



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Martha Ingves

Köp utan äganderätt?
En studie av den upphovsrättsliga
konsumtionsprincipen och digitala filmverk

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Birgitta Nyström

Termin för examen: VT 2018

Innehåll

| | |
|---|-----------|
| SUMMARY | 1 |
| SAMMANFATTNING | 3 |
| FÖRKORTNINGAR | 5 |
| 1 INLEDNING | 6 |
| 1.1 Bakgrund | 6 |
| 1.2 Syfte och frågeställningar | 7 |
| 1.3 Metod | 7 |
| 1.4 Material | 10 |
| 1.5 Avgränsning | 11 |
| 1.6 Disposition | 12 |
| 2 FILMINDUSTRINS AFFÄRSMODELL | 13 |
| 2.1 Filmindustrin – en industri präglad av teknologisk utveckling | 13 |
| 2.2 Filmens distributionsfönster | 14 |
| 3 UPPHOVSRÄTTEN | 16 |
| 3.1 Vad är upphovsrätt? | 16 |
| 3.2 Upphovsrätten idag | 18 |
| 3.3 Upphovsrätten och film | 19 |
| 3.3.1 Vad skyddas? | 19 |
| 3.3.2 Vem skyddas? | 20 |
| 3.3.3 Vad går skyddet ut på? | 20 |
| 3.3.4 Vad är tillåtet? | 22 |
| 4 KONSUMTIONSPRINCIPEN | 24 |
| 4.1 Vad innebär konsumtionsprincipen? | 24 |
| 4.2 Varför finns det en konsumtionsprincip? | 26 |
| 5 DIGITAL KONSUMTION | 30 |
| 5.1 Fysiska exemplar kontra digitala kopior | 30 |
| 5.1.1 Förändrade villkor för konsumenternas äganderätt | 30 |
| 5.1.2 Vara eller tjänst? | 32 |

| | |
|--|-----------|
| 5.2 Praxis | 34 |
| 5.2.1 UsedSoft vs. Oracle | 34 |
| 5.2.2 Går UsedSoft- domen att tillämpa på filmverk? | 38 |
| 5.2.2.1 Vad talar för? | 38 |
| 5.2.2.2 Vad talar emot? | 39 |
| 5.2.3 Art & Allposters vs. Pictoright | 41 |
| | |
| 6 FÖR- OCH NACKDELAR MED EN DIGITAL KONSUMTIONSPRINCIP | 44 |
| | |
| 6.1 Fördelar med digital konsumtion | 44 |
| 6.2 Nackdelar med digital konsumtion | 47 |
| | |
| 7 ANALYS | 51 |
| | |
| 7.1 Finns det utrymme inom upphovsrättslagens och Infosoc-direktivets nuvarande lydelse för en konsumtionsprincip som även omfattar digitala kopior av filmverk? | 51 |
| | |
| 7.2 Vilka argument finns för och emot en princip om konsumtion som även tillämpas på digitala kopior av filmverk? | 55 |
| 7.2.1 Argument emot digital konsumtion | 55 |
| 7.2.2 Argument för digital konsumtion | 58 |
| | |
| 7.3 Borde det finnas en digital konsumtionsprincip? | 62 |
| | |
| KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING | 64 |
| | |
| RÄTTSFALLSFÖRTECKNING | 69 |

Summary

Film distribution has found itself in a new digital reality. The swift progress of technology that has taken place during the past decades has posed major challenges for both the film industry's business model and for the copyright laws that regulate the area. An example of a regulation whose scope is unclear as a result of the new distribution of digital copies is the principle of exhaustion.

The exhaustion principle is fixed in 19 § of the Swedish Copyright Act as well as art. 4.2 of the Infosoc Directive. The principle aims to find a balance between two different sets of interests. On the one side we find the interest of copyright owners to benefit financially from their work, which is an important incentive for further creation. On the other side we find the interest of buyers to acquire ownership and the right to have free access over the copies that they buy. The exhaustion principle is also important for the free movement of goods and services within the internal market of the EU. Through the exhaustion principle many positive effects for market efficiency as well as individual consumers arise. Among these positive effects are for example a wide access to movies, fair pricing and protection of consumer integrity. These advantages and underlying purposes aren't exclusive for the exhaustion principle's application on tangible objects, e.g. DVD films. The value that lies in finding a balance between the copyright owners exclusive right on the one hand and the buyers right of ownership on the other remains in our current digital reality. There is both economic and functional equivalence between analogue and digital copies of movies. Pursuant to the EU's principle of equal treatment, equivalent rules should therefore apply to tangible and intangible copies of movies. The arguments against an exhaustion principle applicable to digital copies, for example the need of scarcity on the market to enable pricing that generates profit, are not solid enough to undercut the arguments in favor of a digital exhaustion principle.

As the issue of whether the exhaustion principle is applicable on digital copies has not been tried in court, the scope of the principle is uncertain. It is therefore necessary to seek guidance in cases where similar issues have been tried. The most important case on the subject is *UsedSoft*. In this case the European Court of Justice (CJEU) decided that the exhaustion principle in the Software Directive was applicable on digital copies of computer programs. The CJEU was very articulate about the fact that the Software Directive constitutes *lex specialis* to the Infosoc Directive and that the decision only applied to the exhaustion principle according to the Software Directive. It is therefore not possible to apply the decision of the CJEU in *UsedSoft* on the exhaustion principle in art. 4.2 of the Infosoc Directive. However, a great deal of the legal reasoning and conclusions of the CJEU in *UsedSoft* are possible to apply when interpreting the Infosoc Directive. An example of such a conclusion that applies to all copyrighted works is that

when a digital copy of a work is transferred online and a change in ownership occurs it shall be classified as a good and therefore constitutes an act of distribution rather than communication. Another example is the CJEU's position against distributor's use of licenses instead of purchases when digital copies of works are distributed online as a means to avoid application of the exhaustion principle.

From the wording of the regulations of the exhaustion principle follows that only tangible objects fall within the scope of the principle. This also follows from the case law of the CJEU in the case *Allposters*.

In *UsedSoft* the CJEU showed that they are open to a more dynamic approach to the copyright law where the purpose of the exhaustion principle must be put in context of the present. However, to achieve a change in the current scope of the regulations either the wording of the provision needs to be adjusted or the question of the legal scope of the exhaustion principle on digital copies has to be tried in the CJEU.

Sammanfattning

Filmdistributionen befinner sig i en ny digital verklighet. Den snabba tekniska utveckling som har ägt rum de senaste decennierna har inneburit stora utmaningar för såväl filmindustrins affärsmodell som de upphovsrättsliga bestämmelser som reglerar skyddet för filmverk och dess upphovsmän. Ett exempel på en bestämmelse vars tillämpningsområde är oklart till följd av den nya distributionen av digitala kopior är konsumtionsprincipen.

Konsumtionsprincipen är stadgad i såväl 2 kap. 19 § URL som i art. 4.2 Infosoc-direktivet. Principen syftar till att finna en balans mellan två motstående intressen. På den ena sidan finns upphovsmännens intresse av att tjäna pengar på sina verk, vilket är ett viktigt incitament för fortsatt skapande. På den andra sidan finns köparens intresse av att erhålla rätten att fritt förfoga över de exemplar som han eller hon köper.

Konsumtionsprincipen är dessutom viktig för den fria rörelsen av varor och tjänster inom EU:s inre marknad. Tack vare konsumtionsprincipen uppstår också många positiva effekter för såväl marknadseffektiviteten som för enskilda köpare. Bland dessa fördelar finns bl.a. bred tillgång till filmverk, skäliga priser och skydd för köparens integritet. Dessa fördelar och syften med principen är inte exklusiva för fysiska exemplar av filmverk. Värdet i att finna en balans mellan upphovsmännens ensamrätt och köparens äganderätt kvarstår i vår nya digitala verklighet. Det föreligger både ekonomisk och funktionell ekvivalens mellan analoga och digitala kopior av filmverk. Enligt den EU-rättsliga likabehandlingsprincipen bör likvärdiga regler därför gälla för fysiska och digitala kopior av filmverk. Argumenten som talar emot en konsumtionsprincip som tillämpas på digitala kopior, exempelvis behovet av underskott på marknaden för att möjliggöra en prisnivå som genererar vinst, är inte tillräckligt många eller starka för att stå emot argumenten som talar för en digital konsumtionsprincip.

Eftersom frågan om konsumtionsprincipen äger tillämpning även på digitala kopior inte har prövats i domstol är rättsläget osäkert. Det är därför nödvändigt att ta ledning i mål där närliggande frågor har prövats. Det viktigaste målet på området är *UsedSoft*, i vilket EU-domstolen beslutade att konsumtionsprincipen enligt direktivet om datorprogram kunde tillämpas på digitala kopior av datorprogram. I detta mål var EU-domstolen mycket tydlig med att det endast var konsumtionsprincipen enligt direktivet om datorprogram som prövades och det går inte att direkt tillämpa domslutet på bestämmelsen om konsumtion av spridningsrätten enligt Infosoc-direktivet. Många av resonemangen och slutsatserna är dock möjliga att använda även i tolkningen av art 4.2 i Infosoc-direktivet. Ett exempel på en sådan slutsats som gäller för samtliga upphovsrättsliga verk är att verk som överläts i form av digitala kopior ska klassificeras som varor och därmed utgör spridning snarare än överföring. Ett annat sådant exempel är EU-domstolens

ställningstagande emot distributörers användning av licenser istället för överlåtelser av äganderätt vid distribution av digitala kopior av verk. Av ordalydelsen i bestämmelserna om konsumtionsprincipen följer att endast fysiska exemplar ska omfattas av principen. Detta följer även av praxis från EU-domstolen i målet *Allposters*.

EU-domstolen har i målet *UsedSoft* visat att domstolen är öppen för en dynamisk tolkning av upphovsrätten där konsumtionsprincipens syfte måste sättas in i dagens sammanhang. För att en ändring av rättsläget ska till krävs dock att ordalydelsen ändras alternativt att konsumtionsprincipens tillämpningsområde för digitala kopior prövas i EU-domstolen.

Förkortningar

| | |
|--------------------|--|
| EU | Europeiska Unionen |
| FEUF | Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt |
| Infosoc-direktivet | Europaparlamentet och Rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället |
| TRIPS-avtalet | Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights including Trade in Counterfeit Goods |
| URL | Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk |
| WIPO | World Intellectual Property Organisation |
| WIPO-fördraget | WIPO-fördraget om upphovsrätt, Genève den 20 december 1996 |

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Upphovsrätten uppstod under en tid då den intellektuella egendom som rätten avsåg att skydda var tydligt sammankopplad med fysiska exemplar. Det är också under dessa förhållanden som upphovsrätten har verkat under väldigt lång tid. Även när det har uppkommit nya tekniker för skapande av upphovsrättsliga verk och medel för att förvara och distribuera det intellektuella innehållet så har förhållandet mellan fysiskt exemplar och intellektuell egendom i stor utsträckning bestått. Radioapparaten och TVn gjorde det visserligen möjligt att ta del av upphovsrättsligt skyddat material även utan att ta del av det fysiska exemplaret men det var fortfarande de fysiska exemplaren som utgjorde distributionens huvudområdet. Det var där det fanns pengar att tjäna. Denna till synes orubbliga relation kan, tack vare internet, nu vara på väg att försvinna.¹

Idag sker majoriteten av all distribution av film över internet i form av digitala filer som antingen laddas ned eller streamas on-demand.² För konsumenterna av film och serier har dock inte bara sättet att ta del av verken förändrats. Den digitala utvecklingen har även fört med sig stora förändringar när det kommer till konsumenternas rättigheter. I och med att distributionen av film och serier har övergått från fysiska exemplar av verken, i form av t.ex. DVD-skivor, till digitala kopior har konsumenterna, i många fall ovetandes, gett upp en stor del av sina rättigheter till de upphovsrättsligt skyddade verken som de konsumerar. I lagens mening är det nämligen skillnad mellan att förvärva ett fysiskt exemplar av en film och att förvärva en digital kopia. Trots att konsumenten till synes köper en film över internet och laddar ned den till sin egen hårddisk har hon inte nödvändigtvis förvärvat samma rättighetspaket till sin nyinköpta film som hon hade gjort om hon genomfört samma köp men i form av en DVD-film.

En av de största källorna till osäkerhet kring förfoganderätten över digitala filmer är konsumtionsprincipen. Det är tack vare denna rättsliga princip som du som konsument har rätt att fritt förfoga över ett exemplar av ett upphovsrättsligt verk som du har köpt i butiken. Konsumtionsprincipen är en väl etablerad princip såväl i Sverige som internationellt och den är

¹ Perzanowski, Aaron & Schultz, Jason M., *The end of ownership: personal property in the digital economy*, 2016, s. 35 ff.

² Jfr Perzanowski & Schultz, s. 35 ff.; Jfr Ulin, Jeff, *The business of media distribution: monetizing film, tv and video content in an online world*, 2nd ed., 2014, s. 362.

fastslagen både i den svenska lagen om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk och i det EU-rättsliga Infosoc-direktivet. När distributionen av film nu i stort sett uteslutande sker över internet i form av digitala kopior har det uppstått osäkerhet kring principens tillämpningsområde. Frågan är om konsumtionsprincipen, som historiskt sett varit tydligt knuten till fysiska exemplar, även gäller i dagens nya digitala kontext.

1.2 Syfte och frågeställningar

Denna uppsats avser att undersöka hur upphovsrätten, med fokus på filmverk, klarar av att hantera den nya verklighet som den digitala utvecklingen har lett till. För att undersöka detta område tas avstamp i en affärsmässig bakgrund där filmindustrins affärsmodell och dess nya utformning undersöks för att ge en vidare förståelse för dagens kontext och fungerar som ett underlag för den rättsliga analysen.

En av de stora utmaningar som uppkommit för upphovsrättsinnehavare till filmverk är den digitala distributionen. Det uppstår en krock när regelverk anpassade till en distributionskedja bestående av fysiska exemplar börjar tillämpas även på distribution av digitala kopior. Ett tydligt exempel på denna krock är konsumtionsprincipen, som traditionellt sett har varit starkt knuten till just de fysiska exemplaren. Syftet med denna uppsats är att undersöka hur konsumtionsprincipen fungerar i dagens digitala kontext. För att genomföra undersökningen tas hjälp av följande tre frågeställningar:

1. Finns det utrymme inom upphovsrättslagens och Infosoc-direktivets nuvarande lydelse för en konsumtionsprincip som även omfattar digitala kopior av filmverk?
2. Vilka argument finns för och emot en princip om konsumtion som även tillämpas på digitala kopior av filmverk?
3. Borde det finnas en digital konsumtionsprincip?

1.3 Metod

Under mitt arbete med denna uppsats har jag använt en rättsanalytisk metod. Denna metod går ut på att analysera rätten och söker därmed inget ”rätt

svaer".³ Den är således friare i sitt angreppssätt än exempelvis den rättsdogmatiska metoden, som i sin strävan att "fastställa gällande rätt" utgår från en begränsad mängd källor, dvs. rättskällorna lag, förarbeten, prejudikat och doktrin.⁴ Den rättsanalytiska metoden innefattar även inslag av den rättsdogmatiska metoden i det att samma rättskällor kan användas. Eftersom den rättsanalytiska metodens syfte inte stannar vid att fastställa rätten, utan även att analysera den, är det möjligt att använda annat material än sådant som "skapar gällande rätt".⁵ Genom att använda, inom juridiken, okonventionellt material såsom material från andra vetenskaper, utländsk rätt och inofficiell rätt som exempelvis soft law möjliggör den rättsanalytiska metoden en nyanserad och bred analys av rätten.⁶

Eftersom detta arbete syftar till att analysera hur rätten har påverkats av den tekniska utvecklingen utifrån en affärsmässig bakgrund lämpar sig den fria och analytiska inställningen till såväl val av material som angreppssätt till detsamma som den rättsanalytiska metoden ger. Att kombinera rättskälleläran i den beskrivande delen av upphovsrätten med material från andra vetenskaper för att genomföra en analys av rättsläget passar denna framställning.

Det upphovsrättsliga området är idag starkt påverkat av internationell rätt. Den svenska regleringen har i stor utsträckning behövt anpassas efter EU-rätten och idag utgörs området till stor del av unionsrättsliga direktiv, förordningar och praxis. Enligt den rättsdogmatiska läran om rättskällorna ingår det europarättsliga och unionsrättsliga materialet i lag och prejudikat.⁷ Den rättsanalytiska metoden införlivar den rättsdogmatiska metodens syn på rättskällorna och gör det därmed möjligt att använda såväl direktiv, förordningar och praxis från EU som internationella konventioner.

Till följd av att EU-rätten behandlas i stor utsträckning i denna uppsats är det utöver den rättsanalytiska metod som utgör uppsatsens grund även nödvändigt att ta hjälp av den EU-rättsliga metoden.⁸ Det som skiljer den EU-rättsliga metoden från den rent svenska rättsanalytiska metoden är framför allt dess förhållningssätt till praxis.⁹ Detta märks dels i det sätt på

³ Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 3., [utök. och rev.] uppl., 2015, s. 43.

⁴ Sandgren (2015), s. 43.

⁵ Sandgren (2015), s. 46.

⁶ Sandgren, s. 46.

⁷ Sandgren, s. 43.

⁸ Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2., omarb. uppl., 2011, s. 34.

⁹ Jfr Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 36.

vilket EU-domstolen tolkar de EU-rättsliga bestämmelserna, dels i den genomslagskraft som EU-domstolens praxis får för rättsläget.

När EU-domstolen prövar unionsrättsliga bestämmelser läggs vikten i större mån än i svenska domstolar på bestämmelsernas syfte och sammanhang och mindre vikt läggs vid bestämmelsernas ordalydelse.¹⁰ Detta följer av att EU-domstolen i stor utsträckning använder sig av den teleologiska tolkningsmetoden. Enligt denna metod ska bestämmelser läsas i ljuset av deras ändamål och i de fall då flera tolkningsmöjligheter av en enskild bestämmelse finns så ska den tolkning väljas som bäst stämmer överens med bestämmelsens syfte.¹¹ Trots att den teleologiska tolkningsmetoden utgör grunden för EU-domstolens verksamhet använder sig domstolen även av andra metoder för att tolka och tillämpa den många gånger oprecisa unionsrätten. Bland dessa kan särskilt nämnas den teleologiska metodens motpol, den bokstavstroga tolkningen. Enligt denna tolkningsmetod ska vikt läggas vid bestämmelsens ordalydelse och den används ofta i de fall då EU-domstolen anser att en tolkning som går utanför bestämmelsens faktiska lydelse skulle vara för långtgående. EU-domstolen brukar i dessa fall ofta motivera sitt val av denna mer restriktiva tolkningsmetod med att det är lagstiftarens roll att stifta lagen och att det skulle gå utanför domstolens behörighet att inkräkta på detta område.¹² Oavsett vilken metod som EU-domstolen väljer att tillämpa är det gemensamt för dess prövning av de unionsrättsliga bestämmelserna att stor vikt ska läggas vid allmänna rättsprinciper. De allmänna rättsprinciperna fungerar som tolkningsbakgrund för samtliga bestämmelser inom unionsrätten och bestämmelser ska så långt det är möjligt tolkas i enlighet med de allmänna rättsprinciperna.¹³

Den EU-rättsliga metoden använder sig av ett annat förhållningssätt till praxis än den traditionella svenska metoden. Enligt den EU-rättsliga metoden läggs stor vikt vid prejudikat och domslut från EU-domstolen har en betydelse som påminner om den som råder i de angloamerikanska rättssystemen.¹⁴ Till skillnad från Common law-systemet i de angloamerikanska länderna ägnar sig dock EU-domstolen inte åt induktion, dvs. att fylla ut luckor i lagstiftningen genom att enbart jämföra mål med och hitta rättsregler i tidigare praxis. EU-domstolen ägnar sig snarare åt deduktion då domstolen baserar sina domslut på lagtext eller rättsgrundsatser som har framkommit i tidigare praxis och även tar hänsyn

¹⁰ Hettne & Otken Eriksson, (2011), s. 35 f.

¹¹ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 167 f.

¹² Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 158.

¹³ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 162.

¹⁴ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 49.

till omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁵ EU-domstolen är olikt domstolarna i Common law-system inte heller bunden av sin tidigare praxis och även om domstolen i stor utsträckning tillämpar principen om stare decisis, enligt vilken ett mål med samma relevanta omständigheter som ett tidigare mål även ska bedömas lika, har EU-domstolen visat att det är möjligt att göra ändringar i sin egen rättspraxis.¹⁶ När ledning vid en prövning av ett mål ska tas i prejudikat är det viktigt att börja med att konstatera vilka av omständigheterna i de två målen som stämmer överens med varandra. Därefter bör man titta på vilka av omständigheterna i det redan avgjorda målet som var väsentliga för utgången i målet och därför utgör rättsregler.¹⁷ Enligt den EU-rättsliga metoden ska dock inte allt för stor betydelse läggas i formuleringen av enskilda domskäl utan varje mål ska betraktas som en del i det led av praxis som bildar gällande rätt.¹⁸

1.4 Material

Denna undersökning har gått ut på att analysera rättsläget. För att genomföra en sådan analys har utgångspunkt tagits i lagtext, såväl den svenska URL som det unionsrättsliga Infosoc-direktivet. För att ge en djupare förståelse för lagtexten har i begränsad mån ledning tagits i förarbeten till URL och uttalanden av kommissionen och den internationella upphovsrättsliga organisationen WIPO samt WIPO-fördraget. Även EU-rättslig praxis har använts för att fastställa gällande rätt. Eftersom EU-domstolen i målen som studerats har hänvisat till Generaladvokatens förslag till avgörande har även dennes argumentation och synpunkter använts för att fastställa rättsläget.¹⁹

För analysdelen har litteratur samt artiklar som kommenterar rättsläget och praxis använts. Eftersom upphovsrätten idag till stor del styrs av EU-rätten och de viktigaste målen på området kommer från EU-domstolen är merparten av den använda doktrinen skriven av internationella författare. Detta har skapat förutsättning för en analys som är internationellt gångbar och nyanserad. Konsumtionsprincipen är en väl utredd och omskriven princip som tas upp i en stor del av den upphovsrättsliga doktrinen. När det kommer till principens tillämpning på digitala kopior av verk är förekomsten i litteraturen emellertid begränsad och av de tunga verken är det framför allt Torremans och Stamatoudis lagkommentar till EU:s

¹⁵ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 49 f.

¹⁶ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 50 f.

¹⁷ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 52 f.

¹⁸ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 36.

¹⁹ Jfr Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 116.

upphovsrättsliga regleringar som diskuterar konsumtionsprincipens tillämpning i en digital kontext. Den digitala konsumtionsprincipen är istället omskriven i artiklar i juridiska tidskrifter, varför uppsatsens analys till stor del är baserad på sådana artiklar. Bland de artiklar som kommenterar rättsläget saknas dock analyser som är avgränsade till just digitala filmverk. Det har därför varit nödvändigt att ta ledning i artiklar som prövat frågan i relation till andra upphovsrättsliga verk och resonemangen har sedan applicerats på filmverk. Då URL och Infosoc-direktivet reglerar samtliga upphovsrättsliga verk har detta inte utgjort ett problem.

Den litteratur som har använts för att undersöka filmindustrin är till följd av att en stor del av dagens film kommer från USA skriven av amerikanska författare. Detsamma gäller för frågorna kring den digitala distributionen. Eftersom dagens digitala verklighet har medfört att de nationella gränserna för distribution av film till stor del har suddats ut är det möjligt att ta ledning även i litteratur skriven utifrån ett amerikanskt perspektiv.

1.5 Avgränsning

I denna uppsats fokuserar utredningen och diskussionen kring upphovsrättens konsumtionsprincip på filmverk. Resonemangen går i stor utsträckning att tillämpa även på andra verkstyper och upphovsrättsintensiva industrier men de slutgiltiga argumenten och konklusionerna är avgränsade till filmvärlden. Orsaken till denna avgränsning är att utgångspunkten tas i filmindustrins affärsmodell. Utredningen är vidare inriktad på distribution av film genom köp och nedladdning av digitala filmer som sparas på konsumentens enhet. Andra möjliga distributionssätt omnämns kort men studeras inte närmare.

Upphovsrätten är ett område som regleras av en stor mängd nationella och internationella lagar, direktiv, förordningar och konventioner. För att begränsa läsarens förvirring i möjligaste mån har det skett en restriktiv avgränsning av vilka rättsliga regleringar som tas upp. Då frågan om konsumtionsprincipens tillämpningsområde ytterst styrs av EU-rätten och EU-domstolens tolkning av densamma har fokus lagts på en analys utifrån Infosoc-direktivet och praxis från EU-domstolen. Uppsatsen utgår dock från en svensk kontext och URL har analyserats i den del där den svenska regleringen gått längre än Infosoc-direktivets bestämmelser.

Upphovsrätten består av två nära sammankopplade men fundamentalt olika rättigheter, de ekonomiska och de ideella. I denna uppsats kommer fokus att

ligga på de ekonomiska rättigheterna då konsumtionsprincipen utgör ett undantag till upphovsmannens ensamrätt, vilket är en ekonomisk rättighet.

1.6 Disposition

Uppsatsen inleds med två allmänna bakgrundsavsnitt, ett kring filmindustrins affärsmodell och ett kring grundläggande upphovsrätt. Det första bakgrundsavsnittet ger en kort inblick i filmindustrin och hur denna har påverkats av den digitala utvecklingen. I detta avsnitt får läsaren en förståelse för de stora förändringar som nya digitala distributionssätt medfört för filmindustrin. I avsnittet förklaras också filmdistributionens särskilda uppbyggnad i så kallade fönster, vilket utgör en av grundpelarna för konsumtionsprincipens relevans för just digitala filmverk. I det andra bakgrundsavsnittet redogörs därefter för vad upphovsrätt är, hur och varför den har uppkommit och hur den rättsliga regleringen ser ut idag.

Efter dessa första bakgrundsavsnitt går uppsatsen över i att koncentrera sig mer specifikt på konsumtionsprincipen. I uppsatsens fjärde avsnitt beskrivs principen och motiveras utifrån sitt syfte och sin funktion. Efterföljande avsnitt går ännu djupare då fokus läggs på konsumtionsprincipen i en digital kontext. Först redovisas skillnader mellan konsumentens äganderätt beroende på om det är en analog eller digital kopia hon köper och skillnaden mellan digitala och analoga överlåtelser ur lagens synpunkt. Sedan undersöks rättsläget utifrån två mål från EU-domstolen som har prövat konsumtionsprincipen och som indirekt har betydelse för dess tillämpning på digitala verk. I det avslutande avsnittet i den redogörande delen av uppsatsen tas olika för- och nackdelar med en digital konsumtionsprincip upp. I samtliga avsnitt förs en löpande analys som baseras på rättspraxis och doktrin.

Uppsatsen avslutas med en analys som dels sammanfattar den löpande analysen i tidigare avsnitt, dels tar upp egna synpunkter och slutsatser. Analysen besvarar uppsatsens tre frågeställningar.

2 Filmindustrins affärsmodell

2.1 Filmindustrin – en industri präglad av teknologisk utveckling

Filmindustrin står idag inför stora förändringar som en följd av den tekniska progressivitet som har präglat samhället de senaste decennierna. Det här är ingenting nytt för denna bransch som ända sedan start har stått i stark förbindelse med teknologisk utveckling. Det är tack vare historiska nymodigheter så som ljudet, färgbilden, TV-skärmen, hemvideosystemet etc. som film är vad det är idag.²⁰ Dessa milstolpar i den tekniska utvecklingen var alla omvälvande på sin tid och uppfattades ofta som hinder snarare än de möjligheter som de visade sig vara.²¹ Ett exempel på detta är filmindustrins högljudda protester mot videokassetterna när de först kom, vilka senare visade sig vara grunden i en helt ny affärsmodell för hemvideoförsäljning som tog över biovisningen som filmindustrins främsta inkomstkälla.²²

När vi idag talar om teknisk utveckling och film är det delvis om nya produktionsmetoder, men kanske framför allt om nya distributionsmönster. Den teknologiska utvecklingen har förändrat det sätt på vilket konsumenter väljer att konsumera film. Istället för att förvärva äganderätt till en fysisk DVD-skiva eller ens en digital filmfil är många konsumenter idag mer intresserade av en nyttjanderätt till filmen.²³ Internet har möjliggjort ett helt nytt sätt att såväl distribuera som konsumera film. Genom plattformar som exempelvis Netflix och HBO finns nu en stor marknad för konsumtion baserad på en prenumerationsmodell där kunden mot en månatlig avgift ges tillgång till ett helt digitalt bibliotek av filmer och serier. Denna prenumeration ger dock endast kunden en nyttjanderätt till biblioteket, vars innehåll när som helst kan förändras av plattformsinnehavaren.²⁴

Den populära prenumerationsmodellen till trots lever andra affärsmodeller fortfarande kvar inom filmindustrin. Än idag föredrar en stor del av marknaden att äga sina filmer och köper digitala filmer genom att ladda ner

²⁰ Prato, Giuditta de, Sanz, Esteve & Simon, Jean Paul (red.), *Digital media worlds: the new economy of media*, 2014, s. 6.

²¹ Jfr Perzanowski & Schultz (2016), s. 32.

²² Jfr Perzanowski & Schultz (2016), s. 37.

²³ Prato, Sanz & Simon (2014), s. 42.

²⁴ Jfr Finney, Angus & Triana, Eugenio, *The international film business: a market guide beyond Hollywood*, 2015, s. 48 f.

dessa från exempelvis iTunes. Det handlar helt enkelt om att alla konsumenterna är individer med olika preferenser, varför det är viktigt att från industrins sida möta behovet av valmöjligheter för konsumenterna.²⁵ För många handlar det om en önskan om kontroll och möjligheten att själv styra över när, hur och var man vill njuta av sin favoritfilm. Strävan efter kontroll är något som alltid har genomsyrat många delar av människors liv och inte heller inom filmkonsumtionen är det något nytt. När hemvideoförsäljningen först började vinna mark genom distributionen av videokassetter baserades affärsidén just på det grundläggande mänskliga behovet av att själv få bestämma över sin konsumtion av film, istället för att vara beroende av TV-kanalernas tablåer.²⁶

Det finns starka incitament för filmindustrin att vårda distributionen av digitala kopior av verk, även i form av köp och nedladdning. Den digitala revolutionen har inneburit en helt ny möjlighet att nå ut med sina produkter på ett snabbt och billigt sätt och marknaden har därmed vuxit.²⁷ För distributörerna har försäljningen av filmer genom nedladdning inneburit en drastisk ökning av vinstmarginalerna då prissättningen i stort sett har vidhållits men kostnaderna för tillverkning och distribution har minskat radikalt.²⁸

2.2 Filmens distributionsfönster

Ett av skälen till att det fortfarande finns ett intresse av att köpa en film genom att ladda ner den, snarare än att endast betala för nyttjanderätten genom en prenumerationstjänst, är det system av distributionsfönster som filmindustrin länge har byggt sin affärsmodell kring. Enligt detta system släpps en ny film enligt en väl inrutad ordningsföljd i fyra olika fönster:

1. Biofönstret
2. Hemvideofönstret
3. Betalningstv-fönstret
4. Gratistv-fönstret²⁹

En film visas alltså först på bio under en bestämd period, för att sedan släppas inom hemvideofönstret. Inom hemvideofönstret finns ännu en uppdelning mellan de format och distributionskanaler som filmen släpps i.

²⁵ Jfr Perzanowski & Schultz (2016), s. 54.

²⁶ Ulin (2014), s. 200.

²⁷ Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och regionkommittén, *En digital agenda för Europa*, KOM (2010) 245 slutlig, Bryssel den 19.5.2010, s. 9.

²⁸ Ulin (2014), s. 267.

²⁹ Finney & Triana (2015), s. 4.

Först släpps filmerna inom hemvideofönstret dels på DVD dels digitalt för att antingen hyras under en begränsad period eller för att köpas och laddas ned.³⁰ Först efter detta släpps filmen för att streamas på plattformar baserade på prenumerationsmodellen.³¹

Syftet med att dela upp distributionen i avskärmade fönster är att maximera konsumtionen och den medföljande vinsten.³² Filmindustrin är en industri som präglas av finansiell osäkerhet och högt risktagande, vilket gör att det är svårt att kontrollera och förutse resultatet av projekt.³³

Distributionsmodellen är ett sätt att sprida ut chanserna att tjäna in de omfattande investeringar som ligger bakom varje film. Genom att en film ges ut i olika format under isolerade tidsperioder skapas en exklusivitet som inte bara möjliggör fokuserad försäljning utan även att samma produkt kan säljas till samma konsument flera gånger om i olika format.³⁴

³⁰ Nelson, Elissa, "Windows Into the Digital World – Distributor Strategies and Consumer Choice in an Era of Connected Viewing", i Holt, Jennifer & Sanson, Kevin (red.), *Connected Viewing: Selling, Streaming & Sharing Media in the Digital Age [Elektronisk resurs]*, 2014, s. 67 f.

³¹ Nelson (2014), s. 68.

³² Ulin (2014), s. 5.

³³ Finney & Triana (2015) s. 13.

³⁴ Ulin (2014), s. 5.

3 Upphovsrätten

3.1 Vad är upphovsrätt?

Upphovsrätten kan i juridiska sammanhang uppfattas som abstrakt i jämförelse med andra, mer handfasta, rättsområden. Här handlar det inte om att ge skydd från något så konkret som fysiska angrepp på person eller egendom. Upphovsrätten har till uppgift att rättsligt skydda ”[...] *det andliga skapandet inom litteraturens och konstens område.*”³⁵ Det går ut på att dels skydda det faktiska skapandet och nyttjande eller framställande av verket, och därigenom skydda den ekonomiska utdelning som tillkommer skaparen av ett verk, dels skydda det ideella värde som ett verk har för sin skapare.³⁶

För att verkligen förstå upphovsrätten och de intressen som den skyddar kan det vara en god idé att ta utgångspunkt i dess ursprung. Upphovsrätten har utvecklats som en följd av vissa rättspolitiska värderingar. Värdet i att äga rätten till ett personligt skapat verk är liksom äganderätten till fysiska ting förmodligen omöjlig att datera, det är en naturligt mänsklig önskan att äga rätten att skörda frukten av sitt arbete. Till skillnad från den fysiska äganderätten har den intellektuella äganderätten dock ända sedan sin rättsliga födelse alltid varit nära sammankopplad med teknisk utveckling. Det var när boktryckarkonsten uppfanns i mitten av 1400-talet som den nya möjligheten till mångfaldigande gav upphov till behovet av ett rättsligt skydd för såväl ekonomiska som ideella rättigheter kopplade till ett intellektuellt skapat verk.³⁷ De värderingar kring äganderätten till intellektuella skapelser som visserligen existerat även tidigare utvecklades nu till rättspolitiska värderingar, huvudsakligen p.g.a. de ekonomiska incitamenten. Dessa värderingar skiljde sig åt mellan olika rättstraditioner och gör så ännu i våra dagar. Ett tydligt exempel på sådana skillnader är den upphovsrättsliga bakgrunden i Frankrike, och i förlängningen även i resten av det kontinentala Europa, kontra de anglosaxiska länderna. Den franska upphovsrätten grundar sig i naturrätten och ser på det andliga skapandet som en del av upphovsmannens person och därmed en del av skyddet för personligheten. Detta skydd för det personliga skapandet ses som en

³⁵ Prop 1960:17 till riksdagen med förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, m.m., s. 41.

³⁶ Jfr Olsson, Henry & Rosén, Jan, *Upphovsrättslagstiftningen: en kommentar*, 4., [rev.] uppl., 2016, s. 21.

³⁷ Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt: upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt i Sverige, EU och internationellt*, 2017, s. 29.

grundläggande mänsklig rättighet.³⁸ I de anglosaxiska länderna är upphovsrätten i stället av starkare kommersiell härkomst, kopplad till den ensamrätt som gavs åt de tidiga boktryckarna.³⁹

Att upphovsrätten har sitt ursprung i olika rättstraditioner påverkar dess utformning ännu i dagens samhälle. I de anglosaxiska länderna grundas upphovsrätten i högre grad på rättspolitiska värderingar av kommersiellt och ekonomiskt slag än vad de gör i t.ex. Frankrike. Detta får sitt uttryck bl.a. i att omfattningen av vad som är upphovsrättsligt skyddat är större i anglosaxiska rättssamhällen, medan de ideella rättigheterna har en starkare ställning i kontinentaleuropeisk upphovsrätt.⁴⁰ Den svenska upphovsrätten är en korsning mellan de båda traditionerna.⁴¹

Oavsett vilken rättstradition den upphovsrättsliga lagstiftningen har sitt ursprung i går det att finna vissa rättspolitiska värderingar som är gemensamma för de nationella och internationella rättsreglerna. Dessa värderingar utgör argument för behovet av ett upphovsrättsligt skydd för upphovsmän till litterära och konstnärliga verk. En sådan rättspolitisk värdering är att skyddet som ges åt upphovsmannen genom förfoganderätt över sitt verk ”[...] stimulerar det andliga skapandet i vidsträckt mening i samhället och därigenom generellt främjar den sociala, kulturella och ekonomiska utvecklingen”.⁴² Ett exempel på en aspekt inom den ekonomiska utvecklingen som upphovsrätten möjliggör är de investeringar som behövs för produktionen inom kultur och underhållning.⁴³ Genom att skydda upphovsrättsliga verk och ge upphovsmännen en särställning på marknaden gynnar man inte bara upphovsmännen ekonomiskt utan tillgodoser även samhällets intresse av fortsatt intellektuellt skapande.⁴⁴

Upphovsrätten och de rättigheter som den ger upphovsmannen av ett verk brukar delas in i två delar: de ekonomiska och de ideella rättigheterna. De ekonomiska rättigheterna går ut på att utöva kontroll över hur, när, var och av vem verket framställs för att därigenom dra ekonomisk nytta av verket.⁴⁵ De ideella rättigheterna handlar istället om upphovsmannens personliga integritet i relation till sin andliga skapelse ska skyddas.⁴⁶ Detta skydd uppnås fr.a. genom att upphovsmannen har rätt att bli namngiven i samband

³⁸ Olsson & Rosén (2016), s. 23 ff.

³⁹ Olsson & Rosén (2016), s. 23 f; Levin (2017), s. 71.

⁴⁰ Olsson & Rosén (2016), s. 25.

⁴¹ Olsson & Rosén (2016), s. 23.

⁴² Olsson & Rosén (2016), s. 23.

⁴³ Olsson & Rosén (2016), s. 23.

⁴⁴ Bernitz, Ulf, m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, Fjortonde upplagan, 2017, s. 8.

⁴⁵ Olsson & Rosén (2016), s. 21 & 27.

⁴⁶ Olsson & Rosén (2016), s. 27.

med att verket framställs och att hans eller hennes verk inte ska bli behandlat på ett kränkande sätt.⁴⁷

3.2 Upphovsrätten idag

Den svenska upphovsrätten är grundlagsskyddad i regeringsformen. Enligt 2 kap. 19 § äger författare, konstnärer och fotografer rätt till sina verk enligt bestämmelser som meddelas i lag. Även i tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsförordningen finns bestämmelser som berör det upphovsrättsliga skyddet.

Den lag som enligt regeringsformen meddelar upphovsrättslig rätt till verk är URL. På upphovsrättens område finns dessutom en stor mängd internationella regelverk och konventioner som Sverige har anslutit sig till, där TRIPS-avtalet kan nämnas som den viktigaste internationella immaterialrättsliga konventionen.⁴⁸ Även inom EU har det arbetats flitigt med den upphovsrättsliga regleringen och det finns en mängd direktiv på området. Direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, vanligtvis kallat Infosoc-direktivet, tillhandahåller ett upphovsrättsligt regelverk särskilt anpassat till den tekniska utvecklingen under 90- och 00-talet och de utmaningar som kan uppstå i informationssamhället och anses vara det mest betydande på området.⁴⁹ Det syftar till att genomföra WIPO-fördraget från 1996 och bestämmelserna i direktivet ska därmed läsas i ljuset av fördraget.⁵⁰ Infosoc-direktivet är införlivat i svensk rätt genom att nödvändiga ändringar har genomförts i URL.⁵¹ Infosoc-direktivet bidrog till flera stora förändringar i den svenska lagen.⁵² Att direktivet är implementerat i svensk lag innebär i förlängningen att EU-domstolens tolkning av direktivets bestämmelser är avgörande även för tillämpningen av den svenska lagen.⁵³

⁴⁷ Olsson & Rosén (2016), s. 21.

⁴⁸ Levin (2017), s. 49.

⁴⁹ Levin (2017), s. 59.

⁵⁰ De förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Premier League*, p. 189; Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 52; Skäl 15 Infosoc-direktivet.

⁵¹ Prop. 2004/05:110 *Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.*, s. 36.

⁵² Prop. 2004/05:110, s. 1 f.

⁵³ Jfr Bernitz, m.fl. (2017), s. 24.

3.3 Upphovsrätten och film

3.3.1 Vad skyddas?

Det upphovsrättsliga skyddet för filmverk nämns uttryckligen i 1 kap. 1 § URL. Med begreppet filmverk avses inte bara traditionell spelfilm, utan många olika typer av visuella och audiovisuella alster omfattas av skyddet.⁵⁴ Med detta sagt ger lagen inte upphovsrättsligt skydd för alla former av rörlig bild. Det följer av 1 kap. 1 § URL att utgångspunkten för att en skapelse ska räknas som ett verk och således ges ett rättsligt skydd att den är ”[...] resultatet av en individuell andligt skapande verksamhet”.⁵⁵ Inom upphovsrättsliga kretsar i Sverige brukar jurister tala om verkshöjd som ett mått på den nivå av ”*individuell särprägel*”, originalitet och självständighet som verket måste uppnå.⁵⁶ Vad som anses vara originellt beror på omständigheterna i det enskilda fallet och nivån på verkshöjd varierar mellan olika länder. I de anglosaxiska länderna ligger t.ex. kravet på verkshöjd traditionellt sett lägre än i de kontinentaleuropeiska länderna.⁵⁷ Det har dock sedan länge funnits en ambition inom EU att harmonisera kravet på originalitet inom unionen. Ett viktigt rättsfall från EU-domstolen som brukar användas för att söka vägledning i frågan är Infopaq-målet.⁵⁸ I målet har EU-domstolen formulerat ett krav på att verket ska vara ”[...] *originellt på så sätt att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse*”.⁵⁹ Ytterligare definitioner av vad som krävs för att nå upp till kravet på verkshöjd har kommit i senare domar från EU-domstolen. Exempel på sådana avgränsningar är att verket ska avspegla upphovsmannens *personlighet* och präglas av *kreativ frihet*.⁶⁰ För filmverk innebär detta att filmer som t.ex. endast fångar ett händelseförlopp utan att präglas av ett eget intellektuellt skapande inte skyddas.⁶¹

⁵⁴ Olsson & Rosén (2016), s. 48.

⁵⁵ Olsson & Rosén (2016), s. 40.

⁵⁶ NJA 1994 s. 74; NJA 2004 s. 149; Olsson & Rosén (2016), s. 40.

⁵⁷ Olsson & Rosén (2016), s. 41.

⁵⁸ Olsson & Rosén (2016), s. 41.

⁵⁹ Mål C-5/08, *Infopaq International A/S mot Danske Dagbladets Forening* EU:C:2009:465, p. 37.

⁶⁰ C-145/10, *Painer mot Standard Verlags GmbH m.fl.*, 1 december 2011, p. 88; De förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Premier League*, p. 98.

⁶¹ Olsson & Rosén (2016), s. 48 f.; Jfr C-5/08, *Infopaq*, p. 35.

3.3.2 Vem skyddas?

Enligt URL är det endast fysiska personer som kan erhålla den ursprungliga upphovsrätten till ett verk. Detta följer av uppfattningen om att det endast är människor som kan skapa verk.⁶² Juridiska personer kan dock vara innehavare av upphovsrätt genom att förvärva denna rätt via olika typer av avtal, exempelvis anställningsavtal.⁶³ Det är i de fallen bara den ekonomiska upphovsrätten som överförs till den juridiska personen. Ideell upphovsrätt stannar alltid kvar hos den person som skapade verket.⁶⁴

För filmverk uppstår ofta en speciell situation eftersom det vanligtvis inte bara är en enskild person som är upphovsman till den slutliga produkten. Såväl manusförfattare, producenter, regissörer som kompositörer av filmmusiken och fotografer etc. kan ha upphovsrätt till sin individuella insats i skapandet.⁶⁵ Enligt 1 kap. 6 § URL tillkommer upphovsrätten upphovsmännen gemensamt, förutsatt att deras bidrag inte anses utgöra självständiga verk.⁶⁶

3.3.3 Vad går skyddet ut på?

Liksom tidigare nämnts omfattar det upphovsrättsliga skyddet två olika typer av rättigheter, de ekonomiska och de ideella. De ekonomiska rättigheterna kan också delas upp i två olika delar. De skyddas genom att upphovsmannen till ett filmverk tilldelas en ensamrätt att dels framställa exemplar av verket, den så kallade exemplarrätten, dels att göra verket tillgängligt för allmänheten, d.v.s. en obestämd krets av människor.⁶⁷ Skyddet är i svensk rätt lagfäst genom 1 kap. 2 § URL och i art. 2 i Infosoc-direktivet, där motsvarande rättighet omnämns som rätten till mångfaldigande.⁶⁸

Exemplarrätten omfattar såväl fysiska som digitala exemplar och därmed även framställning av kopior av verket, oavsett om dessa är bestående eller endast tillfälliga.⁶⁹ Denna ensamrätt innebär att det endast är upphovsmannen som har rätt att förfoga över sitt verk och att ett

⁶² Olsson, Henry, *Copyright: svensk och internationell upphovsrätt*, 2015, s. 79.

⁶³ Olsson (2015), s. 79.

⁶⁴ Olsson (2015), s. 80.

⁶⁵ Olsson (2015), s. 84.

⁶⁶ Se vidare Olsson & Rosén (2016), s. 110.

⁶⁷ Levin (2017), s. 136 & 153.

⁶⁸ Prop. 2004/05:110, s. 45.

⁶⁹ Levin (2017), s. 136 ff.

mångfaldigande av någon annan än upphovsmannen kräver dennes tillstånd för att vara tillåtet.⁷⁰

Den andra delen av de ekonomiska rättigheterna utgörs av rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten. Ensamrätten framgår av 1 kap. 2 § URL och av art. 3 i Infosoc-direktivet och omfattar fyra olika sätt att tillgängliggöra verket. Ett av de tillgängliggöranden som är aktuella för filmverk är *överföring till allmänheten*. Med överföring avses alla fall då ett verk trådbundet eller trådlöst görs tillgängligt för allmänheten från en annan plats än den där ”mottagaren” befinner sig.⁷¹ Det innefattar de fall då filmverk görs tillgängliga *on demand*, d.v.s. när verket hålls tillgängligt på internet för ”mottagaren” att ta del av när och var han eller hon själv väljer samt för att laddas ner av användaren.⁷²

När ett filmverk visas direkt till en publik, exempelvis på en biograf, handlar det inte längre om överföring till allmänheten utan om *offentligt framförande*. Här ställs det krav på att tittarna ska vara närvarande i rummet där verket visas.⁷³ Det är också en förutsättning att framförandet är offentligt, med vilket menas att vem som helst ska ha tillträde till visningen. Även ett framförande som är begränsat t.ex. av en entréavgift anses vara offentligt. Det är endast visningar som sker inom en helt sluten krets som inte omfattas av bestämmelsen.⁷⁴

Det tredje tillgängliggörandet som omfattar filmverk är *spridning av exemplar till allmänheten*. Med ordet *exemplar* menas ”[...] varje föremål i vilket verket finns nedlagt eller fixerat, oavsett teknik.”⁷⁵ Det som avses med bestämmelsen är således spridning av fysiska exemplar i form av t.ex. försäljning eller uthyrning av exemplar av verket, exempelvis DVD-filmer.⁷⁶ Digitala kopior av ett verk som överförs trådlöst eller via kabel omfattas alltså inte av spridningsrätten utan faller istället in under överföringsrätten.⁷⁷ Spridningsrätten ger upphovsmannen rätten att styra över när, hur och av vem verket ska bjudas ut till allmänheten, även efter det att verket i fråga har spridits för första gången. Allmänheten innebär här alla utanför den närmsta familje- och vänskretsen.⁷⁸

⁷⁰ Olsson & Rosén (2016), s. 67.; Jfr Levin (2017), s. 137.

⁷¹ Prop. 2004/05:110, s. 69; Levin (2017), s. 140.

⁷² Prop. 2004/05:110, s. 62; Levin (2017), s. 140.

⁷³ Levin (2017), s. 140.

⁷⁴ Olsson (2015), s. 109.

⁷⁵ Bernitz, m.fl. (2017), s. 80.

⁷⁶ Prop 2004/05:110, s. 80; NJA 2000 s. 292; Olsson (2015), s. 115; Levin (2017), s. 141.

⁷⁷ Olsson & Rosén (2016), s. 81.

⁷⁸ Olsson (2015), s. 115.

3.3.4 Vad är tillåtet?

De upphovsrättsliga reglerna ställer upp ett skydd för upphovsmannen att bestämma hur, var, när och av vem som verket får användas. Det finns dock undantag till de ekonomiska rättigheterna som inskränker upphovsmannens ensamrätt.

Ett sådant undantag är rätten att göra kopior av ett upphovsrättsligt skyddat verk för eget bruk. Av 2 kap. 12 § URL framgår att det är tillåtet att göra en eller några få kopior av ett skyddat verk förutsatt att de endast används för privat bruk. Med privat bruk avses en fysisk persons egna, personliga användning eller användning av den närmsta familje- och vänkretsen.⁷⁹ En exakt avgränsning av denna krets saknas i lagtexten och då frågan ännu inte prövats i domstol finns heller ingen ledning i praxis.⁸⁰ Det framgår dock av doktrin att det ställs krav på en personlig prägel på användningen och att kretsen ska vara sluten.⁸¹ Att användningen ska vara av privat natur innebär att den inte får ske med vinstintresse och användning som har såväl direkt som indirekt kommersiell avsikt är otillåten.⁸² Det finns ingen begränsning avseende vilket medium som används för kopieringen, både analogt och digitalt tillvägagångssätt är alltså tillåtet.⁸³ En förutsättning för att det ska vara tillåtet att göra sådana kopior är att verket är offentliggjort, dvs. att det har gjorts tillgängligt för allmänheten med upphovsmannens godkännande eller med stöd i lag.⁸⁴

Kopior som uppstår automatiskt vid laglig överföring av material på internet genom att materialet mellanlagras på servrar hos internetleverantören eller i den egna datorn omfattas av undantaget i 2 kap. 11 a § URL med sin motsvarighet i art. 5.1 i Infosoc-direktivet.⁸⁵ Enligt denna inskränkning är en sådan tillfällig kopia inte ett olagligt intrång i upphovsrätten, förutsatt att den utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process och kopian endast har en underordnad betydelse i processen.⁸⁶ Varje gång du öppnar exempelvis ett videoklipp från internet på din dator skapas en så kallad cachekopia i din dator. Dessa kopior är nödvändiga för att tekniken ska fungera och videon ska kunna visas på datorn.⁸⁷ Eftersom de är så flyktiga och av underordnad betydelse omfattas alltså dessa kopior inte av det

⁷⁹ Prop. 2004/05:110, s. 107 f.

⁸⁰ Olin, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk* 12 §, Lexino 2017-12-30.

⁸¹ Olsson (2015), s. 151.

⁸² Prop. 2004/05:110, s. 107.

⁸³ Prop. 2004/05:110, s. 104.

⁸⁴ Prop. 2004/05:110, s. 101.

⁸⁵ Prop. 2004/05:110, s. 89.

⁸⁶ Olsson & Rosén (2016), s. 138.

⁸⁷ Prop. 2004/05:110, s. 89.

upphovsrättsliga skyddet och upphovsmannens ensamrätt till mångfaldigande av skyddade verk.⁸⁸ Villkoren för när en kopia omfattas av undantaget ska enligt EU-domstolens praxis tolkas restriktivt.⁸⁹ En kopia som har en självständig ekonomisk betydelse eller nytta omfattas exempelvis inte av inskränkningen och är således enligt huvudregeln i 1 kap. 2 § URL olaglig, trots att den är tillfällig.⁹⁰

Ett annat principiellt viktigt undantag är konsumtionsprincipen i 2 kap. 19 och 20 §§ URL samt art. 4.2 i Infosoc-direktivet. Principen, som innebär att upphovsmannens ensamrätt till spridning upphör när ett exemplar överläts, redogörs för i följande avsnitt.

⁸⁸ Jfr Mål C-360/13, *Public Relations Consultants Association Ltd mot Newspaper Licensing Agency Ltd m.fl.*, den 5 juni 2014, p. 50 & 63.

⁸⁹ Mål C-5/08, *Infopaq*, p. 56-57.

⁹⁰ Se vidare Olsson & Rosén (2016), s. 138; Levin (2017), s. 139.

4 Konsumtionsprincipen

4.1 Vad innebär konsumtionsprincipen?

Konsumtionsprincipen är av tradition ett viktigt undantag från upphovsmannens ensamrätt. Enligt denna princip konsumeras delar av ensamrätten till ett exemplar av ett verk när det överläts. De rättigheter som i och med exempelvis en försäljning så att säga äts upp är spridningsrätten och visningsrätten.⁹¹ Upphovsmannen kan efter försäljningen inte längre styra hur just detta exemplar sprids vidare eller visas.⁹² Det är dock viktigt att understryka att det endast är upphovsmannens kontroll över det enskilda exemplaret som konsumeras, den immateriella rättigheten ligger fortfarande kvar hos upphovsmannen.⁹³ Överföringsrätten enligt 1 kap. 2 § URL och art. 3 i Infosoc-direktivet omfattas inte av konsumtionsprincipen.

I den svenska regleringen slås principen fast i 2 kap. 19 § URL. Där står att läsa att:

”[n]är ett exemplar av ett verk med upphovsmannens samtycke har överlåtits inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet får exemplaret spridas vidare.”

Konsumtionsprincipen är även befast i art. 4.2 i Infosoc-direktivet, där den har formulerats som följande:

”Spridningsrätten för originalet eller kopior av verket skall inte konsumeras inom gemenskapen förutom i de fall då den första försäljningen av exemplaret i frågan, eller då den första gången någon annan form av överföring av äganderätten till detta, görs inom gemenskapen av rättsinnehavaren eller med dennes samtycke.”

Bestämmelserna gör ingen avgränsning av vilken typ av verk som omfattas och alla verksformer kan således vara föremål för konsumtion. Vidare preciseras att överlåtelsen ska ha skett inom EES-området. Det innebär att det handlar om så kallad regional konsumtion. Innan Infosoc-direktivets införande i svensk rätt gällde global konsumtion i svensk lag. Global konsumtion innebär att rättigheten konsumeras oavsett var i världen den

⁹¹ Levin (2017), s. 143.

⁹² Levin (2017), s. 143.

⁹³ Maunsbach, Ulf & Wennersten, Ulrika, *Grundläggande immaterialrätt*, 3 uppl., 2015, s. 46.

första överföringen har skett.⁹⁴ Sverige förespråkade länge denna princip med argumenten att det pressade priserna samt stämde överens med frihandelsprinciperna.⁹⁵ I och med Infosoc-direktivet blev det dock nödvändigt för Sverige att införa regional konsumtion.⁹⁶ Att regional konsumtion numera gäller inom hela EU innebär att det endast är då den första överlåtelsen har skett inom EES-området som spridningsrätten konsumeras. En överlåtelse som har skett utanför detta område medför således ingen konsumtion och upphovsmannens ensamrätt kvarstår.⁹⁷

Skäl 28 och 29 i ingressen till Infosoc-direktivet tar upp spridningsrätten och konsumtionsprincipen. Enligt skäl 28 ger direktivet en ensamrätt till spridning av verk som ingår i en fysisk vara. Genom att originalet eller kopior av ett verk säljs för första gången konsumeras enligt skäl 28 upphovsmannens bestämmanderätt över vidareförsäljningen av föremålet inom gemenskapen. Enligt ordalydelsen tycks det stå klart att spridningsrätten och i förlängningen även konsumtionen av denna ensamrätt endast gäller fysiska exemplar av skyddade verk.⁹⁸ I skäl 29 står att läsa att frågan om konsumtion inte uppstår då det gäller tjänster och särskilt inte i fråga om online-tjänster. Innehållet i detta skäl har kritiserats för att vara efter sin tid då det tycks vara baserat på en idé om att all digital distribution utgör en tjänst snarare än en försäljning av en vara.⁹⁹ Värt att uppmärksamma är att ingressen till direktivet inte är bindande utan endast ger en bild av lagstiftarens avsikt.¹⁰⁰ Det är därför möjligt för EU-domstolen att bortse från skäl 28 och 29 i sin bedömning av direktivet.¹⁰¹

En förutsättning för att konsumtionsprincipen ska bli tillämplig är att verket är utfört på marknaden med upphovsmannens tillåtelse. En piratkopia kan således inte leda till konsumtion av upphovsrätten, även i det fall då den förvärvas i god tro.¹⁰² Det är även en förutsättning för att en konsumtion ska äga rum att det har skett en överlåtelse, dvs. att äganderätten till exemplaret

⁹⁴ Olsson (2015), s. 178.

⁹⁵ Olsson (2015), s. 179.

⁹⁶ Prop. 2004/05:110, s. 186; Jfr Mål C-479/04, *Laserdisken ApS mot Kulturministeriet*, 12 september 2006, p. 27.

⁹⁷ Olsson (2015), s. 179.

⁹⁸ Rosén, Jan, *Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället – något om EG-direktivet 2001/29/EG*, NIR 4/2001, s. 586 f.

⁹⁹ Nicholson, Andrew, *Old Habits Die Hard?: UsedSoft v Oracle*, SCRIPTed 10:3, 2013 [elektronisk resurs].

¹⁰⁰ Joint Practical Guide of the European Parliament, the Council and the Commission for persons involved in the drafting of European Union legislation, 2015, p. 10.1.

¹⁰¹ Schonhofen, Sven, *Usedsoft and Its Aftermath: The Resale of Digital Content in the European Union*, 2016, s. 289.

¹⁰² Levin (2017), s. 150.

har övergått, och endast en utlåning av exemplaret kan inte ge upphov till konsumtion.¹⁰³

Innan Infosoc-direktivet införlivades i svensk rätt var filmverk undantagna från konsumtionsprincipen och spridningsrätten av dessa verk stannade kvar hos upphovsmannen även efter att de förvärvats av privatpersoner.¹⁰⁴ Viss särbehandling kvarstår fortfarande när det kommer till filmverk, som trots att de nu omfattas av konsumtionsprincipen inte får lånas ut till allmänheten. Enligt 2 kap. 19 § 2 st. 2p. URL gäller specialförbudet mot utlåning för såväl filmverk som datorprogram i maskinläsbar form. Att spridningsrätten av dessa verk är extra hårt reglerad beror på att de generellt sett är dyrare att producera än andra verk och att risken för olovlig kopiering därför är extra stor.¹⁰⁵

4.2 Varför finns det en konsumtionsprincip?

En viktig utgångspunkt när en princip såsom konsumtionsprincipen ska undersökas är de syften som ligger till grund för principen. Det upphovsrättsliga skyddet existerar trots allt endast för att uppfylla en viss funktion och inte som ett ändamål i sig självt.¹⁰⁶

Syftet med konsumtionsregeln är att försöka hitta en balans mellan upphovsmannens ensamrätt och köparens rätt att utnyttja verket. Denna balans anses viktig för att begränsa den ensamrätt som en upphovsman har till sina immateriella rättigheter när han genom en försäljning har realiserat det ekonomiska värdet som är knutet till den aktuella rättigheten.¹⁰⁷ Detta grundas i tanken om att upphovsmannen själv har möjlighet att sätta ett pris som han anser att motsvarar värdet i det han säljer och att han genom en försäljning således har fått en skälig ersättning av sitt verk.¹⁰⁸ Efter att upphovsmannen har fått en sådan skälig ersättning anses det inte motiverat

¹⁰³ Olin, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 19 §*, Lexino 2017-12-30.

¹⁰⁴ Prop. 2004/05:110, s. 187.

¹⁰⁵ Levin (2017), s. 146.

¹⁰⁶ Geiger, Christophe, "Reconceptualizing the Constitutional Dimension of Intellectual Property", i Torremans, Paul L.C. (red.), *Intellectual property and human rights*, 3. ed., 2015, s. 120 f.

¹⁰⁷ Mål C-128/11, Förslag till avgörande av generaladvokat Yves Bot, 24 april 2012, p. 59.

¹⁰⁸ Nicholson (2013); Ubertazzi, Benedetta, *The Principle of Free Movement of Goods: Community Exhaustion and Parallel Imports* i Stamatoudi, Irini & Torremans, Paul (red.), *EU Copyright Law – A Commentary*, 2014, s. 39.

att vidare inskränka konsumentens äganderätt till det förvärvade exemplaret.¹⁰⁹ Reglerna motiveras även av att de hjälper till att öka både verkens marknadsvärde och deras användbarhet i praktiken.¹¹⁰

Ytterligare en funktion som konsumtionsprincipen har är att i viss utsträckning tillgodose den fria rörelsen för varor och tjänster inom EU:s inre marknad.¹¹¹ Enligt art. 34-35 Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt får inga kvantitativa restriktioner eller åtgärder med motsvarande verkan på import och export finnas mellan medlemsstaterna. I art. 36 FEUF finns en inskränkning av dessa bestämmelser, enligt vilken sådana restriktioner kan vara godkända förutsatt att de grundas på hänsyn till intresset av att skydda bl.a. industriell och kommersiell äganderätt. Detta innebär att huvudregeln är att det inte får finnas några regler som begränsar handeln mellan medlemsländerna men att ett undantag från huvudregeln är tillåtet om det motiveras av viktiga allmänna intressen.¹¹² Det immaterialrättsliga skyddet omfattas av skyddet för egendom varför de upphovsrättsliga ensamrätterna är tillåtna.¹¹³ Ensamrätterna får dock inte utgöra ”[...] ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna.”¹¹⁴ En upphovsrättslig ensamrätt får endast begränsa den fria handeln inom EU till den gräns som det är nödvändigt för att skydda det särskilda föremålet för rättigheten.¹¹⁵ Det särskilda föremålet för en upphovsrätt är bl.a. upphovsmannens rätt att kommersiellt utnyttja att det skyddade verket kommer ut på marknaden, dock endast i den utsträckningen att upphovsmannen får en skälig ersättning.¹¹⁶ Det är här konsumtionsprincipen kommer in för att säkerställa att en produkt som innehåller en upphovsrätt och som förts ut på marknaden fritt kan överföras till andra EU-länder utan att stöta på hinder av upphovsmannens ensamrätt.¹¹⁷

En annan viktig aspekt som bör tas hänsyn till är de fördelar som tillämpningen av principen har medfört. En fördel med konsumtionsprincipen är att den bidrar till bred tillgång av upphovsrättsligt skyddat material.¹¹⁸ Genom att säkerställa en fungerande och laglig

¹⁰⁹ Jfr Ubertaini, i Stamatouidi & Torremans (red.)(2014), s. 39.

¹¹⁰ Levin (2017), s. 192.

¹¹¹ Jfr art. 26 FEUF; Ubertaini, i Stamatouidi & Torremans (red.)(2014), s. 39.

¹¹² Bernitz, m.fl. (2017), s. 407.

¹¹³ Bernitz, m.fl. (2017), s. 410; Ubertaini, i Stamatouidi & Torremans (red.)(2014), s. 40.

¹¹⁴ Bernitz, m.fl. (2017), s. 407.

¹¹⁵ Mål C-78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH mot Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, p. 11; Schulze, Ellen Franziska, *Resale of digital content such as music, films or eBooks under European law*, 2014, s. 13.

¹¹⁶ Jfr De förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Premier League*, p. 107-108.

¹¹⁷ Bernitz, m.fl. (2017), s. 407.

¹¹⁸ Ubertaini, i Stamatouidi & Torremans (red.)(2014), s. 39.

andrahandsmarknad för bl.a. filmverk hjälper principen till att hålla priserna på en skälig nivå då det ställer krav på upphovsmännen att själva sätta skäliga priser.¹¹⁹ Principen bidrar vidare genom att se till att även ovanligare och mer svårtillgängliga verk är tillgängliga för gemene man. Också verk som av olika orsaker inte längre ges ut av upphovsmannen går således, tack vare möjligheten för privatpersoner att vidareöverföra sina exemplar, att få tag på.¹²⁰ Film ingår i det viktiga kulturarvet och dess tillgänglighet är av många olika anledningar av stor vikt att bevara. Verk som dras in från marknaden av upphovsmannen p.g.a. att de inte längre bedöms vara vinstbringande eller kanske är av politiskt känslig natur kan som en direkt effekt av konsumtionsprincipen fortfarande nyttjas av allmänheten.¹²¹

En annan fördel som konsumtionsprincipen bidrar till är att säkerställa att den personliga integriteten för konsumenter av upphovsrättsligt skyddat material skyddas.¹²² Alternativet till en konsumerad spridningsrätt vid överlåtelser av exemplar av filmverk är att varje senare överföring hade behövt ett tillstånd från upphovsmannen. I en sådan ordning hade upphovsmannen haft möjlighet att kontrollera och identifiera varje ny förvärvare av verket i fråga. Genom att möjliggöra andrahandsöverföringar ser principen till att säkerställa varje ny konsument anonymitet.¹²³ Detta är särskilt viktigt när det kommer till verk av mer känslig natur och främjar även tillgängligheten då det gör det möjligt att förvärva kontroversiella verk anonymt.¹²⁴

Ytterligare en positiv följd av principen är att den gynnar effektivitet på marknaden genom att skydda konsumenter från höga transaktionskostnader.¹²⁵ Att uppnå ekonomisk effektivitet genom låga transaktionskostnader och ett högt konkurrenstryck är ett indirekt mål för EU och den inre marknaden.¹²⁶

Möjligheten till andrahandsmarknader för film utgör även ett incitament för innovation på flera olika nivåer. Genom att rättighetsinnehavarna utsätts för konkurrens från andrahandsmarknader utmanas de till att finna nya sätt att differentiera sina produkter, sin marknadsföring och sina distributionssätt.¹²⁷

¹¹⁹ Perzanowski & Schultz, *Digital Exhaustion*, 2011, s. 894.

¹²⁰ Perzanowski & Schultz (2011), s. 895; Fisher, William W, *iTunes: How Copyright, Contract, and Technology Shape the Business of Digital Media*, 2004, s. 52.

¹²¹ Perzanowski & Schultz (2011), s. 895.

¹²² Perzanowski & Schultz (2011), s. 896.

¹²³ Fisher (2004), s. 52.

¹²⁴ Perzanowski & Schultz (2011), s. 896.

¹²⁵ Perzanowski & Schultz (2011), s. 896.

¹²⁶ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 121.

¹²⁷ Perzanowski & Schultz (2011), s. 897.

Andrahandsmarknader stimulerar även utvecklingen av affärsmodeller och nya teknologier.¹²⁸

¹²⁸ Perzanowski & Schultz (2011), s. 897.

5 Digital konsumtion

5.1 Fysiska exemplar kontra digitala kopior

5.1.1 Förändrade villkor för konsumenternas äganderätt

Konsumtionsprincipen har utvecklats under en tid då upphovsrättsliga verk har varit tydligt sammankopplade med de fysiska medium som de materialiserats i. När en konsument köper en DVD-film förvärvar hon två olika typer av rättigheter. Dels förvärvar hon en nyttjanderätt till innehållet på DVD-skivan, dvs. filmen som hon nu har fått rätt att titta på när och var hon vill, dels förvärvar hon äganderätten till just den köpta DVD-skivan. Det är viktigt att skilja mellan dessa rättigheter då äganderätten till innehållet, dvs. det upphovsrättsligt skyddade verket, fortfarande ligger kvar hos upphovsmannen trots att det fysiska medium som den ligger på nu har överlåtit.¹²⁹ Det här innebär att upphovsmannen till viss del fortfarande kan styra över hur innehållet får användas.¹³⁰ Det har dock ansetts vara en för långtgående inskränkning i konsumenternas äganderätt att upphovsmannen även ska ha rätt att styra över hur den enskilda DVD-skivan används, varför konsumtionsprincipen utvecklades. Att de upphovsrättsliga reglerna i allmänhet och konsumtionsprincipen i synnerhet knyter rättigheter och skyldigheter till definitionen ”exemplar” är i sig ingenting överraskande. Det är en naturlig effekt av den samtid då reglerna har utvecklats.¹³¹ När vi idag har övergått från att konsumera våra filmer i form av fysiska DVD-skivor till att i allt större utsträckning ladda ner dessa i form av digitala filer uppstår frågan om konsumentens skyddsvärda äganderätt till den enskilda kopian fortfarande kvarstår.

Ett köp innebär kort och gott att en säljare överför äganderätten till egendom till en köpare mot att denne betalar det begärda priset.¹³² Detta är att skilja från en licens som snarare utgör en upplåtelse av nyttjanderätten under viss tid.¹³³ Det kan uppstå gränsfall mellan dessa typer av överföringar,

¹²⁹ Chapdelaine, Pascale, *Copyright User Rights: Contracts and the Erosion of Property*, 2017, s. 14.

¹³⁰ Se avsnitt 3.3.3.

¹³¹ Perzanowski & Schultz (2016), s. 38.

¹³² Ramberg, Jan & Herre, Johnny, *Köplagen – En kommentar*, 2. uppl., 2013, s. 72.

¹³³ Jfr Ramberg & Herre (2013), s. 45.

exempelvis i de fall då tiden för nyttjanderätten enligt en licens motsvarar köpföremålets faktiska eller ekonomiska livslängd.¹³⁴

Dagens försäljning av film sker som nämnts främst på internet där distributörer som exempelvis iTunes eller Amazon erbjuder konsumenterna digitala filmer att ladda ner mot betalning. Nedladdningen av en film mot betalning brukar marknadsföras som ett köp men det är inte ovanligt att en annan sanning gömmer sig i överlåtelseavtalen. I en värld där transaktioner med etiketten ”Köp nu” men som i överlåtelseavtalet omnämns som licenser är vardagsmat är det inte så konstigt att det uppstår osäkerhet. Har jag eller har jag inte köpt filmen jag betalade för och laddade ner? Det finns tre omständigheter som tydligt borde peka mot att ett köp har ägt rum, nämligen 1. innehavets eller tillgångens varaktighet, 2. överföringens betalningsstruktur, och 3. det sätt på vilket transaktionen har kommunicerats till allmänheten.¹³⁵ Ett innehav utan tidsbegränsning talar för att det är ett köp, liksom det faktum att endast en betalning har ägt rum snarare än ett återkommande betalningsprogram som t.ex. i fallet med en prenumerationstjänst. Det är även en självklar indikation på att det handlar om ett köp snarare än en licens om ikonerna du klickar på för att genomföra överföringen är rubricerad som ”Köp nu”.¹³⁶ Trots att alla dessa indikatorer är på plats kan det dock handla om en licens och inte ett köp. Problemet är att även de överföringar som rubriceras som köp och som visserligen uppfyller alla kriterier för att utgöra just ett köp ändå kan utgöra en licens enligt de finstilla avtalsvillkoren som den moderna konsumenten vanligtvis klickar i och godkänner utan större eftertanke. Som ett exempel kan nämnas Apples tjänst iTunes, via vilken det är möjligt att köpa såväl musik som filmer. I deras avtal om Villkor för Apples Mediatjänster förklaras i första avsnittet att avtalet avser ”[...] Apples tjänster (”Tjänster”), genom vilka du kan köpa, få, licensiera, hyra eller prenumerera på media”.¹³⁷ Här omnämns alltså såväl köp som licens som möjliga typer av överlåtelser som avses i avtalet. Om man fortsätter till nästa avsnitt kan man dock läsa att ”[d]u kan få tillgång till Innehåll i våra Tjänster antingen gratis eller mot betalning, båda benämns som ’Affär’. Genom varje Affär får du tillgång till en licens för att använda enbart Innehållet.” Nu omnämns alla affärer, dvs. överföringar, istället som licenser. Vidare begränsar avtalet konsumenternas möjligheter att använda de produkter som de förvärvat genom att fastlägga att förvärvaren endast får ”använda Tjänsterna och Innehållet för personliga, icke-kommersiella ändamål”.¹³⁸ Ett annat, kanske ännu

¹³⁴ Ramberg & Herre (2013), s. 45.

¹³⁵ Perzanowski & Schulz (2016), s. 76 f.

¹³⁶ Perzanowski & Schulz (2016), s. 77.

¹³⁷ Villkor för Apples Mediatjänster, <https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/se/terms.html>.

¹³⁸ Villkor för Apples Mediatjänster.

tydligare, exempel på licenser maskerade som köp är Amazons avtalsvillkor för köp av digitalt innehåll, där filmer är inkluderade. Enligt villkoren omfattas en film som har köpts och laddats ned av en icke-exklusiv, icke-överförbar, begränsad licens enligt vilken förvärvaren har rätt att ta del av filmen för personlig, icke-kommersiell, privat användning.¹³⁹ Förvärvaren ges genom att ladda ner den köpta filmen möjlighet att ta del av den under en obestämd tid.¹⁴⁰ Hon får dock inte under några omständigheter sälja vidare, hyra ut, distribuera eller sända sin film.¹⁴¹

Det här är inget ovanligt. Idag betecknas många överföringar av upphovsrättsliga verk som licenser i överlåtelseavtalen, trots att de marknadsförs som köp. Att beteckna överföringen som en licens är ett sätt för distributörerna att omforma ett köp från att vara en överlåtelse av äganderätten till att snarare utgöra en villkorad tillåtelse att förfoga över kopian.¹⁴² Det här medför att konsumenten inte erhåller några av de rättigheter som är kopplade till ett ägande av kopian.¹⁴³ Det leder i sin tur till att en konsumtion av spridningsrätten inte kan äga rum, då det är en förutsättning för principens tillämplighet att en överlåtelse av äganderätten har skett, dvs. att exemplaret har spridits snarare än överförs.¹⁴⁴

5.1.2 Vara eller tjänst?

I skäl 29 i ingressen till Infosoc-direktivet framgår, som nämnts, att tjänster i allmänhet och online-tjänster i synnerhet inte omfattas av konsumtionsprincipens tillämplighetsområde. Detta är av vikt då onlineöverföringar traditionellt sett har betraktats som tjänster snarare än köp av varor. En sådan överföring går nämligen ut på att göra ett upphovsrättsligt skyddat verk tillgängligt för allmänheten vilket enligt EU-rätten har ansetts utgöra en tjänst, trots att det leder till att en digital fil sedermera överförs.¹⁴⁵ Det har sin grund i att en aktivitet som kan bli reproducerad ett obegränsat antal gånger och således kan leda till att ett oändligt antal användare kan ta del av det upphovsrättsliga verket inte kan omfattas av definitionen vara.¹⁴⁶

¹³⁹ Amazon Prime Video Terms of Use, <https://www.primevideo.com/help?nodeId=202095490&view-type=content-only>.

¹⁴⁰ Amazon Prime Video Usage Rules, <https://www.primevideo.com/help?nodeId=202095500>.

¹⁴¹ Amazon Prime Video Terms of Use.

¹⁴² Perzanowski & Schultz (2016), s. 58.

¹⁴³ Jfr Chapdelaine (2017), s. 19.

¹⁴⁴ Se avsnitt 4.1.

¹⁴⁵ Ubertazzi, i Stamatoudi & Torremans (red.)(2014), s. 42.

¹⁴⁶ Ubertazzi, i Stamatoudi & Torremans (red.)(2014), s. 42.

Eftersom onlineöverföringar anses utgöra tjänster omfattas de av upphovsmannens ensamrätt till överföring till allmänheten i art. 3 Infosoc-direktivet. Denna artikel omfattar alla icke-fysiska överföringar till allmänheten, oavsett om de sker trådbundet eller trådlöst, och särskilt de överföringar som sker till en konsument som befinner sig på en annan plats än den där överföringen utgår ifrån.¹⁴⁷ En film som ligger ute på en distributörs plattform omfattas av en mer specifik del av överföring till allmänheten, nämligen rätten att tillgängliggöra verk till allmänheten i art. 3.2 i Infosoc-direktivet.¹⁴⁸ Att en film är tillgängliggjord innebär att den när och var som helst kan laddas ned av konsumenten.¹⁴⁹ För bestämmelsen i fråga är den avgörande aktiviteten att verket är tillgängliggjort, dvs. att möjligheten för nedladdning finns, inte att en konsument de facto laddar ner verket.¹⁵⁰ Enligt art. 3.3 i Infosoc-direktivet leder en överföring enligt artikeln inte till att rättigheten konsumeras.

Enligt denna klassiska tolkning utgör alltså varje transaktion som sker online till en mottagare som befinner sig på en annan plats än den där transaktionen utgår ifrån en överföring till allmänheten som inte kan ge upphov till konsumtion av spridningsrätten. Som kommer att framgå i avsnitt 5.2 är denna uppfattning idag utmanad. Det finns de som menar att en onlineöverföring av en tjänst, exempelvis streaming av film, inte får förväxlas med en onlineöverföring av en vara som utgör ett substitut för distributionen av en fysisk vara, exempelvis nedladdning av en film för att äga.¹⁵¹ Om en överföring i form av nedladdning av en film anses utgöra ett köp snarare än en tjänst förlorar skäl 29 betydelse och kan inte användas som ett argument emot en digital konsumtionsprincip.

Det faktum att en film i digitalt format som köps och laddas ned via internet kan utgöra en vara kräver som nämnts att det sker en överlåtelse av äganderätten.¹⁵² Det är alltså av stor betydelse huruvida en sådan nedladdning anses utgöra en licens eller ett köp. En licens, dvs. en upplåtelse av nyttjanderätten, kan inte anses utgöra ett köp utan omfattas fortsättningsvis av beteckningen tjänst och kan därmed inte leda till en konsumtion av spridningsrätten.

¹⁴⁷ Stamatoudi, Irina & Torremans, Paul, "The Information Society Directive", i Stamatoudi & Torremans (red.)(2014), s. 408.

¹⁴⁸ Stamatoudi & Torremans, i Stamatoudi & Torremans (red.)(2014), s. 411.

¹⁴⁹ Stamatoudi & Torremans, i Stamatoudi & Torremans (red.)(2014), s. 411.

¹⁵⁰ Stamatoudi & Torremans, i Stamatoudi & Torremans (red.)(2014), s. 412.

¹⁵¹ Stamatoudi & Torremans, i Stamatoudi & Torremans (red.)(2014), s. 418.

¹⁵² Stamatoudi & Torremans, i Stamatoudi & Torremans (red.)(2014), s. 425.

En överföring som innebär att det har skett en överlåtelse av äganderätten till en kopia kan, som vi kommer att se i behandlingen av målet *UsedSoft* i avsnitt 5.2.1, innebära att transaktionen ska betecknas som ett köp snarare än en tjänst. Enligt art. 4.1 i Infosoc-direktivet innebär spridning att kopior av verk sprids bl.a. genom försäljning. Ordet ”kopia” ska ges en vid tolkning och trots att ordet enligt den traditionella tolkningen har varit exklusivt hänförbart till fysiska exemplar finns det utrymme för att ordet ska innefatta även digitala kopior.¹⁵³ Således kan även ett tillhandahållande av en film på internet som sedermera köps och laddas ned, i och med att en överlåtelse av äganderätten skett, övergå från att klassificeras som en tjänst till att utgöra köp av en vara. Köp av digitala filmer omfattas alltså av spridningsrätten.¹⁵⁴

5.2 Praxis

5.2.1 UsedSoft vs. Oracle

Huruvida ett digitalt exemplar som t.ex. en film som laddas ner på internet ska leda till att spridningsrätten konsumeras är inte helt klarlagt.¹⁵⁵ Denna fråga har nämligen än så länge inte prövats i domstol. I skäl 28 i ingressen till Infosoc-direktivet går att läsa att spridningsrätten omfattar *spridning av verk som ingår i en fysisk vara* samt att konsumtion träder in vid den första försäljningen av *föremålet*. Detta har många tolkat som en tydlig markering om att endast fysiska exemplar så som t.ex. en DVD-skiva ska omfattas av konsumtionsprincipen.¹⁵⁶ En fråga som dock har prövats i EU-domstolen i målet *UsedSoft vs. Oracle* är den huruvida överföringen av en digital kopia av ett datorprogram ska leda till att konsumtionsprincipen är tillämplig.

I *UsedSoft*, som handlade om vidareförsäljning av licensen till ett datorprogram, kom EU-domstolen fram till att en konsumtion av upphovsrätten hade ägt rum och att den omtvistade försäljningen var tillåten. Svarande i fallet var *UsedSoft*, ett företag som ägnade sig åt försäljning av redan använda licenser till datorprogram, däribland produkterna från målsägande *Oracle*, ett företag som utvecklade och

¹⁵³ Stamatoudi & Torremans, i Stamatoudi & Torremans (red.) (2014), s. 424.

¹⁵⁴ Stamatoudi & Torremans, i Stamatoudi & Torremans (red.) (2014), s. 424.

¹⁵⁵ Olin, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 19 §*, Lexino 2017-12-30.

¹⁵⁶ Mål C-128/11, *UsedSoft GmbH mot Oracle International Corp.*, p. 60; Olin, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 19 §*, Lexino 2017-12-30; Jfr Levin (2017), s. 143.

saluförde datorprogram.¹⁵⁷ Datorprogram är upphovsrättsligt skyddade enligt art. 4 i WIPO-fördraget, som är godkänd av rådet genom beslut 2000/278/EG. De omfattas därmed av Infosoc-direktivet samt utöver detta även av direktivet om datorprogram.¹⁵⁸ I art. 1.2 a i Infosoc-direktivet står att läsa att direktivet inte på något sätt ska påverka befintliga gemenskapsbestämmelser om det rättsliga skyddet för datorprogram. Då bestämmelserna i direktivet om datorprogram anses utgöra *lex specialis* får de företräde framför bestämmelserna i Infosoc-direktivet.¹⁵⁹

Av art. 4.2 i direktivet om datorprogram framgår att den första försäljningen av en kopia av programmet medför förlust av spridningsrätten till den berörda kopian. Här används alltså ordet ”*kopia*”, till skillnad från Infosoc-direktivet där ordet ”*exemplar*” används för att beskriva det objekt vars överlåtelse leder till konsumtion av rättigheten. I *UsedSoft* konstaterade EU-domstolen att eftersom det i art. 4.2 i direktivet om datorprogram saknas någon specificering om att det endast skulle vara ”[...] *kopior av datorprogram som lagras på ett fysiskt lagringsmedium*” som avses med bestämmelsen anses den omfatta såväl kopior av fysisk som icke-fysisk form.¹⁶⁰ En kopia kan alltså utgöras av både ett fysiskt exemplar och en digital kopia.

En intressant fråga som EU-domstolen tog upp i målet var den om överföring enligt art. 3 kontra spridning enligt art. 4 i Infosoc-direktivet. Det är endast spridningsrätten enligt art. 4 som kan konsumeras. Ett verk som överförs på trådbunden eller trådlös väg genom att det blir tillgängliggjort för allmänheten att ta del av var helst de befinner sig kan alltså inte ge upphov till en konsumtion av denna rätt enligt art. 3.3 i Infosoc-direktivet. I *UsedSoft* började EU-domstolen med att diskutera den rättsliga benämningen på nedladdningen av datorprogram enligt direktivet om datorprogram. I detta direktiv saknas en motsvarighet till Infosoc-direktivets art. 3 om överföring till allmänheten, det är endast spridningsrätten som skyddas. Det blev således aktuellt att pröva huruvida en nedladdning av en kopia av programmet kunde utgöra en ”första försäljning” så som avses i spridningsrätten. Av art. 4.2 i direktivet om datorprogram framgår att det är vid den första försäljningen av en kopia av ett datorprogram som en konsumtion av spridningsrätten inträder. I art. 4.2 i Infosoc-direktivet är formuleringen liksom i direktivet om datorprogram att konsumtion sker vid den första försäljningen men också vid ”*någon annan form av överföring av äganderätten*”. I *UsedSoft* lade EU-domstolen vikt vid definitionen av en

¹⁵⁷ Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 20-24.

¹⁵⁸ Art 1 Dir 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram.

¹⁵⁹ Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 51.

¹⁶⁰ Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 55.

första försäljning som en initial förutsättning för att konsumtionsprincipen skulle kunna vara tillämplig. Då det saknas någon hänvisning till innebörden av ordet försäljning i såväl direktivet om datorprogram som i Infosoc-direktivet tog EU-domstolen avstamp i en allmänt vedertagen definition av ordet för att skapa en tolkning som är enhetlig för hela unionen. Enligt denna definition är en försäljning ”[...] ett avtal genom vilket en person, mot vederlag, till en annan person överför sin äganderätt till materiell eller immateriell egendom som tillhör vederbörande”.¹⁶¹ Förutsättningen för att konsumtionsprincipen över huvudtaget ska bli aktuell är således att äganderätten till egendomen i fråga har överförts.

I sin diskussion om en överföring av en digital kopia av ett datorprogram kan utgöra en sådan första försäljning som krävs enligt direktivet tar EU-domstolen även upp ett uttalande av generaladvokaten i dennes förslag till avgörande. Enligt detta uttalande ska begreppet försäljning i art. 4.2 i direktivet om datorprogram få en vid tolkning där ”[...] alla former av försäljning av en produkt som kännetecknas av att nyttjanderätten till kopian av datorprogrammet upplåts för en i tiden obegränsad period mot betalning av ett belopp som kompenserar rättsinnehavaren för det ekonomiska värdet på kopian” ska omfattas.¹⁶² Syftet med denna vida tolkning är att förhindra att rättsinnehavare kringgår konsumtionsprincipen genom att bara rubricera överföringen som en licens istället för ett köpeavtal, vilket enligt domstolen skulle leda till att bestämmelsen tappar sin betydelse.¹⁶³ Slutsatsen som EU-domstolen kom fram till var att en nedladdning av en kopia mot en avgift utgjorde en första försäljning och alltså kunde ge upphov till en konsumtion av spridningsrätten.¹⁶⁴

EU-domstolen stannade dock inte här utan gick vidare med att diskutera även förhållandet mellan överföring och spridning enligt Infosoc-direktivet. Med stöd i WIPO-fördraget konstaterade EU-domstolen att i det ögonblick äganderätten till kopian övergår till konsumenten har överföringen enligt art. 3 övergått till spridning enligt art. 4.¹⁶⁵ Det här innebär att ett tillgängliggörande av ett skyddat verk för nedladdning kan leda till konsumtion av spridningsrätten, trots att tillgängliggörandet i sig faller in under definitionen i art. 3, i och med att en konsument laddar ner en kopia av verket och därmed förvärvar äganderätten till den specifika kopian.¹⁶⁶

¹⁶¹ Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 42.

¹⁶² Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 49; Mål C-128/11, Förslag till avgörande av generaladvokat Yves Bot, p. 59.

¹⁶³ Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 49.

¹⁶⁴ Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 52.

¹⁶⁵ Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 52; Mål C-128/11, Förslag till avgörande av generaladvokaten Yves Bot, p. 73; Jfr Art 6.1. WIPO-fördraget.

¹⁶⁶ Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 51.

Vidare utvecklade EU-domstolen i *UsedSoft* sina argument för konsumtionsprincipens tillämplighet genom att ställa principen mot sitt syfte. Genom att konstatera att ett förbud mot konsumtion vid spridning av digitala kopior av datorprogram skulle ge rättsinnehavaren en möjlighet att vid varje vidareförsäljning av kopian i fråga erhålla ny betalning slog EU-domstolen fast att en sådan ordning skulle strida mot principens syfte. Det grundläggande skäl som ligger till grund för principen är nämligen att genom en begränsning av distributionen av skyddade verk "[...] till vad som är nödvändigt för att skydda det specifika föremålet för den aktuella immateriella rättigheten" förhindra att marknaderna avskärmas.¹⁶⁷ Vad som kan anses vara nödvändigt för att skydda det aktuella föremålet är troligtvis beroende av omständigheter i det enskilda fallet. EU-domstolen slog dock fast att en begränsning av konsumtionsprincipen till att bara gälla fysiska exemplar i varje fall skulle gå utöver vad som är nödvändigt för ett sådant skydd.¹⁶⁸

EU-domstolen grundade även sin argumentation i målet till viss del i den EU-rättsliga likabehandlingsprincipen.¹⁶⁹ Enligt denna grundläggande EU-rättsliga princip får lika situationer inte behandlas olika och olika situationer inte behandlas lika.¹⁷⁰ I *UsedSoft* konstaterade EU-domstolen att en försäljning av ett datorprogram online, genom nedladdningen av en icke-fysisk kopia, ur ett ekonomiskt perspektiv är jämförbar med en försäljning av samma kopia i form av en fysisk DVD-skiva.¹⁷¹ Eftersom en onlineöverföring funktionellt motsvarar en överföring av en kopia som lagras på ett fysiskt medium menade EU-domstolen att likabehandlingsprincipen understödde slutsatsen att konsumtionsprincipen även ska appliceras på digitala kopior.¹⁷²

EU-domstolens slutsats var att även en digital kopia av ett datorprogram som har överförs till förvärvaren genom en licens utgör en överlåtelse av äganderätten och därmed omfattas av rättighetinnehavarens spridningsrätt. En digital kopia av ett datorprogram som har spridits av rättighetinnehavaren har i och med överlåtelsen lett till en konsumtion av spridningsrätten enligt direktivet om datorprogram, på samma sätt som skulle ha gällt för ett fysiskt exemplar av datorprogrammet.

¹⁶⁷ Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 62.

¹⁶⁸ Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 63.

¹⁶⁹ Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 61.

¹⁷⁰ Mål C-479/04, *Laserdisken*, p. 68.

¹⁷¹ Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 61.

¹⁷² Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 61.

5.2.2 Går UsedSoft-domen att tillämpa på filmverk?

5.2.2.1 Vad talar för?

Eftersom den konsumtionsbestämmelse som domstolen tolkar i *UsedSoft* endast avser datorprogram går det inte att direkt överföra domskälen till konsumtion av spridningsrätten av filmverk. Det är emellertid ändå möjligt att dra vissa paralleller också till andra upphovsrättsliga verk.

Ett argument för att EU-domstolens slutsats i *UsedSoft* även skulle kunna tillämpas på filmverk är att det finns en hel del likheter mellan just dessa två verkstyper. Såväl datorprogram som filmverk är upphovsrättsliga verk som ofta särbehandlas i diskussionen kring upphovsrätt. Både datorprogram och filmverk är särskilt dyra att producera och det ligger i typfallet betydande investeringar bakom sådana verk.¹⁷³ Därför har de också blivit begränsade med särskilda regler vad gäller uthyrning och utlåning, då dessa verk anses vara särskilt utsatta för risken av otillåten kopiering.¹⁷⁴

Det främsta argumentet mot en princip om digital konsumtion är att nedladdning av upphovsrättsliga verk utgör ett tillhandahållande av verket från en annan plats än den där mottagaren befinner sig. Ett sådant tillhandahållande faller in under ensamrätten ”överföring till allmänheten” vilken inte ger upphov till konsumtion. EU-domstolen prövade i *UsedSoft* inte bara frågan om konsumtion av spridningsrätten enligt direktivet om datorprogram utan även förhållandet mellan överföring och spridning enligt Infosoc-direktivet. Som en följd av detta får domen betydelse för nedladdning av andra verk än endast datorprogram. I domskälen i *UsedSoft* gick EU-domstolen emot bestämmelsen i art. 3 i Infosoc-direktivet om att överföring till allmänheten inte kan leda till en konsumtion av ensamrätten, förutsatt att denna överföring har inneburit en förflyttning av äganderätten.¹⁷⁵ EU-domstolen slog därmed fast att spridningsrätten inte bara berör fysiska exemplar utan även under rätt förutsättningar kan gälla för digitala kopior.¹⁷⁶ Detta medför inte med säkerhet att även konsumtionen av spridningsrätten ska omfatta digitala kopior. Trots att äganderättens överföring ger upphov till en spridning enligt art. 4 i Infosoc-direktivet kan

¹⁷³ SOU 1985:51, s. 28; Levin (2017), s. 145; Jfr Olsson & Rosén, s. 23.

¹⁷⁴ Levin (2017), s. 146.

¹⁷⁵ Günther, Petteri, *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*, 2014, s. 213.

¹⁷⁶ Riis, Thomas, m.fl., *Videresalg af digitale eksemplarer – ændrer UsedSoft-dommen retstilstanden?*, 2013, s. 466.

konsumtionen av spridningsrätten fortsättningsvis vara exklusivt förbehållen fysiska exemplar.¹⁷⁷

EU-domstolens argumentation för den digitala konsumtionsprincipens tillämplighet är i stor utsträckning möjlig att applicera även på filmverk. Ett argument som bör gälla även för andra upphovsrättsliga verk än enbart datorprogram är principens syfte. Det bakomliggande syftet med principen som går ut på att endast ge rättighetsinnehavaren en ensamrätt i den utsträckning det är nödvändigt för att skydda det specifika föremålet för rättigheten gäller även för filmverk. En ensamrätt måste som bekant vara motiverad av viktiga allmänna intressen för att få inskränka den fria rörelsen av varor och tjänster inom unionen.¹⁷⁸ Detta är något som gäller för samtliga upphovsrättsliga verk.

Även EU-domstolens resonemang kring likabehandlingsprincipen går att överföra på filmverk. Det föreligger såväl ekonomisk som funktionell ekvivalens mellan en analog och en digital kopia av en film. En konsument som köper filmen x genom att beställa hem en DVD-skiva från en internetbutik har i enlighet med konsumtionsprincipen rätt att sälja vidare DVDn när som helst. En konsument som köper samma film men genom att istället ladda ner filmen har liksom den första konsumenten betalat för äganderätt till filmen men har till skillnad från den första konsumenten ingen rätt att sälja vidare filmen. Värdet i filmen ligger i innehållet, varför det inte borde spela någon roll om filmen förvaras på en fysisk DVD-skiva utan självständigt ekonomiskt värde eller som en digital fil på en hårddisk.¹⁷⁹ Likabehandlingsprincipen kan även användas som ett argument för att digitala kopior av datorprogram ska behandlas likvärdigt med digitala kopior av andra upphovsrättsligt skyddade verk.¹⁸⁰

5.2.2.2 Vad talar emot?

Det tydligaste argumentet mot att utvidga domslutet i *UsedSoft* även till filmverk är direktivet om datorprogramms ställning som *lex specialis* gentemot Infosoc-direktivet.¹⁸¹ EU-domstolen är väldigt tydlig med att markera att det endast är konsumtionsbestämmelsen enligt direktivet om datorprogram som prövas i målet.¹⁸² Denna gräns som dras mellan prövningen av de två direktiven tydliggörs även med en diskussion om skäl 28 och 29 i ingressen till Infosoc-direktivet. Enligt EU-domstolen tyder

¹⁷⁷ Riis, m.fl (2013), s. 466.

¹⁷⁸ Se avsnitt 4.2.

¹⁷⁹ Riis m.fl., (2013), s. 467.

¹⁸⁰ Schonhofen (2016), s. 290.

¹⁸¹ Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 56.

¹⁸² Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 51.

formuleringen i skäl 28 och 29 på att konsumtionen av spridningsrätten endast är tillämplig på fysiska exemplar.¹⁸³ EU-domstolen fortsätter med att förklara att begreppen i Infosoc-direktivet och direktivet om datorprogram visserligen i princip ska ha samma betydelse men att unionslagstiftaren har uttryckt en annorlunda avsikt när det kommer till direktivet om datorprogram och att skäl 28 och 29 därför inte ska påverka tolkningen av art. 4.2 i direktivet om datorprogram.¹⁸⁴ Här klargör EU-domstolen alltså två saker. Dels att konsumtionsprinciperna i de två direktiven ska tolkas skilt, dels att skäl 28 och 29 tyder på att principen i Infosoc-direktivet endast är tillämplig på fysiska exemplar.

En avgörande skillnad mellan konsumtionsprincipen i direktivet om datorprogram och Infosoc-direktivet finns att hitta i bestämmelsernas ordalydelse. I direktivet om datorprogram lyder bestämmelsen;

”Den första försäljningen av en kopia av programmet som görs inom gemenskapen av rättsinnehavaren själv eller med dennes samtycke medför förlust av spridningsrätten till den berörda kopian inom gemenskapen”

Här är det alltså den första försäljningen av en *kopia* av programmet som ger upphov till en konsumtion av spridningsrätten. För diskussionen kring en digital konsumtionsprincip är användningen av ordet kopia av stor betydelse. I motsvarande bestämmelse i Infosoc-direktivet är det nämligen istället ordet *exemplar* som används för att beskriva vad det är som ska överlåtas för att en konsumtion ska sätta in. Detta är även något som EU-domstolen tog hänsyn till i målet där de påpekade att det inte görs någon åtskillnad mellan fysiska och icke-fysiska kopior av verket enligt formuleringen i direktivet om datorprogram.¹⁸⁵ EU-domstolen underströk att det i art. 1.2 i direktivet till och med står uttryckligen att *”[s]kydd enligt detta direktiv ska gälla ett datorprograms alla uttrycksformer”* och menade att detta utgjorde ett tydligt tecken på att unionslagstiftarens avsikt varit att likställa fysiska och icke-fysiska kopior av datorprogram.¹⁸⁶

Denna argumentation är dock inte helt okontroversiell. Direktivet om datorprogram är nämligen från 1991 och kodifierades visserligen 2009 men utan att några ändringar gjordes i innehållet.¹⁸⁷ När direktivet författades i början av 90-talet fanns det troligtvis inga tankar på att utvidga skyddet för datorprogram även till digitala kopior då internet ännu inte hade fått sitt

¹⁸³ Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 60.

¹⁸⁴ Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 60.

¹⁸⁵ Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 55.

¹⁸⁶ Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 57-58.

¹⁸⁷ Riis, m.fl. (2013), s. 464; Jfr direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram.

stora genombrott. När unionslagstiftaren således underströk att alla uttrycksformer som ett datorprogram kan ha ska ges ett likvärdigt skydd var det alltså inte med digitala kopior i åtanke. Huruvida det är skäligt att hävda att det var unionslagstiftarens avsikt att omfatta även icke-fysiska kopior av datorprogram som sprids via hemsidor är därför diskuterbart.¹⁸⁸ Det faktum att ingen förändring gjordes i ordalydelsen när direktivet kodifierades 2009 talar dock för att det faktiskt finns en avsikt att inte skilja mellan fysiska och icke-fysiska kopior.¹⁸⁹

5.2.3 Art & Allposters vs. Pictoright

Eftersom frågan om digital konsumtion inte har prövats i domstol är det nödvändigt att ta ledning i mål där andra sakfrågor har prövats men som berör frågan om konsumtion från andra perspektiv. Ett sådant mål är *Allposters*.¹⁹⁰

Målet handlade om Art & Allposters, ett företag som erbjöd postrar och reproduktioner av kända konstnärers verk, som hade tryckt upp dukar med skyddade konstverk genom att överföra trycket från en pappersposter till en duk med hjälp av en kemisk process.¹⁹¹ Pictoright, en organisation som företräder upphovsrättsinnehavare, motsatte sig Allposters reproduktioner.¹⁹² En av de frågor som EU-domstolen behandlade i målet var om en reproduktion av ett skyddat verk som har skett i förändrad form påverkar konsumtionen av spridningsrätten enligt art. 4.2 i Infosoc-direktivet.¹⁹³

För att kunna besvara denna fråga gick EU-domstolen in på den bakomliggande frågan om vad det är som egentligen avses att skyddas genom principen om konsumtion. Är det det fysiska föremålet som verket är befäst i, alltså i detta fall en pappersposter, som ska överföras för att ge upphov till en konsumtion av spridningsrätten, eller är det den intellektuella skapelsen i sig, i detta fall konstverket oavsett form?¹⁹⁴

EU-domstolen började med att konstatera att det enligt ordalydelsen i art. 4.2 är den första försäljningen eller överföringen äganderätten av ”*exemplaret i fråga*” som är föremål för konsumtion.¹⁹⁵ Resonemanget

¹⁸⁸ Riis, m.fl. (2013), s. 464.

¹⁸⁹ Schonhofen (2016), s. 287 f

¹⁹⁰ Mål C-419/13, *Art & Allposters International BV mot Stichting Pictoright*.

¹⁹¹ Mål C-419/13, *Allposters*, p. 15.

¹⁹² Mål C-419/13, *Allposters*, p. 14 & 16.

¹⁹³ Mål C-419/13, *Allposters*, p. 21.

¹⁹⁴ Mål C-419/13, *Allposters*, p. 33.

¹⁹⁵ Mål C-419/13, *Allposters*, p. 34.

fortsatte med att studera formuleringen i skäl 28 i ingressen till Infosoc-direktivet, där det går att läsa att spridningsrätten enligt direktivet omfattar ”verk som ingår i en fysisk vara” samt att konsumtion enligt direktivet innebär en förlust av rätten att bestämma över vidareförsäljningen av ”föremålet”.¹⁹⁶ Konklusionen blev att unionslagstiftarens avsikt med bestämmelsen har varit att ge upphovsrättsinnehavare en rätt att kontrollera “[...]den första saluföringen i unionen av varje fysiskt föremål som deras intellektuella skapelse ingår i”.¹⁹⁷ För att ytterligare befästa denna uppfattning om att det är det fysiska mediet för den intellektuella skapelsen som är föremål för konsumtion tog EU-domstolen även upp WIPO-fördraget. Enligt art 6.1 i fördraget innefattar upphovsmännens spridningsrätt ”original och exemplar av verket”.¹⁹⁸ EU-domstolen hänvisade vidare till ett uttalande som antogs i samband med fördragets antagande den 20 december 1996 enligt vilket orden ”exemplar” och ”original och exemplar” i art 6 och 7 endast avser ”fasta exemplar som kan sättas i omlopp som föremål”.¹⁹⁹ EU-domstolen kom med grund i dessa argument till slutsatsen att konsumtionsprincipen enligt art. 4.2 i Infosoc-direktivet är knuten till det fysiska exemplaret, inte innehållet, och att spridningsrätten till verket i sin nya form således inte ska anses vara konsumerad.²⁰⁰

Även om målet inte handlade om konsumtion i relation till en digital kopia av ett verk är denna diskussion högst aktuell att ta upp i detta sammanhang. Att EU-domstolen så tydligt fastställde att det är det fysiska medium i vilket det upphovsrättsligt skyddade verket är materialiserat som spridningsrätten avser och som därmed ska överlåtas för att en konsumtion ska anses ha skett har tolkats som ett uttryck för att digital konsumtion inte är möjlig enligt direktivet.²⁰¹ Det är dock problematiskt för en eventuell komparation till digitala kopior av verk att EU-domstolen ingenstans i domen nämner digitala kopior och de särskilda omständigheter som är att hänföra till dessa. Exempelvis saknas en diskussion kring ekvivalens mellan analoga och digitala verk samt det faktum att samhället tack vare den teknologiska utvecklingen fungerar på ett annorlunda sätt idag än vad det gjorde när bestämmelserna formulerades på 1990-talet.²⁰² Det är alltså frågan om en

¹⁹⁶ Mål C-419/13, *Allposters*, p. 35.

¹⁹⁷ Mål C-419/13, *Allposters*, p. 37.

¹⁹⁸ Mål C-419/13, *Allposters*, p. 38-39.

¹⁹⁹ Mål C-419/13, *Allposters*, p. 39; Agreed statements concerning the WIPO Copyright Treaty, December 20, 1996.

²⁰⁰ Mål C-419/13, *Allposters*, p. 46.

²⁰¹ Savic, Masa, *The CJEU Allposters Case: Beginning of the End of Digital Exhaustion?*, 2015, s. 392.

²⁰² Savic (2015), s. 392.

argumentation endast baserad på direktivets ordalydelse, helt utan hänsynstagande till andra omständigheter, är tillräckligt hållbar.²⁰³

²⁰³ Savic (2015), s. 392.

6 För- och nackdelar med en digital konsumtionsprincip

6.1 Fördelar med digital konsumtion

Ett av syftena bakom konsumtionsprincipen är att tillgodose att varor som har kommit ut på den europeiska marknaden fritt kan röra sig inom den gemensamma marknaden. Det är en väl befast princip inom EU att begränsningar av varors och tjänsters fria rörlighet endast är tillåtet i den utsträckning som är nödvändig för att skydda det särskilda intresset med rättigheten, i detta fall upphovsrätten.²⁰⁴ En ordning där konsumtionsprincipen inte gäller för digitala kopior av filmer skulle begränsa den fria handeln på ett sätt som överstiger vad som är nödvändigt för att skydda det särskilda föremålet för upphovsrätten.²⁰⁵

I och med att det är upphovsmannen som åtminstone är delaktig i att avgöra priset på sitt verk när det sätts ut till försäljning så är det också ett svagt argument mot konsumtionsprincipen att andrahandsmarknaden minskar deras möjlighet att tjäna på sitt verk. Det är helt enkelt inte ett tillräckligt starkt skäl för att ensamt vinna över förvärvarens rätt att förfoga över sitt lagligen förvärvade exemplar.²⁰⁶

Ett annat argument för att principen om konsumtion bör gälla även för digitala kopior är att det finns en funktionell ekvivalens mellan fysiska och digitala varor varför de bör behandlas likvärdigt.²⁰⁷ Enligt denna ekvivalensteori finns det även ett behov av jämbördiga regelverk mellan offline- och onlinesamhället. När reglerna för vad som är tillåtet att göra med en köpt kopia av ett verk skiljer sig åt beroende på om den är köpt i analogt eller digitalt format betyder det att konsumenterna måste göra en mental växling så fort de handlar online. Det finns en tanke om att människor redan som det är har svårt att hålla reda på vad som är tillåtet och otillåtet i offlinesamhället. Det skulle enligt denna idé vara orimligt att ställa krav på dem att hålla reda på ytterligare en uppsättning regler för onlinesamhället.²⁰⁸ Att de rättsliga handlingsnormerna inom vissa områden

²⁰⁴ Rognstad, Ole-Andreas, *Legally Flawed but Politically Sound? Digital Exhaustion of Copyright in Europe after UsedSoft*, 2014, s. 15; Jfr Mål C-115/02, *Administration des douanes et droits indirects mot Rioglass SA, Transremar SL*, 23 oktober 2003, p. 23.

²⁰⁵ Schultze (2014), s. 13.

²⁰⁶ Perzanowski & Schultz (2016), s. 181.

²⁰⁷ Schultze (2014), s. 13.

²⁰⁸ Reed, Chris, *Online and Offline Equivalence: Aspiration and Achievement*, 2010, s. 248-273.

skiljer sig åt mellan online- och offlinesamhället skapar osäkra konsumenter, vilket i förlängningen skadar marknaden.²⁰⁹ Det finns förstås grundläggande skillnader mellan vad som fungerar och är tillåtet i offlinesamhället och online. Det betyder dock inte att det inte finns skäl att försöka begränsa dessa skillnader så långt det är möjligt för att begränsa förvirringen kring vad som är lagligt och inte.²¹⁰

Som har nämnts under avsnitt 5 finns det idag en tendens bland tillhandahållare av plattformar för köp och nedladdning av filmer att i överlåtelseavtalen avgränsa förvärvarens rättigheter så att hon snarare erhåller en licens till filmen än en äganderätt. Att rubricera en överföring som en licens istället för ett köp är ett sätt för rättighetsinnehavaren att kringgå lagstiftningen och skydda sina egna intressen genom att inskränka förvärvarens rättigheter.²¹¹ Som en följd av *UsedSoft* är denna typ av kryphål inte längre möjliga som ett sätt att undvika konsumtion av spridningsrätten. För att rättighetsinnehavarens spridningsrätt ska konsumeras krävs enligt 2 kap. 19 § URL och art. 4.2 i Infosoc-direktivet att äganderätten till den enskilda kopian har övergått, varför en licens inte skulle ge upphov till konsumtion. EU-domstolen uttalade dock i *UsedSoft* att begreppet försäljning ska ges en vid tolkning och omfatta alla fall då ”[...] nyttjanderätten till kopian av datorprogrammet upplåts för en i tiden obegränsad period mot betalning av ett belopp som kompenserar rättsinnehavaren för det ekonomiska värdet på kopian av rättsinnehavarens verk”.²¹² Detta motiverades i domen uttryckligen med att det annars hade varit möjligt för leverantörer att kringgå konsumtionsprincipen enbart genom att beteckna avtalet som ett licensavtal, vilket skulle urvattna bestämmelsens funktion.²¹³

Ett argument som tas upp mot digital konsumtion är att det föreligger stora skillnader mellan analoga och digitala kopior av filmverk. En digital kopia har en helt annan livstid och kvalité än en analog. Det här innebär dock inte att en andrahandsmarknad för digitala kopior är helt utan svårigheter. Den tekniska utvecklingen är som bekant såväl snabb som outtröttlig och nya uppdateringar sker konstant. Det medför att en digital kopia av ett filmverk hastigt kan tappa sin konkurrenskraft p.g.a. uppdateringar av programvara för uppspelning, filformat o.s.v.²¹⁴

²⁰⁹ Nicholson, (2013); Jfr Ganeva, Peter, *Exhaustion of IP Rights: Reflections from Economic Theory*, 2006, s. 12.

²¹⁰ Reed (2010).

²¹¹ Jfr Perzanowski & Schultz (2016), s. 58 f.

²¹² Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 49.

²¹³ Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 49; Schonhofen (2016) s. 282.

²¹⁴ Perzanowski & Schultz (2016), s. 181.

Det är viktigt att ha de upphovsrättsliga verkens särställning som kommersiella produkter i åtanke när ställning ska tas till konsumtionsprincipens tillämplighet. Till skillnad från exempelvis en tröja, som du köper för att erhålla äganderätten till just det exemplaret och som har ett användningsvärde just som ett fysiskt objekt, är avsikten med att köpa en film att avnjuta innehållet. En DVD-skivas fysiska medium är inte en definierande faktor för konsumenten. Det är istället filmen som sparats ned på just den DVD-skivan och dess intellektuella värde som konsumenten vill åt när hon köper DVD-skivan.²¹⁵

Avslutningsvis kan noteras att EU-domstolen i *UsedSoft* tagit stor hänsyn till rättspolitiska värderingar och tycks ha haft en målsättning att nå slutsatsen att konsumtionsprincipen även ska omfatta digitala kopior av datorprogram.²¹⁶ Detta är i sig problematiskt då det inte är en domstols primära uppgift att skapa rätten utan att tolka och tillämpa den. EU-domstolen har visserligen en större rättsskapande uppgift än svenska domstolar, men även EU-domstolen får emellanåt utstå kritik för att väva in för mycket politik i sin avgöranden.²¹⁷ Emellertid kan det finnas goda skäl till att utveckla upphovsrätten i denna riktning då det, som understryks i ingressen till WIPO-fördraget, är nödvändigt att finna en balans mellan upphovsmännens intressen och ett bredare allmänintresse.²¹⁸ Med grund i den stora betydelse som EU-rätten lägger i prejudikatläran är det möjligt att anpassa rättsläget efter de aktuella omständigheterna genom att, tack vare ett mer flexibelt förhållningssätt, omtolka tidigare rättspraxis på ett sätt som bättre passar in i dagens sammanhang.²¹⁹ Det är med grund i EU-domstolens argumentation i målet inte särskilt långsökt att tänka sig att samma värderingar troligtvis skulle gälla även för andra upphovsrättsliga verk. Eftersom det i stora drag föreligger samma ekonomiska och marknadsmässiga förhållanden för datorprogram som det gör för andra upphovsrättsliga verk är det möjligt att komma till konklusionen att EU-domstolen har tagit ett rättspolitiskt ställningstagande som inbegriper hela det upphovsrättsliga skyddsområdet och således hade nått samma slutsats även i en prövning av Infosoc-direktivet.²²⁰ *UsedSoft* tyder vidare på att EU-domstolen har antagit en mer dynamisk relation till upphovsrätten där det finns utrymme för skönsmässiga avvägningar av de legitima intressen som står emot varandra vilket skapar balans mellan de ekonomiska intressen som ligger bakom reglerna.²²¹ Genom att ta hänsyn till marknadsekonomiska

²¹⁵ Chapdelaine (2017), s. 17 f.

²¹⁶ Jfr Riis, m.fl. (2013), s. 478.

²¹⁷ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 58.

²¹⁸ Riis, m.fl. (2013), s. 478.

²¹⁹ Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 60.

²²⁰ Riis, m.fl. (2013), s. 470.

²²¹ Riis, Thomas, *Ophavsrettens flexibilitet*, 2013, s. 139 & 151.

aspekter som exempelvis lojal konkurrens baseras upphovsrätten i större utsträckning på de verkliga omständigheterna än på abstrakta och formella kriterier som snabbt utdateras av den tekniska utvecklingen.²²²

6.2 Nackdelar med digital konsumtion

I skäl 9 och 10 i ingressen till Infosoc-direktivet står att läsa att skyddet enligt direktivet ska hålla en hög nivå för att säkerställa att upphovsmän får en skälig ersättning för utnyttjanden av deras verk. De investeringar som krävs för att producera en färdig film är omfattande och det krävs ett starkt lagligt skydd för att garantera att dessa investeringar lönar sig och därigenom främja fortsatt intellektuellt skapande. Om en digital konsumtionsprincip tillåts finns det en överhängande risk för att upphovsmännens möjlighet att erhålla en sådan skälig ersättning för sina verk minskar avsevärt. En stor skillnad mellan distributionen av fysiska exemplar av ett verk och digitala kopior är nämligen att det fysiska exemplaret till viss del är geografiskt begränsat. Visserligen är fysiska exemplar möjliga att sända över hela världen per post, men detta är en tidskrävande och relativt kostsam process. En digital kopia kan enkelt och kostnadsfritt sändas över hela världen på ett ögonblick. Det innebär att andrahandsmarknaden för digitala filmer är betydligt större än vad den analoga andrahandsmarknaden har varit. Ett fysisk exemplar kommer även att nötas ut med tiden. För varje användning försämras kvalitén på exemplaret och detta begränsar i sin tur antalet gånger det enskilda exemplaret kan vidareöverföras. Samma slitage drabbar inte en digital kopia och antalet vidareöverföringar är således i teorin oändligt.²²³ En digital andrahandsmarknad för filmer skulle därmed innebära att det går att köpa en ”perfekt” version av filmen till ett lägre pris än originalpriset, vilket skulle innebära att upphovsmännen alltså börjar konkurrera med sina egna verk och skulle hamna i en ond spiral av nedåtgående prissättning.²²⁴

Eftersom kvalitén på en digital kopia inte försämras med tiden likt en analog finns det i teorin inga hinder mot att den enskilda kopian kan säljas om och om igen, utan slut. Om en kopia kan säljas vidare ett obegränsat antal gånger innebär det att marknadens behov av ”brist” för att reglera marknadspriset försvagas. Marknaden är beroende av att det hela tiden finns ett underskott av varor för att kunna lägga en prisnivå som producerar vinst. Detta system riskerar att fallera om odödliga kopior kan spridas vidare av

²²² Riis (2013), s. 139 f.

²²³ Perzanowski & Schultz (2016), s. 181.

²²⁴ Nicholson (2013).

privatpersoner.²²⁵ Det är även möjligt för en konsument som vill sälja vidare sin kopia av filmen att lägga ett pris långt under originalpriset, varför det finns en överhängande risk för att en andrahandsmarknad av digitala filmer skulle urholka marknaden för originalfilmer.²²⁶

Konsumtionsprincipen bygger på idén om att det enskilda exemplar som en gång har blivit överfört till en konsument inte längre kan ligga under upphovsmannens kontroll. När det kommer till digitala kopior av ett verk kräver en överföring av just det ”exemplaret” att det sker en kopiering. Den kopian som till slut hamnar i andrahandskonsumentens besittning kommer alltså inte att vara densamma som den första konsumenten förvärvade. Detta uppmärksammades i den omtalade amerikanska domen *Capitol Records, LLC vs. ReDIGI INC.* I målet prövades huruvida ReDigi, ett företag som tillhandahöll en andrahandsmarknad för digitala musikfiler, i och med sin verksamhet gjorde intrång i Capitol Records upphovsrätt.²²⁷ Domstolen prövade bl.a. frågan om digital konsumtion, eller *Principle of First Sale*, enligt den amerikanska *Copyright Act* och kom fram till att det inte fanns utrymme för en sådan princip. Ett av skälen mot tillämpningen av digital konsumtion var enligt den amerikanska domstolen att det, för att en överföring av den digitala filen ska kunna genomföras, kommer att krävas en duplicering av filen. En sådan kopiering ansågs, oavsett om originalfilen raderades i samma ögonblick som den nya kopian uppstod hos andrahandsförvärvaren, utgöra ett intrång i upphovsmannens ensamrätt till exemplarframställning.²²⁸

Enligt URL finns två undantag till upphovsmannens exklusiva rätt till exemplarframställning, d.v.s. sådan kopiering som är nödvändig för en teknisk överföring i 2 kap. 11a § med sin motsvarighet i art. 5.1 i Infosoc-direktivet samt kopiering för privat bruk i 2 kap. 12 § som möjliggörs genom art. 5.2 i Infosoc-direktivet. En sådan kopia som är nödvändig för att genomföra en teknisk överföring är som bekant inte tillåten trots att den är flyktig och utgör en väsentlig del i en teknisk process om den har en självständig ekonomisk betydelse eller nytta. En kopia av en film som läggs ut på en andrahandsmarknad har en sådan självständig ekonomisk betydelse då vidareförsäljningen av denna kopia till en andre konsument innebär att denne konsument inte köper filmen av rättighetsinnehavaren, som alltså går

²²⁵ Snickars, Pelle, *Överflöd, brist och begagnade medier*, i Lundell, Patrik, Cronqvist, Marie & Snickars, Pelle (ed.), *Återkopplingar*, 2014, s. 376.

²²⁶ Schultze, (2014), s. 13.

²²⁷ Decision in *Capitol Records, LLC v ReDigi Inc.*, United States District Court for the Southern District of New York, 30th March 2013, No. 12 Civ. 95 (RJS), paragraphs 13 and 28.

²²⁸ Decision in *Capitol Records, LLC v ReDigi Inc.*, paragraph 68; Günther (2014), s. 210.

miste om intäkten som denna försäljning hade inneburit.²²⁹ Motsvarande bestämmelse saknas i direktivet om datorprogram varför frågan inte prövades i *UsedSoft*. För datorprogram är det enligt art. 5.1 i direktivet om datorprogram tillåtet för ”den laglige förvärvaren” att ”återge” dennes enskilda kopia om det krävs för att kunna använda datorprogrammet i överensstämmelse med dess avsedda ändamål. När datorprogrammet säljs för första gången kommer det att behöva laddas ned på konsumentens dator, vilket alltså utgör en tillåten återgivning då det är nödvändigt för att programmet ska kunna användas så som det är meningen.²³⁰ EU-domstolen utredde dock huruvida den andre förvärvaren av programmet, som alltså köper kopian av den förste konsumenten via en andrahandsförsäljning, också kunde utgöra en sådan laglig förvärvare och således ha rätt att återge programmet. Eftersom EU-domstolen redan fastställt att konsumtionsprincipen skulle gälla även för digitala kopior av datorprogram menade de att varje förvärvare efter det att en kopia av rättighetsinnehavaren lagligen överförts skulle utgöra en laglig förvärvare. Detta för att konsumtionsprincipen annars skulle förlora sin ändamålsenliga funktion då rättighetsinnehavaren ändå skulle kunna förhindra varje vidareöverföring med grund i sin ensamrätt till återgivning.²³¹ Om man överför detta resonemang till Infosoc-direktivet skulle det medföra att om digital konsumtion tillåts enligt direktivet skulle det inskränka upphovsmannens ensamrätt till exemplarframställning.

Frågan är vidare om undantaget för privat bruk i 2 kap. 12 § URL och art. 5.2 i Infosoc-direktivet skulle kunna användas för att motivera en sådan kopia som behövs för en andrahandsförsäljning. Enligt art. 5.2 får medlemsländerna i den nationella lagen införa bestämmelser som möjliggör mångfaldigande av skyddade verk för privat bruk förutsatt att syftet varken är direkt eller indirekt kommersiellt. Enligt tolkningen av denna artikel skulle en kopiering som en privatperson genomför för att sälja vidare en digital kopia av en film till en annan privatperson visserligen kunna vara tillåten, så länge ingen kommersiell mellanman är inblandad i överföringen.²³² Den svenska regleringen har dock gått längre i sin begränsning av exemplarframställningen och har utöver kravet på avsaknad av kommersiell avsikt även adderat att kopieringen endast får ske utan vinstintresse.²³³ En privatperson som kopierar en film för att sälja den vidare omfattas troligtvis av förbudet mot vinstintresse då en försäljning vanligtvis motiveras av en önskan att tjäna pengar på den sålda egendomen. Ett

²²⁹ Jfr Riis, m.fl. (2013), s. 472.

²³⁰ Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 75.

²³¹ Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 80-83.

²³² Riis, m.fl. (2013), s. 473.

²³³ Jfr Prop. 2004/05:110, s. 107

mångfaldigande av en digital film för att sälja den vidare kan alltså inte motiveras enligt 2 kap. 12 §.

I *UsedSoft* menade EU-domstolen att en överföring till allmänheten enligt art. 3 i Infosoc-direktivet som medförde att äganderätten de facto övergick till förvärvaren skulle medföra att överföringen omvandlats till spridning enligt art. 4 i Infosoc-direktivet.²³⁴ Detta är en förutsättning för att en konsumtion över huvudtaget ska kunna äga rum då det inte finns utrymme för konsumtion av rätten till överföring till allmänheten enligt direktivet. För att nå denna slutsats tog EU-domstolen ledning i generaladvokatens förslag till avgörande som i sin tur hade baserat sitt resonemang på art. 6.1 i WIPOs fördrag om upphovsrätt. Generaladvokatens uppfattning var följande;

*”Eftersom direktiv 2001/29 inte innehåller någon definition av uttrycken rätten till överföring av alster till allmänheten och rätten att göra alster tillgängliga för allmänheten och spridningsrätten, ska artiklarna 3 och 4 i detta direktiv, såvitt möjligt, tolkas mot bakgrund av Wipos fördrag om upphovsrätt. I artikel 6.1 i fördraget anges emellertid att spridningsrätten är en rättighet att låta göra originalet och exemplar av verket tillgängligt för allmänheten ’genom försäljning eller annan överlåtelse’. Bestämmelsens ordalydelse är entydig. Den omständigheten att det skett en överlåtelse innebär uppenbarligen att en transaktion genom vilken alster överförs till allmänheten betraktas som spridning.”*²³⁵

Detta resonemang är i sig inte felaktigt, om än en något extensiv tolkning. Vad som dock utgör ett problem är att det i Agreed Statements till WIPOs fördrag om upphovsrätt står uttryckligen att art. 6 och dess användning av orden ”kopior” och ”original och kopior” endast omfattar fysiska exemplar.²³⁶ Generaladvokaten och i förlängningen EU-domstolen har alltså inkonsekvent använt WIPOs fördrag om upphovsrätt som tolkningsbas.²³⁷ Detta utgör en svaghet i målets rättsliga argumentation vilket talar för restriktivitet när målet används som underlag i andra mål.

²³⁴ Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 52.

²³⁵ Mål C-128/11 Förslag till avgörande av generaladvokat Yves Bot, p. 73.

²³⁶ Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty, adopted by the Diplomatic Conference on December 20, 1996, “Concerning articles 6 and 7”.

²³⁷ Rognstad (2014), s. 8.

7 Analys

7.1 Finns det utrymme inom upphovsrättslagens och Infosoc-direktivets nuvarande lydelse för en konsumtionsprincip som även omfattar digitala kopior av filmverk?

Enligt den traditionella tolkningen av upphovsrättslagen och Infosoc-direktivet, där stor vikt har lagts vid ordalydelsen, har det stått klart att konsumtionsprincipen enbart är tillämplig på spridning av fysiska exemplar. Det följer av ordalydelsen i Infosoc-direktivet och WIPOs fördrag om upphovsrätt, vilket utgör tolkningsbas för förstnämnda direktiv, samt URL att upphovsmannens spridningsrätt hänger samman med fysiska exemplar. Eftersom det enligt art. 4 i Infosoc-direktivet endast är spridningsrätten som kan konsumeras i samband med en överlåtelse av ett exemplar är följden att även konsumtionsprincipen endast omfattar kopior av verk som kan överlåtas. Uppfattningen om att det endast är fysiska exemplar som kan spridas och därmed leda till konsumtion har stöd i en bokstavstolkning av tillämpliga bestämmelser. Det följer vidare av skäl 28 i ingressen till Infosoc-direktivet att det endast ska vara fysiska exemplar som kan överlåtas som ska leda till konsumtion av spridningsrätten. Enligt skäl 29 undantas särskilt onlinetjänster från konsumtionsprincipens tillämpningsområde. Enligt den klassiskt bokstavstroga tolkningen kan transaktioner av digitala filer, exempelvis filmer, inte leda till en överlåtelse av äganderätten varför de ska definieras som tjänster snarare än varor.

Den till synes orubbliga tolkningen av spridningsrätten och konsumtionsprincipen i Infosoc-direktivet enligt vilken bestämmelserna endast omfattar spridning av fysiska exemplar kan i och med EU-domstolens domslut i *UsedSoft* ifrågasättas. I målet utmanade EU-domstolen rådande uppfattning om konsumtionsprincipens förhållande till fysiska kontra digitala kopior av datorprogram i synnerhet och övriga upphovsrättsliga verk i allmänhet. EU-domstolen fann att en transaktion av en digital kopia av ett verk kan rubriceras som ett köp av en vara och därmed utgöra spridning. En digital fil ansågs nämligen vara ekonomiskt och funktionellt jämförbar med en analog motsvarighet. Den EU-rättsliga principen om likabehandling, som utgör en allmän rättsgrundsats, slår fast att lika fall ska behandlas lika, varför EU-domstolen beslutade att samma regler skulle gälla för digitala och analoga kopior av datorprogrammen.

Enligt den nya tolkningen ska det göras åtskillnad mellan de fall då en digital fil streamas över nätet utan att en överlåtelse av äganderätten sker och de fall då en digital fil laddas ned mot betalning för att ge upphov till en i tiden obegränsad nyttjanderätt som motsvarar ett köp av ett fysiskt exemplar. Uppfattningen om att varje transaktion som sker över internet utgör en tjänst är därmed överspelad. Om en transaktion leder till en överlåtelse av äganderätten ska den istället definieras som ett köp. Därmed utgör ett köp av en digital film spridning snarare än en överföring till allmänheten. Detta ställningstagande emot en begränsning av förvärvares äganderätt talar även för att distributörer av film online inte längre kan inskränka konsumenternas rättigheter genom att omformulera köp till licenser i sina avtalsvillkor. I *UsedSoft* slog EU-domstolen fast att en försäljning är varje överföring som medför att nyttjanderätten av kopian av ett datorprogram upplåts för att få användas utan någon tidsbegränsning, förutsatt att rättighetsinnehavaren erhållit en betalning som kompenserar denne för kopians ekonomiska värde. Det är därmed inte längre möjligt att kringgå konsumtionsprincipen genom att beteckna en överlåtelse som en licens snarare än ett köp. Även om EU-domstolens uttalande handlade om försäljning av datorprogram ger det uttryck för ett tydligt ställningstagande emot användningen av licensavtal som kryphål i lagstiftningen. Enbart det faktum att en film som lagligen och mot betalning nedladdats i överlåtelseavtalet beskrivs som en licens bör därmed inte kunna utgöra ett hinder mot konsumtionsprincipens tillämpning.

Att även överlåtelse av digitala filer kan utgöra spridning enligt Infosoc-direktivet är ett stort steg i riktningen mot en digital konsumtionsprincip. Det är dock inget definitivt svar på frågan huruvida en sådan princip omfattas av direktivet. Faktum är att det enligt ordalydelsen i art. 4 görs en åtskillnad mellan spridningsrätten, som beskrivs som en överlåtelse av en kopia, och konsumtionen av densamma, där det som ska överlåtas betecknas som ett exemplar. Detta talar för att *UsedSoft* visserligen möjliggjort spridning av digitala verk men att konsumtionsprincipen fortsättningsvis ska vara exklusivt förbehållen fysiska exemplar.

EU-domstolen var i domskälen i *UsedSoft* väldigt tydliga med att de prövade frågan om digital konsumtion enligt direktivet om datorprogram, som utgör *lex specialis* till Infosoc-direktivet. EU-domstolens resonemang kring konsumtionsprincipens tillämpning berörde därmed endast direktivet om datorprogram. Slutsatsen att även överlåtelse av digitala kopior ska leda till konsumtion av spridningsrätten är därmed exklusiv för datorprogram. I domskälen tog EU-domstolen upp att det råder vissa skillnader mellan de två direktiven, bl.a. vad gäller ordalydelsen i konsumtionsbestämmelsen där spridningsobjektet enligt direktivet om datorprogram omnämns som *kopia*

men enligt Infosoc-direktivet omnämns som *exemplar*. EU-domstolen framhöll också att skäl 28 och 29 i ingressen till Infosoc-direktivet tydde på att unionslagstiftaren haft en annan avsikt ifråga om Infosoc-direktivets reglering kring konsumtionsprincipen. Därmed noterade EU-domstolen att det troligtvis inte fanns utrymme för digital konsumtion enligt detta direktiv. Skälen i ingressen till ett direktiv är emellertid inte tvingande lag utan utgör snarare tolkningsbas för direktivets artiklar genom att visa vad som har varit lagstiftarens avsikt. När frågan om digital konsumtion prövas i domstol är det därmed möjligt att bortse från dessa skäl. Eftersom skälen ger en bild av vad som var avsikten när lagtexten författades, vilket i Infosoc-direktivets fall är i slutet av 1990-talet, kan det finnas anledning att inte ge deras lydelse allt för stort genomslag när artiklarna ska tolkas i dagens kontext.

Domskälen i *Allposters* har av många tolkats som slutet på drömmen om en digital konsumtionsprincip. I målet prövades om ett verk som spridits på marknaden och därefter helt bytt medium, från en pappersposter till en kanvasduk, i sin nya form anses ha konsumerats i och med den första överlåtelsen av papperspostern. EU-domstolen tolkade art. 4.2 Infosoc-direktivet och dess konsumtionsbestämmelse i ljuset av WIPO-fördraget och kom till den entydiga slutsatsen att det enligt bestämmelsens ordalydelse är överlåtelse av fysiska exemplar som ger upphov till konsumtion. Detta innebär enligt en snäv tolkning att det inte finns något utrymme för digital konsumtion enligt Infosoc-direktivet.

Angående *Allposters* betydelse för den digitala konsumtionens vara eller icke vara är det dock viktigt att ha i åtanke att målet inte egentligen handlade om frågan om konsumtion av digitala verk. EU-domstolen diskuterade i målet inte frågan om en digital konsumtionsprincip och de särskilda omständigheter som gäller för distributionen av digitala verk. För att domskälen skulle ge en övertygande fingervisning om hur frågan om digital konsumtion ska bedömas hade det varit önskvärt att EU-domstolen åtminstone tagit upp exempelvis ekvivalensen mellan analoga och digitala verk. EU-domstolen hade även behövt problematisera det faktum att lagtexten är skriven utifrån helt andra förutsättningar än vad som gäller idag.

Med ett extensivt förhållningssätt går det även att tolka domslutet i *Allposters* på ett sätt som inte skulle innebära slutet för digital konsumtion. EU-domstolens fastställande att konsumtionsprincipen är knuten till fysiska exemplar går att tolka som en slutsats om att det är den enskilda kopian överlåtelse som ger upphov till konsumtion, snarare än att verket måste vara materialiserat i ett fysiskt medium. Det skulle vara möjligt att argumentera för att det förhållandet att EU-domstolen i målet så tydligt låser

konsumtionsprincipen till det fysiska exemplaret endast är en följd av bestämmelsens ordalydelse. Det är då angeläget att komma ihåg att direktivet författades under en tid då det inte fanns något skäl att formulera bestämmelsen på annat sätt än att gälla just exemplar. Domstolens slutsats att konsumtion är knuten till ett enskilt exemplar utgör, enligt denna tolkning, endast ett ställningstagande mot möjligheten att förändra verkets medium och fortfarande hävda konsumtion av spridningsrätten, inte att det krävs just ett fysiskt medium. Enligt en sådan tolkning skulle den digitala konsumtionsprincipen visserligen vara möjlig, då det som EU-domstolen framhåller är att konsumtionsprincipen avser den enskilda kopian. Under de aktuella tekniska förutsättningarna innebär det dock att konsumtion ändå inte kan ske för digitala verk då en duplicering av kopian är nödvändig för att genomföra överlåtelsen. Det är inte samma kopia som köps och sparas ned av den första förvärvaren som av andrahandsförvärvaren. Det går således att hävda att *Allposters* inte utgör ett hinder mot digital konsumtion i teorin. Målet innebär istället att digital konsumtion är möjlig om en digital överlåtelse kan genomföras utan att den ursprungliga kopian försvinner och byts ut mot en ny kopia. Denna tolkning finner stöd i det faktum att såväl Infosoc-direktivet som WIPO-fördraget uppkom innan internets stora genombrott och därför inte är anpassade till den verklighet som idag råder för distribution av film. Det är på grund av detta inte adekvat att tolka bestämmelserna bokstavligen. För att följa principens syfte och uppnå balans mellan de olika intressen som står emot varandra är det nödvändigt att anta ett dynamiskt förhållningssätt till det upphovsrättsliga regelverket, där det är möjligt att ta hänsyn till de verkliga omständigheterna.

Trots att det genom en extensiv tolkning skulle vara möjligt att inte se *Allposters* som ett definitivt nej till den digitala konsumtionsprincipen innebär målet tillsammans med *UsedSoft* att det utifrån dagens förutsättningar troligtvis inte finns utrymme för digital konsumtion i URL och Infosoc-direktivet. Den argumentation som EU-domstolen byggde sitt domslut på i *UsedSoft* går i många fall att tillämpa även på film. Faktum kvarstår dock att det finns en viktig skillnad i såväl ordalydelsen i Infosoc-direktivet och direktivet om datorprogram som i avsikten med direktiven. Vad som är klarlagt efter *UsedSoft* är att även digitala kopior av filmverk kan omfattas av spridningsrätten i Infosoc-direktivet. Det är dock högst osäkert huruvida även konsumtionsprincipens tillämpningsområde går att utvidga till digitala verk. Efter *Allposters* står det klart att EU-domstolen fäster vikt vid ordalydelsen i Infosoc-direktivet, enligt vilket det endast är överlåtelse av exemplar som kan leda till en konsumtion av spridningsrätten. Att ge denna formulering en så extensiv tolkning att den även omfattar digitala kopior är inte lämpligt då det kan skada rättssäkerheten. Så som lagen ser ut idag finns det alltså inte utrymme för en digital

konsumtionsprincip. EU-domstolen har dock visat att de är öppna för en mer dynamisk syn på upphovsrätten samt att det finns goda skäl att överväga en sådan princip. I domskälen i *UsedSoft* signalerade EU-domstolen för en rättspolitisk målsättning som avser att vidareutveckla upphovsrätten för att bättre kunna hantera uppkomna problemställningar utifrån dagens sammanhang. Eftersom det i stora drag föreligger samma ekonomiska och marknadsmässiga förutsättningar för filmer som det gör för datorprogram är det troligt att EU-domstolens syn på den digitala konsumtionen i *UsedSoft* även skulle påverka en prövning av frågan enligt Infosoc-direktivet. EU-domstolen visade i *UsedSoft* att det är viktigt att ta hänsyn till de verkliga omständigheterna och sträva efter att skapa balans mellan de intressen som ligger bakom regelverket när principen prövas. För att rättsläget ska bli förutsägbart och rättssäkert krävs dock att en av två saker sker. Det ena alternativet är att en ändring sker i Infosoc-direktivets ordalydelse så att konsumtionsprincipen inte endast avser överlåtelse av exemplar utan blir tillämplig även vid överlåtelse av kopior. Det andra alternativet är att EU-domstolen prövar den konkreta frågan om konsumtionsprincipens tillämplighet på digitala verk enligt Infosoc-direktivet och därigenom fastställer prejudikat.

7.2 Vilka argument finns för och emot en princip om konsumtion som även tillämpas på digitala kopior av filmverk?

7.2.1 Argument emot digital konsumtion

Upphovsrätten finns till för att fylla en viktig funktion i samhället, nämligen att genom ett starkt skydd för upphovsmännen till intellektuella skapelser skapa en grogrund för fortsatt skapande. Det är särskilt upphovsmännens ekonomiska ensamrätter som utgör incitament för filmskapare och andra att fortsätta skapa. En ordning utan starka ensamrätter skulle leda till att det skulle vara betydligt svårare att få avkastning på upphovsrättsliga verk och därmed skulle drivkraften att skapa för många försvinna. Detta är i synnerhet sant för filmindustrin, där avsevärda belopp ligger bakom projekten och rättighetsinnehavarna är särskilt beroende av sina exklusiva distributionsrättigheter för att tjäna in dessa investeringar. Enligt skäl 9 och 10 i ingressen till Infosoc-direktivet ska skyddet enligt direktivet hålla en hög nivå för att se till att upphovsmännen får skälig ersättning för utnyttjanden av deras verk. Den digitala konsumtionsprincipen kan hota

rättighetsinnehavarnas möjlighet att få en sådan skälig ersättning genom att perfekta kopior av filmer skulle gå att sprida på en andrahandsmarknad till lägre priser än originalfilmerna. Till skillnad från en analog film, exempelvis en DVD-film, försämras inte en digital kopia av en film i takt med att tiden går och filmen används. Det här gör att det inte finns en yttre gräns för hur många gånger en enskild kopia kan säljas vidare, vilket i sin tur leder till att marknadens system för prissättning riskerar att undermineras. Så som marknaden fungerar idag finns nämligen ett ständigt behov av brist, dvs. ett underskott av varor, för att lägga en prisnivå som genererar vinst för rättighetsinnehavarna.

Grundtanken bakom konsumtionsprincipen är att det är en för långtgående inskränkning i äganderätten hos förvärvare av upphovsrättsliga verk att rättighetsinnehavaren ska kunna styra över deras förfogande över ett enskilt, överlåtet exemplar. När ett exemplar av ett upphovsrättsligt verk, t.ex. en DVD-film, överlåts till en konsument övergår den, för upphovsmannen, tidigare exklusiva spridningsrätten till förvärvaren. Det är dock endast spridningsrätten av det enskilda exemplaret som konsumeras.

Upphovsmannen har fortfarande kvar sin upphovsrätt till verket och har alltså rätt att bestämma över hur innehållet på DVD-filmen får användas, exempelvis kan upphovsmannen enligt den ideella upphovsrätten motsätta sig att filmen visas i ett sammanhang som skadar filmens renommé. Denna åtskillnad mellan förfoganderätten över det enskilda exemplaret och äganderätten till innehållet är en utgångspunkt för konsumtionsprincipen. När det kommer till digitala kopior av filmer som laddas ned på internet finns inte längre samma behov av att göra skillnad mellan filmens medium och dess innehåll.

Det faktum att avsikten med principen är att det är överlåtelsen och i sin tur äganderätten till det enskilda exemplaret som ger skäl till att inskränka upphovsmannens ensamrätt utgör problem för den digitala konsumtionsprincipen på flera sätt. Även om man skulle komma fram till att förvärvarens rätt att förfoga över sin köpta digitala kopia av en film, trots att det grundläggande förhållandet mellan exemplar och innehåll saknas, så skulle det utifrån dagens förutsättningar inte vara möjligt med en andrahandsmarknad för digitala filmer. För att en digital fil ska överföras från en enhet till en annan krävs nämligen att filen dupliceras. Det är alltså inte samma kopia som den första förvärvaren hade i sin ägo som andrahandsförvärvaren erhåller. Denna problematik uppmärksammades i det amerikanska målet *ReDigi* och var avgörande för domstolens förkastande av en tillämpning av den amerikanska motsvarigheten till konsumtionsprincipen på digitala kopior. Då detta är ett mål där amerikansk rätt prövades går det inte att tillämpa resultatet i en svensk kontext.

Emellertid är dilemmat med kopiering för att möjliggöra andrahandsförsäljning av digitala kopior globalt och detta är något som EU-domstolen och svenska domstolar hade varit tvungna att ta ställning till i en prövning av Infosoc-direktivet och URL. Eftersom frågan inte har prövats varken i svensk domstol eller i EU-domstolen finns det ett intresse av att se hur frågan prövats i amerikansk domstol. Det är dock inte självklart att en europeisk domstol hade kommit till samma slutsats.

Viss ledning i frågan kring kopiering för att möjliggöra andrahandsförsäljning kan finnas i målet *Allposters*. Enligt domslutet i *Allposters* medför ett förändrat medium av ett upphovsrättsligt verk, vars spridningsrätt har konsumerats i och med att verket kommit ut på marknaden, att någon konsumtion för verket i sitt nya medium inte föreligger. Spridningsrätten till denna nya kopia skulle alltså återigen ligga kvar hos rättighetsinnehavaren. Detta talar för att även om spridningsrätten till den första kopian av filmen konsumerats i och med den första försäljningen så skulle en kopiering av filmen leda till att ensamrätten att sprida denna nya kopia återigen ligger hos upphovsmannen.

Vidare är kopiering av upphovsrättsligt skyddade verk inte tillåten enligt 1 kap. 2 § URL och art. 2 i Infosoc-direktivet. Undantagen till upphovsmannens ensamrätt till exemplarframställning, dvs. sådan kopiering som är nödvändig för att genomföra en teknisk process och kopiering för privat bruk, ställer upp särskilda krav för att kopieringen ska vara tillåten. Kopiering som är del av en teknisk process är endast lovlig om den saknar självständig ekonomisk betydelse. En kopiering som sker för att sälja en film har sådan ekonomisk betydelse eftersom den leder till att rättighetsinnehavaren går miste om en försäljning som annars troligtvis hade skett hos denne. För att en kopiering ska vara tillåten enligt undantaget om kopiering för privat bruk ställs också krav på att kopieringen ska ske utan varken direkt eller indirekt kommersiell avsikt. I det fall såväl förvärvare och andrahandsförvärvare är privatpersoner och ingen kommersiell mellanhand är inblandad skulle kopiering enligt detta undantag kunna vara tillåten. I URL har dock den svenska lagstiftaren gått längre än vad unionslagstiftaren gjort och utöver kravet på avsaknad av kommersiell avsikt även lagt in ett rekvisit om avsaknad av vinstintresse. En film som säljs på en andrahandsmarknad omfattas troligtvis av rekvisitet om vinstintresse och därmed är kopiering med stöd i detta undantag inte möjlig i Sverige. Frågan är dock vad som gäller i de fall då en konsument vill ge en digital film som hon köpt med avsikt att nyttja själv i gåva till någon efter att hon själv nyttjat filmen. Detta är också en situation som omfattas av konsumtionsprincipen men här finns inget vinstintresse.

I direktivet om datorprogram finns inga motsvarande undantag om kopiering varför frågan inte prövades i *UsedSoft*. I målet prövades istället den bestämmelse i direktivet om datorprogram som medför att lagliga förvärvare av datorprogram har rätt att återge dennes enskilda kopia då det krävs för att använda datorprogrammet i överensstämmelse med dess avsedda ändamål. Denna bestämmelse gör det möjligt för den förste förvärvaren att ladda ned en kopia av programmet till sin egen dator. Frågan var om även en andrahandsförvärvare kunde utgöra en sådan laglig förvärvare och därmed ha rätt att ladda ned en ny kopia av datorprogrammet. EU-domstolen kom fram till att varje ny förvärvare skulle utgöra en laglig förvärvare enligt direktivet. Argumentet för detta var att EU-domstolen redan kommit fram till att konsumtionsprincipen skulle gälla för digitala kopior av datorprogram och laglig nedladdning av kopior var nödvändig för att principen skulle få någon funktionell verkan. Detta utgör ett cirkelargument, där EU-domstolen motiverar en förutsättning för principens tillämplighet med principen i sig. Det är därför inte särskilt hållbart. Det går dock att överföra ett motsvarande resonemang på Infosoc-direktivets bestämmelser och enligt detta skulle således kopiering av skyddade filmer vara tillåtet för att genomföra andrahandsöverlåtelser av digitala filmer, förutsatt att den digitala konsumtionsprincipen anses vara motiverad.

7.2.2 Argument för digital konsumtion

Rättighetsinnehavare har alltid motsatt sig de nya metoder som tekniken har gett upphov till. Detta är inget konstigt, det är en naturligt mänsklig och i förlängningen därmed även affärsmässig reaktion att vara rädd för nyheter och att bemöta dessa med skepsis. Det är dock historiskt bevisat att ny teknik ofta leder till möjligheter utöver den initiala nymodigheten.

Filmindustrin protesterade högljutt emot videokassetterna när de kom i rädsla för minskade inkomster. I slutändan öppnade videokassetterna och senare DVD-skivorna upp för en helt ny marknad av hemvideoförsäljning som visade sig vara en riktig kassako. När rättighetsinnehavarna nu protesterar mot den digitala distributionen och vill hålla fast vid ett system de i början själva motsatte sig är det återigen grundat i en rädsla för det okända. Rättighetsinnehavarna vill behålla så mycket kontroll som de möjligtvis kan och självklart förhindra konkurrerande marknader och marknadsaktörer i största möjliga mån. Det är i sig dock inget hållbart argument för att begränsa rättigheterna kopplade till personligt ägande. Att rättighetsinnehavare är rädda för att förlora inkomster om en andrahandsmarknad för filmer uppstår är inte ett tillräckligt argument för att motsätta sig en digital konsumtionsprincip. Eftersom dagens konsument i

allt större utsträckning väljer att vänta tills filmerna har kommit till fönstret för streaming finns det inte längre samma vilja att köpa "gamla" filmer. Motiven för de som fortfarande väljer att köpa och ladda ner sina filmer är bl.a. att de inte vill vänta tills filmerna har kommit ut för streaming. Om det hade varit möjligt att sälja vidare filmerna när man har tittat klart på dem hade det funnits större incitament att köpa dem från början. Så som det ser ut idag, då det inte är tillåtet att sälja vidare filmerna, är det många som kanske istället väljer att kämpa emot sin otålighet och väntar tills filmerna har kommit ut som streamad film. Att konsumtionsprincipen inte omfattar digitala kopior innebär att äganderätten för en digital kopia av en film inte är lika stark som för ett fysiskt exemplar. Det kan resultera i att incitamentet för att faktiskt köpa en digital film, snarare än att bara streama den, riskerar att försvinna. Det leder i sin tur till minskade inkomster för rättighetsinnehavarna.

Argument mot digital konsumtionsprincip som baseras på att en sådan princip skulle bana väg för en andrahandsmarknad med perfekta kopior av de skyddade verken, som säljs till ett lägre pris än originalen, står inte helt stadigt. Det stämmer att digitala kopior av filmer visserligen har en helt annan livslängd än exempelvis en DVD-film och därmed skapas ett större marknadsutrymme genom digital distribution. Digitala kopior är dock inte immuna mot tidens angrepp. En följd av att vi lever i ett samhälle i ständig rörelse där nya tekniska nymodigheter uppstår hela tiden är att även en digital kopia kan bli oanvändbar. Uppdatering av programvara för uppspelning och nya filformat utgör exempel på tekniska framsteg som kan leda till att en digital film inte längre kan säljas vidare på en andrahandsmarknad. Dessutom finns det ingenting som säger att en digital konsumtionsprincip skulle leda till en större andrahandsmarknad för film än vad som finns idag. Faktum är att även om det visserligen skulle vara möjligt att sälja vidare filmer som oavsett antal överföringar inte skulle påverkas i kvalitet så finns det inget intresse för en konsument som har betalat fullt pris för sin kopia att omedelbart sälja den vidare för ett lägre pris på en andrahandsmarknad. Konsumenterna av filmer skulle troligtvis finna ett intresse av att sälja vidare eller ge bort sina kopior först efter att de utnyttjat dem tills de själva är nöjda. Eftersom filmdistributionen är så tydligt uppdelad i fönster skulle detta innebära att en första konsument troligtvis inte är nöjd med sitt eget utnyttjande av sin kopia förrän nästa distributionsfönster öppnat och marknaden för rättighetsinnehavaren att sälja digitala kopior också minskat som en följd av att filmerna nu även är tillgängliga för exempelvis streaming. Många av de konsumenterna som nu är intresserade av att köpa en billigare andrahandskopia av filmerna skulle, om en andrahandsmarknad inte fanns, ändå inte vara intresserade av att köpa originalfilmen utan hade då streamat filmerna istället. Det finns alltså

incitament även från industrins sida att tillåta en konsumtionsprincip som är tillämplig på digitala filmer.

När frågan om konsumtionsprincipen borde gälla även för spridning av digitala filmer diskuteras bör utgångspunkt tas i de syften som ligger bakom principen. Ett av de syften som principen grundas på är fri rörlighet av varor och tjänster på den inre marknaden. Detta grundläggande EU-rättsliga motiv är inte exklusivt förbehållet fysiska varor utan bör gälla även på den digitala inre marknaden. För att inskränkningar i den fria rörligheten ska vara tillåtna krävs att de är nödvändiga för att tillgodose det särskilda föremålet för en rättighet som skulle utgöra en sådan inskränkning. Att begränsa förvärvares rätt att förfoga över exemplar som de äger och därigenom inskränka den fria rörligheten har inte ansetts vara motiverat när detta intresse ställts emot det upphovsrättsliga skyddsintresset. Det borde inte finnas någon egentlig skillnad mellan analoga och digitala kopior när det kommer till detta ställningstagande. Som EU-domstolen poängterade i *UsedSoft* föreligger det såväl ekonomisk som funktionell ekvivalens mellan analoga och digitala kopior av upphovsrättsligt skyddade verk. De upphovsrättsliga verkens särställning som kommersiella produkter, dvs. det faktum att det är dess innehåll som är attraktivt för konsumenten snarare än dess fysiska medium, leder till att det inte bör göras någon åtskillnad mellan marknaden för analoga och digitala filmer.

Ett annat, närliggande syfte med konsumtionsprincipen är att uppnå balans mellan å ena sidan rättighetsinnehavarens intresse av att få ett starkt upphovsrättsligt skydd och genom ensamrätterna kunna tjäna pengar på sitt verk och å andra sidan konsumenternas äganderätt till exemplar som de förvärvar. I Sverige har det traditionellt sett varit upphovsrättsmannens intresse av starka ekonomiska ensamrätter som har vägt över konsumenternas äganderätt när det kommer till just film. Orsaken till den svenska avigeten gentemot just konsumtion av spridningsrätten av film är det faktum att det ofta ligger stora ekonomiska investeringar bakom filmprojekt och det därför är av stor vikt att rättighetsinnehavarna får en möjlighet att erhålla vinst på sina verk för att underhålla intresset av filmskapande. I och med Infosoc-direktivet var Sverige dock tvungna att anpassa sin reglering och inbegripa även filmverk i konsumtionsprincipens tillämpningsområde. Konsumenternas äganderätt har inom EU ansetts vara så skyddsvärd att detta intresse till viss del vunnit över rättighetsinnehavarnas intresse av att få ekonomisk utdelning på sina filmprojekt. Detta grundas i tanken om att rättighetsinnehavaren själv är med och prissätter filmerna. I och med att ett exemplar av en film har sålts anses rättighetsinnehavaren därmed ha erhållit en skälig ersättning och kan inte längre hävda en rätt att få ytterligare ersättning för samma exemplar.

Denna tanke om konsumenters äganderätt och rättighetsinnehavares möjlighet att påverka prissättningen och därmed få vad de anser är en skälig ersättning är inte självklart knuten enbart till fysiska exemplar. Det finns skäl att skydda även den digitala äganderätten då den uppfyller kraven på att utgöra ett köp.

Det är vidare viktigt att se till de fördelar som konsumtionsprincipen har medfört avseende fysiska exemplar när dess tillämpning på digitala verk ska prövas. En andrahandsmarknad för film är viktig för bevarandet av kulturarvet. Den gör det möjligt att få tag på filmer som av olika orsaker inte längre finns tillgängliga hos rättighetsinnehavarna. Sådana orsaker kan exempelvis vara att filmen har politiskt känsligt innehåll eller att rättighetsinnehavaren har bedömt att filmen inte längre är vinstbringande. Möjligheten till vidareförsäljning av filmer skyddar även konsumenternas integritet på så vis att överlåtelsen inte kräver rättighetsinnehavarens godkännande. Detta leder till att det inte är möjligt att spåra konsumenterna och tillförsäkrar därmed varje ny förvärvare anonymitet.

Ytterligare argument för en digital konsumtionsprincip är att den, liksom dagens konsumtionsprincip, skulle främja samhällets utveckling genom att möjliggöra innovationer av såväl rättighetsinnehavare, distributörer och konsumenter. Detta gynnar såväl det intellektuella skapandet som samhället i stort. Även om transaktionskostnaderna i och med digital distribution har sjunkit jämfört med dess analoga motsvarighet kvarstår viss fördel med andrahandsmarknader och dess positiva effekt på konsumenternas transaktionskostnader.

Ekvivalensteorin talar starkt för att samma regler som gäller i det analoga samhället även ska gälla online. Enligt denna teori föreligger det funktionell ekvivalens mellan analoga och digitala kopior av filmer och de bör därför behandlas likvärdigt. Det skapar förvirring när olika handlingsnormer gäller för ditt köp beroende på om det avser en DVD-film eller en digitalt nedladdad film. Sådan förvirring leder till osäkra konsumenter och osäkra konsumenter skadar marknaden. Fullständig likvärdighet mellan online och offline är inte möjligt då det finns grundläggande skillnader mellan dessa två delar av vårt samhälle. Det är trots detta nödvändigt att försöka begränsa skillnaden mellan reglernas tillämplighet i största möjliga mån för att försöka förhindra att det uppstår osäkerhet hos konsumenterna.

7.3 Borde det finnas en digital konsumtionsprincip?

Upphovsrätten är ett rättsområde som, liksom de industrier det avser att skydda, är starkt präglad av den tekniska utvecklingen. Dagens bestämmelser är baserade på hur samhället såg ut och fungerade för närmare 20 år sedan. Det är troligtvis överflödigt att nämna att samhället inte längre ser ut som det gjorde på den tiden. I takt med att den tekniska utvecklingen går framåt måste även lagstiftningen göra det. En situation med diskrepans mellan rättens tillämpningsområde och de faktiska omständigheterna är inte önskvärd. Dagens filmkonsumtion är inte längre knuten till distributionen av fysiska exemplar. Det är därför inte rimligt att den ska styras av lagregler som inte tar tekniska nymodigheter i åtanke. Innan EU-domstolen på ett utförligt och dynamiskt sätt undersökt förutsättningarna för konsumtionsprincipens vara eller icke vara i en digital miljö går det inte att ge ett definitivt svar på frågan om en sådan princip finns. Det finns dock övervägande argument som talar för en digital konsumtionsprincip. Filmprojekt är visserligen dyra att finansiera och för att gynna det fortsatta skapandet krävs ett upphovsrättsligt skydd som bildar förutsättningar för vinst för upphovsmännen. När man väger för- och nackdelarna med en digital konsumtionsprincip går det dock att se att det finns stora fördelar med att tillåta en sådan princip. Det gynnar såväl konsumenter som allmänna samhällsintressen, exempelvis ett rikt kulturarv, att tillåta en andrahandsmarknad för digitala filmer.

De tekniska förutsättningar som föreligger idag möjliggör inte en digital andrahandsmarknad fri från otillåten kopiering. Emellertid kan inte de värden som ligger i att tillåta en digital konsumtionsprincip begränsas av något så flyktigt som teknisk utveckling i dagens ständigt framåtsträvande och nyskapande samhälle. Även om de tekniska förutsättningarna inte finns idag kan de finnas imorgon. Det är nödvändigt att vi har en dynamisk lagstiftning som har kompetens att reglera även nya, oförutsedda omständigheter. Det ställer höga krav på lagstiftaren att kunna stifta tydliga och säkra lagar som ändå är så öppna att de går att applicera på en ny verklighet. Att något är utmanande är dock inte skäl nog avtså.

Det är inte adekvat att basera en bestämmelse avseende digitala köp av filmverk på lagregler som författats utan någon som helst möjlighet att ta hänsyn till dagens omständigheter. Dagens filmdistribution sker nästan uteslutande digitalt. För att de syften som ligger bakom konsumtionsprincipen och de fördelar som den medför inte ska tappa all sin

verkan är det nödvändigt att utvidga principens tillämpningsområde. Den digitala konsumtionsprincipen behövs.

Käll- och litteraturförteckning

Tryckta källor

Propositioner

- Prop. 2004/05:110 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.

Statens Offentliga Utredningar

- SOU 1985:51 Upphovsrätt och datorteknik

EU-dokument

Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och regionkommittén, *En digital agenda för Europa*, KOM (2010) 245 slutlig, Bryssel den 19.5.2010

Rådets beslut av den 16 mars 2000 om godkännande på Europeiska gemenskapens vägnar av WIPO:s fördrag om upphovsrätt och WIPO:s fördrag om framföranden och fonogram, 2000/278/EG

Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty, adopted by the Diplomatic Conference on December 20, 1996

Litteratur

Bernitz, Ulf, m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, Fjortonde upplagan, Elanders Sverige AB, Stockholm, 2017

Chapelaine, Pascale, *Copyright user rights: contracts and the erosion of property*, Oxford University Press, New York, NY, 2017

Finney, Angus & Triana, Eugenio, *The international film business: a market guide beyond Hollywood*, Routledge, London, 2015

Fisher, William W., *iTunes: How Copyright, Contract, and Technology Shape the Business of Digital Media*, Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication, Harvard Law School, 2004

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011

Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt: upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt i Sverige, EU och internationellt*, Elfte upplagan, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017

Maunsbach, Ulf & Wennersten, Ulrika, *Grundläggande immaterialrätt*, 3. uppl., Gleerups utbildning, Malmö, 2015

Nelson, Elissa, *Windows Into the Digital World – Distributor Strategies and Consumer Choice in an Era of Connected Viewing*, i Holt, Jennifer & Sanson, Kevin (red.), *Connected Viewing: Selling, Streaming & Sharing Media in the Digital Age [Elektronisk resurs]*, Routledge, Taylor & Francis, New York, 2014

Olsson, Henry, *Copyright: svensk och internationell upphovsrätt*, 9., [omarb.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015

Olsson, Henry & Rosén, Jan, *Upphovsrättslagstiftningen: en kommentar*, 4., [rev.] uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016

Perzanowski, Aaron & Schultz, Jason M., *The end of ownership: personal property in the digital economy*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2016

Prato, Giuditta de, Sanz, Esteve & Simon, Jean Paul (red.), *Digital media worlds: the new economy of media*, Houndmills, Basingstoke, 2014

Ramberg, Jan & Herre, Johnny, *Köplagen: en kommentar*, 2. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2013

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 3., [utök. och rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015

Snickars, Pelle, *Överflöd, brist och begagnade medier*, i Lundell, Patrik, Cronqvist, Marie & Snickars, Pelle (ed.), *Återkopplingar* (pp. 365-383), Lund: Lunds Universitet, Mediehistoriskt arkiv, 2014

Torremans, Paul L.C. (red.), *Intellectual property and human rights*, 3. ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2015

Ubertazzi, Benedetta, *The Principle of Free Movement of Goods: Community Exhaustion and Parallel Imports*, i Stamatoudi, Irini A & Torremans, Paul L. C. (red.), *EU copyright law: a commentary*, Cheltenham, UK, 2014

Ulin, Jeff, *The business of media distribution: monetizing film, tv and video content in an online world*, 2nd ed., Focal Press, Burlington, MA, 2014

Artiklar

Ganea, Peter, *Exhaustion of IP Rights: Reflections from Economic Theory*, IIR Working Paper WP#06-02, Hitotsubashi University Repository, Februari 2006

Günther, Petteri, *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*, NIR 3/2014, s. 205-229

Perzanowski, Aaron & Schultz, Jason, *Digital Exhaustion*, 58 UCLA Law Review, 2011, s. 889-946

Reed, Chris, *Online and Offline Equivalence: Aspiration and Achievement*, International Journal of Law and Information Technology, Volume 18, Issue 3, 1 Oktober 2010, s. 248-273

Riis, Thomas, *Ophavsrettens fleksibilitet*, NIR 2/2013, s. 139-151

Riis, Thomas, Schovsbo, Jens & Udsen, Henrik, *Videresalg af digitale eksemplarer – ændrer UsedSoft-dommen retstilstanden?*, NIR 5/2013, s. 458-479

Rognstad, Ole-Andreas, *Legally Flawed but Politically Sound? Digital Exhaustion of Copyright in Europe after UsedSoft*, Oslo Law Review, Issue 1, 2014, s. 1-19

Rosén, Jan, *Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället – något om EG-direktivet 2001/29/EG*, NIR 4/2001, s. 584-603

Savic, Masa, *The CJEU Allposters Case: Beginning of the End of Digital Exhaustion?*, European Intellectual Property Review, 2015, 37 (6), 1 juni 2015, s. 389-394

Schonhofen, Sven, *Usedsoft and Its Aftermath: The Resale of Digital Content in the European Union*, Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law, Volume 16, Winter 2016, Nr 2, s. 262-297

Schultze, Ellen Franziska, *Resale of digital content such as music, films or eBooks under European law*, European Intellectual Property Review, 36, 2014, s. 9-13

Elektroniska källor

Amazon Prime Video Terms of Use, senast uppdaterad: 02 april 2018
(hämtad 4 maj 2018)
<https://www.primevideo.com/help?nodeId=202095490&view-type=content-only>

Amazon Prime Video Usage Rules, (hämtad 4 maj 2018)
<https://www.primevideo.com/help?nodeId=202095500>

Joint Practical Guide of the European Parliament, the Council and the Commission for persons involved in the drafting of European Union legislation, 2015 (hämtad 3 maj 2018)
<http://eur-lex.europa.eu/content/techleg/EN-legislative-drafting-guide.pdf>

Nationalencyklopedin, sökord: "Streaming" (hämtad 18 mars 2018)
<https://www-ne-se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/streaming>

Nicholson, Andrew, *Old Habits Die Hard?: UsedSoft v Oracle*, SCRIPTed 10:3, 2013 (hämtad 26 april 2018)

<https://script-ed.org/article/habits-die-hard-usedsoft-oracle/>

Olin, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk* 12 §, lagkommentar, Lexino 2017-12-30

Olin, *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk* 19 §, lagkommentar, Lexino 2017-12-30

Villkor för Apples Mediatjänster, senast uppdaterad: 13 september 2016
(hämtad 27 april 2018)

<https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/se/terms.html>

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 2004 s. 149

NJA 2000 s. 292

NJA 1994 s. 74

EU-domstolen

C-419/13, *Art & Allposters International BV mot Stichting Pictoright*, 22 januari 2015, ECLI:EU:C:2015:27

C-360/13, *Public Relations Consultants Association Ltd mot Newspaper Licensing Agency Ltd m.fl.*, 5 juni 2014, ECLI:EU:C:2014:1195

C-128/11, *UsedSoft GmbH mot Oracle International Corp.*, 3 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:407

C-128/11, *UsedSoft GmbH mot Oracle International Corp.*, Förslag till avgörande av generaladvokat Yves Bot, 24 april 2012, ECLI:EU:C:2012:234

C-145/10, *Painer mot Standard VerlagsGmbH m.fl.*, 1 december 2011, ECLI:EU:C:2011:798

De förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Premier League*, 4 oktober 2011, ECLI:EU:C:2011:631

C-5/08, *Infopaq International A/S mot Danske Dagbladets Forening*, 16 juli 2009, ECLI:EU:C:2009:465

C-479/04, *Laserdisken ApS mot Kulturministeriet*, 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:549

C-115/02, *Administration des douanes et droits indirects mot Rioglass SA och Transremar SL*, 23 oktober 2003, ECLI:EU:C:2003:587

C-78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH mot Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, 8 juni 1971, ECLI:EU:C:1971:59

United States District Court for the Southern District of New York

Decision in *Capitol Records, LLC v ReDigi Inc.*, United States District Court for the Southern District of New York, 30th March 2013, No. 12 Civ. 95 (RJS)