



Den digitala upphovsrätten

Utvecklingen av rättighetshavarens ställning gentemot typiska slutanvändare inom EU:s inre marknad

Julia Andersson

“Rhett, if you go, where shall I go? What shall I do?”
“Frankly, my dear, I don’t give a damn.”

Gone With the Wind, 1939

(Selznick International Pictures
& Metro-Goldwyn-Mayer)

Innehåll

Förkortningar	5
1 Inledning	6
1.1 EU:s påverkan på den upphovsrättsliga balansen.....	6
1.2 Syfte.....	7
1.3 Metod och material	8
1.4 Terminologi	15
1.5 Disposition.....	16
2 Upphovsrätten och EU.....	17
2.1 Upphovsrättens grundbegrepp och reglering.....	17
2.1.1 Grundbegrepp	17
2.1.2 Upphovsrättens reglering.....	18
2.2 EU:s syn på upphovsrätten och dess funktion	20
3 Rättighetshavarens ensamrätt	22
3.1 Mångfaldigande av verk	22
3.1.1 Innebörden av mångfaldigande av verk.....	22
3.1.2 Skydd vid upphovsmannens egen intellektuella skapelse	23
3.1.3 Förkastande av lagstiftning som undantar samtycke.....	25
3.1.4 Utvidgande och inskräpande tolkning	26
3.2 Överföring till allmänheten.....	27
3.2.1 Innebörden av överföring till allmänheten	27
3.2.2 Tillhandahållande av innehåll utanför den privata sfären	28
3.2.3 Länkning och införandet av kriteriet ny publik.....	30
3.2.4 Utvidgning av de närliggande rättigheterna för TV-företag samt sändning till distributörer	33
3.2.5 Ingripande från lagstiftaren	34
3.2.6 Utvidgande och inskräpande tolkning	35
3.3 Spridning av verk.....	38
3.3.1 Innebörden av spridningsrätten	38
3.3.2 Tillämpningen på digitala verk och digital konsumtion.....	39
3.3.3 Utvidgande och inskräpande tolkning	41
4 Betydelsen av territorialitet.....	42
4.1 Territorialitetsprincipen	42

4.2	Likabehandling av rättighetshavare	42
4.3	Territoriella begränsningar i licensavtal	43
4.4	Gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online	43
4.5	Förbud mot omotiverad geoblockering	45
4.6	Den upphovsrättsliga utvecklingens påverkan på territorialiteten.....	45
5	Ersättning för utnyttjande av verk.....	47
5.1	Det beständiga målet om lämplig ersättning	47
5.2	Utvecklingen av skyddstiden för skyddat innehåll	47
5.3	Förbättrade möjligheter till ersättning vid länkning	48
5.4	Ökad rätt till ersättning genom avtalsförhandling och transparens	50
5.5	Den upphovsrättsliga utvecklingens påverkan på ersättningen	51
6	Diskussion och analys	52
6.1	Översikt.....	52
6.2	En komplex och spretig bild	52
6.3	Balansen mellan motstående intressen i ett digitaliserat samhälle	53
6.4	Mot bakgrund av målet om en inre marknad.....	59
6.5	En ambivalent lagstiftare och en aktivistisk domstol?.....	60
6.6	Gynnande av någon part?	64
7	Avslutning	66
	Käll- och litteraturförteckning.....	67
	Offentligt tryck från EU	67
	Internationella överenskommelser	68
	Övrigt material från EU	68
	Nationell lagstiftning.....	69
	Rättspraxis.....	69
	Litteratur.....	72
	Övriga källor	75

Förkortningar

DSM-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Geoblockeringsförordningen	Europaparlamentet och rådets förordning (EU) 2018/302 av den 28 februari 2018 om åtgärder mot omotiverad geoblockering och andra former av diskriminering på grund av kunders nationalitet, bosättningsort eller etableringsort på den inre marknaden och om ändring av förordningarna (EG) nr 2006/2004 och (EU) 2017/2394 samt direktiv 2009/22/EG
Infosoc-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
Portabilitetsförordningen	Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/1128 den 14 juni 2017 om gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden
WIPO	World Intellectual Property Organization

1 Inledning

1.1 EU:s påverkan på den upphovsrättsliga balansen

Den moderna digitala upphovsrätten påverkas från ett flertal håll.¹ Den digitalisering som sker i samhället innebär att stora mängder upphovsrättsskyddat material kan lagras, överföras och manipuleras utan några större begränsningar, vilket riskerar att påverka balansen mellan rättighetshavare och typiska slutanvändare^{2,3} Från ett europeiskt håll blir Europeiska unionen (EU) en allt viktigare aktör och de har verkat som lagstiftare och rättstillämpare på det upphovsrättsliga området huvudsakligen sedan år 2001 i och med införandet av Infosoc-direktivet^{4,5} En strid ström av regleringar har tillkommit sedan dess – däribland Portabilitetsförordningen⁶, Geoblockeringsförordningen⁷ och DSM-direktivet⁸ – och parallellt med detta har Europeiska unionens domstol (EU-domstolen) haft i uppgift att hantera en mängd domar på området.⁹

Ett av EU:s grundläggande syften är att skapa och upprätthålla en inre marknad som bygger på dels fri rörlighet för varor, tjänster och kapital, dels gränsöverskridande effektiv konkurrens.¹⁰ Territorialitetsprincipen är en av upphovsrättens grundprinciper och upphovsrätten kan utgöra ett hinder på den inre marknaden bland annat med anledning av att upphovsrätten regleras av nationell lagstiftning.¹¹

¹ Se Europeiska kommissionen, COM(2015) 626 final, s. 2; Olsson, 2018, s. 29. Med digital upphovsrätt avses här den del av upphovsrätten som är tillämplig på digitala verk.

² Med typiska slutanvändare avses här slutanvändare som direkt tar del av digitala verk. Detta medför att mer specifika rättigheter såsom användning för forskningsändamål, text- och datautvinning och liknande undantas från uppsatsen. Slut användare kan således ha ytterligare rättigheter i specifika situationer men dessa påverkar inte den generella bilden och är således inte föremål för denna uppsats.

³ Se Olsson, 2018, s. 26.

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, OJ L 167, 22.6.2001, p. 10–19.

⁵ Jfr Pila och Torremans, 2016, s. 243. Se även Olsson, 2018, s. 38–41.

⁶ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/1128 av den 14 juni 2017 om gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden, OJ L 168, 30.6.2017, p. 1–11.

⁷ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2018/302 av den 28 februari 2018 om åtgärder mot omotiverad geoblockering och andra former av diskriminering på grund av kunders nationalitet, bosättningsort eller etableringsort på den inre marknaden och om ändring av förordningarna (EG) nr 2006/2004 och (EU) 2017/2394 samt direktiv 2009/22/EG, EUT L 60I, 2.3.2018, s. 1–15.

⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG, OJ L 130, 17.5.2019, p. 92–125.

⁹ Se Bernitz m.fl., 2017, s. 19; Lucas-Schloetter, 2014, s. 11–12. Se exempelvis mål C-466/12, *Svensson*; Mål C-348/13, *BestWater*; Mål C-279/13, *C More*; Mål C-160/15, *GS Media*; Mål C-360/00, *Land Hessen*.

¹⁰ Se fördraget om Europeiska unionen (FEU), art. 3 och protokoll 27.

¹¹ Bernkonventionen, art. 5. Se Lucas-Schloetter, 2014, s. 8.

EU måste som lagstiftare och rättstillämpare på det upphovsrättsliga området därigenom dels hantera digitaliseringen och balansen mellan olika intressen, dels balansera målet om en välfungerande inre marknad och territorialitetsprincipen.¹² Som en följd av detta uppstår frågan hur EU:s lagstiftare och EU-domstolen – två aktörer som särskilt vill främja den inre marknaden – hanterat upphovsrättsliga frågor som kan komma i konflikt med detta värde och särskilt i vilken mån aktörerna har påverkat balansen på upphovsrättens område mellan rättighetshavare och typiska slutanvändare.¹³

1.2 Syfte

Syftet med denna uppsats är att utreda och analysera hur EU:s lagstiftare och EU-domstolen som rättstillämpare genom utvecklingen på upphovsrättens område, från Infosoc-direktivet till DSM-direktivet,¹⁴ har påverkat balansen mellan rättighetshavare och typiska slutanvändare med avseende på ensamrätten till digitala verk, upphovsrättens territorialitet och rättighetshavares ersättning för utnyttjande av verk. Syftet besvaras närmre med hjälp av följande frågeställningar,

1. Hur har rättighetshavares ensamrätt till mångfaldigande av verk, överföring till allmänheten och spridning av verk, upphovsrättens territorialitet, rättighetshavares ersättning för utnyttjande av verk och därigenom också typiska slutanvändares tillgång till digitala verk påverkats i och med utvecklingen på upphovsrättens område?
2. I vilken omfattning har direkta eller indirekta argument från EU:s lagstiftare och EU-domstolen med hänvisning till EU:s inre marknad påverkat utvecklingen?
3. Går det att se skillnader mellan EU:s lagstiftare och EU-domstolen i denna utveckling? Har någon av aktörerna varit mer drivande i utvecklingen?
4. Är det möjligt att se om rättighetshavare eller typiska slutanvändare gynnats särskilt av denna utveckling?

¹² Se Europeiska kommissionen, COM(2015) 626 final, s. 2–6.

¹³ Rättighetshavare har rättigheter gentemot användare men i viss mån även gentemot tredje man, exempelvis plattformar, se exempelvis direktiv 2001/29/EG, art. 8 p. 3.

¹⁴ Tidsperioden räknas från Infosoc-direktivets antagande fram till och med DSM-direktivets implementering i alla medlemsstater. Eftersom direktivet inte implementerats i alla medlemsstater ännu räknas den faktiska sluttiden till 22.12.2019.

1.3 Metod och material

För att besvara uppsatsens första frågeställning undersöks ensamrätterna mångfaldigande av verk, överföring till allmänheten och spridning av verk.¹⁵ Dessa ensamrätter har valts ut eftersom de utgör grunden för det upphovsrättsliga skydd som tillfaller rättighetshavare.¹⁶ Vidare är även utvecklingens påverkan på territorialitetsprincipen föremål för uppsatsen då denna princip har en central position inom rättsområdet eftersom upphovsrätten enligt huvudregel är territoriell.¹⁷ Därtill studeras ersättningen till rättighetshavare eftersom det är av vikt för bedömningen av rättighetshavarens ställning att studera hur de ges ersättning för utnyttjandet av deras verk.¹⁸

Eftersom avsikten är att kartlägga en utveckling snarare än att fastställa gällande rätt tar kartläggningen sikte på vad ny lagstiftning och rättspraxis stegvis inneburit för ensamrätterna, territorialitetsprincipen och ersättningen istället för att ge en detaljerad bild av dessa olika delar. Ensamrätterna studeras med Infosoc-direktivet som utgångspunkt där rättighetshavarens rättigheter mot enskilda och tredje man samt typiska slutanvändares rättigheter kartläggs. Infosoc-direktivet används som utgångspunkt eftersom det är den egentliga starten för EU:s upphovsrättsliga arbete.¹⁹

Genom att följa den utveckling som skett genom lagstiftning och rättspraxis – från Infosoc-direktivet till DSM-direktivet – studeras huruvida rättsläget förändrats eller preciserats och i sådana fall på vilket sätt och varför. Därigenom studeras hur balansen på upphovsrättens område förändrats för respektive rättighet. I denna uppsats studeras den EU-rättsliga utvecklingen, men även om det kan finnas en kompletterande utveckling på nationell nivå, är den utvecklingen av subsidiär betydelse.

Territorialiteten studeras med utgångspunkt i den upphovsrättsliga territorialitetsprincipen varefter utvecklingen genom lagstiftning och rättspraxis utreds för att undersöka om och i så fall hur rättighetshavarens rättigheter som är bundna till territorialiteten och typiska slutanvändares rättigheter i förhållande till territorialiteten har förändrats. Slutligen studeras

¹⁵ Rättsläget har beaktats till och med 22.12.2019.

¹⁶ Denna ensamrätt framgår av direktiv 2001/29/EG, art. 2–4. Det finns övriga ensamrätter däribland en ensamrätt för en rättighetshavare att bestämma om uthyrning och utlåning av verk men den anses inte vara relevant för denna uppsats, se direktiv 2006/115/EG.

¹⁷ Bernkonventionen, art. 5.

¹⁸ Jfr direktiv 2001/29/EG, skäl 10.

¹⁹ Jfr Pila och Torremans, 2016, s. 243.

utvecklingen av ersättningen till rättighetshavare med utgångspunkt i det mål om lämplig ersättning som går utläsa ur såväl lagstiftarens som domstolens akter.²⁰

För att kunna ge en helhetsbild av förhållandet mellan rättighetshavare och typiska slutanvändare beaktas löpande även typiska slutanvändares tillgång till innehåll för att försöka skönja om deras tillgång har breddats eller begränsats under den studerade perioden för att sedan kunna grunda en diskussion om balansen inom upphovsrätten. Detta görs utifrån samma urval som ovan dels genom studerande av klara uttalanden i rättsakter och rättspraxis som är till typiska slutanvändares fördel, dels – i den mån det är möjligt – genom motsatslut till de rättigheter som tillförsäkras rättighetshavare.

För att studera utvecklingen av ensamrätterna, territorialitetsprincipen och ersättningen blir de EU-rättsliga källorna centrala. Det material som utgjort underlaget för besvarandet av den första frågeställningen är främst rättsakter från EU såsom fördrag²¹, förordningar och direktiv. Inom EU-rätten är det fördragen och stadgan²² som utgör primärrätten och därmed är överst i normhierarkin.²³ Inom primärrätten inryms även allmänna rättsprinciper eftersom EU-domstolen i sin rättspraxis gett dem status som primärrätt.²⁴ Därefter följer sekundärrätten som utgörs av förordningar, direktiv och beslut. Nederst i EU-rättens normhierarki återfinns de källor som utgör *soft law* såsom rekommendationer, yttranden och meddelanden.²⁵ I denna uppsats är det främst sekundärrätten som används eftersom den EU-rättsliga upphovsrätten främst baseras på direktiv och förordningar.

EU-rättsakterna används i denna uppsats för att beskriva upphovsrättens territoriella omfattning och rättighetshavares ersättning om än inte i samma utsträckning som de används för att presentera ensamrätterna. Eftersom uppsatsen ämnar utreda utvecklingen på upphovsrättens område mellan Infosoc-direktivet och DSM-direktivet är det främst dessa rättsakter som utgör underlaget i uppsatsen. Infosoc-direktivet är av central betydelse på området då det till stor del harmoniserar upphovsrätten inom EU.²⁶

²⁰ Direktiv 2001/29/EG, skäl 10. Se bland annat mål C-306/05, *SGAE*, p. 36; Mål C-5/08, *Infopaq International A/S*, p. 40; Förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League m.fl.*, p. 108.

²¹ FEU och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

²² Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

²³ Bernitz och Kjellgren, 2018, s. 184–185.

²⁴ Mål C-101/08, *Audiolux*, p. 63.

²⁵ Bernitz och Kjellgren, 2018, s. 185–187.

²⁶ Pila och Torremans, 2016, s. 243.

Vid tolkningen av det EU-rättsliga materialet blir en särskild tolkningsmetod aktuell. EU-domstolen har – rörande tolkningen av EU:s unionsbestämmelser – uttalat att EU:s bestämmelser, utöver lydelsen och ändamålen, även ska tolkas inom sammanhanget och hela unionsrättens samtliga bestämmelser ska tas i beaktande. Därtill kan även förberedelsearbetet inför antagandet av en bestämmelse ge indikationer på hur bestämmelsen i fråga är tänkt att tolkas.²⁷ Denna tolkningsprincip är vägledande för hur EU:s rättsakter behandlas i denna uppsats. Vid användandet av förordningar och direktiv är även ingresserna till hjälp eftersom de förklarar tanken bakom regleringarna om än de motiveringarna inte är bindande.²⁸ Ingresserna bedöms vara av vikt för uppsatsen eftersom det av skälen går att utläsa motiven till varför regleringarna införs, EU:s syn på upphovsrätten samt eventuella förändringar i EU:s inställning de olika rättsakterna emellan.

Vid sin tolkning av enskilda bestämmelser använder sig EU-domstolen av fyra centrala tolkningsprinciper där den språkliga tolkningen är utgångspunkten. Därefter följer en systematisk tolkning, syftestolkning och slutligen teleologisk tolkning.²⁹ En ytterligare tolkningsfråga rör språkversioner av rättsakter. I uppsatsen används EU:s rättsakter för att åskådliggöra regleringen av upphovsrätt och förändringar på rättsområdet. Ensamrätterna kan med hjälp av rättsakterna presenteras utifrån ordalydelsen. EU har 24 officiella språk varav inget har getts språkligt företräde, till skillnad från Europarådet och Europakommissionen där franska och engelska är de officiella språken. EU-domstolen har däremot slagit fast att alla språkversioner är lika autentiska.³⁰ Om det föreligger språkliga skillnader mellan olika språkversioner ska inte bara en version avgöra innebörden av bestämmelsen eftersom bestämmelser ska tolkas och tillämpas på ett enhetligt sätt. Om två versioner inte överensstämmer ska de tolkas enligt systematiken såväl som i enlighet med ändamålet med den rättsakt där bestämmelsen förekommer.³¹ I uppsatsen beaktas flerspråksaspekten genom att flera språkversioner av rättsakterna jämförs, främst de svenska och engelska men emellanåt även de tyska versionerna.

²⁷ Mål C-621/18, *Wightman*, p. 47.

²⁸ Bernitz och Kjellgren, 2018, s. 198.

²⁹ Se Bernitz och Kjellgren, 2018, s. 196–197.

³⁰ Mål C-283/81, *CILFIT*, p. 18–20. Se Derlén, 2009, s. 31, som menar att alla språkversioner i alla fall i teorin bör vara av samma vikt.

³¹ Bernitz och Kjellgren, 2018, s. 202–203. Se även Derlén, 2009, s. 43, som diskuterar hur språkliga skillnader bör hanteras.

Det används även andra dokument från EU till stöd för besvarandet av den första frågeställningen. Främst meddelandet om Digital Single Market-strategin där strategin och dess syfte presenteras. I samband med att EU:s rättsakter används för att belysa den upphovsrättsliga regleringen används nationell lagstiftning från olika medlemsstater för att visa att EU:s rättsakter implementeras i nationell rätt men också för att visa på en varierad reglering mellan olika medlemsstater.

Många av EU:s upphovsrättsliga rättsakter återspeglar medlemsstaternas åtaganden enligt Bernkonventionen, Romkonventionen, TRIPS-avtalet³² och WIPO:s³³ fördrag³⁴.³⁵ Dessa internationella konventioner används därför i uppsatsen för att belysa den internationella regleringen av upphovsrätt. Vid tolkningen av dessa internationella konventioner används de engelska officiella språkversionerna och tolkningsprinciperna enligt Wienkonventionen.³⁶

För att besvara den första frågeställningen används även till stor del rättspraxis från EU-domstolen. Rättspraxis används i syfte att belysa tillämpningen av rättsakterna och utvecklingar på rättsområdet men även för att utröna eventuell bristande enhetlighet i tillämpningen. Rättspraxis utgör en viktig del av underlaget i denna uppsats eftersom EU-domstolens motiveringar kan visa på vilken faktisk ställning rättighetshavare ges vid konkreta konflikter gentemot typiska slutanvändare. Urvalet av rättspraxis i denna uppsats baseras på domarnas relevans för intressekonflikten mellan rättighetshavare, typiska slutanvändare och den inre marknaden och domar där konflikten tydligt framgår, direkt som indirekt, har valts ut.

Den rättspraxis som valts ur rör digitala verk. De flesta domar behandlar direkt digitala verk men ett antal domar behandlar analoga verk. De bedöms ändock vara relevanta för behandlingen av digitala verk i och med att de är vägledande för ensamrätterna och övriga regleringar; skulle det finnas moment i dessa domar som endast är relevanta för analoga verk kan det användas som signaler för att digitala och analoga verk emellanåt behandlas olika. För vissa frågor finns inga avgöranden avseende digitala verk, men principerna som slås fast för analoga verk är så pass centrala att de även bör diskuteras i en digital kontext. Har EU-

³² Avtalet om handelsrelaterade aspekter av immateriella rättigheter.

³³ World Intellectual Property Organization.

³⁴ WIPO-fördraget om upphovsrätt och WIPO-fördraget om framföranden och fonogram.

³⁵ Europeiska kommissionen, [ec.europa.eu/digital-single-market/en/eu-copyright-framework], 25.9.2019.

³⁶ Se Wienkonventionen om traktaträtten, art. 31–33.

domstolen varit tydlig angående rättsläget i mål rörande analoga verk torde det inte behövas egna avgöranden för digitala verk.

Eftersom de flesta av ensamrätterna i sin utformning kräver någon sorts begreppsdefinition prioriteras domar vari det förts ett resonemang kring innebörden av begreppet och ensamrätten. Dessa domar kompletteras senare av övriga domar som har prövat andra aspekter av ensamrätten.

Vad gäller territorialitet har domar där domstolen diskuterar upphovsrättsskyddets geografiska utbredning och territoriella begränsningar valts ut. Rörande den ersättning som rättighetshavare erhåller vid utnyttjandet av deras verk är det främst domar som haft en annan huvudfråga men där resonemang rörande ersättning till rättighetshavare har förts som används i uppsatsen. Det görs med anledning av att det sällan endast är ersättning till rättighetshavare som prövas i domstol utan att det ofta finns en annan huvudsaklig fråga vari resonemang rörande vikten av rättighetshavares ersättning förekommer i domskälen.³⁷ Eftersom uppsatsen syftar till att utreda rättighetshavares ensamrätt till digitala verk och då det görs en avgränsning till att utreda upphovsrätten mellan Infosoc-direktivet och DSM-direktivet sker det en naturlig avgränsning till relativt moderna avgöranden.

De olika ensamrätterna behöver olika stort utrymme i uppsatsen med anledning av ensamrätternas olika utformning. En del av ensamrätterna, såsom överföring till allmänheten, definieras inte tydligt i direktivet, vilket medfört att det varit upp till EU-domstolen att bedöma räckvidden av denna ensamrätt. Innebörden och räckvidden av överföring till allmänheten har således prövats ett flertal gånger i EU-domstolen, vilket medför att det finns en stor mängd material som diskuterar frågan. Därför ges den ensamrätten och dess innebörd större utrymme i uppsatsen än en ensamrätt som inte är lika svårtolkad.³⁸

EU-domstolens rättspraxis är speciell jämfört med rättspraxis från nationella domstolar. EU-domstolen uttrycker sig mer likt en lagstiftare med olika test och lägger mindre vikt vid

³⁷ Se exempelvis mål C-527/15, *Stichting Brein*, p. 70, där EU-domstolen menade att försäljningen av en multimediaspelare som möjliggjorde tillgång till skyddat material utan rättighetshavarens samtycke kunde medföra att färre lagliga transaktioner av innehållet skedde på bekostnad av rättighetshavaren.

³⁸ Se exempelvis förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League m.fl.*; Mål C-466/12, *Svensson*; Mål C-348/13, *BestWater*; Mål C-279/13, *C More Entertainment*; Mål C-160/15, *GS Media*.

specifika omständigheter i ett mål. Detta medför således att vid tolkning av EU-domstolens rättspraxis är omständigheterna inte särskilt viktiga utan det blir istället särskilt viktigt att förstå de test som EU-domstolen uppställer och de regler som den slår fast.³⁹ Eftersom den första frågeställningen i denna uppsats går ut på att undersöka utvecklingen på upphovsrättens område och balansen mellan aktörer fokuseras det på att tolka hur de olika testen och reglerna som EU-domstolen fastslagit påverkat balansen mellan just rättighetshavare och typiska slutanvändare.

En avslutande tolkningsfråga rör språkversionerna av rättspraxis. Inom EU-domstolen är franska arbetspråk, vilket medför att de svenska språkversionerna av domar som existerar är översatta versioner.⁴⁰ I uppsatsen beaktas flerspråksaspekten genom att flera språkversioner av rättspraxis jämförs, främst de svenska och engelska språkversionerna, men emellanåt även de tyska språkversionerna.⁴¹

Vidare används litteratur till besvarandet av den första frågeställningen. Litteraturen, såsom böcker och artiklar, agerar främst verktyg för att få en djupare förståelse för såväl upphovsrätten som EU:s rättsakter och rättspraxis. Synpunkter och argument från olika personer, diskussioner och debatter som framgår i litteratur bidrar även med perspektiv på området. För att förstå EU:s syn på upphovsrätten och reformerna kompletteras ovanstående källor med EU:s uttalanden angående rättsområdet på deras webbsidor. Samhällsdebatter och aktuella frågor med anledning av reformerna kan också vara nödvändiga för att förstå utformningen såväl som tillämpningen av lagstiftningsreformer och därför används ett antal nyhetsartiklar – kompletterat med motpartens beskrivning för balansens skull – för att beskriva dessa.⁴² För att ge en kompletterande bild av ett pågående ärende som ännu inte kommenterats i litteraturen används slutligen några artiklar från en upphovsrättsblogg skriven av jurister.⁴³

Besvarandet av den andra frågeställningen görs genom att motiven bakom de i den första frågeställningen studerade reformerna, besluten och domarna studeras för att analysera

³⁹ Se Lasser, 2009, s. 103–106; Komárek, 2013, s. 155–157; Komárek, 2007, s. 483. Se även Tiersma, 2007, s. 1247–1248.

⁴⁰ Bernitz och Kjellgren, 2018, s. 205. Se även Derlén, 2014, för diskussion rörande flerspråkigheten.

⁴¹ Se bland annat mål C-348/13, *BestWater*, som endast finns publicerad på tyska och franska. Enligt EU-domstolens rättegångsregler, art. 41, är en dom giltig i rättegångsspråket. Se även Derlén, 2014, s. 296.

⁴² Bland annat Kayali, 2019, [politico.eu/article/licensing-agreements-with-press-publishers-france-google/], 24.10.2019; Gingras, 2019, [blog.google/perspectives/richard-gingras/how-google-invests-news/], 24.10.2019.

⁴³ Bland annat Szkalej, 2019, [copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/10/29/the-new-copyright-directive-article-17-and-copyright-limitations-picking-two-cherries-and-leaving-the-rest-to-spoil-part-i/], 27.11.2019.

huruvida den inre marknaden varit ett vanligt förekommande motiv i dessa. Argument till ett gynnande av den inre marknaden eftersöks i ingresspunkter, lagtext och rättspraxis, samt i litteraturen. Därtill studeras även övriga meddelanden från EU där de diskuterar sina reformer för att se i vilken utsträckning de hänvisar till den inre marknaden. Därefter studeras effekten av hänvisningarna till den inre marknaden för att se om hänvisningarna lett till en förändring av balansen på upphovsrättens område. Det huvudsakliga underlaget för besvarandet av denna frågeställning är således de rättsakter, den rättspraxis och den litteratur som används för besvarandet av den första frågeställningen. Eftersom hänvisningar till den inre marknaden, exempelvis i ingresspunkter, närmast torde kunna förväntas, utan att det behöver betyda att det haft en avgörande verkan, blir det nödvändigt att studera dels om argumentet används och återkommer i olika källor, dels om lösningen gynnar den inre marknaden på bekostnad av andra värden. EU-domstolens rättspraxis är känd för att vara ogenomtränglig och då blir det ännu viktigare att också studera om lösningen gynnar den inre marknaden på bekostnad av andra värden.⁴⁴ I denna uppsats kan exempelvis territorialitetsprincipen agera motvärde.

För att besvara den tredje frågeställningen studeras rättsakterna och rättspraxis för att se om det går att utröna några tendenser mellan de olika aktörerna. Vid besvarandet av de två första frågeställningarna studeras EU:s lagstiftare och EU-domstolens argument och bedömningar. För besvarandet av denna frågeställning jämförs de två aktörernas bedömningar, argumentationer och ageranden i de situationer då de ställts inför upphovsrättsliga intressekonflikter för att studera om någon aktör varit mer benägen att värna om rättighetshavare eller typiska slutanvändare. Utfallet av denna undersökning och jämförelserna systematiseras för att resultera i slutsatser rörande om och i så fall vilken aktör som varit mer drivande i utvecklingen. I denna bedömning beaktas till viss del att aktörerna har olika förutsättningar – att EU som lagstiftare måste förhålla sig till en politisk realitet till skillnad från EU-domstolen som istället emellanåt uppfattas som aktivistisk – vilket påverkar analysen av om någon aktör varit mer drivande i utvecklingen.⁴⁵

För att besvara den fjärde och sista frågeställningen analyseras resultatet av utredningen som gjorts i och med besvarandet av de tre inledande frågeställningarna. De studerade förändringarna och argumenten analyseras och vägs samman i en diskussion rörande om och i så fall vilken av parterna som gynnats av den utveckling som skett på upphovsrättens område.

⁴⁴ Jfr FEU, art. 3 och protokoll 27, för den inre marknaden. Arnulf, 2012, s. 132.

⁴⁵ Jfr Bernitz och Kjellgren, 2018, s. 258–259. Se Bernitz och Kjellgren, 2018, s. 188.

Påverkan på ensamrätterna, territorialiteten och ersättningen vägs samman i syfte att ge ett nyanserat svar på frågan. Underlaget för besvarandet av denna frågeställning utgörs indirekt av de källor som används i den första frågeställningen.

1.4 Terminologi

För att uppnå en konsekvent begreppsapparat används följande begreppsdefinitioner:

Digitala verk: I denna uppsats definieras begreppet digitala verk som upphovsrättsskyddade verk som förekommer digitalt, särskilt multimedieverk. I detta begrepp inräknas inte databaser och dataprogram.

Digitalisering: Begreppet digitalisering åsyftar övergången från ett analogt samhälle till ett digitalt samhälle.⁴⁶

Ensamrätt: Begreppet ensamrätt används här både för att benämna upphovsrättens innebörd som fenomen men även för att benämna de olika ensamrätterna som upphovsrätten består av.⁴⁷

Rättighetshavare: Begreppet rättighetshavare ges i denna uppsats samma definition som i direktiv 2014/26/EU artikel 3 p. c: ”rättighetshavare: en person eller enhet, som inte är en kollektiv förvaltningsorganisation, som innehar upphovsrätt eller närstående rättighet eller som, inom ramen för ett avtal om utnyttjande av rättigheter eller enligt lag, har rätt till en del av rättighetsintäkterna”. Begreppet rättighetshavare innefattar således både innehavare av upphovsrätt och innehavare av närstående rättigheter.

Typiska slutanvändare: Med typiska slutanvändare avses den person som använder det skyddade digitala verket i fråga. Detta begrepp har definierats enkom för denna uppsats.

Upphovsman: Begreppet upphovsman används här endast för att beskriva den som är skapare till ett verk.

⁴⁶ Jfr Cöster och Westelius, 2016, s. 11, 14–16, där innebörden av begreppet digitalisering diskuteras.

⁴⁷ Här avses de ensamrätter som framgår av direktiv 2001/29/EG, art. 2–4.

Upphovsrätt: Begreppet upphovsrätt avser i denna uppsats upphovsrätten som helhet, vilket även inkluderar de närstående rättigheterna. Avses endast upphovsrätt, alltså den rätt som endast tillfaller *upphovsrättshavare*, benämns det som den egentliga upphovsrätten.

1.5 Disposition

I kapitel 2 ges en bakgrund till upphovsrätten där grundbegreppen och den upphovsrättsliga regleringen presenteras. Sedan följer en redogörelse av EU:s syn på upphovsrätten och dess funktion, vilket syftar till att ge en bakgrundförståelse för ämnet och dess betydelse som ska underbygga diskussionen om utvecklingen av balansen på upphovsrättens område. Därefter i kapitel 3 följer en redogörelse för ensamrätterna som är uppdelade i separata avsnitt. Varje avsnitt inleds med en presentation av ensamrättens innebörd och därefter presenteras den utveckling som skett av ensamrätten ifråga innan det ges en sammanfattande analys av utvecklingen i form av utvidgande och inskräpande tolkning. Varje ensamrätt studeras med Infosoc-direktivet som utgångspunkt.

I kapitel 4 följer ett avsnitt om territorialitet som har sin utgångspunkt i den upphovsrättsliga territorialitetsprincipen. I kapitel 5 behandlas ersättning med utgångspunkt i Infosoc-direktivets mål om lämplig ersättning.⁴⁸ Kapitel 4 och 5 har samma disposition som ensamrätterna och inleds med en beskrivning av utgångspunkterna innan utvecklingen presenteras för att avslutas med en sammanfattande analys av utvecklingen.

Innehållet i varje underavsnitt följer en kronologisk ordning, däremot föreligger inte ett uteslutande kronologiskt förhållande mellan de olika underavsnitten utan de placeras snarare i en logisk följd.

I kapitel 6 följer ett diskussionsavsnitt där de tidigare konstaterade utvecklingarna sammanställs för att komma fram till slutsatser rörande hur utvecklingen av ensamrätterna, territorialiteten och ersättningen har påverkat balansen på upphovsrättens område. Därefter diskuteras i vilken utsträckning argumenten till den inre marknaden påverkat utvecklingen, om någon av aktörerna varit mer drivande samt om rättighetshavare eller typiska slutanvändare gynnats särskilt av utvecklingen. Uppsatsen avslutas i kapitel 7 där det ges en sammanfattning av uppsatsen och en kommentar om vidare forskning.

⁴⁸ Se direktiv 2001/29/EG, skäl 10.

2 Upphovsrätten och EU

2.1 Upphovsrättens grundbegrepp och reglering

2.1.1 Grundbegrepp

Det föreligger inga formkrav för att upphovsrättsligt skydd ska uppstå men däremot krävs det att skapelsen ger uttryck för upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Upphovsrätten består bland annat i en ensamrätt för rättighetshavaren att mångfaldiga verket, överföra verket till allmänheten samt en rätt att sprida verket.⁴⁹ Dessa ensamrätter är en del av det som brukar benämnas den ekonomiska upphovsrätten. Upphovsrätten består även av ideella rättigheter innebärande en rätt för en upphovsman att hävda att denne är upphovsman till ett verk och en rätt för en upphovsman att invända mot ändringar av ett verk som kan inverka skadligt på upphovsmannens ära eller rykte. Den ideella upphovsrätten gäller oavsett de ekonomiska rättigheterna, även i de fall som de ekonomiska rättigheterna överlåtits till en annan part.⁵⁰ Förutom den egentliga upphovsrätten återfinns även de närstående rättigheterna som till stor del liknar den egentliga upphovsrätten och bland annat tillfaller utövande konstnärer och producenter.⁵¹

Från den ensamrätt som tillkommer rättighetshavare finns en rad undantag men de får endast tillämpas i särskilda fall förutsatt att det inte strider mot den så kallade *trestegsregeln* som innebär att tillämpningen av ett undantag inte får strida mot det normala utnyttjandet av verket och inte, på ett oskäligt sätt, inkräkta på rättighetshavares legitima intressen.⁵² Undantagen från rättighetshavarens ensamrätt består bland annat i tillfälliga former av mångfaldiganden, användande av verk inom undervisning, citat och parodisyften.⁵³ Innan Infosoc-direktivet antogs förelåg en stor variation mellan de olika medlemsstaternas reglering av undantag från upphovsrätten och uppkomsten av digitala marknader påkallade en harmonisering. I Infosoc-direktivet uppställs en uttömmande lista av undantag innehållande ett obligatoriskt undantag för tillfälliga former av mångfaldiganden och sedan ytterligare 20 stycken frivilliga undantag.⁵⁴ Då de ekonomiska rättigheterna inom upphovsrätten ämnar värna om de ekonomiska intressena

⁴⁹ Bernkonventionen, art. 5 p. 2; Mål C-5/08, *Infopaq International A/S*, p. 37; Direktiv 2001/29/EG, art. 2–4.

⁵⁰ Bernkonventionen, art. 6bis.

⁵¹ Se Seville, 2010, s. 14, Bernkonventionen omfattar den egentliga upphovsrätten och Romkonventionen omfattar de närstående rättigheterna; Romkonventionen, art. 1–3.

⁵² Direktiv 2001/29/EG, art. 5 p. 5; Levin, 2018, s. 192.

⁵³ Direktiv 2001/29/EG, art. 5 p. 1, 3a, 3d och 3k. Se mål C-476/01, *Kapper*, p. 72, där det konstateras att undantag från en allmän princip som föreskrivs i samma direktiv som den allmänna principen i fråga ska tolkas restriktivt.

⁵⁴ Geiger, m.fl., 2014, s. 437; Direktiv 2001/29/EG, skäl (32) och art. 5.

hos rättighetshavare kan undantagen ses som användarnas och framtida skapares rättigheter som i sin tur värnar om skapandefriheten.⁵⁵

Upphovsrätten är enligt huvudregel territoriell, vilket kan inverka på den fria rörligheten för varor och tjänster.⁵⁶ Principen om territorialitet inom upphovsrätten återfinns i Bernkonventionen där det framgår att upphovsrätten i varje medlemsstat styrs av respektive stats reglering. Om någon gör intrång i ett upphovsrättsskyddat verk i en annan medlemsstat än staten där verket tillkom, är det således lagstiftningen i den stat där intrånget sker som blir tillämplig. Den upphovsrättsliga territorialiteten innebär även att utländska rättighetshavare ska ges samma skydd som nationella rättighetshavare om än de inte är medborgare i den stat vars lagstiftning blir tillämplig.⁵⁷ Territorialitetsprincipen har av EU-domstolen ansetts erkänd inom internationell rätt och även tillåten enligt fördraget om Europeiska unionen (FEU).⁵⁸

Upphovsrätten ger rättighetshavare en möjlighet att styra över användandet av deras verk samtidigt som de erhåller en rättvis ersättning för användandet. Genom licensavtal kan både rättighetshavarens intresse av att styra användandet av verket och allmänhetens intresse av att få tillgång till verket tillgodoses. De båda intressena tillgodoses genom avtal som medger förfoganderätt för användaren i utbyte mot ersättning till rättighetshavaren.⁵⁹ Förvaltningen av upphovsrätt kan vara individuell eller kollektiv och består bland annat i utfärdande av licenser, granskning av användning och införsel av ersättning.⁶⁰ EU har framfört vikten av att rättighetshavare ges ersättning för utnyttjandet av deras verk då det är en förutsättning för att rättighetshavare ska kunna fortsätta med sin konstnärliga och skapande verksamhet.⁶¹

2.1.2 Upphovsrättens reglering

Upphovsrätten regleras på internationell, europeisk och nationell nivå. På internationell nivå återfinns Bernkonventionen som reglerar skydd för upphovsrätt och denna konvention omfattar de stater som ratificerat och tillträtt den. EU är inte part i Bernkonventionen men måste i och

⁵⁵ Geiger m.fl., 2014, s. 437.

⁵⁶ Se Bernkonventionen, art. 5; Lucas-Schloetter, 2014, s. 8.

⁵⁷ Bernkonventionen, art. 5; Romkonventionen, art. 5; Levin, 2018, s. 72.

⁵⁸ Mål C-192/04, *Lagardère*, p. 46.

⁵⁹ Schønning, 2001, s. 137. Jfr Valentin Rehncrona, 2012, s. 145.

⁶⁰ Direktiv 2014/26/EU, skäl 2 och art. 1. Detta direktiv uppställer krav på kollektiva förvaltningsorganisationer i syfte att säkerställa att de på ett välfungerande sätt förvaltar rättigheterna.

⁶¹ Direktiv 2001/29/EG, skäl 10. Bland annat mål C-306/05, *SGAE*, p. 36; Mål C-5/08, *Infopaq International A/S*, p. 40; Förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League m.fl.*, p. 108.

med sitt partskap i WIPO-fördraget om upphovsrätt följa artiklarna 1–21 i Bernkonventionen.⁶² Utöver Bernkonventionen återfinns TRIPS-avtalet inom den internationella upphovsrätten. Detta avtal rör de mer handelsrelaterade aspekterna av immaterialrätt och är i dagsläget det mest omfattande och betydelsefulla avtalet inom upphovsrätten. Avtalet innehåller immaterialrättsliga minimistandarder och om konventionsstaterna inte efterlever sina åtaganden enligt avtalet kan de mötas av sanktioner. Både Bernkonventionen och TRIPS-avtalet är folkrättsliga överenskommelser, vilket innebär att de styr hur konventionsstaterna ska behandla medborgare från andra konventionsstater rent rättsligt. Beroende på om konventionsstaten har ett monistiskt eller dualistiskt förhållningssätt till folkrättsliga traktater gäller de antingen direkt eller behöver införlivas i nationell rätt innan de kan tillämpas.⁶³ Övriga internationella upphovsrättsliga dokument är Romkonventionen – som reglerar skydd för bland annat utövande konstnärer – Världskonventionen om upphovsrätt⁶⁴ och WIPO-fördragen.⁶⁵

Inom Europa uppstår och skyddas rättighetshavares upphovsrätt av den nationella lagstiftningen i respektive stat. Däremot har EU antagit ett stort antal rättsakter på upphovsrättsens område som styr medlemsstaternas lagstiftningar och EU:s regleringar rörande upphovsrätt baseras till viss del på internationella överenskommelser.⁶⁶ De direktiv som antas inom EU implementeras i de nationella lagstiftningarna medan de förordningar som antas får direkt effekt inom hela unionen.⁶⁷ EU har antagit ett flertal rättsakter på upphovsrättsens område vari Infosoc-direktivet är en av de främsta.⁶⁸ Vad som dock är avgörande för förståelsen och utvecklingen av upphovsrättsskyddet är den upphovsrättsliga rättspraxis som existerar.⁶⁹

Det är bara den ekonomiska upphovsrätten som är harmoniserad på EU-nivå,⁷⁰ vilket innebär att den ideella rätt som följer av upphovsrätten istället utövas i enlighet med respektive

⁶² WIPO-fördraget om upphovsrätt, art. 1 p. 4.

⁶³ Levin, 2018, s. 43–44 och 48.

⁶⁴ Världskonventionen om upphovsrätt, Paris den 24 juli 1971, SÖ 1973:50.

⁶⁵ Europeiska kommissionen, [ec.europa.eu/digital-single-market/en/eu-copyright-framework], 25.9.2019.

⁶⁶ Pila och Torremans, 2016, s. 244; Europeiska kommissionen, [ec.europa.eu/digital-single-market/en/eu-copyright-framework], 25.9.2019.

⁶⁷ Bernitz och Kjellgren, 2018, s. 57–58 och 114–115. Se FEUF art. 288 p. 2–3; Mål C-26/62, *Van Gend en Loos*, där principen om direkt effekt fastställdes. Direktiven implementeras i medlemsstaternas nationella lagstiftning, se exempelvis lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Auteurswet och Code de la propriété intellectuelle.

⁶⁸ Pila och Torremans, 2016, s. 243.

⁶⁹ Se Levin, 2018, s. 70.

⁷⁰ Se direktiv 2001/29/EG, art. 5 p. 3k, där medlemsstaterna ges möjlighet till ett parodiundantag. Detta undantag har prövats av EU-domstolen, se mål C-201/13, *Deckmyn och Vrijheidsfonds*, och torde åtminstone indirekt röra ideella rättigheter.

medlemsstats egen lagstiftning, Bernkonventionens bestämmelser samt WIPO:s fördrag.⁷¹ I förhållandet mellan den nationella och EU-rättsliga upphovsrätten avseende ekonomiska rättigheter har EU-rätten företräde före nationell rätt, vilket innebär att EU-rättens bestämmelser går före nationella bestämmelser vid eventuell diskrepans mellan lagreglerna.⁷²

2.2 EU:s syn på upphovsrätten och dess funktion

Generellt sett är intresset för immaterialrätt starkt inom EU och inställningen till immaterialrätten är överlag positiv inom såväl kommissionen som inom medlemsstaterna. En faktor till att EU intresserar sig för immaterialrätt sägs vara det faktum att EU anser sig kunna öka sin konkurrenskraft gentemot USA och Japan genom att ha ett starkt skydd för immaterialrätter. Andra orsaker till att immaterialrätten är ett intressant område för EU är målet om den inre marknaden och behovet av att företag inom unionen ska kunna verka under liknande konkurrensförutsättningar.⁷³ Därtill, det faktum att kommunikationsmedel som radio, TV och internet är helt beroende av upphovsrätten bidrar också till att just upphovsrätten är viktig inom EU.⁷⁴ Balansen mellan rättighetshavarnas intressen, tredje man och allmänhetens intressen har alltid varit kärnan av immaterialrätten och att medlemsstaterna har en lämplig balans mellan dessa intressen är ett centralt mål inom EU:s upphovsrätt.⁷⁵

EU har uttalat att en harmonisering av upphovsrätten inom EU kan bidra till målet om en inre marknad och en välfungerande konkurrens. För att främja informationssamhällets utveckling i Europa behövs en inre marknad för nya varor och tjänster och upphovsrätten kan bidra till detta då den skyddar och uppmuntrar till utveckling och marknadsföring av just varor och tjänster. Upphovsrätten kan även främja skapandet och utnyttjande av det kreativa innehåll som dessa varor och tjänster består av.⁷⁶ Digital Single Market-strategin som EU arbetar med innebär att medlemsstaternas nationella marknader ska sammanvävas till en enda gemensam digital inre marknad som kan gynna europeiska företag, förbättra priser och utbud, bidra till nya arbetstillfällen samt möjliggöra att Europa kan bibehålla en världsledande ställning inom den

⁷¹ Europeiska kommissionen, [ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/copyright], 25.9.2019; Direktiv 2001/29/EG, skäl 19.

⁷² Bernitz och Kjellgren, 2018, s. 101. Företrädesprincipen följer av mål C-6/64, *Costa*, och kodifierades i samband med Lissabonfördraget.

⁷³ Se Olsson, 2018, s. 38–39. Se även Bruncevic och Käll, 2016, s. 19, som menar att den inre marknaden är en orsak till upphovsrättens viktiga roll inom EU.

⁷⁴ Levin, 2018, s. 58.

⁷⁵ Pila och Torremans, 2016, s. 244.

⁷⁶ Direktiv 2001/29/EG, skäl 1–3.

digitala ekonomin.⁷⁷ Strategin har lett till ett antal reformer som antagits under de senaste åren, däribland Portabilitetsförordningen, Geoblockeringsförordningen och DSM-direktivet som det redogörs för i senare avsnitt.⁷⁸

Utöver EU:s lagstiftare finns det andra organ inom EU som i sitt arbete kommer i kontakt med upphovsrätten, däribland EU-domstolen. EU-domstolen har i uppgift att säkerställa att lag och rätt följs när EU-fördragen tolkas och tillämpas.⁷⁹ Den har en stark ställning och dess ansvarsområde omfattar hela unionsrätten. EU-domstolen har vid ett flertal tillfällen erhållit kritik eftersom den har ansetts vara för aktiv och interventionistisk. EU-domstolen hänvisar ofta till rättsläget *på unionsrättens nuvarande stadium* i sina domsmotiveringar och har på senare tid börjat väga in mer av de grundläggande rättigheterna i sina domar.⁸⁰ Sedan mitten på 2000-talet har EU-domstolen blivit ombedd att inte förena upphovsrätten med primärrätten inom EU utan snarare avgöra hur de aktuella direktivens bestämmelser ska tolkas. Som en följd av den utvecklade upphovsrättsliga lagstiftningen har konflikterna med de grundläggande friheterna blivit färre samtidigt som förfrågningarna om förhandsavgöranden från medlemsstaterna ökat.⁸¹

Antalet upphovsrättsliga ärenden för EU-domstolen att ta ställning till ökar och domstolen har därtill även självmant upptagit upphovsrättsliga frågor till prövning.⁸² När det har skett ändringar i EU:s fördrag har medlemsstaterna inte ändrat EU-domstolens rättspraxis genom att alternera fördragen utan snarare vidareutvecklat EU-domstolens rättspraxis genom att formulera fördragsbestämmelser så de överensstämmer med EU-domstolens uttalanden. Detta kan tyda på att medlemsstaterna accepterat EU-domstolens rättsprinciper.⁸³ EU-domstolen har antagit en aktiv roll inom EU:s upphovsrätt och har genom sin tolkning av regler såväl som begrepp blivit något som kan liknas vid en form av lagstiftare. Detta har emellanåt bemötts av kritik men samtidigt varit tvunget att accepteras i och med att EU-rätten har företrädare före nationell lagstiftning.⁸⁴

⁷⁷ Levin, 2018, s. 54, 59 och 61; Europeiska kommissionen, COM(2015) 192 final, s. 3.

⁷⁸ Se förordning (EU) 2017/1128; Förordning (EU) 2018/302; Direktiv (EU) 2019/790.

⁷⁹ FEU, art. 19 p. 1.

⁸⁰ Se Bernitz och Kjellgren, 2018, s. 188–189.

⁸¹ Lucas-Schloetter, 2014, s. 11–12. Jfr Derlén, Ingmansson och Lindholm, 2015, s. 44.

⁸² Lucas-Schloetter, 2014, s. 12. Till en början hade EU-domstolen relativt få upphovsrättsliga ärenden att ta ställning till medan den under fem månader under 2012 avgjorde, som minst, tio stycken upphovsrättsliga ärenden. Författaren redogör för utvecklingen av antalet domar som EU-domstolen avgjort på upphovsrättens område och hänvisar bland annat till mål C-5/08, *Infopaq International A/S*, som det redogörs för i senare avsnitt i denna uppsats.

⁸³ Se Bernitz och Kjellgren, 2018, s. 189.

⁸⁴ Olsson, 2018, s. 40.

3 Rättighetshavarens ensamrätt

3.1 Mångfaldigande av verk

3.1.1 Innebörden av mångfaldigande av verk

Mångfaldiganderätten är en av de mer centrala rättigheterna inom upphovsrätten och en av de mest grundläggande ekonomiska rättigheter som upphovsrättssystemet runt om i världen ger rättighetshavare.⁸⁵ Ensamrätten är reglerad i artikel 2 Infosoc-direktivet och innebär en ensamrätt för en rättighetshavare att tillåta eller förbjuda mångfaldiganden av deras verk. Denna ensamrätt omfattar mångfaldiganden som är tillfälliga, permanenta, direkta såväl som indirekta, oavsett metod och form. Ensamrätten mångfaldigande av verk tillkommer både upphovsrättshavare och innehavare av närstående rättigheter.⁸⁶ I skälen till Infosoc-direktivet har lagstiftaren uttalat att begreppet mångfaldigande ska ges en vid innebörd i syfte att rättighetshavare ska få ett starkt skydd och därigenom kunna fortsätta med sin skapande och konstnärliga verksamhet.⁸⁷ Med direkta och indirekta mångfaldiganden avses mångfaldiganden som gjorts av en person som har direkt eller indirekt tillgång till verket i fråga. Att exempelvis fota en målning utgör ett direkt mångfaldigande medan ett konstruerande av en skulptur genom att kreatören gör en beskrivning av en redan befintlig skulptur utgör ett indirekt mångfaldigande. Båda dessa typer av mångfaldiganden omfattas alltså av rättighetshavarens ensamrätt till mångfaldigande av verk.⁸⁸

I Infosoc-direktivet uppställs en rad undantag från den ensamrätt som tillkommer rättighetshavare varav ett obligatoriskt undantag bestående i en regel som medför att tillfälliga

⁸⁵ Se Pila och Torremans, 2016, s. 299; Geiger m.fl., 2014, s. 401.

⁸⁶ Se direktiv 2001/29/EG, art. 2, där det i punktlistan går utläsa vilka som omfattas av denna ensamrätt däribland upphovsrättshavare och utövande konstnärer. Pila och Torremans, 2016, s. 300, där det framgår att det faktum att ensamrätten mångfaldiganden omfattar alla mångfaldiganden oavsett metod och form innebär att ett mångfaldigande i en annan form, andra dimensioner, i materiell eller immateriell form av ett verk kan utgöra ett upphovsrättsintrång. Detta torde således omfatta översättningar och omarbetningar av verk såväl som användande av verk för exempelvis parodier. Denna rätt är mer omfattande inom EU än vad den är i de flesta europeiska länder där ensamrätten är begränsad till mångfaldiganden i materiell form. Där exkluderas alltså immateriella mångfaldigande och även framföranden av exempelvis musikaliska verk. Den typen av mångfaldiganden skyddas istället genom separata regler; Mål C-5/08, *Infopaq International A/S*, p. 38 och 48, där det rörde sig om mångfaldiganden som skrivits ut på fysiska papper. Ensamrätten mångfaldigande omfattar inte bara mångfaldiganden av hela verk utan kan även omfatta delar därav. Ett mångfaldigande av en del av ett verk kan utgöra ett delvist mångfaldigande om delen av verket ger uttryck för upphovsmannens egen intellektuella skapelse.

⁸⁷ Jfr direktiv 2001/29/EG, skäl 10 och 21. Se mål C-5/08, *Infopaq International A/S*, p. 40–42, där EU-domstolen bland annat anför att denna vida definition av begreppet mångfaldigande kan utläsas av ordalydelsen i artikeln i Infosoc-direktivet. Genom att det uppställs flera exempel på former av mångfaldiganden, såsom direkt, indirekt, tillfälliga och permanenta talar ordalydelsen för att begreppet ska ges en vid tolkning.

⁸⁸ Pila och Torremans, 2016, s. 299–300.

former av mångfaldiganden är tillåtna utan samtycke från rättighetshavaren.⁸⁹ För att ett mångfaldigande ska undantas ska det vara en tillfällig form av mångfaldigande som är flyktig eller är en del av en helhet som är av underordnad betydelse. Mångfaldigandet ska även utgöra en integrerad och väsentlig del i en teknisk process med syfte att möjliggöra en överföring i ett nät via en mellanhand mellan tredje män eller laglig användning.⁹⁰ Laglig användning föreligger om användningen sker med tillstånd av rättighetshavaren eller inte är otillåten enligt den lag som är tillämplig.⁹¹ Vidare krävs det, för att ett mångfaldigande ska vara tillåtet, att mångfaldigandet inte har någon självständig ekonomisk betydelse.⁹²

Tillfälliga mångfaldiganden kan definieras som mångfaldiganden som raderas automatiskt efter att användningen är avslutad utan att det krävs ett mänskligt inblandande medan permanenta mångfaldiganden i sin tur kräver ett mänskligt ingripande i form av att en människa raderar mångfaldigandet. Ett tillfälligt mångfaldigande kan till exempel vara en kortvarig följd av bilder från en film på en TV-skärm under tiden som filmen sänds. Ett permanent mångfaldigande kan i sin tur vara ett mångfaldigande i form av tryck på ett papper eller i digital form genom att exempelvis en bok publiceras digitalt.⁹³

3.1.2 Skydd vid upphovsmannens egen intellektuella skapelse

Ett grundläggande mål avseende utvecklingen av ensamrätten mångfaldigande av verk är *Infopaq*. Trots att målet inte rör digitala verk torde resonemanget vara så allmängiltigt att det kan appliceras på en eventuell hantering av mångfaldiganden av digitala verk. I målet prövade EU-domstolen huruvida utdrag som görs utifrån tidskriftsartiklar utgör ett mångfaldigande som omfattas av upphovsrättens ensamrätt. Ett företag hade gjort textanalyser av artiklar för att studera frekvensen av vissa ord, var i texten ordet förekom samt vilka ord som omgav detta ord. Textanalysen bestod av ett utdrag på totalt elva ord. Utdraget skrevs ut på papper varefter analysfilen raderades automatiskt.⁹⁴ EU-domstolen menade att det faktum att det endast rörde sig om utdrag från en text inte var avgörande för bedömningen eftersom delar av ett verk inte

⁸⁹ Direktiv 2001/29/EG, art. 5 p. 1. Se även mål C-360/13, *Public Relations Consultants Association*, där kopior på en dator som uppstod när en slutanvändare besökte en webbsida uppfyllde kravet på tillfällighet i art. 5 Infosoc-direktivet; Olsson, 2018, s. 405.

⁹⁰ Direktiv 2001/29/EG, art. 5 p. 1.

⁹¹ Direktiv 2001/29/EG, skäl 33.

⁹² Direktiv 2001/29/EG, art. 5 p. 1.

⁹³ Pila och Torremans, 2016, s. 300. Jfr mål C-301/15, *Soulier och Doke*, p. 28.

⁹⁴ Mål C-5/08, *Infopaq International A/S*, p. 1, 13, 20 och 26. Uttalandena i detta mål utvecklades ett par år senare i mål C-302/10, *Infopaq International A/S II*, se Levin, 2018, s. 139. Se även Pila och Torremans, 2016, s. 304–309; Axhamn, 2010, s. 353, som menar att det inte i domen ges någon närmare vägledning rörande vad som krävs för att originalitet ska föreligga.

ska bedömas annorlunda än ett helt verk i frågan om ett mångfaldigande föreligger. Mångfaldiganden av en del av en text kan nämligen utgöra ett delvist mångfaldigande. Elva sammanhängande ord kan således vara skyddat av upphovsrätt förutsatt att dessa elva ord ger uttryck för upphovsmannens egen intellektuella skapelse. EU-domstolen menade följaktligen att ett utdrag av den sorten som var föremål i målet kan utgöra ett delvist mångfaldigande, som omfattas av rättighetshavarens ensamrätt, men att det krävs en bedömning i det enskilda fallet.⁹⁵

Vidare i målet prövade EU-domstolen om utdragen kunde omfattas av undantaget från ensamrätten mångfaldigande av verk.⁹⁶ EU-domstolen menade att för att rättighetshavaren ska garanteras ett rättssäkert förfarande kan bevarandet och raderandet av ett mångfaldigande inte vara beroende av ett skönsmässigt ingripande. Det går inte säkerställa att den ansvariga och berörda personen efter varje användning skulle radera mångfaldigandet.⁹⁷ I skälen till Infosoc-direktivet ges exempel på vilka typer av mångfaldiganden som avses omfattas av undantagen och exemplet består i mångfaldiganden som skapas och raderas per automatik utan att det krävs ett ingripande av en människa.⁹⁸ Utdraget som var föremål för prövning i detta mål skrevs ut på ett fysiskt papper, vilket kräver att pappret i fråga förstörs för att mångfaldigandet ska raderas och kan därmed inte sägas ske per automatik. Förutsättningarna för att tillämpa undantaget var således inte uppfyllda.⁹⁹

Bedömningen av ensamrätten mångfaldigande av verk har senare utvecklats genom de förenade målen *Premier League*. I denna fråga hade domstolen att ta ställning till om skapandet av flyktiga fragment, av skyddade verk, i en satellitdekoders minne och på en TV-skärm som följer på varandra, omedelbart raderas och sedan ersätts av följande fragment omfattas av den ensamrätt till mångfaldigande som är förbehållen rättighetshavaren. EU-domstolen menade att om de fragment som skapas innehåller element som, likt i *Infopaq*, ger uttryck för upphovsmannens egen intellektuella skapelse kan det röra sig om ett delvist mångfaldigande som då omfattas av rättighetshavarens ensamrätt.¹⁰⁰

⁹⁵ Mål C-5/08, *Infopaq International A/S*, p. 37–38 och 51. Se även Pila och Torremans, 2016, s. 302.

⁹⁶ Mål C-5/08, *Infopaq International A/S*, p. 52.

⁹⁷ Mål C-5/08, *Infopaq International A/S*, p. 62.

⁹⁸ Mål C-5/08, *Infopaq International A/S*, p. 63, som hänvisar till skäl 33 i Infosoc-direktivet.

⁹⁹ Mål C-5/08, *Infopaq International A/S*, p. 67–68 och 74.

¹⁰⁰ Förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League m.fl.*, p. 153, 156 och 159. Se även Pila och Torremans, 2016, s. 306–309.

De mångfaldiganden som gjorts i Premier League ansågs vara tillfälliga, flyktiga och utgöra en integrerad och väsentlig del i en teknisk process. Däremot kunde mångfaldigandena inte anses ha till syfte att möjliggöra en överföring i ett nät mellan tredje män via en mellanhand, varpå EU-domstolen utredde om det enda syftet varit att möjliggöra en laglig användning. De mångfaldiganden, som var aktuella i målet gjorde att satellitdekodern och TV-skärmen fungerade och därmed möjliggjorde mottagning av sändningar som innehåller skyddade verk. Det är inte olagligt att ta emot sådana sändningar och visa dem inom en privat krets, vilket medför att handlingen som sådan är laglig. EU-domstolen menade därför att syftet med mångfaldigandena kan sägas varit att möjliggöra laglig användning av verk. Därefter anförde EU-domstolen att mångfaldiganden som görs för en teknisk process som i sin tur möjliggör en tillgång till verk som är skyddade av upphovsrätt har en viss ekonomisk betydelse. De kan däremot inte anses ha en självständig ekonomisk betydelse eftersom mångfaldigandena utgör en oskiljaktig och osjälvständig del av en process. Ett tillämpande av undantaget skulle inte heller strida mot trestegsregeln varpå EU-domstolen ansåg att undantaget från ensamrätten till mångfaldiganden kunde tillämpas.¹⁰¹

3.1.3 Förkastande av lagstiftning som undantar samtycke

Vidare har EU-domstolen prövat huruvida ensamrätten mångfaldigande – men även ensamrätten överföring till allmänheten – kan utgöra ett hinder mot en nationell lagstiftning som överlåter åt en upphovsrättsorganisation att mångfaldiga och överföra *icke tillgängliga böcker*¹⁰² förutsatt att rättighetshavarna inte invänder mot användningen. EU-domstolen anförde i målet, *Soulier och Doke*, att de rättigheter som ges rättighetshavare är av förebyggande natur, vilket innebär att det för varje mångfaldigande som ska ske av en tredje man krävs ett på förhand erhållet tillstånd från rättighetshavaren.¹⁰³ Domstolen menade att detta innebär att alla användningar som inte föregåtts av ett samtycke från den berörda rättighetshavaren ska anses utgöra ett intrång i rättighetshavarens ensamrätt. Det framgår däremot inte av regleringen rörande ensamrätterna på vilket sätt som rättighetshavaren ska lämna det aktuella samtycket.¹⁰⁴

¹⁰¹ Förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League m.fl.*, p. 165, 167, 170–171, 173–178 och 181–182.

¹⁰² Mål C-301/15, *Soulier och Doke*, p. 14 och 17. Med icke tillgängliga böcker menas, enligt den franska immaterialrättslagen, böcker som publicerats i Frankrike före år 2001 och som inte längre sprids kommersiellt av förlag eller publiceras i tryckt eller digitalt format.

¹⁰³ Mål C-301/15, *Soulier och Doke*, p. 28 och 33. Rättigheternas förebyggande natur framgår även av bland annat mål C-5/08, *Infopaq International A/S*, p. 57 och 74 och förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League m.fl.*, p. 162, där liknande resonemang rörande ensamrätternas förebyggande natur förs.

¹⁰⁴ Se mål C-301/15, *Soulier och Doke*, p. 34–35.

EU-domstolen menade att samtycke kan ges såväl explicit som implicit. I målet fanns inte någon särskild mekanism som gjorde att rättighetshavare fick information om det tilltänkta användandet av deras verk och att rättighetshavarna på så sätt inte heller kunnat ta ställning till om de vill godta användandet. EU-domstolen menade därigenom att det faktum att en rättighetshavare inte invänder, inte kan anses utgöra ett uttryck för ett implicit samtycke till användningen. Det går inte heller presumera att rättighetshavare till icke tillgängliga böcker är positivt inställda till att deras verk återuppstår digitalt och utnyttjas kommersiellt. EU-domstolen påpekade även att det egentligen inte finns några hinder för att en nationell lagstiftning främjar digitalt utnyttjande av sådana verk som det var fråga om i detta mål, dock kan ett sådant främjande inte motivera att det uppställs andra undantag från rättighetshavarnas ensamrätt än de som unionsrätten redan har föreskrivit. EU-domstolen menade även att denna lagstiftning som innebar att rättighetshavaren endast kunde utöva sin rätt genom att uppfylla ett formellt villkor strider mot formkravsförbudet i Bernkonventionen. EU-domstolen utdömde följaktligen den nationella lagstiftningen.¹⁰⁵

3.1.4 Utvidgande och inskräpande tolkning

I merparten av de domar som presenterats ovan har de mångfaldiganden som skett bedömts vara otillåtna. Infopaq och Premier League innehåller likheter i form av att EU-domstolen i båda målen anförde att de aktuella mångfaldigandena kan vara skyddade av upphovsrätt om de ger uttryck för upphovsmannens egen intellektuella skapelse.¹⁰⁶ Detta måste ses som ett förtydligande av vad både ensamrätten mångfaldigande innebär men även ett förtydligande av vad upphovsrätten som sådan är tänkt att skydda. Eftersom upphovsrätten endast ska skydda skapelser som har en viss nivå av originalitet vore det oskäligt om förfoganderätten över delar av ett verk som ej uppfyller kravet på originalitet skulle vara förbehållen rättighetshavaren. En sådan bedömning och utvidgning av upphovsrätten skulle äventyra friheten för skapandet.

I Infopaq blev undantaget som uppställs i Infosoc-direktivet inte tillämpligt eftersom EU-domstolen ansåg att rättighetshavarnas skydd skulle riskeras om skönsrättsliga ingripanden

¹⁰⁵ Mål C-301/15, *Soulier och Doke*, p. 35, 37, 40, 43–45, och 50–52; Bernkonventionen, art. 5 p. 2. Se Sganga, 2017, s. 324, som bland annat menar att domstolen lämnat frågor obesvarade. Se även Sganga, 2018.

¹⁰⁶ Jfr mål C-476/17, *Pelham*, p. 26, 34–35 och 87. EU-domstolen har i detta nyligen avgjorda mål bland annat prövat om ett par sekunder av ett fonogram som använts i ett annat fonogram utgör en otillåtet mångfaldigande. EU-domstolen fann att ett tagande av ett avsnitt utgör ett konstnärligt uttryck som omfattas av friheten för konsten som regleras i art. 13 i stadgan förutsatt att det ingår i ändrad form och inte är igenkännbart vid lyssning. Den anförde vidare att rätten till immateriell egendom ska vägas mot andra grundläggande intressen som då i detta fall utgjordes av frihet för konsten.

skulle bedömas vara tillräckliga för att ett tillfälligt mångfaldigande skulle vara för handen. Denna bedömning talar även för en tolkning av undantaget som är till fördel för rättighetshavarna. Det verkar tillsynes som att kraven för att undantaget ska bli tillämpligt är högt ställda. I Premier League bedömdes undantaget emellertid vara uppfyllt, vilket inte nödvändigtvis bör tolkas som ett utfall som är till rättighetshavares nackdel utan snarare det motsatta. I domen förtydligade EU-domstolen i vilka situationer som undantaget för tillfälliga mångfaldiganden blir tillämpligt och klargjorde därigenom att det ställs tämligen höga krav för att så ska vara fallet.

Vidare i Soulier och Doke förtydligade EU-domstolen att förfoganden som inte föregåtts av ett godkännande från rättighetshavaren ska anses utgöra ett intrång, vilket är en utvidgning av ensamrätten eftersom det utgör en presumtion till rättighetshavarnas fördel. EU-domstolens uttalande att det inte fanns något tydligt tillvägagångssätt för hur rättighetshavare skulle kunna ge sitt godkännande utgör en liknande bedömning som i Infopaq eftersom domstolen återigen konstaterade att bristande tillvägagångssätt skulle riskera rättighetshavarnas skydd.

Sammanfattningsvis tyder utredningen ovan på att EU-domstolens tolkning av ensamrätten mångfaldigande av verk har varit förtydligande på ett sätt som gynnar rättighetshavare. Även i de mål där domsluten gått emot rättighetshavaren har domstolen ändå resonerat på ett sätt som preciserat ensamrättens skyddsomfång, bland annat i konstateranden av att det ställs höga krav för att undantaget ska bli tillämpligt, vilket kan anses vara till fördel för rättighetshavare.

3.2 Överföring till allmänheten

3.2.1 Innebörden av överföring till allmänheten

Ensamrätten överföring till allmänheten innebär en ensamrätt att tillåta eller förbjuda att verk överförs eller tillgängliggörs för allmänheten på trådlös eller trådbunden väg. Överföring inbegriper att verket i fråga görs tillgängligt för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till verket när och var de vill. Dessa rättigheter konsumeras inte genom någon form av överföring eller tillgängliggörande till allmänheten. Ensamrätten överföring till allmänheten bör förstås i vid mening och omfatta all överföring till en allmänhet som inte är närvarande vid den plats där överföringen härstammar från. Att möjliggöra en överföring genom att enbart tillhandahålla fysiska förutsättningar utgör inte en överföring.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Direktiv 2001/29/EG, art. 3, skäl 23 och 27.

Ensamrätten överföring till allmänheten tillkommer dem som omfattas av den egentliga upphovsrätten och ensamrätten tillgängliggörande för allmänheten tillkommer dem som omfattas av de närstående rättigheterna.¹⁰⁸ Ensamrätten består av två stycken kumulativa förutsättningar, *överföring* och *allmänheten*.¹⁰⁹ Begreppet överföring ska ges en vidsträckt tolkning och ska därigenom omfatta alla överföringar av upphovsrättsskyddade verk oavsett vilka tekniska processer eller medel som används.¹¹⁰ Begreppet allmänhet har i sin tur i rättspraxis uttalats innebära ett obestämt och ett *ganska stort antal*¹¹¹ potentiella tittare eller åhörare,¹¹² vilket kan ses som en viss inskräpande precisering av rättigheten.

3.2.2 Tillhandahållande av innehåll utanför den privata sfären

Det preciseras inte tydligt i EU:s rättsakter vad som ska anses utgöra en överföring till allmänheten.¹¹³ EU-domstolen har däremot vid ett flertal tillfällen prövat innebörden av ensamrätten. EU-domstolen avgjorde i ett mål, *SGAE*, frågan om en signal som via TV-apparater når ut till ett hotells gäster och installationen av TV-apparater i hotellrum utgör en överföring till allmänheten.¹¹⁴ EU-domstolen anförde i domen att begreppet överföring till allmänheten ska ges en vidsträckt tolkning och att det är viktigt att en sådan tolkning görs för att syftet att ge rättighetshavare en hög skyddsnivå ska uppnås. De menade vidare att en hög skyddsnivå medför att den ersättning som rättighetshavare erhåller vid utnyttjandet av deras verk är skälig, speciellt när deras verk överförs till allmänheten.¹¹⁵ EU-domstolen har i tidigare rättspraxis men även i detta mål konstaterat att med begreppet allmänhet avses ett obestämt antal TV-tittare.¹¹⁶

För att avgöra huruvida agerandet i detta mål kunde anses utgöra en överföring till allmänheten kunde inte bara rumsgästerna på hotellet tas i beaktande utan även övriga gäster som kan befinna sig på hotellet och på så sätt komma i kontakt med en TV-apparat. Det krävdes således

¹⁰⁸ Se direktiv 2001/29/EG, art. 3, där det går utläsa vilka som omfattas av denna ensamrätt däribland upphovsrättshavare och utövande konstnärer. Begreppet överföring innefattar tillgängliggörande.

¹⁰⁹ Mål C-466/12, *Svensson*, p. 16. Se även Levin, 2018, s. 154.

¹¹⁰ Förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League m.fl.*, p. 193.

¹¹¹ EU-domstolen uttalade i mål C-135/10, *SCF*, p. 86, att villkoret allmänheten är förenat med ett visst de minimis-krav och att alltför små eller obetydliga kretsar inte ska omfattas.

¹¹² Mål C-306/05, *SGAE*, p. 37–38; Mål C-607/11, *ITV Broadcasting*, p. 32.

¹¹³ Se exempelvis mål C-306/05, *SGAE*, p. 33.

¹¹⁴ Mål C-306/05, *SGAE*, p. 32. Se även mål C-136/09, *Organismos*, där EU-domstolen ansåg att en hotellägare medverkar till en överföring till allmänheten genom att installera TV-apparater i hotellrummen som ansluts till hotellets centralantenn; Levin, 2018, s. 155.

¹¹⁵ Mål C-306/05, *SGAE*, p. 36.

¹¹⁶ Se EU-domstolens uttalande i mål C-306/05, *SGAE*, p. 37, angående mål C-89/04, *Mediakabel*, p. 30. Jfr mål C-192/04, *Lagardère*, p. 31.

en helhetsbedömning.¹¹⁷ EU-domstolen ansåg att förfogandet utgjorde en överföring och anförde i frågan om hotellets gäster kunde utgöra en allmänhet att ett tillstånd från en rättighetshavare till en radiosändning omfattar bara direkta användare, det vill säga ägare av en radioapparat som i sin privata sfär tar emot denna radiosignal. Detta medförde att EU-domstolen bedömde att gästerna på hotellet utgjorde en ny del av allmänheten eftersom de inte utan hotellets tillhandahållande skulle kunnat få tillgång till innehållet.¹¹⁸ Den påpekade även att det räcker att hotellets gäster kunnat få tillgång till verket och därmed inte är relevant huruvida de utnyttjat denna möjlighet eller inte.¹¹⁹ EU-domstolen berörde även frågan om ett hotellrums privata beskaffenhet kunnat ändra denna bedömning men domstolen menade att ensamrätten överföring till allmänheten uppenbart skulle förlora sin betydelse om den inte omfattade privata platser.¹²⁰

I Premier League som ovan refererades prövades förutom ensamrätten mångfaldigande av verk även om en överföring av verk till kunder på en pub genom en TV-skärm med högtalare omfattas av ensamrätten överföring till allmänheten.¹²¹ EU-domstolen menade att en pubägare som avsiktligt överför utsända verk genom en TV-skärm och högtalare till besökarna på dennes pub genomför en överföring i ensamrätten överföring till allmänhetens mening. Detta medförde således att det första av de två kumulativa kriterierna bedömdes vara uppfyllt. Vidare hade EU-domstolen att bedöma om kunderna på puben kunde anses utgöra en publik som rättighetshavaren inte tagit i beaktande när denne godkänt den ursprungliga överföringen.¹²²

EU-domstolen anförde att då rättighetshavare ger tillstånd till att ett verk överförs via TV har de i åtanke att innehavare av TV-apparater tar del av verket i en privat sfär. I detta fall rörde det sig om en överföring som gått till en publik som med hjälp av TV-innehavarens tillstånd tagit del av verket. EU-domstolen menade att detta avsiktliga agerande från TV-innehavaren bör innebära att verket har överförts till en publik som rättighetshavaren inte beaktat då denne gav sitt medgivande till överföringen av verket. EU-domstolen konstaterade slutligen att överföringen gjorts med ett vinstsyfte från pubens sida eftersom sändningen av verket kunde

¹¹⁷ Mål C-306/05, *SGAE*, p. 38.

¹¹⁸ Mål C-306/05, *SGAE*, p. 40–42.

¹¹⁹ Mål C-306/05, *SGAE*, p. 43.

¹²⁰ Mål C-306/05, *SGAE*, p. 51 och 54.

¹²¹ Förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League m.fl.*, p. 183. Se även Pila och Torremans, 2016, s. 317–318.

¹²² Förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League m.fl.*, p. 196–197.

tänkas ha lockat kunder till puben. Denna överföring ansåg EU-domstolen således omfattades av rättighetshavarens ensamrätt och bedömdes därmed vara otillåten.¹²³

3.2.3 Länkning och införandet av kriteriet ny publik

EU-domstolen har även avgjort mål där utgången inneburit en mer inskräpande tolkning av ensamrätten överföring till allmänheten och dess tillämpningsområde. Vid ett flertal tillfällen har frågan huruvida länkning kan utgöra en överföring till allmänheten varit uppe för prövning och främst ett mål, *Svensson*, har kommit att bli kritiserat för dess införande av ett nytt kriterium. EU-domstolen prövade i målet om ett tillhandahållande av en klickbar länk till skyddade verk som är tillgängliga på en annan webbplats kan utgöra en överföring till allmänheten.¹²⁴ Vid bedömningen av om de två kumulativa förutsättningarna rörande överföring till allmänheten var uppfyllda anförde EU-domstolen att ett tillhandahållande av klickbara länkar till skyddade verk utgör en överföring.¹²⁵ Vidare utgjorde agerandet en överföring som nått ut till samtliga potentiella användare av webbplatsen där länkarna förekom. De användarna utgjorde ett obestämt och relativt stort antal mottagare, vilket ansågs utgöra en allmänhet.¹²⁶

EU-domstolen fortsatte dock sitt resonemang med att anföra att för att en överföring till allmänheten ska omfattas av ensamrätten som tillfaller rättighetshavare ska överföringen till allmänheten antingen ske via ny teknik eller till en ny publik. I detta fall rörde det sig om länkar till innehåll som redan fanns fritt tillgängligt på internet, vilket medförde att det rörde sig om samma teknik. I frågan om ny publik behövde det först klargöras vilken den ursprungliga publiken var. I detta mål var den ursprungliga publiken den berörda webbplatsens potentiella besökare. Det förelåg inga begränsningar på webbplatsen och därigenom hade samtliga användare på internet kunnat nå fri tillgång till innehållet, vilket medförde att samtliga internetanvändare utgjorde den ursprungliga publiken. Användarna av webbplatsen där länkarna tillhandahölls utgjorde således en del av den publik som rättighetshavaren hade i åtanke när denne gav tillstånd till den ursprungliga överföringen och ingen ny publik. Detta

¹²³ Förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League m.fl.*, p. 198–199, 205 och 207. Se även mål C-151/15, *Sociedade Portuguesa de Autores*, där EU-domstolen uttalade att uppspelning av musikaliska verk på ett café till cafébesökarna utgör en överföring till allmänheten; Mål C-351/12, *OSA*, p. 41, där EU-domstolen utdömt en nationell lagstiftning som medförde att rättighetshavare inte hade rätt att tillåta eller förbjuda att en kuranläggning genomför en överföring till patienternas rum på anläggningen.

¹²⁴ Mål C-466/12, *Svensson*, p. 14. Se även Pila och Torremans, 2016, s. 318.

¹²⁵ Mål C-466/12, *Svensson*, p. 20.

¹²⁶ Mål C-466/12, *Svensson*, p. 22.

domslut medför således att det inte krävs samtycke från rättighetshavaren för att länka till innehåll som finns fritt tillgängligt på en annan webbplats.¹²⁷ Bedömningen skulle emellertid blivit en annan om länken på webbplatsen möjliggjort för användare att kringgå begränsningar som finns på den webbplats där innehållet primärt tillhandahålls. I sådana situationer utgör inte användarna av webbplatsen med länkarna, en del av den publik som rättighetshavaren haft i åtanke när denne gav tillstånd till den ursprungliga överföringen.¹²⁸

Tekniskt sett kan länkning utföras på olika sätt, till exempel genom så kallade djuplänkar som i Svensson-målet eller genom att bädda in material. I *BestWater* prövades den senare modellen, det vill säga om länkning på en webbplats till ett fritt tillgängligt verk på en annan webbplats genom en inbäddad länk kan anses utgöra en överföring till allmänheten.¹²⁹ EU-domstolen använde sig i detta mål av det kriterium som den konstruerat i Svensson och menade att eftersom verket i fråga redan fanns fritt tillgängligt på internet och således fritt tillgängligt för alla internetanvändare utgjorde användarna av webbplatsen där länkarna förekom ingen ny publik. I denna situation handlade det om en video som bäddats in på hemsidan, vilket inte hade någon betydelse eftersom det inte har någon påverkan på utfallet om det rör sig om en inbäddad länk som kan ge sken av att videon visas från webbplatsen även om videon egentligen har sitt ursprung från en annan webbplats.¹³⁰ EU-domstolen kom därför, i och med detta mål, att likställa bedömningen mellan olika tekniska lösningar.

En särskild fråga som uppstår i digitala sammanhang är länkning till innehåll som förvisso är fritt tillgängligt men som har tillgängliggjorts utan tillstånd från rättighetshavaren. I *GS Media* fann domstolen att en sådan länkning inte ska anses utgöra en överföring till allmänheten om personen som tillhandahåller hyperlänken ifråga inte kände till eller rimligtvis kunnat känna till att verket publicerats på internet utan tillstånd från rättighetshavaren. Personen i fråga gör förvisso materialet allmänt tillgängligt för internetanvändare men agerar utan full insikt om vilka konsekvenser som kan följa av dennes handlande.¹³¹

¹²⁷ Mål C-466/12, *Svensson*, p. 24–27 och 30.

¹²⁸ Mål C-466/12, *Svensson*, p. 31.

¹²⁹ Mål C-348/13, *BestWater*, p. 20. Se även Thouvenin, 2015, s. 706, som menar att rättighetshavare genom detta domslut förlorar möjligheten att bestämma över onlineutnyttjandet av deras verk; Burden, 2015, s. 294–295, som menar att *BestWater* inte ska ses som en omprövning av begreppet ny publik utan EU-domstolen avgjorde målet utifrån sina tidigare domslut.

¹³⁰ Mål C-348/13, *BestWater*, p. 15–17.

¹³¹ Mål C-160/15, *GS Media*, p. 25 och 47–48. Se även Rosati, 2017, som bland annat menar att överföring till allmänheten har genomgått en utveckling.

Sådan länkning kan dock utgöra en överföring till allmänheten om den som tillgängliggör verket har kännedom om att överföringen skett utan rättighetshavarens godkännande, exempelvis genom att rättighetshavaren informerat om detta. Skulle tillgängliggörandet göras i vinstsyfte presumeras personen som tillhandahåller länken ha kännedom om den olagliga publiceringen eftersom de bör ha vidtagit tillräckliga åtgärder i syfte att försäkra sig om att materialet som denne länkar till har publicerats på internet med rättighetshavarens tillåtelse. Om denna presumtion inte kan motbevisas ska tillgängliggörandet anses utgöra en överföring till allmänheten.¹³²

Som en utveckling på det senare ansåg domstolen i *Stichting Brein* att försäljning av en multimediaspelare med programvara och tillägsprogram innehållande hyperlänkar som leder till strömningswebbplatser, som drivs av tredje män, där det visas upphovsrättsskyddat material som tillgängliggjorts utan rättighetshavarens samtycke utgör en överföring till allmänheten.¹³³ EU-domstolen anförde att agerandet utgjorde en överföring och att spelaren införskaffats av nog många personer för att kravet på allmänhet skulle kunna anses vara uppfyllt.¹³⁴ EU-domstolen diskuterade även frågan om tillhandahållandet av multimediaspelaren kunde anses utgöra ett tillhandahållande av fysiska förutsättningar för att möjliggöra eller genomföra en överföring, vilket enligt skälen till Infosoc-direktivet inte ska anses utgöra en överföring.¹³⁵ Installerandet av programmen på multimediaspelaren möjliggjorde ett skapande av en direkt förbindelse mellan webbplatserna och användaren av multimediaspelaren. Denna direkta förbindelse hade inte utan svårigheter kunnat uppstå utan detta tillvägagångssätt. Agerandet bedömdes således inte enbart utgöra ett tillhandahållande av fysiska förutsättningar.¹³⁶

I marknadsföringen av denna multimediaspelare framgick det att spelaren möjliggjorde kostnadsfri tillgång till material som fanns tillgängligt på internet utan rättighetshavarens samtycke varpå EU-domstolen menade att personen som saluförde denna multimediaspelare hade full kännedom om agerandet och därigenom även hade kännedom om att tillgången till det skyddade materialet skett utan tillstånd från rättighetshavaren. EU-domstolen konstaterade även att det stod klart att spelaren sålts med ett vinstsyfte.¹³⁷

¹³² Mål C-160/15, *GS Media*, p. 49 och 51. Se Hanuz, 2016, som bland annat belyser frågan hur vinstsyfte ska definieras.

¹³³ Mål C-527/15, *Stichting Brein*, p. 15–17 och 53.

¹³⁴ Mål C-527/15, *Stichting Brein*, p. 35 och 44–45.

¹³⁵ Mål C-527/15, *Stichting Brein*, p. 41; Direktiv 2001/29, skäl 27.

¹³⁶ Mål C-527/15, *Stichting Brein*, p. 41.

¹³⁷ Mål C-527/15, *Stichting Brein*, p. 18 och 50.

EU-domstolen diskuterade vidare om agerandet kunnat omfattas av undantagen som uppställs i Infosoc-direktivet men den kom fram till att undantagen inte blev tillämpliga. Den prövade om undantaget rörande mångfaldiganden skulle kunna vara tillämpligt med utgångspunkt i huruvida det enda syftet med mångfaldigandet varit att möjliggöra en laglig användning av skyddat material. Rättighetshavarna hade inte gett sitt tillstånd till denna användning, vilket medförde att användningen inte kunde anses vara laglig baserat på rättighetshavarens tillstånd. Därefter prövade EU-domstolen om användningen kunde anses laglig eftersom den inte varit otillåten enligt tillämplig lag, men menade att bland annat säljarens medvetenhet och uppsåt inte kunde resultera i en sådan bedömning. Därtill anfördes det att ett tillämpande av undantaget i princip kunde anses strida mot trestegsregelns kriterier.¹³⁸ Försäljningen av denna multimediaspelare skulle även kunna leda till en minskad volym lagliga transaktioner av det skyddade innehållet, vilket skulle åsamka rättighetshavarna skada på ett oskäligt sätt.¹³⁹

3.2.4 Utvidgning av de närstående rättigheterna för TV-företag samt sändning till distributörer

EU-domstolen prövade i ett mål, *C More*, om ensamrätten överföring till allmänheten som tillkommer radio- och TV-företag, såsom närstående rättighet som föreskrivs i 3.2. Infosoc-direktivet, även genom nationell lagstiftning kan omfatta direktsända idrottsevenemang på internet.¹⁴⁰ EU-domstolen anförde att målet med harmoniseringen av upphovsrätten och de närstående rättigheterna är att den endast ska göras i den utsträckning som krävs för att den inre marknaden ska vara välfungerande.¹⁴¹ EU-domstolen menade vidare att det i direktiv 2006/115 framgår att medlemsstaterna bör ha rätt att föreskriva ett mer långtgående skydd för innehavare av närstående rättigheter i fråga om radio- och TV-utsändning och överföring till allmänheten.¹⁴² EU-domstolen menade att det således bör vara tillåtet för medlemsstater att tillskriva ett mer omfattande skydd såtillvida det inte påverkar skyddet för upphovsrätten.¹⁴³

EU-domstolen konstaterade i *SBS Belgium* att ett TV-företag inte genomför en överföring till allmänheten när de endast sänder programbärande signaler till distributörer utan att dessa signaler under sändningen och på grund av sändningen görs tillgängliga för allmänheten, varpå distributörerna i senare led sänder vidare signalerna till sina abonnenter så att dessa får tillgång

¹³⁸ Mål C-527/15, *Stichting Brein*, p. 60 och 64–66 och 69–70.

¹³⁹ Mål C-527/15, *Stichting Brein*, p. 70. EU-domstolen hänvisar till generaladvokatens uttalanden.

¹⁴⁰ Mål C-279/13, *C More Entertainment*, p. 22.

¹⁴¹ Mål C-279/13, *C More Entertainment*, p. 29.

¹⁴² Mål C-279/13, *C More Entertainment*, p. 33.

¹⁴³ Mål C-279/13, *C More Entertainment*, p. 36–37.

till programmen. EU-domstolen menade att TV-företaget genomför en överföring till ett bestämt antal individuella distributörer och att potentiella tittare inte får tillgång till dem. Det är genom distributörernas medverkan som abonnenterna kan titta på programmen och det är de abonnenterna som utgör en ny publik. För att agerandet ska falla utanför rättighetshavarens ensamrätt förutsätts dock att distributörernas ställning är självständig och att deras medverkan inte kan anses utgöra ett rent tekniskt medel. Om den utgör ett tekniskt medel och inte agerar självständigt skulle agerandet från TV-företaget utgöra en överföring till allmänheten.¹⁴⁴

3.2.5 Ingripande från lagstiftaren

I e-handelsdirektivet stadgades det att tjänsteleverantörer av informationssamhällets tjänster inte skulle hållas ansvariga för den information som användare laddar upp i tjänsterna. De skulle inte heller ha någon allmän skyldighet att kontrollera det innehåll som laddades upp i deras tjänster.¹⁴⁵ Vid införandet av Infosoc-direktivet stadgades en bestämmelse som medför att rättighetshavare har rätt att begära förelägganden gentemot så kallade mellanhänder som används av tredje män för att begå upphovsrättsintrång. Det anfördes emellertid att denna bestämmelse inte skulle påverka bestämmelserna om ansvar i e-handelsdirektivet.¹⁴⁶ EU-domstolen har uttalat att både e-handelsdirektivet och Infosoc-direktivet – bland annat – utgör hinder mot att internetleverantörer och värdtjänsteleverantörer föreläggs att införa ett filter för uppladdning av material som exempelvis kan innehålla musikaliska verk.¹⁴⁷ Vidare har EU-domstolen prövat tillämpningsområdet av regleringen i Infosoc-direktivet och anført att internetleverantörer utgör en mellanhand i enlighet med bestämmelsen i de fall då de ger sina användare tillgång till skyddat innehåll som tredje man har tillgängliggjort på webbplatsen.¹⁴⁸

Under år 2019 antog EU det så kallade DSM-direktivet där det bland annat införs nya regler som stadgar att onlineleverantörer av delningstjänster blir ansvariga för innehåll som användare laddar upp i deras tjänster. Leverantörerna av delningstjänsterna måste erhålla tillstånd från rättighetshavarna i form av licensavtal eller liknande för att få genomföra uppladdningarna eftersom uppladdningarna utgör en överföring eller ett tillgängliggörande för allmänheten. Om

¹⁴⁴ Mål C-325/14, *SBS Belgium*, p. 22, 28–29 och 32–34.

¹⁴⁵ Direktiv 2000/31/EG, art. 12 och 15.

¹⁴⁶ Direktiv 2001/29/EG, art. 8 p. 3 och skäl 16.

¹⁴⁷ Mål C-70/10, *Scarlet Extended*, p. 55; Mål C-360/10, *SABAM*, p. 53.

¹⁴⁸ Mål C-314/12, *Telekabel*, p. 32 och 40.

leverantörerna inte har erforderligt tillstånd är det de som är ansvariga för den otillåtna överföringen av det upphovsrättskyddade verket.¹⁴⁹

Onlinetjänster där användare kan ladda upp upphovsrättskyddat material är viktiga källor när det gäller onlinetillgång till innehåll. Onlinetjänsterna breddar å ena sidan tillgången till verk, gör det lättillgängligt och möjliggör mångfald men skapar å andra sidan utmaningar då upphovsrättskyddat innehåll laddas upp utan att rättighetshavarna har gett sitt samtycke därtill. Av skälen till direktivet framgår det att det är oklart om tjänsteleverantörernas ageranden kan anses utgöra handlingar som regleras av upphovsrätten och som därigenom kräver tillstånd från rättighetshavare för det innehåll som laddas upp, utan att det ska ha en inverkan på hur befintliga undantag och inskränkningar tillämpas. Detta medför oklarheter i hur rättighetshavare ska bedöma användningen av deras verk samt deras möjligheter att få ersättning för utnyttjandet av deras verk. Denna nya reglering har således till syfte att underlätta för rättighetshavare.¹⁵⁰ DSM-direktivet har vållat stor debatt och motståndet mot regleringen har varit omfattande. Bland annat har den ansetts begränsa det fria internet och innebära censur av det innehåll som användare vill ladda upp. Kritiken har emellertid bemötts av andra som menar att skillnaden inte kommer bli särskilt stor för andra än tjänsteleverantörer.¹⁵¹

3.2.6 Utvidgande och inskräpande tolkning

EU-domstolen har i och med antalet mål som rör överföring till allmänheten haft möjlighet att påverka innebörden av ensamrätten, vilket den även gjort. I SGAE och Premier League gör EU-domstolen en tolkning av ensamrätten som talar för att rättighetshavarna har en stark ställning i fråga om denna ensamrätt. EU-domstolens anförande i SGAE att det inte bara är de hotellgäster som faktiskt bor på hotellet som ska tas in i bedömningen utan även alla gäster som är på besök på hotellet kan ses som att den verkligen försökt värna om rättighetshavarens intressen. Samma uppfattning uppstår återigen med anledning av EU-domstolens uttalanden i både SGAE och Premier League då den uttryckte att ett tillstånd från en rättighetshavare till att

¹⁴⁹ Direktiv (EU) 2019/790, art. 17 och skäl 61.

¹⁵⁰ Direktiv (EU) 2019/790, art. 17 och skäl 61.

¹⁵¹ Se Molinder, 2019, [internetstiftelsen.se/nyheter/hur-orolig-bor-du-vara-over-framtidens-internet/], 22.11.2019, där professor Sanna Wolk menar att den nya regleringen kan ha positiva effekter för internetanvändare. Hon jämför denna situation med musiknedladdningstjänsten Napster som mötte samma kritik då den skulle läggas ner men istället ledde det till att andra tjänster, där rättighetshavare fick betalt, uppstod; López, 2019, [europaportalen.se/2019/03/splittring-nar-eu-parlamentet-godkanner-digital-upphovsratt], 22.11.2019. Se även Szkalej, 2019, [copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/10/29/the-new-copyright-directive-article-17-and-copyright-limitations-picking-two-cherries-and-leaving-the-rest-to-spoil-part-i/], 27.11.2019; Quintais, 2019, som gör en kritisk översyn av DSM-direktivet.

genomföra en sändning omfattar de som är direkta användare och i en privat sfär och att hotellgäster och pubgäster därigenom inte omfattas av rättighetshavarens tillstånd.

Däremot intar EU-domstolen en annan ståndpunkt i målen som rör länkning. Den konstruerar ett nytt kriterium som erhållit mycket kritik, men som trots det blivit en vedertagen bedömningsmodell i senare mål. Kritiker menar att det inte finns något stöd för detta kriterium i Bernkonventionen utan att det istället framgår klart och tydligt i artikel 11bis att det ska röra sig om en annan organisation än den ursprungliga för att en överföring ska anses ha skett. Det kan således enligt Bernkonventionen vara till samma publik. Kriteriet ny publik anses även strida mot fler artiklar i Bernkonventionen och även artiklar i Infosoc-direktivet, Wienkonventionen, WIPO:s fördrag samt tidigare rättspraxis.¹⁵²

Kritiker menar vidare att kriteriet utgör en inskränkning av rättighetshavarens ensamrätt och inte heller kan anses uppfylla de krav som behöver föreligga för att ett undantag från upphovsrättens ensamrätt ska kunna göras. Dessa krav är, som i tidigare avsnitt kallats trestegsregeln, att undantag endast får tillämpas i vissa särskilda fall, som inte strider mot det normala utnyttjandet av verket och inte heller inkräktar på de legitima intressen som en rättighetshavare har. Det faktum att EU-domstolen har begränsat denna inskränkning till att endast gälla om eventuella spärrar eller dylikt kringgått strider även mot Bernkonventionen. Närmare bestämt förbudet mot att skydd först uppkommer efter att rättighetshavaren vidtagit vissa åtgärder, således någon form av formalia. Rättighetshavare måste i och med EU-domstolens domar placera sina verk bakom vissa spärrar för att kunna erhålla fullgott skydd mot obehöriga överföringar.¹⁵³

Det har anförts från annat håll att EU-domstolen genom skapandet av begreppet ny publik skapat en parameter för att hantera den vidsträckt konstruktion som upphovsrätten utgör. Dock är gränserna för begreppet oklara och EU-domstolen behöver tydligare definiera vad begreppet innebär främst för att undvika olika tolkningar mellan de nationella domstolarna.¹⁵⁴ Oavsett hur kritiken ser ut kan det sägas att EU-domstolens ståndpunkt rörande länkning tillsynes verkar vara relativt liberal och därigenom användarvänlig. Det kanske kan följa av att länkning förekommer på internet, vilket torde vara ett mer diffust forum. Det kan onekligen konstateras

¹⁵² Rosén och Granmar, 2015, s. 361–362; Rosén, 2016, s. 347.

¹⁵³ Se Rosén och Granmar, 2015, s. 363.

¹⁵⁴ Wolk, 2016, s. 134–135.

att rättighetshavare genom att godkänna en överföring av deras verk till internet drabbas av en slags konsumtion av sin rätt i och med att EU-domstolen anser att för fritt tillgängligt material på internet utgörs allmänheten av alla potentiella internetanvändare.

I senare rättspraxis, möjligen som en reaktion på länkningsmålen, anförde emellertid EU-domstolen i *C More* att det är tillåtet för medlemsstater att ge innehavare av närstående rättigheter ett utvidgat skydd såtillvida det inte påverkar upphovsrätten. Detta är en generös tolkning till fördel för innehavare av närstående rättigheter. Uttalandet om att det inte får påverka upphovsrätten talar för att upphovsrätten prioriteras före de närstående rättigheterna och att innehavare av den egentliga upphovsrätten prioriteras först, vilket kan tänkas bekräfta strukturen inom upphovsrätten. Vidare befäste EU-domstolen i *SBS Belgium* tillämpningsområdet för ensamrätten överföring till allmänheten då den konstaterade att det skulle röra sig om en överföring till allmänheten om distributören endast agerat som en mellanhand. Bedömningen överensstämmer med den tidigare tillämpningen eftersom om distributören endast skulle utgöra ett tekniskt medel skulle företaget genomföra en överföring som översändes direkt till en ny allmänhet.

I *GS Media* intog EU-domstolen återigen en mer användarvänlig ståndpunkt i och med att den fritar användare som länkar till skyddat material och är ovetandes om den bristande tillåtenheten i agerandet från ansvar. Istället för att den skyddar rättighetshavare från att illegala uppladdningar av deras verk får spridning uttalar EU-domstolen istället ett skydd för användare så länge de agerar utom vinstsyfte. Samtidigt i detta mål inför de en presumtion om att användare med ett vinstsyfte är medvetna om agerandet, vilket kan tänkas vara till rättighetshavarnas fördel. I *Soulier och Doke* som refererades i samband med genomgången av mångfaldiganden av verk återgick EU-domstolen till att vara strikt i sin tolkning av ensamrätten och bedömde att den aktuella nationella lagstiftningen skulle underkännas eftersom den begränsades inte bara av ensamrätten mångfaldigande av verk utan även överföring till allmänheten.¹⁵⁵

Vad gäller överföring till allmänheten och att endast tillhandahållande av fysiska förutsättning inte utgör överföring till allmänheten har EU-domstolen genom *Stichting Brein* skärpt detta påstående till rättighetshavarnas förmån. De uttalar att agerandet från säljaren av

¹⁵⁵ Mål C-301/15, *Soulier och Doke*, p. 52.

multimediaspelaren inte endast kan anses utgöra ett tillhandahållande av fysiska förutsättningar eftersom den möjliggjorde ett upprättande av en direktkoppling. Detta kan tolkas som en bedömning som utvidgar ensamrätten eftersom den gör innebörden av tillhandahållande av fysiska förutsättningar mer restriktiv. Rättighetshavarnas ensamrätt har utvidgats ytterligare genom den nya reform som EU:s lagstiftare genomfört i och med DSM-direktivet eftersom regeln överför en del av ansvaret för otillåtet uppladdat material på tjänsteleverantörer. Detta kan tänkas skydda rättighetshavare som inte har samma möjlighet som tjänsteleverantörerna att kontrollera var, hur och när deras verk används utan deras tillstånd.

EU-domstolens tolkning av ensamrätten överföring till allmänheten har tillsynes inte varit lika likriktad som tolkningen av ensamrätten mångfaldigande av verk. EU-domstolen har gjort utvidgande tolkningar av ensamrätten – särskilt i fråga om analoga förfoganden, se Premier League och SGAE – som varit till förmån för rättighetshavare men vad däremot digitala förfoganden anbelangar har domstolen varit relativt användarvänlig i sina bedömningar. Det är eventuellt enklare att utvidga ensamrätten i den analoga världen än i den digitala, om än det är inkonsekvent. Det kan delvis tänkas bero på att internet är ett svårreglerat forum som medför andra frågeställningar än andra typer av forum och även det faktum att internet torde vara det forum som skyddade verk tillhandahålls på som mest till användare genom streaming och dylikt kan medföra att det är svårt att inskränka tillgången. Det torde uppstå en intressekonflikt för EU-domstolen mellan intresset för de typiska slutanvändarna att åtnjuta ett fritt internet och rättighetshavarnas ensamrätt. Att EU-domstolen uttalar att innehåll som görs fritt tillgängligt på internet har alla potentiella internetanvändare som allmänhet kan kritiseras då det är väldigt ingripande mot rättighetshavares möjligheter att styra över användandet av deras verk. Samtidigt uppstår motfrågan hur det skulle gå att genomföra begränsningar på hur innehåll som är fritt tillgängligt får delas och länkas eftersom det skulle kräva någon form av länknings spärr eller dylikt.

3.3 Spridning av verk

3.3.1 Innebörden av spridningsrätten

Upphovsrättshavare har en ensamrätt att tillåta eller förbjuda all slags spridning av deras verk till allmänheten genom försäljning eller annat. Detta gäller originalverket såväl som kopior av verket. Denna spridningsrätt konsumeras inte inom EU förutom i de fall då den första försäljningen eller första gången som någon annan form av överföring av äganderätten sker,

görs av upphovsrättshavaren eller med upphovsrättshavarens samtycke.¹⁵⁶ Reglerna om konsumtion rör exemplar av verk och innebär att om det sker en lovlig exemplarförsäljning av ett verk kan upphovsrättshavaren inte längre styra över exemplarets användning. Den som lagligen köpt verket kan istället sälja det vidare eller exempelvis låna ut det om denne vill. Förvärvaren av exemplaret får däremot inte mångfaldiga verket.¹⁵⁷ Huruvida spridningsrätten och konsumtionsreglerna omfattar digitala verk eller inte har länge varit oklart. Det framgår av Infosoc-direktivets skäl att spridningsrätten blir tillämplig då verk förekommer i en fysisk vara, vilket kan tolkas som att digitala verk således faller utanför ensamrättens tillämpningsområde.¹⁵⁸ EU-domstolen har dock kommit att avgöra två mål som har fått betydelse för hur spridningsrätten ska tolkas i förhållande till digitala verk och hur konsumtionsreglerna äger tillämpning på digitala verk. Båda dessa mål kommer det redogöras för under kommande avsnitt.

3.3.2 Tillämpningen på digitala verk och digital konsumtion

EU-domstolen avgjorde under år 2015 ett mål, *Art & Allposters*, beträffande spridningsrätten och konsumtion av spridningsrätten där omständigheterna i målet rörde fysiska varor men målet har trots det ansetts få betydelse för spridningsrättens tillämplighet på digitala verk. I sina ställningstaganden knyter EU-domstolen spridningsrätten och konsumtionsprincipen till fysiska varor, vilket ansetts innebära att det inte finns något utrymme i Infosoc-direktivet för spridningsrätt avseende digitala verk.¹⁵⁹ Målet rörde frågan huruvida spridningsrätten konsumeras om en reproduktion av ett verk som sålts inom EU med upphovsrättshavarens godkännande har förändrats på så sätt att verket överförs från en poster i papper till en duk och därefter i sin nya form placerats på marknaden.¹⁶⁰ EU-domstolen menade att i och med denna process skapas ett nytt föremål som innehåller ett skyddat verk och att detta kan utgöra ett mångfaldigande av ett verk. Således skulle konsumtion av spridningsrätten endast uppstå i det fall som upphovsrättshavaren godkänt den första försäljningen av det nya föremålet.¹⁶¹

I målet uttalade EU-domstolen flertalet gånger att spridningsrätten och konsumtion av spridningsrätten omfattar fysiska föremål, vilket lett till att denna dom ansetts befästa

¹⁵⁶ Direktiv 2001/29/EG, art. 4.

¹⁵⁷ Levin, 2018, s. 143.

¹⁵⁸ Se direktiv 2001/29/EG, art. 4 och skäl 28.

¹⁵⁹ Se Savič, 2015, s. 389.

¹⁶⁰ Mål C-419/13, *Art & Allposters*, p. 23.

¹⁶¹ Mål C-419/13, *Art & Allposters*, p. 43 och 46.

tillämpningsområdet.¹⁶² I detta sammanhang kan det vara värt att notera att för datorprogram som omfattas av datorprogramdirektivet¹⁶³ gäller konsumtion av spridningsrätten.¹⁶⁴ Datorprogramdirektivet tycks emellertid ha ett snävt tillämpningsområde och gäller till exempel inte för de dator- och TV-spel som kan betraktas som multimediaskapelser.¹⁶⁵

Fastän *Art & Allposters* ansetts behandla spridningsrättens tillämpning på digitala verk har det inte förrän nyligen tydligt befasts av EU-domstolen hur spridning av digitala verk ska hanteras. I slutet av år 2019 avgjorde EU-domstolen ett mål, *Tom Kabinet*, som behandlade frågan huruvida spridningsrätten och konsumtionsreglerna i artikel 4 Infosoc-direktivet omfattar digitala verk.¹⁶⁶ Part i målet var ett företag som bedrev en webbsida som sålde vidare begagnade e-böcker. De medlemmar – som på webbsidan skänkte e-böcker – var tvungna att intyga att de inte behållit någon kopia av e-boken varefter företaget placerade en digital vattenstämpel på e-boken i syfte att markera att kopian var lagligt förvärvad.¹⁶⁷ EU-domstolen menade i sitt avgörande att det endast är spridning av fysiska exemplar som omfattas av spridningsrätten såsom den framställs i Infosoc-direktivet och att elektronisk spridning av skyddat material istället omfattas av ensamrätten överföring till allmänheten som inte kan blir föremål för konsumtion.¹⁶⁸ Domstolen ansåg att det framgår av WIPO-fördraget om upphovsrätt – som legat till grund för Infosoc-direktivet – att spridningsrätten endast omfattar fysiska objekt, vilket medför att spridning av immateriella verk som e-böcker inte omfattas av reglerna.¹⁶⁹

EU-domstolen jämförde situationen med rättsläget rörande datorprogram men menade att det inte finns någon anledning att tillämpa samma regler på e-böcker eftersom de inte utgör samma sak. Domstolen anförde att försäljning av ett datorprogram på ett fysiskt medium och på

¹⁶² Se mål C-419/13, *Art & Allposters*, p. 33, 35–37 och 40.

¹⁶³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram (kodifierad version), OJ L 111, 5.5.2009, p. 16–22.

¹⁶⁴ Mål C-128/11, *UsedSoft GmbH*, p. 72. Se Pila och Torremans, 2016, s. 322; Levin, 2018, s. 143, som menar att UsedSoft-målet medförde viss osäkerhet rörande räckvidden av konsumtionen men att Allposters-målet senare förtydligade detta.

¹⁶⁵ Mål C-355/12, *Nintendo*, p. 23, där EU-domstolen konstaterat att TV-spel omfattas av Infosoc-direktivets tillämpningsområde eftersom de utöver programkoden även har ett kreativt värde och således inte kan anses utgöra ett datorprogram som omfattas av datorprogramdirektivet. Se Reis, 2015, s. 188, som framför att i USA har deras motsvarighet till konsumtion av spridningsrätt, den så kallade *first sale doctrine*, inte ansetts vara tillämplig på digitala verk – med undantag för datorprogram – och det finns därmed inga lagliga sätt för användare att överlåta digitala verk till andra. Se även *Vernor v. Autodesk, Inc.*, för datorprogram i USA.

¹⁶⁶ Mål C-263/18, *Tom Kabinet*, p. 29.

¹⁶⁷ Mål C-263/18, *Tom Kabinet*, p. 24. Se även Rosati, 2019, s. 10–11, som berör både mål C-419/13, *Art & Allposters* och mål C-263/18, *Tom Kabinet*.

¹⁶⁸ Mål C-263/18, *Tom Kabinet*, p. 40 och 45. Se O’Neill, 2019, [worldipreview.com/news/sale-of-second-hand-e-books-infringes-copyright-rules-cjeu-19049], 21.12.2019.

¹⁶⁹ Mål C-263/18, *Tom Kabinet*, p. 39–40; WIPO-fördraget om upphovsrätt, art. 6 och 7.

elektronisk väg är jämförbara medan en bok i fysisk form inte kan ses som likvärdig med en e-bok – varken ekonomiskt eller funktionellt – eftersom en begagnad version av en digital bok är helt likvärdig med en ny digital bok.¹⁷⁰ Domstolen menade att Tom Kabinets tillhandahållande av e-böcker istället för att omfattas av spridningsrätten skulle anses omfattas av ensamrätten överföring till allmänheten.¹⁷¹

3.3.3 Utvidgande och inskräpande tolkning

Spridningsrätten är den ensamrätt som senast varit uppe för prövning i EU-domstolen. Utvecklingen har sedan *Art & Allposters* viktat åt rättighetshavarnas fördel genom att det konstaterats att rättighetshavares rätt inte bör konsumeras och denna rätt befästes i och med avgörandet *Tom Kabinet*. Det har under en tid varit oklart hur spridningsrätten ska tillämpas på digitala verk och det står nu klart att den inte äger tillämpning på digitala verk. Istället kan tillämpningsområdet för ensamrätten överföring till allmänheten sägas utvidgas i fråga om digitala verk. Det faktum att spridningsrätten inte äger tillämpning på spridning av digitala verk talar för att det föreligger en icke enhetlig hantering av analoga och digitala verk. Däremot med tanke på utformningen av internationella upphovsrättsliga dokument verkar det emellertid varit avsiktligt att inte likställa de olika formerna av verk. Dock, är WIPO-fördraget av relativt hög ålder och det skulle kunna tänkas att bedömningen sett annorlunda ut om den gjorts idag.

Utfallet i *Tom Kabinet* och innebörden för ensamrätten spridning av verk torde kunna grunda ett argument om att upphovsrättens ensamrätt behöver reformeras så de omfattar alla verk oavsett om de förekommer i fysisk eller digital form. En enhetlig upphovsrätt kan tänkas vara önskvärd och mer effektiv i och med dagens digitalisering då digitala verk torde ta en större plats på marknaden än vad de tidigare gjort. Det torde också kunna uppstå följdfrågeställningar om samma verk ska behandlas olika om det förekommer i digital eller fysisk form eftersom det således premierar det ena formatet före det andra. Detta medför att rättighetshavare erhåller ett starkare skydd för sina verk i vissa format, vilket kan framstå som inkonsekvent.

¹⁷⁰ Mål C-263/18, *Tom Kabinet*, p. 57–59. Domstolen hänvisar även till mål C-355/12, *Nintendo*, och konstaterar att en e-bok skulle kunna utgöra ett komplex skapelse som innefattar ett skyddat verk och ett datorprogram men att datorprogrammet skulle vara av underordnad karaktär och att en e-bok i huvudsak är skyddad som en följd av sitt innehåll och således är e-bokens huvudsakliga beståndsdel.

¹⁷¹ Mål C-263/18, *Tom Kabinet*, p. 72. Domstolen följde till stor del generaladvokat Szpunars förslag till avgörande, se Szpunar, i mål C-263/18, *Tom Kabinet*, p. 91, 92 och 99, där han menade att online nedladdning av e-böcker inte omfattas av spridningsrätten och att om konsumtion av spridningsrätten skulle bli tillämplig i det aktuella målet skulle det uppstå risker för rättighetshavarna. Se även Sganga, 2019, [copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/10/01/digital-exhaustion-may-be-needed-but-has-no-room-under-the-infosoc-directive-says-ag-szpunar-in-tom-kabinet/], 30.10.2019.

4 Betydelsen av territorialitet

4.1 Territorialitetsprincipen

Territorialitetsprincipen går utläsa ur Bernkonventionen där det framgår att upphovsrätten i varje medlemsstat styrs av respektive stats reglering.¹⁷² Däremot är upphovsrätten, som tidigare nämnts, till stor del harmoniserad inom EU, vilket medför att regleringarna medlemsstaterna emellan ofta är likalydande.¹⁷³ Dock, eftersom det är respektive stats upphovsrätt som styr den upphovsrättsliga hanteringen erhåller rättighetshavare inte en världsomfattande rättighet utan istället ett flertal nationella rättigheter. Om någon vill använda material som är skyddat av upphovsrätt i en viss stat måste denne erhålla tillstånd från rättighetshavaren att använda materialet i just den staten. Vill personen ifråga använda materialet gränsöverskridande i flera stater behöver denne tillstånd från rättighetshavaren att använda materialet i alla stater som berörs av den gränsöverskridande användningen.¹⁷⁴ Principen innebär också att den som vill stämma någon för intrång som begåtts i flera länder, till exempel i olika medlemsstater, måste stämma i varje stat där skyddet görs gällande.¹⁷⁵ Territorialitetsprincipen har av EU-domstolen ansetts erkänd inom den internationella rätten och även tillåten enligt FEU.¹⁷⁶

4.2 Likabehandling av rättighetshavare

En av EU:s grundpelare är förbud mot all diskriminering på grund av nationalitet och detta diskrimineringsförbud gäller även inom upphovsrätten.¹⁷⁷ I målet *Land Hessen* prövade EU-domstolen ett mål om skyddstider och diskrimineringsförbud där en italiensk opera framförts i Tyskland utan tillstånd från upphovsrättshavaren. Vid tidpunkten för framförandet varierade skyddstiden i Italien och Tyskland; den italienska skyddstiden för verket hade löpt ut och därför menade den tyska parten att upphovsrätten upphört. Den italienska motparten menade istället att den tyska lagreglerade skyddstiden var tillämplig på verket och att verket således fortfarande

¹⁷² Bernkonventionen, art. 5; Levin, 2018, s. 72.

¹⁷³ Upphovsrätten harmoniserades till stor del i och med direktiv 2001/29/EG, se exempelvis skäl 6.

¹⁷⁴ Dreier, 2017, s. 8.

¹⁷⁵ Se förordning (EG) nr 864/2007, art. 8 p. 1; Hellner, 2014, s. 30; Mål C-170/12, *Pinckney*.

¹⁷⁶ Mål C-192/04, *Lagardère*, p. 46.

¹⁷⁷ Se FEUF, art. 18. Förenade målen C-92/92 och C-326/92, *Phil Collins m.fl.*, p. 27–28, 33 och 35. Tidigare återfanns förbudet mot diskriminering i art. 7 men det har ändrats och idag återfinns förbudet i art. 18. Efter EU-domstolens dom i *Phil Collins*-målet har detta förbud mot diskriminering fått ett avsevärt inflytande inom EU:s immaterialrätt. I målet konstaterade EU-domstolen att förbudet mot diskriminering omfattar upphovsrättens område och därmed utgör ett hinder för att medlemsstater stiftar lagar som behandlar inhemska och utländska rättighetshavare olika. EU-domstolen uttalade även att detta förbud mot diskriminering kan åberopas direkt inför en nationell domstol. Angående målets betydelse för EU:s immaterialrätt, se Olsson, 2018, s. 39.

var upphovsrättsligt skyddat. EU-domstolen ansåg att den tyska lagregeln – som medförde att inhemska upphovsrättshavare gavs en längre skyddstid än utländska upphovsrättshavare – utgjorde direkt diskriminering på grund av nationalitet. Varje medlemsstat inom EU måste närmare bestämt säkerställa att rättighetshavare i andra medlemsstater ges samma skydd som inhemska rättighetshavare i sådana situationer som regleras av unionsrätten.¹⁷⁸ Detta mål rörde inte digitala verk men med anledning av dess betydelse för diskrimineringsförbudet inom upphovsrätten torde det likväl vara relevant för bedömningen av digitala verk.

4.3 Territoriella begränsningar i licensavtal

I Premier League behandlades – utöver ensamrätten till mångfaldigande av verk och överföring till allmänheten – förhållandet mellan upphovsrätt, exklusiva licensavtal och konkurrensbegränsningar på EU:s inre marknad, vilket fått betydelse för den upphovsrättsliga territorialiteten.¹⁷⁹ EU-domstolen anförde att exklusiva licensavtal mellan en rättighetshavare och ett programföretag inte får innehålla klausuler som innebär en skyldighet för programföretag att inte tillhandahålla avkodningsutrustning som möjliggör tillgång till skyddat innehåll för användning utanför det geografiska område som är angivet i licensavtalet.¹⁸⁰ Avtal som syftar till att vid nationsgränserna skärma av nationella marknader eller som försvårar integrationen av nationella marknader ska i princip anses utgöra avtal med konkurrensbegränsande syfte enligt fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).¹⁸¹ Om sådana avtal skulle tillåtas menade domstolen att programföretag skulle kunna erhålla en absolut territoriell ensamrätt i det område som angivits i licensavtalet och på så sätt eliminera all konkurrens mellan olika programföretag rörande just den typ av tjänst som var föremål för prövning i målet.¹⁸² EU-domstolen ansåg således att denna typ av klausul utgör en konkurrensbegränsning som är förbjuden enligt FEUF.¹⁸³

4.4 Gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online

Den tekniska utveckling som skett har lett till att konsumenter har tillgång till innehållstjänster online genom bärbara apparater såsom datorer, surfplattor och telefoner. Då den inre marknaden

¹⁷⁸ Mål C-360/00, *Land Hessen*, p. 13–16, 23–26 och 31–32.

¹⁷⁹ Se Otken Eriksson m.fl., 2012, s. 417.

¹⁸⁰ Förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League m.fl.*, p. 146. Se även Lindholm och Kaburakis, 2013, s. 239, som menar att fastän domen är lång och detaljerad lämnas många frågor obesvarade.

¹⁸¹ Förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League m.fl.*, p. 139.

¹⁸² Förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League m.fl.*, p. 142.

¹⁸³ Förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League m.fl.*, p. 146.

utgör ett område utan inre gränser samt bygger på fri rörlighet för personer såväl som tjänster anser EU att konsumenter bör få tillgång till innehållet i de innehållstjänster som de lagligen prenumererar på i sin hemmedlemsstat även när de tillfälligt vistas i en annan medlemsstat för syften som exempelvis fritid, resor eller tjänsteresor.¹⁸⁴ Med anledning av bland annat detta antog EU år 2017 en ny förordning som fått viss inverkan på territorialiteten inom upphovsrätten. År 2018 trädde förordningen i kraft vars regler möjliggör gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online.¹⁸⁵ En faktor som tidigare utgjort hinder för denna typ av tillhandahållande är just den upphovsrätt som innehållet i innehållstjänster ofta är skyddat av. Licensiering av upphovsrättsskyddat material sker ofta genom territoriell licensiering och tjänsteleverantörerna kan endast tillhandahålla innehållet på vissa specifika marknader.¹⁸⁶

Det är inte alltid en möjlighet att erhålla licens för skyddat material särskilt i de fall som rättigheterna licensierats exklusivt. I syfte att säkerställa att en territoriell exklusivitet efterlevs händer det ofta att tjänsteleverantörer i licensavtalet åtar sig att förhindra sina konsumenter från att få tillgång till deras tjänster när konsumenterna i fråga befinner sig utanför det territorium som omfattas av leverantörens licens.¹⁸⁷ För att göra gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online möjligt har EU genom förordningen konstruerat en rättslig mekanism. Denna rättsliga mekanism innebär att tillhandahållandet av innehållstjänsten till en konsument som befinner sig i en annan EU-medlemsstat samt konsumentens användande av innehållstjänsten uteslutande ska anses ske i konsumentens hemmedlemsstat.¹⁸⁸ Alltså, istället för att tillhandahållandet och användandet av innehållstjänsten ska anses äga rum i det stat där tillhandahållandet sker rent fysiskt, ska det anses äga rum i konsumentens hemmedlemsstat.¹⁸⁹

Portabiliteten gäller endast vid en tillfällig vistelse i en annan medlemsstat. Vad tillfällig vistelse innebär är emellertid inte specificerat i förordningen utan det framgår endast att det rör sig om en vistelse som är under en begränsad period.¹⁹⁰ Detta torde kunna innebära att resor från en hemmedlemsstat till en annan medlemsstat som konsumenter gör på en icke bestämd tid omfattas.¹⁹¹ Kommissionen yttrade vid förordningens förslagsstadium att innebörden av

¹⁸⁴ Förordning (EU) 2017/1128, skäl 1 och 2.

¹⁸⁵ Förordning (EU) 2017/1128, art. 11.

¹⁸⁶ Förordning (EU) 2017/1128, skäl 4.

¹⁸⁷ Förordning (EU) 2017/1128, skäl 10.

¹⁸⁸ Förordning (EU) 2017/1128, skäl 24 och art. 4.

¹⁸⁹ Synodiniou, 2016, s. 27.

¹⁹⁰ Förordning (EU) 2017/1128, art. 2 p. 4.

¹⁹¹ Synodiniou, 2016, s. 25.

tillfällig vistelse inte borde begränsas till ett bestämt antal dagar. De anförde bland annat att exempelvis en Erasmusstudent som åker på utbytesstudier till en annan medlemsstat bör ges tillgång till de innehållstjänster som denne prenumererar på under hela sin utbytesperiod.¹⁹² Det har även uttalats att territorialitetsprincipen eller andra redan befintliga upphovsrättsliga bestämmelser inte kommer påverkas av denna nya gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online.¹⁹³ Huruvida detta är ett mål eller ett faktum återstår dock att se.

4.5 Förbud mot omotiverad geoblockering

Under år 2018 antog EU en förordning som förbjuder omotiverad geoblockering och andra former av diskriminering som är baserad på en kunds nationalitet, boplatssort alternativt etableringsort. Detta förbud motiveras med att det inte är nog att bara statliga hinder mellan medlemsstaterna tas bort utan även privata aktörer måste förhindras från att uppställa hinder för friheterna på den inre marknaden. Detta anses vara viktigt för att den inre marknaden ska uppnå sin fulla potential. Denna förordning medför således att näringsidkare inte kan förhindra att kunder från andra medlemsstater når tillkomst till exempelvis deras webbsida.¹⁹⁴ Förbudet mot geoblockering omfattar i dagsläget näringsidkare. Däremot är näringsidkare som tillhandahåller tjänster vars huvudsakliga verksamhet består i möjliggörande av åtkomst och användande av upphovsrättsskyddat material undantagna från förordningens tillämpningsområde. Denna förordning ska dock genomgå ett antal utvärderingar varav den första ska fokuseras till att utreda huruvida det är möjligt att utvidga förbudet till att även omfatta näringsidkare som tillhandahåller tjänster vars huvudsakliga verksamhet består i möjliggörande av åtkomst och användande av upphovsrättsskyddat material förutsatt att näringsidkaren har de relevanta rättigheterna i de territorier som berörs.¹⁹⁵

4.6 Den upphovsrättsliga utvecklingens påverkan på territorialiteten

Till skillnad från den upphovsrättsliga utvecklingen av upphovsrättens ensamrätt kan den upphovsrättsliga utvecklingen på territorialitetens område sägas vara väldigt entydig. Det mesta talar för att territorialitetsprincipens roll och funktion blir alltmer urvattnad i och med upphovsrättens utveckling och kanske främst i och med utvecklandet av den inre marknaden. Den primära situation där principen fortfarande torde vara betydelsefull är som noterats ovan

¹⁹² Se betänkande (COM(2015)0627, s. 40 och 71.

¹⁹³ Se betänkande (COM(2015)0627, s. 40.

¹⁹⁴ Förordning (EU) 2018/302, art. 1 p. 1 och skäl 1.

¹⁹⁵ Förordning (EU) 2018/302, art. 4 p. 1b och skäl 37.

när rättighetshavare ska göra sitt skydd gällande. Territorialitetsprincipen är en princip inom upphovsrätten som har stor påverkan på dess utformning. EU arbetar aktivt för att den inre marknaden ska bli fri från hinder men eftersom upphovsrättsskyddat material har territoriella begränsningar uppstår hinder då detta material ska användas som handelsvara. Det framförs tydligt i EU:s motiv till harmoniseringen av upphovsrätten att nationella hinder och begränsningar ska plockas bort i den mån det är möjligt. Denna inställning till territoriella begränsningar har sedan Infosoc-direktivets införande syns i både Premier League, där territoriella begränsningar i licensavtal bedömdes vara förbjudna och de därefter genomförda reformerna såsom införandet av Portabilitetsförordningen och Geoblockeringsförordningen. Av förespråkare av den europeiska upphovsrätten beskrivs territorialiteten som förlegad, att det är lagstiftningens akilleshäla och att den bör plockas bort eftersom den strider mot syftet med den inre marknaden. Det menas att problem som skulle uppstå med exempelvis musik och andra skyddade verk kan bli lösta genom multiterritoriella licenser.¹⁹⁶ Om multiterritoriella licenser, säg EU-licenser, skulle bli verklighet i framtiden uppkommer, likt många andra åtgärder på upphovsrättens område, frågor rörande hur rättighetshavare påverkas. Multiterritoriella licenser kan tänkas påverka den ersättning som rättighetshavare erhåller. Kommer den multiterritoriella karaktären på licenserna innebära att licensavgiften blir väldigt hög för att kompensera för att rättighetshavaren inte kan utfärda lika många licenser? Det kan även tänkas uppstå svårigheter för rättighetshavare i och med att de inte kan styra vilka områden som deras verk exponeras på.

Om exempelvis EU-licenser skulle bli verklighet, kommer de licenserna då få samma effekt som överföringar till internet innebärande att när en rättighetshavare godkänt och fritt tillgängliggjort sitt verk någonstans i EU får de färdas fritt inom hela EU. Vad gäller just digitala verk som gjorts fritt tillgängligt på internet så har territorialitet ingen betydelse eftersom det som en gång gjorts fritt tillgängligt är fritt för alla internetanvändare och svårt för rättighetshavare att styra över. Territorialitet får generellt sett en minskad betydelse i och med harmoniseringen av upphovsrätten. Däremot föreligger fortfarande skillnader och det finns fortfarande utrymme för medlemsstater att föreskriva varierade regler, bland annat kan medlemsstater föreskriva varierade upphovsrättsliga undantag då de undantag som Infosoc-direktivet uppställer endast har ett undantag som är obligatoriskt.¹⁹⁷ Det kan således konstateras att balansen på upphovsrättens område gällande territorialitet har förändrats under de senaste åren i takt med att samhället blir allt mer gränslöst.

¹⁹⁶ Lucas-Schloetter, 2014, s. 17. Författaren hänvisar i sin argumentation till övriga författare.

¹⁹⁷ Se direktiv 2001/29/EG, art. 5.

5 Ersättning för utnyttjande av verk

5.1 *Det beständiga målet om lämplig ersättning*

I Infosoc-direktivet framförs vikten av att rättighetshavare ges ersättning för utnyttjandet av deras verk. För att rättighetshavare ska kunna fortsätta med sin konstnärliga och skapande verksamhet måste de ges en skälig ersättning för utnyttjandet av deras verk.¹⁹⁸ Det framhålls att rättighetshavare även för vissa undantag eller inskränkningar i upphovsrättens ensamrätt bör ges en rimlig kompensation som ersättning för utnyttjandet av deras verk. För att fastställa vad som utgör en rimlig kompensation ska förhållandena i varje enskilt fall tas i beaktande. En viktig del i bedömningen är den eventuella skadan för rättighetshavaren som utnyttjandet i fråga medför. Om utnyttjandet av verket medför en obetydlig skada för rättighetshavaren bör det inte föreligga någon betalningsskyldighet. Om en rättighetshavare redan fått ersättning i form av exempelvis en licensavgift behöver det inte heller ske någon särskild eller separat betalning.¹⁹⁹

I Infosoc-direktivet ställdes det fritt för medlemsstaterna att bestämma om rimlig kompensation för rättighetshavare när de tillämpar de bestämmelser om undantag och inskränkningar som är frivilliga och inte kräver någon kompensation.²⁰⁰ EU har i motiven till Infosoc-direktivet belyst vikten av att rättighetshavare ges rimlig ersättning för utnyttjandet av deras verk och har i sina domskäl anfört att det är en viktig faktor för att rättighetshavare ska ges incitament att fortsätta sitt skapande. EU-domstolen har i senare i led i sina domar hänvisat till detta uttalande.²⁰¹ Målet om rättvis ersättning har således varit beständigt under upphovsrättens utveckling. Det har genomförts reformer av bland annat skyddstiden och under år 2019 tog EU även ett krafttag i form av ett nytt direktiv i syfte att göra ersättningen till rättighetshavare mer rättvis.²⁰²

5.2 *Utvecklingen av skyddstiden för skyddat innehåll*

Det ligger i sakens natur att skyddstiden är avgörande för möjligheten att kräva ersättning för utnyttjande. Den första regleringen rörande upphovsrättslig skyddstid inom EU antogs redan år 1993 men ändrades i samband med antagandet av Infosoc-direktivet år 2001. Ändringen som

¹⁹⁸ Direktiv 2001/29/EG, skäl 10.

¹⁹⁹ Direktiv 2001/29/EG, skäl 35.

²⁰⁰ Direktiv 2001/29/EG, skäl 36.

²⁰¹ Direktiv 2001/29/EG, skäl 10. Se bland annat mål C-306/05, *SGAE*, p. 36; Mål C-5/08, *Infopaq International A/S*, p. 40; Förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League m.fl.*, p. 108.

²⁰² Se direktiv 2001/29/EG, art. 11 p. 2; Direktiv (EU) 2019/790, skäl 73, där EU argumenterar för att rättighetshavare måste ges en proportionell ersättning för utnyttjandet av deras verk. Se även direktiv art. 15–20 där reformer till förmån för rättighetshavarna genomförts.

genomfördes utgjordes av ett förtydligande av fonogramframställares skydd.²⁰³ Därefter för att tydliggöra regleringen efter ändringarna antogs år 2006 ett nytt direktiv rörande skyddstid eftersom det ansågs behövas en kodifiering av det befintliga direktivet.²⁰⁴ Under år 2011 genomfördes ytterligare ändringar av det nya direktivet som bland annat bestod i att skyddstiden för musikverk med text sattes till att vara 70 år och för fonogram som publicerats lagligen sattes rättigheterna till att upphöra först 70 år från dagen för den första lagliga publiceringen, istället för 50 år som var den gällande skyddstiden innan ändringarna.²⁰⁵ Innan skyddstiden för rättighetshavare harmoniserades fanns det en betydande variation av skyddstiden för den egentliga upphovsrätten mellan de olika medlemsstaterna. Vad gällde närstående rättigheter var variationen ännu större. Dessa olikheter mellan skyddstider omfattade både den faktiska skyddstiden men även när skyddstiden började löpa, vilket ansågs kunna utgöra ett hinder för en välfungerande inre marknad.²⁰⁶ Skyddstiderna som idag uppställs är för den egentliga upphovsrätten under hela upphovsrättshavarens livstid och 70 år därefter medan skyddstiden för närstående rättigheter är 50 år efter dagen för framförandet.²⁰⁷

5.3 Förbättrade möjligheter till ersättning vid länkning

Som nämnts ovan antog EU under år 2019 ett nytt direktiv som innebar reformer på upphovsrättens område. Däribland införs en ny närstående rättighet för utgivare av presspublikationer.²⁰⁸ Den stora tillgången till presspublikationer online har medfört att det uppkommit fler onlinetjänster i form av nyhetsaggregatorer och mediebevakning som i sin affärsmodell och som inkomstkälla återanvänder presspublikationer. Utgivarna av presspublikationer möter svårigheter då de, till de tjänsteleverantörer som beskrivits, ska licensiera onlineutnyttjandet av deras presspublikationer. Detta medför att det är svårt för utgivare av presspublikationer att få tillbaka sina investeringar. Eftersom utgivare av presspublikationer inte setts som rättighetshavare har det också varit svårt för dem att licensiera och hävda sina rättigheter till de presspublikationer som används online av tjänsteleverantörer.²⁰⁹ En förändring kom emellertid i och med det nya DSM-direktivet där utgivare av presspublikationer ges en roll som rättighetshavare i och med att de erhåller en närstående rättighet. Reformen införs i syfte att säkerställa en hållbarhet inom förlagsbranschen

²⁰³ Direktiv 2001/29/EG, art. 11 p. 2. Se även Pila och Torremans, 2016, s. 325–327, för mer om skyddstid.

²⁰⁴ Direktiv 2006/116/EG, skäl 1; Minero, 2014, s. 253.

²⁰⁵ Direktiv 2011/77/EU, art. 1 p. 1 och 2; Direktiv 2006/116/EG, art. 1 p. 7 och art. 3 p. 2.

²⁰⁶ Minero, 2014, s. 250–251.

²⁰⁷ Direktiv 2006/116/EG, art. 1 p. 1 och art. 3 p. 1.

²⁰⁸ Direktiv (EU) 2019/790, art. 15.

²⁰⁹ Se direktiv (EU) 2019/790, skäl 54.

och därigenom garantera en tillgång till tillförlitlig information. Den närstående rättigheten innebär att utgivare av presspublikationer omfattas av ensamrätten mångfaldigade av verk och tillgängliggörande för allmänheten i enlighet med Infosoc-direktivet. Tjänsteleverantörer kommer således behöva erhålla en licens från utgivaren av presspublikationen för att kunna använda sig av presspublikationen i sin tjänst.²¹⁰

I skälen till direktivet framgår det att denna nya närstående rättighet som förbehålls utgivare av presspublikationer inte ska påverka andra rättighetshavare såsom innehavare av den egentliga upphovsrätten. Rättighetshavare vilkas verk ingår i en presspublikation, bör ges en rätt till en viss andel av de intäkter som tjänsteleverantörerna betalar utgivarna för användningen av presspublikationen ifråga.²¹¹ I denna nya reglering finns en del undantag uppställda som består i att användning av enskilda ord och korta utdrag från presspublikationer inte ska omfattas av den nya närstående rättigheten. Inte heller omfattas enskilda användares privata eller icke-kommersiella användning av denna närstående rättighet.²¹²

Frankrike är i dagsläget den enda medlemsstat som implementerat reglerna. I samband med att reglerna skulle träda i kraft i Frankrike i oktober 2019 tillkännagav företaget Google att de inte kommer ersätta utgivare av presspublikationer utan att de istället kommer förändra det sätt som presspublikationerna syns i deras sökresultat. Utgivare ges dock möjligheten att kostnadsfritt låta Google länka till deras presspublikationer precis som förut.²¹³ Googles agerande går tvärtemot de förhoppningar som utgivare hade på den nya reformen och missnöjet gentemot Googles agerande är utbrett.²¹⁴ Google menade att de redan hjälper utgivare av presspublikationer genom att ge dem bland annat besöks trafik och annonsering. Genom att användare kan hitta presspublikationer genom Googles sökmotor kan utgivarna av presspublikationer erhålla ersättning genom annonser eller genom att användarna blir prenumeranter. Google menade även att utgivare av presspublikationer drar nytta av Googles marknadsföringsteknologier och att de erhåller majoriteten av den ersättning som inkommer från annonserna.²¹⁵ Innan det nya direktivet antogs hade utgivare av presspublikationer redan

²¹⁰ Se direktiv (EU) 2019/790, skäl 55 och art. 15; Direktiv 2001/29/EG, art. 2 och art. 3 p. 2.

²¹¹ Se direktiv (EU) 2019/790, skäl 59 och art. 15 p. 2 och 5.

²¹² Se direktiv (EU) 2019/790, skäl 58 och art. 15 p. 1.

²¹³ Kayali, 2019, [politico.eu/article/licensing-agreements-with-press-publishers-france-google/], 24.10.2019. Se Sveriges radio, 2019; Gingras, 2019, [blog.google/perspectives/richard-gingras/how-google-invests-news/], 24.10.2019.

²¹⁴ Se Sveriges radio, 2019.

²¹⁵ Gingras, 2019, [blog.google/perspectives/richard-gingras/how-google-invests-news/], 24.10.2019.

en närstående rättighet i Tyskland,²¹⁶ och Google bemötte de reglerna på samma sätt som de nu bemött reformen i Frankrike. I Tyskland valde många utgivare att ge Google kostnadsfri tillgång till deras presspublikationer eftersom besöksstrafiken minskade i och med att deras presspublikationer inte längre syntes i sökresultaten på Google.²¹⁷ Även i Spanien har utgivare av presspublikationer getts en närstående rättighet sedan tidigare och vid införandet av den agerade Google genom att plocka bort sin tjänst Google News.²¹⁸

5.4 Ökad rätt till ersättning genom avtalsförhandling och transparens

I DSM-direktivet genomförs även reformer som ska öka rättighetshavares möjligheter att förhandla sin erhållna ersättning. Reformerna genomförs med motiveringen att rättighetshavare ofta är i en svagare förhandlingsposition när de ska licensiera eller överlåta sina rättigheter. De behöver därför ett skydd för att fullt ut kunna nyttja deras rättigheter.²¹⁹ Det framgår bland annat att rättighetshavare – när de licensierar eller överlåter sina rättigheter – ska erhålla en ersättning som är lämplig såväl som proportionell. Den ersättning som ges till rättighetshavare ska vara lämplig sett till rättighetshavarens bidrag till verket och övriga omständigheter såsom marknadsrättspraxis och det faktiska utnyttjandet av verket. Engångsbelopp bör som huvudregel inte utgöra ersättning men det kan i vissa fall utgöra proportionell ersättning.²²⁰

Direktivet innehåller även ett transparenskrav som innebär att rättighetshavare på regelbunden basis ska erhålla information om utnyttjandet av deras verk från de parter som rättigheterna licensierats eller överlåtit till i syfte att säkerställa en rimlig ersättning. Avtal som reglerar utnyttjandet av rättigheter har ofta lång löptid med få möjligheter till omförhandling och därför införs även en så kallad avtalsanpassningsmekanism som innebär en rätt för rättighetshavare att omförhandla ersättningen för utnyttjandet av deras verk om det visar sig att den ursprungligen överenskomna ersättningen är oproportionerligt låg. Bedömningen om en avtalad ersättning är oproportionerligt låg ska göras baserat på de specifika omständigheterna i varje enskilt fall.²²¹

När en rättighetshavare licensierar eller överlåter sina rättigheter förväntar vederbörande sig att verket i fråga ska användas. Detta är dock inte alltid fallet och om rättighetshavare överlåtit

²¹⁶ Se Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, art. 87 p. f–h.

²¹⁷ Kayali, 2019, [politico.eu/article/licensing-agreements-with-press-publishers-france-google/], 24.10.2019.

²¹⁸ Ley de Propiedad Intelectual, art. 32 p. 2; Scola och Harding McGill, 2019, [politico.com/story/2019/08/30/media-social-media-europe-1657902], 24.10.2019.

²¹⁹ Direktiv (EU) 2019/790, skäl 72.

²²⁰ Direktiv (EU) 2019/790, art. 18 och skäl 73.

²²¹ Direktiv (EU) 2019/790, art. 19–20 och skäl 75 och 78.

rättigheterna exklusivt till en part är möjligheterna att sälja vidare rättigheterna till någon annan part som faktiskt skulle använda sig av verket uttömda. Med beaktande av detta – för att skydda rättighetshavarens legitima intressen samt för att förhindra missbruk – ska rättighetshavaren ges en rätt att återkalla licensen eller rättighetsöverlåtelsen om verket inte används.²²²

5.5 Den upphovsrättsliga utvecklingens påverkan på ersättningen

Rättighetshavarens ersättning är ett återkommande ämne i frågan rörande det upphovsrättsliga skyddet. Sedan Infosoc-direktivets införande har EU vidtagit ytterligare åtgärder i syfte att stärka rättighetshavarens möjligheter att erhålla ersättning för utnyttjandet av deras verk. I och med att EU förlängt skyddstiden för verk och alster har de även förlängt tiden som rättighetshavare har möjlighet att få ersättning för användandet av deras verk, vilket utgör ett främjande av rättighetshavarens ställning. Det har inte skett några större förändringar vad gäller regleringen av skyddstiden sedan Infosoc-direktivet förutom att regleringen har kodifierats. Det faktum att det inte genomförts några större reformer kan tyda på att området inte genomgått en översyn men det kan även tyda på att EU anser att den nuvarande regleringen är välfungerande och att den endast behövde befästas. Däremot torde det vara oklart om skyddstiden kommer ha samma betydelse i framtiden och om de verk som skapas idag kommer vara relevanta 70 år efter upphovsrättshavarens död. Den fråga som är mest central just nu torde snarare vara att erhålla ersättning här och nu och inte under hur lång tidsperiod som ersättning kan utgå.

De distinktaste reformerna som utökat rättighetshavarens möjligheter att få ersättning för sina verk måste emellertid vara de reformer som genomförs i och med implementeringen av DSM-direktivet. De nya reformerna medför relativt goda möjligheter för rättighetshavare att påverka den ersättning de erhåller för utnyttjandet av deras verk då de med stöd av den nya avtalsförhandlingsmekanismen kan förhandla om sin ersättning. Dessutom främjar den nya närstående rättigheten inte bara möjligheten till ersättning utan den utvidgar även omfattningen av vilka som omfattas av upphovsrätten. Därtill kan det sägas att detta direktiv stärker rättighetshavarens ställning genom att det belyser rättighetshavarnas ställning som en utsatt part och därigenom underlättar för deras möjligheter att erhålla en rättvis ersättning. Direktivet torde eventuellt kunna ses som en reaktion på de senaste årens upphovsrättsliga utveckling. Frågan som än så länge förblir obesvarad är vilken genomslagskraft reformerna kommer få i och med stora företags möjligheter att styra marknaden.

²²² Direktiv (EU) 2019/790, skäl 80 och art. 22.

6 Diskussion och analys

6.1 Översikt

Syftet med denna uppsats är att utreda och analysera hur EU:s lagstiftare och EU-domstolen genom utvecklingen på upphovsrättens område, från Infosoc-direktivet till DSM-direktivet, påverkat balansen mellan rättighetshavare och typiska slutanvändare. Tidigare avsnitt i denna uppsats har ägnats åt en presentation av den utveckling som skett på upphovsrättens område i form av en genomgång av EU:s reformer och EU-domstolens rättspraxis. Löpande har resultatet av utredningen sammanfattats för att utröna åt vilken riktning utvecklingen gått. För att uppfylla syftet återstår att analysera utvecklingen för att komma fram till slutsatser rörande hur balansen på upphovsrättens område påverkats. Därtill ska det även analyseras i vilken omfattning argument med hänvisning till EU:s inre marknad påverkat utvecklingen, om det går att utröna om EU:s lagstiftare eller EU-domstolen varit mer drivande i utvecklingen och till sist om rättighetshavare eller typiska slutanvändare gynnas särskilt av utvecklingen.

6.2 En komplex och spretig bild

Genom att studera rättighetshavares ensamrätt, territorialitetsprincipen och den ersättning som ges till rättighetshavare framgår utvecklingens komplexitet. Om det exempelvis kan konstateras att det skett en generell försvagning av möjligheten att hävda ensamrätten och av territorialitetsprincipen kan det i viss mån sägas kompenseras med ökade möjligheter till ersättning. För att förstå utvecklingen går det inte att betrakta en ensamrätt isolerat, utan det blir nödvändigt att beakta hur de olika delarna hänger samman. Till exempel, som visats ovan, kan ensamrätten mångfaldigande anses ha stärkts till förmån för rättighetshavare medan ensamrätten överföring till allmänheten kan anses ha stärkts till förmån för typiska slutanvändare. Här blir det intressant att analysera varför utvecklingen har skett på detta sätt.

Utvecklingen som skett är inte heller fullständigt enhetlig inom en och samma ensamrätt och princip. Skillnader mellan den digitala och den analoga världen kan skönjas genom den utveckling som skett; EU-domstolen har varit tillåtande gentemot rättighetshavare för analogt överförda verk i fråga om överföring till allmänheten medan den vad digital överföring av verk anbelangar varit liberal till förmån för typiska slutanvändare. Skillnader går också urskilja gällande territorialiteten; territorialitetsprincipen försvagas när rättighetshavare vill sätta upp begränsningar som inverkar på den inre marknaden, men principen upprätthålls när rättighetshavare vill göra sitt skydd gällande.

6.3 *Balansen mellan motstående intressen i ett digitaliserat samhälle*

Inledningsvis kan det konstateras att det skett en snabb faktisk utveckling av hur upphovsrättsligt skyddat innehåll används från tidpunkten för Infosoc-direktivet till DSM-direktivet. Genom att tillgången till skyddat material ökat har typiska slutanvändares ställning på upphovsrättens område gynnats redan i och med digitaliseringen, vilket talar för en ojämnavikt i balansen. Detta verkar tillsynes ha konstaterats tidigt i och med att det genom Infosoc-direktivets antagande gjordes försök att harmonisera upphovsrätten och anpassa den efter digitaliseringen. I Infosoc-direktivet värnades rättighetshavarens rättigheter genom införandet av de ensamrätter som denna uppsats presenterat. Infosoc-direktivet möttes emellertid av kritik bestående av åsikter såsom att de nya reglerna skulle ha en negativ inverkan på det allmännas intresse av tillgång till yttrande och information och att konsumenternas intressen kommit i skymundan. Det hävdades att Infosoc-direktivet, genom att det förstärkte den strikta analoga logik som rör individuella instängningar av information, gick emot den generella utvecklingen i samhället och de digitala skikten som gick mer mot en nätverksbaserad delning av information.²²³ Det har även framförts kritik i form av att EU har ansetts fokusera för mycket på att stärka de exklusiva rättigheterna och att potentialen av undantag har blivit underskattad.²²⁴ Kritiken påminner således om den kritik som DSM-direktivet har mötts av.

Sedan införandet av Infosoc-direktivet har digitaliseringen fortsatt och tillgången till innehåll har ökat än mer, vilket torde ha utvidgat den ojämnavikt som tidigare konstaterades. De reformer som genomförts från införandet fram till idag kan främst sägas ha till uttalat syfte att gynna den inre marknaden. Eftersom den inre marknaden ska underlätta den fria rörligheten torde ett främjande av den inre marknaden innebära ett främjande av typiska slutanvändares rättigheter då det är just typiska slutanvändare som utnyttjar den gränslöshet som en välfungerande inre marknad medför. De reformer som genomförts har utöver syftet att uppnå en välfungerande inre marknad även till syfte att upprätthålla ett skydd för rättighetshavare. Dock, istället för att skapa en reglering som gynnar både rättighetshavare och typiska slutanvändare verkar EU tillsynes försöka uppnå en jämn balans genom att först skapa en reglering som främjar den inre marknaden och de typiska slutanvändarnas intressen och sedan en annan reglering som främjar rättighetshavarnas intressen. Rättighetshavarnas intressen har främjats främst genom en fortsatt stark ensamrätt till mångfaldigande av verk, överföring till allmänheten i analoga situationer,

²²³ Bruncevic och Käll, 2016, s. 70–72.

²²⁴ Geiger m.fl., 2014, s. 438.

starkt skydd i de situationer då användaren har uppsåt och ett vinstsyfte samt förbättrade möjligheter för rättighetshavare att begära ersättning. Varför det är just dessa intressen som har främjats för rättighetshavare torde åtminstone delvis bero på att de är de intressen som är enklast att gynna i dagens digitalisering då de inte begränsar typiska slutanvändares tillgång på internet som kan tänkas vara det forum där den främsta användningen av skyddat material sker. Frågan är om detta uppdelade tillvägagångssätt kan resultera i en jämn balans eller om det vore mer effektivt att sammanställa alla intressen i en större reform. Vad som dock ska hållas i åtanke vid en sådan diskussion är att det vid lagstiftningens tillkomst fortfarande är ovisst hur en lagregel kommer tillämpas i praktiken och därigenom en komplex uppgift att ta sig an.

Vad angår just ensamrätternas påverkan på balansen har den utveckling som skett både utvidgat och inskränkt det skydd som ges till rättighetshavare. Ensamrätten mångfaldigande av verk kan sägas ha utvidgats och därigenom har rättighetshavare bibehållit ett relativt starkt skydd. Utredningen av ensamrätten överföring till allmänheten visar däremot på en mer varierad utgång och rättighetshavarnas intressen har i vissa fall fått stå tillbaka till förmån för andra intressen. DSM-direktivets nya bestämmelse som stadgar att onlineleverantörer av delningstjänster blir ansvariga för innehåll som användare laddar upp i deras tjänster har förbättrat rättighetshavares ställning och lagt ansvar på den part som rimligtvis har bättre möjligheter att kontrollera det innehåll som laddas upp.

Som visats ovan har EU en ambition att öka tillgängligheten för användare, vilket de gjort i och med sina reformer och avgöranden. Det tydligaste målet där rättighetshavarens intressen fått stå tillbaka till förmån för andra intressen är Svensson. I målet sade EU-domstolen att så länge verket publicerats fritt på internet utgör det inte ett upphovsrättsligt intrång att länka till det utan tillstånd från rättighetshavaren. Detta kan på ett sätt tänkas vara ett skäligt resonemang eftersom om innehållet redan funnits tillgängligt för alla internetanvändare har det inte skett någon egentlig förändring i tillgängligheten. Samtidigt medför denna fria länkning att innehållet eventuellt kan återfinnas och dyka upp på webbsidor vars användare inte tagit del av verket om länkningen inte förekommit. Internet torde idag kunna sägas vara den plats där den absoluta merparten av allt upphovsrättskyddat material sprids. Rättighetshavarens möjlighet att styra över användningen uttöms i princip i den stund som innehållet görs fritt tillgängligt på internet. Alltså, har rättighetshavare en begränsad förfoganderätt på den största och alltmer viktigaste plattformen såtillvida de inte lägger in begränsningar kring vilka som kan komma åt deras verk när de godkänner eller laddar upp verket på internet för första gången. Att rättighetshavare

endast ges ett fullgott skydd på internet om de lägger in begränsningar går även emot principen om att upphovsrättsligt skydd ska uppstå formlöst som stadgas i Bernkonventionen, vilket gör att avgörandets koherens med internationella konventioner till viss del kan ifrågasättas.²²⁵

I fråga om utvecklingen av spridningsrätten har den för mjukvara som omfattas av datorprogramdirektivet inneburit en inskränkning, men för digitala verk har utfallet snarare varit det omvända. Efter Tom Kabinet står det klart att spridningsrätten inte omfattar digitala verk och istället har överföring till allmänheten fått ett utökat tillämpningsområde. Detta torde kunna ses som ett gynnande av rättighetshavarens ställning om än den icke-enhetliga behandlingen av analoga och digitala verk tål att ifrågasättas. Vad beträffar territorialiteten är det ett av de tydligare områdena inom upphovsrätten som fått en förändrad ställning i och med den utveckling som skett. Såväl Portabilitetsförordningen som Geoblockeringsförordningen har en tydlig inverkan på territorialiteten. Inte nog med att territorialiteten påverkats i och med de reformer som genomförts och rättspraxis så har den även blivit kritiserad, direkt som indirekt, av både EU:s lagstiftare och andra parter. Att EU:s lagstiftare har kritiserat territorialiteten inom upphovsrätten kanske tillsynes inte framgår klart men i och med deras uttalanden om territorialitetens negativa effekt på den inre marknaden kan det förstås som indirekt kritik. Här blir konflikten mellan EU:s intressen av att främja den inre marknaden och behovet av att inte påverka tillämpningen av redan ingångna konventioner tydlig.

De olika ensamrätternas effektivitet kan sägas ha utvecklats olika där exempelvis mångfaldiganderätten fortfarande är relativt stark medan rätten till överföring har fått ge vika för andra intressen. Vad denna utveckling beror på kan vara flera orsaker. Tänkbart kan vara att formuleringen av begreppen har fått olika utfall i praktiken men den främsta anledningen kanske kan sägas vara de forum vari de olika förfogandena förekommer. Då de upphovsrättsliga förfoganden som sker idag till största del torde ske på internet och därigenom utgöras av överföringar står det i sakens natur att det är ensamrätten överföring till allmänheten som även påverkas som allra mest av utvecklingen. Då verken redan är digitala och publiceras digitalt torde frågan om mångfaldiganden inte bli lika relevant.

Eftersom upphovsrätten tycks vara ett tämligen komplext område i och med de motstående intressena verkar EU ha tagit sikte mot att i vart fall säkerställa att rättighetshavare ges

²²⁵ Se Rosén och Granmar, 2015, passim, som kritiserar EU-domstolen för deras rättspraxis rörande länkning och ifrågasätter förenligheten med EU:s kompetens och internationell upphovsrätt.

ersättning för de utnyttjanden som sker av deras verk. Således torde slutsatsen att upphovsrätten övergått – eller åtminstone befinner sig i en övergångsfas – från att präglas av bestämmanderätt till att mer fokusera på ersättning för utnyttjande kunna dras. Om upphovsrätten tidigare fokuserade på att skydda rättighetshavaren mot vissa förfaranden och utnyttjanden under och efter sin livstid finns det tecken på en utveckling där de typiska slutanvändarnas tillgång till verk och rättighetshavarens möjlighet att få ersättning så länge verket är aktuellt premieras. Denna förändrade prioritering skulle förvisso kunna uppfattas som en anpassning till den digitala logiken och därigenom en logisk följd av den utveckling som skett.

Att säga att rättighetshavare i praktiken ges en rättvis ersättning torde däremot vara missvisande eftersom det sker upphovsrättsliga förfoganden av rättighetshavares verk utan deras tillåtelse och som de inte erhåller ersättning för men trots det så har i vart fall både EU:s lagstiftare och EU-domstolen belyst vikten av att de får en rättvis ersättning. Att det sedan sker illegal användning av verk är inte något som EU direkt kan ställas till svars för. Detta argument skulle kanske kunna bemötas med motargument rörande EU:s möjligheter att reformera det upphovsrättsliga påföljdssystemet, men det är en helt annan fråga som inte kommer belysas här. Således kan det kanske hävdas att EU gjort vad de kunnat för att säkerställa att rättighetshavare får rättvis ersättning men att det sedan i praktiken inte blir en effektiv tillämpning av reglerna. Det torde funnits en farhåga redan innan antagandet av de nya reglerna – som ger utgivare av presspublikationer en närstående rättighet – att Google skulle vidta åtgärder med tanke på deras agerande i Tyskland och Spanien. Det faktum att EU ändå väljer att anta regler kan tyda på att lagstiftaren vill prioritera rättighetshavarna. Frågan är bara hur de nya reglerna ska kunna bli effektiva eftersom stora användare, såsom Google, har sådan makt att de kan styra marknaden.

Ett ytterligare problem som följer av denna utveckling är att vissa regleringar rörande ersättningen – se exempelvis den ovan nämnda nya närstående rättigheten – kommer lite för sent i och med att typiska slutanvändare vant sig vid en viss form av tillgänglighet och möjlighet att använda sig av material. Efterfrågan på tillgång till skyddat material ökar eftersom det med dagens teknik är enklare att nå tillgång till ett stort utbud av innehåll, vilket kan tala för att intresset av att ta del av innehåll inte skulle minska för att rättighetshavare ges ett starkare skydd. Däremot verkar EU:s lagstiftare och även EU-domstolen förespråka att rättighetshavares skydd stärks genom att de ges mer ersättning för utnyttjandet av deras verk. Följderna av att det stadgas regler som ska ge rättighetshavare ersättning på bekostnad av att typiska slutanvändare måste ersätta rättighetshavaren för sitt användande kan tänkas vara att de typiska

slutanvändarna vägrar. Att Google ändrat sina tillvägagångssätt för att komma runt betalningsskyldigheten torde nämligen inte vara en ovanlig reaktion på dessa nya ersättningsmodeller.

Om även privatpersoner efter ökade ersättningar skulle ändra sina konsumtionsmönster, genom att exempelvis upphöra att konsumera visst innehåll, kommer kanske spridningen av rättighetshavarens verk minska, vilket i sin tur leder till minskad ersättning till rättighetshavaren och därigenom får ersättningsmodellen omvänd effekt. Detta torde även kunna leda till ökad trafik på webbplatser och dylikt som använder sig av illegal strömning av skyddat innehåll som, på ett oskäligt sätt, kan inverka skadligt på rättighetshavarnas intressen. I syfte att rättighetshavare ska ges incitament att skapa innehåll behöver de ges ett starkt skydd, vilket även framförts av EU:s lagstiftare såväl som av EU-domstolen. Upphovsrätten är viktig inom EU eftersom unionen vill använda den som konkurrensmedel gentemot andra länder; om rättighetshavarnas skydd eftersätts torde det kunna medföra att intresset för att skapa intressant innehåll minskar, vilket minskar konkurrensmedlen för EU samt det innehåll som typiska slutanvändare vill ta del av. Det utgör således en svår balansgång att uppnå en jämn nivå som säkerställer att rättighetshavarnas skydd är nog starkt samtidigt som de typiska slutanvändarna ges en tillräckligt fri tillgång till innehåll så att incitamenten att konsumera innehåll på legal väg kvarstår.

Balansen på upphovsrättens område har förändrats från Infosoc-direktivets införande till DSM-direktivet och detta beror på en rad olika faktorer. Främst en ändrad tillgång till innehåll, det vill säga digitaliseringen, men även EU:s försök att anpassa den äldre upphovsrättsliga lagstiftningen så att den ska kunna tillämpas effektivt i den samhällsbild som råder utan att grundtanken och syftet med upphovsrätten ska eftersättas. En slutsats som kan dras är att denna strävan ännu inte helt kommit till den nivån att balansen mellan rättighetshavare och typiska slutanvändare är i harmoni. Det faktum att typiska slutanvändare har vant sig vid ett visst utbud och en viss tillgänglighet innebär ytterligare svårigheter att genomföra reformer som kommer tillfredsställa alla parter. Det skulle eventuellt gå att kritisera EU för att vara för långsam i sin utveckling men vad som är värt att påpeka i den frågan är att oavsett hur snabbt reformerna genomförs ska det även konstrueras reformer som uppnår en rimlig nivå av effektivitet. Upphovsrätt i ett digitalt samhälle är således komplext på mer än en nivå och det är kanske inte helt oväntat att balansen påverkas utan snarare en naturlig följd av ett digitaliserat samhälle.

Argumenten som kritiker till exempelvis Infosoc-direktivet framför rörande minskad tillgång till innehåll får kontrasteras med upphovsrättens grundtankar, dels att rättighetshavare ska få styra över användningen av sina verk, dels att skapa incitament för att skapa nya verk. Kritikerna torde vara de parter som står på motsatt sida från rättighetshavare eftersom deras argument främst rör användandet av affärsmodeller som bygger på en användning av upphovsrättsskyddat material. De menar, som framgått av ovan gjorda utredning, att reformerna gått emot den övriga utvecklingen som baseras på tillgänglighet och enkel delning av information. Det sägs ibland att information vill vara fri,²²⁶ men information är inte antropomorfa skapelser, utan ett uttryck för upphovsmannens vilja. Endast det faktum att det finns tekniska förutsättningar att faktiskt nå tillgång till innehåll innebär inte att tillgången inte kan eller bör begränsas i syfte att göra det möjligt för rättighetshavare att leva på sitt skapande, eller styra över användningen. Kritikernas argument kan således ifrågasättas i flertalet delar om upphovsrätten ska fortsätta existera. Deras argument innebär en ojämn upphovsrättslig balans som gynnar typiska slutanvändare. Utan en upphovsrätt torde deras affärsmodeller inte kunna fungera effektivt då innehållet de vill använda i sina modeller torde försvinna då incitamenten för att skapa eftertraktade verk minskar i takt med att rättighetshavares rätt till sina verk minskar.

Den situation som föreligger på upphovsrättens område idag medför att det uppstår frågor kring hur upphovsrätten kommer utvecklas framöver. Olsson skriver att upphovsrättens grundläggande rättighetsstruktur och balansen mellan olika intressen utan tvekan kommer leva kvar. Huruvida systemet kan byggas ut i den nuvarande politiska situationen menar han emellertid är en öppen fråga. Vidare menar Olsson att systemets roll troligen kommer ändras på så sätt att utnyttjande av verk fortfarande kommer bygga på det upphovsrättsliga rättighetssystemet men att marknadsmodellerna kommer förändras och att utvecklingen kan medföra nya överväganden när det gäller bland annat balansen mellan rättigheter.²²⁷ Det är fortfarande osett i vilken riktning upphovsrätten kommer utvecklas och om det kommer uppnås en jämn balans mellan de motstående intressena. Kanske kommer undantagen som uppställs bli fler för att göra utrymme för de typiska slutanvändarnas vilja. Eller så kommer det ändras och vända åt det andra hållet genom att ersättningar höjs och skyddet stärks för rättighetshavarna.

²²⁶ Se exempelvis Brand, 1987, s. 202.

²²⁷ Olsson, 2018, s. 30.

6.4 Mot bakgrund av målet om en inre marknad

Så gott som alla åtgärder som vidtas på upphovsrättens område har gjorts med den inre marknaden som motiv, antingen genom direkta eller indirekta argument. I många rättsakter och domar nämns den inre marknaden som ett skäl till att reformera upphovsrätten. Emellanåt har EU även klart uttalat att det är mot bakgrund av den inre marknaden som reformerna genomförs. Det framgår bland annat uttryckligen av skälen till Infosoc-direktivet att en harmonisering av upphovsrätten inom EU kan bidra till den inre marknaden.²²⁸ Det framgår även att direktivet inte syftar till att avlägsna eller förebygga skillnader de olika medlemsstaterna emellan såtillvida de inte har några negativa effekter på den inre marknadens funktion.²²⁹ Detta talar för påståendet att EU genomför sina reformer för att gynna den inre marknaden. Det faktumet att de bara är de ekonomiska rättigheterna som harmoniserats inom EU talar även för att det är intresset för den inre marknaden som styr hur upphovsrätten regleras inom EU. Den ideella rätten har inte harmoniserats på EU-nivå och med hänvisning till vad som framgår i skälen till Infosoc-direktivet torde den uteblivna regleringen åtminstone delvis bero på att den ideella rätten inte har några negativa effekter på den inre marknaden.

Mot bakgrund av att EU i motiven till sina reformer tydligt framför vikten av en välfungerande inre marknad kan de reformer som genomförs även tolkas som gynnande i just den riktningen. Dock, är det inte alltid som strävan mot en välfungerande inre marknad tydligt framgår av de regler som antas. För att ta rättsakterna som exempel är Infosoc-direktivet, Portabilitetsförordningen och Geoblockeringsförordningen tydliga exempel på när hänvisningen till den inre marknaden tydligt kan utläsas ur reglerna medan den inre marknaden anförs som motiv i DSM-direktivet men strävan går inte lika tydligt att utläsa ur reglerna. I skälen till DSM-direktivet nämner lagstiftaren den inre marknaden – dock inte i lika stor utsträckning som i Infosoc-direktivet – men framhåller också rättighetshavarens roll som en utsatt part. Möjligtvis går det att skönja en förändrad syn på upphovsrätten och den inre marknaden.

Under den studerade perioden är det möjligt att se exempel på hur strävan mot den inre marknaden kommer i konflikt med upphovsrättsliga grundprinciper. Det tydligaste exemplet torde vara effekten på territorialitetsprincipen, där inte bara lagstiftarens och EU-domstolens

²²⁸ Direktiv 2001/29/EG, skäl 1.

²²⁹ Direktiv 2001/29/EG, skäl 7. Se även mål C-279/13, *C More Entertainment*, p. 29.

ord utan även deras handlingar visar på detta. Såväl Svensson-målet som Geoblockeringsförordningen innebär en försvagning av principen. Denna utveckling är förenlig med målet om den inre marknaden – och kanske som vissa skulle hävda även med internets natur – men det bör påminnas om att det ändå påverkar territorialitetsprincipen som har sin grund i internationella konventioner. Här uppstår ett problem om EU:s rättsutveckling påverkar medlemsstaternas möjlighet att uppfylla krav i redan ingångna konventioner, vilket torde medföra svåra ställningstaganden för de nationella lagstiftarna. Eftersom territorialitetsprincipen fortfarande har betydelse när rättighetshavare vill göra sina rättigheter gällande tyder det på att EU inte har något principiellt mot principen, utan endast när den påverkar den inre marknaden.

Att prioritera en utveckling av den inre marknaden kanske oundvikligen innebär en nedprioritering, om än oavsiktlig, av rättighetshavarens intressen eftersom den inre marknaden och upphovsrätt utgör två motstående intressen. Syftet med EU torde vara just att det ska vara en gemensam union som arbetar mot flexibla lösningar och samarbeten och det kan därför sägas vara en förståelig prioritering av EU att genomföra reformer som gynnar den inre marknaden. Däremot kan denna prioritering av den inre marknaden få negativa effekter på övriga intressen – som i denna situation utgörs av upphovsrätten – vilket även kan medföra negativa effekter på den inre marknaden i och med att upphovsrättsskyddat innehåll är en vara på den inre marknaden. Det ligger väl dock i såväl EU:s som i de typiska slutanvändarnas intresse – och i främjandet av den inre marknaden – att det skapas kreativt innehåll som kan flöda på den inre marknaden som typiska slutanvändare inom hela EU kan ta del av. Om incitamenten för att skapa kreativt innehåll minskar som en följd av ett försvagat skydd för rättighetshavare torde mängden varor som består av upphovsrättsligt skyddat material riskera att sänkas.

6.5 En ambivalent lagstiftare och en aktivistisk domstol?

Det har ovan konstaterats att det genom den upphovsrättsliga utvecklingen skett en förändring av balansen mellan rättighetshavare och typiska slutanvändare och att utvecklingen påverkats av målet om en inre marknad inom EU. Utvecklingen har till stor del uppkommit som en följd av digitaliseringen men på en aktörsnivå har EU:s lagstiftare och EU-domstolen i kombination genom sina åtgärder bidragit till utvecklingen. Kan någon av aktörerna sägas varit mer drivande i utvecklingen? Sedan Infosoc-direktivet infördes har digitaliseringen fortsatt, vilket medfört att tidigare lagstiftningar och rättssystem kunnat framstå som inadekvata. Detta faktum

har medfört att lagstiftare börjat se över lagreglerna i syfte att eventuellt ändra de regleringar som inte längre är effektiva med hänvisning till hur samhället fungerar idag.

I och med Infosoc-direktivets införande gjorde EU:s lagstiftare ett försök att harmonisera upphovsrätten i syfte att den skulle kunna anpassas efter digitaliseringen, ändock har den lagstiftningen blivit inaktuell då den inte klarat att hålla jämna steg med den snabba tekniska utvecklingen. De nya regleringar som EU:s lagstiftare antagit sedan dess har varit sätt att försöka anpassa upphovsrätten efter det digitala samhället samtidigt som grundtanken med upphovsrätten konstant varit en faktor som grott i bakgrunden. Denna utredning har visat att de reformer som EU genomfört – genom direktiv och förordningar – har försökt skapa en jämn nivå mellan rättighetshavarnas skydd, de typiska slutanvändarnas intressen och den inre marknadens funktion. Utredningen talar dock för att det i dagsläget inte uppnåtts en balans utan snarare ett system bestående av att kompensera det ena intresset för att det andra har prioriterats. EU:s lagstiftare har genomfört reformer såsom Portabilitetsförordningen som kan tänkas inkräkta på rättighetshavarnas intressen och därefter antagit DSM-direktivet som i sin tur bland annat ska främja rättighetshavarnas möjligheter att erhålla ersättning för utnyttjandet av deras verk.

De reformer som genomförts medför att lagstiftarens försök att modernisera upphovsrätten kan framstå som lite ambivalenta. Levin menar att den successiva regleringen från EU på upphovsrättens område kan ge ett delvis splittrat intryck där det finns en del motsägelser som uppstått genom motstånd vid omförhandlingar av tidigare överenskomna lösningar. Att den upphovsrättsliga bilden inom EU är splittrad beror enligt Levin bland annat på att den snabba tekniska utvecklingen möts med olika inställningar i de olika medlemsstaterna och eftersom reformerna genomförs genom direktiv ges alltför stort nationellt handlingsutrymme.²³⁰ Levins argument är relevant men det bör tilläggas att även EU:s intresse av att prioritera den inre marknaden gör att övriga intressen, däribland rättighetshavarens, får stå tillbaka. När EU senare ska försöka kompensera för den nedprioritering som skett till förmån för en välfungerande inre marknad kan deras agerande framstå som delat. Detta rättsområde verkar på senare tid blivit ett känsligt politiskt område och efter den stora debatt som DSM-direktivet frammanade torde EU:s arbete med att fortsättningsvis reformera upphovsrätten inte blivit mindre komplext.

²³⁰ Levin, 2018, s. 61–62, som även hänvisar vidare till övriga författare som uttryckt åsikter i frågan.

Samtidigt som EU:s lagstiftare arbetar med att reformera lagreglerna får EU-domstolen i sitt arbete tillämpa de regler som redan existerar på området i frågor som kanske inte tagits i beaktande vid tillkomsten av den ifrågavarande lagregeln. Detta torde försätta EU-domstolen i en komplex situation. Det kan tänkas uppstå en intressekonflikt mellan intresset av att följa lagbestämmelser och rättspraxis och intresset av att vara koherent med utvecklingen och fatta domslut som korrelerar med den rådande samhällsbilden. Det kan påstås att EU-domstolen har antagit en mer reformerande roll än vad andra domstolar i vanliga fall gör och uttalar sig mer som en lagstiftare. Det faktum att de reformer som EU:s lagstiftare genomför kan vara av känslig natur torde kunna medföra att de formulerar sig vagt och att EU-domstolen i senare led får i uppgift att förtydliga innebörden av begrepp och dylikt och därigenom utvidga eller inskräpa regleringen. Istället för att EU-domstolen endast tolkar lagregler i enlighet med vad de var tänkta att innebära har de i sina domslut vägt in andra aspekter och intressen, vilket skulle kunna vara en följd av att de måste precisera de vaga regler som uppställs i rättsakterna. Att politiskt kontroversiella frågor överläts till domstol istället för att hanteras av lagstiftaren torde dock ses som problematiskt då det inte är domstolens sak att avgöra de politiska aspekterna inom lagstiftningsförfarandet.

Det faktum att EU-domstolen antagit en reformerande roll medför däremot inte att de inte har värnat om rättighetshavarnas intressen. Tvärtom har domstolen varit noggrann med att påpeka att rättighetshavare ska ges ett starkt skydd och den hänvisar tillbaka till skälen i Infosoc-direktivet där det framgår att ett starkt skydd för rättighetshavare är av stor vikt. EU-domstolen har även hållit hårt i reglerna om undantag och har underkänt nationella lagregleringar som gått emot den uttömmande redogörelsen av undantag från upphovsrätten som uppställs i Infosoc-direktivet. Vidare har den, som visats ovan i referaten av rättspraxis, varit återhållsam i att tolka regler som går emot rättighetshavarna förutom i målen som rör länkning. Där har den antagit en väldigt användarvänlig ståndpunkt.

Att EU-domstolen skulle fokusera mer mot en samhällsanpassning är förvisso inte helt oskäligt och kanske inte heller något negativt eftersom det inte är möjligt att ändra lagstiftning utan att det tar tid. Om då EU-domstolen kan vara flexibel och anpassa regler till en rådande samhällsbild kanske ett rättssystem som är mer överensstämmande med digitaliseringen uppstår. Dock torde tillämpningen riskera att bli godtycklig och möjligen riskerar även lagstiftarens tanke med regleringen att åsidosättas. Det är uttalat att EU-domstolen inte i första hand ska använda sig av teleologisk tolkning men det verkar tillsynes som att de ändå varit

benägna att använda sig av en sådan tolkning tidigt. Istället för att gå efter den språkliga innebörden går EU-domstolen mer emot att uppnå ett visst syfte, se exempelvis dess konstruerande av begreppet ny publik. Detta begrepp har inget direkt stöd i någon rättsakt eller annan internationell överenskommelse. EU-domstolen har en väldigt stark position inom EU och en risk med att EU-domstolen får styra fritt är att den kan bli den främsta lagstiftaren på området. Som det framförts ovan har EU-domstolen fått instruktioner om att utvidga upphovsrätten istället för att tillämpa den för mycket i enlighet med primärrätten. Det torde alltså gå att säga att EU-domstolen förvisso antagit en relativt aktivistisk roll och därigenom format upphovsrätten inom EU men att detta inte skett helt utan viss delegation från EU.

För att besvara frågeställningen om någon av aktörerna, EU:s lagstiftare eller EU-domstolen varit mer drivande i utvecklingen, är det således flertalet olika perspektiv som ska sammanställas i en slutsats. Som tidigare nämnts är det nödvändigtvis inte EU:s lagstiftare eller EU-domstolen som orsakat hela den förändrade balansen utan snarare den snabbt utvecklade digitaliseringen som förändrat effektiviteten i den upphovsrättsliga lagstiftningen. Frågan blir i sådana fall istället om det är EU:s lagstiftare eller EU-domstolen som främst värnat om rättighetshavarens intresse i det digitaliserade samhället och vem som varit mest framgångsrik i sin strävan. Oavsett är det mål som både EU:s lagstiftare och EU-domstolen strävar mot en upphovsrätt som är effektiv i det moderna samhället och därigenom fungerar bra på den inre marknaden. Detta är följaktligen något som båda aktörerna kan sägas vara drivande gentemot. Dock, kan det tänkas att EU:s lagstiftare är mer benägen att använda den inre marknaden som motiv i sina reformer och därigenom vilja införa regler som underlättar för typiska slutanvändare medan EU-domstolen i sådana fall hänvisar tillbaka till lagstiftarens motiv i det senare ledet. Fastän EU-domstolen kan sägas ha antagit en aktivistisk roll har den varit noggrann med att framhålla vikten av att rättighetshavare ges ett starkt skydd. Däremot har den i vissa situationer varit liberal i sin tolkning av rättsakter och genom de kryphål som existerar i lagreglerna premierat typiska slutanvändares tillgång före rättighetshavarnas rättigheter.

Svaret på frågeställningen är inte klart men EU:s lagstiftare verkar tillsynes rent generellt varit mer benägna att prioritera den inre marknaden medan EU-domstolen i sin tur dömt utifrån befintliga lagregler, lagstiftarens tidigare uttalanden och emellanåt tolkat reglerna till att överensstamma med digitaliseringen. Dock finns det ingen regel utan undantag och gränsen är fin. De båda aktörerna har om vartannat främjat såväl rättighetshavarnas som de typiska

slutanvändarnas intressen och därigenom gynnat respektive parts ställning på upphovsrättens område.

6.6 Gynnande av någon part?

Utvecklingen på upphovsrättens område ger sken av att det pågår en ständig kamp mellan att prioritera intresset av den inre marknaden och de typiska slutanvändarna eller prioritera rättighetshavarnas intressen. Likt tidigare nämnt verkar det tillsynes som att lagstiftaren försöker uppnå en rättvis balans på upphovsrättens område genom att skapa regleringar som först främjar den inre marknaden och användarnas intressen och sedan regleringar som ska främja rättighetshavarnas intressen istället för att skapa en reglering som fungerar för både rättighetshavare och typiska slutanvändare. Det kan således konstateras att den utveckling som skett gynnat båda parterna men inte som en helhet utan parterna har snarare i tur och ordning gynnats om vartannat. Det skulle kunna beskrivas som ett partiellt gynnande men inte att båda parterna gynnats av utvecklingen i helhet. EU-domstolens avgöranden och tolkningar av ensamrätterna kan till viss del sägas ha utvidgat rättighetshavarens skydd men ensamrätternas effektivitet i praktiken får minskad betydelse då användningsområdena för skyddat innehåll förändrats på det sätt att de går utöver vad lagstiftaren hade i åtanke då rättigheterna tillkom. EU-domstolen har dock lyckats modernisera ensamrätterna på sådant sätt att de är anpassningsbara efter digitaliseringen men det torde krävas en djupare reform av reglerna för att de ska komma till sin fulla rätt. De intressen hos rättighetshavaren som gynnats främst torde vara ensamrätten till analoga förfoganden, ensamrätten till mångfaldigande och därigenom också rätten till ersättning. I kontrast till det har rätten till digitala förfoganden missgynnats, såväl som ensamrätten överföring till allmänheten samt bestämmanderätten.

Det är tydligt att digitaliseringen i och med ett utökat utbud, tillgänglighet och gränslöshet premierar typiska slutanvändare och inte lämnar mycket över till rättighetshavarna. De regleringar som genomförts har till stor del tillgänglighetsanpassat upphovsrätten, se exempelvis Portabilitetsförordningen och även Geoblockeringsförordningen. Dessa kan sägas vara mer till de typiska slutanvändarnas fördel. Nu senast antogs däremot DSM-direktivet som är ett krafttag till rättighetshavarnas fördel men den reformen tar inte itu med de svårigheter som uppstår i och med de tillgängliggöranden som de övriga reformerna innebär utan fokuserar till stor del på ersättning. Det torde dock finnas intressen hos en rättighetshavare att förfoga över sitt verk som inte är ekonomiska. De vill kanske inte tolerera att deras verk används hursomhelst och varsomhelst oavsett om de får ersättning för det. DSM-direktivets effektivitet

är fortfarande osedd men med hänvisning till Googles agerande i Frankrike finns det klara risker i och med de kryphål som existerar och det faktum att stora företag har makt att styra över förfogandet. Eftersom balansen såsom den ser ut idag till stor del påverkats av digitaliseringen och kan sägas vikta åt ett främjande av den inre marknaden och de typiska slutanvändarnas intressen torde slutsatsen att utvecklingen gynnat de typiska slutanvändarna kunna dras. Vad som dock är värt att påpeka är att detta gynnande nog inte är ett avsiktligt beslut från EU utan snarare en följd av upphovsrättens minskade effektivitet och vad upphovsrätten får för utfall i dagens digitaliserade samhälle.

7 Avslutning

Denna uppsats har ämnat utreda hur EU:s lagstiftare och EU-domstolen genom sina reformer och rättspraxis påverkat balansen på upphovsrättens område. Utredningen i uppsatsen visar att utvecklingen har påverkat rättighetshavarens ställning men i vilken grad skiljer sig mellan de olika ensamrätterna. Mångfaldiganderätten är relativt stark, ensamrätten överföring till allmänheten är svagare och ensamrätten spridning av verk var länge oklar men är nu sagt att inte omfatta spridning av digitala verk. Utvecklingen av territorialiteten är relativt entydig för att gynna typiska slutanvändare. Vad ersättningen till rättighetshavare anbelangar är det fortfarande osett innan DSM-direktivet implementerats och visat sin effekt men reglernas utformning gynnar rättighetshavarnas intressen.

Överlag har upphovsrättens ensamrätt gått från att vara mer en bestämmanderätt till att bli en rätt till kompensation och ersättning. Vad utvecklingen beror på är främst förändrade mönster i samhället i och med digitaliseringen, vilket medfört att den traditionella upphovsrätten spelat ut sin rätt. EU:s arbete mot en gränslös inre marknad har även påverkat utvecklingen, främst territorialitetsprincipen inom upphovsrätten. Såväl EU:s lagstiftare som EU-domstolen har bidragit till utvecklingen vari EU:s lagstiftare varit mer benägna att genomföra reformer som gynnar den inre marknaden medan EU-domstolen istället försökt reformera upphovsrätten så den är i linje med digitaliseringen. Utvecklingen har till största del gynnat typiska slutanvändare då de drar störst nytta av den tillgänglighetsbaserade digitaliseringen.

De flesta av EU:s upphovsrättsliga reformer är relativt nya. För att vidareutveckla uppsatsen hade det varit önskvärt att innehållet i dessa reformer hunnit prövas av EU-domstolen. Främst hade en prövning av vissa artiklar i de nya direktiven och förordningarna varit fördelaktigt eftersom det kanske gått uträna huruvida domstolen skulle välja att tolka artiklarna till rättighetshavarnas eller de typiska slutanvändarnas fördel. Det finns nämligen vissa begrepp i de nya rättsakterna som framöver troligen kommer bli föremål för en bedömning av EU-domstolen eftersom det finns tolkningsutrymme i formuleringarna.²³¹ Det finns således utrymme för ytterligare studier av den upphovsrättsliga utvecklingen, speciellt när rättsakterna varit i kraft ett tag och dess praktiska tillämpning och effektivitet har visats.

²³¹ Se exempelvis begreppet *tillfällig vistelse* i förordning (EU) 2017/1128, art. 2 p. 4.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck från EU

Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden, OJ L 178, 17.7.2000, s. 1–16.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, OJ L 167, 22.6.2001, s. 10–19.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter (kodifierad version), OJ L 376, 27.12.2006, s. 28–35.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/116/EG av den 12 december 2006 om skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter (kodifierad version), OJ L 372, 27.12.2006, s. 12–18.

Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 864/2007 av den 11 juli 2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (Rom II), OJ L 199, 31.7.2007, s. 40–49.

Lissabonfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, undertecknat i Lissabon den 13 december 2007, OJ C 306, 17.12.2007, s. 1–271.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram (kodifierad version), OJ L 111, 5.5.2009, s. 16–22.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/77/EU av den 27 september 2011 om ändring av direktiv 2006/116/EG om skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter, OJ L 265, 11.10.2011, s. 1–5.

Fördraget om Europeiska unionen (konsoliderad version), OJ C 326, 26.10.2012, s. 13–390.

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (konsoliderad version), OJ C 326, 26.10.2012, s. 47–390.

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, EUT C 326, 26.10.2012, s. 391–407.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/26/EU av den 26 februari 2014 om kollektiv förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter och gränsöverskridande licensiering av rättigheter till musikaliska verk för användning på nätet på den inre marknaden, OJ L 84, 20.3.2014, s. 72–98.

Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/1128 av den 14 juni 2017 om gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden, OJ L 168, 30.6.2017, s. 1–11.

Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2018/302 av den 28 februari 2018 om åtgärder mot omotiverad geoblockering och andra former av diskriminering på grund av kunders nationalitet, bosättningsort eller etableringsort på den inre marknaden och om ändring av förordningarna (EG) nr 2006/2004 och (EU) 2017/2394 samt direktiv 2009/22/EG, EUT L 60I, 2.3.2018, s. 1–15.

Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG, OJ L 130, 17.5.2019, p. 92–125.

Internationella överenskommelser

Avtalet om handelsrelaterade aspekter av immateriella rättigheter (TRIPS-avtalet), SÖ 1995:30.

Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk, Bern den 9 september 1886, SÖ 1984:53.

Romkonventionen om skydd för utövande konstnärer, framställare av fonogram samt radioföretag, Rom den 26 oktober 1961, SÖ 1962:68.

Världskonventionen om upphovsrätt, Paris den 24 juli 1971, SÖ 1973:50.

Wienkonventionen om traktaträtten, Wien den 23 maj 1969, SÖ 1975:1.

WIPO-fördraget om framföranden och fonogram, Genève den 20 december 1996, SÖ 2010:18.

WIPO-fördraget om upphovsrätt, Genève den 20 december 1996, SÖ 2010:17.

Övrigt material från EU

Betänkande om säkerställande av gränsöverskridande portabilitet för innehållstjänster online på den inre marknaden, 9.12.2016, (COM(2015)0627 – C8-0392/2015 – 2015/0284(COD)).

Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén, En strategi för en inre digital marknad i Europa, COM(2015) 192 final, {SWD(2015) 100 final}, 6.5.2015.

Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén, Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten, COM(2015) 626 final, 9.12.2015.

Rättegångsregler för domstolen av den 25 september 2012 (EUT L 265 av den 29.9.2012), i deras lydelse enligt ändringar av den 18 juni 2013 (EUT L 173 av den 26.6.2013, s. 65), av den 19 juli 2016 (EUT L 217 av den 12.8.2016, s. 69) och av den 9 april 2019 (EUT L 111 av den 25.4.2019, s. 73).

Nationell lagstiftning

Code de la propriété intellectuelle, loi no 92-597 du 1^{er} juillet 1992, (Frankrike).

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), 09.09.1965, BGBl. I S. 1273, (Tyskland).

Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, (Sverige).

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, (Ley de Propiedad Intelectual), BOEnúm. 97, de 22 de abril de 1996, BOE-A-1996-8930, (Spanien).

Wet van 23 september 1912, houdende nieuwe regeling van het auteursrecht, (Auteurswet), (Nederländerna).

Rättspraxis

Avgöranden från EU-domstolen

Mål C-26/62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos mot Nederländska skatteförvaltningen, ECLI:EU:C:1963:1.

Mål C-6/64, Flaminio Costa mot E.N.E.L., ECLI:EU:C:1964:66.

Mål C-283/81, Srl CILFIT och Lanificio di Gavardo SpA mot Ministero della sanità, ECLI:EU:C:1982:335.

Förenade målen C-92/92 och C-326/92, Phil Collins mot Imtrat Handelsgesellschaft mbH och Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH och Leif Emanuel Kraul mot EMI Electrola GmbH, ECLI:EU:C:1993:847.

Mål C-360/00, Land Hessen mot G. Ricordi & Co. Bühnen- und Musikverlag GmbH, ECLI:EU:C:2002:346.

Mål C-476/01, Brottmål mot Felix Kapper, ECLI:EU:C:2004:261.

Mål C-89/04, Mediakabel BV mot Commissariaat voor de Media, ECLI:EU:C:2005:348.

Mål C-192/04, Lagardère Active Broadcast mot Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE) och Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL), ECLI:EU:C:2005:475.

Mål C-306/05, Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) mot Rafael Hoteles SA, ECLI:EU:C:2006:764.

Mål C-5/08, Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening, ECLI:EU:C:2009:465.

Mål C-101/08, Audiolux mot Groupe Bruxelles Lambert m.fl., ECLI:EU:C:2009:626.

Mål C-136/09, Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon mot Divani Akropolis Anonimi Xenodocheiaki kai Touristiki Etaireai, ECLI:EU:C:2010:151.

Förenade målen C-403/08 och C-429/08, Football Association Premier League Ltd mot QC Leisure och Karen Murphy mot Media Protection Services Ltd, ECLI:EU:C:2011:631.

Mål C-70/10, Scarlet Extended SA mot Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), ECLI:EU:C:2011:771.

Mål C-302/10, Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening, ECLI:EU:C:2012:16.

Mål C-360/10, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) mot Netlog NV, ECLI:EU:C:2012:85.

Mål C-135/10, Società Consortile Fonografici (SCF) mot Marco Del Corso, ECLI:EU:C:2012:140.

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

Mål C-607/11, ITV Broadcasting Ltd m.fl. mot TVCatchup Ltd, ECLI:EU:C:2013:147.

Mål C-170/12, Peter Pinckney mot KDG Mediatech AG, ECLI:EU:C:2013:635.

Mål C-355/12, Nintendo Co. Ltd and Others v PC Box Srl and 9Net Srl, ECLI:EU:C:2014:25.

Mål C-466/12, Nils Svensson m.fl. mot Retriever Sverige AB, ECLI:EU:C:2014:76.

Mål C-351/12, OSA – Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. mot Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s., ECLI:EU:C:2014:110.

Mål C-314/12, UPC Telekabel Wien GmbH mot Constantin Film Verleih GmbH och Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, ECLI:EU:C:2014:192.

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

Mål C-201/13, Johan Deckmyn och Vrijheidsfonds VZW mot Helena Vandersteen m.fl., ECLI:EU:C:2014:2132.

Mål C-348/13, BestWater International GmbH mot Michael Mebes und Stefan Potsch, ECLI:EU:C:2014:2315.

Mål C-419/13, Art & Allposters International BV mot Stichting Pictoright, ECLI:EU:C:2015:27.

Mål C-279/13, C More Entertainment AB mot Linus Sandberg, ECLI:EU:C:2015:199.

Mål C-151/15, Sociedade Portuguesa de Autores CRL mot Ministério Público m.fl., ECLI:EU:C:2015:468.

Mål C-325/14, SBS Belgium NV mot Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM), ECLI:EU:C:2015:764.

Mål C-160/15, GS Media BV mot Sanoma Media Netherlands BV m.fl., ECLI:EU:C:2016:644.

Mål C-301/15, Marc Soulier och Sara Doke mot Premier ministre and Ministre de la Culture et de la Communication, ECLI:EU:C:2016:878.

Mål C-527/15, Stichting Brein mot Jack Frederik Wullems, agissant sous le nom Filmspeler, ECLI:EU:C:2017:300.

Mål C-621/18, Andy Wightman m.fl. mot Secretary of State for Exiting the European Union, ECLI:EU:C:2018:999.

Mål C-476/17, Pelham GmbH m.fl. mot Ralf Hütter och Florian Schneider-Esleben, ECLI:EU:C:2019:624.

Mål C-263/18, Nederlands Uitgeversverbond och Groep Algemene Uitgevers mot Tom Kabinet Internet BV m.fl., ECLI:EU:C:2019:1111.

Förslag till avgörande

Mål C-263/18, Förslag till avgörande av generaladvokat Szpunar föredraget den 10 september 2019, Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers mot Tom Kabinet Internet BV, Tom Kabinet Holding BV, Tom Kabinet Uitgeverij BV, ECLI:EU:C:2019:697.

Amerikansk federal appellationsdomstol

Vernor v. Autodesk, Inc., 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010).

Litteratur

Arnall, Anthony, Judicial Dialogue in the European Union, i Dickson, Julie och Eleftheriadis, Pavlos (red.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 109–136.

Axhamn, Johan, EU-domstolen tolkar originalitetskriteriet och inskränkningen till förmån för vissa tillfälliga former av mångfaldigande, i *Nordiskt immateriellt rättsskydd*, 2010, s. 339–353.

Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, Sjätte upplagan, Stockholm, Norstedts Juridik, 2018.

Bernitz, Ulf; Pehrson, Lars; Rosén, Jan; Sandgren, Claes, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, Fjortonde upplagan, Stockholm, Jure förlag, 2017.

Brand, Stewart, *The Media Lab: Inventing the Future at MIT*, New York, Viking Penguin Inc., 1987.

Bruncevic, Merima och Käll, Jannice, *Modern immaterialrätt*, Stockholm, Liber, 2016.

Burden, Kit, EU Update, i *Computer Law & Security Review*, Vol. 31, Issue 2, 2015, s. 293–299.

Cöster, Mathias och Westelius, Alf, *Digitalisering*, Stockholm, Liber, 2016.

Derlén, Mattias; Ingmanson, Staffan; Lindholm, Johan, *Grundläggande EU-rätt*, Stockholm, Liber, 2015.

Derlén, Mattias, Multilingual Interpretation of CJEU Case Law: Rule and Reality, i *European Law Review*, Vol. 39, No. 3, 2014, s. 295–315.

Derlén, Mattias, *Multilingual Interpretation of European Union Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009.

Dreier, Thomas, Copyright in the Times of the Internet – Overcoming the Principle of Territoriality Within the EU, i *ERA Forum*, Vol. 18, No. 1, 2017, s. 7–19.

Geiger, Christophe; Schönherr, Franciska; Stamatoudi, Irini; Torremans, Paul, The Information Society Directive, i Stamatoudi, Irini och Torremans, Paul (red.), *EU Copyright Law A Commentary*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2014, s. 395–527.

Hanuz, Bianca, Linking to Unauthorized Content After the CJEU GS Media Decision, i *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 11, Issue 12, 2016, s. 879–881.

Hellner, Michael, *Rom II-förordningen: tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser*, Stockholm, Norstedts Juridik, 2014.

Komárek, Jan, In the Court(s) We Trust? On the Need for Hierarchy and Differentiation in the Preliminary Ruling Procedure, i *European Law Review*, Vol. 32, No. 4, 2007, s. 467–491.

Komárek, Jan, Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent, i *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 61, No. 1, 2013, s. 149–171.

Lasser, Mitchel De S.-O.-L'E, *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, Elfte upplagan, Stockholm, Wolters Kluwer, 2018.

Lindholm, Johan och Kaburakis, Anastasios, Cases C-403/08 and C-429/08 FA Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others; and Karen Murphy v Media Protection Services Ltd, 4 Oct 2011, i Anderson, Jack (red.), *Leading Cases in Sports Law*, Haag, T.M.C. Asser Press, 2013, s. 271–286.

Lucas-Schloetter, Agnès, Is there a concept of European Copyright Law? History, Evolution, Policies and Politics and the Acquis Communautaire, i Stamatoudi, Irini och Torremans, Paul (red.), *EU Copyright Law A Commentary*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2014, s. 7–22.

Minero, Gemma, The Term Directive, i Stamatoudi, Irini och Torremans, Paul (red.), *EU Copyright Law A Commentary*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2014, s. 248–297.

Olsson, Henry, *Copyright*, Tionde upplagan, Stockholm, Norstedts Juridik, 2018.

Otken Eriksson, Ida; Mörk, Martin; Vinterskog, Julia; Runnako, Malin, Avgöranden från EU-domstolen – andra halvåret 2011, i *Svensk juristtidning*, SvJT 2012 s. 401, 2012, s. 401–428.

Pila, Justine och Torremans, Paul L.C., *European Intellectual Property Law*, Andra upplagan, Oxford, Oxford University Press, 2016.

Quintais, João Pedro, The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look, utkast 2019, kommande i *European Law Review*, 2020.

Reis, Sarah, Toward a 'Digital Transfer Doctrine'? The First Sale Doctrine in the Digital Era, i *Northwestern University Law Review*, Vol. 109, No. 1, 2015, s. 173–208.

Rosati, Eleonora, GS Media and Its Implications for the Construction of the Right of Communication to the Public within EU Copyright Architecture, i *Common Market Law Review*, 54, 2017, s. 1221–1242.

Rosati, Eleonora, What Does the European Commission Make of the EU Copyright Acquis When It Pleads Before the CJEU? The Legal Service's Observations in Digital/Online Cases, utkast 2019, kommande i *European Law Review*.

Rosén, Jan och Granmar, Claes, Länkning på internet – EU-domstolen i konflikt med internationell rätt, i *Svensk juristtidning*, SvJT 2015 s. 347, 2015, s. 347–365.

Rosén, Jan, How Much Communication to the Public Is 'Communication to the Public'?, i Stamatoudi, Irini A. (red.), *New Developments in EU and International Copyright Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2016, 331–350.

Savič, Maša, The CJEU Allposters Case: Beginning of the End of Digital Exhaustion?, i *European Intellectual Property Review*, Vol. 37, No. 6, 2015, s. 378–383.

Schønning, Peter, Copyright Licensing on the Internet, i Rosén, Jan & Nordell, Per Jonas (red.), *Copyright, related rights and media convergence in the digital context: Nordic Study Days June 18–20, 2000, Stockholm Sweden*, Stockholm, Jure, 2001, s. 137–148.

Seville, Catherine, *EU Intellectual Property Law and Policy*, Första upplagan, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010.

Sganga, Caterina, From Soulier to the EU Copyright Law Reform: What Future for Non-Voluntary Collective Management Schemes?, i *ERA Forum*, Vol. 19, Issue 1, 2018, s. 137–154.

Sganga, Caterina, The Eloquent Silence of Soulier and Doke and Its Critical Implications for EU Copyright Law, i *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 12, No. 4, 2017, s. 321–330.

Synodiniou, Tatiana Eleni, *EU Portability Regulation In-depth Analysis of the Proposal*, Policy Department Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2016.

Thouvenin, Florent, BestWater: Der EuGH auf blinder Fahrt in trüben Gewässern, i *sic! - Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informationsund Wettbewerbsrecht*, sic! 2015 s. 704, 2015, 704–709.

Tiersma, Peter, The Textualization of Precedent, i *Notre Dame Law Review*, Vol. 82, Issue 3, 2007, s. 1187–1278.

Valentin Rehncrona, Pia, *Immaterialrättens grunder*, Tredje upplagan, Lund, Studentlitteratur, 2012.

Wolk, Sanna, Immaterialrätten då, nu och i framtiden, i *Svensk juristtidning*, SvJT 100 år s. 129, 2016, s. 129–137.

Övriga källor

Europeiska kommissionen, [ec.europa.eu/digital-single-market/en/eu-copyright-framework], hämtad 25.9.2019.

Europeiska kommissionen, [ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/copyright], hämtad 25.9.2019.

Gingras, Richard, *How Google Invests in News*, The Keyword, 25 september 2019, [blog.google/perspectives/richard-gingras/how-google-invests-news/], hämtad 24.10.2019.

Kayali, Laura, *Google Refuses to Pay Publishers in France*, Politico, 25 september 2019, [politico.eu/article/licensing-agreements-with-press-publishers-france-google/], hämtad 24.10.2019.

López, Natacha, *Splittring när EU-parlamentet godkänner digital upphovsrätt*, Europaportalen, 26 mars 2019, [europaportalen.se/2019/03/splittring-nar-eu-parlamentet-godkanner-digital-upphovsratt], hämtad 22.11.2019.

Molinder, Emelie, *EU röstar ja till nytt upphovsrättsdirektiv - hur orolig behöver du vara?*, Internetstiftelsen, 25 mars 2019, [internetstiftelsen.se/nyheter/hur-orolig-bor-du-vara-over-framtidens-internet/], hämtad 22.11.2019.

O'Neill, Rory, *Sale of Second-hand E-books Infringes Copyright, Rules CJEU*, World Intellectual Property Review, 19 december 2019, [worldipreview.com/news/sale-of-second-hand-e-books-infringes-copyright-rules-cjeu-19049], hämtad 21.12.2019.

Rosenvinge, Therese, *Ny maktkamp att vänta när Google vägrar betala medier för länkar*, Medierna, Sveriges Radio, P1, 7.10.2019.

Scola Nancy och Harding McGill, Margaret, *Inside the Media Industry's Struggle to Take On Silicon Valley*, Politico, 30 augusti 2019, [politico.com/story/2019/08/30/media-social-media-europe-1657902], hämtad 24.10.2019.

Sganga, Caterina, *Digital Exhaustion May Be Needed but Has No Room Under the InfoSoc Directive – Says AG Szpunar in Tom Kabinet*, Kluwer Copyright Blog, 1 oktober 2019, [copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/10/01/digital-exhaustion-may-be-needed-but-has-no-room-under-the-infosoc-directive-says-ag-szpunar-in-tom-kabinet/], hämtad 30.10.2019.

Szkalej, Kacper, *The New Copyright Directive: Article 17 and Copyright Limitations – Picking Two Cherries and Leaving the Rest to Spoil? Part I*, Kluwer Copyright Blog, 29 oktober 2019, [copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/10/29/the-new-copyright-directive-article-17-and-copyright-limitations-picking-two-cherries-and-leaving-the-rest-to-spoil-part-i/], hämtad 27.11.2019.