

Kulturministeriet
att. Nicky Valbjørn

14. juni 2018
OB-004a-003/cbh

Vedr. skriftlig udtalelse i sag ved EU-Domstolen om videresalg af digitale filer

Kære Nicky

På vegne af Dansk Forfatterforening, Danske Skønlitterære Forfattere, Dansk Journalistforbund og Danske Forlag retter jeg henvendelse til jer med opfordring til at forberede en skriftlig udtalelse fra den danske regering til EU-Domstolen i den såkaldte Tom Kabinet-sag Case C-263/18, som vedrører salg af "brugte" e-bøger. Vi ser med stor alvor på sagen, da den kan få afgørende betydning for mulighederne for videreudviklingen af et bæredygtigt kommercielt bogmarked. Sagen er anlagt som et præjudicielt søgsmål og kommer fra distriktsretten i Haag i en afgørelse af 28. marts 2018. Vi vedhæfter en uautoriseret oversættelse fra hollandsk til engelsk, som vi har modtaget fra den hollandske forlæggerforening.

Sagen handler en hollandsk virksomhed Tom Kabinet, som har lavet en platform, hvor de videresælger "brugte" e-bøger. Den hollandske forlæggerforening har ved nationale domstole lagt sag an med påstand om, at platformen er ulovlig, da konsumptionsprincippet ikke omfatter filer med litteratur, der stilles til rådighed online. Skulle Tom Kabinet mod forventning få medhold i en udvidelse af konsumptionsprincippet, vil det også få betydning for bl.a. film og musik.

Vi mener

- A. at der ikke i EU-lovgivningen er hjemmel til at udvide konsumptionsprincippet til også at omfatte digitale filer med litteratur, musik og film, og at dansk lovgivning skal ændres, hvis EU-Domstolen indfortolker en sådan udvidelse.
- B. at en udvidelse af konsumptionsprincippet vil have så indgribende konsekvenser for store dele af markedet for kulturprodukter, at beslutningen skal tages i det politiske system med de indbyggede demokratiske og oplysende høringer i form af impact assessments m.m.

Spørgsmål til EU-Domstolen

Distriktsretten i Haag har stillet følgende spørgsmål til EU-Domstolen:

1. Is Article 4(1) of the Copyright Directive to be construed as meaning that ‘any form of distribution to the public by sale or otherwise of the original of their works or copies thereof as referred to therein includes making available remotely by downloading, for use for an unlimited period, e-books (being digital copies of books protected by copyright) at a price by means of which the copyright holder receives remuneration equivalent to the economic value of the work belonging to him?’
2. If question 1 is to be answered in the affirmative, is the distribution right with regard to the original or copies of a work as referred to in Article 4(2) of the Copyright Directive exhausted in the Union, when the first sale or other transfer of that material, which includes making available remotely by downloading, for use for an unlimited period, e-books (being digital copies of books protected by copyright) at a price by means of which the copyright holder receives remuneration equivalent to the economic value of the work belonging to him, takes place in the Union through the rightholder or with his consent?

ad. A Der er ikke hjemmel i EU-lovgivningen til at udvide konsumptionsprincippet til også at omfatte digitale filer med litteratur, musik og film, og dansk lovgivning skal ændres, hvis EU-Domstolen indfortolker en sådan udvidelse

Infosoc-direktivets art. 4(2) blev vedtaget med præambelbetragtning nr. 29:

”Spørgsmålet om konsumtion er ikke relevant i forbindelse med tjenester, herunder især onlinetjenester. Det er heller ikke relevant ved fysisk kopiering af et værk eller en anden frembringelse foretaget af en bruger af en sådan tjeneste med rettighedshaverens samtykke. Det samme gælder derfor for udlejning og udlån af originalværker eller eksemplarer heraf eller andre frembringelser, der har karakter af tjenester. I modsætning til cd-rom eller cd-i, hvor de intellektuelle ejendomsrettigheder er indeholdt i et fysisk medium, nemlig en vare, udgør alle onlinetjenester i realiteten en handling, der kræver tilladelse, når det er foreskrevet efter de ophavsretlige regler eller reglerne vedrørende den beslægtede ret.”

Direktivet blev således vedtaget med danske stemmer ud fra en klar forudsætning om, at konsumptionsbestemmelsen ikke omfatter onlinetjenester. Denne forudsætning udgør et centralt element i dansk ret på dette punkt. I lovmotiverne til den danske implementering af art. 4(2) i ophavsretslovens § 19 hedder det således:

”Det følger af [infosoc-]direktivets betragtning 29, at konsumtion kun er relevant ved distribution af fysiske medier, ikke ved tjenester, herunder onlinetjenester. Der indtræder heller ikke konsumtion f.s.v. angår eksemplarer, der med rettighedshaverens samtykke er fremstillet af en bruger af

en onlinetjeneste, fx en kopi af en database på internettet; her beror adgangen til at sprede eksemplaret til almenheden på aftalen mellem rettighedshaveren og brugeren. Dette svarer til gældende dansk ret."

EU-Domstolen har aldrig fortolket Infosoc-direktivets art. 4(2) i retning af, at bestemmelsen vedrører andet og mere end fysiske produkter i forbindelse med overgang af ejendomsretten til disse. Tværtimod har Domstolen i Allposters-sagen (sag C-419/13) i præmis 40 forudsat, at art. 4(2) "omfatter den rørlige genstand".

Princippet om, at der ikke indtræder konsumtion ved tjenester, kun ved salg af fysiske produkter, hvor ejendomsretten overgår til andre, er af generel karakter. Princippet er udmøntet i art. 6(2) i WCT, og det findes også i en række af EU's handelsaftaler med tredjelande, hvor det i kapitlet om immaterialrettigheder ofte fastsættes, at konsumptionsprincippet "does not apply in the digital environment". Hvis konsumptionsprincippet skal udvides, vil det kræve en ændring af 3-step testen i Berner-konventionen. Princippet er også udtrykt i adskillige EU-domme, hvorefter EU-Traktatens bestemmelser om EØS-konsumtion (art. 34 og 36) ikke finder anvendelse på eneretten til offentlig fremførelse; se fx præmis 56 i Dior-dommen (sag C-337/95), hvor det hedder:

"Litterære og kunstneriske værker kan imidlertid udnyttes kommercielt, enten ved offentlige fremførelser eller ved at fremstille eksemplarer med fysiske bærere og bringe de således fremstillede reproduktioner i omsætning, og ophavsmandens to væsentlige særrettigheder, nemlig eneretten til at fremføre værket og eneretten til at fremstille eksemplarer af det, anfægtes ikke af reglerne i trakten"

Eneretten til offentlig fremførelse, herunder overføring til almenheden og tilrådighedsstillelse for almenheden, tilhører således efter EU-praksis ophavsrettens særlige genstand, som ikke er genstand for konsumtion.

Eftersom en ændret retspraksis vil forrykke dansk ophavsretslovgivning på et centralt punkt, som har været forudsat ved Danmarks bidrag til vedtagelsen af direktivet og ved dets implementering, bør den danske regering ved en skriftlig udtalelse aktivt modvirke en retsafgørelse, der går i modsat retning.

ad. B En udvidelse af konsumptionsprincippet vil have så indgribende konsekvenser for store dele af markedet for kulturprodukter, at beslutningen skal tages i det politiske system med de indbyggede demokratiske og oplysende høringer i form af impact assessments m.m.

Skal dette rodfæstede princip ændres, bør det ske gennem en ændring af Infosoc-direktivet, dvs. gennem en procedure, der inddrager de demokratisk valgte EU-institutioner på basis af et grundigt forarbejde med en Impact Assessment, ikke gennem en ændring i EU-Domstolens retspraksis i en konkret retssag.

For forfattere og forlag og for skabelsen af ny litteratur og læremidler vil indførelse af konsumption af retten til onlinefiler have åbenbare negative konsekvenser.

I forhold til fysiske eksemplarer har man fra lovgivers side besluttet at tolerere videresalg af f.eks. trykte bøger, men da der er afgørende forskelle mellem både produkterne og markedet for trykte bøger og for digitale filer, vil en ligestilling reelt føre til en forskelsbehandling og vil få alvorlige økonomiske konsekvenser for forfattere og forlags muligheder for at få en indtjening på deres værker. I realiteten savner det nemlig mening at tale om "brugte" digitale filer, da original og kopi reelt er identiske.

- En "brugt" digital fil er 100 % substituerbar med den originale fil. Spørgsmålet er, hvem der vil betale fuld pris for en original e-bog, hvis et identisk eksemplar kan fås til f.eks. 40 % af originalprisen. Der vil derfor være tale om en markedsplads med ulige konkurrence mellem dem, der sælger originale e-bøger med fuld afregning til forfattere og forlag, og dem, der sælger "brugte" men identiske e-bøger, og som ikke betaler noget til rettighedshaverne. I sidste ende er der ingen tvivl om, at de forhandlere, som betaler rettighedshaverne, ville blive skadet, og dermed vil bogens fødekæde, som sikrer, at der kommer penge tilbage til skaberne og udgiverne, blive undermineret.
- En digital bog kan kopieres i identiske eksemplarer et uendeligt antal gange. Rettighedshaverne ville reelt miste kontrollen med, om en fil er lovlig eller ulovlig, og retshåndhævelsesmulighederne ville reelt blive undermineret. Dermed ville der blive åbnet op for et stort ulovligt marked.
- En konsumptionsregel vil risikere at bremse forskellige innovative projekter, da forlagene vil få fokus på beskyttelse af de digitale filer f.eks. ved at genindføre hård DRM, hvilket vil være et voldsomt tilbageskridt for forbrugerne i et marked, hvor de fleste danske forlag i dag benytter blød DRM i form af vandmærkning.
- Trykte bøger bliver slidt ved brug og mister hurtigt stor værdi (se på prisen på brugte bøger på diverse loppemarkeder). Derfor er værdien af brugte trykte bøger for forbrugeren reelt meget lille. Omvendt forholder det sig med en "brugt" digital fil, da denne er identisk med den originale.

Vi kommer gerne til et møde med ministeriet, hvor vi kan drøfte og uddybe ovenstående synspunkter.

Med venlig hilsen

Christine Bødtcher-Hansen
Direktør
Danske Forlag

Morten Visby
Formand
Dansk Forfatterforening

Peter Rønnov-Jessen
Formand
Danske Skønlitterære
Forfattere

Lars Werge
Formand
Dansk Journalistforbund