



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Marcus Svensson

Konsumtionsprincipens tillämpning på digitala verk

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ulrika Wennersten

Termin för examen: HT 2014

Innehåll

SUMMARY	2
SAMMANFATTNING	4
FÖRORD	6
FÖRKORTNINGAR	7
1 INLEDNING	8
1.1 Bakgrund	8
1.2 Syfte och frågeställningar	9
1.3 Avgränsningar	9
1.4 Metod och material	10
1.5 Forskningsläge	13
1.6 Disposition	15
2 UPPHOVSRÄTTEN	16
2.1 Lagstiftningen och dess källor	16
2.1.1 Internationella konventioner	16
2.1.2 EU-rätt	17
2.1.3 Svensk rätt	18
2.2 Skyddade digitala företeelser	19
2.3 Ensamrättens omfattning	20
3 KONSUMTIONSPRINCIPEN	23
3.1 Allmänt	23
3.2 UsedSoft mot Oracle	27
4 DATORPROGRAM	31
4.1 Datorprogramdirektivets tillämpningsområde	31
4.2 Direktivets tillämplighet på digitala produkter	33
5 ANDRA DIGITALA VERK	36
5.1 Allmänt	36
5.2 E-böcker	40
5.3 Musik	43
5.4 TV-spel	45
6 ANALYS	48
6.1 Digitala verk och datorprogramdirektivet	48
6.1.1 Direktivets tillämpningsområde	48
6.1.2 Effekten av en parallell tillämpning	50
6.2 Konsumtionsprincipen och infosocdirektivet	51
6.2.1 Olikheter i språk och bakgrund mellan datorprogramdirektivet och infosocdirektivet	51
6.2.2 Argumenten i avgörandet <i>UsedSoft</i>	53
6.2.3 Ekvivalensteorierna	54
6.2.4 Skillnader mellan de digitala verken	55
7 SLUTSATSER	57
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	59

Summary

In the *UsedSoft*¹ case, the CJEU concluded that the principle of exhaustion extends to digital copies of computer programs under certain conditions. This ruling has been followed by a discussion on whether or not the principle applies to other categories of digital works as well. The purpose of this thesis is to assess if that is the case by examining how digital works relate to the scope of the Software Directive², what the result is of a parallel application of the Software Directive and the Infosoc Directive³, and if the principle of exhaustion also applies to digital works under the Infosoc Directive.

In light of the cases *BSA*⁴ and *SAS*⁵, it can be concluded that the scope of the Software Directive is so narrow that it is difficult to find a situation where exhaustion of a digital copy can be assessed solely under this Directive. This conclusion applies to computer programs and other digital works alike. It is based on the fact that the Infosoc Directive will apply in relation to certain elements of the digital work, such as interfaces, images and audio. In the *Infopaq*⁶ case, it is stated that parts of a work should be treated in the same manner as the work as a whole. Therefore, digital works are in many cases protected under both the Software Directive and the Infosoc Directive. This is confirmed in the ruling *PC Box*⁷ with regard to videogames, from which it also, in my opinion, can be concluded that every aspect of copyright should be assessed in relation to the one of the applicable Directives that affords the best protection for the rights holder. A result of this is that the *UsedSoft* case either has no practical relevance or that the principle of exhaustion also applies to digital copies under the Infosoc Directive.

When addressing the question of whether or not the statements in the *UsedSoft* case also apply to digital works under the Infosoc Directive, it is noted that there are some differences in the wording of the Directives regarding exhaustion. Furthermore, the Infosoc Directive is closer connected to the WCT, a treaty that speaks against such an application, than the Software Directive is. These differences do not, however, make it impossible to apply the principle of exhaustion to digital works also under the Infosoc Directive. In an analysis of the CJEU's intention, it is first noted that the Court refers to the *lex specialis* character of the Software Directive in the *UsedSoft* case. At the same time, I believe that the reasons stated by the Court in support of an application of the principle of exhaustion could be applied equally in relation to digital works outside the scope of the Software Directive. This opens up for a more general application of the case.

¹ C-128/11.

² Directive 2009/24/EG.

³ Directive 2001/29/EG.

⁴ C-393/09.

⁵ C-406/10.

⁶ C-5/08.

⁷ C-355/12.

Furthermore, it is also desirable to treat digital and physical copies equally, according to theories of equivalence as described in the doctrine. In my opinion, however, there are differences that make an equal application of the principle non-equivalent, but such a statement could also be made with regard to computer programs and yet this is not considered in the *UsedSoft* case.

Taking all factors into account, my conclusion is that the principle of exhaustion applies also to digital copies of works under the Infosoc Directive, which is a reasonable conclusion since the different categories of digital works are becoming more and more merged together.

Sammanfattning

I avgörandet *UsedSoft*⁸ slog EU-domstolen fast att konsumtionsprincipen omfattar digitala exemplar av datorprogram under vissa förutsättningar. Förhandsavgörandet har följts av en diskussion kring huruvida principen även ska tillämpas på andra kategorier av digitala verk. Syftet med framställningen är att utreda om så är fallet genom att undersöka hur digitala verk förhåller sig till datorprogramdirektivets⁹ tillämpningsområde, vad resultatet blir vid en parallell tillämpning av datorprogramdirektivet och infocodirektivet¹⁰ samt om kopior av digitala verk ska anses konsumerade även under infocodirektivet.

Till följd av EU-domstolens avgöranden *BSA*¹¹ och *SAS*¹² kan konstateras att datorprogramdirektivets tillämpningsområde är så smalt avgränsat att det i praktiken inte kan bli aktuellt att endast tillämpa detta direktiv i förhållande till frågan om konsumtion av digitala exemplar, varken avseende datorprogram eller andra kategorier av digitala verk. I samtliga dessa fall bör nämligen även infocodirektivet aktualiseras p.g.a. de digitala verkens inslag av exempelvis gränssnitt, bild och ljud. Då det framgår av avgörandet *Infopaq*¹³ att delar av verk ska erhålla samma skydd som hela verk är digitala verk därför i många fall skyddade under både datorprogramdirektivet och infocodirektivet. Denna ståndpunkt bekräftades i förhållande till TV-spel i avgörandet *PC Box*¹⁴, av vilket det enligt min mening även framgår att varje fråga ska bedömas utifrån det av de två tillämpliga skydden som är mest förmånligt för rättighetshavaren. En effekt av detta är att avgörandet *UsedSoft* inte får någon praktisk betydelse om inte konsumtionsprincipen även omfattar exemplar av digitala verk under infocodirektivet.

Beträffande frågan om avgörandet *UsedSoft* gäller även under infocodirektivet konstateras att det finns vissa språkskillnader mellan direktiven avseende konsumtionsprincipen samt att infocodirektivet har en närmare relation till WCT, en traktat som talar mot en sådan tillämpning, än vad datorprogramdirektivet har. Skillnaderna utgör dock inte något absolut hinder för en tillämpning av konsumtionsprincipen på digitala verk även inom infocodirektivets tillämpningsområde. Vid en analys av EU-domstolens rättsliga argument noteras att domstolen hänvisar till datorprogramdirektivets *lex specialis*-karaktär i avgörandet *UsedSoft*. Samtidigt anser jag att de skäl som domstolen anför till stöd för en tillämpning av konsumtionsprincipen i lika stor utsträckning kan göras gällande i förhållande till digitala verk utanför datorprogramdirektivets

⁸ C-128/11.

⁹ Direktiv 2009/24/EG.

¹⁰ Direktiv 2001/29/EG.

¹¹ C-393/09.

¹² C-406/10.

¹³ C-5/08.

¹⁴ C-355/12.

tillämpningsområde. Detta öppnar för en mer generell tillämpning av avgörandet. Det är också, med hänsyn till i doktrinen förekommande ekvivalensteorier, önskvärt att digitala och fysiska exemplar behandlas på samma sätt. Det finns visserligen skillnader som enligt min mening leder till att en motsvarande tillämpning av konsumtionsprincipen på digitala verk inte är ekvivalent, men sådana hänsyn kan göras gällande även för datorprogram och beaktades inte i avgörandet *UsedSoft*.

Vid en samlad bedömning anser jag därför att konsumtionsprincipen bör aktualiseras på motsvarande sätt under infosocdirektivet, vilket också är rimligt då verkstyperna sammanblandas allt mer.

Förord

Med det här examensarbetet lägger jag juristutbildningen och den härliga tiden i Lund bakom mig. Många förtjänar ett tack för vad som varit, här nämns några.

Tack till min handledare Ulrika Wennersten. Dina synpunkter och all din hjälp har spelat en viktig roll i examensarbetets slutliga utformning. Tack till alla på Setterwalls Malmökontor. Ni har gjort uppsatsskrivandet till en av utbildningens verkliga höjdpunkter och jag är väldigt glad att jag kommer ha er som sällskap även fortsättningsvis. Tack till min flickvän, Jennie Karlsson, för all uppmuntran och visat tålamod under de dagar då vägen till examen inte kändes spikrak.

Avslutningsvis riktas ett särskilt tack till min far för all motivation och inspiration – både under utbildningen och dessförinnan. Utan ditt gränslösa stöd hade jag kort sagt inte haft något förord att skriva.

Helsingborg i januari 2015

Marcus Svensson

Förkortningar

Art.	Artikel
BGH	Bundesgerichtshof
CJEU	Court of Justice of the European Union
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EU	Europeiska unionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
HD	Högsta domstolen
Prop.	Proposition
RF	Regeringsformen (1974:152)
SOU	Statens offentliga utredningar
TRIPS-avtalet	Det internationella avtalet om handelsrelaterade aspekter på immateriella rättigheter
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
WCT	WIPO:s fördrag om upphovsrätt
WIPO	Världspanorganisationen för den intellektuella äganderätten

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Sedan Bernkonventionen utformades under 1800-talets senare del har upphovsrättens skyddsobjekt omfattat litterära och konstnärliga verk. Genom den tekniska utvecklingen har dock de litterära och konstnärliga uttrycksformerna delvis förändrats och nya typer av verk har inneslutits i det upphovsrättsliga skyddet. Med litterära verk avses numera inte endast skriftliga verk, utan även e-böcker, artiklar publicerade i digitala tidsskrifter och datorprogram. Bland de konstnärliga verken innefattas musik, som tillgängliggörs digitalt i allt större utsträckning. Genom tillkomsten av TV-spel och andra multimedieprodukter finns numera ett flertal upphovsrättsligt skyddade verk som inte kan hänföras till någon enskild verkskategori.

De nya distributionskanalerna innebär nya utmaningar bl.a. vid tillämpning av den upphovsrättsliga konsumtionsprincipen, enligt vilken en del av upphovsmannens ensamrätt till ett exemplar av dennes verk utsläcks när exemplaret överläts av upphovsmannen eller med dennes samtycke inom en region där konsumtion inträder. Principen innebär att det står den som förvärvat ett exemplar fritt att överlåta exemplaret vidare inom den region där spridningsrätten konsumerats.¹⁵ En fråga av stor betydelse för såväl upphovsmän som förvärvare är om också digitala verk¹⁶, där exemplaret överlåtits genom att förvärvaren lagligen och med upphovsmannens samtycke laddat ner det, ska omfattas av konsumtionsprincipen.

I avgörandet *UsedSoft*¹⁷ slog EU-domstolen fast att spridningsrätten till exemplar av datorprogram i digital form konsumeras under vissa förutsättningar. Effekten av detta är att upphovsmannen inte kan hindra att det uppstår en andrahandsmarknad med sådana exemplar. Med hänsyn till utgången i målet uppstår frågan om konsumtionsprincipen även omfattar digitala kopior av böcker, musik och TV-spel, eller om datorprogram ska anses inta en särställning i förhållande till dessa verkstyper.

¹⁵ Spridningsrätten och konsumtionsprincipen behandlas närmare under 2.3 respektive 3.1.

¹⁶ Med *digitalt verk*, *upphovsrättsskyddat verk i digital form* eller liknande uttryck avses i framställningen ett upphovsrättsskyddat verk som inte har formen av en fysisk kopia utan där exemplaren istället tillhandahålls över internet eller i övrigt endast finns digitalt lagrat.

¹⁷ Avgörandet refereras under 3.2.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna framställning är att analysera om den precisering av konsumtionsprincipen som EU-domstolen fastslog i avgörandet *UsedSoft* kan tillämpas på andra typer av digitala verk än datorprogram. För att uppnå syftet utreds dels om någon annan digital verkstyp än datorprogram faller inom tillämpningsområdet för datorprogramdirektivet och därmed omfattas av konsumtion, dels om kopior av andra typer av digitala verk som inte helt eller delvis faller inom datorprogramdirektivets tillämpningsområde ändå omfattas av konsumtionsprincipen till följd av avgörandet *UsedSoft*.

De frågeställningar som uppställs för att fullgöra syftet är följande:

- Hur förhåller sig de digitala verken till datorprogramdirektivets tillämpningsområde?
- Vad blir effekten om datorprogramdirektivet och infosocdirektivet tillämpas parallellt på digitala verk och ett av direktiven stadgar ett mer omfattande skydd än det andra?
- Är konsumtionsprincipen tillämplig på digitala exemplar av upphovsrättsskyddade verk även utanför datorprogramdirektivets tillämpningsområde?

1.3 Avgränsningar

Konsumtionsprincipen existerar inom samtliga immaterialrättsliga discipliner och kan även analyseras i relation till konkurrensrätten. Här behandlas dock principen uteslutande i en upphovsrättslig kontext. Inom upphovsrätten begränsas det behandlade området till frågor som relaterar till upphovsrättsskyddade verk i *digital* form. Skälet till en sådan avgränsning är att det centrala avgörandet *UsedSoft* behandlar upphovsrättsligt skydd av datorprogram i digital form. Vidare pågår det en diskussion om i vilken utsträckning ett sådant verk intar en särställning i förhållande till andra typer av digitala verk trots att distributionssättet och karaktärsdragen är desamma.¹⁸

Frågan om spridningsrätten till digitala verk ska anses vara konsumerad vid laglig nedladdning är aktuell även i amerikansk rätt. Uppsatsen begränsas dock till att undersöka vad som utgör gällande rätt inom EU.¹⁹ Då EU-domstolens avgörande avser försäljning avgränsas framställningen till att endast behandla överlåtelse. Därmed behandlas inte uthyrning och utlåning, som också ingår i spridningsrätten. Genom att framställningen avgränsas till överlåtelse behandlas inte heller abonnemang, exempelvis s.k. *streaming-*

¹⁸ Se under 1.5.

¹⁹ Se under 1.5, fotnot 42; även om de rättsliga övervägandena i det amerikanska avgörandet *ReDigi* inte är intressanta för bedömningen av gällande rätt inom EU kommer marknadsplatsens upplägg och bakomliggande idéer att belysas, då en sådan marknadsplats även kan etablera sig i Europa.

tjänster, genom vilka det är möjligt att ta del av upphovsrättsskyddade verk som tillgängliggörs på internet mot periodisk betalning. Bland de otaliga formerna av digitala verk som förekommer tar uppsatsen endast sikte på e-böcker, musikfiler och TV-spel. Även om andra former av digitala verk inte behandlas specifikt äger dock uppsatsens slutsatser generell tillämpning inom infocodirektivets tillämpningsområde.

1.4 Metod och material

Uppsatsens syfte och frågeställningar ligger i brytpunkten mellan teknik och juridik.²⁰ Den tvärdisciplinära karaktären hindrar inte framställningen från att vara rättsvetenskaplig och därför ha sin utgångspunkt i en *rättsvetenskaplig metod*.²¹ Det är dock nödvändigt att beskriva vissa delar av den bakomliggande tekniken för att förstå problematiken och kunna utreda frågeställningarna på ett tillfredsställande sätt, särskilt då t.ex. datorprogramdirektivets tillämpningsområde utgår ifrån teknologisk terminologi.²² Det pågår ett harmoniseringsarbete inom EU avseende konsumtionsprincipen och det upphovsrättsliga skyddet genom antagandet av direktiv som föranlett förändringar i medlemsstaternas nationella lagstiftning. Det är därför lämpligt att, förutom direktiven, även sätta frågeställningarna i relation till nationell rätt. I framställningen genomförs därför undersökningen med utgångspunkt i svensk rätt.

Det är av central betydelse att bestämma vilken *rättsvetenskaplig metod* som är lämpligast med hänsyn till problemformuleringen och det material som finns tillgängligt.²³ Som framgår av syftet avser utredningen att fastställa gällande rätt. För att göra det tillämpas en *rättsdogmatisk metod* genom *rättskällevärdet*. Den rättsdogmatiska metoden syftar till att, genom att tolka och systematisera gällande rätt, ge lösningen på ett rättsligt problem.²⁴ Rättskällevärdet är en rättsdogmatisk metod som utgår ifrån en rangordning av rättskällorna. Denna rangordning är inte statisk utan bestäms, enligt Dahlman, utifrån ett samspel mellan samtliga instanser där rättskällorna tolkas och tillämpas.²⁵

Inom svensk rätt är internationella konventioner, EU-rätten, svensk lag, förarbetsuttalanden, praxis från EU-domstolen, svenska domstolar och nationella domstolar i andra medlemsstater samt juridisk doktrin relevanta källor vid bedömningen av rättsläget i en viss upphovsrättslig fråga.

²⁰ Ämnesområdet kan kallas *IT-rätt*, se Lindberg och Westman (2001), s. 21; en annan benämning som används i de nordiska länderna är *rättsinformatik*, se Blume (1995), s. 545.

²¹ Blume (1995), s. 546-549.

²² Blume (1995), s. 556-557.

²³ Sandgren (2007), s. 39-41; Jareborg (2004), s. 8.

²⁴ Korling och Zamboni (2013), s. 21, 23; Peczenik (1995), s. 17-18, 33; Peczenik (2005), s. 252. Vad som avses med *gällande rätt* är föremål för olika teorier. Här avses dock en tolkning av relevanta rättskällor i syfte att komma fram till hur en domstol hade dömt i ett mål där frågorna hade aktualiserats.

²⁵ Strömholm (1996), s. 311-312; Sandgren (2007), s. 36; Dahlman (2010), s. 21-24. Rangordningen tar sig uttryck genom att en rättskälla av lägre rang får ge vika vid en normkonflikt med en rättskälla av högre rang.

Bland de relevanta nationella rättskällorna ges grundlag företräde framför lag, som i sin tur ges företräde framför förarbeten.²⁶ Förhållandet mellan förarbeten och praxis är inte helt givet. Förarbeten får trots det anses hierarkiskt överordnade praxis som huvudregel.²⁷ Doktrinen har ett lägre rättskällevärde än lag, förarbeten och praxis, men vinner hävd som rättskälla genom att hänvisningar görs till sådana rättsvetenskapliga texter vid lagstiftningen och i den dömande verksamheten.²⁸ Vid en rangordning av rättskällorna är doktrinen underordnad samtliga övriga rättskällor.²⁹

För medlemsstaterna i EU gäller att unionsrätten är överordnad alla delar av den nationella rätten.³⁰ Direktiv kan under vissa förutsättningar ha *direkt effekt*, och även i avsaknad av sådan effekt ska nationell rätt tolkas i ljuset av direktivet.³¹ Vid tolkningen av de unionsrättsliga källorna och rangordningen av desamma tillämpas en särskild *EU-rättslig metod*. EU-rätten delas då in i primär- och sekundärrätt, där primärrätten utgörs av FEU och FEUF samt rättighetsstadgan och andra rättsakter som antas genom enhälligt beslut bland medlemsstaterna med efterföljande nationellt godkännande i respektive medlemsstat. Sekundärrätten innefattar dels bindande rättsakter som tillkommit med stöd av primärrätten, dels icke-bindande rättsakter. De bindande rättsakterna utgörs av förordningar, direktiv och beslut, medan rekommendationer, meddelanden och yttranden utgör icke-bindande rättsakter. Även internationella konventioner kan anses höra till den senare kategorin, eftersom stödet för att ratificera en sådan konvention finns i primärrätten.³² Samtliga delar av EU-rätten ska dock tolkas traktatkonformt, vilket innebär att internationella konventioner i möjligaste mån ska beaktas vid tillämpning av EU-rättsliga bestämmelser.³³

Primärrätten har företräde framför sekundärrätten enligt art. 263 FEUF, som stadgar att EU-domstolen är behörig att pröva om en rättsakt i sekundärrätten är förenlig med primärrätten. Det framgår därmed även att

²⁶ 1 kap. 1 § tredje stycket RF; Dahlman (2010), s. 24.

²⁷ Se Zetterström (2004), s. 51, där det uppmärksammas att den hierarkiska ställningen mellan förarbeten och praxis är osäker, men att det är sannolikt domstolarna i sin rättstillämpning skulle göra avsteg från ett prejudikat om det stod i strid med förarbeten.

²⁸ Sandgren (2005), s. 654.

²⁹ Peczenik (1995), s. 36-44; se Bernitz och Kjellgren (2014), s. 195-196, angående svenska förarbetens ställning i förhållande till tolkningen av EU-rätten. Förarbeten kan i sammanhanget endast ge viss vägledning utifrån hur EU-domstolen kan komma att döma i frågan och utgör inte någon auktoritativ rättskälla, till skillnad från hur svenska domstolar betraktar förarbeten vid tillämpning av nationell rätt.

³⁰ Mål 6/64; mål 11/70, punkt 3; prop. 2004/05:110 s. 48; Hettne och Otken Eriksson (2011), s. 173-175.

³¹ Hettne och Otken Eriksson (2011), s. 188-189; Bernitz och Kjellgren (2014), s. 112-114, 123-124; Korling och Zamboni (2013), s. 112-113. Vid bedömningen av EU-rättens genomslag på nationell nivå ska bl.a. principen om lojalt samarbete beaktas. Medlemsstaterna har därigenom en skyldighet att vidta åtgärder för att statens skyldigheter enligt EU-rätten fullgörs och att avstå från åtgärder som motverkar ett sådant fullgörande. Den direktivkonforma tolkningen härrör ur denna princip, se art. 4.3 FEU.

³² Hettne och Otken Eriksson (2011), s. 41-42.

³³ C-456/06, punkt 30; Hettne och Otken Eriksson (2011), s. 186; se mer om traktatkonform tolkning nedan.

EU-domstolen inte har behörighet att döma i strid med primärrätten.³⁴ Generaladvokatens förslag till avgörande har ett lägre värde som rättskälla än ett avgörande från EU-domstolen. Sådana förslags rättskällevärde bestäms i stor utsträckning av i vilken mån EU-domstolen hänför sig till generaladvokatens ställningstaganden. Generaladvokatens förslag får även anses vara av stor betydelse i frågor som behandlats av generaladvokaten men sedan utelämnas i EU-domstolens avgörande.³⁵

De icke-bindande rättsakterna inom sekundärrätten kan ha ett rättskällevärde när de stadgar riktlinjer för den EU-institution som meddelat rättsakten avseende hur institutionen ska utöva sitt eget skönsrättsliga utrymme i tillämpningen av unionsrätten. Icke-bindande rättsakter som innefattar en EU-institutions tolkning av EU-rätten har dock ett lågt värde som rättskälla, eftersom en sådan tolkning är förbehållet EU-domstolen.³⁶ Inom unionsrätten anses vidare den juridiska doktrinen ha ett något lägre värde som rättskälla än vad som är fallet i den svenska nationella rätten. Det står dock klart att den nämnda rättskällan har betydelse för rättstillämpningen, vilket kan synliggöras i generaladvokaternas förslag till avgörande. Ekonomisk litteratur intar en särställning i förhållande till den juridiska doktrinen genom att den anses ha ett ännu lägre rättskällevärde. Hettne anser ändå att sådan litteratur kan utgöra en rättskälla när den får betydelse för tillämpningen av EU-rätten, dock främst inom konkurrensrätten.³⁷

Bernkonventionen, WCT och TRIPS-avtalet utgör grunden för lagstiftningen på det aktuella området. Sverige tillämpar ett dualistiskt system, vilket innebär att sådana internationella konventioner bara utgör gällande rätt i Sverige i den utsträckning överenskommelsen införlivas i svensk rätt genom att en lag antas som hänvisar till konventionen eller som uppställer de skyldigheter och rättigheter som följer av det internationella avtalet. Det ligger alltså i den dualistiska principens natur att nationell rätt får företräde framför internationella avtal, eftersom något annat hade inneburit att ett införlivande inte hade behövt ske. Konventioner som blir gällande genom nationella materiella bestämmelser med innehåll som avser att motsvara det internationella avtalet bör dock tolkas i ljuset av den internationella konventionen genom traktatkonform tolkning, och då anta en ställning som är underordnad svensk lag men överordnad alla övriga tolkningsdata.³⁸ För att möjliggöra en traktatkonform tolkning måste först

³⁴ Bernitz och Kjellgren (2014), s. 223-224; Hettne och Otken Eriksson (2011), s. 42, 48.

³⁵ Hettne och Otken Eriksson (2011), s. 116-117.

³⁶ Hettne och Otken Eriksson (2011), s. 46-48.

³⁷ Hettne och Otken Eriksson (2011), s. 120-124.

³⁸ Se NJA 1992 s. 532, där justitieråd Lind anför att svensk lag ”så långt det överhuvudtaget är möjligt” ska tolkas på det sätt som bäst överensstämmer med de konventioner som Sverige ratificerat. Vid tolkningen av lagen kan inte lagen *i sig* åsidosättas. Däremot leder den långtgående tolkningsskyldigheten till att alla andra tolkningsdata, såsom praxis, lagförarbeten och doktrin, ska vara underordnade den traktatkonforma tolkningen; se även avgörandet NJA 2012 s. 975, av vilket det framgår att förarbetsuttalanden som står i strid med en traktatkonform tolkning inte kan tillmätas någon betydelse; Bernitz och Kjellgren (2014), s. 256-257.

den internationella konventionen *i sig* tolkas, vilket görs genom att tillämpa tolkningsbestämmelserna i art. 31-33 i Wienkonventionen om traktaträtten.

Utländska nationella domar, avslutningsvis, hör inte till de traditionella rättskällorna men kan få betydelse för tolkningen när det, som här, rör ett rättsligt område som ska vara harmoniserat mellan två stater till följd av ett mellanstatligt samarbete.³⁹ Utländsk nationell praxis som meddelats i någon annan EU-medlemsstat kan därför få betydelse för den svenska rättstillämpningen när den inhemska rätten inte ger klarhet i frågan. Avgöranden av nämnda slag är underordnade den internationella och svenska rätten, men får till följd av sin karaktär som rättsliga avgöranden inom en annan medlemsstats rättsordning i allmänhet anses överordnade doktrinen.⁴⁰

Förutom EU-rättsakter, konventionstexter, lagtexter, förarbeten och praxis används juridiska artiklar och annan juridisk litteratur för att besvara frågeställningarna och uppnå framställningens syfte. Den utvalda doktrinen har sin utgångspunkt till viss del i unionsrätten, till viss del i den svenska rätten och till någon del även i andra EU-medlemsstaters nationella rätt. Vid analysen av tillämpligheten av avgörandet *UsedSoft* på andra digitala verk än datorprogram används p.g.a. ämnets aktualitet primärt juridiska artiklar från 2012 och framåt.

1.5 Forskningsläge

Uppsatsens utgångspunkt är avgörandet *UsedSoft* som meddelades av EU-domstolen den 3 juli 2012. Frågan om principen som kommer till uttryck i rättsfallet även utsträcker sig till andra typer av digitala verk har i skrivande stund endast prövats rättsligt i ett fall inom EU, i det tyska avgörandet *Ljudböcker*.⁴¹ Frågan är även aktuell i amerikansk rätt efter att problematiken aktualiserades i avgörandet *ReDigi*.⁴²

Inom litteraturen finns det vid det här laget ett stort antal artiklar i juridiska tidsskrifter och avsnitt i rättsvetenskapliga verk som kommenterar och analyserar rättsfallet. Frågan om principen som framkommer i avgörandet kan utsträckas även till andra typer av digitala verk har ställts mer sällan. Problematiken har t.ex. diskuterats av Wolk⁴³, Nicholson⁴⁴ och

³⁹ Dinwoodie (2013), s. 19; Sandgren (2007), s. 51.

⁴⁰ Korling och Zamboni (2013), s. 161-163.

⁴¹ Urt. v. 15.05.2014, Az. 22 U 60/13. Notera att någon översättning av hela rättsfallet inte existerar. För att få klarhet i omständigheterna och domstolens resonemang används därför en sammanfattad översättning i framställningen.

⁴² Capitol Records, LLC v ReDigi Inc. De amerikanska utgångspunkterna beträffande vad som gäller för datorprogram skiljer sig tydligt från de som gäller inom EU. Utgången i *ReDigi* kan därför inte anses vara av någon vägledande relevans för rättsläget inom EU, se Leidö (2014), s. 122-123, 356.

⁴³ Wolk (2014).

⁴⁴ Nicholson (2013).

Torremans.⁴⁵ Wolk har genomfört en kortare komparativ studie mellan rättsläget inom EU efter avgörandet *UsedSoft* och det amerikanska rättsläget med slutsatserna att rättsläget i EU skiljer sig väsentligt från amerikansk rätt, att en global konsumtionsprincip hade varit att föredra på en digital mjukvarumarknad och att oavsett vilka typer av digitala verk som faller inom principens ramar så kommer principen snart ha spelat ut sin roll genom ett allt större användande av streamingtjänster.⁴⁶ Nicholson lyfter frågan om huruvida principen omfattar även andra digitala verk utifrån en konstruerad princip om ekvivalens mellan produkter i digital och fysisk form. I sin slutsats menar författaren att resonemanget uteslutande bygger på det konstruerade ekvivalensperspektivet och att artikeln inte erbjuder något definitivt svar på frågeställningen som uppställts.⁴⁷ Som sista exempel analyserar Torremans avgörandet mot bakgrund av den EU-rättsliga principen om fri rörlighet och andra breda EU-rättsliga principer för att söka svar på frågan om även bl.a. musik omfattas av vad som gäller för datorprogram enligt avgörandet *UsedSoft*. Slutsatsen är att avgörandet, mot bakgrund av principen om fri rörlighet, skulle kunna omfatta även kopior av digitala verk inom infocodirektivets tillämpningsområde.⁴⁸

Det kan konstateras att ingen av de nämnda artiklarna som lyfter frågan om andra digitala verks ställning besvarar den slutgiltigt. Fokus för de analyser som förekommer ligger snarare på att uppmärksamma att problematiken existerar och, i ett flertal fall, avfärda densamma på grunden att de berörda rättighetsinnehavarna under alla omständigheter kommer anpassa tekniken för att falla utanför tillämpningsområdet. Ingen av texterna har fokuserat på en analys av datorprogramdirektivets tillämpningsområde och lagt detta till grund för den juridiska bedömningen, vilket sker i denna uppsats. Inte heller har någon analys av de relevanta verkstypernas olika utmaningar genomförts. I denna uppsats analyseras dock verkstyperna var för sig i relation till avgörandet *UsedSoft* och de berörda direktivets tillämpningsområden. Det förekommer inte heller någon rättsvetenskaplig text på området som sätter avgörandet i relation till svensk rätt och praxis.

Sammanfattningsvis finns det ett tydligt nyhetsvärde i att behandla problematiken med konsumtionsprincipens tillämplighet på digitala verk utifrån en bestämning av datorprogramdirektivets tillämpningsområde och utifrån ett svenskt rättsperspektiv, med beaktande av de digitala verkens sammansättning och skyddsbarhet.

⁴⁵ Torremans (2014).

⁴⁶ Wolk (2014), s. 12-14.

⁴⁷ Nicholson (2013), s. 408.

⁴⁸ Torremans (2014), s. 2-3, 10-11.

1.6 Disposition

Undersökningen är indelad i sju avsnitt, där det första utgörs av denna inledning.

I avsnitt två redogörs för de internationella, regionala och nationella källorna till den upphovsrättsliga lagstiftningen som är relevant för skyddet av digitala verk i Sverige. I samma avsnitt redogörs vidare för hur de digitala företeelser som uppsatsen behandlar erhåller upphovsrättsligt skydd och vilka förfoganden som innefattas i den ensamrätt som ett sådant skydd innebär.

I avsnitt tre behandlas konsumtionsprincipen. Först redogörs för principen i allmänhet genom en beskrivning av dess innebörd och de relevanta unionsrättsliga bestämmelserna samt motsvarande bestämmelse i svensk nationell rätt. Även den allmänna uppfattningen om konsumtionsprincipens förhållande till digitala exemplar av upphovsrättskyddade verk beskrivs. Därefter behandlas avgörandet *UsedSoft* och dess betydelse för en tillämpning av konsumtionsprincipen på exemplar av digitala verk.

I avsnitt fyra undersöks och avgränsas begreppet *datorprogram* samtidigt som tillämpningsområdet för datorprogramdirektivet klargörs. I avsnittet undersöks även hur digitala verk förhåller sig till datorprogramdirektivet och vad resultatet är av en parallell tillämpning av datorprogramdirektivet och infosocdirektivet.

I avsnitt fem undersöks om även digitala verk utanför datorprogramdirektivets tillämpningsområde omfattas av konsumtionsprincipen. Avsnittet behandlar inledningsvis frågan om avgörandet *UsedSoft* kan anses bli tillämpligt i förhållande till konsumtionsprincipen inom infosocdirektivet. Därefter undersöks de verksspecifika utmaningarna för e-böcker, musikfiler och TV-spel för att avgöra om konsumtionsprincipens tillämplighet är beroende av vilken typ av digitalt verk som bedöms.

I avsnitt sex analyseras materialet som behandlats i de tidigare avsnitten utifrån de frågeställningar som uppställts. Den första delen av analysen behandlar digitala verks relation till datorprogramdirektivets tillämpningsområde och effekterna av en parallell tillämpning av datorprogramdirektivet och infosocdirektivet. Den andra delen av analysen behandlar frågan huruvida konsumtionsprincipen kan tillämpas på exemplar av digitala verk även utanför datorprogramdirektivets tillämpningsområde.

Avslutningsvis sammanfattas de slutsatser som kan dras av undersökningen i avsnitt sju.

2 Upphovsrätten

2.1 Lagstiftningen och dess källor

2.1.1 Internationella konventioner

Det upphovsrättsliga området bygger i grunden på internationella överenskommelser. Bernkonventionen från år 1886 är ett internationellt avtal som uppställer minimikrav för den nationella lagstiftningen i de anslutna staterna beträffande t.ex. vad upphovsrättslagstiftningen ska omfatta, skyddstid och rätten till mångfaldigande.⁴⁹ Staterna som anslutit sig bildar en union inom vilken upphovsrättsskyddet ska vara så enhetligt och effektivt som möjligt.⁵⁰ Hittills har 168 stater anslutit sig och konventionen utgör grunden för det upphovsrättsliga skyddet i stora delar av världen.⁵¹

För att tillmötesgå de krav som den tekniska utvecklingen ställer kompletterade WIPO, den administrativt ansvariga organisationen, Bernkonventionen genom att anta WCT under år 1996.⁵² WCT utgör en särskild överenskommelse som parterna till Bernkonventionen kan välja att ratificera. WCT stadgar bl.a. att datorprogram och databaser omfattas av det upphovsrättsliga skyddet som kommer till uttryck i art. 2 Bernkonventionen.⁵³ Parterna till WCT har också författat dokumentet Agreed Statements, som innehåller förtydliganden och kommentarer avseende artiklarna i WCT.⁵⁴

Parallellt med Bernkonventionen existerar TRIPS-avtalet sedan år 1995, vilket anses ha större praktisk betydelse än konventionen.⁵⁵ TRIPS-avtalet har ett tydligare fokus på internationell handel, medan WCT istället fokuserar på de utmaningar som internet innebär för det upphovsrättsliga skyddet.⁵⁶ TRIPS-avtalet kan sägas lägga ett sanktionssystem till de skyldigheter som följer av Bernkonventionen och Pariskonventionen, där den senare är Bernkonventionens motsvarighet avseende mönster-, patent- och varumärkesrätt.⁵⁷ Eftersom TRIPS-avtalet utgör en integrerad del av WTO-avtalet är det bindande för alla stater som är anslutna till det sistnämnda.⁵⁸ Även TRIPS-avtalet stadgar att datorprogram och databaser

⁴⁹ Art. 2, 7 och 9 Bernkonventionen.

⁵⁰ Art. 1 Bernkonventionen; prop. 2004/05:110 s. 40-41.

⁵¹ Brown m.fl. (2013), s. 34; för en lista över de anslutna staterna, se Bernkonventionens fördragsslutande stater (elektronisk).

⁵² Levin (2011), s. 44; Lindberg och Westman (2001), s. 221.

⁵³ Art. 1, 4-5 WCT och art. 20 Bernkonventionen; Levin (2011), s. 44-45; hittills har 92 stater anslutit sig till WCT, se WCT:s fördragsslutande stater (elektronisk).

⁵⁴ Agreed Statements (elektronisk); Lindberg och Westman (2001), s. 221.

⁵⁵ Levin (2011), s. 49; art. 9.1 TRIPS-avtalet stadgar att art. 1-21 Bernkonventionen inkorporeras i avtalet.

⁵⁶ Brown m.fl. (2013), s. 36.

⁵⁷ Levin (2011), s. 47.

⁵⁸ Taubman m.fl. (2012), s. 8.

ska erhålla upphovsrättsligt skydd.⁵⁹ Definitionen av vad som anses utgöra ett datorprogram i WCT hänger samman med den definition som gäller enligt TRIPS-avtalet genom att parterna till WCT har gjort en hänvisning till TRIPS-avtalets definition i Agreed Statements. Någon ytterligare koppling existerar inte mellan bestämmelserna om datorprogram i de båda avtalen, eftersom art. 1 WCT uttryckligen stadgar att denna överenskommelse inte ska ha någon koppling med någon annan traktat än Bernkonventionen. Hänvisningen till bestämmelsen i TRIPS-avtalet utgör därmed enbart ett stöd vid tolkningen av WCT.⁶⁰

2.1.2 EU-rätt

EU har, liksom alla sina medlemsstater, tillträtt både TRIPS-avtalet och WCT. Det upphovsrättsliga skyddet är ändå ännu inte helt harmoniserat inom unionen. Istället har en rad direktiv antagits i syfte att göra medlemsstaternas nationella lagstiftning samstämmig på några särskilda områden.⁶¹ Viss kritik har riktats mot EU-domstolen för att vid tolkningen av direktiven inte ha låtit sig begränsas av det tillämpningsområde som rättsakterna avser utan istället harmoniserat även mer grundläggande upphovsrättsliga principer, utan att ha ett sådant mandat.⁶² De för framställningen relevanta direktiven är infosocdirektivet och datorprogramdirektivet.

Infosocdirektivet är generellt tillämpligt inom upphovsrätten och antogs för att undvika en alltmer spretande nationell lagstiftning på det upphovsrättsliga området och för att undvika att skillnader i de immateriella rättigheterna utnyttjas över nationsgränserna. Ett av huvudsyftena vid antagandet var vidare att uppfylla de förpliktelser som följde av undertecknandet av WCT.⁶³ Direktivet ”avser det rättsliga skyddet för upphovsrätt och närstående rättigheter inom den inre marknaden, med särskild tonvikt på informationssamhället”.⁶⁴ Bestämmelserna ska inte på något sätt påverka det rättsliga skyddet för datorprogram, eftersom sådana verk istället regleras i datorprogramdirektivet.⁶⁵ Direktivet stadgar vidare att ensamrätten för upphovsmän ska omfatta rätten till mångfaldigande, rätten till överföring av verk till allmänheten och spridningsrätten.⁶⁶

⁵⁹ Art. 10-11 TRIPS-avtalet.

⁶⁰ Ur Agreed Statements (elektronisk): ”Concerning Article 4: The scope of protection for computer programs under Article 4 of this Treaty, read with Article 2, is consistent with Article 2 of the Berne Convention and on a par with the relevant provisions of the TRIPS Agreement.”; art. 31.2 b) Wienkonventionen om traktaträtten stadgar att dokument som upprättats av en eller flera parter i samband med traktatens ingående som godtagits av de andra parterna är att betrakta som sammanhörande med traktaten; Ledendal (2010), s. 127-128.

⁶¹ Art. 1.1 beslut 94/800/EG; Bernitz m.fl. (2013), s. 49-50; Kur och Dreier (2013), s. 57-58, 243, 270.

⁶² Brown m.fl. (2013), s. 37.

⁶³ Skäl 6 och 15 direktiv 2001/29/EG; prop. 2004/05:110 s. 36.

⁶⁴ Art. 1 direktiv 2001/29/EG.

⁶⁵ Art. 1.2 och skäl 20 direktiv 2001/29/EG.

⁶⁶ Art. 2-4 direktiv 2001/29/EG. Ensamrätten och dess undantag behandlas under 2.3.

Datorprogramdirektivet syftar till att i viss utsträckning harmonisera det rättsliga skyddet för datorprogram mellan medlemsstaterna och på så vis undvika de direkta och negativa effekterna som ett olikartat skydd har på den inre marknaden. De olikheter som inte i väsentlig grad har negativa effekter på den inre marknaden behöver enligt skälen till direktivet inte undanröjas.⁶⁷ Direktivet beskriver bl.a. skyddsobjektet, vem som anses vara upphovsman, ensamrättens omfattning och dess undantag.⁶⁸ Inom direktivets tillämpningsområde utgör datorprogramdirektivet *lex specialis* i förhållande till infocodirektivet. Det innebär att bestämmelserna i datorprogramdirektivet ska tillämpas vid en normkonflikt med infocodirektivet i de fall konflikten uppstår inom direktivens gemensamma tillämpningsområde.⁶⁹

2.1.3 Svensk rätt

I den svenska nationella rätten regleras upphovsrätt i URL. Redan innan det ursprungliga datorprogramdirektivet⁷⁰ antogs ansåg den svenska lagstiftaren att det fanns behov av lagstiftning till skydd för datorprogram, framförallt eftersom mjukvarubranschen representerade ett allt större ekonomiskt värde, med höga utvecklingskostnader och låga kopieringskostnader.⁷¹ Samtidigt rådde det viss osäkerhet beträffande vilket rättsskydd skaparen av ett datorprogram hade. Det uppmärksammades att flera andra medlemsstater i EU hade infört nationell lagstiftning på området och att ett direktiv kunde komma att dröja. Med hänsyn till dessa omständigheter ansåg den svenska lagstiftaren att det var motiverat att förekomma EU och införa nationell lagstiftning.⁷² När datorprogramdirektivet senare antogs krävdes det dock vissa ytterligare lagstiftningsåtgärder på nationellt plan, bl.a. avseende skyddets omfattning och konsumtionsprincipens tillämpning. Förändringarna trädde i kraft den 1 januari 1993.⁷³

Under år 2005 föranledde infocodirektivet en rad förändringar av URL. Målsättningen med förändringarna var framförallt att värna upphovsrätten i den digitala miljön.⁷⁴ En förändring var att klargöra att även tillfälliga kopior omfattas av exemplarframställningsrätten. En annan var att den tidigare kategorin *tillgängliggörande för allmänheten* delades upp i underkategorierna *överföring till allmänheten*, *offentligt framförande*, *offentlig visning* och *spridning till allmänheten*. Vidare skapades vissa inskränkningar i ensamrätten, exempelvis beträffande spridningsrätten, för

⁶⁷ Skäl 4-5 direktiv 2009/24/EG; prop. 1992/93:48 s. 110.

⁶⁸ Art. 1-5 direktiv 2009/24/EG. Direktivet behandlas under 3.2.

⁶⁹ Art 1.2 a) direktiv 2001/29/EG; C-128/11, punkt 51, 56.

⁷⁰ Direktiv 91/250/EG, som senare kom att kodifieras genom direktiv 2009/24/EG.

⁷¹ Prop. 1988/89:85 s. 8; Kur och Dreier (2013), s. 250.

⁷² Prop. 1988/89:85 s. 7-9.

⁷³ Prop. 1992/93:48 s. 109-110; lag (1992:1687) om ändring i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Konsumtionsprincipen och datorprogramdirektivets skyddsomfång behandlas under 3 och 4.

⁷⁴ Prop. 2004/05:110 s. 36, 44.

att den svenska lagstiftningen skulle överensstämma med infoscodirektivet.⁷⁵ En ytterligare förändring av relevans för framställningen var att regional konsumtion ersatte global konsumtion för samtliga typer av verk.⁷⁶

2.2 Skyddade digitala företeelser

Enligt 1 kap. 1 § URL har den som skapat ett litterärt eller konstnärligt verk upphovsrätt till verket oavsett om det är en skönlitterär eller beskrivande framställning i skrift eller tal, ett datorprogram, ett musikaliskt eller sceniskt verk, ett filmverk, ett fotografiskt verk eller något annat alster av bildkonst, ett alster av byggnadskonst eller brukskonst, eller ett verk som har kommit till uttryck på något annat sätt. Det upphovsrättsliga skyddet knyter an till verken *i sig* och omfattar därför inte bakomliggande idéer, förfaranden, utförandemetoder eller matematiska begrepp.⁷⁷

Redan vid lagens tillkomst uppmärksammades att det andliga skapandet över tid fann nya uttrycksformer och att en allmänt hållen beskrivning av vad som utgör ett litterärt eller konstnärligt verk i vidsträckt betydelse därför var att föredra framför en uttömmande uppräknings i lagtexten.⁷⁸ Verken hänförs sedan till någon av kategorierna *litterära-* eller *konstnärliga verk*, vilket får betydelse för skyddets omfattning genom de särregleringar som förekommer i lagen.⁷⁹

Det framgår av 1 kap. 1 § första stycket 2 URL att datorprogram omfattas av skyddet och hör till kategorin litterära verk.⁸⁰ Av lagtexten framgår också att böcker omfattas i egenskap av skönlitterär framställning, vilket givetvis också innebär att de tillhör kategorin litterära verk.⁸¹ På samma sätt framgår att musikaliska verk skyddas och är hänförliga till kategorin konstnärliga verk.⁸² Angående TV-spel⁸³ anges skyddet inte lika uttryckligt. Det framgår dock bl.a. av avgörandet *PC Box*⁸⁴ att sådana verk också omfattas av upphovsrätt inom EU.⁸⁵ Vilken typ av verk TV-spel skyddas som framgår inte av avgörandet men har i svensk praxis behandlats i avgörandet *Nintendo*⁸⁶, där en av frågorna var om TV-spel kunde betraktas som

⁷⁵ Prop. 2004/05:110 s. 54, 60.

⁷⁶ Prop. 2004/05:110 s. 185-186; se under 3.1 angående regional konsumtion.

⁷⁷ Art. 2 WCT; art. 9.2 TRIPS-avtalet.

⁷⁸ Prop. 1960 nr 17 s. 48; Levin (2011), s. 74.

⁷⁹ Levin (2011), s. 75-76.

⁸⁰ Lindberg och Westman (2001), s. 226, Levin (2011), s. 76

⁸¹ 1 kap. 1 § första stycket 1 URL; Olsson & Rosén, Upphovsrättslagstiftningen (elektronisk), kommentaren till 1 kap. 1 § URL.

⁸² Olsson & Rosén, Upphovsrättslagstiftningen (elektronisk), kommentaren till 1 kap. 1 § URL.

⁸³ I framställningen används termen ”TV-spel” där EU-domstolen och vissa artikelförfattare väljer att använda den från engelskan direktöversatta termen ”videospel”.

⁸⁴ C-355/12.

⁸⁵ C-355/12, punkt 23.

⁸⁶ NJA 2000 s. 580.

filmverk. HD slog fast att även om verkstypen innefattar rörliga bilder så har dessa ingen självständig betydelse. Det är spelaren som ger instruktioner för hur de rörliga bilderna ska gestalta sig och händelseförloppet varierar mellan varje speltillfälle. Spelen ansågs ha en marknad för att spelas och inte för att åses. Dessutom innebar omständigheten att TV-spel säljs i massupplaga i den allmänna handeln att de särskilda skyddssynpunkter som lett till särreglering beträffande filmverk inte aktualiseras. Istället ansåg HD att TV-spel erhåller upphovsrättsligt skydd som datorprogram, och alltså utgör litterära verk, eftersom bilderna på skärmen var att betrakta som ett utflöde av det underliggande datorprogrammet.

Samtliga de här behandlade verkstyperna skyddas alltså av upphovsrätt. Av Bernkonventionen framgår att upphovsrätten ”innefattar alla alster på det litterära, vetenskapliga och konstnärliga området, oavsett på vilket sätt och i vilken form de kommit till uttryck”.⁸⁷ I den relevanta EU-rättsliga kontexten framgår det exempelvis av infosocdirektivets ingress att de tidigare begreppen inom upphovsrätten rymmer även verk i digital form.⁸⁸ Vidare klargör datorprogramdirektivet att skyddet utsträcker sig till datorprogram i alla former.⁸⁹ Att skyddet är oberoende av uttryckssätt och uttrycksform framgår vidare av 1 kap. 2 § första stycket URL genom uttrycket *annan teknik*. Formoberoendet har också betonats i svenska lagförarbeten, med effekten att verk som är upphovsrättsligt skyddade i fysisk form inte förlorar sitt skydd till följd av att verket presenteras i digital form.⁹⁰

2.3 Ensamrättens omfattning

När det har konstaterats att ett digitalt verk erhåller upphovsrättsligt skydd uppkommer frågan vilka rättigheter som upphovsmannen har och vilka begränsningar som gäller avseende dessa rättigheter. Enligt 1 kap. 2 § URL innebär det upphovsrättsliga skyddet en exklusiv rätt att framställa exemplar av verket och att göra det tillgängligt för allmänheten. Verket görs, enligt bestämmelsens tredje stycke, tillgängligt för allmänheten när det överförs till allmänheten, när det framförs offentligt samt när exemplar av verket bjuds ut till försäljning, uthyrning, utlåning eller annars sprids till allmänheten.⁹¹ Den sistnämnda rätten, *spridningsrätten*, är den som utsläcks genom konsumtionsprincipen och är därmed den av de upphovsrättsliga rättigheterna som är av primärt intresse med beaktande av framställningens

⁸⁷ Art. 2.1 Bernkonventionen.

⁸⁸ Skäl 5 direktiv 2001/29/EG.

⁸⁹ Art 1.2 direktiv 2009/24/EG.

⁹⁰ Prop. 1960 nr 17 s. 48; Levin (2011), s. 74, 138; Walter och von Lewinski (2010), s. 937; Olsson & Rosén, Upphovsrättslagstiftningen (elektronisk), kommentaren till 1 kap. 1 § URL, stadgar exempelvis beträffande filmverk att ”[d]et är utan betydelse på vilket sätt filmverket är fixerat; detta kan ske på ett traditionellt filmunderlag eller på en elektronisk inspelning i form av en DVD eller ett minneskort.”

⁹¹ Offentlig visning i 1 kap. 2 § tredje stycket 3 URL aktualiseras inte avseende digitala verk eftersom tillgängliggörandet alltid förutsätter användning av ett tekniskt hjälpmedel; se även Levin (2011), s. 141.

syfte.⁹² Eftersom utredningen av spridningsrättens tillämpningsområde också innefattar att belysa viss gränsdragningsproblematik mot *exemplarframställningsrätten*, till följd av att kopior av digitala verk som överlåtits i praktiken existerar hos såväl överlåtaren som förvärvaren efter transaktionen, redogörs dock även för denna rätt.⁹³ Detsamma gäller *överföringsrätten*, som fram till avgörandet *UsedSoft* ansågs vara den tillämpliga rätten på alla typer av digitala överföringar.⁹⁴

Rätten att framställa exemplar ”innefattar varje direkt eller indirekt samt tillfällig eller permanent framställning av exemplar av verket, oavsett i vilken form eller med vilken metod den sker och oavsett om den sker helt eller delvis”.⁹⁵ Genom bestämmelsens utformning står det klart att digitala exemplar, även tillfälliga sådana som uppstår t.ex. när man läser in en hemsida, omfattas av ensamrätten.⁹⁶ Den vidsträckta ensamrätten inskränks för att bl.a. möjliggöra normalt internetanvändande genom att tillfälliga former av exemplarframställning undantas, om det utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process och de framställda exemplaren är flyktiga eller har underordnad betydelse i processen. Tillfällig exemplarframställning som uppfyller dessa villkor får dessutom inte ha någon självständig ekonomisk betydelse, och måste ha som enda syfte att möjliggöra överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand, eller syfta till att möjliggöra laglig användning. Om dessa förutsättningar är uppfyllda blir inskränkningen i ensamrätten tillämplig.⁹⁷

En ytterligare inskränkning är rätten att framställa ett eller några få exemplar av ett verk uteslutande för privat bruk, om verket lovligen gjorts tillgängligt för allmänheten. Med *privat bruk* avses användning inom familjen, vänkretsen eller andra mindre sammanslutningar.⁹⁸

I sammanhanget synliggörs särregleringen av datorprogram, då inget av de två nämnda undantagen innebär någon rätt att framställa exemplar av ett sådant verk.⁹⁹ Den som har rätt att använda ett datorprogram har däremot rätt att framställa exemplar av programmet, inklusive säkerhetskopior, om det är nödvändigt för att kunna använda programmet för dess avsedda ändamål. Rätten för förvärvaren att framställa säkerhetskopior är tvingande, men de framställda exemplaren får dock inte användas till annat än att

⁹² 2 kap. 19 § URL.

⁹³ Se under 3.2.

⁹⁴ Se under 3.1.

⁹⁵ 1 kap. 2 § andra stycket URL.

⁹⁶ Formuleringen tillkom vid genomförandet av art. 2 a) direktiv 2001/29/EG; C-360/13; Walter och von Lewinski (2010), s. 968-969; Levin (2011), s. 139.

⁹⁷ Art. 5 direktiv 2001/29/EG; 2 kap. 11 a § URL; prop. 2004/05:110 s. 93; frågan om normalt internetanvändande kunde innebära en otillåten exemplarframställning avseende de kopior som visas på användarens skärm och de kopior som sparas i datorns interminne prövades i C-360/13, där EU-domstolen slog fast att ett sådant användande inte kräver rättighetshavarens tillstånd, se C-360/13, punkt 63.

⁹⁸ 2 kap. 12 § och 1 kap. 8 § URL; prop. 2004/05:110 s. 101.

⁹⁹ 2 kap. 11 a § tredje stycket och 12 § andra stycket 2 URL.

möjliggöra avsedd funktionalitet och inte heller användas efter att rätten att utnyttja programmet upphört.¹⁰⁰

En överföring till allmänheten sker om ”verket på trådbunden eller trådlös väg görs tillgängligt för allmänheten från en annan plats än den där allmänheten kan ta del av verket. Överföring till allmänheten innefattar överföring som sker på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till verket från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer”.¹⁰¹ Punkten tar sikte på distansöverföringar och blir enligt propositionen tillämplig exempelvis på hemsidor där musik finns tillgänglig att lyssnas på eller för att laddas ner till hemsidesbesökarens dator.¹⁰² Walter menar att överföringsrättens tillkomst kan ses som en anpassning för digitala överföringar som innefattar både en exemplarframställning och en distribution. I sammanhanget kan noteras att överföringsrätten i infosocdirektivet aktualiseras även i förhållande till datorprogram, eftersom överföring till allmänheten inte behandlas i datorprogramdirektivet.¹⁰³

Spridningsrätten avser upphovsmannens ensamrätt att sälja, hyra ut, låna ut eller på något annat sätt sprida exemplar av verket till allmänheten.¹⁰⁴ En diskussion som är relevant för uppsatsens syfte är om spridningsrätten enbart avser fysiska exemplar eller dessutom omfattar verk i digital form. Frågan har behandlats i svenska förarbeten vid genomförandet av infosocdirektivet och eftersom det framgår av skälen till direktivet att spridningsrätten gäller verk som ingår i en fysisk vara så ansåg den svenska lagstiftaren att spridningsrätten som kommer till uttryck i direktivet enbart avser fysiska kopior.¹⁰⁵ Denna uppfattning är dock numera dementerad av EU-domstolen, åtminstone inom ramen för datorprogramdirektivet.¹⁰⁶

¹⁰⁰ Art. 5.1 och 5.2 direktiv 2009/24/EG; 2 kap. 26 g § första till tredje samt sjätte stycket URL; prop. 2004/05:110 s. 125-126; rätten innefattar alltså inte en möjlighet att framställa exemplar för användning på någon ytterligare dator, se Olsson & Rosén, Upphovsrättslagstiftningen (elektronisk), kommentaren till 2 kap. 26 g § URL.

¹⁰¹ 1 kap. 2 § tredje stycket 1 URL.

¹⁰² Art. 3.1 direktiv 2001/29/EG; prop. 2004/05:110 s. 62, 69-70; Levin (2011) 140-141; Bernitz m.fl. (2013), s. 79; se även under 3.1.

¹⁰³ Walter och von Lewinski (2010), s. 974, 985.

¹⁰⁴ 1 kap. 2 § tredje stycket 4 URL.

¹⁰⁵ Skäl 28 direktiv 2001/29/EG; prop. 2004/05:110 s. 80-81; HD har tidigare uppmärksammat att tolkningen där bara fysiska exemplar innefattas får stöd av art. 6.2 WCT och Agreed Statements: ”Concerning Articles 6 and 7: As used in these Article, the expressions ’copies’ and ’original and copies’ [...] refer exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects”, se NJA 2000 s. 292; Levin (2011), s. 142.

¹⁰⁶ C-128/11, punkt 46-47.

3 Konsumtionsprincipen

3.1 Allmänt

Konsumtionsprincipen är en begränsning av spridningsrätten som innebär att ett exemplar som med upphovsmannens samtycke överlåtits inom EES därefter fritt får spridas vidare inom samarbetsområdet.¹⁰⁷ Den geografiska avgränsningen innebär att upphovsmannen behåller spridningsrätten inom EES i förhållande till exemplar som överlåtits på en marknad utanför detta område.¹⁰⁸ Principen knyter an till spridningsrätten av det specifika exemplaret som överlåtits och aldrig till verket *i sig*.¹⁰⁹

Konsumtion reglerades ursprungligen endast på nationell nivå, och frågan undantogs uttryckligen från TRIPS-avtalets tillämpningsområde under förutsättning att medlemsstaterna behandlade alla verk lika oavsett ursprung.¹¹⁰ Inte heller WCT reglerar frågan om vilka villkor som ska vara uppfyllda för att konsumtion ska aktualiseras.¹¹¹ Däremot har upphovsrättens konsumtionsprincip harmoniserats inom EU genom datorprogramdirektivet och infocodirektivet. I Sverige gällde tidigare en global konsumtionsprincip, vilket innebar att ett verk som överlåtits någonstans i världen ansågs konsumerat. Vid genomförandet av infocodirektivet justerades dock principen till att gälla regionalt.¹¹²

I infocodirektivet är konsumtionsprincipen formulerad på följande sätt:

Spridningsrätten för originalet eller kopior av verket skall inte konsumeras inom gemenskapen förutom i de fall då den första försäljningen av exemplaret i fråga, eller då den första gången någon annan form av överföring av äganderätten till detta, görs inom gemenskapen av rättsinnehavaren eller med dennes samtycke.¹¹³

I datorprogramdirektivet formuleras dock samma princip något annorlunda:

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

¹⁰⁷ Mål 78/70, punkt 13; 2 kap. 19 § URL.

¹⁰⁸ Bernitz m.fl. (2013), s. 87.

¹⁰⁹ Olsson & Rosén, Upphovsrättslagstiftningen (elektronisk), kommentaren till 2 kap. 19 § URL; Walter och von Lewinski (2010), s. 997.

¹¹⁰ Art. 6 TRIPS-avtalet; Taubman m.fl. (2012), s. 18-20.

¹¹¹ Art. 6.2 WCT.

¹¹² Art. 4.2 direktiv 2001/29/EG; prop. 2004/05:110 s. 186-187; EU-domstolen slog slutligt fast att det inte existerar något tolkningsutrymme för en global konsumtionsprincip i infocodirektivet i C-479/04, punkt 27; förenade målen C-414/99 till C-416/99, punkt 42, klargör att medlemsstaterna inte har något tolkningsutrymme avseende begreppet *konsumtion*.

¹¹³ Art. 4.2 direktiv 2001/29/EG.

gemenskapen; detta gäller dock inte rätten att kontrollera vidare uthyrning av programmet eller en kopia av detta.¹¹⁴

Infosocdirektivet stadgar att dess bestämmelser inte ska tillämpas på bl.a. det rättsliga skyddet för datorprogram. Istället regleras frågan om konsumtion för sådana verk i datorprogramdirektivet.¹¹⁵ De justeringar som enligt direktivet krävdes beträffande konsumtion av datorprogram hade därför redan genomförts i Sverige. En fråga som uppkom i samband med genomförandet var dock om konsumtionen skulle avse alla former av överlåtelse eller enbart försäljning, som direktivet antyder. Enligt departementschefen hindrar inte datorprogramdirektivet att låta konsumtionsprincipen omfatta alla typer av överlåtelser. Departementschefen ansåg vidare att det var önskvärt att ha en enhetlig reglering för alla fäng.¹¹⁶

I den svenska upphovsrättsliga lagstiftningen stadgas konsumtionsprincipen i 2 kap. 19 § URL genom följande formulering:

När ett exemplar av ett verk med upphovsmannens samtycke har överlåtits inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet, får exemplaret spridas vidare.¹¹⁷

Bestämmelsen stadgar även vissa begränsningar i konsumtionsprincipens tillämplighet. Regeln ger inte förvärvaren rätt att hyra ut ett köpt exemplar av någon av de verkstyper som är relevanta för framställningen, alltså e-böcker, musikfiler och TV-spel. Konsumtionsprincipen aktualiseras inte heller i förhållande till utlåning av datorprogram. För dessa verk kvarstår därmed endast möjligheten att överlåta exemplaret, dvs. att sälja, byta eller ge bort det.¹¹⁸

Vad angår upphovsrättskyddade verk i digital form har den allmänna uppfattningen fram till *UsedSoft* varit att sådana inte omfattas av konsumtionsprincipen.¹¹⁹ Vad beträffar den internationella rätten så framgår det av Agreed Statements att den frihet som de till WCT anslutna staterna har att avgöra villkoren för när konsumtion ska aktualiseras relaterar

¹¹⁴ Art. 4.2 direktiv 2009/24/EG.

¹¹⁵ Art. 1.2 a) direktiv 2001/29/EG; art. 4.2 direktiv 2009/24/EG; jfr dock prop. 2004/05:110 s. 187-188 där det framgår att datorprogram, i likhet med de andra verkstyper som behandlades, fick en regional konsumtionsprincip vid genomförandet av infosocdirektivet. Som skäl för den förändrade ståndpunkten nämns dels infosocdirektivets tydlighet till förmån för regional konsumtion, dels rättsutvecklingen som skett genom EU-domstolens avgörande att global konsumtion stred mot EU-rätten på varumärkesområdet i C-355/96, punkt 31.

¹¹⁶ Prop. 1992/93:48 s. 122-123.

¹¹⁷ 2 kap. 19 § första stycket URL.

¹¹⁸ 2 kap. 19 § andra stycket och 1 kap. 2 § tredje stycket 4 URL; prop. 1992/93:48 s. 121-123; Levin (2011), s. 145; Olsson & Rosén, Upphovsrättslagstiftningen (elektronisk), kommentaren till 2 kap. 19 § URL. Med *maskinläsbar form* avgränsas utlåningsförbudet enligt Olsson & Rosén till att avse datorprogram i s.k. *objektкод*. Begreppet behandlas under 4.1.

¹¹⁹ Prop. 2004/05:110 s. 62; Lehmann (2003), s. 524; Levin (2011), s. 145; Lindberg och Westman (2001), s. 256-258; Nicholson (2013), s. 395; Udsen m.fl. (2013), s. 458, 476.

uteslutande till fysiska exemplar.¹²⁰ Inom unionsrätten har kommissionen, i likhet med vad som framkommer i Agreed Statements, ansett att principen endast avser fysiska kopior.¹²¹ Uppfattningen kan anses vinna stöd i bl.a. skälen till infocodirektivet:

Frågan om konsumtion uppstår inte då det gäller tjänster, särskilt inte i fråga om online-tjänster. [...] Till skillnad från cd-rom och cd-i, där immateriella rättigheter ingår i ett fysiskt medium, nämligen ett exemplar av en vara, är varje online-tjänst en handling för vilken tillstånd krävs, om den omfattas av upphovsrätt eller en närstående rättighet.¹²²

Infosocdirektivet undantar alltså tjänster i allmänhet från konsumtionsprincipens tillämpningsområde. Frågan blir därför om överlåtelser av digitala verk utgör ett tillhandahållande av varor eller tjänster. Unionslagstiftaren hade, i samband med genomförandet av konsumentdirektivet, att ta ställning till hur sådana verk skulle klassificeras vid konsumentköp. Lagstiftaren valde i detta direktiv att varken kategorisera tillhandahållandet av digitala verk som köp- eller tjänsteavtal, utan stadgade istället att ett sådant tillhandahållande utgör en fristående, tredje avtalskategori. Lagstiftarens ställningstagande i detta direktiv bringar därmed inte klarhet i huruvida konsumtionsprincipen kan appliceras på digitala verk.¹²³

Som nämnts ovan¹²⁴ innefattar upphovsrätten för digitala verks vidkommande ensamrätt att framställa exemplar av verket, överföra verket till allmänheten, framföra det offentligt och sprida det till allmänheten. Istället för att aktualisera spridningsrätten har den rådande och allmänna uppfattningen varit att en överlåtelse av ett digitalt verk betraktats som en överföring till allmänheten, och därför ansetts falla utanför konsumtionsprincipens tillämpningsområde.¹²⁵ Effekten av att rätten till överföring till allmänheten aktualiseras för digitala exemplar i en situation där spridningsrätten hade tillämpats om det gällt fysiska exemplar är enligt kommissionen att realiseringen av målet att skapa en inre marknad inom EU försvåras. Kommissionen har också noterat att även om internet saknar gränser är EU uppdelat i olika nationella onlinemarknader, eftersom EU-invånare inte alltid kan köpa upphovsrättsskyddade verk online p.g.a. att de är bosatta i en medlemsstat där rättighetshavaren valt att inte saluföra verket. Följden av att vidareförsäljning hindras genom att konsumtion inte inträder är att inte heller någon *kommersiell* aktör kan köpa de aktuella verken i en del av unionen där de saluförs för att sälja i någon annan del av EU.¹²⁶

¹²⁰ Art. 6.2 WCT; Agreed Statements (elektronisk).

¹²¹ Walter och von Lewinski (2010), s. 940.

¹²² Skäl 29 direktiv 2001/29/EG.

¹²³ Skäl 19 direktiv 2011/83/EU.

¹²⁴ Se under 2.3.

¹²⁵ Art. 3.1 och 3.3 direktiv 2001/29/EG; prop. 2004/05:110 s. 62-63, 69-70; Levin (2011) 140-141; Rognstad (2003), s. 453; Udsen m.fl. (2013), s. 460; se även Kolczynski (2011), s. 582, som noterar att de två formerna spridning och överföring till allmänheten aktualiseras samtidigt i digitala sammanhang.

¹²⁶ Kommissionens meddelande om immateriella rättigheter, s. 11; Walter och von Lewinski (2010), s. 1001-1002.

Skillnaden mellan hanteringen av fysiska och digitala exemplar av verk har diskuterats och motiverats i doktrinen. Rognstad pekar på att till skillnad från vad som gäller beträffande fysiska exemplar så behåller överlåtaren tillgången till det digitala exemplaret efter att överlåtelsen skett. Man har därför möjligheten att överlåta ett verk digitalt verk till ett obegränsat antal förvärvare samtidigt. Intresset av att behålla rättigheterna kan därför anses avsevärt större beträffande digitala verk, eftersom det kan spridas till alla utan att upphovsmannen kompenseras för mer än en kopia.¹²⁷ En annan betydande skillnad är att de fysiska exemplaren slits med tiden, medan de digitala exemplaren förblir perfekta.¹²⁸ Med andra ord är de digitala exemplar som köps begagnade helt likvärdiga med de exemplar som förvärvas direkt från rättighetshavaren.¹²⁹ När helt likvärdiga produkter utbjuds till försäljning uppstår ren priskonkurrens, vilket illustrerats av Motta. En potentiell köpare som väljer mellan en ny och en begagnad digital produkt kommer inte att ha något incitament att välja den nya produkten om den likvärdiga begagnade produkten säljs för ett pris som är en krona lägre.¹³⁰ Ändå anser Rognstad att överlåtelsen av digitala verk i vissa fall så lik överlåtelsen av ett fysiskt exemplar att det blir svårt att motivera en särbehandling. De situationer som uppvisar så stora likheter är enligt Rognstad t.ex. när köpare erbjuds möjligheten att förvärva filmer, musik och datorprogram i digital form över internet istället för att köpa den identiska produkten på ett fysiskt lagringsmedia.¹³¹

¹²⁷ Rognstad (2003), s. 456-458.

¹²⁸ Brown m.fl. (2013), s. 239.

¹²⁹ Grosheide (2002), s. 596.

¹³⁰ Kommissionens meddelande om audiovisuell politik, s. 16; se Motta (2004), s. 552-553, där den ekonomiska "Bertrandmodellen" beskrivs och visar att aktörer som säljer produkter som är helt homogena kommer vinna eller förlora hela marknaden beroende på om de erbjuder det marginellt lägre priset eller det marginellt högre. Eftersom ett digitalt exemplars kvalitet inte påverkas av om det använts tidigare och verken dessutom är tillgängliga online i lika stor utsträckning om de förvärvas från en andrahandsupplåtare som om de förvärvas från rättighetshavaren, så får principen stor betydelse för potentiella upphovsmäns ekonomiska incitament; Nicholson (2013), s. 399.

¹³¹ Rognstad (2003), s. 458.

3.2 UsedSoft mot Oracle

Den allmänna uppfattningen att tillhandahållandet av digitala exemplar av upphovsrättsskyddade verk inte kan utgöra en spridning utan istället alltid är en överföring till allmänheten dementerades av EU-domstolen inom ramen för datorprogramdirektivets tillämpningsområde i avgörandet *UsedSoft* som meddelades den 3 juli 2012.

UsedSoft är ett företag som ägnar sig åt handel med använda licenser till datorprogram. Företaget har skapat en andrahandsmarknad genom att köpa licenser från olika mjukvaruföretags kunder och sedan sälja dessa vidare till ett pris som understiger mjukvaruföretagens.¹³²

En av de berörda mjukvaruproducenterna är Oracle, ett företag som utvecklar och säljer datorprogram, vilka de i egenskap av utvecklare även innehar upphovsrätten till. En väsentlig del av försäljningen sker i digital form, dvs. genom nedladdning från internet.¹³³ Vid nedladdningen godkänner kunden ett licensavtal, som innehåller en bestämmelse med följande lydelse:

Genom att betala för tjänsterna har ni, uteslutande för ert interna affärssyfte, en i tiden obegränsad, ej överlåtbar och kostnadsfri icke-exklusiv nyttjanderätt till de varor och tjänster som Oracle utvecklar och tillhandahåller er på grundval av detta avtal.¹³⁴

UsedSoft sålde licenser till Oracles datorprogram, vilket möjliggjorde att köpare kunde ladda ner datorprogrammet från Oracles hemsida och sedan ange produktnyckeln för den licens som förvärvats från UsedSoft för att möjliggöra användning av programmet.¹³⁵ Oracle väckte talan mot UsedSoft i tysk domstol och yrkade att UsedSoft skulle upphöra med handeln ifråga. Efter att Oracles talan bifallits i två instanser överklagade UsedSoft till den högsta instansen, Bundesgerichtshof, som begärde ett förhandsavgörande av EU-domstolen. BGH ställde tre frågor. Den första gällde om UsedSofts kunder kunde anses ha lagligen förvärvat datorprogrammet, den andra gällde om spridningsrätten till datorprogram som laddats ned från internet kunde anses konsumerad och den tredje gällde om UsedSofts kunder kunde åberopa konsumtion i förhållande till kopior som Oracles kunder laddat ned när de sistnämnda kunderna tagit bort sina kopior eller inte längre använder dem.¹³⁶

I sitt förslag till avgörande i *UsedSoft* ansåg generaladvokaten att konsumtionsreglerna aktualiseras så snart en försäljning av ett datorprogram sker, oavsett om försäljningen sker över ett fysiskt lagringsmedium eller

¹³² C-128/11, punkt 24; UsedSofts hemsida (elektronisk).

¹³³ C-128/11, punkt 21.

¹³⁴ C-128/11, punkt 23.

¹³⁵ C-128/11, punkt 25-26.

¹³⁶ C-128/11, punkt 27, 34.

digitalt.¹³⁷ Effekterna av det ställningstagandet neutraliserades dock genom konstaterandet att all digital överföring från den första förvärvaren till någon annan innefattar ett moment av exemplarframställning, vilket är en ensamrätt som inte konsumeras. Bedömningen påverkades enligt generaladvokaten inte av att den första kopian raderats eller inte längre används. Den konsumerade spridningsrätten ansågs istället bara kunna åberopas av en förvärvare i de fall där den digitala kopian laddats ned direkt till ett fysiskt lagringsmedium, som sedan *i sig* överlåtits vidare.¹³⁸

EU-domstolen slår i avgörandet fast att spridningsrätten konsumeras när ett datorprogram med upphovsmannens samtycke laddas ned från internet mot en engångsbetalning som motsvarar kopian ekonomiska värde och förvärvaren erhåller en i tiden obegränsad nyttjanderätt till kopian.¹³⁹ För att nå denna slutsats inleder domstolen med att bedöma om den s.k. licensieringen egentligen utgör en försäljning. Begreppet *försäljning* ska enligt domen ges en enhetlig innebörd inom unionsrätten. Domstolen hänvisar till att den vedertagna definitionen av en försäljning är ett avtal där äganderätten till materiell eller immateriell egendom överförs från en person till en annan mot vederlag.¹⁴⁰ Vid bedömningen av om den aktuella transaktionen utgjorde en försäljning betraktades ingåendet av licensavtalet och nedladdningen av datorprogrammet som en odelbar enhet, eftersom den ena delen är meningslös utan den andra.¹⁴¹ Då kunder erhöll en i tiden obegränsad nyttjanderätt mot en engångsbetalning, ansåg domstolen att förutsättningarna för försäljning var uppfyllda. Om överlåtelsen sker genom överlämnande av ett fysiskt lagringsmedium eller genom att programmet tillhandahålls för nedladdning på internet saknar betydelse i detta hänseende. Domstolen framhöll att begreppet *försäljning* skulle ges en vid tolkning, eftersom konsumtionsregeln hade förlorat sin betydelse om en transaktion fått en annan karaktär p.g.a. att överlåtaren betecknat avtalet som *licensavtal*.¹⁴²

Den tidigare uppfattningen att alla typer av digitala verk som tillhandahålls över internet utgör en överföring till allmänheten avvisades också av domstolen i det aktuella fallet, med hänvisning till att infosocdirektivet inte ska påverka det rättsliga skyddet för datorprogram.¹⁴³ Genom att datorprogramdirektivet utgör *lex specialis* i förhållande till infosocdirektivet hade hänvisningar till den annorlunda lydelsen av, och skälen i, detta direktiv ingen relevans för bedömningen av vad som omfattas av konsumtionsprincipen i datorprogramdirektivet. Av det sistnämnda direktivet framgår inte om kopian ska vara fysisk för att bli föremål för

¹³⁷ Generaladvokatens förslag till avgörande i C-128/11, punkt 84.

¹³⁸ Generaladvokatens förslag till avgörande i C-128/11, punkt 98-100.

¹³⁹ C-128/11, punkt 72.

¹⁴⁰ C-128/11, punkt 38-40, 42.

¹⁴¹ Effekten blir att även licensen fritt kan säljas vidare, se Lindsoug (2013), s. 484.

¹⁴² C-128/11, punkt 44-49; uppfattningen i denna del var sedan tidigare representerad i t.ex. Tyskland, se Leidö (2014), s. 118-119.

¹⁴³ C-128/11, punkt 50-51, 59; art. 1.2 a), 3.1 och 3.3 direktiv 2001/29/EG; se under 3.1 angående den tidigare uppfattningen kring vad som utgör en överföring till allmänheten.

konsumtion eller om exemplaret även kan vara digitalt.¹⁴⁴ Domstolen uppmärksammade också att datorprogramdirektivet föreskriver att skyddet i direktivet ska gälla ett datorprogramms alla uttrycksformer, vilket ansågs förutsätta att fysiska och digitala kopior likställs.¹⁴⁵

De begrepp som förekommer i såväl infosocdirektivet som datorprogramdirektivet ska som huvudregel ha samma betydelse, enligt domstolen.¹⁴⁶ I det aktuella fallet ansåg dock EU-domstolen att lagstiftaren i datorprogramdirektivet uttryckt en avsikt som avviker från den som skulle kunna tolkas in i infosocdirektivet genom att inte nämna något om fysiska och digitala kopior, samtidigt som datorprogram uttryckligen ska skyddas i alla dess former.¹⁴⁷ Domstolen slog därför fast att även om det antogs att konsumtion inte skulle aktualiseras vid en motsvarande tillämpning av infosocdirektivet, så påverkade alltså inte denna omständighet bedömningen i det aktuella fallet. Det ansågs stämma väl överens med likabehandlingsprincipen¹⁴⁸ att behandla fysiska och digitala kopior av datorprogram på samma sätt eftersom de ansågs funktionellt och ekonomiskt jämförbara.¹⁴⁹

En invändning om att transaktionen, eftersom programmet tillhandahålls över internet, utgör en tjänst i enlighet med det som framkommer i infosocdirektivets ingress¹⁵⁰ avfärdas av domstolen med hänvisning till att syftet med konsumtionsprincipen är att begränsa restriktionerna för distribution till vad som är nödvändigt för att skydda verket ifråga. Eftersom distributionen av fysiska och digitala exemplar hade så stora likheter i målet ansågs en begränsning av konsumtionsprincipens tillämpning på den digitala distributionen gå utöver vad som var nödvändigt. Den första försäljningen gav, enligt resonemanget, upphovsmannen rimlig ekonomisk ersättning samtidigt som upphovsmannens kontroll över återförsäljningen inte sträckte sig längre än vad som ansågs motiverat genom en tillämpning av konsumtionsprincipen.¹⁵¹

¹⁴⁴ C-128/11, punkt 54-55; art. 4.2 direktiv 2009/24/EG hänvisar endast till ”försäljningen av en kopia”; se även art. 1.2 a) direktiv 2001/29/EG angående att bestämmelserna i detta direktiv inte ska inverka på skyddsomfattningen i datorprogramdirektivet.

¹⁴⁵ C-128/11, punkt 57-58; art 1.2 och skäl 7 direktiv 2009/24/EG.

¹⁴⁶ Se förenade målen C-403/08 och C-429/08, punkt 187-188, där domstolen slog fast att begrepp som förekommer i flera direktiv där det nyare direktivet enligt skälen bygger på flera äldre direktiv ska ha samma betydelse. Domstolen hänvisade i sammanhanget också till ”de krav som följer av att unionens rättsordning ska vara enhetlig och konsekvent”, men klargjorde samtidigt att principen får ge vika när lagstiftaren uttryckt en annan avsikt.

¹⁴⁷ C-128/11, punkt 60; jfr art 4.2 direktiv 2001/29/EG och art. 4.2 direktiv 2009/24/EG, där det förstnämnda föreskriver konsumtion i förhållande till ”första försäljningen av *exemplaret* i fråga”, medan art. 4.2 direktiv 2009/24/EG inte nämner särskilda exemplar, se även Nicholson (2013), s. 402.

¹⁴⁸ Art. 18.1 FEUF; se Bernitz och Kjellgren (2014), s. 153-157 samt 324-325, där det framgår att likabehandlingsprincipen i sin mer traditionella betydelse avser förbud mot diskriminering p.g.a. nationalitet, kön, ras etc.

¹⁴⁹ C-128/11, punkt 60-61; se mer om ekvivalent tillämpning av gällande rätt under 5.1.

¹⁵⁰ Skäl 29 direktiv 2001/29/EG.

¹⁵¹ C-128/11, punkt 62-63.

Vidare invände Oracle att det till datorprogrammet kopplade serviceavtalet hindrade att konsumtion inträdde eftersom UsedSofts kunder, genom att få tillgång till programmet, även fick tillgång till de uppdateringar som följde av serviceavtalet. Domstolen konstaterade att serviceavtal, när de är skilda från produkten ifråga, inte omfattas av konsumtionsprincipen, men att serviceavtalet i det aktuella fallet utgjorde en integrerad del av den ursprungliga nedladdade kopian. Att andrahandsförvärvaren laddade ner en kopia av datorprogrammet från Oracles hemsida som var en mer uppdaterad version än vad förstahandsförvärvaren ursprungligen gjort hindrade alltså inte konsumtionsprincipens applicering.¹⁵²

Sammanfattningsvis ansåg domstolen att spridningsrätten konsumeras även för digitala kopior av datorprogram. En förutsättning som angavs var dock att den förste förvärvaren inte fick överlåta delar av sin licens i de fall där antalet användare som tilläts enligt licensen översteg den förste förvärvarens behov. Istället var den ursprungliga förvärvaren tvungen att överlåta hela programmet och därefter även radera sin egen kopia eller göra den oanvändbar för att vidareförsäljningen skulle anses tillåten.¹⁵³

EU-domstolen fick också anledning att diskutera förhållandet till exemplarframställningsrätten i målet. Anledningen till det var Oracles argument att de kopior som UsedSofts kunder laddade ned var andra kopior än de som Oracles kunder haft, och att en kund till UsedSoft därför inte kunde anses ha lagligen förvärvat programmet. Enligt domstolens resonemang utgjorde nedladdningen från Oracles hemsida som Oracles kunder företog, samt den exemplarframställning som skedde när programmet sedan överläts vidare till UsedSofts kunder, sådana återgivningar som är nödvändiga för att datorprogrammet ska kunna användas. Alternativet, att inskränka termen *lagligen förvärvat* till att avse endast den som först förvärvade datorprogrammet, hade inneburit att konsumtionsprincipen blivit verkningslös i en situation med digital överföring. Istället ska alltså överlåtelsen av licensen betraktas även som en överlåtelse av den kopia vars spridningsrätt konsumeras.¹⁵⁴

¹⁵² C-128/11, punkt 64-68.

¹⁵³ C-128/11, punkt 69-70.

¹⁵⁴ Art. 4.1 a) och 5.1 direktiv 2009/24/EG; C-128/11, punkt 74-78, 81-85; se punkt 44 angående att licensavtalet och nedladdningen av en kopia av datorprogrammet ska ses som en odelbar enhet; se även Udsen m.fl. (2013), s. 458, som uppmärksammar att exemplarframställning är oundvikligt vid spridningen av digitala verk.

4 Datorprogram

4.1 Datorprogramdirektivets tillämpningsområde

För att kunna bedöma om principen i avgörandet *UsedSoft* kan tillämpas på andra typer av digitala verk är det nödvändigt att undersöka sådana verks rättsliga och faktiska likheter med datorprogram. För att kunna göra en sådan jämförelse är det i sin tur nödvändigt att definiera vad som avses med termen *datorprogram* i direktivets mening.

Ett datorprogram kan beskrivas som en serie instruktioner som syftar till att få en dator att utföra en funktion eller uppgift.¹⁵⁵ Programmet skapas ursprungligen som *källkod*, den form av programmeringskod som är läsbar för människor och består av språkliga kommandon. För att göra ett sådant kommando läsbart för datorer översätts, *kompileras*, källkoden till *objektкод*. I samband med kompileringen skapar datorn en fil i körbart binärformat, vilket utgör den fil som datoranvändaren kan klicka på för att köra programmet.¹⁵⁶ En annan del av datorprogrammet är dess gränssnitt, dvs. de delar av programmet som sørjer för sammankopplingen mellan programmet och hårdvaran, mellan de olika programmen samt mellan programmet och användaren.¹⁵⁷ Delarna som verkar för den sistnämnda sammankopplingen kallas *användargränssnitt* och utgörs i princip av det som blir synligt på skärmen när man kör programmet.¹⁵⁸

Datorprogramdirektivet skyddar ett datorprograms alla uttrycksformer, men undantar bakomliggande idéer och principer till de olika delarna i ett datorprogram.¹⁵⁹ Det framkommer ingen teknisk definition av vad som avses med ”ett datorprograms alla uttrycksformer” i direktivet. Däremot framgår av ingressen att ”alla former av program, inbegripet sådana som är införlivade med hårdvara” anses utgöra ett datorprogram i direktivets mening.¹⁶⁰ Av TRIPS-avtalet framgår att ”[c]omputer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971).”¹⁶¹ I syfte att uppnå enhetlighet internationellt ska begreppet *datorprogram* i direktivet tolkas mot bakgrund av definitionen i TRIPS-avtalet, enligt EU-domstolen.¹⁶²

¹⁵⁵ SOU 1985:51 s. 87; van Rooijen (2010), s. 11.

¹⁵⁶ Lindberg och Westman (2001), s. 226; Leidö (2014), s. 94-95; van Rooijen (2010), s. 12.

¹⁵⁷ Skäl 10 direktiv 2009/24/EG; van Rooijen (2010), s. 14; Samuelson m.fl. (2012), s. 166.

¹⁵⁸ Lindberg och Westman (2001), s. 230-231.

¹⁵⁹ Art 1.2 direktiv 2009/24/EG.

¹⁶⁰ Skäl 7 direktiv 2009/24/EG; Wolk (2011), s. 294.

¹⁶¹ Art. 10.1 TRIPS-avtalet; Taubman m.fl. (2012), s. 40; EU och dess medlemsstater har tillträtt TRIPS-avtalet och stadgandet blir därför vägledande för tillämpningen av EU-rätten, se under 2.1.1-2.1.2.

¹⁶² C-393/09, punkt 30, 33-35.

I avgörandet *BSA*¹⁶³ klargjorde EU-domstolen att källkod och objektкод utgör uttrycksformer för ett datorprogram och därmed erhåller upphovsrättsligt skydd genom datorprogramdirektivet.¹⁶⁴ Den tjeckiska domstolen dit tvisten överklagats ställde i sin begäran om förhandsavgörande frågan om också ett datorprogramms grafiska användargränssnitt skulle anses utgöra en uttrycksform av programmet, och därmed omfattas av datorprogramdirektivet.¹⁶⁵ EU-domstolen tog fasta på att skyddet ska omfatta alla de uttrycksformer datorprogrammet kan ta som vid mångfaldigande också medför ett mångfaldigande av hela datorprogrammet. Eftersom ett mångfaldigande av användargränssnittet inte innebär ett mångfaldigande som av hela programmet ansåg domstolen inte att det utgör en uttrycksform för ett datorprogram, utan faller utanför definitionen av direktivets skyddsobjekt. Däremot ansågs användargränssnittet kunna erhålla upphovsrättsligt skydd enligt det allmänna skyddet i infocodirektivet.¹⁶⁶ Vid verkskategoriseringen gjorde därmed domstolen en åtskillnad mellan det upphovsrättsliga datorprogramskyddet och det upphovsrättsliga skyddet för programmets visuella delar. Wolk menar att samma åtskillnad bör göras i relation till andra element än det grafiska användargränssnittet, som t.ex. texter, bilder och ljud.¹⁶⁷

Det senare avgörandet *SAS*¹⁶⁸ gällde frågan om ett datorprogramms funktion, programspråk och filformat kan anses omfattade av skyddet i datorprogramdirektivet.¹⁶⁹ EU-domstolen tog fasta på att idéer och principer inte ska omfattas av det upphovsrättsliga skyddet. Till följd av detta och avgörandet *BSA* ansågs varken programspråk eller filformat skyddade av datorprogramdirektivet, eftersom dessa delar ansågs vara en del av datorprogrammets funktion och det därför skulle motsvara att skydda idéerna bakom programmet.¹⁷⁰ På samma sätt som avseende användargränssnitt i avgörandet *BSA* meddelar dock domstolen i avgörandet *SAS* att programspråk och filformat skulle kunna få upphovsrättsligt skydd under infocodirektivet.¹⁷¹

Utgången i avgörandena *BSA* och *SAS* har ansetts innebära att en kopiering av käll- eller objektкод, vilken genererar programmets användargränssnitt, kan föranleda separata intrångsmål, dvs. ett för koden inom ramen för datorprogramdirektivet och ett för användargränssnittet inom ramen för infocodirektivet.¹⁷²

¹⁶³ C-393/09.

¹⁶⁴ C-393/09, punkt 34-35.

¹⁶⁵ C-393/09, punkt 28; art. 1.2 direktiv 2009/24/EG.

¹⁶⁶ C-393/09, punkt 38-42, 46, 52.

¹⁶⁷ Wolk (2011), s. 295-296, 300-301.

¹⁶⁸ C-406/10.

¹⁶⁹ C-406/10, punkt 29; även programspråk och filformat utgör gränssnitt, se van Rooijen (2010), s. 14.

¹⁷⁰ Art 1.2 och skäl 11 direktiv 2009/24/EG; art. 9.2 TRIPS-avtalet stadgar också att upphovsrätten omfattar uttrycket av en idé, men inte idén i sig; Lindberg och Westman (2001), s. 229; C-406/10, punkt 31-34, 38-40.

¹⁷¹ C-406/10, punkt 45.

¹⁷² Gervais och Derclaye (2012), s. 569; Vantsiouri (2012), s. 596.

4.2 Direktivets tillämplighet på digitala produkter

Av EU-domstolens praxis står det klart att käll- och objektкод faller inom tillämpningsområdet för datorprogramdirektivet, medan t.ex. programmets användargränssnitt faller utom datorprogramdirektivet men inom tillämpningsområdet för infocoddirektivet.¹⁷³ Datorprogramdirektivet ska enligt ingressen inte inverka på andra former av skydd.¹⁷⁴ EU-domstolen uttrycker också i avgörandet *UsedSoft* att förhandsavgörandet avser just tolkningen av datorprogramdirektivet, som utgör *lex specialis* i förhållande till infocoddirektivet.¹⁷⁵ Att tillämpningsområdet inte skulle vara mer vidsträckt än så stöds också av att EU-domstolen hänför sig till ordalydelsen i just datorprogramdirektivet i sitt resonemang.¹⁷⁶

Samtidigt aktualiserar, som belysts under 4.1, ett datorprogram som produkt flera olika upphovsrättsliga områden.¹⁷⁷ Problematiken med att i rättsligt hänseende dra en skiljelinje mellan datorprogram och andra typer av digitala verk uppmärksammades redan i grönboken som resulterade i infocoddirektivet:

En annan fråga är att de elektroniska motorvägarna i informationssamhället kommer att förflytta alla slags upphovsrättsligt skyddade verk och föremål mellan olika punkter. Det viktiga är i själva verket att vilket det transporterade verket än är (t.ex. film, musik, teaterpjäs osv.) kan detta inte färdas på motorvägen annat än tack vare datorprogram och en del av dessa program kommer alltid att åka med och sedan lagras samtidigt med övrigt material hos mottagaren, fastän det rättsliga system som är tillämpligt för dessa olika verk inte nödvändigtvis är detsamma. Det finns skillnader särskilt vad gäller rättigheterna för datorprogram och upphovsrätten i allmänhet beträffande rätten till mångfaldigande.¹⁷⁸

Inkonsekvensen i att tillämpa grundläggande upphovsrättsliga principer olika beroende verkstyp är en problematik som är aktuell än idag.¹⁷⁹ Det är, med anledning av att digitala verk i någon utsträckning också innehåller ett datorprogram, inte självklart att det enbart är datorprogram i mer traditionell betydelse, dvs. ordbehandlingsprogram och liknande, som faller inom

¹⁷³ Se under 4.1.

¹⁷⁴ Skäl 16 direktiv 2009/24/EG.

¹⁷⁵ C-128/11, punkt 51, 60.

¹⁷⁶ Udsen m.fl. (2013), s. 464.

¹⁷⁷ Synodinou (2012), s. 620, 624-625, som också noterar att effekten av att digitala verk tvingas in i någon av de existerande verkskategorierna medför att endast vissa delar av verket erhåller skydd; Lindberg och Westman (2001), s. 231-232.

¹⁷⁸ Kommissionens grönbok om upphovsrätt, s. 59.

¹⁷⁹ Wolk (2014), s. 9; Synodinou (2012), s. 625.

datorprogramdirektivets ramar.¹⁸⁰ Vantsiouri anser att den rättsliga bedömningen blir felaktig när ett sådant verk i sin helhet bedöms vara antingen ett datorprogram eller ett verk som skyddas under infocodirektivet. Med beaktande av avgörandet *BSA* anser Vantsiouri vidare att vissa digitala verk med nödvändighet aktualiserar både datorprogramdirektivet och infocodirektivet, vilket leder till att rättsliga bedömningar bör göras med tillämpning av bestämmelserna i båda direktiven. Det blir därför motsägelsefullt och svårtillämpat att tillmäta likartade stadganden i de två direktiven olika betydelser.¹⁸¹ Vantsiouri når därefter följande slutsats avseende rättighetshavares möjligheter att välja det fördelaktigaste skyddet inom överlappande tillämpningsområden:

The parallel existence of divergent norms with overlapping scope of application overprotects the interests of right holders to the detriment of their competitors and of users of digital work. The established regime provides right holders with the choice to base their claims on the legal regime, which is most favourable to their interests, and disregard the safeguards embedded in the other regimes.¹⁸²

Även Wolk pekar på att flera delar i datorprogrammet har ett självständigt upphovsrättsligt skydd som kan läggas till grund för en intrångstalan vid användning av programmet och uppmärksammar att de överlappande upphovsrättsliga skydden har blivit en viktig fråga till följd av avgörandet *BSA*.¹⁸³ Skillnader i ensamrättens omfattning för olika delar av samma produkt anses leda till allvarliga olägenheter för enskildas förfogande över produkter de köpt. Istället för att innesluta en produkt med verk av skilda slag i en och samma verkskategori anser Wolk därför att det finns anledning att harmonisera inskränkningarna i det upphovsrättsliga skyddet oberoende av vilken verkskategori det gäller.¹⁸⁴

I avgörandet *PC Box*¹⁸⁵ behandlades frågan om vad effekten bör bli när olika upphovsrättsliga skydd aktualiseras för samma verk. Bakgrunden i målet var att Nintendo hade vidtagit tekniska åtgärder för att förhindra användning av illegala kopior av TV-spel och program som inte tillverkats av Nintendo. Företaget PC Box sålde anordningar som möjliggjorde att användare kunde kringgå de tekniska skyddsåtgärderna. Nintendo väckte därför talan mot PC Box i Italien.¹⁸⁶ Generaladvokaten ansåg i sitt förslag till avgörande att:

¹⁸⁰ Nicholson (2013), s. 402; Lindberg och Westman (2001), s. 225, 246; se också Reed (2010), s. 269, där det uppmärksammas att digital aktivitet ofta innebär att två tidigare separata verkskategorier sammansmälter i så stor utsträckning att gränsen dem emellan blir svårdragen; jfr dock t.ex. Leistner (2011), s. 505 och Lee (2012), s. 872, där en sådan uppdelning tas för givet.

¹⁸¹ Vantsiouri (2012), s. 595-596.

¹⁸² Vantsiouri (2012), s. 597.

¹⁸³ Wolk (2011), s. 300, 304.

¹⁸⁴ Wolk (2011), s. 307.

¹⁸⁵ C-355/12; se även under 5.4.

¹⁸⁶ C-355/12, punkt 10-13.

Komplexa intellektuella verk som innehåller både datorprogram och annat material – och där det inte går att göra en åtskillnad mellan dessa – bör enligt min mening omfattas av det starkare, inte det svagare, skyddet. I annat fall skulle rättsinnehavarna inte ges det skydd för det övriga materialet som de har rätt till enligt [det starkare skyddet].¹⁸⁷

Generaladvokaten konstaterade att skyddet i datorprogramdirektivet, till följd av undantagen i art. 5-6, var mindre omfattande än infocodirektivet i det aktuella hänseendet. Generaladvokaten bedömde därför frågorna enbart utifrån infocodirektivet, vilket innebar det starkare skyddet i det aktuella fallet.¹⁸⁸

Enligt EU-domstolens resonemang i avgörandet *PC Box* innefattar TV-spel inte bara datorprogram utan även komponenter som bilder och ljud. Dessa komponenter har visserligen kodats i programmeringsspråk för att vara tekniskt läsbara och därmed kunna spelas upp, men domstolen slog fast att komponenterna har ett kreativt värde i sig. Komponenterna kan därför erhålla ett skydd som går utöver skyddet för programkoden. EU-domstolen noterade att inget i infocodirektivet antyder att delar av verk ska bedömas annorlunda än hela verk, vilket domstolens avgörande *Infopaq*¹⁸⁹ också stöder. Därmed kan komponenter i TV-spelet som består av t.ex. bilder och ljud samt verket i dess helhet skyddas under infocodirektivet samtidigt som programkodskomponenten skyddas under datorprogramdirektivet.¹⁹⁰

EU-domstolen går därefter vidare med att bedöma frågorna från den nationella domstolen enligt infocodirektivet, utan att uttryckligen ansluta sig till generaladvokatens uppfattning om att bedömningen ska ske enligt det skydd som är mest förmånligt för rättighetshavaren.¹⁹¹ Det är Mineros uppfattning att EU-domstolen implicit instämmer i att det är det starkare skyddet som ska lämnas företräde vid en prövning som aktualiserar båda skydden.¹⁹²

Effekterna som uppstått i brytpunkten mellan avgörandena *UsedSoft* och *PC Box* har berörts av Lee. Hon anser att det sistnämnda avgörandet avsevärt begränsar tillämpningsområdet för det förstnämnda p.g.a. att digitala verk i allmänhet innehåller komponenter som leder till att verket som helhet skyddas under båda direktiven. Lee ifrågasätter t.o.m. om avgörandet *UsedSoft* ens kan anses tillämpligt på rena mjukvaruprodukter, med hänsyn till att de i allmänhet innehåller gränssnitt som skyddas under infocodirektivet enligt avgörandet *BSA*.¹⁹³

¹⁸⁷ Generaladvokatens förslag till avgörande i C-355/12, punkt 35.

¹⁸⁸ Generaladvokatens förslag till avgörande i C-355/12, punkt 35, 38; jfr art. 6 direktiv 2001/29/EG och art. 7.1 c direktiv 2009/24/EG, med hänsyn till undantagen i art. 5-6 i sistnämnda direktiv.

¹⁸⁹ C-5/08.

¹⁹⁰ C-355/12, punkt 22-23; C-5/08, punkt 38.

¹⁹¹ Generaladvokatens förslag till avgörande i C-355/12, punkt 38.

¹⁹² Minero (2014), s. 338.

¹⁹³ Lee (2014) (elektronisk).

5 Andra digitala verk

5.1 Allmänt

Även helt utanför datorprogramdirektivets tillämpningsområde finns det anledning att diskutera om konsumtionsprincipen kan tillämpas på digitala verk. Samtliga de verk som belyses i den här framställningen förekommer också i fysisk form. När man förvärvar ett fysiskt exemplar har man friheten att sälja exemplaret vidare i enlighet med art. 4.2 i infosocdirektivet, art. 4.2 i datorprogramdirektivet och 2 kap. 19 § första stycket URL. Vidare har EU-domstolen beträffande datorprogram uttalat i avgörandet *UsedSoft* att en nedladdning, ur ett ekonomiskt perspektiv, är jämförbar med att köpa ett fysiskt exemplar. Med beaktande av likabehandlingsprincipen ansågs därför konsumtionsprincipens tillämpning inte vara beroende av om programmet förekom i fysisk eller digital form.¹⁹⁴

I diskussionen om konsumtion även bör omfatta böcker, musik och TV-spel i digital form kan frågan därför ställas om inte digitala exemplar bör behandlas på samma sätt som sina fysiska motsvarigheter. Upphovsrätten tvingas ständigt förhålla sig till tillkomsten av nya tekniska metoder och uttryckssätt för skyddade verk. I doktrinen används begreppet *teknologisk neutralitet* för att beskriva det lagstiftningsmässiga målet att lagen ska tillämpas på samma sätt oavsett vilken typ av teknik som används. Begreppet *ekvivalens* är närliggande och används för att beskriva idén om att lagstiftning som inrättats för en analog situation ska tillämpas på ett likställbart sätt i en digital situation.¹⁹⁵

Att göra skillnad på fysiska exemplar och digitala motsvarigheter motarbetar ekvivalenstanken och är enligt Walter inte motiverat i de fall där ett verk kan förvärfvas i både fysisk och digital form till samma pris. Spridningsrätten ska därför konsumeras genom överlåtelse av den första varaktiga kopian av det digitala verket eller något som är likställbart med detta.¹⁹⁶ Nicholson anser att EU-domstolens ekvivalensinriktade tolkning i avgörandet *UsedSoft* talar starkt för att domstolen skulle nå ett motsvarande resultat om den fått möjlighet att pröva konsumtionsprincipen i förhållande till digitala verk inom ramen för infosocdirektivet.¹⁹⁷

Det finns dock kategoriseringsproblem som kan utgöra hinder för att uppnå ekvivalens. Ett exempel på en sådan svårighet är regleringen av tillfälliga kopior. Ensamrätten innefattar enligt huvudregeln i infosocdirektivet all användning av upphovsrättsskyddade digitala verk. Regleringen innebär att

¹⁹⁴ C-128/11, punkt 61; Riis (2013), s. 149.

¹⁹⁵ Reed (2010), s. 249-250; beträffande de teknologineutrala lagstiftningssträvandena, se Reed (2007), s. 265 och Jones (2000), s. 86; Kommissionens meddelande om immateriella rättigheter, s. 11; Kommissionens meddelande om audiovisuell politik, s. 10-11 och not 17.

¹⁹⁶ Walter och von Lewinski (2010), s. 987, 1010.

¹⁹⁷ Nicholson (2013), s. 397; se även Udsen m.fl. (2013), s. 467.

det blir svårt att dra en skiljelinje mellan exemplarframställningsrätten och överföring till allmänheten eller exemplarframställningsrätten och rätten till spridning av verket. Lagligheten av den oundvikliga framställningen av exemplar följer enbart av ett undantag till den nämnda huvudregeln.¹⁹⁸

Eftersom bestämmelserna, som i exemplet ovan, i sig inte alltid leder till en ekvivalent tillämpning så har andra tillvägagångssätt utvecklats i doktrinen. Enligt Reed kan man tillämpa ett trestegstest för att avgöra om tillämpningen av en bestämmelse i en viss digital situation är ekvivalent med tillämpningen av bestämmelsen i en viss analog situation. Första steget är att identifiera de intressen som står mot varandra. Det andra steget är att analysera hur en viss tillämpning av bestämmelsen påverkar balansen mellan de berörda intressena. Det sista steget är sedan att utvärdera resultatet för att avgöra om det råder ekvivalens vid tillämpningen av bestämmelsen i de två situationerna.¹⁹⁹ Reed påpekar att det är svårt att bedöma när man lyckats balansera de berörda intressena i en digital situation på samma sätt som i en analog eftersom situationerna i vissa avseenden tydligt skiljer sig åt. En sådan skillnad är att digital egendom per definition inte är knutet till ett fysiskt medium som *i sig* överläts. En annan är att egendomen vid digital överföring sker genom en kopiering till den mottagande parten, och därmed existerar hos båda parterna samtidigt efter överlåtelsen.²⁰⁰ Det är också problematiskt när två bestämmelser, i det här fallet exemplarframställningsrätten och spridningsrätten, kan tillämpas var för sig i en situation som avser fysiska exemplar men hänger samman i motsvarande situation med digitala exemplar. Den överlappande tillämpningen av flera bestämmelser i en digital situation kan, enligt Reed, omöjliggöra en tillämpning som är ekvivalent med tillämpningen i den motsvarande fysiska situationen:

The potential to apply both rule-sets can produce contradictory rules, and inevitably makes the starting point for achieving equivalence entirely opaque.²⁰¹

Med ekvivalenstanken som bakgrund argumenterar även Hilty för en tillämpning av konsumtionsprincipen på alla digitala verk. Resonemanget bygger på att den som väljer att köpa en begagnad dator inte begår upphovsrättsintrång genom att använda de digitala verk som sedan tidigare finns sparade på datorn. Spridningsrätten till datorn har konsumerats och rättighetshavaren till en e-bok som finns nedladdad på datorn kan inte motsätta sig en andrahandsöverlåtelse av hela datorn.²⁰²

¹⁹⁸ Art. 2 och art. 5.1 direktiv 2001/29/EG; Synodinou (2012), s. 618-619; Reed (2007), s. 270.

¹⁹⁹ Reed (2010), s. 256-257.

²⁰⁰ Reed (2010), s. 257-258.

²⁰¹ Reed (2010), s. 264; jfr 1 kap. 2 § andra stycket och tredje stycket 4 samt 2 kap. 19 § URL, konsumtionsprincipen omfattar, som diskuterats närmare under 3.1, spridningsrätten och inte exemplarframställningsrätten.

²⁰² Hilty och Koklu (2013), s. 289.

Nicholson anser att flera av domstolens ställningstaganden i avgörandet *UsedSoft* ger stöd för slutsatsen att även digitala verk som erhåller skydd under infocodirektivet kan komma att omfattas av konsumtionsprincipen. Ett sådant ställningstagande är att även om datorprogramdirektivet utgör *lex specialis* så ska begrepp i de båda direktiven i princip ha samma betydelse.²⁰³ Ett annat stöd för Nicholsons slutsats är ställningstagandet att:

Även om det antogs att artikel 4.2 i [infosocdirektivet] [...] tyder på att konsumtionen av spridningsrätten till verk som omfattas av detta direktiv enbart gäller fysiska ting, påverkar detta emellertid inte [...] tolkningen av artikel 4.2 i [datorprogramdirektivet].²⁰⁴

Domstolens resonemang tyder enligt Nicholson på att domstolen anser att en tolkning där andra digitala verk inte omfattas av konsumtionsprincipen är högst osannolik. Vidare resonerar domstolen utifrån en ekvivalensprincip i det efterföljande stycket, och anför att en annan tolkning av konsumtionsprincipen leder till att rättighetshavare har möjlighet att dela upp marknaden genom att bara erbjuda de digitala verken i vissa delar av unionen. Resonemanget kan tillämpas på digitala exemplar generellt och en sådan tillämpning är en förutsättning för att de negativa effekterna som domstolen nämner ska undvikas.²⁰⁵ Domstolens ställningstagande för en ekvivalent tolkning i det specifika fallet kan vidare anses så tydligt att det har en närmast principiell karaktär, vilket i sin tur talar för att domstolen skulle nå samma slutsats i mål med andra digitala verk.²⁰⁶

Det förekommer även andra stadganden och stycken i avgörandet som, i doktrinen, ansetts ge stöd för en utvidgning av avgörandet *UsedSoft* till infocodirektivet. Stadganden som ansetts utgöra stöd för en sådan utsträckning är att EU-domstolen tillämpar art. 3 och 4 i infocodirektivet för att slå fast att den överföring till allmänheten som avses där, vid en tolkning i ljuset av WCT, inte ska omfatta situationer då det sker en övergång av äganderätten. De fallen utgör istället en spridning till allmänheten.²⁰⁷ Genom att sedan beskriva vad som avses med en övergång av äganderätten slår domstolen fast att en nedladdning av en kopia av ett skyddat verk utgör en spridning i infocodirektivets mening.²⁰⁸ Günther noterar dock att avgörandet *UsedSoft* innebär ett avsteg från vad parterna till WCT enats om, dvs. att konsumtion endast aktualiserats i förhållande till fysiska exemplar. Att infocodirektivet ska tolkas i ljuset av WCT kan med tanke på det nämnda ställningstagandet innebära att det inte är möjligt att föra samma resonemang vid tillämpningen av infocodirektivet som vid datorprogramdirektivet.²⁰⁹ Riis m.fl. anser att klassificeringen av en transaktion som en äganderättsövergång innebär att det också rör sig om en spridning när motsvarande nedladdning görs av andra digitala verk. Både

²⁰³ Nicholson (2013), s. 402-403; C-128/11, para 56, 60.

²⁰⁴ C-128/11, punkt 60.

²⁰⁵ Nicholson (2013), s. 403; Torremans (2014), s. 5-6; C-128/11, punkt 61-62.

²⁰⁶ Naylor (2013), s. 490.

²⁰⁷ C-128/11, punkt 52.

²⁰⁸ C-128/11, punkt 44, 46.

²⁰⁹ Art 6.2 WCT och Agreed Statements; Günther (2014), s. 221.

Günther och Riis m.fl. konstaterar dock att det därmed inte betyder att även konsumtionsprincipen nödvändigtvis blir tillämplig. Att denna princip även ska tillämpas på spridningsrätten av andra digitala verk än datorprogram anses trots detta ändå vara mer sannolikt, eftersom det skulle ge principen en enhetlig tolkning i de båda direktiven.²¹⁰

Ett stadgande som i doktrinen använts för att argumentera mot en utsträckning av konsumtionsprincipen till andra digitala verk än datorprogram är skäl 29 infocodirektivet. Stadgandet att konsumtion inte inträder för tjänster, särskilt inte online-tjänster, har t.ex. i svenska förarbeten tolkats som att konsumtionsprincipen inte kan aktualiseras vid något förfogande över ett digitalt verk.²¹¹ Att nedladdade digitala verk utgör tjänster får vidare stöd av generaladvokatens ställningstagande i frågan i avgörandet *Premier League*²¹², där det samtidigt noterades att sådana verk inte nämnvärt skiljer sig från varor och att det kan framstå godtyckligt att avgörande skillnader i upphovsrättsskyddet grundas på en distinktion mellan varor och tjänster i sådana fall.²¹³ EU-domstolen konstaterar i sitt avgörande att begreppet *överföring till allmänheten* ska ges en enhetlig tolkning i samtliga berörda direktiv, och tolkas i ljuset av internationell rätt.²¹⁴ Domstolen slår därefter fast att begreppet ska ges en vidsträckt tolkning för att omfatta alla överföringar av skyddade verk, oberoende av vilka medel eller tekniska processer som används.²¹⁵

Även i ett svenskt avgörande som meddelats efter avgörandet *UsedSoft* konstaterar HD kort att "[r]ätten till överföring till allmänheten omfattar tillhandahållande av verk på internet, oavsett verkstyp och oavsett om verket görs tillgängligt på begäran eller på annat sätt".²¹⁶ Riis m.fl. anser dock att skäl 29 infocodirektivet inte ska tolkas som att omfatta all online-aktivitet, utan endast tjänster. Genom att klassificera en nedladdning som en överlåtelse av en vara istället för att klassificera transaktionen som en tjänst undviks motsägelser, eftersom stadgandet i infocodirektivets ingress då aldrig aktualiseras.²¹⁷

Mot att avgörandet *UsedSoft* skulle få verkningar för tillämpningen av konsumtionsprincipen på infocodirektivets tillämpningsområde står att EU-domstolen inte resonerar kring skillnaden att varaktiga kopior tillåts under vissa omständigheter i datorprogramdirektivet, men att infocodirektivet

²¹⁰ Udsen m.fl. (2013), s. 465-467, 477; Günther (2014), s. 220.

²¹¹ Prop. 2004/05:110, s. 81.

²¹² Förenade målen C-403/08 och C-429/08.

²¹³ Generaladvokatens förslag till avgörande i förenade målen C-403/08 och C-429/08, punkt 185-186.

²¹⁴ Förenade målen C-403/08 och C-429/08, punkt 185-189.

²¹⁵ Förenade målen C-403/08 och C-429/08, punkt 193.

²¹⁶ NJA 2012 s. 975.

²¹⁷ Udsen m.fl. (2013), s. 466; Walter och von Lewinski (2010), s. 987-988; se dock den något tidigare artikeln Riis (2013), s. 148, där motsatt uppfattning kommer till uttryck; se även Nicholson (2013), s. 403: "[h]owever, the Directive has attracted criticism for being based upon the 'plainly incorrect' assumption that all online distribution amounts to a service and not a sale, unreasonably 'cutting off' the debate about online exhaustion at a time when technology was insufficiently advanced to make it a realistic consideration."

endast tillåter vissa former av tillfälliga kopior.²¹⁸ Eftersom exemplaret av det digitala verket som framställs på förvärvarens dator är permanent, kan det mer omfattande undantaget i art. 5.1 datorprogramdirektivet innebära att motsvarande exemplarframställning inte är tillåten under infosocdirektivet. Att en sådan exemplarframställning är nödvändig för att ett digitalt verk ska kunna överlåtas påverkar inte bedömningen under det sistnämnda direktivet.²¹⁹

I doktrinen förekommer dock en ståndpunkt som bygger på att EU-domstolen, till följd av resonemanget i avgörandet *UsedSoft* och det varumärkesrättsliga avgörandet *Dior*²²⁰, ändå kan tänkas tillåta den i sammanhanget nödvändiga exemplarframställningen för att möjliggöra en tillämpning av konsumtionsprincipen för att undvika oacceptabla konsekvenser.²²¹ I målet hade en butikskedja använt bilder på produkter från Dior i sina reklamblad. Dior ansåg att detta innebar en otillåten återgivning av bolagets varumärken. Domstolen slog fast att avsikten med konsumtionsregeln är att undvika att rättighetshavaren kan avskärma de nationella marknaderna. Principen skulle därför, med hänsyn till syftet, få genomslag vid den återgivning som var nödvändig för marknadsföringen.²²² Med hänvisning till resonemanget i avgörandet *Dior* anser även Torremans att det är osannolikt att EU-domstolen skulle låta tillämpningen av konsumtionsprincipen hindras av en exemplarframställning som är nödvändig i den tekniska processen.²²³

5.2 E-böcker

Sedan e-boken lanserades för över 40 år sedan har marknaden växt successivt men produkten har fått sitt stora genomslag relativt nyligen, till följd av att läsplattorna introducerades på marknaden. En e-bok är, precis som ett datorprogram, uppbyggd av komponenter som hör till olika verkskategorier. Svårigheterna med att kategorisera e-boken upphovsrättsligt har lett till att det råder delade meningar om verkets rättsliga skydd.²²⁴

Angående den i branschen rådande uppfattningen om konsumtion kan konstateras att det förekommer att den som laddar ned e-boken måste

²¹⁸ Art. 4.1 a) och 5.1 direktiv 2009/24/EG; art. 5.1 direktiv 2001/29/EG; se även under 2.3.

²¹⁹ Udsen m.fl. (2013), s. 472; det framgår av C-5/08, punkt 57-58, 61, att en exemplarframställning som den som företas när ett digitalt verk överförs till någon annan inte kan ses som tillfällig.

²²⁰ C-337/95.

²²¹ Art. 5.1 direktiv 2009/24/EG; Udsen m.fl. (2013), s. 474; se C-337/95, punkt 37, där EU-domstolen beträffande varumärken tar fasta på att syftet med konsumtionsprincipen skulle äventyras om inte också fortsatt marknadsföring av en köpt produkt föll inom principens tillämpningsområde; se även Levin (2011), s. 138, där det konstateras att digitaliseringen gör gränserna mellan original, kopia och exemplar flytande.

²²² C-337/95, punkt 6-7, 36-37.

²²³ Torremans (2014), s. 9-10.

²²⁴ Synodinou (2013), s. 220; Schulze (2014), s. 12.

godkänna inskränkningar i rätten att förfoga över verket, bland annat avseende spridningsrätten. Följande exempel är hämtat från licensvillkoren för produkter på marknadsplatsen Springer:

The Use of eBooks or ePapers is permitted, inter alia, for the Customer's own purposes. If the Customer downloads an eBook or ePaper as a document in Electronic Format, the file may be stored on the end device used by the Customer personally. Any other or more extensive types of use and exploitation shall be permissible only pursuant to the provisions of the law. Thus the following in particular are not permitted: [...] passing on the eBook or ePaper to third parties, or lending it out or otherwise circulating it.²²⁵

Det förekommer också att förvärvaren tillåts sälja e-boken vidare under förutsättning att den egna kopian raderas. Följande citat är hämtat från marknadsplatsen O'Reillys licensvillkor:

If you buy an O'Reilly ebook, when you are done with it you may resell it, provided that you do not retain any copies of the book after you sell it. This is the same as the situation when you sell a used print copy – when you sell the copy, you deliver it to the buyer and no longer have a copy in your library. If you have bought a hard copy/ebook bundle, you may of course retain the hard copy, if you sell the ebook.²²⁶

I Nederländerna finns numera också en marknadsplats för andrahandsförsäljning av e-böcker. Enligt informationen på marknadsplatsen innebär EU-domstolens praxis att rättighetshavaren, precis som är fallet med böcker i pappersform, inte har någon möjlighet att förbjuda vidareförsäljning av en e-bok efter att den med rättighetshavarens tillstånd överlåtits inom EES. Som förutsättning för att vidareförsäljningen ska vara tillåten anges att överlåtaren måste inaktivera eller ta bort sin kopia av e-boken.²²⁷ Nederländska utgivare har vänt sig emot att marknadsplatsen skulle vara tillåten och överväger rättsliga åtgärder.²²⁸

Som framgår ovan råder det delade meningar kring konsumtionsprincipens utsträckning till e-böcker. En uppfattning som framkommer i doktrinen utgår från antagandet att konsumtionsprincipen specifikt avsåg datorprogram i avgörandet *UsedSoft*. Eftersom en överlåtelse av en e-bok, enligt Synodinou, innefattar dels en exemplarframställning, dels en överföring till allmänheten, så aktualiseras inte konsumtionsprincipen trots att EU-domstolen intagit en sådan ställning för digitala exemplar inom datorprogramdirektivets tillämpningsområde. Konsumenten betraktas enligt resonemanget inte som köpare utan som licenstagare, vilket ger rättighetshavaren möjlighet att inskränka användandet.²²⁹ En motstående uppfattning är att användandet av ett datorprogram och användandet av en e-bok är likartade i upphovsrättsligt hänseende, samtidigt som användandet

²²⁵ Springers hemsida (elektronisk).

²²⁶ O'Reillys hemsida (elektronisk).

²²⁷ Tom Kabinets hemsida (elektronisk).

²²⁸ Priester (2014) (elektronisk).

²²⁹ Synodinou (2013), s. 227.

av en e-bok innefattar en användning av e-bokens datorprogramkomponent. En följd av resonemanget är att konsumtionsprincipen bör tillämpas även på e-böcker.²³⁰

I det tyska avgörandet *Ljudböcker*²³¹ ansågs dock inte ljud- och e-böcker utgöra datorprogram och de skulle därför bedömas enligt infosocdirektivets reglering. Den tyska förstainstansen tog fasta på att EU-domstolen hänvisade till datorprogramdirektivets *lex specialis*-karaktär i avgörandet *UsedSoft* och ansåg att infosocdirektivets konsumtionsprincip uttryckligen inte omfattar digitala exemplar. Den tyska domstolen slog fast att lagstiftaren kände till möjligheterna att överföra verk digitalt vid författandet av infosocdirektivet, men ändå valde att utesluta konsumtionsprincipens tillämplighet genom skäl 28-29 till direktivet. Preciseringsen i avgörandet *UsedSoft* ansågs därför aldrig kunna bli tillämplig utanför datorprogramdirektivets tillämpningsområde.²³²

I överklagandet bekräftade andrinstansen att verken inte träffas av konsumtion, eftersom en digital överföring av data inte innebär en spridning utan en överföring till allmänheten. Till stöd för den uppfattningen anfördes att varken EU-rätten eller den tyska rätten gav utrymme för någon annan tolkning. Den tyska domstolen angav att den tyska lagstiftaren, vid genomförandet av infosocdirektivet introducerat överföringsrätten i nationell rätt utan att dessutom ha för avsikt att förändra tillämpningen av spridningsrätten. Dessutom ansåg den tyska domstolen att unionslagstiftaren, i infosocdirektivet, avsett att i konsumtionshänseende göra åtskillnad mellan rätten att framställa exemplar, rätten till överföring till allmänheten och spridningsrätten. Principen skulle därmed, och med hänvisning till skäl 28-29 infosocdirektivet, inte utsträckas till att omfatta även överföringsrätten.²³³

Den tyska andrinstansen noterade att digitala filer trots det kunde bli föremål för konsumtion under de förutsättningar som förelåg i avgörandet *UsedSoft*. Det sistnämnda avgörandet ansågs dock inte ha någon betydelse för bedömningen av ljud- och e-böcker eller andra multimediafiler eftersom principen för datorprogram som kommer till uttryck i avgörandet inte kunde utsträckas till digitala verkstyper som skyddas under infosocdirektivet. Istället skulle olika regler tillämpas för de olika verkstyperna, med hänsyn till den avsikt som lagstiftaren haft dels med införandet av överföringsrätten, dels med införandet av bestämmelsen om skydd för datorprogram.²³⁴ Avgörandet *UsedSoft* ansågs utgöra en lösning som var anpassad specifikt för datorprogram, och blev därför inte heller tillämplig analogivis.²³⁵

²³⁰ Hilty och Koklu (2013), s. 288-289.

²³¹ Urt. v. 15.05.2014, Az. 22 U 60/13; översättning av *Ljudböcker* (elektronisk).

²³² Landgericht Bielefeld nr. 4 O 191/11; Rosati (2013) (elektronisk); Schulze (2014), s. 12.

²³³ Urt. v. 15.05.2014, Az. 22 U 60/13, punkt 75-102.

²³⁴ Urt. v. 15.05.2014, Az. 22 U 60/13, punkt 124-126.

²³⁵ Urt. v. 15.05.2014, Az. 22 U 60/13, punkt 141, 144.

Svårigheten med att hänföra digitala verk till någon av de befintliga verkskategorierna ligger i många fall i den breda karaktären av verkets olika delar, som är fallet med t.ex. datorprogram, där gränssnittet anses grafiskt medan källkoden anses litterär. Beträffande e-böcker är gränsdragningsproblematiken en annan. Verket i sig ryms nämligen helt inom kategorin *skönlitterär eller beskrivande framställning i skrift eller tal* medan teknologin som möjliggör elektronisk visning av verket faller snarare inom kategorin *datorprogram*.²³⁶ Synodinou noterar, vilket även stöds av avgörandet *SAS*, att man endast med viss tveksamhet kan ta verkets uttrycksform i beaktande vid klassificeringen av verket i sig, eftersom upphovsrätten syftar till att hålla isär verket och funktionen.²³⁷

5.3 Musik

Digital överföring av musik förekommer både i form av nedladdning och genom s.k. *streaming*.²³⁸ Även om streamingtjänsterna stadigt ökar i popularitet utgjordes två tredjedelar av de globala intäkterna på den digitala musikmarknaden av nedladdningar under år 2013.²³⁹ Ett exempel på en streamingtjänst är Spotify, medan iTunes är tjänst som erbjuder nedladdning mot en engångskostnad. I iTunes licensavtal stadgas följande:

Du är medveten om att Tjänsten, inklusive men [sic!] inte begränsat till iTunes-produkter, grafik, användargränssnitt, ljudklipp, redaktionellt innehåll, och de skript och den mjukvara som används för att implementera Tjänsten, innehåller upphovsrättsskyddad information och material som ägs av iTunes och/eller dess licensgivare, och skyddas av tillämplig immaterialrättslig och övrig lagstiftning, inklusive men inte begränsat till upphovsrätt. [...] Du åtar dig att inte modifiera, låna ut, hyra ut, leasa, sälja, distribuera eller skapa något baserat Tjänsten [sic!] på något sätt.²⁴⁰

Genom att förhindra vidare spridning av nedladdade låtar har iTunes möjliggjort en uppdelning av marknaden inom Europa och därvid anklagats för att erbjuda kunder bosatta i ett land med eurovalutan ett lägre pris än kunderna bosatta i Storbritannien.²⁴¹

Även Amazon erbjuder nedladdning av låtar eller hela album mot en engångsbetalning, med följande begränsning:

²³⁶ 1 kap. 1 § första stycket 1-2 URL; Synodinou (2013), s. 220.

²³⁷ Art. 2 WCT; art. 9.2 TRIPS-avtalet; C-406/10, punkt 40; Synodinou (2013), s. 220.

²³⁸ Grosheide (2002), s. 595, kategoriserar de olika överföringstyperna som nedladdning och digitala ljudinspelningar, vilka här tillsammans benämns nedladdningar, samt musikprenumerationer, streaming och digital radio, vilka här tillsammans benämns streaming.

²³⁹ Digital music report (elektronisk).

²⁴⁰ Apples hemsida (elektronisk).

²⁴¹ Pressmeddelande från Kommissionen, IP/08/22, av den 9 januari 2008 om Apples besked att utjämna priserna för nedladdning av musik från iTunes i Europa.

You may use the Services only for your personal, non-commercial purposes, subject to the Agreement. You may not use the Services to store, transfer or distribute content of or on behalf of third parties, to operate your own content application or service, to resell any part of the Services or for any form of unlawful file sharing. We grant you a non-exclusive, non-transferable right to use Purchased Music.²⁴²

Några marknadsplatser för andrahandsförsäljning av musik existerar inte i EU och aktörerna är, i enlighet med exemplen ovan, överens om att nedladdad musik inte är vidareöverlåtbar. I USA existerar däremot en sådan marknadsplats och dess laglighet enligt amerikansk rätt har prövats i avgörandet *ReDigi*.²⁴³ På hemsidan säljs och köps iTunes-låtar på en andrahandsmarknad.²⁴⁴ Trots att prövningen föll ut till ReDigis nackdel finns marknadsplatsen kvar, eftersom utvecklarna släppt en ny version som de anser innebär att marknadsplatsen är laglig. I den nya versionen sparas nedladdade låtar omedelbart till ett ”molnskåp” som administreras av ReDigi. När en användare sedan vill överlåta sin låt till en annan användare så överlåts endast tillgången till ”molnskåpet”, utan att låten flyttas. På så sätt uppstår ingen exemplarframställning eller risk för samtidigt användande.²⁴⁵ Även om marknadsplatsen inte finns i EU har ReDigi offentliggjort sin avsikt att etablera tjänsten även på den europeiska marknaden.²⁴⁶

Konsumtionsprincipen har inte prövats i förhållande till nedladdad musik inom EU.²⁴⁷ I musikrekommendationen uttrycker dock kommissionen uppfattningen att spridningsrätten inte konsumeras, istället förutsätter överlåtelser av varje rättighet stöd i licensavtalet.²⁴⁸

Günther noterar att de villkor under vilka exempelvis iTunes och Amazon erbjuder musik motsvarar de villkor som Oracle tillämpade för datorprogram och som bedömdes i avgörandet *UsedSoft*. I båda fallen innefattar avtalet en i tiden obegränsad rätt att använda ett verk till en engångskostnad. Precis som i avgörandet *UsedSoft* bör därför licensavtalet och den nedladdade musiken skapa en odelbar helhet. På samma sätt som i det nämnda avgörandet bör därför dessa transaktioner klassas som överlåtelser snarare än licensieringar.²⁴⁹ Till följd av dessa likheter med avgörandet *UsedSoft*, och till följd av att det inte finns några andra skäl att göra skillnad mellan ett musikalbum i fysisk eller digital form, anser Günther att ljudfiler bör omfattas av konsumtion. En förutsättning är dock, precis som i avgörandet *UsedSoft*, att rättighetshavaren har kompenserats

²⁴² Amazons hemsida (elektronisk).

²⁴³ Capitol Records, LLC v ReDigi Inc.; som noterats under 1.5 har utgången i målet ingen relevans för bedömningen av rättsläget inom EU. Däremot kan en marknadsplats grundad på samma idé snart etablera sig även i EU, varför det är intressant att beskriva omständigheterna i målet.

²⁴⁴ Naylor (2013), s. 488.

²⁴⁵ ReDigis hemsida (elektronisk); Capitol Records, LLC v ReDigi Inc., fotnot 3.

²⁴⁶ Naylor (2013), s. 489.

²⁴⁷ Günther (2014), s. 207.

²⁴⁸ Skäl 7 och art. 1 f) (i) rekommendation 2005/737/EG.

²⁴⁹ Günther (2014), s. 218-219.

för kopians ekonomiska värde.²⁵⁰ Torremans anser att kompensationsvillkoret uppställer ett verkligt hinder med beaktande av den nuvarande marknaden för digital musik, där priset i allmänhet får anses understiga exemplarets ekonomiska värde.²⁵¹

I avgörandet *Ljudböcker* aktualiserades frågan om gränsdragning mellan datorprogram och ljudfiler. Den tyska andrainstansen uppmärksammar i avgörandet att ljudböcker innehåller ett antal komponenter som liknar eller *i sig* utgör datorprogram och som möjliggör att ljudboken kan spelas upp eller visas på en dator. Enligt den tyska domstolen innebär den omständigheten dock inte att ljudfiler generellt ska betraktas som datorprogram.²⁵² Günther menar också att ljudfiler endast ska bedömas enligt infosocdirektivet, utan att ta hänsyn till de komponenter i filen som utgör datorprogram.²⁵³

5.4 TV-spel

TV-spel har förekommit i någon form i över 30 år och Europa svarar idag för över en tredjedel av den globala marknaden. Ett TV-spel är ett elektroniskt eller datoriserat spel som spelas genom att manipulera bilder på en bild- eller TV-skärm. Benämningen till trots innefattas – utöver spel till traditionella spelkonsoler som PlayStation och Xbox – även spel till datorer, mobiltelefoner och läsplattor.²⁵⁴ Köp av TV-spel förutsätter inte längre ett köp av ett fysiskt lagringsmedium, utan kan numera laddas ned till spelkonsolen. Sådan nedladdning kan ske från bl.a. PlayStation Network och Xbox Live. Följande utdrag är hämtat från användarvillkoren för PlayStation-spel:

Du får inte sälja varken skivprogramvara eller nedladdad programvara vidare utan uttryckligt tillstånd från oss och, om utgivaren är en annan, tillstånd från denna.²⁵⁵

Även användarvillkoren för Xbox-spel försöker förbjuda vidareförsäljning utan att göra någon distinktion mellan fysiska och digitala exemplar.²⁵⁶ De nämnda användarvillkoren till trots så förekommer flera marknadsplatser för andrahandsförsäljning av fysiska exemplar.²⁵⁷ I motsats till uppfattningen som kommer till uttryck i villkoren, förekommer i doktrinen uppfattningen att avgörandet *UsedSoft* är vägledande vid bedömningen av möjligheten att överlåta TV-spel i andra hand.²⁵⁸

²⁵⁰ C-128/11, punkt 49; Günther (2014), s. 227.

²⁵¹ Torremans (2014), s. 11.

²⁵² Urt. v. 15.05.2014, Az. 22 U 60/13, punkt 145.

²⁵³ Günther (2014), s. 216.

²⁵⁴ Grosheide m.fl. (2014), s. 2; The Economy of Culture in Europe (elektronisk), s. 270.

²⁵⁵ PlayStations hemsida (elektronisk).

²⁵⁶ Xbox hemsida (elektronisk).

²⁵⁷ Se t.ex. Retrospelebutikens hemsida (elektronisk).

²⁵⁸ Grosheide m.fl. (2014), s. 6.

Frågan om hur TV-spel förhåller sig till datorprogram och vilken upphovsrättslig kategori verken är hänförliga till har varit föremål för diskussion i praxis på både nationell och unionsrättslig nivå. I avgörandet *Nintendo*²⁵⁹ bedömde HD, som nämnts ovan²⁶⁰ frågan om vilken verkskategori TV-spel är hänförliga till. I målet hävdade käranden att spelen, som åtalet om upphovsrättsintrång gällde, skulle anses skyddade både som datorprogram och filmverk, och att svarandens påstådda intrång skulle bedömas i första hand enligt det skydd som gäller filmverk. HD konstaterade att även om lagstiftaren ursprungligen syftat på konstnärlig eller beskrivande film som tillkommit som ett resultat av inspelningsverksamhet, så fick begreppet med hänsyn till den tekniska utvecklingen ges en bredare innebörd. Därför skulle bedömningen av om det rör sig om ett filmverk ske teknikneutralt, dvs. inte avgöras utifrån vilket medium eller vilken teknik som använts.

HD tog i domskälen fasta på att de rörliga bilder och ljud som TV-spelen delvis bestod av åstadkoms genom underliggande datorprogram. De rörliga bilderna upprepade sig till dess att spelaren, inom vissa förprogrammerade ramar, valde hur spelet skulle fortskrida. Rätten konstaterade att spelen, utan spelarens direktiv, framstod meningslösa. Spelen hade därför ”en marknad för att spelas och inte för att åses.”²⁶¹ Trots att domstolen inledningsvis slagit fast att begreppet filmverk ska bedömas teknikneutralt så konstaterades att de aktuella TV-spelen dessutom inte tillkommit som ett resultat av inspelningsverksamhet på det sätt som lagstiftaren syftat på vid inrättandet av skydd för filmverk.²⁶² De bilder som visades på bildskärmen ansågs inte utgöra en film utan var istället att betrakta som ett utflöde av det underliggande datorprogrammet. Med hänsyn till dessa omständigheter slog domstolen fast att TV-spelen skiljde sig markant från traditionella filmverk, både sett till karaktär och användningsområde. Något skydd i egenskap av filmverk kunde därför inte bli aktuellt. Spelen ansågs dock erhålla upphovsrättsligt skydd som datorprogram.

Den allmänna uppfattningen i EU stämde länge överens med HD:s resonemang.²⁶³ Levin har dock noterat att bedömningen möjligen skulle se annorlunda ut om frågan aktualiserades med moderna TV-spel.²⁶⁴ Hennes uppfattning bekräftades under våren 2014, då avgörandet *PC Box* meddelades av EU-domstolen. I avgörandet klargjorde visserligen inte EU-domstolen vilken verkskategori TV-spel ska anses hänförliga till, men slog fast att verkstypen är bredare än att i sin helhet kunna betraktas som ett datorprogram. Domstolen noterade att delar av verk som skyddas under infosocdirektivet ska bedömas på samma sätt som om de utgjorde hela verk.²⁶⁵ Den bedömningen påverkades inte av att andra delar skyddas av

²⁵⁹ NJA 2000 s. 580.

²⁶⁰ Se under 2.2.

²⁶¹ NJA 2000 s. 580.

²⁶² Se även Wolk (2011), s. 304, där det konstateras att även traditionell inspelningsverksamhet numera innefattar ett betydande mått av programmeringsverksamhet.

²⁶³ Nicholson (2013), s. 400.

²⁶⁴ Levin (2011), s. 97.

²⁶⁵ C-355/12, punkt 21; C-5/08, punkt 38.

datorprogramdirektivet, vilket domstolen påpekade utgör *lex specialis* i förhållande till det förstnämnda direktivet. TV-spel består av komponenter som utgör datorprogram och därmed skyddas genom datorprogramdirektivet, men även komponenter som utgör ljud och bild. De senare komponenterna ansågs enligt domstolen ha ett kreativt värde utöver den programkod de kodats i. Dessa komponenter ansågs därför erhålla ett separat skydd genom infosocdirektivet.²⁶⁶ Wolk noterar att HD:s avgörande *Nintendo* inte överensstämmer med EU-domstolens senare avgörande *BSA* eftersom HD inte gjorde skillnad mellan de komponenter som utgjorde datorprogram och de som utgjorde film- eller musikverk.²⁶⁷ Den möjlighet som HD då ansåg existera att klassificera TV-spelet som ett datorprogram i sin helhet är, enligt Wolk, försvunnen till följd av avgörandet *BSA*.²⁶⁸

Grosheide m.fl. har uppmärksammat att tillämpningen av datorprogramdirektivet inte ska påverkas av senare tillkomna direktiv, och att detta genom EU-domstolens praxis har lett till ett motsägelsefullt rättsläge som får särskild betydelse för TV-spel, då det är ett format som sammanblandar datorprogram med andra verkstyper. Verkstypen kan enligt författarna erhålla skydd som datorprogram, filmverk och musikaliskt verk.²⁶⁹ Utöver dessa verkstyper bör de grafiska komponenterna i TV-spel, enligt Olsson och Rosén, även kunna erhålla skydd i egenskap av *något annat alster av bildkonst*.²⁷⁰ I Storbritannien har även frågan om TV-spel skulle kunna erhålla skydd som sceniskt verk behandlats. Den brittiska domstolen ansåg dock att det förutsätter en enhetlighet i verkets framförande som saknas för TV-spel, eftersom spelaren i stor utsträckning kan styra händelseförloppet.²⁷¹ I svensk rätt rymmer skyddet som sceniskt verk även improviserade verk, vilket eventuellt skulle kunna möjliggöra att skyddsformen hade blivit tillämplig vid en liknande prövning i Sverige.²⁷² Skyddet som datorprogram omfattar den kod som antingen finns lagrad på det fysiska lagringsmediet eller i den nedladdningsbara filen. Skyddet som filmverk omfattar spelets audiovisuella uttryck. Skyddet som musikaliskt verk omfattar bl.a. ljudslingor, ljudeffekter eller musik som förekommer i TV-spelet.²⁷³ Skyddet som annat alster av bildkonst omfattar enligt Lee och brittisk praxis miljöer, föremål och de stillbilder som den rörliga bilden.²⁷⁴

²⁶⁶ C-355/12, punkt 21-23.

²⁶⁷ Wolk (2011), s. 295-296, 300.

²⁶⁸ Wolk (2011), s. 300-301.

²⁶⁹ Grosheide m.fl. (2014), s. 4-9; se även Vantsiouri (2012), s. 596.

²⁷⁰ 1 kap. 1 § första stycket 5 URL; Olsson & Rosén, Upphovsrättslagstiftningen (elektronisk), kommentaren till 1 kap. 1 § URL; Lee (2012), s. 871.

²⁷¹ *Nova Productions Ltd mot Mazooma Games Ltd* [2006] EWHC 24 (Ch), punkt 116; Lee (2012), s. 872, där det noteras att ett pusselspel som t.ex. Tetris eventuellt skulle kunna skyddas som sceniskt verk till följd av den obefintliga kontrollen över spelets handling.

²⁷² 1 kap. 1 § första stycket 3 URL; Olsson & Rosén, Upphovsrättslagstiftningen (elektronisk), kommentaren till 1 kap. 1 § URL; jfr Synodinou (2012), s. 620, som noterar att skillnaden i skyddet i den här delen beror på om rättsordningen tillåter mindre permanenta uttryck av verk, som koreografi eller improviserad musik.

²⁷³ Grosheide m.fl. (2014), s. 10; angående elementen som omfattas av filmverk, se Lee (2012), s. 871-872.

²⁷⁴ Lee (2012), s. 871; *Nova Productions Ltd mot Mazooma Games Ltd* [2006] EWHC 24 (Ch), punkt 100-104.

6 Analys

6.1 Digitala verk och datorprogramdirektivet

Nedan analyseras först hur datorprogramdirektivets tillämpningsområde förhåller sig till de digitala verk som belyses i framställningen. Därefter behandlas frågan vad en i förekommande fall parallell tillämpning av infocodirektivet och datorprogramdirektivet får för effekter.

6.1.1 Direktivets tillämpningsområde

I datorprogramdirektivet stadgas att direktivet ska omfatta datorprogram i alla uttrycksformer. EU-domstolen har, stadgandet till trots, valt att avgränsa direktivets tillämpningsområde snävt i sin praxis. Genom avgörandet *BSA* står det klart att såväl käll- som objektкод rymms inom direktivets tillämpningsområde. Däremot utesluter domstolen en tillämpning av direktivet på datorprograms användargränssnitt och alla andra komponenter vars mångfaldigande inte medför ett mångfaldigande av hela datorprogrammet. Dessa komponenter kan dock enligt domstolen erhålla skydd under infocodirektivet. I avgörandet *SAS* bekräftades ståndpunkten med tillägget att även programspråk och filformat utesluts från datorprogramdirektivets tillämpningsområde och dessa komponenter kan istället erhålla skydd genom infocodirektivet.

Även andra digitala verk än datorprogram kan, som nämnts, erhålla skydd enligt både datorprogramdirektivet och infocodirektivet. Samtliga digitala verk har någon form av programkodskomponent som kan erhålla skydd under datorprogramdirektivet – denna komponent är av avgörande betydelse för digitaliseringen då den är en förutsättning för att verket ska kunna visas, spelas upp eller annars användas i digital form.

En e-bok skulle därför kunna skyddas dels som framställning i skrift beträffande bokens innehåll, dels som datorprogram beträffande den programkodskomponent som utgör en förutsättning för att e-boken ska kunna läsas. I avgörandet *Ljudböcker* ansåg den tyska domstolen att ljud- och e-böcker inte alls skulle bedömas under datorprogramdirektivet, eftersom domstolen ansåg att endast datorprogram, och inte multimedieverk, skyddas under det sistnämnda direktivet. Det ställnings-tagandet, att endast bedöma verket som helhet, får dock anses stå i strid med såväl avgörandet *Infopaq* som avgörandet *PC Box* och bör därför inte tillmätas någon större vikt vid utrönandet av gällande rätt i EU. Synodinou har anført att e-böcker bör betraktas enbart som böcker vid den upphovsrättsliga klassificeringen, eftersom datorprogramkomponenten inte är ett uttryck för verket utan endast möjliggör en digital visning av verket.

Argumentet får stöd i avgörandet *Ljudböcker* och stämmer väl överens med att upphovsrätten skyddar uttryck och inte bakomliggande idéer eller funktioner. Det är dock tveksamt om datorprogramkomponenten i e-böcker alltid utgör endast en sådan funktion. Man kan exempelvis tänka sig en programkomponent som är mer interaktiv än att endast möjliggöra en bläddring i boken, exempelvis genom att ge läsaren val där denne kan påverka hur berättelsen utvecklar sig, eller genom att inkludera filmklipp och musik. Under sådana omständigheter är det svårt att motivera varför e-boken inte även bör skyddas i egenskap av datorprogram. Samtidigt skulle sådana modifieringar göra oklarheterna kring en gränsdragning mot andra verkstyper uppenbar, exempelvis gentemot TV-spel i de fall läsaren av en e-bok kan påverka handlingen.

Musik som tillhandahålls digitalt aktualiserar, precis som e-böcker, en programkodskomponent vid uppspelning som skulle kunna motivera ett skydd under datorprogramdirektivet parallellt med skyddet under infosocdirektivet. Såsom den tyska domstolen ansåg i avgörandet *Ljudböcker* bör ljudfiler i de flesta fall inte betraktas som datorprogram, då den enda programfunktion som musikfiler i allmänhet innehåller är den funktion som möjliggör uppspelning. I dessa fall bör, i enlighet med avgörandet *SAS*, skydd under datorprogramdirektivet inte bli aktuellt. Precis som i fallet med e-böcker kan man dock tänka sig att ett sådant skydd skulle kunna uppstå i fall där programvaran möjliggör mer interaktiva moment, som att kunna förändra musiken.

Beträffande TV-spels förhållande till datorprogram var den svenska uppfattningen i avgörandet *Nintendo* att verkstypen skyddas endast som datorprogram. Med stöd av avgörandena *Infopaq*, *BSA* och *PC Box* är dock min uppfattning att en sådan ensidig kategorisering numera är utesluten. Av de tre typer av digitala verk som belysts här vid sidan om datorprogram är TV-spel det tydligaste exemplet på verk som både innehåller komponenter som är skyddade under infosocdirektivet, exempelvis ljudslingsor och skapade miljöer, och programkodskomponenter som är skyddade under datorprogramdirektivet.

Det får alltså anses stå klart att digitala verk i många fall skyddas även under datorprogramdirektivet. En annan fråga som avgörandet *UsedSoft* aktualiserar är i vilken utsträckning digitala verk *uteslutande* kan erhålla skydd under nämnda direktiv. Det kan med hänsyn till avgörandena *BSA* och *SAS* konstateras att direktivets tillämpningsområde är så snävt formulerat att det i praktiken aldrig kan bli aktuellt att enbart tillämpa datorprogramdirektivet vid en talan om intrång i spridningsrätten till följd av vidareförsäljning. Det datorprogram eller annat digitalt verk som spridits med stöd av principen som stadgas i avgörandet *UsedSoft* lär i samtliga fall nämligen innefatta någon komponent som anses erhålla skydd under infosocdirektivet, exempelvis ljud, bild, text, gränssnitt eller programspråk. Utgångspunkten blir därför enligt min mening en parallell tillämpning av de båda direktiven i fall där vidareöverlåtelsers lagenlighet bedöms.

6.1.2 Effekten av en parallell tillämpning

I avgörandet *PC Box* bedömdes effekterna av en sådan parallell tillämpning där det inte gick att göra åtskillnad mellan komponenterna som skyddades under de olika direktiven. Trots att EU-domstolen inte uttryckligen anslöt sig till generaladvokatens uppfattning att det starkaste skyddet ska lämnas företräde vid bedömningen, så framstår det enligt min mening som en utgångspunkt i domstolens resonemang, eftersom domstolen går vidare från att konstatera att infosocdirektivet endast blir tillämpligt på vissa delar av verket till att endast hänvisa till detta direktiv i sin bedömning. Därigenom höjdes skyddsnivån för hela verket från vad som annars hade gällt för de enskilda programkodskomponenterna.

Problematiken med en inkonsekvent tillämpning av upphovsrättsliga principer har, som nämnts ovan, uppmärksammats sedan länge. Vid en intrångstalan som avser hela verket, där det inte går att skilja på de komponenter som skyddas under de båda direktiven, talar avgörandet *PC Box* enligt min mening för att EU-medlemsstaternas domstolar i varje del ska göra sin bedömning utifrån det av de tillämpliga direktiven som ger det för rättighetshavaren fördelaktigaste utfallet. Om detta är EU-domstolens avsikt innebär det att de två direktiven, när ett digitalt verk ska bedömas, vävs samman till ett lapptäcke som sammantaget knappast kan anses ta hänsyn till att de upphovsrättsliga begränsningarna inte ska sträcka sig längre än vad som är nödvändigt för att skydda verket ifråga.

I de fall där komponenterna på något sätt skulle vara separerbara, bör principen i *PC Box* inte bli direkt tillämplig med beaktande av generaladvokatens villkor om att komponenterna inte ska gå att skilja på. EU-domstolen anslöt sig aldrig uttryckligen till detta villkor men lämnade det oemotsagt. Även i ett sådant fall skulle dock rättighetshavaren, med hänsyn till avgörandet *Infopaq*, kunna försäkra sig om att intrånget bedöms på det fördelaktigaste sättet genom att väcka talan avseende den komponent som erhåller det starkaste skyddet, eftersom delar av verk ska bedömas på samma sätt som hela verk enligt nämnda avgörande.

Unionsrätten får alltså enligt min mening anses föreskriva att intrång ska bedömas ur det för rättighetshavaren fördelaktigaste perspektivet i de fall där både infosocdirektivet och datorprogramdirektivet aktualiseras. Oavsett om det är resultatet av att rättighetshavaren valt att väcka talan avseende den komponent av verket som erhåller det mest långtgående skyddet eller till följd av att domstolarna själva anser sig skyldiga att bedöma intrånget utifrån det starkaste skyddet i enlighet med avgörandet *PC Box*, är resultatet en betydande osäkerhet för förvärvare av digitala verk. Svårigheterna med att förutse hur långtgående skyddet för ett upphovsrättsskyddat verk är, förenat med vetskapen om att domstolen har att bedöma skyddsomfånget utifrån det för förvärvaren mest ofördelaktiga perspektivet, riskerar enligt min åsikt att hindra utvecklingen av den digitala inre marknaden i EU.

När avgörandet *UsedSoft* ställs mot datorprogramdirektivets tillämpningsområde så som det kommer till uttryck i avgörandena *BSA* och *SAS* finns det, med hänsyn till att det starkare skyddet ska ligga till grund för bedömningen, två möjliga utfall avseende avgörandets praktiska betydelse. Den första möjligheten är att avgränsa förhandsavgörandet i avgörandet *UsedSoft* till att enbart avse datorprogramdirektivet, med effekten att rättighetshavare har möjlighet att åberopa sin spridningsrätt i förhållande till de delar av produkten som faller utanför direktivet. Detta utfall innebär att avgörandet *UsedSoft* förlorar i princip hela sin praktiska betydelse, eftersom konsumtionsprincipen skulle inträda endast i de fall där inget annat än käll- och objektкод erhåller upphovsrättsligt skydd. Som nämnts får prövningen av ett sådant verk närmast vara ett enbart teoretiskt scenario med tanke på att redan programspråket kan erhålla skydd under infocoddirektivet enligt avgörandet *SAS*. Denna tolkning av avgörandet *UsedSofts* tillämpningsområde skulle innebära att EU-domstolen valde att göra ett avsteg från vad som antogs gälla beträffande konsumtionsprincipen i en situation utan någon praktisk betydelse.

Det andra alternativet är att möjliggöra att spridningsrätten konsumeras för alla delar av produkten genom att låta avgörandet *UsedSoft* bli tillämpligt bortom datorprogramdirektivets ramar, alltså även vid en tillämpning av infocoddirektivet. Möjligheterna att utsträcka avgörandets verkningar på ett sådant sätt behandlas nedan.

6.2 Konsumtionsprincipen och infocoddirektivet

Här analyseras argument för och emot en utsträckning av principerna som stadgas i avgörandet *UsedSoft* till infocoddirektivets tillämpningsområde. Frågan som behandlas här är alltså huruvida digitala exemplar av upphovsrättsskyddade verk konsumeras vid överlåtelser som motsvarar de som bedömdes i avgörandet *UsedSoft*. Först förs ett resonemang kring de skillnader i språk och bakomliggande syfte som finns mellan datorprogramdirektivet och infocoddirektivet. I nästa del analyseras domstolens rättsliga argument i avgörandet. Därefter genomförs en analys av de ekvivalens-teorier som förekommer i doktrinen, och slutligen behandlas eventuella skillnader mellan de i framställningen belysta digitala verken.

6.2.1 Olikheter i språk och bakgrund mellan datorprogramdirektivet och infocoddirektivet

För att först analysera de skillnader som de båda direktiven innehåller kan inledningsvis konstateras att lydelseerna mellan art. 4.2 infocoddirektivet och art. 4.2 datorprogramdirektivet inte är samstämmiga, samt att skäl 28-29 infocoddirektivet kan tolkas som att all digital aktivitet utesluts från konsumtionsprincipens tillämpningsområde. Uppfattningarna går isär på

denna punkt och innebörden av skäl 28-29 samt språkavvikelsen i artikeln är av avgörande betydelse för om konsumtionsprincipen kan utsträckas till infocodirektivet avseende digitala verk. Omnämmandet av fysiska varor i skäl 28 utesluter inte uttryckligen en applicering på även digitala verk och jag anser, likt vad som anförs av Nicholson, att skälet formulerats vid en tidpunkt då möjligheterna till spridning av digitala verk var obefintliga i jämförelse med de nuvarande. Detta skäl bör därför enligt min mening *i sig* inte utgöra något absolut hinder för en tillämpning i förhållande till digitala verk.

Avseende unionslagstiftarens stadgande i skäl 29 att frågan om konsumtion inte uppstår avseende tjänster, särskilt inte online-tjänster, ansluter jag mig till den tolkning som Riis m.fl. anför, alltså att begreppet *online-tjänster* inte omfattar all digital aktivitet. Slutsatsen är rimlig med beaktande av att skäl 29 uttryckligen tar sikte på kategorin *tjänster*, inom vilken online-tjänster särskilt lyfts fram. Om man accepterar premissen att det även existerar online-varor som en del av den motsvarande kategorin *varor*, bör skäl 29 inte nödvändigtvis hindra en tillämpning av konsumtionsprincipen i förhållande till digitala verk under infocodirektivet. Mot en sådan tolkning står dock både generaladvokatens förslag till avgörande i *Premier League* och NJA 2012 s. 975. EU-domstolen tar i avgörandet *Premier League* däremot inte tydligt ställning i frågan. Istället stadgas endast att begreppet *överföring till allmänheten* ska ges en vid innebörd och omfatta alla *överföringar* av skyddade verk, oberoende av teknik och medel. Det ställningstagandet har enligt min mening ingen betydelse i gränsdragningen mellan överföringsrätten och spridningsrätten för digitala verk i allmänhet, eftersom det förutsätter konstaterandet att det är en överföring, och inte en spridning, som skett. Eftersom en spridning av varor förelåg i avgörandet *UsedSoft* anser jag att det inte finns något som hindrar att motsvarande transaktion skulle betraktas som en spridning för andra digitala verk. Genom att exempelvis köpet av en e-bok klassas som en spridning av en vara utesluts också betydelsen av skäl 29 infocodirektivet, som enbart tar sikte på tjänster.

Till skillnad från skäl 28 infocodirektivet får det anses klarlagt att spridningsrätten i art. 6 WCT läst tillsammans med Agreed Statements tar sikte exklusivt på fysiska kopior. Då ett av huvudsyftena med infocodirektivet är att uppfylla de förpliktelser som följer av WCT, och därför även bör tolkas traktatkonformt, kan ställningstagandet i Agreed Statements anses utgöra ett hinder för en utsträckning av spridningsrätten till digitala verk inom ramen för nämnda direktiv. WCT knyter visserligen samman konsumtionsprincipen med den avgränsning av spridningsrätten som det innebär att utesluta av digitala exemplar, men anger samtidigt att det är upp till de anslutande staterna att avgöra under vilka förutsättningar konsumtion ska inträda. Vidare gäller WCT generellt, utan att göra skillnad på datorprogram och andra verk, och hela unionsrätten ska därför rimligen tolkas i konformitet med detta dokument. Att EU-domstolen i avgörandet *UsedSoft* verkar ha ansett att unionens åtaganden enligt WCT inte kräver att digitala kopior av datorprogram faller utanför konsumtionsprincipen talar

därför för att domstolen skulle kunna nå en liknande slutsats vid tillämpningen av infosocdirektivet.

Ett potentiellt hinder mot att utsträcka tillämpningsområdet för avgörandet *UsedSoft* är att domstolen förlitade sig på rätten i art. 5.1 datorprogramdirektivet att framställa varaktiga kopior när det är nödvändigt för att kunna använda programmet. Något motsvarande undantag finns inte i infosocdirektivet, som istället endast ger undantag för tillfälliga kopior. Här kan vissa paralleller dras till avgörandet *Dior*, som enligt min mening tyder på att EU-domstolen inte skulle anse sig hindrad i tillämpningen av konsumtionsprincipen enbart på den grund att spridningen nödvändiggör en exemplarframställning.

6.2.2 Argumenten i avgörandet *UsedSoft*

Utöver de skillnader mellan direktiven som analyserats i föregående avsnitt kan även de rättsliga argumenten i avgörandet *UsedSoft* analyseras i syfte att utröna vad EU-domstolen hade fastslagit om frågan om konsumtionsprincipens tillämplighet på digitala exemplar uppkommit inom ramen för infosocdirektivet istället för datorprogramdirektivet. Vid en första anblick kan domstolens argument i avgörandet *UsedSoft* framstå uttryckligen begränsade till datorprogramdirektivet. Ett stöd för den uppfattningen är att domstolen hänvisar till att det nämnda direktivet utgör *lex specialis* för att avvisa de invändningar kommissionen gör genom åberopande av stadganden i infosocdirektivet. Ett annat stöd är att domstolen, i resonemanget kring om konsumtionsprincipen ska utsträckas till verk i digital form, pekar på skillnader i formuleringarna mellan direktiven och hänvisar till att *datorprogramdirektivet* inte skiljer mellan kopior i fysisk och icke-fysisk form. Ett tredje argument emot en utsträckning till infosocdirektivet är att domstolen, i bedömningen om den andra förvärvaren kan anses ha lagligen förvärvat programmet, resonerar utifrån art. 5.1 datorprogramdirektivet, som saknar motsvarighet i infosocdirektivet, istället för att hänvisa till t.ex. avgörandet *Dior*.

Enligt min mening kan dock domstolens argumentation i andra delar i domen äga en mer allmän tillämpning. För det första gör domstolen klart att begreppet *försäljning* ska tolkas enhetligt i unionen, dvs. på samma sätt i båda direktiven. Genom att därefter konstatera att en nedladdning under de aktuella omständigheterna utgör en äganderättsövergång och därmed en försäljning, har domstolen enligt min mening också tagit ställning för att även en nedladdning av t.ex. en e-bok ska klassificeras som en försäljning. För det andra angav EU-domstolen att det skulle stå i strid med konsumtionsprincipens syfte att kunna kringgå regeln genom att beteckna försäljningen som ett licensavtal. Konsumtionsprincipens syfte kan inte på något sätt anses vara annorlunda under just datorprogramdirektivet. En annorlunda bedömning under infosocdirektivet skulle enligt min mening dessutom vara i strid med domstolens konstaterande att skyddet inte ska sträcka sig längre än vad som är nödvändigt. För det tredje anger domstolen,

avseende huruvida begreppet *spridningsrätt* ska tolkas på samma sätt i direktiven, att:

Även om det antas [min kursivering] att avtalsförhållandet [...] också [min kursivering] kan omfattas av begreppet "överföring till allmänheten" i den mening som avses i [infosocdirektivet] – medför "den första försäljningen av en kopia av programmet" i den mening som avses i [datorprogramdirektivet], i enlighet med denna bestämmelse, att spridningsrätten till denna kopia har konsumerats.²⁷⁵

Domstolen uttrycker sig därefter på samma sätt angående tolkningen av begreppet *konsumtion*. Formuleringarna kan enligt min åsikt ges någon av följande två tolkningar. Antingen är de ett sätt för domstolen att klargöra att avgörandet ska inskränkas till datorprogramdirektivet genom att på ett tydligt sätt inte alls ta ställning till infosocdirektivet, eller så antyder domstolen att det är ett närmast hypotetiskt scenario att motsvarande bedömningar under infosocdirektivet skulle klassificeras som en överföring till allmänheten respektive falla utanför konsumtionsprincipen. Oavsett vilken tolkning domstolen avsett hindrar formuleringarna inte domstolen från att nå samma resultat som i avgörandet *UsedSoft* vid en framtida prövning under infosocdirektivet.

För det fjärde stöder sig domstolen på att försäljning av en nedladdad kopia och försäljning av en fysisk kopia är ekonomiskt jämförbara. Argumentet kan inte anses inskränkt till att vara sant endast gällande datorprogram. Den ekonomiska teorin som Motta presenterar och som beskrivits ovan²⁷⁶ gör sig gällande i lika stor utsträckning för digitala exemplar av datorprogram som för e-böcker och digitala exemplar av TV-spel. Enligt min mening ger domstolen därför sammantaget ett intryck av att alla digitala verk ska kunna omfattas av konsumtionsprincipen.

6.2.3 Ekvivalensteorierna

Förutom en analys av de båda direktivtexterna och domstolens rättsliga argumentation ska här företas en analys av argument för och emot en tillämpning av de ekvivalensteorier som förekommer i doktrinen. I bedömningen av om konsumtionsprincipen bör tillämpas även på digitala verk inom infosocdirektivet bör utgångspunkterna, enligt mig, vara dels att undvika olikartad tillämpning av upphovsrätten på likartade verk inom ramen för likartad teknik, dels att beakta de lagstiftningsmässiga strävandena efter teknologisk neutralitet utanför ramen av likartad teknik som uttryckts i samband med antagandet av internationella konventioner samt genomförandet av unionsrätten och nationell lagstiftning på området.

Som allmän ståndpunkt ansluter jag mig till Walters uppfattning att en åtskillnad mellan digitala och fysiska exemplar av upphovsrättsskyddade verk motarbetar ekvivalenstanken, vilket ger stöd för att domstolen skulle nå

²⁷⁵ C-128/11, punkt 51.

²⁷⁶ Se under 3.1.

en annorlunda slutsats i en framtida prövning. Det är, enligt min mening, inte motiverat att ge producenter en större kontroll över sina digitala exemplar än de fysiska och därmed fasa ut konsumtionsprincipen samtidigt som upphovsrättskyddade verk tillhandahålls på fysiska lagringsmedia i allt mindre omfattning.

Det krävs dock, som Reed framhåller, mer för att uppnå verklig ekvivalens än att tillämpa samtliga bestämmelser även i digitala sammanhang. Min uppfattning är, likt Reeds, att en sådan villkorlös tillämpning kan leda till att balansen mellan rättighetshavarens och förvärvarens motstående intressen rubbas. Vid en tillämpning av det trestegstest som Reed förespråkar kan först konstateras att rättighetshavarens intresse av att få ekonomisk kompensation för sitt verk står emot förvärvarens intresse av att kunna förfoga över verket. I analysen av hur balansen påverkas av att bestämmelsen tillämpas på en digital situation kan följande avvikelser noteras. En spridning av en digital kopia utgör, till skillnad från en fysisk, i praktiken en exemplarframställning eftersom den existerar hos både överlåtare och förvärvare efter överlåtelsen. En annan skillnad mellan digitala och fysiska kopior är den som tydliggörs med Mottas teori, att kvaliteten av en fysisk kopia försämras med tiden och att en transaktion av en sådan kopia förutsätter ett fysiskt överlämnande från överlåtaren till förvärvaren som är beroende av tillgänglighet i tid och rum. Med digitala verk är dock såväl kvaliteten som tillgängligheten konstant.

Enligt min åsikt behöver inte det faktum att verket existerar hos både förvärvare och överlåtare innebära att balansen mellan de motstående intressena rubbas, under förutsättning att marknaden anpassar tekniken så att kopiorna av det digitala verket endast fungerar på en plats åt gången, vilket exempelvis ReDigi åstadkommit med musikfiler. Den perfekta priskonkurrens som uppstår, där nya produkter utkonkurreras av begagnade produkter så snart det skiljer en krona i pris, är däremot enligt min mening förödande för incitamentet att skapa verk eller åtminstone för incitamentet att digitalisera desamma. Jag anser dock att skälen mot en utsträckning av konsumtionsprincipen i förhållande till digitala verk av andra slag än datorprogram är desamma som i förhållande till datorprogram. Då EU-domstolen uppenbarligen inte tagit hänsyn till de anförda argumenten avseende bristande förutsättningar för ekvivalent tillämpning i förhållande till datorprogram finns det följaktligen inga sakliga skäl för att ta hänsyn till argumenten i förhållande till rättsläget för andra digitala verk.

6.2.4 Skillnader mellan de digitala verken

Det står klart att även om det förekommer undantag på e-boksmarknaden så är den allmänna uppfattningen i branschen att rättighetshavare har möjlighet att förhindra vidareförsäljning av digitala verk genom avtal. Å andra sidan behöver inte avtalsvillkoren representera en verklig uppfattning av gällande rätt – Sony inkluderar t.ex. även ett förbud mot vidareförsäljning av fysiska exemplar i sitt licensavtal.

Till följd av avgörandet *PC Box* finns viss anledning att ifrågasätta det tyska avgörandet *Ljudböckers* korrekthet, med tanke på att bedömningen enbart skedde utifrån infosocdirektivet trots att de bedömda verken i någon utsträckning även innehåller programkodskomponenter.²⁷⁷ Sammanfattningsvis kan dock, som noterats ovan, konstateras att e-böcker ändå i allmänhet helt bör falla inom infosocdirektivets tillämpningsområde och därför inte påverkas av hur den parallella tillämpningen av infosocdirektivet och datorprogramdirektivet ska hanteras till följd av avgörandet *PC Box*. Som en följd av denna utgångspunkt bör den tyska domstolens ställningstagande i avgörandet *Ljudböcker* endast ifrågasättas beträffande det allmänna förhållandet mellan avgörandet *UsedSoft* och infosocdirektivet, och aktualiserar följaktligen ingen avvikande problematik särskilt för e-böcker.

Beträffande musikfiler har kommissionen antytt i Musikrekommendationen att sådana inte omfattas av konsumtion. Även i doktrinen har frågan om konsumtion behandlats specifikt för musikfiler. Enligt min mening finns det dock ingen anledning att skilja på de argument och hänsyn som kan göras i förhållande till e-böcker, och särskilt inte till ljudböcker. Även bedömningen av musikfiler lär därför primärt bero av huruvida konsumtionsprincipen tillämpas på digitala verk inom infosocdirektivets ramar snarare än av hur den parallella tillämpningen av direktiven ska hanteras till följd av avgörandet *PC Box*.

TV-spel intar en särställning i sammanhanget eftersom en väsentlig del av ett verk av detta slag erhåller skydd under datorprogramdirektivet. Det står dock klart att flera komponenter även erhåller skydd under infosocdirektivet. I den mån EU-domstolen i ett framtida avgörande skulle nå slutsatsen att konsumtionsprincipen inte ska utsträckas till digitala verk under infosocdirektivet blir det därför intressant vilket direktiv som ska ges tolkningsföreträde. Med hänvisning till resonemanget ovan²⁷⁸ konstateras i detta avseende att digitala kopior av TV-spel i så fall inte skulle anses omfattade av konsumtionsprincipen. Verkstypen lyfter också fram problematiken med att försöka dra en skiljelinje mellan datorprogram och andra digitala verk eftersom TV-spel även anses innefatta spel till datorer. Enligt min mening skulle det vara en märklig rättslig effekt om verken inte omfattas av konsumtionsprincipen när de innehåller t.ex. skyddsvärda grafiska komponenter men i det enskilda fallet kan anses så enkla att konsumtion ska inträda. En sådan otydlig gränsdragning skapar osäkerhet bland överlåtare och förvärvare av verk till hinder för den inre marknaden, och det kan knappast vara en effekt som domstolen avsåg med avgörandet *UsedSoft*.

²⁷⁷ Se under 6.1.1.

²⁷⁸ Se under 6.1.2.

7 Slutsatser

Till följd av EU-domstolens förhandsavgöranden *BSA* och *SAS* kan konstateras att skyddet för ett datorprogram under datorprogramdirektivet omfattar käll- och objektкод men inte komponenter vars mångfaldigande inte innebär ett mångfaldigande av hela datorprogrammet. Dessa komponenter skyddas istället under infocodirektivet. Av avgörandena *Infopaq* och *PC Box* framgår vidare att delar av verk ska skyddas på samma sätt som hela verk och att TV-spel därför anses skyddade under såväl datorprogramdirektivet som infocodirektivet. En effekt av avgörandena är enligt min åsikt att HD:s ensidiga kategorisering av TV-spel till förmån för datorprogramdirektivet i avgörandet *Nintendo* inte längre kan anses utgöra gällande rätt.

På samma grunder som för TV-spel och datorprogram bör den tyska domstolens ensidiga kategorisering av ljud- och e-böcker till förmån för infocodirektivet i avgörandet *Ljudböcker* inte anses vägledande för vad som utgör gällande rätt inom EU. EU-domstolens praxis ger istället stöd för att även e-böcker och musikfiler kan erhålla skydd under båda direktiven, men i praktiken torde programkodskomponenten i dessa verk generellt sett endast betraktas som en funktion, och därför inte erhåller skydd.

Genom nämnda avgöranden från EU-domstolen får det alltså anses klarlagt att en parallell tillämpning av direktiven i många fall utgör utgångspunkten vid en talan om intrång i spridningsrätten avseende kopior av digitala verk. Det bör, enligt min mening, samtidigt vara mycket ovanligt att enbart datorprogramdirektivet aktualiseras vid en sådan bedömning – även avseende digitala kopior av datorprogram – då digitala verk i allmänhet även innehåller något element som istället skyddas under infocodirektivet.

Vid en tillämpning av båda direktiven ska varje fråga bedömas utifrån det för rättighetshavaren fördelaktigaste direktivet. En sådan slutsats kan dras av avgörandet *PC Box* åtminstone avseende verk där komponenterna som skyddas under de olika direktiven inte går att skilja på. Även i fall där komponenterna skulle gå att skilja åt bör rättighetshavaren dock ha möjlighet att säkerställa en prövning enligt det fördelaktigaste direktivet genom att väcka talan avseende intrånget i en komponent som skyddas under detta direktiv, med stöd av avgörandet *Infopaq*.

När avgörandet *UsedSoft* betraktas i ljuset av de slutsatser som dragits ovan blir resultatet att avgörandet antingen inte får någon praktisk betydelse över huvud taget eller att avgörandet får betydelse för alla digitala verk genom en tillämpning som utsträcks till infocodirektivet. Vid bedömningen av om en sådan utvidgning av avgörandet *UsedSofts* tillämpningsområde bör ske kan först noteras att direktiven innehåller vissa skillnader i språk och bakomliggande skäl vilka talar emot en sådan utvidgning. Med stöd av vad som anförts i doktrinen och EU-domstolens definition av vad som utgör en

överföring till allmänheten i avgörandet *Premier League*, kan dessa språkliga hinder dock inte anses absoluta. Inte heller den traktatkonforma tolkningen i förhållande till WCT kan anses innebära något absolut hinder. I egenskap av internationell konvention var nämligen EU-domstolen bunden av en sådan tolkning i förhållande till WCT även i avgörandet *UsedSoft*. Ett tyngre argument mot en utvidgning av tillämpningsområdet är dock att EU-domstolen byggt sin argumentation kring rekvisitet *den som lagligen förvärvat* i art. 5.1 datorprogramdirektivet, vilken inte har någon fullgod motsvarighet i infosocdirektivet. Trots detta är det inte orimligt att EU-domstolen vid en prövning genom analogi skulle möjliggöra en tillämpning av konsumtionsprincipen på ett liknande sätt som skedde i avgörandet *Dior*.

Beträffande domstolens argument i avgörandet *UsedSoft* anser jag att flera av dessa som anges till förmån för en tillämpning av konsumtionsprincipen på digitala exemplar kan göras gällande i lika stor utsträckning i förhållande till digitala verk under infosocdirektivet. Bland dessa argument märks hänvisningarna till principens syfte och den ekonomiska jämförbarheten mellan fysiska och digitala kopior, som enligt mig talar särskilt starkt för att domstolen menat att avgörandet ska vara tillämpligt på alla digitala verk.

Av de ekvivalensteorier som förekommer i doktrinen framgår att det är önskvärt att fysiska och digitala kopior behandlas på ett likvärdigt sätt. Det innebär samtidigt, enligt min mening, en tydlig förändring av balansen mellan rättighetshavarens och förvärvarens motstående intressen att tillåta andrahandsförsäljning av exemplar vars kvalitet och tillgänglighet helt motsvarar de nya exemplaren. EU-domstolen verkar däremot inte ha ansett att detta är ett utslagsgivande argument mot en tillämpning av konsumtionsprincipen, eftersom argumentet i lika stor utsträckning kan göras gällande under datorprogramdirektivet som under infosocdirektivet.

Beträffande de olika verkstyperna kan konstateras att e-böcker och musikfiler, som anförts ovan, generellt sett endast bör falla inom infosocdirektivet och blir därför direkt beroende av om avgörandet *UsedSoft* ska utvidgas till att gälla detta direktiv. Gällande TV-spel blir den parallella tillämpningen av direktiven av primärt intresse. Med beaktande av slutsatsen att det starkare skyddet får företräde blir dock konsumtionsprincipens utvidgning till digitala verk under infosocdirektivet avgörande även här.

Vid en vägning av argumenten för och emot en utvidgning av avgörandet *UsedSoft* till infosocdirektivet når jag, framförallt med beaktande av att de argument som EU-domstolen gör gällande i domen i stor utsträckning inte beror av vilket direktiv som bedöms, slutsatsen att konsumtionsprincipen inträder även för digitala kopior under infosocdirektivet. Det är också rimligt med beaktande av att de olika digitala verken i allt större utsträckning smälter samman i karaktär och uppbyggnad. En motsatt slutsats skulle innebära stor osäkerhet för förvärvare, då de skulle behöva ta ställning till vilket direktiv som är tillämpligt på varje enskilt verk, vilket även skulle vara till nackdel för förverkligandet av EU:s inre marknad.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Internationella konventioner

Pariskonventionen för industriellt rättsskydd av den 20 mars 1883 (reviderad i Stockholm den 14 juli 1967), i dess ändrade lydelse av den 28 september 1979

[Citeras Pariskonventionen]

Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk av den 9 september 1886 (reviderad i Paris den 24 juli 1971), i dess ändrade lydelse av den 28 september 1979

[Citeras Bernkonventionen]

Avtalet om upprättande av Världshandelsorganisationen av den 15 april 1994

[Citeras WTO-avtalet]

Avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter av den 15 april 1994, bilaga 1C till avtalet om upprättande av Världshandelsorganisationen

[Citeras TRIPS-avtalet]

Världsorganisationen för den intellektuella äganderättens fördrag om upphovsrätt antaget i Genève den 20 december 1996

[Citeras WCT]

EU

Direktiv

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

[Citeras infosocdirektivet]

Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram (konsolidering av direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991)

[Citeras datorprogramdirektivet]

Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/83/EU av den 25 oktober 2011 om konsumenträttigheter och om ändring av rådets direktiv 93/13/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/44/EG och om upphävande av

rådets direktiv 85/577/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG

[Citeras konsumentdirektivet]

Beslut

Rådets beslut 94/800/EG av den 22 december 1994 om ingående, på Europeiska gemenskapens vägnar -vad beträffar frågor som omfattas av dess behörighet- av de avtal som är resultatet av de multilaterala förhandlingarna i Uruguayrundan (1986-1994)

Grönböcker

Kommissionens grönbok, KOM(95) 382, av den 19 juli 1995 om upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
[Citeras Kommissionens grönbok om upphovsrätt]

Rekommendationer

Kommissionens rekommendation 2005/737/EG av den 18 maj 2005 om kollektiv gränsöverskridande förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter i samband med lagliga musiktjänster på nätet
[Citeras musikrekommendationen]

Meddelanden

Meddelande från Kommissionen, KOM (1999) 657, av den 14 december 1999 om principer och riktlinjer för gemenskapens audiovisuella politik i den digitala eran
[Citeras Kommissionens meddelande om audiovisuell politik]

Meddelande från Kommissionen, KOM(2011) 287, av den 24 maj 2011 om en inre marknad för immateriella rättigheter
[Citeras Kommissionens meddelande om immateriella rättigheter]

Pressmeddelanden

Pressmeddelande från Kommissionen, IP/08/22, av den 9 januari 2008 om Apples besked att utjämna priserna för nedladdning av musik från iTunes i Europa.

Sverige

Offentligt tryck

Propositioner

1960 nr 17 - Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, m.m.
[Citeras prop. 1960 nr 17]

1988/89:85 – Om upphovsrätt och datorer
[Citeras prop. 1988/89:85]

1992/93:48 – Om ändringar i de immaterialrättsliga lagarna med anledning av EES-avtalet, m.m.
[Citeras prop. 1992/93:48]

2004/05:110 – Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG
[Citeras prop. 2004/05:110]

SOU

1985:51 – Upphovsrätt och datorteknik
[Citeras SOU 1985:51]

Litteratur

Bernitz, U., Karnell, G., Pehrson L., Sandgren, C., Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, trettonde upplagan, 2013, Jure Förlag
[Citeras Bernitz m.fl. (2013)]

Bernitz, U., Kjellgren, A., Europarättens grunder, femte upplagan, 2014, Nordstedts Juridik
[Citeras Bernitz och Kjellgren (2014)]

Blume, P., Retsinformatikkens metode- og afgrænsningsproblemer, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1995
[Citeras Blume (1995)]

Brown, A., Cornwell, J., Kheria, S., Laurie, G., Waelde, C., Contemporary Intellectual Property, tredje upplagan, 2013, Oxford University Press
[Citeras Brown m.fl. (2013)]

Dahlman, C., Rätt och rättfärdigande: En tematisk introduktion i allmän rättslära, andra upplagan, 2010, Studentlitteratur
[Citeras Dahlman (2010)]

Dinwoodie, G. B., *Methods and Perspectives in Intellectual Property*, 2013, Edward Elgar Publishing
[Citeras Dinwoodie (2013)]

Gervais, D., Derclaye, E., *The scope of computer program protection after SAS: are we closer to answers?*, E.I.P.R. 2012, 34(8)
[Citeras Gervais och Derclaye (2012)]

Grosheide, W. F., *Is the appropriate EU legal framework in place for music online? – Part 1*, IIC 2002, 33(5)
[Citeras Grosheide (2002)]

Grosheide, W. F., Roerdink, H., Thomas, K., *Intellectual Property Protection for Video Games – A view from the European Union*, JICLT 2014, 9(1)
[Citeras Grosheide m.fl. (2014)]

Günther, P., *The Principle of Exhaustion and the Resale of Digital Music in Europe: A Comparative Analysis of the UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp. and Capital Records, LLC v. ReDigi, Inc. Cases*, NIR 2014 (3)
[Citeras Günther (2014)]

Hettne, J., Otken Eriksson, I., *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, andra upplagan*, 2011
[Citeras Hettne och Otken Eriksson (2011)]

Hilty, R. M., Koklu, K., *Software agreements: stocktaking and outlook – lessons from the UsedSoft v Oracle Case from a comparative law perspective*, IIC 2013, 44(3)
[Citeras Hilty och Koklu (2013)]

Jareborg, N., *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004/1
[Citeras Jareborg (2004)]

Jones, L., *An artist's entry into cyberspace: intellectual property on the Internet*, E.I.P.R. 2000, 22(2)
[Citeras Jones (2000)]

Kolczynski, J. P., *Exhaustion of copyright of computer software online: a European (Polish, German, Austrian) and US perspective*, E.I.P.R. 2011, 33(9)
[Citeras Kolczynski (2011)]

Korling, F., Zamboni, M., *Juridisk metodlära*, 2013, Studentlitteratur
[Citeras Korling och Zamboni (2013)]

Kur, A., Dreier, T., European Intellectual Property Law: Texts, Cases & Materials, 2013, Edward Elgar Publishing
[Citeras Kur och Dreier (2013)]

Ledendal, J., Copyright Protection of Software under the TRIPS Agreement: Software reengineering and reverse engineering in the context of international trade law, 2010, Lunds universitet
[Citeras Ledendal (2010)]

Lee, Y. H., Play again? Revisiting the case for copyright protection of gameplay in videogames, E.I.P.R. 2012, 34(12)
[Citeras Lee (2012)]

Lehmann, M., The EC Directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society – a short comment, E.I.P.R. 2003, 34(5)
[Citeras Lehmann (2003)]

Leidö, J., Realizing the Single Software Market: Cross-National Validity of Software License Agreements, 2014, Iustus
[Citeras Leidö (2014)]

Leistner, M., ”Used” software before Europe’s top court – the German Federal Supreme Court refers the Oracle v UsedSoft case to the European Court of Justice, IIC 2011, 42(5)
[Citeras Leistner (2011)]

Levin, M., Lärobok i immaterialrätt, tionde upplagan, 2011, Nordstedts Juridik
[Citeras Levin (2011)]

Lindberg, A., Westman, D., Praktisk IT-rätt, tredje upplagan, 2001, Nordstedts Juridik
[Citeras Lindberg och Westman (2001)]

Lindskoug, M., Retstilstanden for sælgere og købere af brugte licenser, NIR 2013 (5)
[Citeras Lindskoug (2013)]

Minero, G., Videogames, consoles and technological measures: the Nintendo v PC Box and 9Net Case, E.I.P.R. 2014, 36(5)
[Citeras Minero (2014)]

Motta, M., Competition Policy – Theory and Practice, 2004, Cambridge University Press
[Citeras Motta (2004)]

- Naylor, D., After ReDigi: contrasting the EU and US approaches to the re-sale of second-hand digital assets, E.I.P.R. 2013, 35(8)
[Citeras Naylor (2013)]
- Nicholson, A., Old Habits Die Hard?: UsedSoft v Oracle, SCRIPT-ed 2013 10(3)
[Citeras Nicholson (2013)]
- Peczenik, A., Juridikens allmänna läror, SvJT 2005
[Citeras Peczenik (2005)]
- Peczenik, A., Juridikens teori och metod, 1995, Nordstedts Juridik
[Citeras Peczenik (1995)]
- Reed, C., Online and Offline Equivalence: Aspiration and Achievement, International Journal of Law and Information Technology 2010 18(3)
[Citeras Reed (2010)]
- Reed, C., Taking Sides on Technology Neutrality, SCRIPT-ed 2007 4(3)
[Citeras Reed (2007)]
- Riis, T., Ophavsrettens fleksibilitet, NIR 2013 (2)
[Citeras Riis]
- Riis, T., Schovsbo, J., Udsen, H., Videresalg af digitale eksemplarer – ændrer UsedSoft-dommen retstilstanden?, NIR 2013 (5)
[Citeras Udsen m.fl. (2013)]
- Rognstad, O-A., Konsumpsjon og digitale øverføringer, Festskrift til Mogens Kockvedgaard, 2003, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
[Citeras Rognstad (2003)]
- van Rooijen, A., The Software Interface between Copyright and Competition Law, 2010, Kluwer Law International
[Citeras van Rooijen (2010)]
- Samuelson, P., Vinje, T., Cornish, W., Does copyright protection under the EU Software Directive extend to computer program behaviour, languages and interfaces?, E.I.P.R. 2012, 34(3)
[Citeras Samuelson m.fl. (2012)]
- Sandgren, C., Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation, andra upplagan, 2007, Nordstedts Juridik
[Citeras Sandgren (2007)]
- Sandgren, C., Är rättsdogmatiken dogmatisk?, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2005
[Citeras Sandgren (2005)]

Schulze, E. F., Resale of digital content such as music, films or eBooks under European law, E.I.P.R. 2014, 36(1)
[Citeras Schulze (2014)]

Strömholm, S., Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en bok i allmän rättslära, femte upplagan, 1996, Nordstedts Juridik
[Citeras Strömholm (1996)]

Synodinou, T. E., E-books, a new page in the history of copyright law?, E.I.P.R. 2013, 35(4)
[Citeras Synodinou (2013)]

Synodinou, T. E., The principle of technological neutrality in European copyright law: myth or reality?, E.I.P.R. 2012, 34(9)
[Citeras Synodinou (2012)]

Taubman, A., Wager, H., Watal, J., A Handbook on the WTO TRIPS Agreement, 2012, Cambridge University Press
[Citeras Taubman m.fl. (2012)]

Torremans, P., The Future Implications of the Usedsoft Decision, CREATE Working Paper 2014 (2)
[Citeras Torremans (2014)]

Vantsiouri, P., A legislation in bits and pieces; the overlapping anti-circumvention provisions of the Information Society Directive, the Software Directive and the Conditional Access Directive and their implementation in the UK, E.I.P.R. 2012, 34(9)
[Citeras Vantsiouri (2012)]

Walter, M., von Lewinski, S., European Copyright Law – A commentary, första upplagan, 2010, Oxford University Press
[Citeras Walter och von Lewinski (2010)]

Wolk, S., Det upphovsrättsliga programskyddets gränser, NIR 2011 (3)
[Citeras Wolk (2011)]

Wolk, S., The software business in transit – will exhaustion and defining sale or license soon be irrelevant?, IMC Paper 2014/1
[Citeras Wolk (2014)]

Zetterström, S., Juridiken och dess arbetsätt: en introduktion, första upplagan, 2004, Iustus förlag
[Citeras Zetterström (2004)]

Elektroniska källor

Agreed Statements concerning the WCT

http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295456

Besökt den 5 januari 2015

[Citeras Agreed Statements (elektronisk)]

Amazons hemsida

http://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html/ref=dmusic_dp_tl_eula?ie=%20UTF8&nodeId=201380010&pop-up=1

Besökt den 5 januari 2015

[Citeras Amazons hemsida (elektronisk)]

Apples hemsida

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

Besökt den 5 januari 2015

[Citeras Apples hemsida (elektronisk)]

Digital music report

<http://www.ifpi.org/downloads/Digital-Music-Report-2014.pdf>

Besökt den 5 januari 2015

[Citeras Digital music report (elektronisk)]

Lee, Y. H., Still on the CJEU Nintendo ruling and its implications for the videogame industry

<http://ipkitten.blogspot.se/2014/02/still-on-cjeu-nintendo-ruling-and-its.html>

Besökt den 5 januari 2015

[Citeras Lee (2014) (elektronisk)]

Lista över Bernkonventionens fördragsslutande stater

http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15

Besökt den 5 januari 2015

[Citeras Bernkonventionens fördragsslutande stater (elektronisk)]

Lista över WCT:s fördragsslutande stater

http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=1

Besökt den 5 januari 2015

[Citeras WCT:s fördragsslutande stater (elektronisk)]

O'Reillys hemsida

<http://shop.oreilly.com/category/customer-service/ebooks.do>

Besökt den 5 januari 2015

[Citeras O'Reillys hemsida (elektronisk)]

PlayStations hemsida

<https://www.playstation.com/sv-se/legal/software-usage-terms/>

Besökt den 5 januari 2015

[Citeras PlayStations hemsida (elektronisk)]

Priester, T., Controversial new e-book service launched: 'Tom Kabinet' will facilitate trade in second-hand e-books

http://www.futureofcopyright.com/home/blog-post/2014/06/25/controversial-new-e-book-service-launched-tom-kabinet-will-facilitate-trade-in-second-hand-e.html?no_cache=1&cHash=b30d0ba0eca53ccd8836779709ae305d

Besökt den 5 januari 2015

[Citeras Priester (2014) (elektronisk)]

ReDigis hemsida

<http://redigi.com/site/index-invite.html>

Besökt den 5 januari 2015

[Citeras ReDigis hemsida (elektronisk)]

Retrospelebutikens hemsida

<http://retrospelebutiken.se/store/used.php>

Besökt den 5 januari 2015

[Citeras Retrospelebutikens hemsida (elektronisk)]

Rosati, E., Waiting for a lower court to rein in resale? You'd sooner herd cats

<http://ipkitten.blogspot.it/2013/05/waiting-for-lower-court-to-reign-in.html>

Besökt den 5 januari 2015

[Citeras Rosati (2013) (elektronisk)]

Springers hemsida

<http://www.springer.com/generic/terms?SGWID=5-40112-0-0-0>

Besökt den 5 januari 2015

[Citeras Springers hemsida (elektronisk)]

The Economy of Culture in Europe: Study prepared for the European Commission, 2006

http://ec.europa.eu/culture/library/studies/cultural-economy_en.pdf

Besökt den 5 januari 2015

[Citeras The Economy of Culture in Europe (elektronisk)]

Tom Kabinets hemsida

http://www.tomkabinet.nl/index.php?route=information/information&information_id=15

Besökt den 5 januari 2015

[Citeras Tom Kabinets hemsida (elektronisk)]

UsedSofts hemsida

<https://www.usedsoft.com/en/company/business-idea/>

Besökt den 5 januari 2015

[Citeras UsedSofts hemsida (elektronisk)]

Xbox hemsida

<http://www.xbox.com/sv-SE/Legal/LiveTOU>

Besökt den 5 januari 2015

[Citeras Xbox hemsida (elektronisk)]

Olsson, H., Rosén, J., Upphovsrättslagstiftningen – En kommentar, tredje upplagan av den 20 januari 2014, Zeteo

[Citeras Olsson & Rosén, Upphovsrättslagstiftningen (elektronisk)]

Översättning av *Ljudböcker*

<http://ipkitten.blogspot.se/2014/07/no-exhaustion-beyond-software-katfriend.html>

Besökt den 5 januari 2015

[Citeras Översättning av *Ljudböcker* (elektronisk)]

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

6/64 – *Flamino Costa* mot *E.N.E.L.* av den 15 juli 1964

11/70 - *Internationale Handelsgesellschaft mbH* mot *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* av den 17 december 1970

78/70 - *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH* mot *Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG* av den 8 juni 1971

C-337/95 – *Parfums Christian Dior SA* och *Parfums Christian Dior BV* mot *Evora BV* av den 4 november 1997

[Citeras *Dior*]

C-355/96 – *Silhouette International Schmied GmbH & Co KB* mot *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH* av den 16 juli 1998

C-414/99 till C-416/99 – *Zino Davidoff SA* mot *A & G Imports Ltd* och *Levi Strauss & Co. m.fl.* mot *Tesco Stores Ltd m.fl.* av den 20 november 2001

C-479/04 – *Laserdisken ApS* mot *Kulturministeriet* av den 12 september 2006

C-456/06 – *Peek & Cloppenburg KG* mot *Cassina SpA* av den 17 april 2008

C-5/08 – *Infopaq International A/S* mot *Danske Dagblades Forening* av den 16 juli 2009

[Citeras *Infopaq*]

C-403/08 och C-429/08 – *Football Association Premier League Ltd m.fl.*
mot *QC Leisure m.fl.* av den 4 oktober 2011
[Citeras *Premier League*]

C-393/09 – *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany*
mot *Ministerstvo kultury* av den 22 december 2010
[Citeras *BSA*]

C-406/10 – *SAS Institute Inc* mot *World Programming Ltd* av den 2 maj
2012
[Citeras *SAS*]

C-128/11 – *UsedSoft GmbH* mot *Oracle* av den 3 juli 2012
[Citeras *UsedSoft*]

C-355/12 – *Nintendo Co Ltd m.fl.* mot *PC Box Srl* och *9Net Srl* av den 23
januari 2014
[Citeras *PC Box*]

C-360/13 - *Public Relations Consultants Association Ltd* mot *Newspaper
Licensing Agency Ltd m.fl.* av den 5 juni 2014

Storbritannien

Nova Productions Ltd mot *Mazooma Games Ltd* [2006] EWHC 24 (Ch) av
den 14 mars 2007

Sverige

NJA 1992 s. 532

NJA 2000 s. 292

NJA 2000 s. 580
[Citeras *Nintendo*]

NJA 2012 s. 975

Tyskland

Landgericht Bielefeld, nr. 4 O 191/11 av den 5 mars 2013 (första instans)
[Citeras *Ljudböcker*]

OLG Hamm (Urt. v. 15.05.2014, Az. 22 U 60/13) av den 15 maj 2014
(andra instans)
[Citeras *Ljudböcker*]

USA

Capitol Records, LLC mot *ReDigi Inc.*, United States District Court for the Southern District of New York, No. 12 Civ. 95 (RJS) av den 30 mars 2013
[Citeras *ReDigi*]