



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Fredrik Högstedt

## Att köpa och sälja en mp3

*Finns det i dag en unionsrättslig upphovsrättslig  
digital konsumtionsprincip?*

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet  
15 högskolepoäng

Handledare: Peter Gottschalk

Termin: HT 14

# Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 BAKGRUND	4
1.2 SYFTE	5
1.3 METOD OCH MATERIAL	5
1.4 AVGRÄNSNING	6
1.5 FORSKNINGSLÄGE	6
1.6 DISPOSITION	7
2 KONSUMTION AV UPPHOVSRÄTT	8
2.1 KONSUMTIONSPRINCIPEN	8
2.2 LAGSTIFTNING	9
2.2.1 UPPHOVSRÄTTSDIREKTIVET	9
2.2.2 MJUKVARUDIREKTIVET	10
2.2.3 WCT	11
3 RÄTTSFALL	12
3.1 CODITEL-MÅLET	12
3.2 USEDSTOFT-MÅLET	13
3.2.1 DE FAKTISKA OMSTÄNDIGHETERNA	13
3.2.2 ANGÅENDE BEGREPPET ”FÖRSÄLJNING”	14
3.2.3 HURUVIDA SPRIDNING ELLER ÖVERFÖRING	15
3.2.4 HURUVIDA KONSUMTION AV DIGITAL MJUKVARA ÄR MÖJLIG	16
3.2.5 EFTERSPEL	17
3.3 VZBN-MÅLET	19
3.4 REDIGI-MÅLET	19
4 ANALYS OCH DISKUSSION	21
4.1 ÄR UPPHOVSRÄTTSDIREKTIVETS KONSUMTIONSREGLER TILLÄMPLIGA PÅ DIGITALT MATERIAL?	21
4.2 PROBLEMATIKEN KRING FÖRSÄLJNINGSBEGREPPET OCH LICENSER	23
4.3 MÅNGFALDIGANDEFRÅGAN	25
4.4 BÖR MAN SKAPA EN DIGITAL KONSUMTIONSPRINCIP?	28
5 SLUTSATS	30
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	31
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	34

# Summary

This essay aims to shine light on whether a digital exhaustion doctrine can be said to exist within the EU, and if not whether it could be created and whether this is even suitable. The exhaustion doctrine gives a consumer the right to sell copyrighted materials without the copyright holder being able to stop this with reference to the exclusive distribution right. Traditionally, exhaustion has only concerned physical goods.

Despite this the European Court of Justice in its *Usedsoft* case found that computer programs or software that has been sold digitally could be exhausted. The label given to the contractual obligation in question was considered irrelevant and it was deemed that when ownership of the good is traded to the consumer in exchange of a reasonable remuneration a sale has been made. A distribution rather than communication to the public was found, and the exhaustion doctrine was considered applicable.

Since *Usedsoft* two especially interesting cases in regards to exhaustion of digital copyrighted materials have been decided, the German *VZBN* case and the American *Redigi* case. In *VZBN* the court found that *Usedsoft* was not applicable in regards to digital copyrighted goods. *Redigi* on the other hand denied exhaustion on the grounds that an illegal reproduction had occurred.

A digital exhaustion doctrine seemingly does not exist, and if it would have existed the exclusive right of reproduction in the InfoSoc directive would amount to a considerable problem for such a doctrine. Either way, it is possible to discern a will from the Court of Justice to enable a digital exhaustion doctrine, in the name of the free movement of goods. Even so, any equivalency made between digital and physical goods should perhaps be questioned in light of their fundamental differences.

# Sammanfattning

Denna uppsats försöker belysa huruvida en digital konsumtionsprincip inom EU finns, och om en sådan inte finns ifall den kan skapas och huruvida det ens är lämpligt. Konsumtionsprincipen gör det möjligt för en konsument att sälja vidare upphovsrättsskyddat material utan att en upphovsrättsinnehavare kan hindra detta med hänvisning till sin exklusiva spridningsrätt. Traditionellt har denna princip enbart omfattat fysiska varor.

Trots detta slog EU-domstolen i Usedsoft-målet fast att datorprogram eller mjukvara som sålts digitalt omfattas av konsumtionsprincipen. Den etikett företag ger avtalsförhållandet ansågs vara irrelevant och domstolen ansåg att när äganderätten övergår till konsumenten mot en rimlig ersättning har en försäljning skett. En spridning ansågs ha skett snarare än en överföring, vilket gjorde konsumtionsprincipen tillämplig på materialet.

Efter Usedsoft har två särskilt intressanta fall om konsumtion av digitalt upphovsrättsskyddat material avgjorts, VZBV-målet i Tyskland och Redigi i USA. I VZBV fann domstolen att Usedsoft inte var tillämplig på digitalt upphovsrättsskyddat material. Redigi å andra sidan förnekade konsumtion av materialet på den grunden att ett olovligt mångfaldigande skett i transaktionen.

En digital konsumtionsprincip för upphovsrättsskyddat material verkar i dag inte finnas, och ifall den funnits utgör upphovsrättsdirektivets mångfaldigandebestämmelser ett väsentligt hinder för en eventuell tillämplighet av en sådan ordning. Oavsett är det möjligt att se en vilja från EU-domstolens sida att skapa en digital konsumtionsprincip i den fria rörlighetens namn. Samtidigt kan lämpligheten att likställa fysiska med digitala varor på detta vis ifrågasättas sett till dess väsensskilda karaktärer.

# Förkortningar

EU	Europeiska Unionen
EUD	EU-domstolen
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt
VZBN	Verbraucherzentrale Bundesverband
WCT	World Intellectual Property Organization Copyright Treaty

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Att inneha ett verks upphovsrätt innebär inte ett innehav av *en* rättighet, utan snarare innehav av *ett knippe* rättigheter. Upphovsmannen har traditionellt sett den exklusiva rättigheten att framställa exemplar av sitt verk, att göra det tillgängligt för allmänheten och att sprida det. Samtidigt är detta exklusiva rättigheter med vissa särskilda inskränkningar, där en av de främsta är konsumtionsprincipen. Den princip som gör det möjligt att, t ex, köpa en begagnad bok utan att författaren på något vis kan kräva ersättning eller över huvud taget påverka huruvida du kan sälja verket vidare.

Traditionellt har konsumtionsprincipen också, naturligtvis, enbart handlat om handel av något *fysiskt*, ett köp av en faktisk skiva eller en faktisk bok. Konsumtion av rättigheter till upphovsrättsskyddat material av mer immateriell karaktär är å andra sidan ett ämne som blir relevantare i takt med att samhället, och med det upphovsrätten, blir allt mer digitalt. Kanske illustreras detta enklast med faktumet att nästan 70 % av skivbolagens försäljningsintäkter utgörs av digital försäljning.<sup>1</sup> Var och en med ett digitalt bibliotek bör ha ställt sig frågan i varför den digitala varianten av Grand Theft Auto eller The queen is dead<sup>2</sup> kostar lika mycket som den fysiska när den inte ens kan säljas vidare. I dag utvecklas och finns dessutom tekniker som möjliggör en andrahandsmarknad även i den digitala sfären,<sup>3</sup> en marknad som rätten i största möjliga mån undvikit att ta ställning till. Det är detta ämne ifrågavarande uppsats kommer att utreda.

---

<sup>1</sup> Se [http://www.nytimes.com/2014/09/26/business/media/music-sales-drop-5-as-habits-shift-online.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2014/09/26/business/media/music-sales-drop-5-as-habits-shift-online.html?_r=0) (hämtat 14 december 2014).

<sup>2</sup> Grand Theft Auto är en populär videospelsserie medan The queen is dead är ett album ifrån 1985 av popbandet The Smiths.

<sup>3</sup> Så kallade "forward-and-delete"-tekniker, där det digitala materialet raderas vid mångfaldigandet och försäljningen.

## 1.2 Syfte

Syftet med denna uppsats är att utreda förutsättningarna för en digital konsumtionsprincip i EU utifrån gällande rätt, med särskilt fokus på *Usedsoft*-målet<sup>4</sup> men även med blick på de tidigare rättsfall från EUD och fall som avgjorts i nationella domstolar efter *Usedsoft* med anledning av densamma. Meningen är alltså att försöka utröna på en eventuell konsumtion av digitalt upphovsrättsskyddat material, men även att diskutera huruvida en sådan lösning är lämplig över huvud taget. Frågeställningarna är som lyder:

- Finns det i dag en konsumtionsprincip för digitalt upphovsrättsskyddat material?
- Om det inte kan sägas finnas en sådan, är det möjligt och över huvud taget lämpligt för EUD att skapa en digital konsumtionsprincip för digitalt upphovsrättsskyddat material?

## 1.3 Metod och material

I mitt arbete har jag använt mig av rättsdogmatisk metod, där jag försökt fastställa vad gällande rätt är med hjälp av rättskälleläran. Med basis i gällande unionsrättslig lagstiftning och domar från EUD har jag menat utröna ifall det finns en digital konsumtionsprincip inom upphovsrätten. Jag har även använt två nationella domar för att belysa problematik som bör vara avgörande i framtiden på området. Med hjälp av detta material och doktrin på området har jag sedan gjort en analys av de relevanta problem som uppkommer i en diskussion kring en digital konsumtionsprincip. Då en stor del av denna problematik inte tidigare behandlats i förhållande till upphovsrättsligt material har jag också valt att placera en del nytt material i analysen för att förenkla och förbättra denna del.

---

<sup>4</sup> Mål C-128/11 *Usedsoft GmbH v Oracle International Corp.* [2012] 3 CMLR 44.

## 1.4 Avgränsning

Uppsatsen kommer inte på något fundamentalt plan utreda vad upphovsrätt är. Alltså kommer inte distinktionen mellan upphovsrätt och närstående rättigheter förklaras, och inte heller kommer vad för skapelser som anses ha upphovsrätt förklaras. Vidare kommer jag i min framställning på ett antal platser nämna ting av mer teknisk karaktär utan att gå in närmare på dem, detta på grund av ren brist av utrymme. Särskilt avses det faktum att datorfiler av sin natur mångfaldigas vid all form av s k transport, men även hur licensavtal fungerar.

Den konsumtionsprincip uppsatsen diskuterar innehåller inte någon aspekt av parallellhandel, utan fokuserar enbart på konsumtion av spridningsrätten i ren teknisk mening. Med tanke på framställningens unionsrättsliga karaktär kommer inte heller någon hänvisning till svensk rätt göras.

## 1.5 Forskningsläge

Konsumtionsprincipen är i mångt och mycket väldigt väl avhandlad inom forskningen, men då främst i förhållande till parallellhandel. Däremot finns väldigt lite material att finna om en digital konsumtionsprincip före Usedsoft- domen,<sup>5</sup> samtidigt som det finns en stor mängd material att finna från tiden efter Usedsoft om än främst i form av artiklar i immaterialrättsliga tidskrifter. Detta innebär att det tillgängliga materialet är väldigt aktuellt, och området verkar intressera en stor mängd forskare inom immaterialrätten. Materialet är samtidigt i väntan på en dom från EUD på området av väldigt hypotetisk karaktär, vilket också öppnar upp för att det är fortsatt spännande att försöka utröna ifall det kan sägas finna en digital konsumtionsprincip.

---

<sup>5</sup> Se bl a Tai, "Exhaustion and Online Delivery of Digital Works", EIPR 2003, s. 207 eller Stothers, "Parallel Trade in Europe", 2007, s. 54 ff.



## 1.6 Disposition

I uppsatsens andra kapitel redogör jag för vad konsumtionsprincipen är, dess unionsrättsliga bakgrund och ger en överblick av de regleringar som styr konsumtionsprincipen inom EU. Deutsche Grammophon-målet presenteras här snarare än i tredje kapitlet för att effektivt koppla den unionsrättsliga konsumtionsprincipen till den inre marknaden, och enkelt illustrera vad principen är. Vidare ges häri en kortfattad förklaring av de två relevanta direktivens bestämmelser kring mångfaldiganderätten, detta till syfte att göra den senare diskussionen mer förståelig.

Det tredje kapitlet fokuserar på ett antal rättsfall som syftar till att vara vägledande i den senare diskussionen. Fokus ligger framför allt på Usedsoft-målet, där jag går igenom tre aspekter som är av särskild vikt.

I det fjärde kapitlet gör jag en analys där jag försöker besvara min frågeställning, och slutligen gör jag i det femte kapitlet en sammanfattande slutsats.

## 2 Konsumtion av upphovsrätt

### 2.1 Konsumtionsprincipen

En upphovsrättsinnehavare har den exklusiva rättigheten att sprida sitt verk, vilket ska förstås som en ensamrättighet att försätta varje kopia av det skyddade verket i försäljning.<sup>6</sup> På engelska är denna rättighet känd som "the distribution right",<sup>7</sup> medan den på svenska är känd som spridningsrätt. Spridningsrätten som sådan innebär alltså att den enda som har rätt att sälja upphovsrättsskyddat material är den som innehar nämnda upphovsrätt.

Det är i denna kontext "konsumtionsprincipen" blir relevant, då den innebär att spridningsrätten till en vara *konsumeras* när den säljs för första gången.<sup>8</sup> Den person som innehar en redan tidigare såld vara kränker alltså inte upphovsrättsinnehavarens spridningsrätt ifall man säljer varan vidare. Principen tillämpades så tidigt som under den andra hälften av 1800-talet i Förenta kungariket och USA, där den är känd som "the first-sale doctrine".<sup>9</sup> I Europa talar vi snarare om "exhaustion",<sup>10</sup> ett uttryck taget från ett uttalande som dåvarande tyska högsta domstolen gjorde 1902.<sup>11</sup>

Principen som sådan saknas inom den unionsrättsliga primärrätten,<sup>12</sup> och i stället introducerades den som en unionsrättslig regel genom Deutsche Grammophon-målet.<sup>13</sup> Ett mål där en tysk skivhandlare som köpt LP-skivor från Frankrike till ett lägre pris än de var tillgängliga för i Tyskland sedan sålt dem i Tyskland, varpå den tyska upphovsrättsinnehavaren motsatte sig detta och hävdade sin exklusiva spridningsrätt i Tyskland. EUD fann att det

---

<sup>6</sup> Se Bently, "Intellectual Property", 4 u, 2014, s. 148.

<sup>7</sup> Jämför t ex upphovsrättsdirektivets art 4.2 i engelsk översättning.

<sup>8</sup> Bently, s. 151.

<sup>9</sup> Se Stothers, s. 41.

<sup>10</sup> Bokstavligen översatt en *utmattning* av spridningsrätten.

<sup>11</sup> Ibid., s. 41.

<sup>12</sup> Se FEUF art. 345, "fördragen ska inte i något hänseende ingripa i medlemsstaternas egendomsordning."

<sup>13</sup> Mål 78/70 *Deutsche Grammophon GmbH v Metro GmbH* [1970] ECR 487.

skulle ”strida mot reglerna om fri rörlighet för varor inom den gemensamma marknaden om en tillverkare av ljudinspelningar [...] förhindra[r] saluföring av varor som bringats i omsättning i annan medlemsstat av honom eller med hans godkännande”.<sup>14</sup>

Med andra ord innebär detta att en upphovsrättsinnehavare inte har rätten att återopa sin exklusiva spridningsrätt för att förhindra försäljningen av dennes upphovsrättsskyddade varor när de redan försatts i försäljning inom unionen av upphovsrättsinnehavaren, då den motsatta ordningen hade förhindrat den inre marknaden. Samtidigt noterar EUD att upphovsrätten kan motivera restriktioner av den inre marknaden i syfte att skydda vad man kallar ”det särskilda föremålet” för upphovsrätten.<sup>15</sup>

## 2.2 Lagstiftning

### 2.2.1 *Upphovsrättsdirektivet*

Upphovsrätten är i dag i viss mån harmoniserad inom unionen genom upphovsrättsdirektivet.<sup>16</sup> Direktivet specificerar inte vad för verk som är upphovsrättsligt skyddade, men ger upphovsrättsinnehavare en exklusiv rätt att överföra sitt verk till allmänheten och att sprida det.<sup>17</sup> Samtidigt stadgar direktivet att den exklusiva spridningsrätten till ett verk konsumeras när ”den första försäljningen av exemplaret i fråga [...] görs inom gemenskapen av rättsinnehavaren”.<sup>18</sup> Detta är en regional konsumtionsprincip, att kontrastera med en nationell eller internationell motsvarighet.<sup>19</sup> Varor som upplever sin ”första försäljning” inom unionen är konsumerade inom

---

<sup>14</sup> Ibid., p. 13.

<sup>15</sup> Ibid., p. 11. Vad ”det särskilda föremålet” är definieras inte i Deutsche Grammophon, mer om detta nedan i sektion 3.1.

<sup>16</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

<sup>17</sup> Ibid., art. 3-4.

<sup>18</sup> Ibid., art. 4.2.

<sup>19</sup> I *Deutsche Grammophon* hade de inblandade medlemsstaterna tillämpat en nationell konsumtionsprincip.

densamma, medan varor vars första försäljning sker utanför inte är konsumerade inom EU. Notera att rätten att överföra sitt verk till allmänheten inte omfattas av direktivets konsumtionsprincip.

Direktivets ordalydelse talar inte om fysiska kontra digitala varor, men i direktivets preambel konstateras att i direktivets skydd ”ingår ensamrätt att bestämma över spridning av verk som *ingår i en fysisk vara* [kursivering tillagd]”,<sup>20</sup> och vidare att ”frågan om konsumtion uppstår inte då det gäller tjänster, särskilt inte i fråga om online-tjänster”.<sup>21</sup>

Det bör i sammanhanget även nämnas att direktivet ger en upphovsrättsinnehavare den exklusiva rätten att mångfaldiga sitt verk.<sup>22</sup> Denna rättighet har också ett undantag, men undantaget är starkt begränsat och måste uppfylla ett antal kumulativa rekvisit.<sup>23</sup>

### 2.2.2 Mjukvarudirektivet

Inom unionen skyddas också mjukvara och datorprogram som litterära verk enligt mjukvarudirektivet.<sup>24</sup> Direktivet agerar som *lex specialis* i förhållande till upphovsrättsdirektivet,<sup>25</sup> och stadgar liksom upphovsrättsdirektivet en exklusiv spridningsrätt för datorprogrammets skapare.<sup>26</sup> Även här konsumeras denna spridningsrätt vid den första försäljningen av datorprogrammet med rättighetsinnehavarens samtycke inom unionen.<sup>27</sup> Dock görs här ett mindre restriktivt undantag i förhållande till rättighetsinnehavarens mångfaldiganderätt, där man tillåter

---

<sup>20</sup> Upphovsrättsdirektivet, preambel (28).

<sup>21</sup> *Ibid.*, preambel (29).

<sup>22</sup> *Ibid.*, art. 2.

<sup>23</sup> *Ibid.*, art. 5.1. Det finns fler undantag, men undantag för medlemsstater att införliva i sin lagstiftning.

<sup>24</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG om rättsligt skydd för datorprogram, se art. 1.

<sup>25</sup> Se upphovsrättsdirektivet, art. 1.2.

<sup>26</sup> Mjukvarudirektivet, art. 4.1 (c).

<sup>27</sup> *Ibid.*, art. 4.2.

mångfaldiganden som sker i den mån förvärvaren behöver göra dem för att använda datorprogrammet för dess avsedda ändamål.<sup>28</sup>

### 2.2.3 WCT

Upphovsrättsdirektivet bygger i viss mån, utöver EUD:s praxis, på traktaten WCT ifrån 1996.<sup>29</sup> Här i stadgas också att författare eller upphovsrättsinnehavare har ”the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original or copies of their works through sale or other transfer of ownership”,<sup>30</sup> d v s spridningrätt. Eventuella bestämmelser om konsumtion är dock upp till varje enskild traktatpart att bestämma om.<sup>31</sup> Noterbart är dock att man konstaterar att artikelns ”originals and copies” ska förstås som materiella förlagor av upphovsrättsskyddat material som kan spridas som fysiska objekt.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> Ibid., art. 5.1.

<sup>29</sup> Se upphovsrättsdirektivet, preambel (15).

<sup>30</sup> WCT, art. 6 (1).

<sup>31</sup> Ibid, art. 6 (2).

<sup>32</sup> Ibid, fotnot 5 ”agreed statements concerning articles 6 and 7”.

# 3 Rättsfall

## 3.1 Coditel-målet

Nästan 10 år efter Deutsche Grammophon tog EUD ställning till konsumtionsprincipens eventuella tillämpning på annat upphovsrättsskyddat material än rent materiella varor och konsumtion av andra rättigheter än spridningsrätten, i det så kallade Coditel-målet.<sup>33</sup>

Ett antal belgiska kabel-TV-kanaler hade sänt den franska filmen ”Le Boucher” som de upptagit från en tysk TV-sändning, alltmedan det belgiska filmbolaget Ciné Vog hade den exklusiva licensen att visa filmen i Belgien.<sup>34</sup> Coditel-bolagen ansåg samtidigt att rättigheten att visa filmen konsumerats då den redan visats i ett annat gemenskapsland, och att en annan tolkning hade inneburit en inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster.<sup>35</sup> Coditel försökte således tillämpa konsumtionsprincipen på den exklusiva rättigheten att överföra sitt verk till allmänheten snarare än spridningsrätten, och därmed göra principen tillämplig på en tjänst snarare än en vara.

EUD resonerade annorlunda och slog fast att möjligheten att ”kräva ersättning för varje visning av en film är en del av [denna] upphovsrätt[s] grundläggande funktioner”,<sup>36</sup> vilket i förlängningen innebar att en sådan upphovsrättsinnehavare kan hindra eventuella visningar.<sup>37</sup> Detta resonemang utgår ifrån vad EUD kallar ”det specifika föremålet”<sup>38</sup> i förhållande till upphovsrätt. Den ifrågavarande upphovsrättens grundläggande funktion är vad man kallar det specifika föremålet, och *det* är vad det upphovsrättsliga

---

<sup>33</sup> Mål 62/79 *Coditel SA v Ciné Vog Films SA* [1980] ECR 881.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 2-3.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>38</sup> Eng., ”specific subject-matter”, som definierades och för första gången användes i *Deutsche Grammophon*, se p. 11.

regelverket i slutändan tjänar att skydda. EUD själva förklarar det som att inskränkningar av den inre marknaden, som upphovsrättsliga regler oundvikligen är, enbart får ske i den mån de tjänar till att skydda det specifika föremålet.<sup>39</sup>

Konsumtionsprincipen är inte tillämplig på upphovsrätter vars specifika föremål är att ta betalt per användning,<sup>40</sup> och det är därför en spridningsrätt kan konsumeras till skillnad från rätten att överföra ett verk till allmänheten. En upphovsrätt får enbart förhindra den inre marknaden i den mån det specifika föremålet behöver skyddas.<sup>41</sup>

## 3.2 Usedsoft-målet

### 3.2.1 *De faktiska omständigheterna*

Bortsett från artiklar och avsnitt i doktrin av relativt kortfattad och mer hypotetisk karaktär är det svårt att finna någon egentligen diskussion om konsumtion av digitalt upphovsrättsskyddat material före 2012 och det sk Usedsoft-målet, en konflikt mellan det tyska företaget Usedsoft och det amerikanska företaget Oracle om återförsäljning av licenser till datorprogram.

Oracle utvecklar och saluför datorprogram. De i förhållande till målet relevanta programmen var tillgängliga för nedladdning på Oracles hemsida, och Oracles kunder köpte en licens till att permanent få inneha och använda programmet i fråga. Licenserna såldes enbart i grupper av 25 och med en licens gavs kunden uppdaterade versioner samt eventuella avhjälplingar av fel av programmet utan kostnad. Usedsoft å andra sidan sålde begagnade licenser till datorprogram, bland annat Oracles. Kunder till Oracle med

---

<sup>39</sup> Se bl a mål C-200/98 *Metronome Musik GmbH v Music Point Hokamp GmbH* [1998] ECR I1953, p. 14.

<sup>40</sup> Se Bently, s. 13.

<sup>41</sup> Se Deutsche Grammophon, p. 11.

oanvända licenser i sitt 25-pack kunde sälja dessa vidare till Usedsoft, som i sin tur sålde licenserna individuellt och, jämfört med det pris Oracle saluförde sina 25-pack för, till ett kraftigt rabatterat pris. Oracle ansåg att Usedsoft kränkt den exklusiva spridningsrätt Oracle hade till sina upphovsrättsligt skyddade datorprogram, och förde dem inför tysk domstol.<sup>42</sup>

Efter ett antal processer i lägre instanser, där Usedsoft i huvudsak förlorat, nådde fallet tyska högsta domstolen som med anledning av detta ställde tre frågor till EUD, där särskilt den andra är av intresse för ifrågavarande framställning:

Är spridningsrätten till en kopia av ett datorprogram konsumerad i den mening som avses i artikel 4.2 första delen i direktiv 2009/24 när förvärvaren med rättsinnehavarens samtycke har laddat ned programmet från internet på ett datamedium?<sup>43</sup>

### 3.2.2 *Angående begreppet ”försäljning”*

Det i sammanhanget huvudsakligen relevanta mjukvarudirektivet, likt upphovsrättsdirektivet, stadgar att spridningsrätten är förlorad efter den *första försäljningen*.<sup>44</sup> Därmed var EUD för att kunna besvara den nationella domstolens fråga tvungen att avgöra huruvida det avtalsrättsliga förhållandet Oracle och dess kunder emellan ens var att kategorisera som en försäljning. En definition i direktivet saknas, och EUD framförde att begreppet försäljning utgör ett ”självständigt unionsrättsligt begrepp” varpå en unionsenhetlig tolkning bör göras.<sup>45</sup> Tolkningen utgick från en allmänt vedertagen definition, som ett avtalsförhållande där en person överför sin äganderätt till en materiell eller immateriell vara i utbyte mot vederlag.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> Ibid., p. 20-26.

<sup>43</sup> Ibid., p. 34.

<sup>44</sup> Mjukvarudirektivet, 4.2, jämför med upphovsrättsdirektivet, art. 4.2.

<sup>45</sup> Usedsoft, p. 40.

<sup>46</sup> Ibid., p. 42.



Oracle sålde *licenser* till sina kunder, och inte datorprogrammen som sådana. Det var möjligt för vem som helst att kostnadsfritt ladda ner ifrågavarande program från Oracles servrar, men för att kunna använda dem krävdes en licens. Licensen innebar en ”i tiden obegränsad, icke-exklusiv och ej överlåtbar nyttjanderätt till det berörda datorprogrammet”, och Oracle ansåg att det inte skedde en övergång av äganderätten till programmet under någon del av denna kedja.<sup>47</sup> Vad Oracle sålde, enligt dem själva, var alltså inte programmet utan bara en licens att använda programmet, och därmed ansåg de att programmets spridningsrätt inte konsumerades.

Detta argument godtogs inte av EUD, och avtalsförhållandet mellan Oracle och dess kunder ansågs vara det av ett köp. Licensens form, särskilt faktumet att det var i tiden obegränsat, ansågs leda till att kunden fick en varaktigt användbar kopia i utbyte mot ett pris som motsvarade en kopias värde.<sup>48</sup> Domstolens tidigare erinran om att försäljning traditionellt sett ansetts vara när en person mot vederlag överför sin äganderätt till materiell eller immateriell egendom kopplades till Oracles licensavtal, och på grund av detta kunde avtalet anses utgöra den första försäljning direktivet refererade till.

### 3.2.3 *Huruvida spridning eller överföring*

Intressant nog invände, utöver Oracle, även kommissionen mot idén att avtalet skulle kunna anses vara omfattat av direktivets konsumtionsbestämmelser, med motiveringen att när programmen lades upp på Oracles hemsida (och där kunde laddas ner av var och en) gjorde Oracle sina program tillgängliga för allmänheten.<sup>49</sup> I det fall att programmet gjordes tillgängligt för allmänheten ansågs detta innebära att spridningsrätten inte

---

<sup>47</sup> Ibid., p. 43.

<sup>48</sup> Ibid., p. 45.

<sup>49</sup> Ibid., p. 50.

kunde konsumeras, då upphovsrättsdirektivet i art. 3.3 stadgar att ett tillgängliggörande av detta slag inte leder till någon konsumtion.

Samtidigt konstaterade EUD här att denna fråga inte blir aktuell då mjukvarudirektivet utgör *lex specialis* i förhållande till upphovsrättsdirektivet enligt art. 1.2 a i detsamma.<sup>50</sup> Även i det fall att den skulle bli aktuell, har denna överföring till allmänheten genom äganderättens övergång omvandlats till spridning till allmänheten, och art. 3.3 upphovsrättsdirektivet blir således irrelevant oavsett.<sup>51</sup>

Denna tolkning har kritiserats, där mjukvarudirektivets status som *lex specialis* snarare än att totalt förbise upphovsrättsdirektivets bestämmelser bör ha lett till en tolkning av mjukvarudirektivet i ljuset av upphovsrättsdirektivet.<sup>52</sup> En sådan tolkning har ansetts leda till en situation där eventuella oklarheter inom unionsrätten i stället för att tolkas enhetligt utifrån nuvarande lagstiftning lappas ihop på ren ad hoc-basis av EUD.<sup>53</sup>

#### 3.2.4 *Huruvida konsumtion av digital mjukvara är möjlig*

Då frågor av mer teknisk karaktär var avklarade, alltså huruvida de faktiska omständigheterna gick att passa in i direktivets bestämmelser, var avklarade ställde EUD sig den i sammanhanget avgörande frågan – kan digital mjukvara över huvud taget konsumeras? Såväl Oracle som kommissionen hävdade att mjukvarudirektivet art. 4.2 läst i tandem med upphovsrättsdirektivet och WCT endast gav stöd till en tolkning som enbart föreskriver konsumtion av materiella varor.<sup>54</sup> Särskilt de eniga uttalandena till WCT:s artikel 6 och 7 är av intresse här.

---

<sup>50</sup> Ibid., p. 51.

<sup>51</sup> Ibid., p. 52.

<sup>52</sup> Se Schulze, "Resale of Digital Content Such as Music, Films and Books under European Law", EIPR 2014, s. 9 f.

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> Usedsoft, p. 53.

Trots detta fann EUD att digital konsumtion var möjlig, då man bl a fann att ”försäljningen av ett datorprogram på en cd-rom eller dvd och försäljningen av ett datorprogram genom nedladdning från internet ur ett ekonomiskt perspektiv är jämförbara.”<sup>55</sup> Nedladdning online eller lagring på ett fysiskt medium ansågs motsvara varandra, och en tolkning av art. 4.2 utifrån detta innebar i så fall att huruvida programmet var i digital eller fysisk form var en icke-fråga för en eventuell konsumtion.

Slutligen gav EUD ett mer generellt resonemang kring konsumtionsprincipens syfte och det specifika föremålet hos ifrågavarande upphovsrätt.<sup>56</sup> Det bakomliggande ”syftet med principen konsumtion av spridningsrätten till upphovsrättsligt skyddade verk är att begränsa [...] restriktionerna för distributionen av nämnda verk till vad som är nödvändigt för att skydda det specifika föremålet för den aktuella immateriella rättigheten”, detta för att förhindra en avskärmning av marknaderna.<sup>57</sup> EUD gör här en återkoppling till sitt allra första konsumtionsmål Deutsche Grammophone, och understryker varför konsumtion finns, vilket *bör* vara vägledande i diskussioner kring annan konsumtion. En begränsning av konsumtionsprincipen som, till synes, föreslagen av kommissionen ansågs potentiellt ge en rättsinnehavare en orimlig möjlighet att kontrollera cirkulationen av kopior av det upphovsrättsligt skyddade materialet då det ”skulle gå utöver vad som är nödvändigt för att skydda det specifika föremålet”.<sup>58</sup> Konsumtion av mjukvara vars första försäljning var digital ansågs alltså kunna konsumeras.

### 3.2.5 *Efterspel*

I Usedsoft:s kölvatten uppstod en debatt kring huruvida fallets lärdomar gick att applicera på upphovsrättsskyddat material, som på EU-nivå till dags dato kan sägas ha utmynnat i ”Public consultation on the review of the EU

---

<sup>55</sup> Ibid., p. 61.

<sup>56</sup> Ibid., p. 62-63.

<sup>57</sup> Ibid., p. 62.

<sup>58</sup> Ibid., p. 63.

copyright rules” där två frågor uttryckligen berör konsumtion av digitalt upphovsrättsskyddat material.<sup>59</sup> Resultatet av denna allmänna överläggning publicerades i juli 2014 och innehöll åsikter från såväl konsumenter, institutionella användare<sup>60</sup>, rättighetsinnehavare av olika slag som medlemsstater, med flera.

Överläggningens resultat var möjligtvis inte särskilt överraskande, där konsumenter ansågs eftertrakta en reglering på området där digital medias spridningsrätt kunde konsumeras medan rättighetsinnehavare eftertraktade det motsatta. Rättighetsinnehavarna menade i huvudsak att en sådan ordning ”would have serious negative consequences for the market as it would undermine the investment in the copyright content.”<sup>61</sup> Särskilt de faktum att digitala varor inte atrofierar utan snarare förblir ”perfekta” för evigt samt att det är omöjligt att kontrollera huruvida den begagnade digitala vara som säljs förstörs eller lämnar försäljarens rådighet framfördes, två särskilt inneboende drag i konsumtionsprincipen.

Samtidigt framförde ett fåtal rättighetsinnehavare potentiellt goda effekter, särskilt eventuella marknadsföringseffekter och att det hade kunnat vara ett legalt alternativ till piratkopiering.<sup>62</sup> Vad gäller konsumenternas åsikter bör kanske särskilt den generella åsikten att skillnaden mellan fysiskt och digitalt upphovsrättsskyddat material inte skiljer sig åt nämnvärt framföras, framför allt då man upplever att de två varianterna traditionellt säljs till samma pris – att då inte få nyttja varan på samma vis upplevs som fel och något rätten måste anpassa sig efter.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> Återfinns här [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/consultation-document\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/consultation-document_en.pdf) (hämtat 13 december 2014), och särskilt frågor 13 och 14.

<sup>60</sup> Med institutionella användare avses bibliotek, museum, universitet och dylikt.

<sup>61</sup> [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf), s. 21.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Ibid., s. 20.

### 3.3 VZBN-målet

Vidare bör nämnas att även om frågor om konsumtionsprincipen i förhållande till upphovsrättsligt skyddat material inte har tagits upp av EUD ännu, så har den likväl prövats inom EU:s gränser. Framför allt bör nämnas ett mål ifrån juli 2013, nästan på dagen ett år efter Usedsoft-målet, där den tyska regionala domstolen i Bielefeld ansåg att e-böcker inte kunde konsumeras. Den tyska konsumentorganisationen VZBN hade stämt en återförsäljare av fysiska och digital media, som sålde eböcker och ljudböcker med villkoret att den fil konsumenten köpte enbart var för personligt bruk och inte fick säljas vidare. VZBN ansåg att ett sådant villkor var till konsumenters nackdel, och att filerna i ljuset av Usedsoft var konsumerade. Domstolen fann likväl att upphovsrättsdirektivet inte tillåter någon sådan konsumtion, och att Usedsoft:s lärdomar inte är tillämpliga på material skyddat av upphovsrättsdirektivet med hänsyn till mjukvarudirektivets *lex specialis*-karaktär.<sup>64</sup> Denna dom fastslogs sedan i juni 2014 av den regionala överprövningsdomstolen i Hamm.<sup>65</sup> Någon begäran om förhandsavgörande från EUD har inte gjorts.

### 3.4 Redigi-målet

Samtidigt har ett liknande rättsfall avgjorts i USA under 2013, det s k Redigi-målet.<sup>66</sup> Det amerikanska företaget Redigi erbjöd här konsumenter att lägga upp ljudfiler på Redigis servrar från sina Itunes-bibliotek där de sedan kunde utbytas mot s k ”credits”, varpå dessa kunde användas för att köpa andra användares låtar. Endast låtar som var köpta på Itunes gick att sälja, och när en låt sålts kontrollerade Redigi:s mjukvara kontinuerligt

---

<sup>64</sup> Se <http://www.ifrro.org/content/german-court-ruled-e-books-need-be-distinguished-software-no-exhaustion> för engelskspråkig kommentar av målet, målet på dess originalspråk finns även att finna i länken (hämtat 14 december 2014).

<sup>65</sup> Se <http://ipkitten.blogspot.se/2014/06/breaking-copyright-exhaustion-does-not.html> (hämtat 14 december 2014).

<sup>66</sup> Capitol Records, LLC v Redigi, Inc, no 12-0095, 2012, U.S. District Court for the Southern District of New York.

kundens enheter så att den sålda filen verkligen var raderad.<sup>67</sup> Capitol Records, ett amerikanskt skivbolag, ansåg att deras upphovsrätt kränkts och förde därför Redigi framför domstol. Redigi ansåg att de berörda ljudfilerna var konsumerade, och därför gick att sälja.

Domstolen instämde likväl med Capitol och fann Redigi skyldiga till upphovsrättsintrång. Frågans kärna var huruvida ett olovligt mångfaldigande skett när filerna laddades upp på Redigi:s servrar. Domstolen fann att detta var fallet, då själva processen ”by necessity creates a new material object when a digital music file is either uploaded to or downloaded from [Redigi]”.<sup>68</sup> Vidare konstaterade domstolen att *the first-sale doctrine* inte var tillämplig på digitalt material, då lagstiftningen helt enkelt inte erkände annat än fysisk konsumtion.<sup>69</sup>

Redigi illustrerar effektivt en vidare problematik i försäljning av digitalt material, det mångfaldigande som av sin natur sker vid ”transport” av sådant. Samtidigt prövades i detta fall en äldre version av Redigi, medan den nuvarande versionen inte längre är beroende av något mångfaldigande.<sup>70</sup> Redigi är nu dessutom på väg att etablera sig i Europa.<sup>71</sup>

---

<sup>67</sup> Ibid., s. 2.

<sup>68</sup> Ibid., s. 7.

<sup>69</sup> Ibid., s. 13.

<sup>70</sup> Se Schulze, s. 9.

<sup>71</sup> Se <http://newsroom.redigi.com/europe/> (hämtat 18 december 2014).

## 4 Analys och diskussion

### 4.1 Är upphovsrättsdirektivets konsumtionsregler tillämpliga på digitalt material?

Ifrågavarande uppsats ämnar att besvara huruvida en digital konsumtionsprincip kan anses finnas. Den inledande och mest centrala frågan blir då att besvara ifall upphovsrättsdirektivets konsumtionsbestämmelser ens är tillämpbara på digitalt material. Den tyska domstolen i VZBN-målet ansåg som bekant att en sådan tolkning inte var möjlig.

I direktivet säger man att ”i det upphovsrättsliga skyddet enligt detta direktiv ingår ensamrätt att bestämma över spridning av verk som ingår i en *fysisk* [kursivering tillagd] vara”,<sup>72</sup> samt att ”frågan om konsumtion uppstår inte då det gäller tjänster, särskilt inte online-tjänster.”<sup>73</sup> Sett enbart till sin ordalydelse torde detta innebära att direktivets konsumtionsprincip inte omfattar digitala kopior av upphovsrättsligt skyddade verk, och med hänsyn till WCT:s ”the expressions ‘copies’ and ‘original and copies,’ being subject to the right of distribution [...] refer exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects” bör detta vara än klarare.<sup>74</sup>

Samtidigt uttrycker EUD i Usedsoft åsikten att ”försäljningen av ett datorprogram på [ett fysiskt medium] och försäljningen av ett datorprogram genom nedladdning från internet ur ett ekonomiskt perspektiv är jämförbara [och] onlineöverföringen motsvarar funktionellt sett lagringen på ett fysiskt medium”,<sup>75</sup> ett sorts likställande av en fysisk vara med dess digitala motsvarighet. I doktrin har detta anförts som ett argument att en ”funktionell

---

<sup>72</sup> Upphovsrättsdirektivet, preambel (28).

<sup>73</sup> Ibid., preambel (29).

<sup>74</sup> Se WCT, fotnot 5 ”agreed statements concerning articles 6 and 7”.

<sup>75</sup> Usedsoft, p. 61.

ekvivalens” råder mellan den fysiska och digitala utgåvan, och att de därför bör behandlas lika.<sup>76</sup> Detta innebär enkelt att man inom direktivets ”fysisk vara” också inrymmer digitala, vilket må vara en liberal tolkning men åtminstone inte i strid med det samma. Detta innebär också att huruvida själva skeendet i ett första led är en spridning i direktivets mening inte spelar någon roll, den bör likväl kategoriseras som en spridning sett till den funktionella ekvivalensen. Samtidigt är en sådan tolkning långt svårare att göra i förhållande till WCT:s ordalydelse, där fotnot 5 uttryckligen konstaterar att enbart fysiska kopior åsyftas.

Å andra sidan är det i sammanhanget viktigt att upprepa mjukvarudirektivets lex specialis-karaktär i förhållande till upphovsrättsdirektivet, och att man möjligtvis bör se på de resonemang som exklusivt förs i förhållande till mjukvarudirektivets bestämmelser som exklusivt för bestämmelser i mjukvarudirektivet. Att EUD i sitt resonemang om funktionell ekvivalens uttryckligen diskuterar försäljningen av datorprogram (vilket fallet givetvis handlade om) bör möjligtvis leda till en slutsats att detta resonemang också, för närvarande, är exklusivt för mjukvara. Att EUD i *UsedSoft* även uttryckligen, upprepade gånger, anger mjukvarudirektivet och dess konsumtionsbestämmelser som lex specialis i förhållande till upphovsrättsdirektivets kan också leda en till en sådan slutsats.<sup>77</sup> Samtidigt bör här noteras *UsedSoft* p. 60, där EUD upprepar att uttryck i de båda direktiven i princip ska ha samma betydelse.<sup>78</sup>

Oavsett, bör även i denna fråga hänsyn tas till EUD:s mer generella resonemang om det specifika föremålet. Om en konsumtionsprincip begränsad till fysiska upphovsrättsligt skyddade varor innebär en begränsning som går utöver det nödvändiga för att skydda det specifika föremålet i fråga, ska denna begränsning upphävas för att ”förhindra en

---

<sup>76</sup> Se här Schulze, s. 12. Notera dock att författaren ställer sig emot detta argument.

<sup>77</sup> Se här *UsedSoft*, p. 51.

<sup>78</sup> Med hänvisning till *Football Association Premier League*, p. 187-188.



avskärmning av marknaderna”.<sup>79</sup> Ifall en funktionell ekvivalens mellan, låt säga, en cd-skiva och ett album på iTunes råder bör även dess specifika föremål vara det samma, vilket i förlängningen åtminstone antyder att en enbart fysisk konsumtionsprincip inte är i linje med EUD:s praxis. Om man dessutom återkallar resonemanget ovan kring konsumtionsprincipen som ett konsekvensberoende verktyg framstår en sådan slutsats väldigt rimlig.

Alltsåledes framstår det som att även ifall direktivets och WCT:s ordalydelse talar emot att en digital konsumtionsprincip faktiskt finns, är det av EUD:s resonemang i *Usedsoft* att döma väldigt troligt att man ifall en möjlighet ges kommer att låta konsumtionsprincipen omfatta digitalt upphovsrättsskyddat material.

## 4.2 Problematiken kring försäljningsbegreppet och licenser

Oavsett huruvida konsumtionsprincipen omfattar eller inte omfattar digitalt material måste frågan ställas huruvida köp av musik online ens är att se på som en ”försäljning” i direktivets mening. Liksom Oracles datorprogram säljs traditionellt digitala licenser till musik, film eller ljudböcker,<sup>80</sup> snarare än den faktiska digitala filen till vad än man köper. Då det av upphovsrättsdirektivets art. 4.2, liksom mjukvarudirektivets, följer att den första försäljningen av en kopia konsumerar dess spridningsrätt inom unionen, erfordras att digitalt upphovsrättsskyddat material anses just ha sålts snarare än bara ha licenserats ut. Frågan blir då ifall det resonemang

---

<sup>79</sup> *Usedsoft*, p. 62-63.

<sup>80</sup> Se t ex iTunes, den utan tvekan största aktören på den globala marknaden vad gäller nedladdning av musik eller dylikt, villkor, ”iTunes är tillhandahållare av Tjänsten vilken gör det möjligt för dig att komma åt, köpa eller hyra en licens för digitalt innehåll”, rubriken ”B. ITUNES STORE VILLKOR FÖR TJÄNSTEN”, <https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/se/terms.html> (hämtat 16 december 2014).

EUD för i Usedsoft kan tillämpas på försäljning av upphovsrättsskyddat digitalt material och dess licenser.

Usedsoft:s prejudicerande lärdom vad gäller frågan huruvida ett köp av licens ska kategoriseras som övergång av nyttjanderätt eller övergång av äganderätt (och därmed försäljning i mjukvarudirektivets mening) är till synes enkel: när kunden ingår ett licensavtal till användning av mjukvaran och mot en ”ersättning som motsvarar det ekonomiska värdet på kopian” får en ”i tiden obegränsad nyttjanderätt till denna kopia”<sup>81</sup> är det att kategorisera som en försäljning. Detta är å andra sidan ett resonemang som enbart tillämpas på mjukvarudirektivets konsumtionsbestämmelse, vilket ställer frågan huruvida det över huvud taget kan anses vara vägledande i en diskussion kring upphovsrättsdirektivet.

Rimligtvis bör man undra ifall där finns några argument *emot* en tolkning där begreppet ”försäljning” är att se på som detsamma i båda direktiv. Liksom med mjukvarudirektivet saknas en definition av begreppet i upphovsrättsdirektivet, och inte heller finns någon hänvisning till de nationella rättsordningarna. En naturlig slutsats är att ”försäljning” i upphovsrättsdirektivet bör anses utgöra ett självständigt unionsrättsligt begrepp,<sup>82</sup> alltså något EUD har, s a s, tolkningsföreträde i.

Sålunda är också det enda, i skrivande stund, tillgängliga för att bedöma denna fråga det resonemang EUD framför i UsedSoft. Det är möjligt, och rimligt, att argumentera kring inneboende skillnader mellan upphovsrättsligt skyddade ting och mjukvara skyddat som om det vore upphovsrättsligt, vilket i så fall leder till möjligheten att försäljningskriteriet tolkas annorlunda i förhållande till upphovsrättsdirektivet. Samtidigt bör hänsyn

---

<sup>81</sup> Se Usedsoft, p. 45.

<sup>82</sup> Jfr. Usedsoft, p. 40.

tas till det faktum att uttryck i de två direktiven är menade att i princip ha samma betydelse.<sup>83</sup>

Därmed blir det också relevant att uppmärksamma problematik i EUD:s slutsatser kring licensförsäljning. Särskilt faktumet att licensen för nyttjandet ska vara ”obunden i tiden” öppnar upp för en tolkning där en licens på nyttjande av filen i 100 år i så fall innebär att det upphovsrättsligt skyddade materialet inte har upplevt någon ”första försäljning” och därmed inte kan konsumeras per definition. Å andra sidan kan detta lanseras som en orimlig tolkning och en mer rimlig maxgräns för vad som är att likställa med obundet bör uppställas. Frågan kan också ställas hur ett införande av tidsbegränsade licenser kan påverka prismekanismen – en låt som kan användas fem år kanske säljs till ett lägre pris än en som kan användas för evigt.

### 4.3 Mångfaldigandefrågan

Som noterats i Redigi är ett av de mer problematiska områden vad gäller försäljning av digitalt material frågan om det mångfaldigande som oundvikligen sker när den upphovsrättsligt skyddade filen transporteras från säljaren till köparen. Oavsett ifall ovanstående två frågor besvaras jakande är en digital andrahandsmarknad inte möjlig ifall man som ett led i detta genomför ett olovligt mångfaldigande.

Detta är också en av de huvudsakliga punkter som särskiljer den traditionella konsumtionsprincipen från en digital motsvarighet – även om man säljer filen i fråga är det ju kopian utav den som slutar upp hos köparen, kontrasterat med när en skiva säljs varpå det är originalkopian som når köparen. Det är även här skillnaderna mellan, den av sin natur digitalt anpassade, mjukvarudirektivet och upphovsrättsdirektivet särskilt utgör ett

---

<sup>83</sup> Se *Usedsoft*, p. 60 och i förlängningen de förenade målen C-403/08 och 429/08 *Football Association Premier League m fl*, p. 187-188.

problem, där det i mjukvarudirektivets art. 5.1 görs ett undantag från mångfaldigandeensamrätten för att den som lagligen förvärvat datorprogrammet ska kunna använda detsamma medan ett sådant undantag egentligen saknas i upphovsrättsdirektivet. Snarare får man göra en tolkning av direktivets uttryckta undantag som är väldigt ändamålsstyrd och dynamisk, anpassad till de förestående förutsättningarna.<sup>84</sup>

Direktivets inledande undantag i art 5.1 tillåter ett tillfälligt mångfaldigande som är ”flyktig[t] eller utgör ett inkluderande av underordnad betydelse och som utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process och vars enda syfte är att möjliggöra [...] (b) en laglig användning av ett verk eller annat alster som inte har någon självständig ekonomisk betydelse” och kan svårligen göras gällande. EUD har i Infopaq-målet<sup>85</sup>, om än i ett vitt skilt sammanhang, i längd diskuterat det mångfaldigande som naturligt sker vid digitala överföringar och hur direktivets art. 5.1 ska tolkas i sammanhanget.<sup>86</sup> Särskilt bör noteras att artikeln ska tolkas restriktivt,<sup>87</sup> och att ”flyktigt”-kriteriet ska tolkas som att den mångfaldigade filen endast ”existerar under den tid som behövs för att den berörda tekniska processen ska fungera väl [och] process[en] ska vara automatiserad på så sätt att formen av mångfaldigande automatiskt raderas, utan mänskligt ingripande, så snart som den inte längre fyller någon funktion”.<sup>88</sup> Vidare har en vidare såld kopia oundvikligen en självständig ekonomisk betydelse, då förvärvaren i och med detta inte behöver köpa det upphovsrättsligt skyddade materialet från rättsinnehavaren.<sup>89</sup>

Snarare är i så fall direktivets art. 5.2 (b) att se på som potentiellt lämplig, där undantag görs från upphovsrättsinnehavarens exklusiva rätt att

---

<sup>84</sup> Sådana tolkningar kan EUD sägas ha gjort sig kända för, och som även är möjligt att utröna i Usedsoft-domen, se Riis, m fl, ”Vidaresalg af digitale eksemplarer – ændrer Usedsoft-dommen retstilstanden?”, NIR 2013, s. 470.

<sup>85</sup> Mål C-5/08 *Infopaq International v Danske Dagblades Foreningen* [2009] ECR I-6569.

<sup>86</sup> Se Infopaq, p. 52 f.

<sup>87</sup> Infopaq, p. 56-57. Notera här även upphovsrättsdirektiv, preambel (32) där man noterar att listan på undantag från den exklusiva mångfaldiganderätten är uttömmande.

<sup>88</sup> Infopaq, p. 64.

<sup>89</sup> Se här Riis m fl, s. 472.

mångfaldiga sitt verk undantas ”för mångfaldigande på alla typer av medier utfört av en fysisk person för privat bruk och där syftet varken direkt eller indirekt är kommersiellt”. Samtidigt är detta ett undantag i den mån att medlemsstaterna *får* föreskriva ett sådant undantag.<sup>90</sup> Oavsett finns det en möjlighet att utläsa åtminstone en möjlighet för sådan vidareförsäljning som skett i UsedSoft, där förvärvaren laddar ner det skyddade materialet från rättighetsinnehavarens hemsida. Annars bör förvärvet oundvikligen falla under det kommersiella syfte artikeln uttryckligen inte omfattar. Samtidigt blir denna tolkning begränsad i sin potentiella användbarhet, om nu syftet är att utröna eller skapa en digital konsumtionsprincip där ingen finns, på grund av dess roll som en möjlighet för en nationell lagstiftning att göra ett undantag till den exklusiva mångfaldiganderätten.

Med tanke på direktivets, till synes, knappa tillämplighet, bör kanske diskussionen snarare kopplas till ”det specifika föremålet”, vilket i UsedSoft åtminstone var ett av EUD:s främsta argument för skapandet av en digital konsumtionsprincip i förhållande till mjukvarudirektivet. Konsumtionsprincipen har, som bekant, till syfte att ”begränsa [...] restriktionerna för distributionen av nämnda verk till vad som är nödvändigt för att skydda det specifika föremålet för den aktuella immateriella rättigheten”,<sup>91</sup> och även ifall mångfaldiganderätten som regel inte kan konsumeras inom upphovsrätten är det, åtminstone teoretiskt, möjligt att se på ”eksemplarframstillningsretten som accessorium till konsumtionen av spridningsretten”<sup>92</sup> alltså en rätt som konsumeras till följd av konsumtion av spridningsretten. Detta kan motiveras mot bakgrund av dels generell diskussion kring det specifika föremålet i förhållande till upphovsrätten, och dels mot bakgrund av en parallell utveckling inom patenträtten. Riis talar om konsumtionsprincipen som ett verktyg för att uppnå en eftertraktad lösning som ”afhænger af en konsekvensanalyse af de konkrete omstændigheder”,<sup>93</sup> snarare än som en regel satt i sten. Särskilt läst i tandem

---

<sup>90</sup> Upphovsrättsdirektivet, art. 5.2.

<sup>91</sup> Usedsoft, p. 62.

<sup>92</sup> Se Riis m fl, s. 473.

<sup>93</sup> Ibid., s. 475.

med EUD:s resonemang i Usedsoft framstår denna lösning på mångfaldigandefrågan som en tänkbar, realistisk lösning.<sup>94</sup>

#### 4.4 Bör man skapa en digital konsumtionsprincip?

Avslutningsvis är även en diskussion kring den diskuterade ordningens *lämplighet* nödvändig. Som det har uttryckts i doktrin, ”maybe exhaustion is an old-fashioned principle from the offline world that should be discarded, not patched up for the online world.”<sup>95</sup> I de argument motståndare till en digital konsumtionsprincip i dag anför är detta resonemang också bärande: de premisser konsumtionsprincipen bygger på går inte att översätta till digitala förhållanden.

Det finns en kanske särskilt grundläggande skillnad mellan fysiska och digitala varor – där fysiska varor degraderar och tappar i värde förblir digitala varor i perfekt skick för evigt. I linje med resonemangen hos en överväldigande majoritet av de rättighetsinnehavare som deltog i EU:s ”public consultation” kan detta vid skapandet av en digital andrahandsmarknad innebära att man fundamentalt skadar den huvudsakliga. Frågan kan ställas varför någon skulle köpa en låt på t ex iTunes när densamma finns att köpa på en motsvarande Redigi-tjänst för halva priset. Samma fråga kan självklart ställas i förhållande till fysisk andrahandsförsäljning av t ex musik, men med den väsentliga skillnaden att sådana exemplar blir faktiskt sämre och därmed tappar värde i takt med tid och användning.

Vidare finns det även en problematik i att säkerställa huruvida ett digitalt exemplar faktiskt har lämnat säljarens ägo. Även detta är en fundamental skillnad mellan digitala och fysiska varor, att en fysisk vara verkligen har lämnat säljarens ägo vid en försäljning bör i sammanhanget vara relativt

---

<sup>94</sup> Se Usedsoft, p. 63.

<sup>95</sup> Tai, s. 210.

uppenbart. Samtidigt kan detta möjligtvis förbigås, se t ex Redigi:s lösning där den ifrågavarande musikfilen som sådan aldrig når motpartens dator utan stannar på deras servrar och enbart strömmas till konsumenten. Frågan blir då huruvida man i skapandet av en andrahandsmarknad för digitalt upphovsrättsskyddat material tar detta i beaktning, utformandet av en sådan regel bör vara en tämligen komplicerad och oerhört teknisk fråga.

Samtidigt är det självklart viktigt att se till det till synes överväldigande stödet för att införa en digital andrahandsmarknad ifrån konsumenters sida. Frågan som ställs där är ifall det verkligen är rimligt att särskilja fysiskt och digitalt upphovsrättsskyddat material på ifrågavarande vis, då digitala varor i de flesta fall kostar lika mycket men ger en konsument färre rättigheter gentemot den ursprungliga rättighetsinnehavaren. Visserligen är detta en rimlig åsikt, men samtidigt är skillnaden mellan de två formerna fundamental nog att en särskild behandling från rättens sida enbart är naturlig.

## 5 Slutsats

Detta arbetes frågeställning är huruvida det i dag finns en konsumtionsprincip som omfattar digitala kopior av upphovsrättsligt skyddat material. Den naturliga slutsatsen efter att ha skrivit ifrågavarande framställning är att det inte finns någon sådan princip. Upphovsrättsdirektivets, och den traktat det i mångt och mycket bygger på, ordalydelse talar direkt emot en sådan princip, och de nationella rättsfall som har kommit i Usedsoft:s efterdyning instämmer.

Samtidigt kan frågan konstrueras om till huruvida en sådan konsumtionsprincip *kan* finnas, och huruvida en sådan konsumtionsprincip *kommer* finnas. Svaret blir då plötsligt mycket mer komplicerat, och beroende dels av huruvida en begäran av förhandsavgörande berörande en sådan fråga når EUD och dels huruvida EU:s övriga institutioner kommer ge EUD en chans att besvara en sådan fråga. Framför allt kommissionen verkar, bl a med hänsyn till dess agerande i Usedsoft-målet, vara negativt inställd till en digital konsumtionsprincip inom upphovsrätten.

Lika klart som att det i dag inte finns någon sådan princip, bör dock frågan huruvida EUD anser att en sådan konsumtionsprincip *bör* finnas vara. Med hjälp av det återkommande resonemanget om upphovsrättens specifika föremål framstår EUD:s syn på nuvarande regleringar som ett hinder för den inre marknaden oerhört klar. Hur beklagligt detta än må vara i rättsinnehavarnas ögon, delvis med rätta i min mening, är den troligtvis enda realistiska vägen framöver en anpassning till de förutsättningar en digital konsumtionsprincip bringar. Till syvende och sist är detta nog en naturlig följd i samhällets anpassning till den digitala världen, och en anpassning marknaden kanske måste göra.



# Käll- och litteraturförteckning

## Källor

### *Europeiska unionen*

Europaparlamentet och rådets direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätten och närstående rättigheter i informationssamhället, OJ L 167/19 den 22 juni 2001.

Europaparlamentet och rådets direktiv 2009/24/EG om rättsligt skydd för datorprogram, OJ L 111/16 den 5 maj 2009.

### *Traktat*

World Intellectual Property Organization Copyright Treaty, Dec. 20, 1996, S. Treaty Doc. No. 105-17 (1997).

## Litteratur

Bently, Lionel och Sherman, Brad. ”Intellectual Property Law”, 4 upplagan, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Stothers, Christopher. ”Parallel Trade in Europe – Intellectual Property, Competition and Regulatory Law”, Portland, Hart Publishing, 2007.

## Artiklar

Riis, Thomas, Schovsbo, Jens och Udsen, Henrik. ”Vidaresalg af digitale eksemplarer – ændrer UsedSoft-dommen retstilstanden?”, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, Per Jonas Nordell, 2013, s. 457-479.

Schulze, Ellen Franziska. "Resale of Digital Content Such as Music, Films or eBooks under European Law", *European Intellectual Property Review*, 2014, 36(1), s. 9-13.

Tai, Eric Tjong Tjin. "Exhaustion and Online Delivery of Digital Works", *European Intellectual Property Review*", 2003, s. 207-211

## Elektroniska källor

*Public Consultation on the Review of EU Copyright Rules*. Hämtat den 13 december 2014 från:

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/consultation-document\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/consultation-document_en.pdf)

Sisario, Ben. *U.S. Music Sales Drop 5%, as Habits Shift Online*, New York Times. Hämtat den 14 december 2014 från:

[http://www.nytimes.com/2014/09/26/business/media/music-sales-drop-5-as-habits-shift-online.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2014/09/26/business/media/music-sales-drop-5-as-habits-shift-online.html?_r=0)

*German Court Ruled E-books Need to Be Distinguished from Software – No Exhaustion*, International Federation of Reproduction Rights Organisations. Hämtat 14 december 2014 från:

<http://www.ifrro.org/content/german-court-ruled-e-books-need-be-distinguished-software-no-exhaustion>

Bellan, Alberto. *BREAKING – Copyright exhaustion does not apply to digital goods other than software, Hamm Court of Appeal says*, The IPKat. Hämtat den 14 december 2014 från:

<http://ipkitten.blogspot.se/2014/06/breaking-copyright-exhaustion-does-not.html>

Itunes villkor för tjänsten. Hämtat den 16 december 2014 från:  
<https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/se/terms.html>

*ReDigi Is Crossing the Pond!* Hämtat den 18 december 2014 från:  
<http://newsroom.redigi.com/europe/>

# Rättsfallsförteckning

## Europeiska Unionen

Mål 78/70 *Deutsche Grammophon GmbH v Metro GmbH* [1970] ECR 487.

Mål 62/79 *Coditel SA v Ciné Vog Films SA* [1980] ECR 881.

Mål C-200/98 *Metronome Musik GmbH v Music Point Hokamp GmbH* [1998] ECR I1953.

Mål C-5/08 *Infopaq International v Danske Dagblades Foreningen* [2009] ECR I-6569.

Förenade målen C-403/08 och 429/08 *Football Association Premier League m fl v QC Leisure m fl; Karen Murphy v Media Protection* [2012] 1 CMLR 29.

Mål C-128/11 *Usedsoft GmbH v Oracle International Corp.* [2012] 3 CMLR 44.

## Tyskland

Mål No: 4 O 191/11, *Tempelhofer v CMS Hasche Sigle*. Finns här: [http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/LG\\_Bielefeld\\_vom\\_05.03.13\\_Klage\\_Verbraucherzentralen.pdf](http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/LG_Bielefeld_vom_05.03.13_Klage_Verbraucherzentralen.pdf) (hämtat 14 december 2014).

## USA

*Capitol Records, LLC v Redigi, Inc*, no 12-0095, 2012, U.S. District Court for the Southern District of New York.