



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Isak Åberg

Vidareförsäljning av digitala verk

En utvärdering av konsumtion av spridningsrätten i den digitala
miljön

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ulrika Wennersten

Termin för examen: HT 2014

Innehåll

Summary	1
Sammanfattning	2
Förord	3
Förkortningar	4
1 Inledning	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Metod	7
1.4 Material	9
1.5 Avgränsningar	9
1.6 Disposition	11
2 Fysiska och icke-fysiska kopior av verk	12
2.1 Den digitala utvecklingen	12
2.2 Ekvivalens och teknikneutralitet	14
2.3 Andrahandsmarknaden för fysiska och digitala verk	16
3 Konsumtionsprincipen	20
3.1 Allmänna utgångspunkter	20
3.2 Ensamrätterna	21
3.2.1 Inledning	21
3.2.2 Spridningsrätten	22
3.2.3 Rätt till överföring till allmänheten	23
3.3 Konsumtion av spridningsrätten	23
3.3.1 Konsumtion inom EU	23
3.3.2 Motiven bakom konsumtion	25
4 Internationella konventioner	28
4.1 Inledande anmärkningar	28
4.2 Bernkonventionen om skydd av litterära och konstnärliga verk	28
4.3 TRIPS	28
4.4 WIPO Copyright Treaty	29
4.5 Avslutande kommentarer	31
5 EU-rätten	32
5.1 Primärrätten	32
5.1.1 Inledande anmärkningar	32
5.1.2 Den grundläggande EU-rätten	32
5.1.3 Fri rörlighet för varor och tjänster	33
5.1.4 Likabehandlingsprincipen	40
5.1.5 Upphovsrätten och yttrandefriheten	41
5.2 Sekundärrätten	43
5.2.1 Harmonisering inom EU	43
5.2.2 Datorprogram	44
5.2.3 Övriga upphovsrättsliga verk	44
5.2.4 Direktivens inbördes förhållande	45
5.3 C-128/11 <i>Usedsoft mot Oracle</i>	46
5.3.1 Bakgrund	46

5.3.2	Generaladvokatens förslag till avgörande.....	47
5.3.3	EU-domstolens dom	48
5.3.4	Avslutande kommentarer	50
6	Analys	52
6.1	Inledning.....	52
6.2	Artikel 4 Infosoc-direktivet	52
6.3	Bakomliggande syften	53
6.3.1	Inledning	53
6.3.2	Internationella konventioner.....	54
6.3.3	Fri rörlighet för varor och tjänster	54
6.3.4	Den tekniska utvecklingen och likabehandlingsprincipen	56
6.4	Slutsats.....	58
	Käll- och litteraturförteckning.....	59
	Rättsfallsförteckning	64

Summary

Anyone who buys a book or a CD is entitled to resell the purchased copy. This rule is often known as the ‘exhaustion of the distribution right’. The digital revolution has, however, resulted in an increasing number of consumers buying copyright works online. In a 2012 judgment, the ECJ ruled that the application of the rule was not limited to physical copies of software. The judgment triggered a debate about whether the application of the rule to digital computer programs by the Court meant that the rule could also be extended to other intangible forms of copyright works. This paper intends to examine the exhaustion of the distribution right under European law and whether the rule applies to intangible copies of copyright works. This question will be analyzed in light of various international agreements, the principles of freedom of movement and equal treatment, and directives adopted in this field, mainly the Infosoc Directive.

Article 4 of the Infosoc Directive regulates exhaustion of the distribution right. The wording of the Article along with the preamble to the Directive indicates that exhaustion of the distribution right is not applicable to intangible copies of copyright works. This conclusion finds theoretical support both in the fundamental motives behind the exhaustion principle and the traditional motives behind copyright in general.

Regarding international agreements, the WCT is of high relevance to the interpretation of Article 4 of the Infosoc Directive. The prevailing view seems to be that the Convention neither restricts the extension of, nor imposes an obligation to extend, the exhaustion of the distribution right to intangible works.

Article 4 of the Infosoc Directive is also closely related to the principle of freedom of movement, given that the ECJ imposed a treaty-based principle of exhaustion long before copyright was harmonized within the EU. If the exhaustion of the distribution right was only applicable to physical works, that would result in a restriction of the free movement. For such a restriction to be acceptable, it must be justified for the protection of the rights that form the specific object of the rule in question.

The principle of equality means that courts should treat equal or comparable cases the same. The comparison of two similar situations should be assessed against the purpose of the relevant legislation. In the case *UsedSoft v Oracle*—concerning computer programs—the ECJ held that the sale of physical and non-physical copies of works, interpreted in the light of the principle of equality, is equal and should be treated as such. However, there are significant differences between computer programs and other types of copyright works. In addition, sales of physical copies of works (other than software) differ both technically and financially from the sale of these works via download on the Internet. Thus, the situations are not comparable from an equality perspective.

My conclusion is that when the exhaustion of the distribution right is interpreted in light of international agreements, the principle of free movement, and the principle of equal treatment, the right applies only to physical copies of copyright works.

Sammanfattning

Den som köper en bok eller en cd-skiva har rätt att sälja vidare den köpta kopian – rättsligt benämnt konsumtion av spridningsrätten. I takt med den digitala utvecklingen köper dock allt fler konsumenter upphovsrättsliga verk på internet. I en dom från 2012 fastslog EU-domstolen att konsumtion av spridningsrätten vad gäller datorprogram inte var begränsad till fysiska kopior. Domen framkallade en debatt huruvida konsumtionsprincipens tillämplighet på digitala datorprogram också kunde utsträckas till andra upphovsrättsliga verk. Den här uppsatsen avser att behandla konsumtion av spridningsrätten under europeisk lagstiftning och huruvida regeln är tillämplig på icke-fysiska kopior av upphovsrättsliga verk. Uppsatsens syfte utreds mot bakgrund av internationella avtal, principen om den fria rörligheten, likabehandlingsprincipen samt antagna direktiv på området, i synnerhet infoc-direktivet.

Konsumtion av spridningsrätten regleras i artikel 4 infoc-direktivet. Ordalydelsen i artikeln tillsammans med skälen i ingressen till direktivet tyder på att konsumtion av spridningsrätten inte är tillämplig på icke-fysiska kopior av upphovsrättsliga verk. Slutsatsen stöds dessutom av de grundläggande motiven bakom såväl konsumtionsprincipen som upphovsrätten generellt.

Vad gäller internationella avtal är framförallt WCT av betydelse för tolkningen av artikel 4 infoc-direktivet. Den rådande uppfattningen tycks vara att konventionen varken begränsar eller medför en skyldighet att införa konsumtion avseende icke-fysiska verk.

Artikel 4 infoc-direktivet har också ett nära samband med den fria rörligheten genom att EU-domstolen införde en fördragsgrundad konsumtionsprincip långt innan upphovsrätten harmoniserades inom EU. Vad gäller konsumtion av spridningsrätten innebär en tillämpning som begränsas till endast fysiska verk en inskränkning av den fria rörligheten. För att en sådan inskränkning ska vara godtagbar måste den vara motiverad med hänsyn till det särskilda skyddsföremålet för regeln i fråga.

Likabehandlingsprincipen innebär att lika eller jämförbara fall ska behandlas lika. Jämförelsen om huruvida två situationer är likartade ska bedömas utifrån lagstiftningens syfte. I målet *UsedSoft mot Oracle* – gällande datorprogram – uttalade EU-domstolen att tolkad mot bakgrund av likabehandlingsprincipen är försäljning av fysiska och icke-fysiska kopior likställda och ska behandlas lika. Det föreligger emellertid väsentliga skillnader mellan datorprogram och andra typer av upphovsrättsliga verk. Försäljning av fysiska kopior av verk skiljer sig såväl tekniskt som ekonomiskt från försäljning genom nedladdning på internet. Därmed är situationerna inte jämförbara ut ett likabehandlingsperspektiv.

Tolkad mot bakgrund av internationella avtal, principen om den fria rörligheten och likabehandlingsprincipen är det min slutsats att konsumtion av spridningsrätten endast är tillämplig på fysiska kopior av upphovsrättsliga verk.

Förord

Tack till min handledare Ulrika Wennersten för stöd och motivation.

Tack till Zoe Halliday för ditt engagemang samt till Hampus Wikerstål för att jag inte är arbetslös.

Förkortningar

DRM	Digital Rights Management
DS	Departementsserien
ECR	European Court Reports
FAQ	Frequently Asked Questions
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (2012) EOT C-326/01, 26 oktober 2012.
GA	Generaladvokaten
Infosoc-direktivet	Europaparlamentets och Rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
IRIS	Legal Observations of the European Audiovisual Observatory
JT	Jurdisk Tidskrift
Prop.	Proposition
TRIPS	Trade-related aspects of intellectual property rights
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Indicators
WTO	World Trade Organization

1 Inledning

1.1 Bakgrund

”Who would want to be the sucker who buys the book at full price when a week later everyone else can buy it for a penny?”¹

I takt med att konsumtionsbeteenden förändras och att konsumenter köper allt fler upphovsrättsliga verk på internet, utvecklas också nya affärsmodeller och distributionsmöjligheter. Det har följts av ett omfattande experimenterande med de juridiska ramverken kring legalt införskaffade kopior av upphovsrättsliga verk; strömmade medier och fildelning är exempel på tjänster som har växt fram under den digitala utvecklingen och som ofta opererar i legala gråzoner. Ett annat exempel är återförsäljning av begagnade digitala mediefiler, såsom musikfiler och e-böcker.²

I oktober 2011 lanserade det amerikanska företaget ReDigi en tjänst där användare kunde köpa och sälja begagnade musikfiler. Idén bakom tjänsten var att hitta en molnbaserad lösning där användare legalt kunde donera sina begagnade mediefiler som de inte längre hade användning för. Tjänsten analyserade uppladdade filers metadata för att säkerställa att musiken var lagligt nedladdad från officiella återförsäljare som iTunes eller Amazon. När musikfilen såldes vidare raderades alla kopior på säljarens dator.³ ”We’re sort of like your favorite used record store, but for digital music files” marknadsförde sig ReDigi med via sin hemsida.⁴

Initiativet sågs dock inte med blida ögon från musikindustrin som naturligtvis ville behålla kontrollen över den nya marknaden. Den amerikanska musikbranschorganisationen hävdade att den kopiering av musikfiler som tjänsten gav upphov till innebar ett intrång i deras upphovsrätt. ReDigi försvarade sig med att jämföra tjänsten med vidareförsäljning av CD-skivor, vilket var lagligt under konsumtionsprincipen.⁵ Ungefär ett halvår senare stämde företaget i amerikansk domstol av skivbolaget Capitol Records. ReDigi förlorare målet och ansågs skyldiga till upphovsrättsintrång.⁶

Ett par år senare stämde en tysk återförsäljare av digitala ljudböcker. Käranden, en tysk konsumentorganisation, hävdade att återförsäljarens villkor om att nedladdade böcker inte fick säljas vidare stred mot den tyska

¹ Författaren Scott Turow citeras i Streitfeld, David (2013), *Imagining a Swap Meet for E-Books and Music*, New York Times.

² Król Mical och Mencl Jakub (2008), *The Principle of Exhaustion of Copyright in Digital Environment*, Master of Laws in Intellectual Property - Collection of Research Papers, s. 2.

³ Sisario, Ben (2011), *Site to Resell Music Files Has Critics*, New York Times

⁴ Snickars, Pelle m.fl. (2014), *Återkopplingar*, Lund, s. 378, se också <http://www.redigi.com/site/>

⁵ Motsvarigheten till konsumtionsprincipen under amerikansk lag benämns ”First-sale doctrine”

⁶ Sisario, Ben (2013), *A Setback for Resellers of Digital Products*, New York Times och Streitfeld 2013.

upphovsrätten.⁷ Året därpå – 2014 – lanserades en holländsk tjänst som möjliggjorde för användare att legalt vidare sälja ”begagnade” e-böcker. Redan en vecka efter lanseringen stämde två utgivarorganisationer företaget och begärde att tjänsten skulle upphöra på grund av påstått upphovsrättsintrång.⁸

Att frågor om återförsäljning av digitala verk har dykt upp i nationella domstolar runtom i Europa de senaste åren är dock inte en slump. I en kontroversiell dom från 2012 fastslog EU-domstolen att konsumtion av spridningsrätten vad gäller datorprogram inte var begränsad till fysiska kopior.⁹ Det innebär att digitala versioner av datorprogram under vissa omständigheter får säljas vidare utan att rättighetsinnehavarna kan motsätta sig återförsäljningen. Den omtvistade EU-domen framkallade en debatt huruvida konsumtionsprincipens tillämplighet på digitala datorprogram också kunde utsträckas till andra upphovsrättsliga verk, såsom e-böcker eller digitala musikfiler. Medan den tyska domstolen ansåg att så inte var fallet¹⁰ beslöt tingsrätten i Amsterdam att tillåta den holländska tjänsten i väntan på förhandsbesked från EU-domstolen.¹¹

Den ovanstående redovisningen visar på den osäkerhet som föreligger kring frågan om konsumtionsprincipens tillämplighet på digitala verk. Åsikterna går isär i såväl doktrinen som i rättsväsendet. Om det under amerikansk lagstiftning förefaller som att konsumtion inte gäller digitala verk uppträder de nationella domstolarna i Europa desto mer ambivalent. Osäkerheten har inneburit att europeiska återförsäljare av digitala verk för tillfället opererar i en legal gråzon. Den här uppsatsen avser att behandla konsumtion av spridningsrätten under europeisk lagstiftning och hur den förhåller sig till den digitala utvecklingen. Min förhoppning är att ämnesvalet också kan tjäna som utgångspunkt för en mer allmän diskussion rörande hur upphovsrättsliga regler och principer förhåller sig till den omvälvande tekniska utveckling som skett de senaste decennierna.

1.2 Syfte och frågeställningar

När rättsinnehavaren placerar ett upphovsrättsligt verk på marknaden anses spridningsrätten för det aktuella exemplaret konsumerat. Det innebär att verket fritt kan överlåtas till nya användare. Rättsinnehavaren kan således inte motsätta sig att en såld bok säljs vidare. Syftet med föreliggande uppsats är att undersöka huruvida konsumtion av spridningsrätten också är tillämplig på icke-fysiska kopior av upphovsrättsliga verk.

Det bakomliggande syftet med uppsatsen kan inte utrönas utan en djupare förståelse för skillnaderna mellan traditionell försäljning av upphovsrättsliga verk (böcker, skivor osv.) och nedladdning via internet. Såväl ekonomiska som tekniska skillnader får nämligen konsekvenser för den rättsliga bedömningen. Dessa skillnader har ett dessutom ett nära samband med frå-

⁷ Linklater, Emma, Copyright (2013), *E-books distinguished from software, not exhausted*, JIPLP.

⁸ Bodewits, Joke (2014), *The reselling of second hand e-books allowed in the Netherlands*, E-Commerce Law Reports, vol. 14, issue 04, s. 10-11

⁹ Mål C-128/11, *UsedSoft GmbH mot Oracle International Corp.*, [2012] ECR. I-00000.

¹⁰ Linklater 2013.

¹¹ Bodewits 2014.

gor om likabehandling av fysiska och icke-fysiska verk och vad som i internationell doktrin har kallats ekvivalensprincipen.

All EU-rättslig lagstiftning måste tillämpas inom ramen för principen om den inre marknaden och principen om den fria rörligheten för varor och tjänster. Konsumtion av spridningsrätten har en särskild ställning inom EU-rätten eftersom den har ett nära samband med den fördragsgrundade konsumtionsprincipen som härstammar ur principen om den fria rörligheten. Det innebär att konsumtionsregeln måste fylla en plats inom den fria marknaden och att tolkningen måste göras i enlighet med den praxis som EU-domstolen har utvecklat på området.

För att uppnå det övergripande syftet har därför följande frågor ställts upp för den fortsatta framställningen:

- Vilka är de tekniska, ekonomiska och rättsliga skillnaderna mellan återförsäljning av fysiska och icke-fysiska verk?
- Hur förhåller sig likabehandlingsprincipen i förhållande till konsumtion av spridningsrätten i ljuset av dessa skillnader?
- Hur förhåller sig konsumtion av spridningsrätten till den EU-rättsliga principen om fri rörlighet för varor och tjänster?

1.3 Metod

Den huvudsakliga problemformuleringen för uppsatsen rör huruvida konsumtion av spridningsrätten är tillämplig på icke-fysiska exemplar av upphovsrättsliga verk. Metoden är således i huvudsak rättdogmatisk såtillvida att uppsatsen utgör ett försök att tolka och systematisera gällande rätt.¹² Svensk rätt på området bygger emellertid i sin helhet på direktiv antagna på EU-nivå, i synnerhet infoc-direktivet som är implementerad i den svenska upphovsrättslagstiftningen. Eftersom Sveriges medlemskap i EU förbinder Sverige att verka för en enhetlig tolkning och tillämpning av de EU-rättsliga reglerna måste man vid tolkning och systematisering av gällande rätt ta hänsyn till den särskilda rättskällevärdet inom EU.¹³ För att utreda uppsatsens frågeställningar och syfte kommer jag därmed använda mig av s.k. EU-rättslig metod.¹⁴

I den EU-rättsliga metoden är det av särskild vikt att hålla isär primär- och sekundärrätten, varav den senare måste grunda sig i den lagstiftningskompetens som unionen har getts genom primärrätten. Om en bestämmelse i sekundärrätten kan tolkas på flera sätt ger ska det ges företräde till den tolkning som leder till att bestämmelsen är förenlig med den överordnade primärrätten.¹⁵ Det är alltså viktigt att tolka och tillämpa sekundärrättsliga regler i ljuset av de grundläggande fördragen, rättighetsstadgan och andra allmänna rättsprinciper.¹⁶

¹² Peczenik, Aleksander (2005), *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005 s. 251 f

¹³ DS 2003:35 s. 73

¹⁴ Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida (2011). *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Stockholm

¹⁵ Mål C-305/05 *Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl. mot Conseil des ministres*, [2007] ECR I-05305, § 28

¹⁶ Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders (2007), *Europarättens grunder*, Stockholm, s. 180

Den centrala rättskällan i unionsrätten vid sidan av den skrivna primär- och sekundärrätten är EU-domstolens rättspraxis. Domstolen har utvecklat ett antal tolkningsprinciper som används vid tolkning av EU-rätten.¹⁷ Principerna kan också vara till hjälp för att utreda gällande rätt i tillämpningsfrågor som EU-domstolen ännu inte har avgjort, eftersom de kan ge vägledning i hur domstolen troligtvis skulle tolka den aktuella regeln. De tolkningsprinciper som jag kommer att fästa särskild vikt vid är språklig tolkning, syftestolkning och den funktionella eller teleologiska tolkningen.¹⁸ Med hänsyn till uppsatsens syfte och den sistnämnda tolkningsmetodens betydelse för EU-domstolen kommer jag lägga särskild vikt vid den teleologiska tolkningen.

Den teleologiska tolkningen kan sägas fylla tre olika syften inom unionsrätten: (1) Att främja det syfte som eftersträvas med en viss bestämmelse, (2) att motverka orimliga konsekvenser som kan bli följden av en bokstavstrogen tolkning och (3) att fylla ut luckor som annars skulle finnas i unionsrätten.¹⁹

I ett av uppsatsens avsnitt kommer jag att redogöra för generaladvokatens förslag till avgörande. Användandet motiveras dels av att domstolen i den efterföljande domen hänvisar till generaladvokatens argumentation, dels eftersom generaladvokaten uttalar sig i frågor som har direkt betydelse för uppsatsens syfte. Även om generaladvokatens uttalanden inte har något direkt rättskällevärde kan dessa få stor betydelse i praktiken och är av inspiration och hjälp för tolkning av EU-rättsliga problem.²⁰

Därtill kommer internationella överenskommelser som EU är bundna av och som har betydelse för syftet med uppsatsen. Principen är att dessa ligger mellan primärrätten och sekundärrätten i EU:s normhierarki.²¹ EU-domstolen har uttalat att av EU ingångna internationella överenskommelser i händelse av bristande överrensstämmelse har företrädare framför rättsakter som tillhör EU:s sekundärrätt.²²

Vad gäller ekonomiska teorier brukar de normalt inom det rättsdogmatiska perspektivet betraktas som en hjälpvetenskap. Med andra ord används ekonomisk teori i en mycket begränsad omfattning för att förstå effekterna och konsekvenserna av tillämpningen av en specifik regel eller som stöd för erfarenhetssatser. Ekonomiska teorier kan dock vara intressanta och fyller ett visst syfte inom EU-rätten eftersom det huvudsakliga målet med EU-fördraget är upprättandet av en inre marknad genom avvecklandet av handelsbarriärer mellan medlemsstater. Den inre marknaden grundas på marknadsekonomiska principer som fri konkurrens.²³ Därutöver har EU-domstolen uttalat att fysiska och icke-fysiska upphovsrättsliga verk är eko-

¹⁷ Bernitz/Kjellgren 2007 s. 185-186

¹⁸ Se Hettne/Otken Eriksson 2001 s. 159-170 för ytterligare läsning om EU-domstolens tolkningsmetoder.

¹⁹ Hettne/Otken Eriksson 2001 s. 168

²⁰ Hettne/Otken Eriksson 2001 s. 117-119

²¹ Mål C-327/91 *Franska republiken mot Europeiska gemenskapens kommission* [1994] ECR I-03641

²² Bernitz/Kjellgren 2007 s. 255 och Hettne/Otken Eriksson 2001 s. 186

²³ Hettne/Otken Eriksson 2001 s. 122, för ytterligare behandling av ekonomiska teorier i rättsliga sammanhang se också Dahlman, Christian, Glader, Marcus & Reidhav, David (2005). *Rättsekonomi: en introduktion*. 2. uppl., Lund, s. 9-13 och 211-213.

nomiskt jämförbara. Det påkallar att i viss mån utreda såväl ekonomiska likheter som skillnader i det hänseendet.

1.4 Material

Även om ämnesvalet är relativt smalt tangerar uppsatsens syfte och frågeställningar till flera grundläggande principer inom EU-rätten, såsom den fria rörligheten för varor och tjänster och likabehandlingsprincipen. För att utreda dessa principer i förhållande till uppsatsens syfte har jag framförallt utgått från den omfattande praxis som finns på området. Som det framgår av metodavsnittet är EU-domstolens rättsfall en central rättskälla inom EU-rätten. Därmed har rättsfallen också en fått en framträdande roll i framställningen. I den mån EU-rättsliga spörsmål inte kunnat utredas utifrån de grundläggande fördragen eller praxis har jag tagit hjälp av doktrin på området. Cooks *EU Intellectual Property Law*, Kur och Dreiers *European Intellectual Property Law* samt Trittons *Intellectual Property in Europe* är den litteratur som har haft störst betydelse för diskursen.

Konsumtion av spridningsrätten är harmoniserad inom EU genom ett antal direktiv. Grunden för den sekundärrättsliga framställningen är definitivt infosoc-direktivet, men även dataprogramdirektivet och uthyrningsdirektivet har i viss mån studerats. Härtill kommer också rättsfallet *Usedsoft mot Oracle* som egentligen behandlar konsumtion av spridningsrätten för icke-fysiska datorprogram men som har haft stor betydelse för tolkning och tillämpning av andra upphovsrätter. Vad gäller doktrin på området har förutom ovan nämnda litteratur ett antal artiklar i internationell doktrin varit behjälpliga. Av dessa har i synnerhet Król och Mencs omfattande utredning av konsumtionsprincipen i den digitala miljön haft betydelse.

I viss mån har jag också använt mig av svensk doktrin. Även om uppsatsens syfte påkallar ett beaktande av den särskilda rättskälleläran inom EU har svensk litteratur varit användbar i den mån den beskrivit grundläggande europeisk rätt eller mer generella drag i upphovsrätten. Därmed har jag valt ut ett antal ”standardverk” på området, exv. Bernitz och Kjellgrens *Europarättens grunder*, Bernitz *Immaterialrätt och otillbörlighet konkurrens*, Maunsbach och Wennerstens *Grundläggande immaterialrätt* samt Olssons *Copyright*. Svenska förarbeten har använts i begränsad utsträckning och endast i jämförande syfte.

En del av uppsatsen beskriver upphovsrätten i den digitala utvecklingen och andrahandsmarknaden för digitala verk. Avsnittet utgår från ett antal ”icke-juridiska” källor, såsom rapporter från WIPO och EU samt artiklar i medie- och kommunikationskunskap och ekonomi. Syftet med materialet är att bidra till förståelsen för den verklighet som upphovsrätten verkar i. Förståelsen är särskilt viktig för besvarandet av den första frågeställningen.

1.5 Avgränsningar

Eftersom uppsatsen utgår från EU-rätt har jag inte valt att behandla svensk lagstiftning. Utelämnandet motiveras också med att svensk rätt om konsumtion av spridningsrätten i sin helhet bygger på direktiv antagna på EU-

nivå.²⁴ I samband med att infosoc-direktivet infördes i svensk rätt uttalade utredaren att spridningsrätten var knuten till fysiska exemplar och att en nedladdning av icke-fysiska kopior snarare innebar en form av tillgängliggörande för allmänheten.²⁵ Samtidigt menade utredaren att Sveriges medlemskap i EU förbinder Sverige att verka för en enhetlig tolkning och tillämpning av reglerna i EU-rätten. Därför ansåg man att ett motivuttalande inte kunde göra anspråk på att vara en auktoritativ tolkning av en viss bestämmelse i ett direktiv. I stället bör ett sådant uttalande ses som ett uttalande om hur frågan kan komma att bli bedömd av en domstol och i sista hand EU-domstolen.²⁶ Sveriges anslutning till EU har således medfört att de traditionella svenska rättskällorna (såsom praxis och förarbeten) har ett lågt rättskällevärde enligt grundläggande europarättsliga principer.²⁷ Att undersöka den svenska rätten skulle således ha en begränsad betydelse för att utreda syftet med uppsatsen.²⁸

Det finns ett antal EU-rättsliga direktiv på upphovsrättens område. Framställningen kommer i synnerhet utgå från infosoc-direktivet men även dataprogramdirektivet och uthyrningsdirektivet kommer att beskrivas kort. Andra direktiv på upphovsrättens område kommer inte att behandlas eftersom de inte är relevanta för att utreda uppsatsens övergripande syfte. Exempelvis är det upphovsrättsliga direktivet om databaser inte relevant eftersom databaser är en särskild kategori av verk som inte har en naturlig andrahandsmarknad på samma sätt som datorprogram eller konstnärliga och litterära verk.

Vad gäller de ekonomiska rättigheterna som är harmoniserade på upphovsrättens område har jag valt att behandla spridningsrätten och i viss mån rätten till överföring till allmänheten. Detta eftersom konsumtionsprincipen prövades uteslutande utifrån spridningsrätten i det betydelsefulla målet *UsedSoft mot Oracle*. Därutöver är konsumtionsprincipen nära sammankopplad med spridningsrätten genom infosoc-direktivet och EU-rättslig praxis varför det ter sig naturligt att begränsa framställningen av de ekonomiska rättigheterna till spridningsrätten. Rätten till överföring till allmänheten motiveras av att rättigheten hade en viss betydelse i *UsedSoft mot Oracle* samt att den har ett nära samband med spridningsrätten i digitala miljöer.

I avsnittet om *UsedSoft mot Oracle* kommer jag att begränsa framställningen till den andra tolkningsfrågan. Detta eftersom det är min uppfattning att den första och tredje tolkningsfrågan är specifika för datorprogram och således inte har någon betydelse för upphovsrättsliga verk som omfattas av infosoc-direktivet.

²⁴ Genom lag om ändring i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, utfärdad den 26 maj 2005. SFS 2005:359. Konsumtion av spridningsrätten regleras i 19 § Lag (1960:729) om upphovsrätt i litterära och konstnärliga verk.

²⁵ Slutsatsen grundades dels på ordalydelsen i infosoc-direktivet, dels på skäl 28 och 29 i ingressen till direktivet. DS 2003:35, s. 87-88

²⁶ DS 2003:35 s. 73

²⁷ Nordell, Per Jonas (1997), *Rätten till det visuella*, Stockholm, s. 26.

²⁸ Ordalydelsen i upphovsrättslagen ger ingen vägledning och det finns ingen vägledande domstolspraxis på området.

1.6 Disposition

Uppsatsen består av sex kapitel. Det första kapitlet är den föreliggande inledningen. Kapitel 2 beskriver skillnaderna mellan fysiska och icke-fysiska verk. Avsnittet behandlar den digitala utvecklingen, ekvivalensprincipen och den verkliga andrahandsmarknaden. Därefter, i kapitel 3, behandlas konsumtion av spridningsrätten och de grundläggande motiv som traditionellt sätt ligger bakom regeln. I kapitel 4 redogörs för de internationella avtal som har betydelse på området. I kapitel 5 kommer redogörelsen i de tidigare kapitlen att sättas i ett EU-rättsligt sammanhang med utgångspunkt i primär-rätten, sekundrätten och praxis från EU-domstolen.

I det sjätte och avslutande kapitlet gör jag en sammanfattande analys där jag besvarar de uppställda frågeställningarna.

2 Fysiska och icke-fysiska kopior av verk

2.1 Den digitala utvecklingen

Den här uppsatsen behandlar huvudsakligen upphovsrättens förmåga att anpassa sig till den digitala utvecklingen. Allt fler upphovsrättsliga verk och aktiviteter flyttas från den fysiska verkligheten till en digital miljö, en miljö som upphovsrätten till en början inte var skapad för. För att få en förståelse för den bakomliggande problematiken är det därför viktigt att utreda upphovsrättens generella ställning i den digitala utvecklingen och hur den upphovsrättsliga industrin har påverkats av den.

Upphovsrättens ekonomiska betydelse har stärkts de senaste åren. När WIPO senast sammanställde den upphovsrättsliga industrins ekonomiska betydelse beräknade man den till i genomsnitt 5,18 procent av BNP.²⁹ Det visade sig också att de länder med en snabb ekonomisk tillväxt var de länder där upphovsrätten hade störst ekonomisk betydelse.³⁰ Enligt en EU-rapport från 2003 om upphovsrättens bidrag till den europeiska ekonomin beräknade kommissionen att den upphovsrättsliga industrin försåg EU med 5,3 procent av det totala ekonomiska värdet samt 3,1 procent av den totala sysselsättningen. Samtidigt konstaterade man att industrin bidrog med betydligt mer än många andra industrier som fått betydligt mer uppmärksamhet från lagstiftningshåll.³¹ Den globala handeln med immaterialrättsliga licenser uppgår till mer än 600 miljarder pund varje år, vilket motsvarar fem procent av världshandeln – en siffra som dessutom stiger. I Storbritannien har investeringar i immateriella tillgångar överstigit investeringar i fysiska tillgångar varje år det senaste decenniet.³²

Samtidigt som den ekonomiska betydelsen har stärkts har det skett en viktig och omvälvande teknisk utveckling på upphovsrätten område. Fundamentet i den digitala utvecklingen är den s.k. informations- och kommunikationstekniken (IKT)³³. Införandet och användandet av IKT har inte bara varit en av de starkaste drivkrafterna bakom den ekonomiska tillväxten inom upphovsrättsindustrin, den har också skapat nya användningsområden för kommunikations- och informationstjänster. Utvecklingen har också inneburit att upphovsrätten i en allt högre grad blivit en del av människors

²⁹ Siffran är beräknad på data från 42 länders studier fram till 2013.

³⁰ WIPO (2014), *WIPO Studies on the Economic Contribution of the Copyright Industries - Overview*, s. 1-2.

³¹ Picard G Robert m.fl. (2003), *The Contribution of Copyright and Related Rights to the European Economy - Based on Data from the Year 2000*, s. 125.

³² Hargreaves Ian (2011), *Digital Opportunity – A Review of Intellectual Property and Growth*, s. 3.

³³ IKT beskrivs på Wikipedia som den del av informationstekniken som bygger på kommunikation mellan människor. <http://sv.wikipedia.org/wiki/Informationsteknik> (hämtad 2015-01-06).

dagliga liv och att de flesta människor regelbundet, om inte dagligen, skapar upphovsrättsligt innehåll. Det har i sin tur möjliggjort för nya företagsidéer och affärsmodeller som syftar till användning det nya innehållet. Samtidigt har utvecklingen av exv. internet möjliggjort för företag att till låga kostnader marknadsföra sig lokalt, nationellt och internationellt, vilket skapat globala marknader som aldrig funnits tidigare.³⁴ Det är i grund och botten en positiv utveckling, men den har också medfört vissa problem som har ett direkt samband med den digitala teknikens funktion.

Den digitala tekniken bygger på kopiering: när ett verk skickas från en användare till en annan användare förflyttas inte verket, det kopieras. Enligt Mazziotti är det huvudsakliga problemet med utvecklingen att upphovsrätten aldrig var skapad för att skydda eller övervaka kopiering av den omfattning som den digitala tekniken medfört. Etableringen av framförallt internet har haft en betydande inverkan på produktion, spridning och konsumtion av upphovsrättsliga verk. Den har inneburit att vanliga internetanvändare spelar en allt större roll som skapare, återskapare och distributörer av upphovsrättslig information.³⁵ Utvecklingen har också förändrat de ekonomiska förutsättningarna genom att den dramatiskt kapat kostnaderna för att kopiera verk samt medverkat till att dessa kopior kunnat spridas snabbt, enkelt och billigt.³⁶ Det faktum att två tredjedelar av jordens befolknings fortfarande saknar internet innebär att den här utvecklingen ännu är i sin linda.³⁷

Den digitala utvecklingen har också inneburit att upphovsrättens rättsliga räckvidd avsevärt har utökats. Om upphovsrättens främsta intresse ursprungligen var att skydda verkets konstnärliga eller litterära uttryck, har det i den digitala miljön också inneburit ett skydd för den enskilda kopian. Detta eftersom att varje gång ett digitalt verk görs tillgängligt, sparas en kopia i datorns minne. Den ökade mängden kopior på internet ger således upphovsmannen en rätt över varje enskilt användande av den digitala versionen av verket. Till skillnad från ett fysiskt verk, exv. en bok, kommer en digital version av verket aldrig ha någon självständighet från upphovsrätten – den digitala kopian kan inte på samma sätt som en fysisk kopia skiljas från den upphovsrätt som skyddar den. Från en strikt rättslig synvinkel, innebär det att den digitala tekniken har stärkt det rättsliga monopolet som tilldelats genom upphovsrätten.³⁸

Den digitala utvecklingen har dock inte gått lagstiftaren obemärkt förbi. För att anpassa upphovsrätten till den tekniska utvecklingen har åtgärder vidtagits på såväl internationell som regional nivå. Världsorganisationen för den intellektuella äganderätten antog två nya fördrag 1996: WIPO-fördraget om upphovsrätten (WCT) och WIPO-fördraget om framföranden och fonogram.

³⁴ Hargreaves 2011 s. 13, p. 1.17.

³⁵ Mazziotti, Giuseppe (2008), *EU Digital Copyright Law and the End-User*, Berlin, s. 3.

³⁶ Mazziotti 2008, s. 3.

³⁷ Hargreaves 2011 s. 7.

³⁸ Lévêque, François och Ménière, Yann (2004) *The Economics of Patents and Copyright*, Paris, s. 78, I Hargreaves 2011 menar Hargreaves att upphovsrätten har inneburit en "lagstiftningsbarriär" för vissa nya internetbaserade företag som utnyttjat den digitala teknikens rutinmässiga kopiering av text, bilder och data, s. 43

gram. Inom EU har arbetet framför allt resulterat i infosoc-direktivet³⁹.⁴⁰ Rättsakterna kommer att beskrivas närmare i de följande avsnitten tillsammans med andra relevanta rättsakter på området. Det ska redan här flaggas för att många upphovsrättsliga problem i den digitala miljön fortfarande är olösta, såväl internationellt som nationellt, vilket delvis är fallet med konsumtionsprincipen.

En fråga som har uppstått i samband med den digitala utvecklingen är hur rättsliga organ ska agera när svaret på upphovsrättsliga frågor inte direkt följer av internationella avtal eller annan lagstiftning på området. I framförallt internationella sammanhang har det utvecklats en doktrin om förespråkande av ekvivalens och teknikneutralitet mellan fysiska och digitala verk.

2.2 Ekvivalens och teknikneutralitet

Diskussionen kring ekvivalensprincipen och teknikneutralitet startade med den europeiska ministerkonferensen i Bonn 1997⁴¹. I ministerdeklarationen som följde av konferensen betonade ministrarna ”vikten av att sträva efter bestämmelser som är teknikneutrala för att undvika onödig lagstiftning”⁴². Vidare fastslogs det att ”den allmänna rättsordningen ska tillämpas online såväl som offline”⁴³. Influenser från ekvivalensprincipen kan även skönjas i flera delar av EU-rätten. Exempelvis stadgas det i ingressen till infosoc-direktivet att den tekniska utvecklingen inte kräver några nya begrepp för skyddet inom området för immaterialrätten.⁴⁴ I EU-kommissionens rapport om digital agenda för Europa betonar man vikten av teknikneutrala lösningar för att stimulera fortsatt skapande.⁴⁵

Trots det kan principen om ekvivalens och teknikneutralitet inte sägas ha något direkt rättslig bäring, varken i internationella avtal eller i EU-rätten. Det är emellertid möjligt att argumentera för en tillämpning av principen inom ramen för den EU-rättsliga likabehandlingsprincipen.⁴⁶ I internationell doktrin har det också framförts att ekvivalensprincipen hade en

³⁹ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället EOT L 167/10 22.6.2001.

⁴⁰ Prop. 2004/05:110 del. 1, s. 36

⁴¹ Den europeiska ministerkonferensen i Bonn organiserades av den tyska regeringen tillsammans med EU-kommissionen under namnet ”Global Information Network: Realising the Potential”. Konferensen slutade med att de deltagande ministrarna antog en deklaration som syftar till att uppnå en balans mellan möjligheterna och riskerna inneboende i den omfattande utvecklingen av informationsteknologi. Se Isabel Schnitzer (1997) *European Ministerial Conference: European Ministers Adopt Declaration on Global Information Networks*, IRIS 1997-8:3/1

⁴² European Union Ministers (1997), *Global Information Networks: Realising the Potential*, Bonn July 6-8,

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Direktiv 2001/29/EG, ingressen, skäl 5.

⁴⁵ Communication from the Commission to The European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *A Digital Agenda for Europe*, COM (2010), 245 Final, Brussels, 19.5.2010, s. 8

⁴⁶ Nicholson, Andrew (2013), *Old Habits Die Hard?: UsedSoft v Oracle*, SCRIPTed 10 (3), s. 393. Se vidare avsnitt 5.1.4 om likabehandlingsprincipen samt hur en sådan tillämpning skulle gå till.

avgörande betydelse för utgången i målet *Oracle mot Usedsoft*.⁴⁷ Jag kommer att återkomma till båda dessa resonemang längre fram. Det huvudsakliga syftet med att lyfta fram ekvivalensprincipen är dock att spegla den internationella diskussionen om upphovsrättens framtid och dess roll i den digitala utvecklingen. Doktrinen om ekvivalens kan därmed bidra till en fördjupad förståelse för skillnader mellan upphovsrättens tillämplighet i fysiska och digitala miljöer vilket är av betydelse för uppsatsens syfte.

Varför är det nödvändigt med ekvivalens mellan fysiska och icke-fysiska verk? Reed anger att om lagstiftning på internet märkbart skiljer sig från lagstiftning i fysiska miljöer, måste användare mentalt ändra sitt beteende under aktiviteter på internet. Eftersom allmänheten redan har stora problem med att följa regler tillämpliga på aktiviteter i fysiska miljöer är det realistiskt att förvänta sig att allmänheten lär sig separata regelverk för aktiviteter online. Reed menar dock inte att alla regler måste tillämpas lika på internet som i den fysiska världen eller att det inte får finnas några skillnader mellan online och offline lagstiftning. Däremot bör skillnaderna begränsas och kunna motiveras i den mån de uppstår.⁴⁸

Enligt Reed finns det ett antal olika kategorier av online-aktiviteter som skiljer sig så pass mycket från dess fysiska motsvarigheter att det är motiverat att upprätthålla rättsliga skillnader mellan aktiviteterna. Gemensamt för dessa kategorier är att den digitala miljön innebär att aktiviteten utförs kvalitativt annorlunda när den utförs online eller att effekterna av aktiviteten skiljer sig kvalitativt från dess fysiska motsvarighet. Ytterligare situationer då icke-ekvivalens är motiverat är om aktiviteten inte har någon motsvarighet offline eller att den klart faller inom ett annat juridiskt område.⁴⁹ I vissa fall kan en aktivitet på internet utåt sätt framstå som ekvivalent till dess fysiska motsvarighet, men i praktiken har den digitala tekniken fundamentalt förändrat aktiviteten till den grad att en tillämpning av existerande lagar får en skadlig effekt.⁵⁰ Ett exempel härom är privat kopiering som i det flesta rättsordningar – inklusive Sverige – är tillåten eftersom det dels vore omöjligt att övervaka, dels inte nämnvärt skadar rättsinnehavaren. När den till synes oskyldiga aktiviteten överfördes till en digital miljö förändrades aktiviteten radikalt. Privat kopiering på internet lade grunden för fildelning och all den problematik den medförde⁵¹.

Det räcker dock inte att konstatera att det föreligger skillnader mellan aktiviteter som företas online jämte offline för det ska anses motiveras att behandla dessa rättsligt annorlunda. För att kunna utvärdera om rättslig ekvivalens mellan aktiviteterna inte går att uppnå anser Reed att man också

⁴⁷ Nicholson 2013 s. 393

⁴⁸ Reed, Chris (2010), *Online and Offline Equivalence: Aspiration and Achievement*, International Journal of Law and Information Technology, 18 (3), s. 257.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Torremans, Paul L.C. (2014), *The Future Implications of the Usedsoft Decision*, CRE-ATe Working Paper, s. 9 och Moon, Ken (2013), *Resale of Digital Content: UsedSoft v Redigi*, 24 Entertainment Law Review 6, s. 193

⁵¹ Det finns givetvis också argument för positiva aspekter på fildelning och privat kopiering. Det är emellertid uppenbart att privat kopiering fundamentalt förändrades genom den digitala teknikens utveckling.

måste analysera orsakerna till varför skillnaden uppstått.⁵² Analysen kan delas upp i två steg:

Det första steget innebär att identifiera vilka intressen som rättsregeln balanserar för att sedan undersöka om samma intressen är inblandade när aktiviteten överförs till en digital miljö. Om så är fallet bör bestämmelsen revideras till att uppnå samma, eller åtminstone liknande, balans online. I det skedet måste lagstiftaren också överväga den praktiska nyttan med online-regeln. Om den reviderade regeln exempelvis innebär att online-aktiviteten blir allt för betungande eller mindre effektiv än dess fysiska motsvarighet kommer den nya regeln ändå inte innebära full ekvivalens i praktiken.⁵³

I det andra steget bör lagstiftaren ta hänsyn till vilken kategori aktiviteten hänför sig till i den digitala miljön. Om den nya regeln innebär att aktiviteten i en fysisk miljö tillämpas ekvivalent med dess motsvarighet online, trots att aktiviteterna klart tillhör olika kategorier innebär det att ekvivalens i praktiken inte har uppnåtts.⁵⁴ Två för den här uppsatsen aktuella exempel är skillnaden mellan varor och tjänster samt försäljning och licensering. Jag kommer att behandla dessa två exempel närmare längre fram eftersom de får en avgörande betydelse för konsumtionsprincipens tillämplighet online.

Som det har framgått innebär principen om ekvivalens inte att regler kan överföras direkt från aktiviteter i fysiska miljöer till dess motsvarigheter på internet. Frågan om ekvivalens är beroende av ett antal varierande faktorer som samtliga måste analyseras grundligt. Dels måste det undersökas vilka intressen som ligger bakom den aktuella rättsregeln, dels måste det fastslås till vilken eller vilka kategorier aktiviteten tillhör. Det andra steget kan dock inte avgöras utan en djupare förståelse för det praktiska sammanhang som aktiviteten utförs i.

2.3 Andrahandsmarknaden för fysiska och digitala verk

I föreliggande avsnitt kommer jag att behandla den fysiska och digitala andrahandsmarknaden för upphovsrättsliga verk. Jag kommer att peka på likheter och skillnader mellan marknaderna, såväl praktiska som ekonomiska. För att läsaren ska få en fördjupad förståelse och en verklig bild av marknaden kommer jag också redovisa för hur de största aktörerna inom musik- och e-boksbranschen ställer sig till digital vidareförsäljning. De rättsliga aspekterna på vidareförsäljning av upphovsrättsliga verk kommer emellertid att behandlas i nästkommande avsnittet. Eftersom det inte är möjligt att göra en strikt uppdelning mellan teori och praktik kommer vissa grundläggande rättsliga drag beskrivas i den mån det är nödvändigt för framställningen av andrahandsmarknaden.

⁵² Reed 2010 s. 257

⁵³ A.a., s 257-264

⁵⁴ A.a., s. 264-269

Andrahandsmarknaden för fysiska verk har funnits under lång tid och är troligtvis bekant för större delen av allmänheten. Den som köper en bok, en DVD-film eller en cd-skiva har rätt att sälja vidare den köpta kopian. Möjligheten till vidareförsäljning har skapat en andrahandsmarknad i form av antikvariat och affärer för begagnade skivor och filmer. Till en början i fysisk form men i och med internets intåg också via bok- och mediehandlare på nätet. Rätten till vidare vidareförsäljning gäller emellertid bara den förvärvade kopian och inte upphovsrätten som sådan.⁵⁵

Vidareförsäljning av digitala kopior skiljer sig från dess fysiska motsvarighet först och främst rent tekniskt. En fundamental skillnad från den fysiska världen är att all online-kommunikation transporteras i digital form. Således förflyttas ingen fysisk egendom som bär på den information som utgör kommunikationen (som en bok eller en cd-skiva).⁵⁶ Som en del i den tekniska processen måste istället en ny kopia skapas av verket, oberoende av om originalkopian raderas eller inte.⁵⁷ Följden av den tekniska skillnaden är att kopior i digital form inte kan bli begagnade. De kan visserligen bli korrupta eller oläsliga och därmed upphöra att fungera, men de kan inte fysiskt försämrans på samma sätt som en gammal bok eller cd-skiva.⁵⁸

Den här tekniska skillnaden får också betydelse för den ekonomiska aspekten på andrahandsmarknaden. När en fysisk kopia av ett upphovsrättsligt verk säljs vidare sjunker normalt sätt prissättningen eller värdet på kopian. En ny bok i handeln är oftast dyrare än om den säljs i ett antikvariat. Begagnade cd-skivor eller DVD-filmer kostar mindre än nya. Det finns förvisso undantag, exv. förstautgåvor eller limiterade utgåvor som kan ha betydligt högre värde än en ny motsvarighet. Detsamma gäller vissa andra typer av upphovsrättsliga verk, t.ex. konstverk. Priset för sådana styrs delvis av andra marknadsekonomiska mekanismer eftersom tillgång och efterfrågan uppenbart skiljer sig mot den normala bok- eller skivbranschen.⁵⁹

När det däremot gäller digitala kopior av verk gäller inte samma ekonomiska förutsättningar. Enligt Snickars är skapandet av en andrahandsmarknad för digitala verk tekniskt-ekonomiskt komplicerad eftersom det innebär ”att filerna måste bli närmast anti-digitala”⁶⁰. Om digitala verk är möjliga att kopiera tappar de direkt avsevärt i värde. Det huvudsakliga problemet med en digital andrahandsmarknad är det skulle underminera marknadens behov av brist som prisreglerande mekanism. Om varje fil potentiellt kan kopieras och säljas obegränsat antal gånger hotar ett överflöd. Därmed upphäver digitala kopior av verk helt enkelt traditionell marknadslogik.⁶¹ En ytterligare ekonomisk skillnad är att kostnaden för kopiering av digitala verk i princip är noll. Alla kostnader relaterade till andrahandsmarknaden är istället relaterade till infrastruktur (datorer, servrar osv.) och dessa är i princip samma oavsett vilken typ av information som kopieras eller skickas. Det, tillsammans med det faktum att internet är nationellt gränslöst, innebär

⁵⁵ Maunsbach, Ulf och Wennersten, Ulrika (2011), *Grundläggande immaterialrätt*, Malmö, s. 41

⁵⁶ Reed 2010 s. 258

⁵⁷ Torremans 2014 s. 9, samt Moon 2013 s. 193

⁵⁸ Snickars 2010 s. 374

⁵⁹ A.a., s. 371

⁶⁰ A.a., s. 375

⁶¹ A.a., s. 374-375

att vidareförsäljning på en digital andrahandsmarknad skulle uppnå helt andra proportioner än vidareförsäljning av fysiska kopior.⁶²

Sammanfattningsvis menar Snickars att det är svårt att förutse prismekanismerna på en fungerande andrahandsmarknad för digitala verk, men att det förmodligen skulle röra sig om en rejäl prispress. Begagnade digitala filer riskerar att fullständigt underminera nedladdningsmarkanden för mediegiganter som Amazon och Apple, om de inte själva lyckas behålla kontrollen över den infrastruktur som används på andrahandsmarknaden.⁶³

Till följd av de tekniska och ekonomiska skillnaderna är det inte särskilt överraskande att andrahandsmarknaden för digitala verk är relativt liten. Förutom de redan nämnda fallen – Redigi i USA, Tom Kabinett i Holland etc. – har någon laglig andrahandsmarknad egentligen aldrig funnits. Det finns emellertid vissa tendenser på att frånvaron av en digital andrahandsmarknad är på väg att förändras, kanske som ett försök från de största återförsäljarna att stävja den illegala spridningen. Exempelvis är Apple i startgroparna för en lansering av en vidareförsäljningstjänst för digitala musikfiler.⁶⁴ Under 2013 tog Amazon patent på rätten att öppna antikvariat för e-böcker.⁶⁵

Återförsäljarnas lansering av digitala andrahandsmarknader är ett sätt att skapa monopol och ta kontroll över den omfattande kopieringen av digitala verk. Strategin är dock inte ny: försäljningen av digitala verk är förknippad med en lång historia av olika sätt att begränsa och kontrollera spridning. Ett exempel är användningen av s.k. DRM-system – en samlingsbeteckning för olika former av teknik som syftar till att kontrollera spridning och användning av digitala verk.⁶⁶ En annan teknik är vattenmärkning (även kallat social DRM), vilket innebär att verket kan spåras tillbaka till köparen om verket illegalt skulle spridas eller kopieras.⁶⁷

Ett ytterligare försök är att kontrollera spridningen av digitala verk är genom de avtal som återförsäljarna tvingar köpare av digital musik och e-böcker att ingå i samband med nedladdningen. Avtalen är oftast en form av licensavtal som på olika sätt begränsar användarens rätt att använda av den digitala kopian. I Apples *Villkor för tjänsten* beskrivs nedladdningen av musikfiler som att ”köpa licenser till mjukvaruprodukter och digitalt bokinne-

⁶² Torremans 2014 s. 9

⁶³ Snickars 2010 s. 379-380

⁶⁴ Streitfeld 2013

⁶⁵ *Secondary Market For Digital Objects* (2013) Patent NO.: US 8,364,595 B1 Date of Patent: Jan. 29, 2013 Inventor: Erich Ringewald, Amazon Technologies, Inc. – <http://kanda-ip.jp/wp-content/uploads/2014/02/US8364595.pdf> (Hämtad 2014-12-14): ”När användningen av digitala objekt ökar, kan användare tänkas vilja överföra digitala objekt till andra användare. Sådana överföringar kan inkludera försäljning, hyra, gåva, lån, handel etcetera. Det uppstår dock flera problem när man överför digitala objekt. Medan ett fysiskt objekt som en kopia av en pocketbok bara finns på ett ställe i taget, kan enkla och billiga kopior av ett digitalt objekt göras utan förlust av exakthet [loss of fidelity]. Därför är kopiering och upprepade försäljning av samma digitala objekt möjligt, vilket eliminerar brist [scarcity] av det digitala objektet [...] En andrahandsmarknad som tillåter användare att på ett effektivt och tillåtande sätt överföra ”använda” digitala objekt till andra, samtidigt som bristupprätthålls är därför önskvärd. Ett ”använt” digitalt objekt är ett objekt till vilket en användare har legitim tillgång eller äganderätt [access rights], och för vilket användaren kan överlåta denna nyttjanderätt till andra.” (Översättning av Snickars 2010, s. 373).

⁶⁶ Snickars 2010 s. 374-375

⁶⁷ Används av exv. av CDON och Adlibris Mondo.

håll”⁶⁸. Den som laddar ned en musikfil eller en e-bok åtar sig att ”inte modifiera, låna ut, hyra ut, leasa, sälja, distribuera eller skapa något baserat”⁶⁹ på den hämtade kopian. Liknande avtal gäller för Dito, en svensk e-boksåterförsäljare. Avtalet är visserligen benämnt som användarvillkor och för nedladdningen av e-böcker används begreppet ”köp”. En nedladdad kopia får dock inte vidareupplåtas och/eller vidareförsäljas eller kopieras (med undantag för kopiering för privat bruk) och inget annat förfogande eller spridning får ske.⁷⁰ I CDON:s villkor för köp av e-böcker är användarbegränsningarna något vagare. I villkoren föreskrivs en rätt för köparen att flytta sin e-bok mellan egna enheter men att all kopiering, utöver för privat bruk, och otillåten vidare spridning är förbjuden.⁷¹ Även Adlibris Mondo använder sig av samma formuleringar i sina köp- och användarvillkor.⁷²

Vissa hävdar att konsumenterna vilseleds i samband nedladdning av digitala verk eftersom nedladdningen marknadsförs som ett köp trots att det egentligen handlar om en licensiering.⁷³ De flesta websidor använder uttryck som ”köp nu” och ”köp/ladda ned”. Apple skriver exv. uttryckligen att de säljer musik och nedladdningen beskrivs som försäljning.⁷⁴ Det här innebär att konsumenter som laddar ned digitala verk gör det i tron om det handlar om ett normalt köp och är inte medvetna om att de ingått ett licensavtal som styr användningen av kopian.⁷⁵

Licensavtalet och de användarbegränsningar som följer av avtalet har gett upphov till en diskussion om huruvida ”köpare” faktiskt äger de nedladdade verken eller inte.⁷⁶ Frågan är också vilken rättslig bäring dessa licensavtal har i förhållande till upphovsrätten. När avtalsrätten inte hindras av tvingande upphovsrättsliga regler kan återförsäljarnas licensavtal fylla igen hål som upphovsrätten har skapat. Om upphovsrätten däremot är tvingande i förhållande till avtalsrätten innebär det att återförsäljarna förlorar kontrollen över de digitala kopiorna samtidigt som användarna får en större handlingsfrihet.⁷⁷ Vad gäller konsumtion av spridningsrätten skulle en tolkning som innebär att regeln var tillämplig på icke-fysiska kopior av verk medföra att licensvillkor om förbud mot vidareförsäljning i princip skulle vara ogiltiga.

⁶⁸ Apple iTunes (2014), Juridisk information och meddelanden.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Dito (2014), Särskilda villkor

⁷¹ CDON (2014), FAQ – E-böcker

⁷² Adlibris Mondo (2014), Köp- och användarvillkor

⁷³ Król/Jakub 2008 s. 10

⁷⁴ <https://www.apple.com/se/itunes/music/> (hämtad 2014-12-14).

⁷⁵ Król/Jakub 2008 s. 10

⁷⁶ 2013/14 RFR3, *En bok är en bok är en bok? – En fördjupningsstudie av e-böckerna i dag*, s. 35

⁷⁷ Fisher William W., m.fl. (2004) *iTunes: How Copyright, Contract, and Technology Shape the Business of Digital Media – A Case Study*, Berkman Center for Internet and Society, Harvard Law School, p. 13

3 Konsumtionsprincipen

3.1 Allmänna utgångspunkter

I följande avsnitt kommer jag att behandla spridningsrätten och principen om konsumtion samt vilka samhälleliga och ekonomiska motiv som ligger bakom reglerna. De ekonomiska och samhälleliga teorierna om konsumtionsprincipen har dock begränsad räckvidd utan en grundläggande förståelse för motiven bakom upphovsrätten generellt. Således ska först något nämnas om de grundläggande dragen i motiven bakom upphovsrätten.

Traditionellt kan fyra principiellt olika motiv bakom upphovsrätten skönjas.⁷⁸ Motiven kan användas för att underbygga argumentationer, som retoriska grepp eller som social-politiska mål i lagstiftningsprocessen. Man ska dock komma ihåg att upphovsrätten är en del i en politisk process och under processen har nationella intressen, strukturell tröghet och politisk behandling påverkat utvecklingen i högre grad än de grundläggande motiven.⁷⁹ Trots det är de traditionella motiven bakom upphovsrätten viktiga och deras betydelse ska inte underskattas. Särskilt inte eftersom de kan styra den nuvarande debatten på områden där lagstiftaren har lämnat öppet för tolkningar eller där samhällsutvecklingen ligger steget före lagstiftaren. Den tekniska evolutionen de senaste decennierna är tillsammans med konsumtionsprincipen ett typexempel på en sådan utveckling där lagstiftningen inte har hängt med i utvecklingen.

Det första och tidigaste motivet handlar om ett utbyte mellan suveränitet och entreprenörskap. Tanken är att staten tillhandahåller skydd och exklusivitet i utbyte mot att ”entreprenören” bidrar med kunskap, handel och kultur.⁸⁰

Det andra motivet är snarare naturrättsligt till sin karaktär. Det bygger på idén att det skulle finnas en särskild relation eller status mellan upphovsmannen och verket som är inneboende i skapandeprocessen. Idén om ”droit de l’auteur” – den ursprungliga franska termen för motivet – härstammar från John Lockes naturrättsliga teorier och är nära besläktad med deontologiska resonemang om rättighetsetik och mänskliga rättigheter.⁸¹

De tredje och fjärde motiven liknar varandra. Det tredje innebär något förenklat att skapa incitament för upphovsmän, att sporra till skapande genom att belöna upphovsmannen med ett monopol under en begränsad period. Det sista motivet har uppstått i samma anda som det tredje, men riktar sig till utgivaren eller den som står den finansiella risken för att sätta upp

⁷⁸ För ytterligare läsning om upphovsrättens motiv och utveckling se Schollin, Kristoffer (2008), *Digital Rights Management: The New Copyright*, Göteborg, s.28-29, Nordell 1997 s. 17-18, Olsson, Henry (2009), *Copyright: svensk och internationell upphovsrätt*, Stockholm, s. 26 och 31-34, Kur, Annette och Dreier, Thomas (2013), *European Intellectual Property Law – Text, Cases and Materials*, Cheltenham, s. 5-8 och Tritton, Guy (2002), *Intellectual Property in Europe*, London, s. 305-306.

⁷⁹ Schollin 2008 s. 28

⁸⁰ Ibid., *WIPO intellectual property handbook: policy, law and use..* 2nd ed., repr. (2004), Geneva, s. 3 p. 1.1, Kur/Dreier 2013 s. 6 och Tritton 2002 s. 305.

⁸¹ Schollin 2008 s. 28-29, Kur/Dreier 2013 s. 6 och Tritton 2002 s. 305

anläggningar för produktion eller strukturer för distributionen. Det syftar till att skapa incitament för publicering och investeringar i nya marknader genom att skapa en trygg ställning av exklusivitet.⁸²

Gemensamt för samtliga motiv – förutom möjligtvis det andra – är idén om att upphovsrätten ska generera incitament till kreativitet och skapande genom att erbjuda en tidsbegränsad avkastning mot upphovsmannens investering i skapandet.⁸³ Förutom det andra motivet, är alla de grundläggande motiven bakom upphovsrätten utilitaristiska motiv.⁸⁴ En gemensam nämnare för sådana motiv är att regler och principer som är baserade på dessa kan ändras i takt med samhällets utveckling. Eftersom utilitaristiska motiv i grunden är konsekventialistiska kan förändringar i upphovsrättsliga regler som har sin grund i dessa motiv vara motiverad om konsekvenserna eller utfallen av reglerna ändras med tiden. I en snabb samhällsutveckling – tekniskt, ekonomiskt och politiskt – måste konsekvenserna eller utfallen av upphovsrättsliga regler och principer regelbundet analyseras och utvärderas. Många upphovsrättsliga principer är upprättade i ett samhälle som på många sätt skiljer sig dagens, vilket inte minst gäller den tekniska utvecklingen som förändrat samhället de senaste decennierna.

Resonemanget är givetvis en förenkling av de rättsfilosofiska och samhällsvetenskapliga teorier som argumentationen grundar sig på. Tanken är dock inte att fullständig behandla dessa teorier utan att poängtera att de traditionella utilitaristiska motiven innebär att upphovsrättsliga regler inte är huggna i sten. Det gäller såklart också konsumtionsprincipen och dess tillämplighet i den digitala miljön. I ljuset av de traditionella motiven måste konsumtionsprincipen analyseras och utvärderas efter de konsekvenser den får i den tekniska och digitala utvecklingen.

Samtidigt måste lagstiftaren också balansera de intressen som de traditionella motiven ger upphov till. När upphovsmannen har skapat ett verk kan andra vilja lära av eller ta del av innehållet. Eftersom upphovsrätten ger rättighetsinnehavaren ett begränsat monopol skulle en allt för stel och rigorös lagstiftning innebära ett hinder för andra att ta del av innehållet och således också innebära ett hinder för nytt skapande.⁸⁵ Därför krävs det en balans mellan upphovsmannens intressen och rättigheter och allmänhetens intresse att ta del av information och kultur. Det är den balansgången som är utgångspunkten i spridningsrätten och principen om konsumtion.

3.2 Ensamrätterna

3.2.1 Inledning

Inom EU har ett antal grundläggande ekonomiska rättigheter (sk. ensamrätter) som är knutna till upphovsmannen harmoniserats genom sekundärrätten – framförallt i form av infoc-direktivet. Dessa ensamrätter är rätten till

⁸² Schollin 2008 s. 29.

⁸³ Hargreaves 2011 p. 1.7 – 1.8

⁸⁴ Schollin 2008 s. 29

⁸⁵ Hargreaves 2011 p. 1.7 – 1.8 och Olsson 2009 s. 26.

mångfaldigande, överföring till allmänheten, tillgängliggörande för allmänheten samt spridningsrätten.

Jag kommer närmare att beskriva infosoc-direktivets utveckling och dess förhållande till andra upphovsrättsliga direktiv på området i avsnitt 5.2. I följande avsnitt redogör jag för de viktigaste ensamrätterna som följer av den EU-rättsliga sekundärrätten. I enlighet med uppsatsens syfte kommer jag att i huvudsak behandla spridningsrätten och dess inskränkningar. Eftersom rätten till överföring och tillgängliggörande för allmänheten till viss del har betydelse i *Oracle mot Usedsoft* kommer även den ensamrätten att beskrivas kortfattat.

3.2.2 Spridningsrätten

Konsumtionsprincipen har inom upphovsrätten ett särskilt nära samband med spridningsrätten eftersom den förra inskränker den senare. Traditionellt har man ansett att spridningsrätten är knuten till det fysiska exemplaret av verket, till exempel en bok eller ett konstverk.⁸⁶ Spridningsrätten innebär en rätt för upphovsmannen att sätta en kopia av verket på marknaden. Det är en av de mest viktiga kommersiella rättigheterna eftersom den medger upphovsmannen att bestämma om, när och i vilken form som verket ska sättas på marknaden.⁸⁷ Som exempel innebär denna rätt ett skydd mot att upphovsmannens originalmanuskript utlämnas eller visas för obehöriga, utan upphovsmannens samtycke.⁸⁸ Rätten ger också upphovsmannen en möjlighet att bestämma om verket ska säljas, uthyras, utlånas eller ges bort, samt medger en rätt att sätta ett pris på kopian och bestämma inom vilket territorium som verket ska distribueras.⁸⁹ Spridningsrätten ger således upphovsmannen en möjlighet att stoppa försäljningen av verk som är olovligen framställda eller att hindra import och försäljning som framställts obehörigen i ett annat land.⁹⁰

Spridningsrätten har harmoniserats inom EU genom infosoc-direktivet.⁹¹ I artikel 4(1) stadgas att medlemsstaterna ska ge upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda all slags spridning till allmänheten, genom försäljning eller på annat sätt, av originalet av deras verk eller av kopior av detta.

I *Peek & Cloppenburg mot Cassina* slog EU-domstolen fast att begreppet ”försäljning eller på annat sätt” ska tolkas på så sätt att det alltid förutsätter en överlåtelse av det aktuella exemplet. Det är däremot inte tillräckligt att endast visa eller ge allmänheten tillfälle att använda exemplar för att handlingen ska anses utgöra en spridning.⁹² Begreppet tolkades mot bakgrund av definitionen i artikel 6 WCT⁹³. Detta eftersom gemenskapsrättsak-

⁸⁶ Maunsbach/Wennersten 2011 s. 78, jfr också prop. 1960:17, s. 62

⁸⁷ Król/Jakub 2008 s. 3

⁸⁸ Maunsbach/Wennersten, 2011 s. 78, jfr också prop. 1960:17, s. 62

⁸⁹ Król/Jakub 2008 s. 3

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Spridningsrätten har också harmoniserats genom andra direktiv, exv. datorprogramdirektivet. Cook, Trevor M. (2010), *EU intellectual property law*, New York, s. 126.

⁹² Mål C-456/06 *Peek & Cloppenburg KG mot Cassina SpA* [2008] ECR I-02731 § 41.

⁹³ Se mer om WCT och andra internationella konventioners betydelse på området i avsnitt 4.

ter så långt som möjligt ska tolkas mot bakgrund av folkrätten, i synnerhet när rättsakterna just syftar till att genomföra internationella konventioner.⁹⁴

I ett annat förhandsavgörande från 2012 fastslog EU-domstolen sin slutsats i *Peek & Cloppenburg mot Cassina*.⁹⁵ Domstolen konstaterade också att begreppet ”spridning till allmänheten... genom försäljning” ska ha samma innebörd som orden ”göra... tillgängligt för allmänheten genom försäljning” i artikel 6.1 WCT.⁹⁶ Därmed ansåg domstolen att en ”spridning till allmänheten är för handen om en näringsidkare ”riktar sin reklam till personer ur allmänheten boende i en viss medlemsstat och [...] skapar eller ställer ett specifikt leverans- och betalningssystem till förförfogande, eller tillåter tredje man att göra detta, och [...] på detta sätt gör det möjligt för de nämnda personerna ut allmänheten att få leverans av kopior som är upphovsrättsligt skyddade i samma medlemsstat”⁹⁷.

3.2.3 Rätt till överföring till allmänheten

Enligt artikel 3(1) infosoc-direktivet – som införlivar artikel 8 WCT – ska medlemsstaterna ge upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda varje överföring till allmänheten av deras verk, på trådbunden eller trådlös väg, inbegripet att verken tillgängliggörs för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer. Begreppet *tillgängliggöra* syftar särskilt på interaktiva on-demand-överföringar, exempelvis när upphovsrättsligt innehåll läggs upp av på en hemsida för att möjliggöra nedladdning för besökare. *Tillgängliggörandet* är dock inte begränsat till kommunikation via internet, även interaktiva tjänster via exv. TV omfattas.⁹⁸

I artikel 3(3) föreskrivs det att konsumtionsprincipen inte gäller vid överföring till allmänheten eller när verk görs tillgängliga för allmänheten.

3.3 Konsumtion av spridningsrätten

3.3.1 Konsumtion inom EU

Frågan om konsumtion är i huvudsak en fråga om det upphovsrättsliga skyddets räckvidd. Utgångspunkten är att det upphovsrättsliga skyddet ger innehavaren rätten att för första gången sätta ett skyddat verk på marknaden, dvs. det som ovan beskrivits som spridningsrätten.⁹⁹ Inskränkningarna i den rätten bygger på det som i upphovsrättsliga sammanhang kallas konsumtion. När väl ett skyddat verk satts i omlopp är skyddet för just det exemplaret konsumerat.¹⁰⁰ Med detta menas att innehavaren av upphovsrätten inte längre kan kontrollera vad en köpare gör eller får göra med ett verk som

⁹⁴ C-456/06 § 35, se också Kur/Dreier 2013 s. 297 för ytterligare diskussion om målet.

⁹⁵ Mål C-5/11 *Brottmål mot Titus Alexander Jochen Donner* [2012] ECR 00000 § 23

⁹⁶ C-5/11 § 24

⁹⁷ C-5/11 § 30

⁹⁸ Tritton 2002 s. 367

⁹⁹ Ganea, Peter (2006) *Exhaustion of IP Rights: Reflections from Economic Theory*, Institute of Innovation Research Hitotsubashi University Working Paper, nr 06-02, s. 16

¹⁰⁰ Olsson 2009 s. 161

överlåtits av innehavaren eller satts på marknaden med dennes samtycke. Köparen kan istället fritt disponera över verket utan hinder av att det rör sig om ett verk som är skyddat av spridningsrätten eller någon annan ekonomisk ensamrätt.¹⁰¹

Som nämnts tidigare överläts dock inte den immaterialrättsliga rättigheten, utan bara rätten att förfoga över det enskilda exemplaret.¹⁰² Konsumtionsprincipen innebär normalt inte heller en rätt för köparen att göra vad som helst med kopian. Exempelvis innebär det inte en rätt att göra den tillgänglig på internet eller spela den på en nattklubb.¹⁰³

Konsumtionsprincipen kan antingen vara nationell, regional eller global. Nationell konsumtion innebär att upphovsrättsinnehavarens möjligheter att kontrollera ett exemplar av ett verk konsumeras inom det land som skyddet gäller för. Däremot är det möjligt att kontrollera spridningen av exemplar som satts på marknaden utanför skyddslandet. Med global konsumtion menas att möjligheterna att kontrollera spridningen konsumeras helt i samma stund som upphovsrättsinnehavaren sätter exemplaret på marknaden, oavsett i vilket land det sker. Regional konsumtion betyder att spridningsrätten konsumeras inom ett visst område, exv. två eller flera länder.¹⁰⁴ Ett exempel är EU-området inom vilket konsumtionsprincipen har en unik roll eftersom den är starkt kopplad till principen om den fria marknaden och den fria rörligheten för varor och tjänster. Den fördragsgrundade konsumtionsprincipen innebär förenklat att exemplar av verk som satts på marknaden inom området fritt får säljas inom hela unionen.¹⁰⁵

Genom infosoc-direktivet har konsumtion av spridningsrätten också harmoniserats inom EU.¹⁰⁶ Enligt artikel 4(2) infosoc-direktivet konsumeras spridningsrätten vid första försäljningen, eller genom någon annan form av överföring av äganderätten, av exemplaret i fråga görs inom gemenskapen av rättsinnehavaren eller med dennes samtycke. I *Laserdisken mot Kulturministeriet* – det första EU-målet som prövades mot infosoc-direktivet¹⁰⁷ – fastslog EU-domstolen att ordalydelsen i artikel 4(2) medförde ett förbud för medlemsstaterna att införa en internationell konsumtionsprincip.¹⁰⁸

Den rådande uppfattningen – åtminstone innan *Oracle mot Usedsoft* – är att spridningsrätten och konsumtionsprincipen endast är tillämpliga på fysiska kopior av verk.¹⁰⁹ Uppfattningen stöds framförallt av bestämmelsens ordalydelse. Det stadgas t.ex. att spridningsrätten konsumerar ”exemplaret i fråga”, vilket i doktrinen har lyfts fram som att endast fysiska verk åsyftas.¹¹⁰ En sådan tolkning stöds också av skäl 28 och 29 i ingressen. I skäl 28 stadgas det att spridningsrätten gäller verk som ”ingår i en fysisk vara” samt att bestämmelserna över vidareförsäljningen gäller *föremålet* i fråga.

¹⁰¹ Ganea 2006 s. 16

¹⁰² Maunsbach/Wennersten 2011 s. 41.

¹⁰³ Ganea 2006 s. 16.

¹⁰⁴ Maunsbach/Wennersten 2011 s. 41-42.

¹⁰⁵ Se ytterligare om den fördragsgrundade konsumtionsprincipen i avsnitt 5.1.

¹⁰⁶ Vissa typer av upphovsrätter, exv. datorprogram, är specialreglerade i andra direktiv. Jag kommer att beskriva infosoc-direktivet och dess förhållande till andra upphovsrättsliga direktiv på området i avsnitt 5.2.

¹⁰⁷ Kur/Dreier 2013 s. 309

¹⁰⁸ Mål C-479/04 *Laserdisken ApS mot Kulturministeriet*, [2006] ECR I-08089 §§ 29-29.

¹⁰⁹ Król/Jakub 2008, s. 42 och Moon 2013 s. 194, jfr också DS 2003:35 s. 87-88.

¹¹⁰ Moon 2013 s. 194 och Król/Jakub 2008 s. 42

Skäl 29 föreskriver att konsumtion inte uppstår då det gäller tjänster, särskilt inte i fråga om online-tjänster. Detta eftersom att ”till skillnad från cd-rom och cd-j, där immateriella rättigheter ingår i ett fysiskt medium, nämligen ett exemplar av en vara, är varje online-tjänst en handling för vilken tillstånd krävs, om den omfattas av upphovsrätt[en]”.

Det har hävdats i doktrinen att avsikten med skäl 29 snarare var klargöra att en handling som innebär en publicering av verk på internet inte konsumerar upphovsrätten på så sätt att det är fritt att kopiera verk eller att erbjuda andra att ladda ned verket från hemsida. Det huvudsakliga syftet med skäl 29 var alltså att tydliggöra bestämmelsen i artikel 3(3), dvs. förbud mot konsumtion av rätten till överföring till allmänheten.¹¹¹ Skäl 29 kan emellertid också tolkas som att den innebär ett förbud mot konsumtion av spridningsrätten genom särskilda överföringar till allmänheten på internet. Tolkad tillsammans med ordalydelsen i artikel 4(2) tyder formuleringen på att den även åsyftar konsumtion av spridningsrätten.¹¹²

3.3.2 Motiven bakom konsumtion

De grundläggande motiven bakom konsumtionsprincipen är flera. Den kanske mest grundläggande är emellertid tanken på ett samhälleligt intresse att övervaka andrahandsmarknaden av idéer och information. Det finns ett långtgående socialt värde i att garantera en fri spridning av konst, utbildning och kultur. Därigenom förhindrar konsumtion att upphovsmän använder sig av konkurrensbegränsande villkor för att monopolisera marknaden, vilket i längden minskar utbudet av begagnade verk. Från upphovsmännens håll går principen dessutom att rättfärdiga genom att upphovsmännen kalkylerar priset när han eller hon säljer eller placerar verket på marknaden för första gången.¹¹³

Precis som upphovsrätten generellt, innebär konsumtionsprincipen en balansgång mellan upphovsmännens rättigheter och allmänhetens intresse av tillgång till upphovsrättsliga verk. Samtidigt som nya upphovsmän behöver incitament för att skapa nya verk, har samhället mycket att vinna på att göra verk tillgängliga för allmänheten.¹¹⁴ När det gäller fysiska verk har dessa potentiella effekter inverkan på flera olika nivåer. Effekterna kan sammanfattas enligt följande:

- Konsumtion har en viktig social inverkan på allmänheten. Traditionellt sett innebär konsumtionsprincipen en ökning av den totala tillgängligheten av upphovsrättsliga verk, exv. av begagnade böcker, filmer och annan kultur. På samma sätt säkrar principen en fortsatt tillgänglighet till upphovsrättsliga verk, särskilt sådana verk som är slutsålda eller inte längre trycks. På så sätt kan principen fungera som en form av garanti för ett ökat kultur- och informationsutbud.¹¹⁵

¹¹¹ Król/Jakub 2008 s 46

¹¹² Ibid. jfr också DS 2003:35 s. 87-88

¹¹³ Nicholson 2013 s. 293

¹¹⁴ A.a., s. 392

¹¹⁵ Fisher m.fl. 2004 s. 52

- Konsumtionsprincipen påverkar också användare och konsumenter av upphovsrättsliga verk på ett individuellt plan. Den möjliggör tillgång till verk på andra sätt än genom köp samt sänker priserna genom att skapa konkurrens. Dessutom möjliggör den tillgång till upphovsrättsliga verk utan att användare behöver avslöja sin identitet. Därigenom skapar principen en individuell rätt till att ta del av kultur och information anonymt. Dessutom innebär principen en möjlighet att sälja begagnade verk utan rättighetshavaren godkännande, exv. för att finansiera ytterligare köp av nya verk.¹¹⁶
- Konsumtionsprincipen har också verkliga ekonomiska effekter. Det är t.ex. visat att principen generellt leder till viss priskonkurrens, samt att den främjar utvecklingen av nya marknader, så som uthyrning och andrahandsmarknader.¹¹⁷

Trots de potentiella effekter som konsumtionsprincipen medför är de ekonomiska argumenten *för* principen lästräknade. I ekonomiskt hänseende, kan man grovt skilja mellan två grundläggande teorier bakom konsumtionsprincipen.

Den första kan sammanfattas som *belöningsteorin* ("reward theory"). Enligt den har upphovsrättsinnehavaren erhållit en tillräckligt skälig och rättvis ersättning i och med det första försäljningstillfället, dvs. när han eller hon första gången satte exemplaret av verket på marknaden. Det finns ingen anledning att medge upphovsmannen rätt att vinna ytterligare fördelar genom att kunna kontrollera den fortsatta spridningen av verket. Genom att ge upphovsrättsinnehavaren en exklusiv rätt att placera verket på marknaden har det grundläggande syftet med upphovsrätten uppnåtts. Ytterligare spridning av exemplaret har ingen negativ effekt på det särskilda skyddsföremålet för upphovsrätten.¹¹⁸

Enligt Ganea kan belöningsteorin dock inte rättfärdiga den upphovsrättsliga konsumtionsprincipen ur en ren ekonomisk synvinkel. Detta eftersom principen innebär att rättsinnehavaren – ägaren av ett rättsligt monopol – utsätts för priskonkurrens genom ytterligare försäljning av exemplar som innehåller rättsinnehavarens egna verk. Därmed skulle den skäliga ersättning som erhöles vid första försäljningen förr eller senare minska.¹¹⁹ Teorin bygger alltså på ett cirkelresonemang och kan som sådan inte rättfärdiga konsumtion ur ett rent ekonomiskt perspektiv.

Den andra berättigandegrundande teorin för konsumtionsprincipen kan betecknas *teorin om skydd för rörlighet på marknaden* ("theory ..."). Kortfattat innebär teorin att en rätt för rättsinnehavaren att kontrollera efterföljande spridning på marknaden skulle innebära en osäkerhet, exempelvis i vilken utsträckning marknadsaktörer eller konsumenter får förfoga över legalt köpt egendom. Osäkerheten skulle därmed äventyra en jämn och smidig rörlighet och spridning av upphovsrättsliga verk på marknaden.¹²⁰

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ganea 2006 s. 4

¹¹⁹ A.a., s. 22

¹²⁰ Ganea 2006 s. 4-5

Även om *teorin om skydd för rörlighet på marknaden* ekonomiskt kan rättfärdiga konsumtion för fysiska exemplar motiverar teorin inte konsumtion för kopior av upphovsrättsliga verk på internet. Ganea illustrerar varför så är fallet genom att jämföra traditionella butiker med internetförsäljning. Vid försäljning i en fysisk affär har normalt sett endast oberoende återförsäljare och slutkonsumenter rätt att fritt disponera över köpta kopior av upphovsrättsliga verk. När det däremot gäller direkt auktoriserade licensgivare eller distributörer av verken är dessa normalt bundna av villkor om rätten till spridning som rättsinnehavaren har infört. Om distributören säljer kopior av verken i strid med dessa villkor anses spridningsrätten inte konsumerad, eftersom kopiorna inte satts på marknaden med rättsinnehavarens samtycke. När det däremot gäller försäljning genom nedladdning på internet, säljer rättsinnehavaren inte kopian av verket genom en distributör, utan direkt till slutkonsumenten. Därför menar Ganea att rättsinnehavaren inte borde vara förhindrad att begränsa den efterföljande användningen av kopian.¹²¹

Vid försäljning i en traditionell butik övergår dessutom äganderätten till ett fysiskt objekt som lagrar det skyddade verket, äganderätten till det skyddade verket övergår dock aldrig. Vid en försäljning på internet är föremålet för försäljning inte ett objekt som innehåller det skyddade verket, utan det skyddade verket som sådant. Således cirkulerar inga varor på marknaden och rättsinnehavarens rätt att kontrollera den efterföljande användningen äventyrar därför inte rörligheten på marknaden.¹²²

Motiven bakom konsumtion av spridningsrätten kan sammanfattas enligt följande:

- Principen är naturlig följd av en intresseavvägning mellan rättsinnehavarnas intressen och rättigheter och allmänhetens intresse att ta del av information och kultur. Avvägningen härstammar från de grundläggande motiven bakom upphovsrätten generellt.
- Konsumtionsprincipen fungerar som en garanti för spridning av kultur och information och därmed att förhindra ett minskat utbud av upphovsrättsliga verk. Konsumtionen rättfärdigas genom att rättsinnehavaren kan kalkylera priset när verket placeras på marknaden vid det första försäljningstillfället.
- Ur ett ekonomiskt perspektiv kan principen rättfärdigas genom framförallt två teorier: *belönningsteorin* och *teorin om skydd för rörlighet på marknaden*. I doktrinen har det dock framförts att endast den senare teorin är ekonomiskt hållbar. Vad gäller konsumtion av spridningsrätten för icke-fysiska verk kan inte heller den senare teorin rättfärdiga en sådan tillämpning.

Ganeas slutsatser grundar sig förvisso i rent ekonomiska teorier. Dessa kan naturligtvis inte sägas utgöra hela sanningen bakom konsumtionsprincipen. Än viktigare för att utreda syftet med uppsatsen är de re rättsliga aspekterna. Här är framförallt internationella konventioner och de EU-rättsliga fördragen av avgörande betydelse.

¹²¹ Ganea 2006 s. 22

¹²² Ibid.

4 Internationella konventioner

4.1 Inledande anmärkningar

Internationella upphovsrättsliga konventioner utgör gränserna för hur EU-rättslig och nationell lagstiftning får utformas, såväl för upphovsmännens som för användarnas rättigheter. Konventionerna utgör också viktig tolkningsdata för tillämpningen av framförallt infoc-direktivet. Föreliggande avsnitt redovisar de viktigaste internationella konventionerna på upphovsrättens område i kronologisk ordning: Bernkonventionen, TRIPS och WCT. Syftet är att utreda huruvida någon av konventionerna erkänner konsumtionsprincipen och, om så är fallet, huruvida konventionerna på något sätt begränsar de avtalsslutande parternas möjligheter att införa en ”digital” konsumtionsprincip för spridningsrätten.

4.2 Bernkonventionen om skydd av litterära och konstnärliga verk

Bernkonventionen var den första internationella konventionen som tog sikte på upphovsrätten och antogs 1876. Den har efter det reformerats ett antal tillfällen, sista gången 1971. Ingen artikel i konventionen tar direkt syfte på spridningsrätten eller konsumtionsprincipen. Konventionen adresserar inte heller konsumtion av någon annan exklusiv rätt som erkänts upphovsmännen. Att ingen artikel tar sikte på principen innebär emellertid inte att Bernkonvention förbjuder kontrakterade stater att tillämpa konsumtion i förhållande till spridningsrätten. Konventionen hindrar inte heller medlemsstater att tillämpa principen i förhållande till rätten till mångfaldigande förutsatt att tillämpningen av principen är begränsad till vissa bestämda fall som inte kan komma i konflikt med normala exploateringar av verk eller oskälig påverkan på upphovsmännens legitima intressen. Tillämpning av konsumtionsprincipen i förhållande till rätten till överföring till allmänheten är däremot inte möjlig under Bernkonventionen.¹²³

4.3 TRIPS

TRIPS är en konvention om handelsrelaterade aspekter på immaterialrättens område och är en bilaga till *Marrakesh-konventionen om genomförandet av WTO*. Avtalet undertecknades i Marrakesh den 15 april 1994 och trädde i kraft 1995. Konventionen förpliktigar alla medlemsstater av WTO – till vilka EU och Sverige tillhör – att följa artiklarna ett till tjuogoett i Bernkonventionen förutom 6bis.¹²⁴

TRIPS adresserar också konsumtionsprincipen uttryckligen i artikel 6.

¹²³ Król/Jakub 2008 s. 4, och Cook 2010 s. 69-70

¹²⁴ Król/Jakub 2008 s. 4 samt TRIPS, supra note 3, artikel 9.

For the purposes of dispute settlement under this Agreement, subject to the provisions of Articles 3 and 4 nothing in this Agreement shall be used to address the issue of the exhaustion of intellectual property rights.¹²⁵

Artikeln stadgar att för syftena med tvistlösning enligt WTO-reglerna, ska inget i TRIPS-avtalet användas för att adressera frågan om konsumtion av immateriella rättigheter. Medlemsstater är således fria att applicera såväl nationell som internationell konsumtion eller inte tillämpa konsumtion överhuvudtaget.

4.4 WIPO Copyright Treaty

WIPO Copyright Treaty (WCT) antogs 1996 men trädde inte ikraft förrän 2002. Det är den första och enda multilaterala avtal inom upphovsrätten som specifikt adresserar frågor i relation till upphovsrätten i digitala miljöer. Den antogs som en reaktion mot de nya utmaningar som upphovsrätten mötte i och med den digitala utvecklingen, särskilt vad gäller internet.¹²⁶

Artikel 1 ålägger medlemsstaterna en skyldighet att följa Bernkonventionen. I ett gemensamt uttalande ("agreed statement") till den första artikeln klargörs det att rätten till mångfaldigande i artikel 9 Bernkonventionen i sin helhet är tillämplig i digitala miljöer, särskilt vad gäller användande av verk i digital form.¹²⁷

Artikel 6 adresserar såväl spridningsrätten som dess förhållande till konsumtionsprincipen:

(1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their works through sale or other transfer of ownership.

(2) Nothing in this Treaty shall affect the freedom of Contracting Parties to determine the conditions, if any, under which the exhaustion of the right in paragraph (1) applies after the first sale or other transfer of ownership of the original or a copy of the work with the authorization of the author.

WCT är således den första internationella upphovsrättskonventionen som uttryckligen erkänner spridningsrätten. Konventionen ger också varje medlemsstat en möjlighet att föreskriva regler om konsumtion av spridningsrätten, genom "första försäljningstillfället" eller annan överföring av äganderätten till den berörda kopian. I ett gemensamt uttalande ("agreed statement") till konventionen klargörs det att spridningsrätten och rätten till uthyrning i artiklarna 6 och 7 endast omfattar verk och kopior i fysisk form:

¹²⁵ Artikel 6 – Exhaustion WCT

¹²⁶ Król/Jakub 2008 s. 4

¹²⁷ "The reproduction right, as set out in Article 9 of the Berne Convention, and the exceptions permitted thereunder, fully apply in the digital environment, in particular to the use of works in digital form. It is understood that the storage of a protected work in digital form in an electronic medium constitutes a reproduction within the meaning of Article 9 of the Berne Convention." *Agreed Statement concerning the WIPO Copyright Treaty*, concerning article 1(4), Diplomatic Conference on December 20 (1996)

As used in these Articles, the expressions "copies" and "original and copies," being subject to the right of distribution and the right of rental under the said Articles, refer exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects.

Det har framförts i internationell doktrin att det gemensamma uttalandet till artikel 6 talar för att artikeln bör tolkas som att även konsumtionsprincipen är begränsad till fysiska objekt. I det gemensamma uttalandet klargör medlemsstaterna att kopior och original beträffande spridningsrätten endast syftar på "fixerade kopior som kan spridas genom fysiska objekt". Av uttalandet följer det således att inte heller konsumtion av spridningsrätten kan appliceras på kopior i digital form.¹²⁸

Den slutsatsen verkar emellertid inte delas av majoriteten i doktrinen. Den till synes rådande ståndpunkten om möjligheter för stater att införa konsumtion under WCT kan istället sammanfattas enligt följande: Bestämmelser i konventionen som uttryckligen avser spridningsrätten och konsumtion av den är inte tillämpliga på icke-fysiska verk eller kopior av dessa verk. Konventionen medger däremot inte någon ensamrätt som avser spridning av icke-fysiska kopior. Det innebär att en medlemsstat som bestämmer sig för att införa en sådan rätt också har möjlighet att införa konsumtion av "den digitala spridningsrätten", utan att staten begränsas av bestämmelserna i konventionen.¹²⁹ Slutsatsen är alltså att WCT varken innebär en skyldighet eller begränsar medlemsstaternas möjligheter att införa en spridningsrätt och/eller konsumtion av icke-fysiska exemplar av verk.¹³⁰

Slutsatsen bekräftas delvis av EU-domstolen i *Laserdisken mot Kulturministeriet*¹³¹. I målet slog domstolen fast att konventionen inte påverkar möjligheten för de avtalsslutande parterna att bestämma under vilka omständigheter spridningsrätten ska konsumeras efter den första försäljningen.

Artikel 8 WCT föreskriver rättighetsinnehavarens ensamrätt till all överföring till allmänheten, såväl via trådbunden som trådlös väg. Rätten "inbegriper också tillgängliggörande av verk till allmänheten på ett sådant att personer ut allmänheten kan få tillgång till verken från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer"¹³². Det innebär att publicering av verk på internet faller under artikel 8.¹³³ WCT innehåller dock ingen bestämmelse om konsumtion av rätten till överföring till allmänheten, vilket innebär att avtalsslutande stater endast kan införa en sådan konsumtion inom ramarna för artikel 10 i konventionen.¹³⁴ Artikeln ger kontrakterande parter en möjlighet att föreskriva begränsningar och undantag av rättigheterna som beviljats

¹²⁸ Günther, Petteri (2014) *The Principle of Exhaustion and the Resale of Digital Music in Europe: A Comparative Analysis of the UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp. And Capitol Records, LLC v. Redigi, Inc Cases*, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, 3/2014, p. 221, som hänvisar till *Agreed Statement concerning the WIPO Copyright Treaty*, concerning article 5.

¹²⁹ Król/Jakub 2008 s 6, Fisher et al. 2004 s. 59 och Ganea 2006 s. 17

¹³⁰ Fisher et al. 2004 s. 59 och Ganea 2006 s. 17

¹³¹ Mål C-479/04 § 42

¹³² WCT art. 8: Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.

¹³³ Król/Jakub 2008 s. 5-6

¹³⁴ Król/Jakub 2008 s 6

under WCT, förutsatt att sådana begränsningar och undantag uppfyller den s.k. tre-steps-testet i artikeln.¹³⁵

4.5 Avslutande kommentarer

Sammanfattningsvis är de avtalsslutande parterna till samtliga internationella konventioner på upphovsrätten området fria att införa en ensamrätt till spridning och konsumtion av rätten avseende icke-fysiska verk. Endast under WCT har medlemsstaternas möjligheter till digital konsumtion ifrågasatts i doktrinen. Den rådande uppfattningen får emellertid ändå anses vara att konventionen varken begränsar eller medför en skyldighet att införa ett sådant undantag till spridningsrätten.

Även om artikel 6 i WCT inte innebär att de avtalsslutande parterna är folkrättsligt bundna att begränsa spridningsrätten till fysiska kopior tyder det gemensamma uttalandet på att en sådan tillämpning var den rådande uppfattningen bland medlemsstaterna. Med anledning av den allt mer globala upphovsrätten tillsammans internets framträdande roll på området finns det starka skäl till att medlemsstaterna inom WIPO intar en samsyn på fundamentala bestämmelser som artikel 6. Olika tillämpning mellan exv. USA och Europa kan få betydande konsekvenser för såväl konsumenter som företag som opererar på båda marknaderna. Det sagda talar för att konsumtion av spridningsrätten bör begränsas till fysiska kopior.

¹³⁵ WCT Art. 10: (1) Contracting Parties may, in their national legislation, provide for limitations of or exceptions to the rights granted to authors of literary and artistic works under this Treaty in certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author. (2) Contracting Parties shall, when applying the Berne Convention, confine any limitations of or exceptions to rights provided for therein to certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

5 EU-rätten

5.1 Primärrätten

5.1.1 Inledande anmärkningar

Föreliggande avsnitt behandlar den grundläggande EU-rätten (primärrätten) och de principer från fördragen som styr tolkningen av de EU-rättsliga direktiven, i synnerhet de principer som har en betydelse för tillämpningen av spridningsrätten och principen om konsumtion.

Eftersom konsumtionsprincipen har en särskild ställning inom EU-rätten – den är nära knuten till principen om den inre marknaden och principen om fri rörlighet för varor och tjänster – kommer jag att ägna särskilt utrymme åt principen om den inre marknaden och den fria rörlighetens direkta inverkan på konsumtionsprincipen. Därutöver har ett antal grundläggande rättigheter i EU-stadgan betydelse för uppsatsens syfte: likabehandlingsprincipen och den presumtiva intressekonflikten mellan äganderätten och yttrandefriheten.

5.1.2 Den grundläggande EU-rätten

EU-rätten är uppbyggt av två huvudgrupper av rättsliga akter: primärrätten och sekundärrätten.

Primärrätten är EU-rättens kärna och den som lägger grunden för unions befogenheter, beslutsordning och verksamhet.¹³⁶ Förenklat kan den beskrivas som en grundlag eller en konstitution på så sätt att den ger kompetens åt EU att utfärda lagstiftning som binder medlemsstaterna.¹³⁷ Primärrätten består av två grundläggande fördrag – unionsfördraget¹³⁸ och funktionsfördraget¹³⁹ – samt rättighetsstadgan¹⁴⁰ som har samma rättsliga status som fördragen. Funktionsfördraget ger långtgående befogenheter för EU:s organ att utfärda bindande lagstiftning genom förordningar, direktiv och beslut.¹⁴¹ Den kompetens som ges från fördragen är emellertid begränsad genom att rättsakterna endast kan behandla ärenden inom fördragen¹⁴² och endast kan bli antagna om de syftar till att uppfylla målen med fördragen.¹⁴³

Lagstiftningen som kan härledas ur den kompetens att lagstifta som fördragen gett EU:s organ brukar benämnas sekundärrätten.¹⁴⁴ Varje rättsakt i

¹³⁶ Bernitz/Kjellgren 2007 s. 47

¹³⁷ A.a., s. 54

¹³⁸ Fördraget om Europeiska unionen (2012), EOT C-326/01, 26 oktober 2012

¹³⁹ Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (2012) EOT C-326/01, 26 oktober 2012.

¹⁴⁰ Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2012) EOT C-326/02, 26 oktober 2012.

¹⁴¹ Bernitz/Kjellgren 2007 s. 54

¹⁴² Artikel 249 FEUF

¹⁴³ Artikel 2 och FEUF

¹⁴⁴ Bernitz/Kjellgren 2007 s. 54

sekundärrätten måste bygga på en korrekt rättslig grund som kan härledas ur fördragen, annars riskeras den att ogiltigförklaras. Eftersom sekundärrätten har sin grund i primärrätten ska den förra också tolkas i överensstämmelse med den senare.¹⁴⁵ EU-domstolen har uttryckt detta så att om en bestämmelse i sekundärrätten kan tolkas på flera sätt ska man ge företräde åt den tolkning som leder till att bestämmelsen är förenlig med fördragen.¹⁴⁶

5.1.3 Fri rörlighet för varor och tjänster

5.1.3.1 Den inre marknaden och konsumtion

Med undantag av artiklarna 118 och 207 FEUF¹⁴⁷ tar inte några artiklar i fördragen direkt sikte på immaterialrätten. EU-domstolen har dock med stöd av primärrätten skapat en EU-rättslig konsumtionsprincip långt innan sekundärrättslig europeisk lagstiftning antogs på det upphovsrättsliga området.¹⁴⁸

Den fördragsgrundade konsumtionsprincipen har ett nära samband med den gemensamma marknaden och den fria rörligheten. Den gemensamma marknaden brukar ses som själva kärnan av EU-samarbetet, och har varit en del av unionsprojektet ända sedan dess start 1957.¹⁴⁹ Artikel 3(3) unionsfördraget slår fast att den inre marknaden ska bygga på social marknadsekonomi med hög konkurrenskraft och eftersträva full sysselsättning och sociala framsteg. Den inre marknaden bygger på frihandel mellan medlemsstaterna och kännetecknas av tanken på att ett ökat handelsutbyte ökar den samlade välfärden.¹⁵⁰ Området omfattar i princip medlemsstaternas samlade territorium inom vilken fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital råder.¹⁵¹

Av de fyra friheterna är det framförallt den fria rörligheten för varor och tjänster som är intresse för syftet med uppsatsen. Artikel 28 FEUF definierar den fria rörligheten för varor:

Unionen ska innefatta en tullunion, som ska omfatta all handel med varor och som ska innebära att tullar på import och export samt alla avgifter med motsvarande verkan ska vara förbjudna mellan medlemsstaterna och att en gemensam tulltaxa gentemot tredjeland ska införas.

¹⁴⁵ Hettne/Otken Eriksson 2011 s. 43

¹⁴⁶ Se mål C-218/82, *kommissionen mot rådet* [1983], ECR 04063 § 15, och mål C-135/93, *Spanien mot kommissionen* [1995], ECR I-1651 § 37.

¹⁴⁷ Artikel 207 stadgar att kommissionen tillsammans med rådet har befogenhet att förhandla och ingå internationella konventioner med andra stater inom kommersiella aspekter på immaterialrätten. Artikel 118: Inom ramen för den inre marknads upprättande eller funktion ska Europaparlamentet och rådet i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet föreskriva åtgärder för att skapa europeiska rättigheter som säkerställer ett enhetligt skydd för immateriella rättigheter i unionen och för att upprätta centraliserade system för beviljande av tillstånd, samordning och kontroll på unionsnivå.

¹⁴⁸ Król/Jakub 2008 s. 19 och mål 78/80 *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH mot Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG* [1971] ECR I-00575 (svensk specialutgåva).

¹⁴⁹ Bernitz, Ulf m.fl. (2011) *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens: [upphovsrätt, patent, mönster, varumärken, namn, firma, otillbörlig konkurrens]*, Stockholm, s. 16

¹⁵⁰ Bernitz, Ulf m.fl. 2011 s. 16

¹⁵¹ Bernitz/Kjellgren 2007 s. 35 och art. 26 FEUF

Det följer av principen om fri rörlighet för varor att en produkt som lagligen placerats på marknaden i ett EU-land, fritt kan säljas vidare till och inom alla andra EU-länder utan att innehavaren av en immateriell ensamrätt som kan knytas till produkten kan hindra detta.¹⁵² Det innebär att utomstående personer utan samtycke från rättighetshavaren har rätt att importera immaterialrättsligt skyddade produkter till ett annat land, där den har placerats på marknaden av rättighetshavaren eller med dennes samtycke.¹⁵³ Således: om spridningsrätten har konsumerats genom att en produkt har placerats på marknaden i ett EU-land, kan produkten fritt cirkulera och säljas vidare inom hela EU utan hinder av den bakomliggande upphovsrätten. Den rättsliga bedömningen av parallellimport har alltså ett nära samband med den upphovsrättsliga principen om konsumtion av spridningsrätten.

Den EU-rättsliga konsumtionsregeln motiveras ekonomisk med att rättsinnehavaren av parallella rättigheter inte får uppnå en vinst som är oproportionerlig i förhållande till exploateringen av sin rättighet. Det skulle vara fallet om rättsinnehavaren varje gång han eller hon passerar en inre unionsgräns skulle ha möjlighet att dra den ekonomiska fördel som rättigheten ger rättsinnehavaren i fråga.¹⁵⁴

5.1.3.2 Inskränkningar av den fria rörligheten

Det första steget för att utreda om tolkningen av en regel inskränks av den fördragsgrundade konsumtionsprincipen är att undersöka om den aktuella regeln innebär en inskränkning av den fria rörligheten. Konsumtion av spridningsrätten måste således tolkas mot bakgrund av den fria rörligheten i artiklarna 34 och 35 FEUF:

Kvantitativa import- och exportrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan ska vara förbjudna mellan medlemsstaterna.¹⁵⁵

Principerna om parallellimport och konsumtion har utvecklats av EU-domstolen under fördragen och principerna om fri rörlighet för varor och tjänster. Som det framgår av artikel 34 och 35 FEUF förbjuder den fria rörligheten alla typer av handelshindrande och restriktioner såvida de inte är motiverade av allmänna intressen. I det följande kommer jag, i den mån det är relevant för uppsatsens syfte, att sammanställa EU-rättslig praxis avseende handelshinder och inskränkningar av den fria rörligheten inom upphovsrätten. I nästa avsnitt behandlas i vilken mån sådana inskränkningar kan motiveras med hänsyn till allmänna intressen.

Principen om konsumtion av upphovsrätter inom gemenskapen etablerades första gången 1971 i *Deutsche Grammophon mot Metro*¹⁵⁶. Målet rörde parallellhandel av grammofonskivor mellan Frankrike och Tyskland. Ett tyskt skivbolag distribuerade skivor tillverkade i Tyskland till den franska marknaden genom ett franskt dotterbolag. En grossist i Hamburg köpte upp deras skivor och sålde vidare dem till en skivhandlare som i sin tur sålde skivorna i Tyskland för priser som understeg det tyska skivbolagets mini-

¹⁵² Bernitz, Ulf m.fl. 2011 s. 16

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Förslag till avgörande av generaladvokaten Yves Bot, C-128/11, § 45

¹⁵⁵ Citatet är en hopslagning av artiklarna 34 och 35 FEUF.

¹⁵⁶ Mål 78/80

mipriser. Skivbolaget stämde återförsäljaren i tysk domstol eftersom rättighetsinnehavare enligt tysk rätt hade en exklusiv rätt att kontrollera distributionen. EU-domstolen ansåg att det skulle strida mot principen om fri rörlighet för varor om rättighetsinnehavaren kunde använda sin exklusiva spridningsrätt för att förhindra försäljning av varor i en medlemsstat som denne sålt eller givit medgivande till i en annan medlemsstat.¹⁵⁷

I *Musik-Vertrieb membran mot Gema*¹⁵⁸ anförde EU-domstolen att ljudinspelningar, även om de innehåller upphovsrättsligt skyddade verk, är varor som omfattas av bestämmelserna om fri rörlighet för varor. Målet grundade sig i en tvist mellan en tysk upphovsrättsorganisation och två företag som importerat ljudinspelningar till Tyskland från en annan medlemsstat där rättshavaren hade salufört inspelningarna. Upphovsrättsorganisationen ville ta ut en licensavgift på skillnaden mellan vad de normalt tog ut i Tyskland och den lägre avgiften i den medlemsstat som skivorna var importerade från.¹⁵⁹ EU-domstolen menade dock att sådant agerande stred mot den fria rörligheten för varor.¹⁶⁰

I *Dansk Supermarked mot Imerco* konstaterade EU-domstolen att enligt fast praxis är importbegränsande åtgärder och alla åtgärder med motsvarande verkan förbjudna mellan medlemsstaterna till följd av bestämmelserna i fördraget om fri rörlighet för varor.¹⁶¹

Principen om konsumtion är dock inte begränsad till spridningsrätten. Alla försök att återropa en särskild upphovsrättslig rättighet som kan hindra den fria rörligheten för varor måste kunna motiveras med hänsyn till allmänna intressen, annars strider den mot fördragen och är därigenom olovlig.¹⁶² Att så är fallet illustreras bl.a. i *Parfums Christian Dior mot Evora*¹⁶³ från 1997. I målet, som i för sig rörde upphovsrätt och varumärkesrätt tillsammans, ansåg EU-domstolen att konsumtionsprincipen också kunde tillämpas på rätten till mångfaldigande och överföring till allmänheten.¹⁶⁴

5.1.3.3 Det särskilda skyddsföremålet

Om den aktuella regeln – konsumtion av spridningsrätten i det här fallet – innebär en inskränkning av den fria rörligheten är det andra steget att undersöka om inskränkningen är motiverad med hänsyn till skyddet för det särskilda skyddsföremålet för regeln i fråga.

Restriktioner och begränsningar av den fria rörligheten för varor och tjänster kan godtas om det anses motiverat av allmänna intressen:¹⁶⁵

¹⁵⁷ Mål 78/80 §§ 12-13 och Cook 2010 s. 25.

¹⁵⁸ Mål 57/80 *Musik-Vertrieb membran GmbH och K-tel International mot GEMA - Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte* [1981] ECR 00147 (svenska VI 00001)

¹⁵⁹ Mål 57/80, §§ 2-3.

¹⁶⁰ Mål 57/80 §§ 27 och Cook 2010 s. 25-26

¹⁶¹ Mål 58/80, *Dansk Supermarked A/S mot A/S Imerco* [1981] ECR 00181 (svenska VI 00013) § 11

¹⁶² Król/Jakub 2008 s. 22

¹⁶³ Mål C-337/95 *Parfums Christian Dior SA och Parfums Christian Dior BV mot Evora BV* [1997] ECR I-06013.

¹⁶⁴ Mål C-337/95 §§ 55-59.

¹⁶⁵ Bernitz, Ulf m.fl. 2011 s. 17

Bestämmelserna i artiklarna 34 och 35 ska inte hindra sådana förbud mot eller restriktioner för import, export eller transitering som grundas på hänsyn till [...] att skydda industriell och kommersiell äganderätt. Sådana förbud eller restriktioner får dock inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna.¹⁶⁶

Som det framgår av artikel 36 FEUF är ett sådant intresse bl.a. skyddet för industriell och kommersiell äganderätt. Det har fastslagits av EU-domstolen att upphovsrätten är en sådan äganderätt.¹⁶⁷ Inskränkningar i den fria rörligheten får dock inte utgöra godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna.

Redan i det ovan refererade *Deutsche Grammophon mot Metro* ansåg EU-domstolen att begränsningar av den fria rörligheten endast är motiverade i den mån de syftar till att värna om de rättigheter som utgör det särskilda skyddsföremålet för regeln i fråga. Den ståndpunkten har sedan fastslagits åtskilliga gånger i EU-rättslig praxis.¹⁶⁸ Frågan är vad det särskilda skyddsföremålet i fråga om upphovsrätter egentligen innebär. Givet är att det särskilda skyddsföremålet kan skilja sig beroende på vilken upphovsrättslig regel eller princip den avser att skydda. I det följande kommer jag att sammanställa EU-domstolens praxis på området för att undersöka om det går att dra några generella slutsatser om det särskilda skyddsföremålet för upphovsrätten.

I *Musik-Vertrieb Membran mot GEMA* prövades frågan om immaterialrättens särskilda skyddsändamål. EU-domstolen undvek dock att definiera begreppet men slog fast att den innebär en rätt att kommersiellt utnyttja försäljningen av skyddade verk, särskild i formen av att bevilja licenser i utbyte mot ekonomisk ersättning.¹⁶⁹

I *Coditel mot CineVog* prövades frågan om ensamrätten till att visa biograffilmer, och som innebar att distributören av filmen kunde förbjuda utländska kabel-TV-bolag att sända filmen, var oförenlig med den fria rörligheten att tillhandahålla tjänster.¹⁷⁰ EU-domstolen konstaterade att rättsinnehavaren – distributören av biograf filmen – hade ett legitimt intresse att kunna beräkna ersättningen som ska betalas för ett tillstånd att visa filmen på grundval av det sannolika antalet visningar av filmen.¹⁷¹ Domstolen ansåg vidare att rätten för rättsinnehavaren att kräva ersättning för varje visning av en film var en del av upphovsrättens grundläggande funktioner.¹⁷² Således ansågs inskränkningen av den fria rörligheten motiverad med hänsyn till det särskilda skyddsföremålet.¹⁷³

¹⁶⁶ Artikel 36 FEUF

¹⁶⁷ Mål 78/80 §§ 11-12 och mål 57/80 §§ 10-12.

¹⁶⁸ Se exv. mål 62/79 *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, mfl. mot Ciné Vog Films m.fl.* [1980] ECR 00881 (svenska V/00089) §§ 15-16, Mål 57/80 § 27, Mål 58/80 § 12 etc.

¹⁶⁹ Mål 57/80 § 9.

¹⁷⁰ Mål 62/79 §§ 5-8, se också mål 262/81 *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, mfl. mot Ciné-Vog Films SA m.fl.* [1982] ECR I-03381 som behandlar samma fråga.

¹⁷¹ *Coditel mot CineVog*, § 13

¹⁷² *Coditel mot CineVog*, § 14

¹⁷³ Mål 62/79 § 18 Cook 2010 s. 38-40

*Warner Brother mot Christiansen*¹⁷⁴ är ytterligare ett rättsfall där en restriktion av den fria rörligheten ansetts berättigad med hänsyn till det särskilda skyddsföremålet. Frågan i målet var om innehavaren att en ensamrätt i en medlemsstat kunde hindra uthyrning av videofilmer som saluförts i en annan medlemsstat av rättsinnehavaren eller med hans medgivande. EU-domstolen konstaterade att möjligheten till att förbjuda uthyrning invercade på handeln av dessa varor inom gemenskapen och således var en kvantitativ restriktion.¹⁷⁵ Domstolen menade dock att marknaden för uthyrning av videofilmer var en viktigt potentiell inkomstkälla för upphovsmännen till filmer. En möjlighet att importera filmer för uthyrning skulle innebära att upphovsmännens ersättning inte stod i proportion till det verkliga antalet uthyrningar och att upphovsmännen endast skulle ha rätt till ersättning vid försäljning.¹⁷⁶ Förbudet ansågs berättigat med hänsyn till det särskilda skyddsföremålet för rättigheten i fråga och därför en godtagbar restriktion av den fria rörligheten.¹⁷⁷

I *EMI mot Patricia* var det fråga om ljudinspelningar som lagligen som förts ut på marknaden i en medlemsstat där verkens skyddstid enligt medlemsstatens lagstiftning hade löpt ut. Om ljudinspelningarna inte fick säljas i medlemsstaten skulle det innebära en begränsning av den fria rörligheten vilken uppstått på grund av skillnader mellan nationella lagstiftningar rörande skyddstider.¹⁷⁸ EU-domstolen ansåg att en begränsning till följd av sådana skillnader var berättigad om skillnaderna hade ett oupplösligt samband med ensamrättens själva existens.¹⁷⁹

Frågan om det särskilda skyddsföremålet på upphovsrättens område prövades också i de sammanslagna målen *FA Premier League m.fl. mot QC Leisure*¹⁸⁰. Målen rörde engelska sportbarer som köpte utländska avkodningsutrustningar för att visa utländska sändningar av engelska fotbollsmatcher, vilket var billigare än att köpa rättigheter direkt från engelska licensinnehavare. Rättighetsinnehavarna till matcherna ansåg att det rörde sig om upphovsrättsintrång. Sportbarerna motsatte sig det eftersom de menade att de hade köpt avkodningskortet lagligt på marknaden i en annan medlemsstat.¹⁸¹ EU-domstolen fastslog att det rörde sig om en inskränkning av den fria rörligheten och att den således måste vara skyddad det särskilda skyddsföremålet för att kunna godtas.¹⁸² Enligt domstolen framgick det av fast rättspraxis att det särskilda skyddsföremålet i synnerhet avser att säkerställa skyddet av rättighetsinnehavarnas rätt att kommersiellt utnyttja att de skyddade verken förs ut på marknaden och tillhandahålls i form av licenser i

¹⁷⁴ C-158/86, *Warner Brothers Inc. Och Metronome Video ApS mot Erik Viuff Christiansen* [1988] ECR 02605 (Svenska IX 00456)

¹⁷⁵ C-158/86 § 10

¹⁷⁶ C-158/86 § 14-15

¹⁷⁷ C-158/86 § 19

¹⁷⁸ Mål 341/87 *EMI Electrola GmbH mot Patricia Im – und Export m.fl.* [1989] ECR I-00001 § 10-11

¹⁷⁹ Mål 341/87 § 12

¹⁸⁰ Mål C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League Ltd m.fl. mot QC Leisure m.fl. (C-403/08) och Karen Murphy mot Media Protection Services Ltd (C-429/08)* [2011] ECR I-09083.

¹⁸¹ C-403/08 och C-429/08 §§ 32-43

¹⁸² C-403/08 och C-429/08 §§ 85-89

utbyte mot ersättning.¹⁸³ Genom en hänvisning till skäl 10 i infosoc-direktivet (direktivet kommer att behandlas utförligt i avsnitt 6) ansåg domstolen att rättighetsinnehavarna endast har rätt till skälig ersättning. För att ersättningen ska anses som skälig måste den stå i rimlig proportion till det ekonomiska värdet av den prestation som tillhandahålls, och särskilt stå i ett rimligt förhållande till det faktiska och potentiella antalet personer som använder eller önskar använda tjänsten.¹⁸⁴ Efter en utvärdering av ersättningsnivåerna fastslog EU-domstolen att en inskränkning som innebär ett förbud mot att använda utländsk avkodningsutrustning inte kunde anses motiverad utifrån syftet med det särskilda skyddsföremålet.¹⁸⁵

Vilka generella slutsatser går det att dra utifrån EU-domstolens praxis? För det första ska det påpekas att rättsfallen har gällt olika typer av upphovsrättsliga rättigheter för vilka det särskilda skyddsålet kan se annorlunda ut. I exempelvis *Coditel mot CineVog* ansåg domstolen att rättighetsinnehavaren till biograffilmer hade rätt till ersättning för alla visningar av filmen, dvs. i princip full ersättning. Rätten till full ersättning verkar också gälla i fråga om uthyrning. I *FA Premier League m.fl. mot QC Leisure* slog däremot domstolen fast att när det gäller ersättning från rättigheter enligt Infosoc-direktivet, har rättighetsinnehavaren endast rätt till skälig ersättning. Gemensamt för alla rättsfall är åtminstone det faktum att det särskilda skyddsföremålet för upphovsrätter generellt skyddar rättighetsinnehavarens rätt att kommersiellt utnyttja att verken förs ut på marknaden. EU-domstolen har i mål *Parfums Christian Dior mot Evora* sammanfattat det som att kommersiellt utnyttjande innebär såväl en intäktskälla för rättighetsinnehavaren som ett sätt för rättighetsinnehavaren att kontrollera saluföringen.¹⁸⁶ Här ligger alltså det särskilda skyddsändamålet.

En ytterligare faktor som kan ha betydelse för bedömningen är att EU-domstolens syn på det särskilda skyddsföremålet kan förändras i takt med samhällsutvecklingen. Det gäller särskilt på upphovsrättens område där den tekniska utvecklingen går väldigt snabbt. Således kan det vara vanskligt att tillmäta äldre rättsfall allt för stor betydelse. Det är självklart att tidigare praxis är vägledande för den rättsliga bedömningen. En sådan bedömning måste emellertid ses i ljuset av den tekniska och samhälleliga utveckling som skett de senaste åren.

Tre av de ovan refererade rättsfallen prövas utifrån den fria rörligheten för varor, två utifrån den fria rörligheten för tjänster. I det nästföljande avsnittet kommer jag undersöka dessa två principers inbördes förhållande och huruvida det är av någon betydelse vilken av principerna som tillämpas i det enskilda fallet.

5.1.3.4 Fri rörlighet för varor eller tjänster?

Som det framgått av ovan refererade rättsfall kan upphovsrätter utnyttjas på andra sätt än genom försäljning av fysiska varor. EU-domstolen har exv.

¹⁸³ C-403/08 och C-429/08 § 107.

¹⁸⁴ C-403/08 och C-429/08 §§ 108-109.

¹⁸⁵ C-403/08 och C-429/08 §§ 111-120.

¹⁸⁶ C-337/95 § 57.

fastslagit att sändning av tv-signaler innebär tillhandahållande av en tjänst.¹⁸⁷

När ett fysiskt verk säljs vidare på andrahandsmarknaden är det uppenbart att det rör sig om en försäljning av varor och att regeln ska tolkas mot bakgrund av principen om den fria rörligheten för varor. När det däremot gäller vidareförsäljning av icke-fysiska kopior på internet är det emellertid inte lika självklart om det rör sig om försäljning av varor eller tillhandahållande av en tjänst. Om konsumtion av spridningsrättens förhållande till den fria rörligheten ska analyseras uppstår därför frågan om principen ska prövas i förhållande till den fria rörligheten för varor eller den fria rörligheten för tjänster.

Enligt artikel 57 FEUF definieras tjänster som ”prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer”. En tolkning enligt ordalydelsen pekar mot att konsumtion av spridningsrätten i första hand ska tolkas mot bakgrund av principen om fri rörlighet för varor. Om regeln inte faller in under den fria rörligheten för varor ska den istället tolkas mot bakgrund av den fria rörligheten för tjänster, så länge regeln tar sikte på prestationer som normalt utförs mot ersättning.

I ljuset av parallellimport och konsumtion har EU-domstolen dock tolkat principerna om den fria rörligheten för varor respektive tjänster som att de i princip har samma innebörd. I *Coditel mot Cine Vog* slog EU-domstolen fast att konsumtion av upphovsrätten för varor också gäller för tjänster. Det som tidigare hade fastställts om artikel 34 och 36 FEUF – att den fria rörligheten för varor inte får inskränkas om inskränkningen inte kan motiveras med hänsyn till det särskilda skyddsändamålet – gäller i motsvarande mån avseende den fria rörligheten för tjänster.¹⁸⁸ Domstolen tog dock inte ställning till i vilka situation den fria rörligheten för varor respektive tjänster ska tillämpas eller om principerna överhuvudtaget skiljer sig åt.

I *FA Premier League m.fl. mot QC Leisure* gav EU-domstolen ytterligare vägledning avseende principernas inbördes förhållande. Domstolen anförde att om en nationell åtgärd har samband med både den fria rörligheten för varor och att tillhandahålla tjänster ska domstolen undersöka om en av åtgärderna är helt underordnad den andra och kan knytas till denna. Om så är fallet, ska domstolen endast pröva åtgärden mot bakgrund av den principen. Om tjänsterna och varorna däremot har ett väldigt tätt samband och det inte kan anses att den ena är underordnad den andra ska principerna om fri rörlighet för varor och tjänster prövas samtidigt.¹⁸⁹ Även om domstolens resonemang syftade på nationella åtgärder får det också anses gälla för tolkning av den EU-rättsliga sekundärrätten.

Frågan om konsumtion av spridningsrätten ska tolkas mot bakgrund av den fria rörligheten för varor eller för tillhandahållande av tjänster bör således besvaras enligt följande: om de aktiviteter som den digitala konsumt-

¹⁸⁷ Mål 155/173 *Italien mot Giuseppe Sacchi* [1974] ECR 00409 (Svenska II 00269) §§ 6-7: Härav följer att en TV-sändning, vilken även innefattar reklamslag, omfattas av fördragets regler om tillhandahållande av tjänster, handeln med materiel och annan utrustning, ljudupptagningar, filmer och andra produkter som används för TV-sändning omfattas dock av bestämmelserna om fri rörlighet för varor” 6 och 7.

¹⁸⁸ Mål 62/79 §§ 14-15

¹⁸⁹ C-403/08 och C-429/08 §§ 78-79

ionsprincipen ska tillämpas på varor har ett samband med såväl tjänster som varor ska principen tolkas mot bakgrund av endast en av friheterna, om en kan anses helt underordnad den andra. Om så inte är fallet, ska principen prövas mot bakgrund av båda friheterna. Av EU-domstolens praxis (bl.a. *Coditel mot CineVog*) förefaller det dock som att en prövning enligt dessa friheter inte skiljer sig åt, åtminstone inte i teorin.

I den faktiska bedömningen skulle det dock kunna få betydelse. Exempelvis är det möjligt att det särskilda skyddsföremålet för en tjänst skiljer från motsvarande för varor. Vid många digitala tjänster är det sällan frågan om försäljning eller en övergång av äganderätten, vilket är ett rekvisit för tillämpning av konsumtion av spridningsrätten enligt infosoc-direktivet.

5.1.3.5 Avslutande kommentarer om den fria rörligheten

Oavsett om konsumtion av spridningsrätten för icke-fysiska kopior prövas mot bakgrund av den fria rörligheten för varor eller för tillhandahållande tjänster ska prövningen ske i två steg. För det första måste det undersökas om principen innebär en inskränkning av den fria rörligheten. Om så är fallet, är nästa steg frågan om inskränkningen kan motiveras med hänsyn till det särskilda skyddsföremålet för principen i fråga.

Det ska dock framhållas att huvudargumentet bakom EU-domstolens skapande av en fördragsgrundande konsumtionsprincip inom upphovsrätten inte är av konsumenträttsliga intressen eller med avsikten att lätta upp spridningen av upphovsrättsligt skyddade verk till allmänheten, utan bildandet av en gemensam europeisk marknad. Den fördragsgrundande konsumtionsprincipen är således nödvändig endast för att upprätthålla den fria rörligheten för varor och tjänster inom den gemensamma marknaden.¹⁹⁰

5.1.4 Likabehandlingsprincipen

Artikel 20 i EU-stadgan föreskriver att alla människor är lika inför lagen. Principen är en grundläggande rättsstatlig princip och en grundläggande princip om att personer är jämlika och likvärdiga i rättslig bemärkelse. Rätten innebär också en generell bestämmelse om likabehandling, att lika eller jämförbara fall ska behandlas lika.

I målet *UsedSoft mot Oracle* uttalade EU-domstolen att en försäljning av datorprogram på en cd och dvd är ekonomiskt jämförbart med att ladda ned ett programmet från internet. Tolkad mot bakgrund av likabehandlingsprincipen är försäljning av fysiska och icke-fysiska kopior likställda och ska behandlas lika.¹⁹¹ Det har också föreslagits i doktrinen att EU-domstolens uttalande tyder på att principen om ekvivalens mellan fysiska och icke-fysiska kopior kan tolkas in som en del av likabehandlingsprincipen.¹⁹² Målet behandlas vidare i avsnitt 5.3.

Uppfattningen att likabehandlingskravet inte bara gäller lika, utan också jämförbara fall är en form av rättssäkerhetsgaranti på så sätt att det hindrar att lagstiftare, domstolar eller andra organ genom hänvisning till mer eller

¹⁹⁰ Król/Jakub 2008 s. 21

¹⁹¹ C-128/11 § 61

¹⁹² Nicholson 2013 s. 293

mindre irrelevanta omständigheter behandlar lika fall olika.¹⁹³ Jämförelsen om huruvida två situationer är likartade ska bedömas utifrån lagstiftningens syfte.¹⁹⁴

Det finns en tydlig distinktion i EU-rätten mellan regler som gäller lika-behandling i förhållande till grundläggande civila och politiska rättigheter samt regler som innebär särbehandling av enskilda i identiska eller i ekonomiskt likartade situationer.¹⁹⁵ I de senare fallen finns visserligen krav på objektivitet och rationalitet, men det framgår av praxis från EU-domstolen att lagstiftaren tillåts större handlingsfrihet än vad som gäller särbehandling i förhållande till civila och politiska rättigheter.¹⁹⁶

Det följer således av likabehandlingsprincipen att konsumtion av spridningsrätten visserligen måste tolkas på objektiva och rationella grunder. Konsumtionsprincipen är dock ingen civil eller politisk rättighet som sådan, även om den i viss mån har samband med såväl äganderätten som yttrandefriheten. Det får emellertid anses att lagstiftaren åtminstone i viss utsträckning kan tillåtas ett större skön att särbehandla konsumtion av fysiska och icke-fysiska verk. Som det framgår av *ISD Polska m.fl. mot kommissionen* ska bedömningen särskilt ta sin utgångspunkt i lagstiftningens syfte, i det här fallet infosoc-direktivet.¹⁹⁷ Det är således av särskild vikt att utreda det bakomliggande syftet med direktivet (se avsnitt 5.2).

5.1.5 Upphovsrätten och yttrandefriheten

Det finns en inneboende intressekonflikt i konsumtionsprincipen; den mellan äganderätten och yttrandefriheten. Å ena sidan har rättighetsinnehavaren ett personligt eller kommersiellt intresse till de upphovsrättsliga verk som denne är ägare till. Å andra sidan har allmänheten ett intresse att ta del av och sprida upphovsrättsliga verk i form av kultur och annan information. Intressekonflikten mellan äganderätten och yttrandefriheten har särskilt tydliggjorts genom spridningen av verk på internet. I takt med den tekniska utvecklingen har rättighetsinnehavare allt svårare att kontrollera spridningen av upphovsrättsliga verk, samtidigt som utnyttjare ställer allt högre krav på rätten att ta del av och sprida verken.

I skäl 3 i ingressen till infosoc-direktivet framgår det att harmoniseringen av upphovsrätten har samband med efterlevnaden av de grundläggande rättsprinciperna och särskilt avseende äganderätt, inklusive immaterialrätt, samt yttrandefrihet och allmänintresset. Ett uttalat syfte med infosoc-direktivet är alltså att balansera äganderätten med yttrandefriheten och allmänintresset.

Rätten till egendom är en av de grundläggande rättigheterna som finns listade i EU-stadgan. Enligt artikel 17 ska var och en ha rätt att besitta lagli-

¹⁹³ Lebeck, Carl (2013) *EU-stadgan om grundläggande rättigheter: en introduction*, Lund, s. 293.

¹⁹⁴ Mål C-369/09 *ISD Polska m.fl. mot kommissionen* [2011] ECR I-02011 § 29

¹⁹⁵ Lebeck 2013 s. 296

¹⁹⁶ Mål C-127/07 *Société Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl. mot Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable och Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* [2008] ECR I-09895 § 34-45

¹⁹⁷ C-369/09 § 29

gen förvärvat egendom, nyttja den, att förfoga över den och att testamentera bort den. Nyttjandet av egendom får dock regleras i lag om det är nödvändigt för allmänna samhällsintressen. Enligt artikeln är också immateriell egendom skyddad.

Enligt artikel 11 i EU-stadgan har var och en rätt till yttrandefrihet. Rätten innefattar såväl åsiktsfrihet som frihet att ta emot och sprida uppgifter och tankar utan myndigheters inblandning och oberoende av territoriella gränser. Den typ av yttranden som yttrandefriheten framförallt har omfattat är politiska, religiösa, vetenskapliga och konstnärliga yttranden. Det primära syftet ska antingen vara att sprida kunskaper eller åsikter i samhällsrelaterade, politiska, vetenskapliga, kulturella eller andra frågor av allmänintresse, eller att sprida personliga eller estetiska uttryck. Yttrandefriheten har således både en grund i allmänintresset av öppen debatt, att bidra till ökad kunskap samt i möjligheten för enskilda att uttrycka sin individualitet.¹⁹⁸

Lagstiftaren har dock möjlighet att begränsa yttrandefriheten om restriktionerna är lagliga, proportionerliga och objektivt motiverade.¹⁹⁹

Intressekonflikten mellan äganderätten och yttrandefriheten har prövats av EU-domstolen ett antal gånger. I *Zino Davidoff mot Levi Strauss* uttalade exv. generaladvokaten att immateriella rättigheter utgör en legitim grund för inskränkningen av yttrandefrihet under förutsättningen att de är proportionella och rimliga.²⁰⁰ I ytterligare ett fall menade domstolen att skyddet för immaterialrätten och varumärken vägrade tyngre än den kommersiella yttrandefriheten.²⁰¹ I *Laserdisken mot Kulturministeriet* ansåg en dansk filmimportör att konsumtion av spridningsrätten begränsat till Europa stred mot medborgarnas rätt att ta del av uppgifter och information. EU-domstolen konstaterade att såväl yttrandefriheten som äganderätten är grundläggande rättigheter som domstolen har till uppgift att säkerställa iakttagandet av. Domstolen ansåg dock att även om det kunde antas att konsumtionsprincipen begränsade yttrandefriheten, var inskränkningen motiverad med hänsyn till skyddet för upphovsrätten.²⁰²

Sammantaget går det att dra slutsatsen att EU-domstolen uttryckt en relativt snäv syn på immaterialrättens effekter på yttrandefriheten, åtminstone när det gäller yttrandefriheten i relation till konsumtionsprincipen.²⁰³ Äganderätten står sig starkt i förhållande till rätten att ta del av och sprida vidare information. Det faktum att EU-domstolen redan har konstaterat att konsumtion av spridningsrätten för fysiska verk inte strider mot yttrandefriheten är ett tydligt tecken på en digital konsumtionsprincip inte heller skulle göra det. Istället verkar EU-domstolens praxis inte ge någon direkt vägledning för huruvida konsumtionsprincipen också gäller digitala kopior av verk.

¹⁹⁸ Lebeck 2013 s. 150

¹⁹⁹ A.a., s. 156

²⁰⁰ Förslag till avgörande av generaladvokat Christine Stix-Hackl, C-414/99 *Zino Davidoff SA mot A & G Imports Ltd och Levi Strauss & Co. m.fl. mot Tesco Stores Ltd m.fl.* [2001] ECR I-08691, §§ 63

²⁰¹ Mål C-324/09, *L'Oréal SA m.fl. mot eBay International AG m.fl.* [2011] ECR I-06011.

²⁰² Mål C-479/04 §§ 60-66

²⁰³ Se exv. redan refererade Mål C-479/04.

5.2 Sekundärrätten

5.2.1 Harmonisering inom EU

Följande avsnitt kommer att ge en kort bakgrund till de EU-rättsliga direktiven på upphovsrättens område. I enlighet med uppsatsens syfte kommer tyngdpunkten ligga på infosoc-direktivet men i den mån de är relevanta kommer jag också att behandla datorprogramdirektivet²⁰⁴ och uthyrningsdirektivet²⁰⁵. Jag kommer framförallt att undersöka direktivens syfte, såväl generellt som det specifika syftet med konsumtion av spridningsrätten. Därutöver kommer jag också att undersöka direktivens inbördes förhållande.

Det huvudsakliga motivet bakom harmonisering på upphovsrättens område har varit att undanröja hinder på den gemensamma marknaden. Kommissionen uppmärksammade i slutet på 80-talet att det fanns stora nationella skillnader avseende vilka aktiviteter som är förbjudna eller begränsade av upphovsrätten, samt vilket skydd de upphovsrättsliga rättigheterna gav. Sådana skillnader hade hämmat utvecklingen av den gemensamma marknaden.²⁰⁶ I ett omfattande dokument föreslog kommissionen ett antal harmoniseringsåtgärder för att motverka de hinder som uppstått.²⁰⁷

Kommissionens arbete ledde till att datorprogramdirektivet antogs den 14 maj 1991 – direktivet uppdaterades senast 2009. Ungefär två år senare antogs ytterligare ett direktiv på upphovsrättens område, uthyrningsdirektivet. Harmoniseringen fortsatte under nittio-talet med att ett antal upphovsrättsliga direktiv antogs innan det mer genomgripande infosoc-direktivet antogs.²⁰⁸

Förenklat kan man dela upp upphovsrätten i tre kategorier av verk vars rättsliga regleringar åtminstone delvis omfattas av olika direktiv.²⁰⁹ Den första kategorin är databaser. Databaser omfattas av databasdirektivet med undantag av uthyrning och utlåning till allmänheten, då gäller uthyrningsdirektivet. Kategorin datorprogram omfattas i sin helhet av datorprogramdirektivet. Alla andra typer av litterära och konstnärliga verk faller inom den tredje och mest generella kategorin. Sådana verk omfattas främst av infosoc-direktivet samt uthyrningsdirektivet i de delar som gäller uthyrning och utlåning till allmänheten. Avsnittet kommer att behandla de två senare kategorierna eftersom endast dessa är relevanta för uppsatsens syfte.

²⁰⁴ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättslig skydd för datorprogram EUT L 111/16 5.5.2009.

²⁰⁵ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende närstående skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter EUT L 376/28 27.12.2006.

²⁰⁶ Cook 2010 s. 68

²⁰⁷ *Green Paper on copyright and the challenge of technology – copyright issues requiring immediate action* samt *Follow-up the Green Paper. Green Paper on Copyright and related rights in the Information Society*, 1995. Deras slutsatser efter svar och feedback sammanfattades 1996 i *Follow-up to the Green Paper on Copyright and related rights in the Information Society*, Detta dokument resulterade endast i en, om än vidsträckt, åtgärd – infosoc-direktivet, se också Cook 2010 s. 73-74 och Tritton 2002 s. 323.

²⁰⁸ Król/Jakub 2008 s. 23 och Tritton m.fl. 2002 s. 324-325.

²⁰⁹ För en genomgripande övergång av alla EU-rättsliga direktiv på upphovsrättens område, se Kur/Dreier 2013 s. 250-278

5.2.2 Datorprogram

Det primära syftet med datorprogramdirektivet framgår särskilt av skäl 4 och 5 i ingressen till direktivet och känns igen från de bakomliggande motiven med den upphovsrättsliga harmoniseringen inom EU generellt. De nationella skillnaderna mellan medlemsstaternas skydd för datorprogram ansågs ha negativa verkningar på den inre marknadens funktion. Det bakomliggande syftet med direktivet är således att undanröja sådana negativa verkningar genom en harmonisering av skyddet.

Direktivet omfattar alla datorprogram om de är originella i den meningen att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse.²¹⁰ Med termen datorprogram avses alla former av program, inbegripet sådana som är införlivade som hårdvara.²¹¹

I artikel 4 stadgas de särskilda ensamrätterna som skyddas av direktivet. Rättsinnehavarens ensamrätt innefattar bl.a. rätten att utföra eller ge tillstånd till alla former av spridning av original och kopior av datorprogrammet till allmänheten, inbegripet uthyrning.²¹² Spridningsrätten är dock inte ovillkorlig. Enligt artikel 4(2) konsumeras spridningsrätten efter första försäljningen av en kopia av programmet som görs inom gemenskapen av rättsinnehavaren själv eller med dennes samtycke. Konsumtionen gäller dock inte rätten till uthyrning. Termen uthyrning definieras i ingressen till direktivet och avser att ett original eller kopia i vinstsyfte görs tillgängligt för användande under en begränsad tidsrymd.²¹³

Direktivet omfattar inte rättighetsinnehavarens ensamrätt till överföring till allmänheten. I kommissionens *Staff Working Paper* från 2004 föreslås det att den rätten innefattas i spridningsrätten i artikel 4(1)(c). En sådan vid definition stöds också av ordvalen ”varje form av” i bestämmelsen.²¹⁴ Rätten till överföring till allmänheten skyddas emellertid annars genom infocodirektivet och kommer att behandlas närmare nedan.

5.2.3 Övriga upphovsrättsliga verk

5.2.3.1 Infosoc-direktivets omfattning och ingående

Flera huvudsyften kan skönjas bakom infosoc-direktivet. Dels att implementera skyldigheterna som uppstod när EU antog WCT²¹⁵, dels att harmonisera upphovsrätten för att säkra skapandet av den gemensamma marknaden och den fria rörligheten.²¹⁶ Ett ytterligare motiv till harmoniseringen var att möta utmaningarna inom upphovsrätten som den tekniska utvecklingen och informationssamhället medför.²¹⁷ Skäl 8 i ingressen föreskriver att informationssamhällets sociala, samhälleliga och kulturella konsekvenser kräver att

²¹⁰ Direktiv 2009/24/EG art. 1(3)

²¹¹ Direktiv 2009/24/EG, ingressen, skäl 7.

²¹² Direktiv 2009/24/EG art. 4(2)(c)

²¹³ Direktiv 2009/24/EG, ingressen, skäl 12.

²¹⁴ Król/Jakub 2008 s. 25-26

²¹⁵ Direktiv 2001/29/EG, ingressen, skäl 15

²¹⁶ Direktiv 2001/29/EG, ingressen, skäl 1 och 3

²¹⁷ Direktiv 2001/29/EG, ingressen, skäl 5 (6 och 7)

man beaktar de specifika egenskaperna hos varornas och tjänsternas innehåll.

I ingressen stadgas också att en skälig avvägning mellan rättigheter och intressen hos de olika rättighetsinnehavarna samt mellan rättighetsinnehavarna och användarna av skyddade verk måste upprätthållas. Därigenom krävs det att de befintliga undantag och inskränkningar från rättigheterna – såsom konsumtionsprincipen – ”måste bli föremål för en ny bedömning där hänsyn tas till den nya elektroniska miljön”.²¹⁸ Det framförs också i ingressen att ett tillfredställande rättsligt skydd är av högsta vikt för att säkerställa skälig ersättning till rättsinnehavarna och för att möjliggöra en tillräcklig avkastning på investeringar i produktion av upphovsrättsliga varor.²¹⁹

Infosoc-direktivet är den första och enda EU-rättsliga rättsakt på upphovsrättsområdet som omfattar hela området såtillvida att alla kategorier av upphovsrätter täcks. Direktivet är därmed tänkt att ”fylla ut” där de övriga direktiven inom sina respektive tillämpningsområden inte harmoniserar medlemsstaternas lagstiftning.²²⁰

Artikel 1(2) a och b föreskriver att direktivet inte på något sätt ska påverka befintliga bestämmelser om det rättsliga skyddet för datorprogram samt för uthyrningsrättigheter. Dessa direktiv är således *lex specialis* i förhållande till infosoc-direktivet.²²¹

5.2.3.2 Uthyrning

Rätten till uthyrning regleras i uthyrningsdirektivet. Direktivet omfattas alla upphovsrättsliga verk förutom datorprogram som täcks av datorprogramdirektivet.²²² Direktivet ger rättighetsinnehavaren en ensamrätt till uthyrning i artikel 2. Med uthyrning menas en ”upplåtelse för bruk under en begränsad tid mot direkt eller indirekt ekonomisk eller kommersiell nytta”.

Det framgår av uthyrningsdirektivet att definitionerna av begreppen uthyrning och utlåning kan tolkas på så sätt att de också omfattar vissa typer av verk online, exv. video on demand. Den härskande uppfattningen verkar dock vara att rätten till uthyrning och utlåning endast avser fysiska kopior.²²³

Som det framgått av det redan refererade målet *Warner Brother mot Christiansen* konsumeras inte uthyrningsrätten när en kopia av ett upphovsrättsligt verk sätts på marknaden, vilket bekräftas i artikel 1(2).

5.2.4 Direktivens inbördes förhållande

Beroende på vilken kategori av upphovsrättsligt verk som undersöks gäller i viss mån olika regler. Av de kategorier som är av betydelse för uppsatsens syfte är datorprogramdirektivet, infosoc-direktivet och uthyrningsdirektivet tillämpliga.

²¹⁸ Direktiv 2001/29/EG, ingressen, skäl 31

²¹⁹ Direktiv 2001/29/EG, ingressen, skäl 10

²²⁰ Maunsbach/Wennersten 2011 s. 59

²²¹ Att datorprogramdirektivet har en särskild ställning i förhållande till Infosoc-direktivet har ytterligare bekräftats i mål C-355/12 *Nintendo Co Ltd. M.fl. mot PC Box Srl och 9Net Srl* [2014] ännu inte publicerat, §§ 19-20.

²²² Direktiv 2006/115/EG art. 4

²²³ Król/Jakub 2008 s. 44

Vad gäller spridningsrätten och konsumtion av spridningsrätten skiljer sig bestämmelserna till viss del mellan dataprogramdirektivet och infosoc-direktivet. Medan artikel 4 i det förstnämnda direktivet talar om ”den första försäljningen av en kopia av programmet” formuleras konsumtion i infosoc-direktivet som ”den första försäljningen av exemplaret i fråga”. Distinktionen emellan har tolkats som att konsumtion av spridningsrätten under infosoc-direktivet är mer begränsad än konsumtion under dataprogramdirektivet.²²⁴ Uppfattningen stärks ytterligare av skillnaden mellan direktivens bakomliggande syften och skälen i ingressen till infosoc-direktivet, särskilt skäl 28 och 29.

Det har hävdats i doktrinen att nedladdning av upphovsrättsliga verk också omfattas av rätten till överföring till allmänheten, en rätt som inte konsumeras enligt infosoc-direktivet. Rätten nämns inte uttryckligen i dataprogramdirektivet men skulle eventuellt kunna omfattas av definitionen av spridningsrätten. Spridningsrättens förhållande till rätten till överföring till allmänheten behandlades i *UsedSoft mot Oracle* och kommer att beskrivas närmare i nästa avsnitt.

Om nedladdning från internet omfattades av uthyrningsdirektivet skulle rätten inte konsumeras. Eftersom uthyrning definieras som upplåtelse för bruk under begränsad tid innebär åtminstone att alla licensavtal som undersöks i den här uppsatsen att uthyrningsdirektivet inte är tillämpligt på dessa nedladdningar.

5.3 C-128/11 *Usedsoft mot Oracle*

5.3.1 Bakgrund

Om konsumtion av spridningsrätten är tillämplig på icke-fysiska kopior av upphovsrättsliga verk har än så länge inte prövats i EU-domstolen. År 2012 slog emellertid domstolen fast hur regeln förhåller sig till nedladdning av icke-fysiska datorprogram. I målet prövades således konsumtion av spridningsrätten framförallt mot datorprogramdirektivet, men domstolen uttalade sig också om infosoc-direktivets förhållande till konsumtionsprincipen och tog upp ett antal argument som också kan anses gälla för andra upphovsrättsliga verk än datorprogram. Målet gav därigenom upphov till en omfattande diskussion i internationell doktrin huruvida EU-domstolens avgörande också kunde tillämpas på verk som omfattas av infosoc-direktivet.

Usedsoft mot Oracle hade sin bakgrund i en tvist mellan UsedSoft, ett tyskt företag som bedrev handel med använda licenser till mjukvaror, och den amerikanska mjukvarujätten Oracle.²²⁵ Oracle utvecklade och distribuerade datorprogram som kunder i viss utsträckning kunde ladda ned från företagets hemsida. När ett datorprogram laddades ned erhöll kunden en i tiden obegränsad nyttjanderätt till programmet, som uppläts genom ett licensavtal. Nyttjanderätten omfattade en grupplicens för upp till 25 användare per

²²⁴ Król/Jakub 2008 s. 44.

²²⁵ C-128/11 § 24

licens. En kund som behövde en licens för 27 användare blev således tvungen att köpa två licenser.²²⁶

UsedSofts affärsidé var att utnyttja Oracles stela försäljningskonstruktion genom att förvärva ”överskottslicenser” som företaget sedan sålde vidare till nya användare.²²⁷ Trots att vidareförsäljningen stred mot licensavtalet hävdade UsedSoft att spridningsrätten hade konsumerats i enlighet med artikel 4(2) i datorprogramdirektivet och att den därför var laglig.²²⁸

Den högsta domstolen i Tyskland ställde med anledning av tvisten bl.a. följande fråga till EU-domstolen:

[...] Är spridningsrätten till en kopia av ett datorprogram konsumerad i den mening som avses i artikel 4.2 när förvärvaren med rättsinnehavarens samtycke laddat ned programmet från internet på ett datamedium?²²⁹

5.3.2 Generaladvokatens förslag till avgörande

Generaladvokaten konstaterade först och främst att syftet med konsumtionsprincipen är att uppnå en balans mellan upphovsrättsinnehavarens i princip ensamrätt till utnyttjande och de krav som den fria rörligheten för ställer och hänvisade till praxis om konsumtion och parallellimport på upphovsrättens område.²³⁰

Därefter tog GA ställning till innebörden av uttrycket ”försäljning av en kopia” som han menar utgör ett självständig unionsrättsligt begrepp och ska tolkas enhetligt i alla medlemsstater.²³¹ Enligt GA hade parternas beteckning av transaktionen ingen betydelse utan en försäljning kännetecknas av att äganderätten till en kopia av datorprogrammet övergår för en obegränsad period mot engångsbetalning.²³² För att nyttjanderätten ska utgöra uthyrning enligt direktivet krävs det däremot att den endast tillerkänns för en begränsad period mot periodvis betalning utan att leverantören förlorar äganderätten till kopian.²³³ GA:s förhållandevis vida tolkning av begreppet har ett direkt samband med konsumtionsprincipen syfte, att begränsa rättsinnehavarens ensamrätt till verket när denne har realiserat det ekonomiska värde som är knutet till rättigheten.²³⁴

Oracle, till vilka flera regeringar samt kommissionen anslöt sig, argumenterade för att konsumtionsprincipen inte var tillämplig trots att det rörde sig om försäljning, då nedladdning av datorprogram från internet inte utgör spridning utan överföring till allmänheten enligt artikel 3.1 i infocodirektivet. En sådan tolkning stöddes av såväl ingressen till infocodirektivet²³⁵ som det gemensamma uttalandet om spridningsrätten i WCT.²³⁶

²²⁶ C-128/11 §§ 21-22

²²⁷ C-128/11 §§ 25-26

²²⁸ C-128/11 § 30

²²⁹ C-128/11 § 34(2)

²³⁰ Förslag till avgörande, C-128/11 § 43

²³¹ Förslag till avgörande, C-128/11 §§ 50-51

²³² Förslag till avgörande, C-128/11 § 56

²³³ Förslag till avgörande, C-128/11 § 58

²³⁴ Förslag till avgörande, C-128/11 § 59

²³⁵ Direktiv 2001/29/EG, ingressen, skäl 28 och 29.

²³⁶ Förslag till avgörande, C-128/11 §§ 64-69

GA fann dock inte argumenten övertygande. Han menade för det första att bestämmelserna i infoc-direktivet – som ska tolkas mot bakgrund av WCT – innebär att en transaktion genom vilken ett verk har överförs till allmänheten ska ses som en spridning om det skett en överlåtelse. Med andra ord, spridningsrätten går före överföring till allmänheten om båda är för handen vid samma transaktion.²³⁷ För det andra ansåg GA att skälen i ingressen till infoc-direktivet inte alls vara särskilt klara eller tydliga och därför inte vägledande.²³⁸ Det förefaller inte som att den omständigheten att infoc-direktivet inte är tillämpligt på datorprogram var anledningen till att GA förbisåg skälen i ingressen, utan snarare dess otydlighet och oklarhet.

Det tredje och mest centrala argumentet som framfördes av GA var att en tolkning som innebär att konsumtionsprincipen inte är tillämplig vid nedladdning från internet skulle innebära en avsevärd begränsning av tillämpningsområdet för principen och därmed begränsa den fria rörligheten. Även om den fria rörligheten kan inskränkas med hänsyn till industriell och kommersiell äganderätt är en sådan inskränkning endast motiverad om den syftar till att värna de rättigheter som utgöra det särskilda föremålet för immaterialrätten.²³⁹ GA betvivlade ”att rätten för en rättsinnehavare att hindra en person som lagligen förvärvat äganderätten till en kopia av ett datorprogram att återförsälja denna omfattas av skyddet för de rättigheter som utgör det särskilda föremålet för upphovsrätten”²⁴⁰. Detta särskilt eftersom rättsinnehavaren erhållit skälig ersättning när hen första gången överlät nyttjanderätten till kopian av datorprogrammet.²⁴¹

Generaladvokatens sammantagna slutsats var att spridningsrätten till en kopia av ett datorprogram konsumeras, om rättsinnehavaren har samtyckt till nedladdning via internet och om nyttjanderätten gäller tills vidare och mot vederlag.²⁴²

5.3.3 EU-domstolens dom

EU-domstolen började med att utreda uttrycket ”försäljning” i artikel 4(2) i dataprogramdirektivet. I enhetlighet med generaladvokatens uppfattning menade också EU-domstolen att begreppet ska tolkas enhetligt inom hela unionen, vilket också framgår av syftet med direktivet.²⁴³ Det första villkoret som domstolen ställde upp för att en försäljning ska vara för handen är att äganderätten till kopian har övergått från ena parten till den andra.²⁴⁴ Oracle invände med att äganderätten aldrig hade gått över till användaren eftersom transaktionen innebar två separata avtal: en kostnadsfri nedladdning av datorprogrammet samt ett licensavtal om användning.²⁴⁵ EU-domstolen ansåg dock att avtalen bildade odelbar enhet som ska prövas tillsammans i sin helhet. Transaktionernas gemensamma syfte är dels att göra kopian användbar

²³⁷ Förslag till avgörande, C-128/11 §§ 72-73

²³⁸ Förslag till avgörande, C-128/11 § 74-76.

²³⁹ Förslag till avgörande, C-128/11 §§ 78-78.

²⁴⁰ Förslag till avgörande, C-128/11 § 79.

²⁴¹ Jfr C-403/08 och C-429/08 §§ 106-109.

²⁴² Förslag till avgörande, C-128/11 § 84.

²⁴³ C-128/11 §§ 39-41 och direktiv 2009/24/EG, ingressen, skäl 4 och 5.

²⁴⁴ C-128/11 § 42

²⁴⁵ C-128/11 § 43

för överskådlig framtid, dels att rättsinnehavaren får en ersättning som motsvarar det ekonomiska värdet på kopian.²⁴⁶ Under sådana omständigheter menade domstolen att det är en fråga om övergång av äganderätten och att det utgör en ”försäljning” enligt artikel 4(2).²⁴⁷

Vidare delade domstolen generaladvokatens slutsats att spridningsrätten går före ”överföring till allmänheten” om det skett en övergång av äganderätten. Först och främst slog domstolen fast att artikel 4(2) i dataprogramdirektivet utgjorde *lex specialis* i förhållande till infosoc-direktivet, som Oracle stödde sitt resonemang på. Det innebar att bestämmelserna om ”överföring till allmänheten” i infosoc-direktivet inte alls var tillämpliga i det hänseendet utan att omständigheterna i målet skulle prövas direkt mot spridningsrätten i artikel 4(2) dataprogramdirektivet.²⁴⁸ EU-domstolen påpekade dock att om den aktuella situationen hade prövats enligt infosoc-direktivet hade slutsatsen blivit densamma eftersom – med hänvisning till generaladvokatens resonemang – en övergång av äganderätten innebär att ”överföring till allmänheten” omvandlas till spridning.²⁴⁹

Till sist prövade domstolen frågan om konsumtion av spridningsrätten också avser kopior av datorprogram som laddats ned från internet. Eftersom att dataprogramdirektivet utgör *lex specialis* i förhållande till infosoc-direktivet menade EU-domstolen att man inte kunde ta hänsyn till skäl 28 och 29 i det senare direktivet. Istället konstaterade domstolen att artikel 4(2) i dataprogramdirektivet inte gör någon åtskillnad mellan kopior i fysisk eller icke-fysisk form, något som dessutom bekräftades av direktivet syfte.²⁵⁰

Det ska tilläggas att domstolen medgav att begrepp i infosoc-direktivet och dataprogramdirektivet i princip ska ha samma betydelse, men vad gäller konsumtion av spridningsrätten ansåg domstolen att tillämpningen av infosoc-direktivet inte påverkade tolkningen av artikel 4(2) i dataprogramdirektivet. Detta på grund av den annorlunda avsikt som unionslagstiftaren uttryckt i dataprogramdirektivet.²⁵¹ EU-domstolen undvek således att ta ställning till konsumtionsprincipens tillämplighet i förhållande till icke-fysiska kopior av andra upphovsrättsliga verk, dvs. sådana som omfattas infosoc-direktivet.

Icke desto mindre tog EU-domstolen upp ett par argument som i viss utsträckning gäller för alla typer av upphovsrätter. För det första menade domstolen att försäljning av datorprogram på en cd eller dvd är ekonomiskt jämförbart med att ladda ned programmet från internet. Tolkat mot bakgrund av likabehandlingsprincipen är försäljning av fysiska och icke-fysiska kopior likställda och ska således behandlas lika.²⁵²

För det andra skulle en begränsning av konsumtionsprincipen till att endast gälla fysiska kopior gå utöver vad som var nödvändigt för att skydda det specifika föremålet för den aktuella immateriella rättigheten. Oracle och

²⁴⁶ Här hänvisar EU-domstolen till Förslag till avgörande, *Usedsoft mot Oracle* § 59 om att begreppet måste få en vid tolkning eftersom det annars skulle äventyra bestämmelsens ändamålsenliga verkan.

²⁴⁷ C-128/11 §§ 44-46.

²⁴⁸ C-128/11 § 51

²⁴⁹ C-128/11 § 52, vilken domstolen hänvisar till C-456/06187-188.

²⁵⁰ Direktiv 2009/24/EG art. 1.2 tillsammans ingressen, skäl 7.

²⁵¹ C-128/11 § 60.

²⁵² C-128/11 § 61

kommissionen hade invänt med att konsumtion av spridningsrätten inte gällde tjänster. Domstolen höll inte med och slog fast att syftet med konsumtion är att begränsa ”restriktionerna för distributionen av nämnda verk till vad som är nödvändigt för att skydda det specifika föremålet för den aktuella immateriella rättigheten.” Det är alltså en fråga om begränsning av de den fria rörligheten som inte får sträcka sig längre än till vad som är nödvändigt. Om konsumtionsprincipen begränsades till fysiska kopior skulle det enligt domstolen ge rättsinnehavaren möjligheter att kontrollera återförsäljningen av nedladdade verk och begära ytterligare ersättning varje gång kopian såldes vidare, trots att den första försäljningen redan inbringat rimlig ersättning. En sådan begränsning av konsumtionsprincipen ansågs inte motiverad för att skydda den immateriella rättighetens specifika föremål och innebär således otillåten begränsning av den fria rörligheten.²⁵³

EU-domstolen slog också fast att en ursprunglig förvärvare som säljer vidare en kopia måste göra sin egen kopia obrukbar i samband med vidareförsäljningen. Om ursprungförvärvaren inte gör det innebär det intrång i rättsinnehavarens ensamrätt till återgivning av verket.²⁵⁴

5.3.4 Avslutande kommentarer

För att sammanfatta EU-domstolens slutsatser i *UsedSoft mot Oracle* måste följande förutsättningar vara för handen för att konsumtion av spridningsrätten enligt dataprogramdirektivet ska vara tillämpligt på icke-fysiska kopior av verk:

1. Det ska vara fråga om en nedladdning av kopian från internet.
2. Nedladdningen ska ha skett från rättsinnehavaren eller med rättsinnehavarens samtycke.
3. Ersättningen för nedladdningen ska motsvara det ekonomiska värdet.
4. Nedladdningen ska medföra en i tiden obegränsad nyttjanderätt till kopian.
5. Den ursprunglige förvärvaren gör sin egen kopia obrukbar när den digitala filen säljs vidare.

Vid en första anblick kan det tyckas naturligt att EU-domstolens slutsatser är direkt tillämpliga på andra upphovsrättsliga verk än datorprogram. EU-domstolen lyfter särskilt fram två argument som kan anses tillräckligt generella för att gälla alla kategorier av upphovsrättsliga verk: dels att den fria rörligheten förhindrar att tillämpningen av konsumtion begränsas till fysiska verk, dels att nedladdning av fysiska och icke-fysiska verk är ekonomiskt jämförbart och till följd av likabehandlingsprincipen ska tillämpas lika. Dessa argument gäller i högsta grad också upphovsrättsliga verk som omfattas av infosoc-direktivet. Därmed måste skillnaderna – dels mellan datorprogram och andra upphovsrättsliga verk, dels mellan försäljning av fysiska kopior och nedladdning av icke-fysiska kopior – vara tillräckligt stora för att EU-domstolens argument inte ska anses tillämpliga på konsumtion av spridningsrätten enligt infosoc-direktivet.

²⁵³ C-128/11 §§ 62-63.

²⁵⁴ C-128/11 § 70.

Först och främst finns det ett antal tekniska och ekonomiska skillnader mellan kopior av datorprogram och andra upphovsrättsliga verk som kan komma på att påverka tillämpningen. Därutöver måste man ta hänsyn till det att de bakomliggande syftena i viss mån skiljer sig mellan datorprogramdirektivet och infoc-direktivet. Jag kommer att behandla dessa skillnader närmare i den nästföljande analysen.

Ett annat argument som lyfts fram i doktrinen handlar om att en tolkning mot bakgrund av WCT medför att nedladdning av icke-fysiska kopior snarare ska klassificeras som en överföring till allmänheten än en spridning. Argumentationen bygger dock på slutsatsen att spridningsrätten enligt WCT endast är tillämplig på kopior av fysiska verk.²⁵⁵ Som framgår av avsnitt 3.4 är den gängse uppfattningen inom doktrinen att de avtalsslutande parterna åtminstone inte är folkrättsliga bundna av en sådan tillämplig. Således bör nedladdning från internet kunna klassificeras som en spridning snarare än överföring till allmänheten utan hinder av internationella avtal på området.

²⁵⁵ Moon 2003 s. 194, som hänvisar till det gemensamma uttalandet till WCT art. 6 och 7.

6 Analys

6.1 Inledning

Analysen kommer att ta sin utgångspunkt i två steg. Först analyseras rekvisiten i artikel 4 i infoc-direktivet i ljuset av aktuell rättspraxis, särskilt *UsedSoft mot Oracle*. Därefter kommer bestämmelsen att tolkas mot bakgrund av de bakomliggande motiven med infoc-direktivet och EU-rätten generellt: internationella avtal, principen om den fria rörligheten och likabehandlingsprincipen i ljuset av den tekniska utvecklingen.

Som det har framgått i avsnittet om ekvivalensprincipen kan regler inte överföras direkt från aktiviteter i fysiska miljöer till dess motsvarigheter på internet utan att de bakomliggande motiven grundligt analyseras. Därutöver måste det undersökas vilka intressen som ligger bakom den aktuella rättsregeln samt vilken eller vilka kategorier aktiviteten tillhör. Doktrinen om ekvivalens beskriven i avsnitt 2.2 kommer således att genomsyra samtliga delar av analysen.

6.2 Artikel 4 Infoc-direktivet

Innan artikel 4 utvärderas ska några ord sägas om vilken ensamrätt som är aktuell vid nedladdning på internet. Det har hävdats att nedladdning av digitala kopior (såsom musikfiler och e-böcker) i första hand innebär en överföring till allmänheten enligt artikel 3 infoc-direktivet, en ensamrätt som inte konsumeras enligt samma artikel. Som det framgår av *Peek & Cloppenburg mot Cassina* tillsammans med *UsedSoft mot Oracle* måste dock artiklarna 3 och 4 tolkas mot bakgrund av folkkrätten, i det här fallet framförallt artikel 6.1 WCT. Som EU-domstolen har angett framgår det av artikel 6.1 att förekomsten av en övergång av äganderätten innebär att ”överföring till allmänheten” i artikel 3 omvandlas till spridning till allmänheten i artikel 4.²⁵⁶ En förutsättning för att spridningsrätten ska vara för handen är således att det rör sig om en försäljning eller en övergång av äganderätten.

EU-domstolen har också slagit fast att ”försäljning eller på annat sätt” i artikel 4(1) i infoc-direktivet förutsätter en övergång av äganderätten. I *UsedSoft mot Oracle* ansåg domstolen att begreppet ska tolkas enhetligt inom hela gemenskapen, särskilt eftersom syftet med dataprogramdirektivet är att undanröja olikheter mellan medlemsstaternas lagstiftningar som har negativa åverkningar på den inre marknadens funktion vad gäller upphovsrättsliga verk. Eftersom infoc-direktivets huvudsakliga syfte överensstämmer i det avseendet måste begreppet försäljning i artikel 4 tolkas enhetligt.

Så vad krävs på för att försäljning ska vara för handen enligt EU-domstolen rättspraxis? Förutom en nedladdning av kopian av det upphovsrättsliga verket, förutsätter en övergång av äganderätten en i tiden obegrän-

²⁵⁶ Se dock Moon 2013 s. 193 för en motsatt uppfattning när det gäller icke-fysiska verk.

sad nyttjanderätt till kopian samt ett pris som motsvarar dess ekonomiska värde.

Den omständighet att i stort sett alla återförsäljare av e-böcker och digital musik använder sig av begrepp som ”köp” osv. tyder i viss mån på att det rör sig om en försäljning. De licensvillkor som ingås med användarna vid nedladdning bekräftar den slutsatsen. Ingen av de återförsäljare jag har studerat använder sig av några tidsbegränsade villkor, utan de digitala kopiorna förvärvas genom en i tiden obegränsad nyttjanderätt. Huruvida priset motsvarar det ekonomiska värdet på kopian är det naturligtvis svårare att svara på. Vid en jämförelse mellan fysiska och digitala verk är priserna på digitala verk normalt något lägre.²⁵⁷ Det kan dock förklaras med att kostnaderna för produktion och distribution av digitala kopior är avsevärt lägre än för fysiska verk. Det ekonomiska värdet för en digital kopia är således till sin natur lägre. Det finns dock argument som tyder på att priserna generellt inte motsvarar dess fulla ekonomiska värde, vilket också får betydelse vid en tolkning mot bakgrund av den fria rörligheten och likabehandlingsprincipen. Jag kommer därför att återkomma till resonemanget och i den här delen stanna vid att det finns tveksamheter kring om det verkligen rör om en försäljning eller övergång av äganderätten – givet att priset inte motsvarar det ekonomiska värdet.

Även om man utgår ifrån att en övergång av äganderätten har ägt rum finns det vissa andra omständigheter som pekar på att konsumtion av spridningsrätten ändå inte är tillämplig på icke-fysiska verk. Som det har lyfts fram i doktrinen tyder ordalydelsen i artikel 4 – särskilt formuleringen ”exemplaret i fråga” – på att artikeln endast avser fysiska verk. Formuleringen, tillsammans med uttalandena i skäl 28 och 29, är enligt min mening tillräckligt tydliga för att EU-domstolens slutsats i *UsedSoft mot Oracle* inte kan överföras direkt på andra upphovsrättsliga verk än datorprogram. Dessutom konstaterade domstolen i målet att datorprogramdirektivet delvis har andra motiv än infosoc-direktivet. Det förefaller snarare som att det inte går att dra några säkra slutsatser om lagstiftarens avsikt, även om ordalydelsen och uttalandena i ingressen i viss mån tyder på att konsumtion av spridningsrätten inte är tillämplig på icke-fysiska verk.

6.3 Bakomliggande syften

6.3.1 Inledning

När lagstiftarens avsikt inte går att säkerställa utifrån ordalydelsen är det bakomliggande syftet med den aktuella regeln av avgörande betydelse.²⁵⁸ Utifrån ingressen kan man utläsa framförallt tre huvudsakliga syften bakom infosoc-direktivet:

1. Införandet av internationella konventioner som EU har antagit.

²⁵⁷ För priser på e-böcker se bl.a. Andersson, Sus (2009) *E-boken – Lätt att göra, svårt att sälja*, Rapport från Svenska Förläggareföreningen, SvF, s. 29 f.

²⁵⁸ Se avsnitt 1.3 om metod.

2. Att harmonisera medlemsstaternas upphovsrättsliga lagstiftning för att uppnå en gemensam marknad och fri rörlighet för varor och tjänster.
3. Att möta utmaningarna inom upphovsrätten som den tekniska utvecklingen medfört och att därmed beakta de specifika egenskaperna hos varornas och tjänsternas innehåll i informationssamhället.

6.3.2 Internationella konventioner

Eftersom ett uttalat motiv bakom infoc-direktivet var att implementera de skyldigheter som uppstod när EU antog WCT måste direktivet i första hand tolkas mot bakgrund av konventionen, vilket också har fastslagits i rättspraxis. Den sammantagna slutsatsen är emellertid att varken WCT eller någon annan internationell konvention på upphovsrättens område ger någon direkt vägledning angående uppsatsens syfte. Den rådande uppfattningen i doktrinen är att konventionerna varken begränsar eller medför en skyldighet för de avtalsslutande parterna att införa konsumtion av spridningsrätten för icke-fysiska verk. Det finns dock röster inom doktrinen som förespråkar en motsatt uppfattning: eftersom medlemsstaterna i ett gemensamt uttalande till konventionen har ansett att spridningsrätten i artikel 6 endast är tillämplig på fysiska kopior innebär det att konsumtionsprincipen inte heller kan tillämpas på icke-fysiska kopior.²⁵⁹

För egen del anser jag att det ligger närmast till hands att tolka artikel 6 tillsammans med det gemensamma uttalandet som att det innebär ett minimiskydd avseende konsumtion av spridningsrätten som parterna måste uppfylla. De avtalsslutande parterna är således inte folkrättsligt bundna av att begränsa bestämmelsens tillämpningsområde till fysiska verk. Det gemensamma uttalandet kan däremot ses som en indikation på hur medlemsstaterna anser att frågeställningen bör lösas och även om uttalandet inte är folkrättsligt bindande finns det starka skäl till att de avtalsslutande parterna intar en gemensam hållning i frågan. Detta är särskilt viktigt med tanke på den tekniska och digitala utvecklingen. Framväxten av framförallt internet innebär ett allt mer globalt samhälle där nationsgränser suddas ut. Olika tillämpning mellan exv. USA och Europa skulle få betydande konsekvenser för såväl konsumenter som företag som opererar på båda marknaderna.

6.3.3 Fri rörlighet för varor och tjänster

Ett av de övergripande motiven bakom infoc-direktivet var att harmonisera upphovsrätten för att säkra skapandet av den gemensamma marknaden och den fria rörligheten för varor och tjänster. Principen om den fria rörligheten är emellertid inte bara ett syfte att ta hänsyn till vid tolkningen av direktivet, den har också en fundamental betydelse genom att all sekundärrätt måste tolkas i överrensstämmelse med den fria rörligheten. Annorlunda uttryckt måste alltså bestämmelser i infoc-direktivet rymmas inom principen om den fria rörligheten. Konsumtion av spridningsrätten har också ett nära samband med den fördragsgrundade konsumtionsprincipen och måste

²⁵⁹ Se avsnitt ?

tolkas i enlighet med de principer som fastslagits i EU-domstolens rättspraxis.

Den första tolkningsfrågan som uppstår är om konsumtion av spridningsrätten ska tolkas mot bakgrund av den fria rörligheten för varor eller för tillhandahållande av tjänster. Som EU-domstolen har fastslagit ska regeln, om den har ett samband med båda principerna, tolkas mot bakgrund av endast en av principerna om den kan anses helt underordnad den andra. Ett par omständigheter tyder på att tillhandahållande av tjänster ligger närmast till hands: I *UsedSoft mot Oracle* prövades nedladdning av datorprogram på internet mot bakgrund av den fria rörligheten för tjänster. Nedladdning av kopior av andra upphovsrättsliga verk är till sin natur inte särskilt anorlunda. De licensvillkor som används av de största aktörerna på marknaden är dessutom snarlika de som bedömdes i *UsedSoft mot Oracle*. I skäl 29 i ingressen till infoc-direktivet används begreppet tjänster i förhållande till konsumtion av spridningsrätten vilket tyder på att lagstiftaren avsett tjänster.

Oavsett om konsumtion av spridningsrätten prövas mot bakgrund av den fria rörligheten för tjänster eller varor förefaller det som prövningen i sig inte skiljer sig åt. Det har enligt min mening således ingen betydelse vilken av dessa principer som tillämpas, det viktiga är att man tar hänsyn till de faktiska och rättsliga omständigheter som är karakteristiska för den aktuella regeln. Prövningen innebär två steg. För det första måste det undersökas om en tolkning av konsumtion av spridningsrätten som innebär att den endast tillämpas på fysiska kopior innebär en inskränkning av den fria rörligheten. Om så är fallet måste tolkningen anses motiverad med hänsyn till det särskilda skyddsföremålet för regeln i fråga.

EU-domstolen har i samband med den fördragsgrundande konsumtionsprincipen formulerat det som att importbegränsade åtgärder och alla åtgärder med motsvarande verkan är förbjudna. Bestämmelser i sekundärrätten måste därför tolkas så att de inte får en sådan verkan. Om tillämpningen av principen om konsumtion av spridningsrätten skulle begränsas till att enbart gälla fysiska kopior av upphovsrättsliga verk skulle det innebära en begränsning av den fria rörligheten för icke-fysiska kopior, eftersom rättsinnehavaren skulle ha en möjlighet att kontrollera återförsäljningen av de nedladdade verken.²⁶⁰ För att inskränkningen ska godtas måste den således anses motiverad med hänsyn till skyddet för det särskilda skyddsföremålet.

I upphovsrättslig kontext har det särskilda skyddsföremålet beskrivits som en rätt att kommersiellt utnyttja försäljningen av skyddade verk, särskilt i formen av att bevilja licenser i utbyte mot ekonomisk ersättning. I ingressen till infoc-direktivet anges att rätten endast sträcker sig till skälig ersättning. Vad gäller datorprogram ansåg EU-domstolen att en tillämpning som begränsar konsumtionsprincipen till kopior av fysiska verk skulle gå utöver vad som är nödvändigt för att skydda det specifika föremålet för den aktuella rättigheten.

Det specifika skyddsföremålet för datorprogram skiljer sig emellertid från verk som skyddas enligt infoc-direktivet. För det första har upphovsrättsliga verk i form av filmer, musik och litteratur en betydligt längre livslängd än datorprogram. Emedan datorprogram föråldras i takt med den tek-

²⁶⁰ jfr XXX samt C-128/11 för liknande resonemang om datorprogram)

niska utvecklingen och normalt måste uppdateras regelbundet har litterära och konstnärliga verk en i tiden obegränsad livslängd. Eftersom produktionskostnaden för digitala kopior i princip är noll innebär det att det potentiella utbudet är obegränsat. Det, tillsammans med det faktum att digitala kopior av verk inte kan bli begagnade, skulle på sikt innebära en snedvridning av konkurrensen eftersom det skulle kapa alla incitament för potentiella användare att köpa *nya* kopior.

Det har fastslagits i praxis att fundamentet i det särskilda skyddsföremålet för konsumtion av spridningsrätten är en rätt att kommersiellt utnyttja att verken förs ut på marknaden, och att utnyttjandet innefattar en rätt till skälig ersättning. Effekten av att tillämpa principen på icke-fysiska kopior skulle i förlängningen innebära att rättsinnehavaren mister sin rätt till skälig ersättning. En ytterligare effekt av en sådan tillämpning är att rättsinnehavaren helt skulle förlora kontrollen över saluföringen²⁶¹, såväl på andrahandsmarknaden som för möjligheten att föra ut nya exemplar på marknaden.

Min sammantagna bedömning är således att en tillämpning av principen om konsumtion som begränsas till endast fysiska kopior är motiverad för att skydda det specifika föremålet för den aktuella rättigheten. Det innebär att principen om den fria rörligheten inte begränsar en tolkning av konsumtionsprincipen som utesluter icke-fysiska kopior av upphovsrättsliga verk, exv. sådana som laddats ned från internet.

6.3.4 Den tekniska utvecklingen och likabehandlingsprincipen

Ett ytterligare argument som EU-domstolen framförde i *UsedSoft mot Oracle* var att försäljning av fysiska och icke-fysiska kopior av datorprogram var ekonomiskt jämförbara och att en tolkning mot bakgrund av likabehandlingsprincipen innebär att konsumtion av spridningsrätten ska tillämpas på båda formerna av försäljning. Eftersom jämförelsen om huruvida två situationer är likartade ska bedömas utifrån lagstiftningens syfte har EU-domstolens argumentation ett nära samband med det tredje övergripande motivet bakom infoc-direktivet: att möta utmaningarna inom upphovsrätten som den tekniska utvecklingen medfört och att man därför beaktar de specifika egenskaperna hos varornas och tjänsternas innehåll i informations-samhället.

Om – som EU-domstolen hävdar – försäljning av fysiska och icke-fysiska kopior av *datorprogram* är ekonomiskt jämförbara finns det enligt min mening betydande skillnader när det gäller andra upphovsrättsliga verk, såväl tekniska som ekonomiska.

För det första bygger den digitala tekniken på kopiering: när ett exemplar av ett nedladdat verk säljs vidare förflyttas inte objektet, det kopieras. I *UsedSoft mot Oracle* lade domstolen inte någon vikt vid den här fundamentala skillnaden, men den ter sig än viktigare för konstnärliga och litterära verk än för datorprogram, eftersom upphovsrätten i de förstnämnda inte har något naturligt bäst före-datum. Om varje kopia kan säljas vidare ett obe-

²⁶¹ Vilket har slagits fast som en del i det särskilda skyddsföremålet i upphovsrättsliga sammanhang.

gränsat antal gånger och kostnaden för kopiering i princip är obefintlig hotar ett potentiellt överflöd. Detta eftersom kopiorna aldrig kan bli begagnade, till skillnad från en fysisk kopia som normalt sjunker i värde efter första försäljningen.

För det andra kan de huvudsakliga motiven bakom konsumtion av spridningsrätten för fysiska verk inte rättfärdiga en tillämpning av principen på icke-fysiska verk. Ett bakomliggande motiv är att garantera en fri spridning av kultur och information. Vad gäller nedladdning av verk via internet är risken för ett minskat utbud i princip obefintlig av framförallt två anledningar. Dels eftersom utbudet av digitala kopior är obegränsat, dels eftersom kopiornas livslängd är i det närmaste oändlig. Det bakomliggande intresset är således annorlunda vad gäller vidareförsäljning av fysiska verk jämfört med vidareförsäljning av nedladdade verk via internet.

Även de ekonomiska motiven bakom konsumtion av spridningsrätten talar för att tillämpningen bör begränsas till fysiska kopior. Vad gäller den s.k. *belönningsteorin* har jag i samband med konsumtionsregelns särskilda skyddsföremål beskrivit hur den urholkas vid nedladdning av digitala kopior. Om vidareförsäljning släpptes fri, skulle nämligen den skäligen ersättning som rättsinnehavaren kan ta ut vid första försäljningstillfället i förlängningen minska. *Teorin om skydd för rörlighet på marknaden* kan inte heller anses rättfärdiga fri vidareförsäljning av icke-fysiska verk. Som Ganea har framfört är det huvudsakliga motivet bakom teorin att minska den rättsliga osäkerheten på marknaden och därmed öka rörligheten. Enligt Ganea äventyras inte rörligheten på marknaden vid försäljning på internet eftersom försäljningen inte innebär att några fysiska objekt sätts på marknaden. Ganeas ståndpunkt kan kritiseras eftersom den inte tar hänsyn till behovet av rörlighet på den "digitala marknaden". Enligt min mening skulle dock användarnas möjligheter till vidareförsäljningen innebära större komplikationer än fördelar för rörligheten på den digitala marknaden. Det är förvisso riktigt att en tillämpning av konsumtion av spridningsrätten för icke-fysiska kopior skulle klargöra den rättsliga statusen för legalt förvärvade kopior. Den omfattande förekomsten av illegala kopior på internet skulle dock innebära att den rättsliga osäkerheten på marknaden snarare skulle öka, eftersom legala och illegala kopior skulle florera på samma marknad.

Slutligen skulle en tillämpning av konsumtion av spridningsrätten för icke-fysiska kopior av verk underminera de generella motiven bakom upphovsrätten. Upphovsrätten handlar i grund och botten om att hitta en balans mellan rättsinnehavarens intressen och rättigheter och allmänhetens intresse att ta del av information och kultur. Om nedladdning på internet innebar en konsumering av spridningsrätten skulle det i viss mån undergräva rättsinnehavarens och distributörens incitament för såväl skapande av nya litterära och konstnärliga verk som utveckling av nya distributionsmodeller på internet.

Likabehandlingsprincipen tillåter olika behandling när två situationer, utifrån objektiva och rationella grunder, inte är jämförbara. Det är min sammantagna bedömning att försäljning av fysiska kopior av verk skiljer sig såväl tekniskt som ekonomiskt från försäljning genom nedladdning på internet till den grad att situationerna inte är jämförbara ur ett likabehandlingsperspektiv. Därmed kan en tolkning av konsumtion av spridningsrätten som innebär att principen tillämpas på icke-fysiska kopior inte rättfärdigas med stöd av likabehandlingsprincipen. Det förefaller snarare som att det bakom-

liggande syftet med Infosoc-direktivet – att möta utmaningarna inom upphovsrätten som den tekniska utvecklingen medfört och att därför beakta de specifika egenskaperna hos varornas och tjänsternas innehåll i informations-samhället – tyder på konsumtionsprincipen är begränsad till fysiska kopior.

6.4 Slutsats

Internationella avtal på upphovsrättens område begränsar inte att konsumtion av spridningsrätten tillämpas på icke-fysiska kopior, åtminstone inte folkrättsligt. I en allt mer global upphovsrätt finns det dock starka skäl till att de avtalslutande parterna inom WIPO intar en gemensam ståndpunkt när det gäller fundamentala principer som konsumtion.

Därtöver är det min slutsats att en tolkning av artikel 4(2) infosoc-direktivet som utesluter icke-fysiska kopior visserligen innebär en inskränkning av den fria rörligheten. Inskränkningen kan dock anses berättigad med hänsyn till regelns specifika skyddsföremål. Principen om den fria rörligheten och tillhörande praxis begränsar därför inte en tillämpning av konsumtion av spridningsrätten som endast innefattar fysiska kopior.

Skillnaderna mellan traditionell försäljning och nedladdning på internet är i tekniskt och ekonomiskt hänseende inte jämförbara till den grad att likabehandlingsprincipen medför att aktiviteterna måste behandlas rättsligt lika. Infosoc-direktivets bakomliggande syfte och det faktum att undantag till ensamrätterna ”måste bli föremål för en ny bedömning där hänsyn tas till den nya elektroniska miljön”²⁶² tyder snarare på att lagstiftaren har avsett att aktiviteterna ska bedömas rättsligt olika.

Det är således min sammantagna slutsats att ordalydelsen i artikel 4, tillsammans med skäl 28 och 29 i ingressen och infosoc-direktivets bakomliggande syften, att konsumtion av spridningsrätten endast är tillämplig på fysiska kopior av upphovsrättsliga verk. En annan tolkning förutsätter enligt min mening en lagändring från lagstiftarens sida.

Hur EU-domstolen väljer att tolka bestämmelsen kommer vi bli varse inom sinom tid eftersom den holländska domstolen valde hänskjuta frågan om förhandsbesked till EU-domstolen i höstas. Det återstår att se.

²⁶² Direktiv 2001/29/EG, ingressen, skäl 31

Käll- och litteraturförteckning

Unionsrättsligt offentligt tryck

Fördraget om Europeiska unionen (2012), EOT C-326/01, 26 oktober 2012

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (2012) EOT C-326/01, 26 oktober 2012.

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2012) EOT C-326/02, 26 oktober 2012.

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället EOT L 167/10 22.6.2001

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende närstående skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter EUT L 376/28 27.12.2006

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättslig skydd för datorprogram EUT L 111/16 5.5.2009

Communication from the Commission, *Green Paper on copyright and the challenge of technology – copyright issues requiring immediate action* COM (1988), 172 Final, Brussels, 7.6.1988

Communication from the Commission, *Follow-up the Green Paper – Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society*, COM (1995) 382 Final, Brussels, 19.07.1995

Communication from the Commission, *Follow-up to the Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society*, COM (1996) 586 Final, Brussels, 20.11.1996

Communication from the Commission to The European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *A Digital Agenda for Europe*, COM (2010) 245 Final, Brussels, 19.5.2010.

Svenskt offentligt tryck

DS 2003:35, *Upphovsrätten i informationssamhället - genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.*

Prop. 1960:17, *Förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, m.m.*

Prop. 2004/05:110 del. 1, *Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m*

RFR3 2013/14, *En bok är en bok är en bok? – En fördjupningsstudie av e-böckerna i dag*

Litteratur

Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar, Pehrson, Lars och Sandgren, Claes (2011) *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens: [upphovsrätt, patent, mönster, varumärken, namn, firma, otillbörlig konkurrens]*. 12., Omarb. uppl. Jure. Stockholm.

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders (2007), *Europarättens grunder*, Norstedts Juridik. Stockholm.

Bodewits, Joke (2014), *The reselling of second hand e-books allowed in the Netherlands*, E-Commerce Law Reports, vol. 14, nr 04.

Cook, Trevor M. (2010), *EU intellectual property law*. Oxford University Press. New York.

Dahlman, Christian, Glader, Marcus & Reidhav, David (2005). *Rättsekonomi: en introduktion*. 2. uppl. Studentlitteratur. Lund.

Fisher William W., m.fl. (2004) *iTunes: How Copyright, Contract, and Technology Shape the Business of Digital Media – A Case Study*, Berkman Center for Internet and Society, Harvard Law School. 15 juni.

Ganea, Peter (2006) *Exhaustion of IP Rights: Reflections from Economic Theory*, Institute of Innovation Research Hitotsubashi University Working Paper, nr. 06-02.

Günther, Petteri (2014) *The Principle of Exhaustion and the Resale of Digital Music in Europe: A Comparative Analysis of the UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp. And Capitol Records, LLC v. Redigi, Inc Cases*, Nordiskt Immaterialt Rättsskydd, 3/2014, s. 205-229

Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida (2011). *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Norstedts Juridik. Stockholm.

Król, Mical och Mencl, Jakub (2008), *The Principle of Exhaustion of Copyright in Digital Environment*, Master of Laws in Intellectual Property - Collection of Research Papers.

Kur, Annette och Dreier, Thomas (2013), *European Intellectual Property Law – Text, Cases and Materials*. Edgar Elgar. Cheltenham.

- Lebeck, Carl (2013) *EU-stadgan om grundläggande rättigheter: en introduction*. 1 uppl. Studentlitteratur. Lund.
- Lévêque, François och Ménière, Yann (2004), *The Economics of Patents and Copyright*, Berkeley Electronic Press. Paris.
- Maunsbach, Ulf och Wennersten, Ulrika (2011), *Grundläggande immateri- alrätt*, 2. Uppl. Gleerup. Malmö.
- Mazziotti, Giuseppe (2008), *EU Digital Copyright Law and the End-User*, Springer. Berlin.
- Moon, Ken (2013), *Resale of Digital Content: Usedsoft V Redigi*, 24 Entertainment Law Review 6, s. 193-195.
- Nicholson, Andrew (2013), *Old Habits Die Hard?: UsedSoft v Oracle*, SCRIPTed – A Journal of Law, Technology and Society. Vol. 10 Nr. 3, s. 389-408.
- Nordell, Per Jonas (1997), *Rätten till det visuella*, Stockholm Universitet. Diss. Stockholm
- Olsson, Henry (2009), *Copyright: svensk och internationell upphovsrätt*, 8., omarb. uppl. Norstedts juridik. Stockholm.
- Peczenik, Aleksander (2005), *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005 s. 249-272.
- Reed, Chris (2010), *Online and Offline Equivalence: Aspiration and Achievement*, International Journal of Law and Information Technology,. Vol. 18 Nr. 3 s. 248-273.
- Schollin, Kristoffer (2008), *Digital Rights Management: The New Copyright*, 1. uppl., Jure, Diss, Göteborgs universitet. Göteborg.
- Snickars, Pelle, Lundell Patrik och Marie Cronqvist (red.) (2014), *Återkopplingar*, Mediehistoriskt arkiv. Lund.
- Torremans, Paul L.C. (2014), *The Future Implications of the Usedsoft Decision*, CREATE Working Paper 2014/2
- Tritton, Guy (2002), *Intellectual Property in Europe*, 2. ed. Sweet & Maxwell. London.
- WIPO intellectual property handbook: policy, law and use.. 2nd ed., repr. (2004), WIPO. Geneva.

Tidningsartiklar

Sisario, Ben (2011), *Site to Resell Music Files Has Critics*, New York Times, 14 november.

<http://www.nytimes.com/2011/11/15/business/media/reselling-of-music-files-is-contested.html> (hämtad 2015-01-05)

Sisario, Ben (2013), *A Setback for Resellers of Digital Products*, New York Times, 1 april.

<http://www.nytimes.com/2013/04/02/business/media/redigi-loses-suit-over-reselling-of-digital-music.html> (hämtad 2015-01-05)

Streitfeld, David (2013), *Imagining a Swap Meet for E-Books and Music*, New York Times, 7 mars.

http://www.nytimes.com/2013/03/08/technology/revolution-in-the-resale-of-digital-books-and-music.html?pagewanted=all&_r=0 (hämtad 2015-01-05)

Rapporter

Andersson, Sus (2009) *E-boken – Lätt att göra, svår att sälja*, Rapport från Svenska Förläggareföreningen, SvF

<http://www.forlaggare.se/sites/default/files/Eboken%20%C3%A4tt%20att%20g%C3%B6ra%20sv%C3%A5r%20att%20s%C3%A4lja%20rapport.pdf>

Hargreaves Ian (2011) *Digital Opportunity – A Review of Intellectual Property and Growth*. UK Intellectual Property Office, 18 maj.

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32563/ipreview-finalreport.pdf (hämtad 2015-01-06)

Picard, G Robert, Toivonen, E Timo, Grönlund, Mikko (2003), *The Contribution of Copyright and Related Rights to the European Economy - Based on Data from the Year 2000*, final report prepared for the European Commission – Directorate General – Internal Market, 20 oktober.

http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2002b53001e34_en.pdf (hämtad 2015-01-06)

WIPO (2014), *WIPO Studies on the Economic Contribution of the Copyright Industries – Overview*

http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/performance/pdf/economic_contribution_analysis_2012.pdf (hämtad 2015-01-06)

Elektroniska källor

Adlibris Mondo (2014), Köp- och användarvillkor,

<https://www.adlibris.com/mondo/kundtjanst/terms-and-conditions> (hämtad 2014-12-14).

Agreed Statement concerning the WIPO Copyright Treaty, concerning article 1(4), Diplomatic Conference on December 20 (1996)

http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295456 (hämtad 2014-12-14).

Apple iTunes (2014), Juridisk information och meddelanden,
<http://www.apple.com/se/legal/terms/site.html> (hämtad 2014-12-14)

CDON (2014), FAQ – E-böcker,
<http://cdon.se/b%C3%B6cker/e-b%C3%B6cker/faq/> (hämtad 2014-12-14).

Dito (2014), Särskilda villkor,
<https://dito.se/anv%C3%A4ndarvillkor#termsOfConditionsUrl,%2Fkundservice> (hämtad 2014-12-14)

European Union Ministers (1997) *Global Information Networks: Realising the Potential*, July 6-8, Bonn.
http://web.mclink.it/MC8216/netmark/attach/bonn_en.htm#Heading01
(hämtad 2015-01-06)

Linklater, Emma, Copyright (2013), *E-books distinguished from software, not exhausted*, The Weblog of the Journal of Intellectual Property Law and Practice , 30 juli.
<http://jiplp.blogspot.se/2013/07/e-books-distinguished-from-software-not.html> (hämtad 2015-01-05)

Redigi (2014) Redigi webbsida
<http://www.redigi.com/site/> (hämtad 2015-01-05)

Schnitzer, Isabel (1997) *European Ministerial Conference: European Ministers Adopt Declaration on Global Information Networks*, IRIS 1997-8:3/1,
<http://merlin.obs.coe.int/iris/1997/8/article1.en.html> (hämtad 2015-01-06)

Secondary Market For Digital Objects (2013) Patent N0.: US 8,364,595 B1
Date of Patent: Jan. 29, 2013 Inventor: Erich Ringwald, Amazon Technologies, Inc.
<http://kanda-ip.jp/wp-content/uploads/2014/02/US8364595.pdf> (hämtad 2014-12-14)

Wikipedia (2014) Informationsteknik
<http://sv.wikipedia.org/wiki/Informationsteknik> (hämtad 2015-01-06).

Rättsfallsförteckning

Mål 155/73 *Italien mot Giuseppe Sacchi* [1974] ECR 00409 (Svenska II 00269)

Mål 78/80 *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH mot Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG* [1971] ECR I-00575 (svensk specialutgåva)

Mål 62/79 *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, m.fl. mot Ciné Vog Films m.fl.* [1980] ECR 00881 (svenska V/00089)

Mål 57/80 *Musik-Vertrieb membran GmbH och K-tel International mot GEMA - Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte* [1981] ECR 00147 (svenska VI 00001)

Mål 58/80, *Dansk Supermarked A/S mot A/S Imerco* [1981] ECR 00181 (svenska VI 00013)

Mål 262/81 *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, m.fl. mot Ciné-Vog Films SA m.fl.* [1982] ECR I-03381

Mål C-218/82, *kommissionen mot rådet* [1983], ECR, 04063

Mål C-158/86, *Warner Brothers Inc. Och Metronome Video ApS mot Erik Viuff Christiansen* [1988] ECR 02605 (Svenska IX 00456)

Mål 341/87 *EMI Electrola GmbH mot Patricia Im – und Export m.fl.* [1989] ECR I-00001

Mål C-327/91 *Franska republiken mot Europeiska gemenskapens kommission* [1994] ECR I-03641

Mål C-135/93, *Spanien mot kommissionen* [1995] ECR I-1651

Mål C-337/95 *Parfums Christian Dior SA och Parfums Christian Dior BV mot Evora BV* [1997] ECR I-06013

Förslag till avgörande av generaladvokat Christine Stix-Hackl C-414/99 *Zino Davidoff SA mot A & G Imports Ltd och Levi Strauss & Co. m.fl. mot Tesco Stores Ltd m.fl.* [2001] ECR I-08691

Mål C-479/04 *Laserdisken ApS mot Kulturministeriet*, [2006] ECR I-08089

Mål C-305/05 *Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl. mot Conseil des ministres*, [2007] ECR I-05305

Mål C-456/06 *Peek & Cloppenburg KG mot Cassina SpA* [2008] ECR I-02731

Mål C-127/07 *Société Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl. mot Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable och Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* [2008] ECR I-09895

Mål C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League Ltd m.fl. mot QC Leisure m.fl. (C-403/08) och Karen Murphy mot Media Protection Services Ltd (C-429/08)* [2011] ECR I-09083.

Mål C-324/09, *L'Oréal SA m.fl. mot eBay International AG m.fl.* [2011] ECR I-06011

Mål C-369/09 *ISD Polska m.fl. mot kommissionen* [2011] ECR I-02011

Mål C-128/11, *UsedSoft GmbH mot Oracle International Corp.*, [2012] ECR. I-00000

Mål C-5/11 *Brottmål mot Titus Alexander Jochen Donner* [2012] ECR 00000

Mål C-355/12 *Nintendo Co Ltd. M.fl. mot PC Box Srl och 9Net Srl* [2014] ännu inte publicerat