulterar i en rent politisk frågeställning och det är antagligen omöjligt att svara på frågan på ett juridiskt plan. Det som kan konstateras är att Fair Use Doctrine med största sannolikhet resulterar i en miljö som ser mer till de kommersiella aktörerna än privata användare. En indikator på detta är de amerikanska domstolarnas numer tenderar att fokusera på den rent kommersiella effekten som bortser från huruvida aktören är kommersiell. Därmed kan kommersiella aktörer tillåtas användning av upphovsskyddat material om de förmedlar att själva användningen i sig inte används i ett vinstsyfte. Denna gränsdragning måste stundvis bli mycket svår.

Bristen på förutsebarhet som Fair Use Doctrine innebär (se 6.2.8) kan enligt mig även ha positiva effekter. Bristen på förutsebarhet gör det svårare att systematisera jakten på upphovsrättsligt intrång. Även om svensk skadeståndsrätt skiljer sig markant från den amerikanska vad gäller omfattning kan det med tiden bli allt vanligare att företag lägger allt mer resurser på att inbringa skadestånd för intrång i deras upphovsrättsligt skyddade produkter. Jag anser att det är fel fokus och att intrångsbedömningen är en så pass avancerad process att denna grad av förutsebarhet antagligen innebär att regleringen är för precis och att fall därmed inte längre bedöms in casu i tillräcklig omfattning.

### 6.3.2.2 *De svenska domstolarnas roll*

För att implementera ett upphovsrättsligt undantagsinstrument likt Fair Use Doctrine krävs det att utformningen av en sådan princip lämnas till domstolarna. Då det svenska rättssystemet inte tillämpar *common law* kan det bli ett problem. Praxis måste tillåtas både stort utrymme att utforma principer och domarna måste ges stor vikt. Trots att de

svenska domstolarna redan i dagsläget utformar tillämpningen av lagstadgade principer är Fair Use Doctrine en princip som inte är baserad i lagtext. En princip lik Fair Use Doctrine ter sig behöva utrymme att utformas till stor del utanför lagtext.

Rosén har uppmärksammat att HD har avvisat möjligheten att intolka vidgade begränsningar annat än om användningen utgörs av en helt atypisk situation. HD menar att det är upp till lagstiftaren att ta ställning till hur upphovsmannens förfoganderätt ska begränsas.<sup>139</sup> HD:s avvisning är dock grundad på den nuvarande lagstiftningen. Min bedömning är att HD:s begränsade vilja att utnyttja svängrum inom upphovsrättens undantag skulle förändras vid ett införande av en allmän undantagsprincip med en tydlig öppenhet för in casu-bedömningar.

## 6.4 Fair Use Doctrine som utgångspunkt

### 6.4.1 Allmänt

Att det på EU-nivå redan gjorts försök att upprätta harmoniserade bestämmelser för upphovsrättsliga undantag tyder på att en önskan om ett övergripande allmänt undantag redan finns i många rättssystem. Att försöket blev just ett försök, och ett misslyckat sådant, visar att det finns en rad problem som måste redas ut innan en uttömmande undantagskatalog frångås. Att de svenska domstolarna uttryckligt meddelat att de inte önskar att skapa den typ av omfattande praxis som krävs för att skapa och upprätthålla en allmän upphovsrättslig undantagsprincip innebär att det dessutom krävs en förändring i de svenska domstolarna för att införa en princip i stil med Fair Use Doctrine (se 6.3.2.2). Domstolarna måste vara villiga att utforma den praxis som är nödvändig för att fördelarna med ett allmänt upphovsrättsligt undantag uppenbaras.

Fair Use Doctrine är väl lämpat som upphovsrättsligt instrument när det gäller musikaliska verk. Redan i det inledande stycket i 17 USC § 107 skrivs fonogram som ett exempel på principens mål. Att den amerikanska musikmarknaden använder sig av principen och samtidigt har världens största musikmarknad<sup>140</sup> visar även på att Fair Use Doctrine bör vara väl tillämpad för en global musikindustri. Dessutom påvisar *A&M*

---

<sup>139</sup> Rosén, s. 135.

<sup>140</sup> International Federation of the Phonographic Industry, 2007.



*Records, Inc. v. Napster, Inc.* (se 5.6) att Fair Use Doctrine fungerar väl vid tillämpande på användning genom ny teknik.

Lösningen består enligt mig av två delar. Först ska Fair Use Doctrine endast ses som en utgångspunkt som måste modifieras för att passa in i den svenska upphovsrätten. En rad lagrum i 2 kap. URL kan sedan, efter en modifikation av Fair Use Doctrine, tas bort (se 6.5.3). Därefter behöver ett allmänt undantag i svensk upphovsrätt ha en delvis annan funktion än vad Fair Use Doctrine har i USA. Såsom Senftleben och Hugenholtz observerat kan många av fördelarna med allmänna undantag uppnås genom att införas parallellt med specifika undantag.<sup>141</sup> För att tillgodose de snabbt föränderliga förutsättningarna för upphovsrätten bör enligt mig ett allmänt upphovsrättsligt undantag införas som en generalklausul i 2 kap. URL. Likt den tendens till generalitet som redan uppvisats i 22 § i URL, gällande citat, skulle denna generalklausul kunna bidra till den flexibilitet som är nödvändig i modern upphovsrätt. På detta sätt skulle det svenska rättssystemet dra fördelarna av både den förutsebara undantagskatalogen såväl som det flexibla allmänna undantaget. Fair Use Doctrine är i USA ett system som inte omfattar samtliga undantag som återfinns i den amerikanska upphovsrätten. Då det redan finns undantag som det i AHRA (se punkt 6.2.2) fungerar Fair Use Doctrine redan nu i USA som en allmän regel som är tänkt att kompletteras med andra mer specifika undantag.

För att införa ett allmänt upphovsrättsligt undantag på EU-rättslig nivå krävs ett omfattande internationellt samarbete som jag inte tror är genomförbart i dagsläget. Den svenska lagstiftaren måste genomföra en sådan förändring på nationell nivå genom den behörighet som Sverige har inom de EU-rättsliga ramarna.

#### **6.4.2 De tre alternativa faktorerna**

De tre alternativa frågorna som utformats av Aufderheide och Jaszi (se 5.5) är en strömlinjeformad variant av de fyra bedömningsfaktorerna som även tar hänsyn till den aktuella branschens sedvana. Den svenska musikbranschen har utformats med en mängd fungerande sedvanor och använder sig av kringliggande väl fungerande system såsom avtalslicenser. Att låta lagstiftning använda sig av denna branschpraxis i större

---

<sup>141</sup> Senftleben & Hugenholtz, s. 29.

utsträckning än i dagsläget vore inte mer än logiskt och skulle effektivisera den ofta svåra in casu-bedömningen.

Även om denna strömlinjeformade utformning innebär att förutsebarheten blir tydligare anser jag att denna lydelse inte bör lagstadgas. De fyra faktorerna utgör grunden för Fair Use Doctrine och att förändra dem innebär att principen inte utgör en lika välbeprövad grund att utgå ifrån. Självklart kan den alternativa formuleringen hjälpa upphovsrättsliga intressenter att förutse vilken typ av användning som bör utgöra intrång i domstolarnas mening, men en implementering i svensk rätt kan komma att resultera i oförutsedda bedömningar. Hänsyn till sedvana kan tas av domstolarna även om det inte uttryckligen anges i lagrummet. Exempelvis kan det hända att vissa typer av branschens sedvana, såsom musikbranschens, kan komma att erkännas en implementering i intrångsbedömningen medan andra branscher inte får det. Denna bredd och möjlighet till anpassning är just fördelen med en allmän princip av detta slag.

## **6.5 De lege ferenda**

### **6.5.1 Allmänt**

Vid utformningen av en svensk upphovsrättslig allmän undantagsprincip skulle lagstiftaren med fördel kunna utgå från 17 USC § 107. De bestämmelser i URL och Fair Use Doctrine som är liknande men inte identiska bör behandlas så att de ursprungliga bestämmelserna i URL prioriteras och sedermera tas bort från den allmänna principen. Om bestämmelserna däremot är identiska bör Fair Use Doctrines bestämmelser prioriteras då det bidrar till både överskådlighet och användbarhet.

### **6.5.2 Nödvändiga modifieringar av Fair Use Doctrine**

17 USC § 107 hänvisar till de ekonomiska respektive de ideella rättigheterna i §§ 106 och 106A (se 6.2.3). Vid ett införande av principen i 2 kap. URL behöver denna hänvisning istället göras till motsvarande bestämmelse i 1 kap. URL.

Fair Use Doctrines andra bedömningsfaktor gällande verkstyp innehåller en avgränsning mellan kreativa verk och faktasammanställningar som lätt kan förväxlas med frågan om verkshöjd (se 6.2.5.2). För att förhindra oklarhet skulle en modifiering av den andra

bedömningsfaktorn vara nödvändig. Genom att istället formulera principen till att endast uttrycka att rena faktasammanställningar inte omfattas av användningsskyddet kan den svenska verkshöjdsbedömningen kvarstå intakt. Det är även viktigt att bestämmelsen inte inkräktar på angivelserna i 5 § URL gällande litterära och konstnärliga sammanställningar. Förändringen av den andra bedömningsfaktorn får dock göras i svensk praxis och kommer inte påverka ordalydelsen i de lege ferenda-angivelsen nedan (se 6.5.4).

Fair Use Doctrine talar ofta om ”*commercial use*”. Som konstaterats ovan (se 5.4.2.1) avser begreppet snarare vinstsyfte, i svensk mening. I URL används emellertid inte vinstsyfte utan istället förvärvssyfte. För att harmonisera Fair Use Doctrine med svensk rätt och utforma ett väl fungerande allmänt undantag skulle därför första faktorn behöva skrivas om till att avse förvärvssyfte istället för kommersiell användning.

Benämningen av fonogram som görs i 17 USC § 107 påvisar visserligen Fair Use Doctrines lämplighet som instrument vad gäller bedömningsfrågor gällande musikaliska verk (se 6.4.1) men jag finner ingen anledning till att införa denna bestämmelse i en svensk allmän upphovsrättslig undantagsbestämmelse. Det finns redan specifika bestämmelser och exempel i undantagskatalogen som behandlar musikaliska verk.

17 USC § 107 stipulerar i första stycket ett exempel som behandlar exemplarframställning. Bestämmelserna i svensk upphovsrätt gällande exemplarframställning för privat bruk är mycket utarbetade och det finns i svensk rätt inget behov att ha ett förtydligande exempel i ett allmänt undantag då 12 § redan fullt ut stipulerar specifika bestämmelser gällande undantaget.

### **6.5.3 Överflödiga lagrum i URL**

Det finns en rad gemensamma nämnare för de två undantagsbestämmelserna som återfinns i 2 kap. URL och Fair Use Doctrine. De delar av lagrummen i 2 kap. URL som omnämner förvärvssyfte (18 och 21 §§), undervisningsändamål (14, 18 och 21 och 26 a §§), och dagshändelserapportering (23 och 25 §§) kan tas bort vid införande av ett allmänt upphovsrättsligt undantag baserat på Fair Use Doctrine och anpassat till svensk upphovsrätt (se 6.2.5.1). De delar av bestämmelser i 2 kap. som innefattar frågan om huruvida verk är offentliggjorda blir även de överflödiga vid införandet av en

generalklausul lik Fair Use Doctrine och 12, 18 och 21 §§ skulle därmed till viss del behöva skrivas om.

#### **6.5.4 Förslag på lydelse**

Utan hinder av bestämmelserna i 1 kap. ska rimlig användning av ett upphovsrättsligt skyddat verk i syfte att användas till bland annat kritik, kommentarer, återgivande av dagshändelse, undervisning, stipendier eller forskning, inte utgöra ett intrång i upphovsrätten. Bedömningen av huruvida användningen av ett verk i enskilda fall är rimlig skall omfatta huruvida

1. syftet med användningen, inbegripet om en sådan användning sker i förvärvssyfte eller för utbildningsändamål,
2. verkets natur,
3. mängden och substansen av den del av verket som använts i förhållande till verket i dess helhet, samt
4. effekten av användningen på den potentiella marknaden eller värdet på verket.

Det faktum att ett verk är opublicerat ska inte förhindra att användning kan anses som rimlig förutsatt att bedömningen görs med beaktande av samtliga ovanstående faktorer.

#### **6.5.5 Kritik av förslag på lydelse**

Lydelseförslaget ovan tar endast hänsyn till de parametrar som behandlats i denna uppsats. Självklart finns det aspekter vid utformandet av denna de lege ferenda-formulering som jag inte har tagit hänsyn till. Att införa en generalklausul i 2 kap. URL skulle exempelvis kunna innebära att definitioner skulle behöva vidgas och att närliggande lagstiftning skulle bli diffus. Lydelseförslaget ska därför endast ses som ett försök att påvisa hur en generalklausul gällande upphovsrättsliga undantag skulle kunna utformas, vilka begrepp som skulle kunna inkluderas och som en utgångspunkt för vidare diskussion.

## 7 Slutsats

På grund av den snabba tekniska utvecklingen behövs det ett allmänt undantag i svensk upphovsrätt vad gäller musikaliska verk. Uppsatsen konstaterar att Fair Use Doctrine lämpar sig väl som utgångspunkt för ett allmänt undantag, men både principen och den svenska undantagskatalogen behöver anpassas beroende på de principiella skillnaderna mellan det svenska och amerikanska rättssystemet, innan den implementeras i svensk upphovsrätt. Anpassningen behövs för att undvika motsägande, förvirrande eller upprepande lagrum. Genom att forma Fair Use Doctrine till att fungera som en parallell till undantagskatalogen kan svensk upphovsrätt åtnjuta den flexibilitet som behövs för modern upphovsrättslagstiftning samtidigt som mycket av tydligheten och förutsebarheten bevaras.

Det svenska rättssystemet uppvisar tendenser till acceptans av öppna normer och den svenska avtalslicensen verkar fungera väl med ett allmänt undantag i svensk upphovsrätt. Tendenserna tyder på att svensk rätt bör kunna tillämpa ett allmänt upphovsrättsligt undantag och att undantaget ligger i linje med övrig lagstiftning. Dock finns det en ovilja bland domstolarna att skapa praxis gällande de upphovsrättsliga undantagen, ett hinder som enligt mig upplöses när domstolarna får ett bedömningsinstrument likt Fair Use Doctrine.

Det allmänna undantaget bör således införas som en generalklausul i 2 kap. URL. Delar av flera lagrum i URL:s 2 kap. skulle vid denna implementering bli överflödiga och kunna tas bort vilket skulle resultera i en mer lättöverskådlig URL. Aufderheide och Jaszis tre alternativa faktorer lämpar sig väl som utgångspunkt för användare och rättighetshavare men bör inte lagstadgas då det lär resultera i alltför låg förutsebarhet.

Sammanfattningsvis finns det en brist i den svenska upphovsrättens undantag då de saknar flexibilitet och anpassning till det tekniskt avancerade samhälle vi lever i. Denna brist går enligt mig att åtgärda genom att införa ett generellt upphovsrättsligt undantag, vilket är ett alternativ som bör studeras i ett framtida utredningsbetänkande.

# Källförteckning

## Offentligt tryck

SOU 2011:32 "*En ny upphovsrättslag*".

Prop 1992/93:214 "*Regeringens proposition 2004/05:110 om ändringar i upphovsrättslagen*".

Prop 2004/05:110 "*Regeringens proposition 2004/05:110 - Upphovsrätten i informationssamhället - genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.*"

## Domstolar

### Sverige

NJA 1984 s. 304.

NJA 1986 s. 702.

NJA 2000 s. 292.

NJA 2002 s. 178.

NJA 2005 s. 905.

### EU

Mål C-128/11, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*

### USA

*Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342, 344 (C.C.D. Mass. 1841).

*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994).

*A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* 114 F. Supp. 2d 896, 912 (N.D. Cal. 2000).

*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d 605, 608–09 (2d Cir. 2006).

## Litteratur

Aufderheide, P., & Jaszi, P. (2011). *Reclaiming Fair Use*. Chicago: The University of Chicago Press.

- Bernitz, U., Karnell, G., Pehrson, L. & Sandgren, C. (2007). *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (10 uppl.). Vällingby: Jure.
- Carroll, M. W. (2007). Fixing Fair Use. *North Carolina Law Review* 85, no. 4, 1087-1154.
- D'Agostino, G. (2010). *Copyright, Contracts, Creators - New Media, New Rules*. Cheltenham, Storbritannien: Edward Elgar Publishing.
- Forsman, M. (2011). *Internetpublicering och sociala medier* (4:3 uppl.). Sverige: Norstedts Juridik.
- Hargreaves, I. (2011). *Digital Opportunity - A Review of Intellectual Property and Growth*. Intellectual Property Office. Storbritannien: Intellectual Property Office.
- Kemp, E., Natesan, C., & Borders, L. (November 2011). Copyright liability and performing rights organizations in the United States and India: A comparative analysis. *Journal of Emerging Knowledge on Emerging Markets, III*, 343-359.
- Levin, M. (2011). *Lärobok i immaterialrätt* (10 uppl.). Vällingby: Norstedts Juridik.
- Mazzone, J. (2011). *Copyfraud and other abuses of intellectual property law*. Stanford, Kalifornien, USA: Stanford Law Books.
- Nordell, P. J. (1993). Det upphovsrättsliga skapandets villkor i tider av digital teknik. i G. Karnell (Red.), *Digitalisering och upphovsrätt* (ss. 27-41). Stockholm: Juristförlaget JF.
- Olsson, H. (2006). *Copyright - Svensk och internationell upphovsrätt* (7 uppl.). Stockholm: Norstedts Juridik.
- Rosén, J. (2006). *Upphovsrättens avtal* (3 uppl.). Stockholm: Norstedts Juridik.
- Sag, M. (2012). Predicting Fair Use. *Ohio State Law Journal*, 73:1, 47-91.
- Samuelson, P. (den 1 januari 2008). *Unbundling Fair Uses*. Hämtat från 77 Fordham L. Rev. 2537: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1521> den 10 Januari 2013
- Schollin, K. (2008). *Digital Rights Management - The New Copyright*. Stockholm: Jure Förlag.

Senftleben, M., & Hugenholtz, P. (2011). *Fair Use in Europe. In search of flexibilities.*

Hämtat från

<http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/Fair%20Use%20Report%20PUB.pdf>

Sloan Coats, W., Feeman, V. L., Given, J. G., & Rafter, H. D. (2000). Streaming into the Future: Music and Video. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review Law*, 285-308.

Stannow, H., & Hillerström, H. (2010). *MusikJuridik* (4:e uppl.). Stockholm: CKM Förlag.

Söderberg, J. (2008). *Allt mitt är ditt*. Falun: Bokförlaget Atlas.

## Internetkällor

International Federation of the Phonographic Industry. (maj 2007). *Music Market Data 2006*. Hämtat från ifpi.org:

<http://sbmebcse01/?cfru=aHR0cDovL3d3dy5pZnBpLm9yZy9jb250ZW50L2xpYnJhcnkvbXVzaWMIjBtYXJrZXQIMjBzYWxlcyUyMGRhdGEIMjAyMDA2LnBkZg==> den 5 januari 2013

Sag, M. (2011). *The Pre-History of Fair Use*. Hämtat från

[http://ecommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1157&context=law\\_facpubs&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.se%2Fscholar%3Fstart%3D10%26q%3Dfair%2Buse%26hl%3Dsv%26as\\_sdt%3D0%26as\\_ylo%3D2008#search=%22fair%20use%22](http://ecommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1157&context=law_facpubs&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.se%2Fscholar%3Fstart%3D10%26q%3Dfair%2Buse%26hl%3Dsv%26as_sdt%3D0%26as_ylo%3D2008#search=%22fair%20use%22)