

Lov & Data er et nordisk tidsskrift for rettsinformatikk og utgis av

Lovdata  
Postboks 6688 St. Olavs plass  
NO-0129 Oslo, Norge  
Tlf.: +47 23 11 83 00  
E-post: lovogdata@lovdata.no  
Nettside: www.lod.lovdata.no  
Alias: www.lovogdata.no  
www.lawanddata.no

Lovdata forbeholder seg rett til å bruke artikler og domsreferater i Lovdatas elektroniske systemer.

**Ansvarlig redaktør** er Sara Habberstad, advokat, VP Legal & Compliance i LINK Mobility Group.

**Medredaktør** er Trine Shil Kristiansen, rettsinformatiker, Lovdata.

**Redaktør** for Danmark er Tue Goldschmieding, partner i firmaet Gorrissen Federspiel, København.

**Redaktør** for Sverige er Daniel Westman, uavhengig rådgiver og forsker.

**Redaktør** for Finland er Viveca Still, senior ministerial adviser, legal affairs, at Ministry of Finance.

**Fast spaltist** er Halvor Manshaus, partner i advokatfirmaet Schjødt.

Elektronisk: ISSN 1503-8289  
Utkommer med 4 nummer pr. år.

Lov & Data er medlemsblad for foreningene Norsk forening for Jus og EDB, Dansk forening for Persondataret, Danske IT-advokater, Svenska föreningen för IT och juridik (SIJU) og Finnish IT Law Association.

Fra 2024 er Lov & Data kun tilgjengelig på nett, lod.lovdata.no.

Lov  
& Data

Layout: Aksell AS

# Leder

## Pelham II-domen: Har EU-domstolen räddat internetkulturen?

En klassisk opphovsrettslig spørsmål er i hvilken utstrækning delar av ett verk eller en annan skyddad prestation får bli föremål för kreativ återanvändning utan rättsinnehavarens tillstånd. I den digitala miljön är återanvändning av detta slag vanlig, exempelvis i form av samplings, mashuper, memer och fanfiction. I samband med införandet av nya skyldigheter för vissa onlineplattformar (artikel 17 i DSM-direktivet) har risken för att sådana moderna nyskapsfelaktigt ska fastna i filter som syftar till att hindra opphovsrättsinträng varit föremål för intensiv diskussion.

Den konstnärliga friheten och yttrandefriheten talar för att element från befintliga verk i viss utstrækning ska kunna användas i nyskapande. Att förhålla sig till tidigare skapande är en viktig del av de flesta skapandeprocesser. En oinskränkt frihet att använda sig av andras verk när något nytt skapas skulle emellertid göra den opphovsrättsliga ensamrätten innehållslös.

EU-domstolens nyligen avkunnade dom i mål C-590/23 (Pelham II) tydliggör – tillsammans med tidigare domar från domstolen – de unionsrättsliga ramarna för kreativ återanvändning av element från skyddade prestationer. Målet rörde tolkningen av artikel 5.3 k i det s.k. infosoc-di-



Daniel Westman

rektivet (direktiv 2001/29/EG). Denna bestämmelse tillåter att medlemsstaterna inför inskränkningar i ensamrätten för «användning i karikatyr-, parodi- eller pastischsyfte». I det nationella målet var frågan om en kort sampling av en musikinspelning kunde anses ske i pastischsyfte.

Domstolen konstaterade att begreppet pastisch inte har någon entydig innebörd i det allmänna språkbruket. Med utgångspunkt i infosoc-direktivets systematik och ändamål slog domstolen fast att begreppet i detta sammanhang avser

«skapelser som erinrar om ett eller flera befintliga verk, samtidigt som de uppvisar märkbara skillnader i förhållande till dessa verk, i syfte att med dessa verk inleda en form av konstnärlig eller kreativ dialog som är igenkännbar som sådan».

Pastischundantaget innebär sålunda inte någon generell rätt att använda andras verk i det egna skapandet. Men domstolen tycks samtidigt ha givit begreppet pastisch en vid tolkning. Domstolen hänvisar till att den konstnärliga friheten, yttrandefriheten och allmänintresset kräver en sådan tolkning.

Det centrala kriteriet är att syftet med återanvändningen ska vara att inleda en form av konstnärlig eller kreativ dialog med det använda verket. Återanvändningen måste därmed ske öppet och ta sikte på det använda verkets karakteristiska drag. Som exempel på dialog nämner EU-domstolen öppen stilistisk imitation, hyllning eller humoristisk eller kritisk bearbetning. Men även andra former av dialog kan innebära att det rör sig om en pastisch. Utanför inskränkningens tillämpningsområde faller emellertid återanvändning som innebär en dold imitation eller ett förtäckt plagiat. Karakteren av pastisch ska vara igenkännbar för någon som är förtrogen med verket och som har den intellektuella förståelsen som krävs för att uppfatta pastischen.

Hur kravet på dialog kommer att tolkas i nationell praxis återstår att se. Inget tyder dock på att kravet avser att begränsa tillämpningsområdet till etablerade kulturyttringar eller till diskussioner om viktiga samhällsfrågor. Även mer vardagliga uttrycksformer i internetkulturen, såsom memer och fanfiction, kan i många sammanhang omfattas av inskränkningen, men att så alltid är fallet går naturligtvis inte att säga.

Ett meme som saknar tillräcklig dialog med det befintliga verket kan i vissa fall istället vara tillåtet som en parodi. Av tidigare praxis från EU-domstolen (C-201/13, Deckmyn) framgår att det centrala krite-

riet för en unionsrättsligt tillåten parodi är att det ska finnas ett humoristiskt eller förlöjligande syfte – som inte nödvändigtvis behöver rikta sig mot det använda verket eller dess upphovsman.

I Pelham II-målet var alltså den underliggande frågan om en sampling av en musikinspelning var tillåten. EU-domstolen konstaterar att sampling i princip omfattas av skyddet för den konstnärliga friheten och därför kan anses utgöra en pastisch om den sker i enlighet med de krav som diskuterats ovan, dvs. bland annat har till syfte att gå i en konstnärlig eller kreativ dialog med det befintliga verket (och inspelningen av detta). Domstolens ställningstagande kan på sikt påverka den marknad för licensiering av samplings som finns i dag. Men eftersom bedömningen av vilka samplings som faktiskt utgör pastischer ofta kan vara svår (jfr t.ex. användningen av en tvåsekunders trumsekvens i det nationella målet) och eftersom licensmarknaden är internationell och inte endast beroende av europeisk rätt, är det osäkert hur stor denna påverkan kommer att bli.

” I samband med det kommande genomförandet av förslaget från Utredningen om upphovsrättens inskränkningar förväntas dock även Sverige få ett pastischundantag, som får tolkas i linje med EU-domstolens dom i Pelham II.

Eftersom EU-domstolen i sin tidigare praxis har gett ensamrätten en vid tolkning och bl.a. slagit fast att även återanvändningen av mycket små – men ändå igenkännbara – delar av ett verk utgör en exemplarframställning, är den förhållandevis vida tolkningen av begreppet pastisch välkommen. Från rättig-



Colourbox / Chat GPT

hetshavarföreträdare har det dock uttryckts en oro för att domen skulle öppna för rent snyltningsbeteende i situationer där yttrandefriheten och den konstnärliga friheten inte gör sig gällande med någon större tyngd. Det kan ses som en viktig påminnelse om att balansen mellan skyddet för det som redan är skapat och skyddet för nyskapande hela tiden måste finjusteras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.

I den svenska upphovsrättslagen finns det i dag inte något undantag för pastischer (annat än kopplat till rätten att ladda upp sådana i onlinetjänster för delning av innehåll som omfattas av artikel 17 i DSM-direktivet). Däremot anses det, i linje med de förarbetsuttalanden som gjordes i samband med upphovsrättslagens införande, finnas ett oskrivet undantag för travestier och parodier, genom att sådana skapelser anses vara självständiga verk med ett helt annat syfte. Detta trots att travestin och parodin kan innehålla synliga delar av befintliga verk. I samband med det kommande genomförandet av förslaget från Utredningen om upphovsrättens inskränkningar (SOU 2024:4) förväntas dock även Sverige få ett pastischundantag, som får tolkas i linje med EU-domstolens dom i Pelham II.

*Daniel Westman. Oberoende rådgivare och forskare. Svensk redaktör för Lov & Data.*

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Daniel Westman', is written over a light blue horizontal line.