

EN REFLEKTION ÖVER KONSUMTIONSPRINCIPENS OMFATTNING MED ANLEDNING AV GENERALADVOKATENS FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE I DEKODERKORTSMÅLEN¹

Av David Nilsson²

Varje säsong spelas det ca 380 fotbollsmatcher i engelska Premier League. Dessa matcher sänds i TV och ses av tittare över hela världen med fotbollsintresset som gemensam nämnare. Intresset kostar dock olika beroende på vilket land man som tittare befinner sig i. Det är dyrare att abonnera på matcherna i exempelvis England än i Grekland, vilket möjliggörs av en territoriell distributionsmodell. TV-bolagen, som betalar stora pengar för sändningsrättigheterna, åtar sig nämligen att förhindra att deras sändningar kan ses utanför respektive sändningsterritorium.

Nu verkar denna lukrativa territoriella distributionsmodell vara i fara. Efter att en engelsk domstol begärt ett förhandsavgörande från EU-domstolen, meddelade generaladvokat Juliane Kokott sitt förslag till avgörande i början av februari i år. I sitt förslag konstaterade hon bl.a. att den territoriella distributionsmodellen stred mot EU:s regler om fri rörlighet och att konsumtionsprincipen, genom vilken rättighetsinnehavarens rätt till kontroll av försäljning konsumeras vid första utgivandet på den inre marknaden, även ska anses omfatta tjänster och tillgång till TV-sändningar.

Skulle EU-domstolen följa generaladvokatens förslag till avgörande, ger det upphov till i vart fall två beaktansvärda förändringar; (i) en principiell tillämpning av konsumtionsprincipen på tjänster samt (ii) en förändring av villkoren för hur sändningsrättigheter till fotbollsmatcher säljs inom EU.

Syftet med denna artikel är att behandla generaladvokatens förslag till avgörande i den del som avser konsumtionsprincipens tillämpning på tjänster och dess implikationer för digital distribution av upphovsrättsligt material. Av utrymmesskäl har författaren valt att belysa endast de delar av förslaget som är relevanta för artikeln

¹ Mål C-403/08 och C-429/08, Football Association Premier League m.fl.

² David Nilsson LL.M., biträdande jurist på Bird & Bird i Stockholm, verksam inom bl.a. immaterial- och EU-rätt. Charlotta Bergman, student vid Lunds universitet och uppsatsspraktikant på Bird & Bird, har hjälpt till med research för artikeln.

syfte, både beträffande de faktiska omständigheterna och den rättsliga bedömningen.

1. INLEDNING

”Fotboll är inte en fråga om liv eller död. Det är mycket viktigare än så”.³

Oavsett huruvida man håller med om ovanstående påstående eller ej, råder det inget tvivel om att fotboll har en framträdande roll inom EU och resten av världen. Inte minst gäller detta det oerhörda intresse som finns för att följa sändningar av fotbollsmatcher på TV.

Detta intresse är något som inte gått TV-bolagen förbi; de är beredda att betala kopiösa belopp för sändningsrättigheterna till fotbollsmatcher för att i sin tur ta ordentligt betalt för visningen av fotbollsmatcherna. Fotboll är som Sergio Cragnotti, f.d. ordförande för den italienska fotbollsklubben SS Lazio, påstod inte bara en sport i strikt bemärkelse utan en underhållningsindustri.⁴

Intäkterna från försäljningen av sändningsrättigheter är följaktligen väldigt viktiga för både fotbollsklubbar och dess förbund, inte minst för att betala de höga löner fotbollsspelare i framförallt England kan kräva.

2. KORT OM FÖRSÄLJNINGEN AV FOTBOLLSRÄTTIGHETER

TV-rättigheterna till fotbollsmatcher i en fotbollsliga, som exempelvis den engelska Premier League (PL), den engelska motsvarigheten till allsvenskan, säljs i allmänhet gemensamt av respektive fotbollsforbund, s.k. kollektiv försäljning av rättigheter. Detta möjliggör att köparen, TV-bolaget, får tillgång till samtliga eller paket av matcher i en liga och att säljaren kan optimera värdet på rättigheterna för ligan.⁵

3 Översättning av citat av Bill Shankley, hämtad från generaladvokat Colomers förslag till avgörande i mål C-206/01, Arsenal Football Club plc mot Matthew Reed, fotnot 53.

4 Ibid., punkt 78.

5 TV4-gruppen förvärvade TV-rättigheterna till svensk fotboll omfattande bl.a. samtliga landskamper på hemmaplan för damer och herrar, allsvenskan för både damer och herrar och superretten för säsongerna 2011-2015. Se pressmeddelande på <http://www.tv4.se/1.1436577>, senast besökt 2011-03-07.

Direktsändningar av fotbollsmatcher åtnjuter, bl.a. i Förenade kungariket, ett visst upphovsrättsligt skydd, vilket möjliggör licensiering med begränsningar för licenstagaren att vidta vissa förfoganden.⁶

För att optimera värdet på rättigheterna tilldelas licenstagarna i princip en exklusiv rätt att sända och nyttja matcherna ekonomiskt inom deras respektive sändningsområden, för det mesta nationellt. För att säkerställa de andra licenstagarnas exklusiva rättigheter, förpliktar de sig samtidigt att förhindra att deras sändningar kan ses utanför sändningsområdet.⁷

Tekniskt möjliggörs detta genom att sändningarna krypteras, t.ex. genom att ensamrätten för sändningar via satellit säkerställs genom att den signal som skickas via satellit kodas. Slutanvändaren måste då ha en dekoder och ett dekoderkort (avkodningskort) för att kunna se matcherna. I takt med att nya distributionssätt utvecklas och används kommer dekoderkort sannolikt att ersättas av andra medel för att låsa upp sändningarna, men principen förblir densamma, dvs. att slutanvändaren i regel måste ha en nyckel för att få tillgång till de mest sevärda matcherna. För detta betingar så klart TV-bolagen ett premiumpris för att kunna få täckning för investeringskostnaden i sändningsrättigheterna. I Sverige sänds allsvenska matcher via betal-TV-kanalen Canal+.

3. BAKGRUND OCH UPPRINNELSE TILL BEGÄRAN OM FÖRHANDSAVGÖRANDET FRÅN HIGH COURT

Football Association Premier League Ltd (FAPL), organisationen för den högsta ligan för professionell fotboll i England, ombesörjer filmandet och produktionen av fullständiga bild- och ljudsändningar av PL-matcherna, liksom beviljandet av licenserna till sändningarna. Dessa rättigheter licensieras sedan territoriellt med en löptid om fyra år till TV-bolag som erhåller en exklusiv visningsrätt men samtidigt åtar sig en skyldighet att förhindra att PL-matcher kan ses utanför respektive territorium.⁸

6 Se t.ex. 1 § i förening med 6 § i UK Copyright, Designs and Patents Act beträffande skydd för signlärten.

7 Förslag till avgörande i förenade målen C-403/08 och C-429/08, Football Association Premier League m.fl. (Förslag till Avgörande), punkt 3.

8 Ibid., punkt 2.

Sändningsrättigheterna till PL-matcher för säsongerna 2010-2013 genererade enbart för Storbritannien en intäkt till FAPL motsvarande 1,78 miljarder pund (ca 22 miljarder kr). TV-bolaget Sky, ett dotterbolag till News Corp, förvärvade 5 av de 6 rättighetspaketen som erbjöds och betalade sammanlagt ca 1,62 miljarder pund, eller ca 4,7 miljoner pund per match. Det irlandbaserade TV-bolaget Setanta förvärvade det sjätte paketet för ca 159 miljoner pund.⁹

De enorma investeringarna tas igen bl.a. genom att tittare som vill se PL-matcher får betala ett premiumpris för ett abonnemang eller gå till puben för att se matcherna, där i sin tur pubägaren får betala ett premiumpris för att kunna visa PL-matcher på puben. För att undvika att betala de höga avgifterna som ett abonnemang betingar till Sky, använde en pubägare, Kathrin Murphy, sig av ett grekiskt dekoderkort som möjliggjorde visningen av PL-matcher på hennes pub.

Media Protection Services, ett företag som kontrakterats av FAPL för att identifiera och vidta rättsliga åtgärder mot de pubar som visar ”utländska” sändningar, väckte enskilt åtal mot Kathrin Murphy och utverkade böter i två instanser, eftersom det dekoderkort som hon använde sig av ansågs utgöra olaglig utrustning i den mening som avses i bestämmelserna för införlivandet av direktiv 98/84.¹⁰ Kathryn Murphy överklagade domen till engelska High Court, som vilandeförklarade förfarandet och begärde ett förhandsavgörande från EU-domstolen i Luxemburg (Domstolen) beträffande tolkningen av bl.a. förenligheten av FAPL:s distributionsmodell med fördragsreglerna om fri förlighet av varor och tjänster.

High Court frågade Domstolen huruvida artiklarna 34, 36 och 56 i Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt (FEUF) utgör hinder mot att tillämpa en nationell bestämmelse enligt vilken det är straffbart att olovligen motta ett program som ingår i en sändningstjänst från en plats i Förenade kungariket i syfte att undvika betalning av avgifter för mottagande av programmet om utrustningen för villkorad tillgång har tillverkats av en tjänsteleverantör eller med dennes tillstånd och ursprungligen har tillhandahållits med avtalsvillkoret att utrustningen endast får användas för att få tillgång till den skyddade tjänsten

9 <http://www.independent.co.uk/sport/football/premier-league/163178bn-record-premier-league-tv-deal-defies-economic-slump-1569576.html?service=Print>, senast besökt 2011-03-08.

10 Direktiv 98/84/EG av den 20 november 1998 om det rättsliga skyddet för tjänster som bygger på eller utgörs av villkorad tillgång.

i en första medlemsstat och har använts för att få tillgång till den skyddade tjänsten i en annan medlemsstat, i förevarande fall Förenade kungariket.¹¹

Den nationella bestämmelsen som åsyftas finns i paragraf 297 i ”Copyright, Designs and Patents Act 1988”, enligt vilken bl.a. följande framgår:

”A person who dishonestly receives a programme included in a broadcasting service from a place in the United Kingdom with intent to avoid payment of any charge applicable to the reception of the programme commits an offence and is liable on summary conviction to a fine.”

Generaladvokat Juliane Kokott meddelade sitt förslag till avgörande den 3 februari 2011.

4. GENERALADVOKATENS FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE

Generaladvokatens förslag till avgörande utreder en rad frågor som ställts av High Court. Nedan kommer emellertid endast de delar av förslaget att belysas som berör frågan huruvida artikel 34, 36 eller 56 FEUF hindrar tillämpningen av en nationell bestämmelse enligt vilken det är straffbart, respektive strider mot upphovsrätten, att motta ett program som ingår i en sändningstjänst som tillhandahålls från en plats i Förenade kungariket i syfte att undvika betalning av avgifter för mottagande av programmet.¹²

Generaladvokaten uppehåller sig inledningsvis vid den initialt viktiga frågan vilken grundläggande frihet som är tillämplig på dekoderkort, dvs. i förevarande fall antingen regelverket beträffande fri rörlighet av varor alternativt friheten att tillhandahålla tjänster.

Generaladvokaten konstaterar att Domstolen i ett tidigare mål i samband med försäljning av apparater för avkodning för kodad satellit-TV redan konstaterat att det inte på ett allmänt sätt kan fastställas om det är aspekten avseende fri rörlighet för varor eller aspekten avseende friheten att tillhandahålla tjänster som är av störst betydelse.¹³ Detta mål rörde särskilt handel med apparater för avkodning.

11 Förslag till avgörande, sida 10, punkt 6.

12 Ibid, punkt 165.

13 Dom av den 22 januari 2002 i mål C-390/99, Canal Satélite Digital (REG 2002, sida I-607), punkt 32.

Hon påpekar emellertid att det i förevarande fall främst inte är handeln med korten som är omtvistad, utan nyttjandet av dessa för att få tillgång till de kodade programmen i Förenade kungariket. Vid en jämförelse, menar hon, av det värde som materialet av vilket kortet är tillverkat har med det pris som krävs för tillgång till PL-matcher, kan kortet anses vara av fullständigt underordnad betydelse.¹⁴

I enlighet med hennes resonemang behandlas frågan från High Court mot bakgrund av friheten att tillhandahålla tjänster, i synnerhet artikel 56 FEUF, där tjänsten ifråga anses utgöra tillgången till TV-program.

Efter att ha fastställt vilket regelverk som ska tillämpas på frågan övergår generaladvokaten till frågan huruvida FAPL:s distributionsmodell kan anses utgöra en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster. Givet effekten av modellen och framförallt det förhållandet att de aktuella rättigheterna inte enbart motverkar ett utnyttjande av det fria tillhandahållandet av tjänster utan även medför en uppdelning av den inre marknaden i separata nationella marknader, anser generaladvokaten att det föreligger ett allvarligt hinder mot friheten att tillhandahålla tjänster.¹⁵ I detta hänseende är det intressant att anmärka på att hon även anför att liknande problem föreligger vid tillgången till andra tjänster, exempelvis försäljning av dataprogram, musikaliska verk, elektroniska böcker eller filmer via Internet, några av de mest centrala konsumentprodukterna som är föremål för upphovsrätt som alltmer om inte övervägande distribueras digitalt.

Givet reglerna om fri rörlighets struktur övergår generaladvokaten sedan i en bedömning huruvida den identifierade begränsningen kan anses motiverad av ett legitimt ändamål som är förenligt med fördraget och av tvingande hänsyn till allmänintresset. I detta sammanhang konstaterar hon att framförallt skyddet för industriell och kommersiell äganderätt kan vara relevant.¹⁶ Detta motiverar begränsningar som är nödvändiga för att säkerställa det särskilda föremålet för skyddsätten ifråga.

Generaladvokaten företar följaktligen en avvägning mellan skyddet för de ev. rättigheter som föreligger vid satellitöverföring av fotbollsmatcher och den uppdelning dessa medför av den inre marknaden. Härvid bör

¹⁴ Förslag till avgörande, punkt 170.

¹⁵ Ibid, punkterna 175-176.

¹⁶ Ibid, punkterna 177-179 samt dom av den 6 oktober 1982 i mål 262/81, Coditel m.fl. II (Reg 1982, s. 3381; svensk specialutgåva, volym 6, sida 503).

det tilläggas att den senare principen, dvs. marknadsintegration, utgör en av de mest grundläggande principerna som underliggör FEUF, vilket bl.a. präglat tillämpningen av fördragets konkurrensbestämmelser.¹⁷

Generaladvokaten börjar i detta hänseende med att redogöra för konsumtionsprincipen beträffande varuhandeln. Med hänvisning till äldre och vedertagen praxis anför hon att upphovsrätt som avser grammofonskivor som rättsenligt förts ut på den inre marknaden i en medlemsstat inte hindrar försäljning av samma skivor i en annan medlemsstat.¹⁸

FAPL argumenterade att konsumtionsprincipen inte är tillämplig på tillhandahållandet av tjänster på samma sätt som inom varuhandeln.

Generaladvokaten medger visserligen att vissa tjänster, t.ex. en klippning hos en hårfrisör, inte kan återanvändas men att andra tjänster inte skiljer sig nämnvärt från varor. I detta hänseende använder hon sig åter igen av exempel som musikaliska verk, elektroniska böcker och filmer. Hon menar att dessa tjänster kan laddas ned från Internet och utan problem kan ges vidare i elektronisk form.¹⁹

En uppdelning av den inre marknaden kan genomföras på ett betydligt effektivare sätt för erbjudanden som baseras på en kontrollerad tillgång eller enbart kan laddas ned från Internet, menar hon, jämfört med fysiska varor som böcker eller CD-skivor. De senare varorna kan p.g.a. av konsumtionsprincipen obehindrat säljas vidare på den inre marknaden.

Kärnfrågan, enligt min uppfattning, som generaladvokaten tar ställning till i målet, i vart fall för syftet med denna artikel, uttrycks som följer:

”Sålunda ska jag noggrant pröva huruvida konsumtionsprincipen gäller i motsvarande mån i förevarande fall, nämligen huruvida det med tanke på de konkreta rättigheternas särskilda föremål krävs en uppdelning av den inre marknaden.”²⁰

17 “Article 81 EC and Public Policy”, av Giorgio Monti, *Common Market Law Review* 39 (2002), sida 1062.

18 Förslag till avgörande, punkterna 180-181 samt de förenade målen 55/80 och 57/80, *Musik-Vertrieb membran mot GEMA och K-tel International* (REG 1981, s. 147; svensk specialutgåva, volym 6, sida 1).

19 Förslag till avgörande, punkterna 184-185.

20 *Ibid.*, punkt 188.

Beträffande förefintligheten av konkreta skydds rättigheter i förevarande fall, dvs. till utsändningen av PL-matcherna, konstaterar generaladvokaten att det åtminstone föreligger vissa rättigheter till utsändningen och vidare att utsändningen har sänts med samtliga berörda rättighetsinnehavares medgivande.²¹

Sändningen av PL-matcherna exploateras genom avgiften för dekoderkorten. I detta hänseende konstateras att detta nyttjande inte motverkas genom användningen av grekiska dekoderkort eftersom det har erlagts avgifter för dessa kort.²² Visserligen är dessa avgifter enligt generaladvokaten inte lika höga som i Förenade kungariket och det föreligger inte någon särskild rättighet att ta ut olika priser för en tjänst i olika medlemsstater. Tvärtom menar hon att syftet med den inre marknaden är att prisskillnader genom olika medlemsländer jämnas ut genom handel. Den territoriella distributions- och licensieringsmodellen som FAPL använder sig av har som mål att kringgå syftet med den inre marknaden. I detta hänseende konstaterar generaladvokaten kort att Domstolens praxis beträffande konsumtionsprincipens tillämplighet på varor även omfattar förevarande fall.²³

Härvid invänder FAPL att de rättigheter som görs gällande beträffande sändningarna är förenliga med friheten att tillhandahålla tjänster med hänvisning till Coditel-I-avgörandet.²⁴ Detta mål gällde tillgängligheten av tysk TV i belgisk kabel-TV och visningen av en film som sändes i Tyskland med rättighetsinnehavarens tillstånd, vilket ifrågasattes av det företag som förvärvade rätten att visa filmen på belgiska biografer och i belgisk TV. Domstolen kom i detta mål fram till att möjligheten för upphovsrättsinnehavaren att kräva ersättning för varje visning av en biofilm är en del av rättighetens grundläggande funktioner. En territoriell uppdelning av detta nyttjande ansågs inte kunna ifrågasättas.²⁵

FAPL:s argument i denna del avfärdades tvärt av generaladvokaten som menar att utsändningen sändes i enlighet med överenskommelsen mellan

21 Ibid., punkt 190.

22 Ibid., punkt 191.

23 Ibid., punkt 192.

24 Dom av den 18 mars 1980 i mål 62/79, Coditel m.fl. I (REG 1980, s. 881; svensk specialutgåva, volym 5, sida 89).

25 Ibid., punkt 16 samt Förslag till avgörande, punkterna 193-194.

rättsinnehavarna och det grekiska sändarföretaget. Ersättning hade vidare erlagts för varje sändning, även om detta skedde enligt grekisk taxa.²⁶

Omständigheterna i Coditel-I skiljer sig enligt generaladvokaten från förevarande fall såtillvida att uppdelningen av den inre marknaden vad gäller direktsändningen av fotbollsmatcher inte syftar till att skydda en annan form av nyttjande av de överförda PL-matcherna utan snarare till att på ett optimalt sätt utnyttja samma tjänst på de olika marknaderna.²⁷

FAPL gjorde vidare gällande att fotbollsförbund kan fastställa en tidsperiod på 2,5 timmar under vilken det inte är tillåtet att sända några fotbollsmatcher och att denna tidsperiod skiljer sig från land till land. Genom en territoriell uppdelning av sändningsrättigheterna kan förbunden och TV-bolagen säkerställa att det nationella tidsintervallet inte åsidosätts genom någon sändning.²⁸

Denna invändning beaktades av generaladvokaten, dock utan framgång.²⁹

Sammantaget konstaterar generaladvokaten att det inte krävs någon uppdelning av den inre marknaden vad avser mottagandet av sändningar via satellit för att skydda det särskilda föremålet vad avser rättigheter till direktsända fotbollsmatcher. Således kan begränsningen av friheten att tillhandahålla tjänster inte anses vara motiverad och rättfärdigad, inte heller med hänsyn till spärrtiderna till direktsändning.³⁰

5. ANALYS OCH DISKUSSION

Sett isolerat till omständigheterna i förevarande fall utgör generaladvokatens resonemang egentligen inte ett nämnvärt avsteg från grundläggande EU-rättsliga principer. Målet med en inre marknad är bl.a. att konsumenterna ska kunna utnyttja prisskillnader mellan medlemsstater inom EU. Följaktligen konstaterar generaladvokaten även i den del som avser förenligheten av FAPL:s distributionsmodell med artikel 101(1) FEUF, fördragets förbud mot konkurrensbegränsande avtal, att modellen inte är förenlig med fördraget. I denna del resonerar hon bl.a. att ett avtal mellan tillverkare och

26 Förslag till avgörande, punkt 195.

27 Ibid., punkt 197.

28 Ibid., punkt 203.

29 Ibid., punkterna 203-210.

30 Ibid., punkt 200 och 211.

en återförsäljare som syftar till att återupprätta avskärmningar av nationella marknader i handeln mellan EU:s medlemsstater kan motverka fördragets mål avseende integrationen av de nationella marknaderna genom upprättandet av den inre marknaden.³¹ Syftet bakom FAPL:s distributionsmodell är ju bl.a. att de nationella marknaderna ska isoleras så att olika priser kan tas ut på olika marknader beroende på efterfrågan, vilket kan anses stå i diametralt motsatsförhållande till EU:s mål med en gemensam inre marknad utan handelsbarriärer mellan medlemsstaterna.

Att generaladvokatens förslag till avgörande likväl potentiellt skulle kunna innebära en beaktansvärd rättsutveckling beror enligt min mening på huruvida hon menar att konsumtionsprincipen kategoriskt ska anses vara tillämplig på digital försäljning av upphovsrättsligt skyddat material. Låt vara att det för fotbollsvärlden skulle kunna innebära en policyförändring som kan liknas vid den som Bosman-avgörandet³² gav upphov till, i bemärkelsen att sättet på vilket sändningsrättigheterna exploateras måste ändras för att bli fördragskonformt.

Nu innebär generaladvokatens förslag till avgörande inte nödvändigtvis att Domstolen kommer att följa förslaget eller ta ställning till just de frågor som berör fördragsreglerna om fri rörlighet. Skulle Domstolen följa förslaget innebär detta emellertid en policyförändring som har konsekvenser för framförallt hur fotbollsförbund licensierar rättigheterna till fotbollsmatcher beträffande det territoriella skyddet för rättigheterna.

Vidare skulle ett avgörande från Domstolen som följer generaladvokatens förslag innebära en utvidgning av konsumtionsprincipen till tjänster och tillgången till TV-program, i vart fall i den utsträckning tillgången till TV-program möjliggörs genom användningen av dekoderkort.

31 Se Förslag till avgörande, punkterna 247-251.

32 Mål C-415/93, Union royale belge des sociétés de football association ASBL mot Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA mot Jean-Marc Bosman m.fl. och Union des associations européennes de football (UEFA) mot Jean-Marc Bosman, Rättsfallssamling 1995 sida I-04921. Bosman ledde bl.a. till att fotbollsspelare när deras kontrakt gått ut kunde byta klubbar utan att den tidigare klubben kunde begära någon ersättning, vilket var tillåtet innan avgörandet. Avgörandet ledde till en förändring av de regler som styr klubbyte av fotbollsspelare.

Konsumtionsprincipen, som är territoriellt begränsad till EU och EES,³³ utgör en vedertagen del av Europeisk immaterialrätt. Principen har kodifierats bl.a. i InfoSoc-direktivets artikel 4.2:³⁴

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

Det finns även en referens till principen i mjukvarudirektivets artikel 4(c):³⁵

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

Konsumtionsprincipen har emellertid, i vart fall enligt den europeiska kommissionen (Kommissionen) varit begränsad till försäljningen av fysiska varor.³⁶ Stöd för detta finns bl.a. i rättsakter som Kommissionen varit med att ta fram.³⁷

33 Se mål C-355/96, Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG mot Hartlauer Handelsgesellschaft mbH. Rättsfallssamling 1998 sida I-04799.

34 Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

35 Rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram.

36 Se bl.a. KOM-dokument ”Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future. A Reflection Document of DG INFSO and DG Markt”, av den 22 oktober 2009 samt ”Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee”, Bryssel, 10.04.2000, COM(2000) 199 final, sida 17, fotnot 17.

37 Se bl.a. punkt 29 i preambeln till InfoSoc-direktivet som säger följande ”Frågan om konsumtion uppstår inte då det gäller tjänster, särskilt inte i fråga om online-tjänster. Det gäller även fysiska kopior av ett verk eller av andra alster som framställts av en användare av en sådan tjänst med rättsinnehavarens samtycke. Detta gäller därför även uthyrning och utlåning av originalet och kopior av verk eller andra alster eftersom dessa handlingar är att karaktärisera som tjänster. Till skillnad från cd-rom och cd-i, där immateriella rättigheter ingår i ett fysiskt medium, nämligen ett exemplar av en vara, är varje online-tjänst en handling för vilken tillstånd krävs, om den omfattas av upphovsrätt eller en närstående rättighet.”

Frågan som aktualiseras här är om principen som utvecklas av generaladvokaten ska anses vara begränsad till rättigheter som har en fysisk dimension, dekoderkort i förevarande fall, att jämföras med upphovsrättsligt skyddat material som aldrig tar någon fysisk form överhuvudtaget, som t.ex. köp av musikverk via Internet i form av permanent nedladdning eller s.k. streaming. Som påpekats ovan gör generaladvokaten ett antal referenser till sådan distribution i sitt förslag till avgörande.

Jag anser att man bör läsa förslaget med viss försiktighet i detta avseende. I förevarande fall möjliggjordes konsumtionen av upphovsrättsligt skyddat material genom en fysisk vara, ett dekoderkort, som med relativ enkelhet kunde köpas från en annan medlemsstat än i den det faktiskt användes. Med andra ord kunde transaktionen äga rum helt i den analoga världen, låt vara att dekoderkort skulle kunna beställas från hemsidor som erbjuder sådana kort till försäljning med fysisk leverans.

Distributionen av upphovsrättsligt skyddat material i form av musik, film och böcker via Internet kan ta olika former och det kan enligt min mening inte klart utläsas från förslaget exakt för vilka former av digital distribution konsumtion skulle vara tillämplig. Musikverk kan t.ex. konsumeras både i form av permanent nedladdning låt för låt och i form av en abonnemangsbaserad tjänst där användaren betalar en avgift som möjliggör uppspelning av musik för en viss tid, oavsett hur många enskilda låtar som spelas upp (streaming). I det förra fallet har användaren förvärvat inte bara rätten att lyssna på musiken utan även själva datan som utgör musiken, dvs. en permanent nedladdning, som kan överföras vidare. I det senare fallet får emellertid användaren inte någon data, i vart fall inte någon data som kan ges vidare i elektronisk form jämförbar med en låt som har laddats ned permanent. Således har leveranssättet en påverkan på huruvida det överhuvudtaget finns någonting att sälja vidare.

Konsumtionsprincipen innebär i praktiken att en rättighetsinnehavare inte ska kunna begränsa en andra försäljning av en vara, under förutsättning att den första försäljningen skedde med hans samtycke. Detta förutsätter givetvis att användaren har något att sälja överhuvudtaget. I mitt exempel med musikverk ovan har användaren inte något att sälja vidare om han använder sig av en streamingtjänst, mer än möjligtvis själva abonnemanget. När användaren upphör att erlagga abonnemangavgiften har han inte längre tillgång till någon musik. En låt som laddats ned kan emellertid, i vart fall i teorin, säljas vidare.

Vidare förutsätter konsumtionsprincipens praktiska genomslag att det faktiskt finns en efterfrågan på en andrahandsmarknad. Det torde finnas en sådan för nedladdningsbar musik då en användare torde vara villig att betala för musiken om priset understiger det pris som tas ut vid den första försäljningen. Huruvida det finns en andrahandsmarknad är egentligen en kommersiell fråga som inte ska analyseras vidare inom ramen för denna artikel. Det förtjänas emellertid att påpekas att den fortsatta debatten huruvida den digitala försäljningen av upphovsrättsligt skyddat material endast torde bli aktuell om det finns en efterfrågan på en andrahandsmarknad. En framväxt av streamingtjänster för bl.a. film och musik torde i vart fall medföra praktiska svårigheter för genomslaget av en sådan marknad.

Enligt min uppfattning bör konsumtionsprincipen inte vara tillämplig på streamingtjänster då det enligt syftet med en sådan tjänst inte ska vara möjligt för användaren att isolerat sälja vidare enskilda verk. Detta torde också ha beaktats i prissättningen av en sådan tjänst.

Det finns även andra praktiska frågor som ger upphov till tillämpningssvårigheter för digital konsumtion. Om jag köper en CD-skiva och sedan säljer denna CD-skiva torde själva CD-skivan kunna utgöra *prima facie* bevis för att den förvärvats efter att den förts ut på marknaden genom rättighetsinnehavarens försorg eller med dennes samtycke och vidare att jag lagligen är innehavare till CD-skivan. Om jag sedan säljer CD-skivan, under förutsättning att jag inte gjort en kopia av skivan, har jag inte längre kvar mitt eget exemplar.³⁸

Om jag har köpt en låt genom en nedladdning har jag själva datan lagrad som en permanent nedladdning. I detta fall torde jag med enkelhet kunna sälja själva datan till en annan användare men samtidigt med samma enkelhet behålla samma data.³⁹ Hur ska den som förvärvar låten kunna styrka att låten förts ut på marknaden med rättighetsinnehavarens samtycke?

Distributionen av digitala verk ställer följaktligen frågor som distributionen av fysiska varor helt enkelt inte gör med anledning av rättighetskonsumtion. Således anser jag inte att principen är lika passande för digital som för fysisk distribution av upphovsrättsligt skyddade verk.

38 Se för liknande resonemang "Exhaustion and online delivery of digital works", *European Intellectual Property Review*, 2003, 25(5), sidorna 207-211.

39 *Ibid.*, sida 210.

Föremålet för generaladvokatens förslag till avgörande rörde vidare direktsändningen av fotbollsmatcher. Fotbollsmatcher har ett begränsat kommersiellt värde för utsändning när resultatet är känt, annat än möjligtvis sammandrag av matcher, framförallt målsekvenserna. Rättighetsinnehavare till t.ex. filmer bygger sin exploatering på att kunna ta betalt per visning och exploatera verket i olika tidsfönster (biografvisning, DVD, betal-TV osv.). Det var just detta som Domstolen beaktade i Coditel-I.⁴⁰ För andra verk än just direktsändning av fotbollsmatcher utgör Coditel-I ett starkt argument till varför konsumtion inte ska vara tillämpligt på digital distribution av upphovsrättsligt skyddat material, framförallt filmer.

Ett argument för konsumtion av permanenta nedladdningar är att visst material inte finns tillgängligt i olika medlemsstater inom EU, givet upphovsrättens nationella form. Konsumtion skulle medföra fördelen för användaren att kunna få tillgång till material som enligt rättighetsinnehavaren inte skulle vara tillgängligt i en viss medlemsstat. Detta problem torde emellertid enklare kunna lösas genom EU-omfattande licensieringsmodeller.⁴¹

Mot bakgrund av generaladvokatens förslag till avgörande torde det i och för sig vara klart att konsumtionsprincipen bör kunna vara tillämplig på tillgången till fotbollsmatcher där tillgången möjliggörs genom dekoderkort. Detta bör emellertid enligt min mening vara begränsat till just dessa fall, dvs. tillgången till TV-program medelst dekoderkort.

6. SLUTSATS

Generaladvokatens förslag till avgörande står enligt min mening i överensstämmelse med grundläggande EU-rättsliga principer och är sett från det perspektivet inte särskilt anmärkningsvärt. Om Domstolen följer förslaget innebär det i och för sig en utvidgning av konsumtionsprincipen till att även omfatta tjänster men sett till föremålet för avgörandet, d.v.s. fysiska dekoderkort, anser jag att det utgör en naturlig utveckling av konsumtionsprincipen.

40 Se för mer utförligt resonemang i denna del "Adapting Copyright to the Information Highway", P. Bernt Hugenholtz.

41 Se t.ex. "En digital agenda för Europa", KOM(2010) 245 slutlig/2, Bryssel den 26 augusti 2010, sida 7.

Att Domstolen skulle utveckla konsumtionsprincipen i detta hänseende skulle inte vara häpnadsväckande i sig då det var Domstolen som lade fundamentet till konsumtionsprincipen i första taget.

Tillämpligheten av ett sådant avgörande bör vara begränsat till föremålet för avgörandet, dvs. dekoderkort. En vidare tillämpning av konsumtionsprincipen att omfatta rent digital distribution av upphovsrättsligt skyddat material i allmänhet är enligt min mening olämpligt, givet skillnaderna mellan olika distributionsätt där viss distribution inte är tänkt att ge användaren något att sälja vidare, som t.ex. abonnemangsbaserade musik-streaming tjänster.

En sådan kategorisk tillämpning skulle innebära en kraftig rättsutveckling och ny policy där man kan ställa sig frågan om en sådan bör komma genom domstolarna om inte lagstiftaren, som trots den uppenbara frågan, inte har agerat hittills.

Om lagstiftaren inte agerar är det i och för sig möjligt, och t.o.m. önskvärt, att olika individuella distributionsätt av digitala produkter och tjänster provas var för sig för att ge Domstolen möjlighet att ta hänsyn till skillnaderna dem emellan.

Beträffande mjukvarulicenser har den tyska högsta domstolen nyligen hänskjutit ett fall till Domstolen för bedömningen huruvida rättigheten till mjukvarulicenser kan säljas vidare. En fråga som ställts inom ramen för begäran av förhandsavgörande är huruvida en andrahandsköpare av en mjukvarulicens kan anses utgöra en laglig förvärvare. Om så är fallet ska Domstolen ta ställning till huruvida rättighetsinnehavaren har konsumerat sin rätt att kontrollera reproduktionen av mjukvaran när en mjukvara görs tillgänglig för nedladdning online. Begäran emanerar från ett nationellt förfarande mellan företagen Oracle och UsedSoft, ett företag som handlar med ”använda” mjukvarulicenser för vidareförsäljning. Enligt ett yttrande från den tyska domstolen har UsedSoft gjort gällande bevis på att säljaren av den använda licensen är den rättmätiga licensinnehavaren. Enligt licensen är användare som laddar ned mjukvaran förbjudna från att sälja vidare användarrätten till mjukvaran.⁴²

42 Artikel i ”Mlex”, ”German Court refers software-resale case to Luxembourg”, publicerad 3 februari 2011, av Magnus Franklin.

Domstolen kommer således att erbjudas möjlighet att inom den närmare framtiden ta ställning till frågor beträffande konsumtion av rent digital distribution.

Fram till dess, om Domstolen följer generaladvokatens förslag till avgörande, kan fotbollsintresserade glädja sig åt möjligheten att köpa dekoderkort från lågprisländer, om nu inte FAPL beslutar att inte längre upplåta PL-matcher till sådana länder. 