



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Alexander Dahlman

# Konsumtionsprincipen i det digitala samhället

## Något om rättsläget efter UsedSoft-målet

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Katarina Olsson

Termin för examen: VT15

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Terminologi	7
1.5 Metod	8
1.6 Material	10
1.7 Forskningsläge	11
1.8 Disposition	11
<b>2 KONSUMTIONSPRINCIPENS RÄTTSLIGA GRUND OCH UPPKOMST</b>	<b>13</b>
2.1 Introduktion	13
2.2 Fördragen och immaterialrätten	14
2.3 Konsumtionsprincipens uppkomst	15
2.4 Konsumtionsprincipens utveckling och begränsningar	16
2.5 Sammanfattning	17
<b>3 LAGSTIFTNING AV RELEVANS FÖR KONSUMTIONSPRINCIPEN</b>	<b>18</b>
3.1 InfoSoc-direktivet	18
3.1.1 Syfte och omfattning	18
3.1.2 Artikel 4: Spridningsrätten och dess konsumtion	18
3.2 Datorprogramdirektivet	21
3.2.1 Lagstiftningshistorik	21
3.2.2 Skyddsobjekt	22
3.2.3 Konsumtionsprincipen i datorprogramdirektivet	23

3.2.4	Artikel 5.1: Undantag från rättsinnehavares återgivningsrätt	25
<b>3.3</b>	<b>WCT</b>	<b>26</b>
<b>3.4</b>	<b>Sammanfattning</b>	<b>28</b>
<b>4</b>	<b>PRAXIS OM DIREKTIVENS OMFATTNING FÖRE USEDSoft29</b>	
<b>4.1</b>	<b>Infopaq-målen</b>	<b>29</b>
<b>4.2</b>	<b>Bezpečnostní softwarová asociace</b>	<b>30</b>
<b>4.3</b>	<b>SAS Institute</b>	<b>31</b>
<b>4.4</b>	<b>UsedSoft: En digital konsumtionsprincip</b>	<b>32</b>
4.4.1	Saken och den nationella domstolens tolkningsfrågor till EU-domstolen	32
4.4.2	Stöder artikel 4.2 datorprogramdirektivet digital konsumtion?	33
4.4.3	Vem utgör laglig förvärvare enligt artikel 5.1 datorprogramdirektivet?	35
<b>5</b>	<b>REAKTIONER PÅ RÄTTSLÄGET</b>	<b>36</b>
<b>5.1</b>	<b>Inledning</b>	<b>36</b>
<b>5.2</b>	<b>Domstolens tolkning av gällande rätt i UsedSoft</b>	<b>36</b>
<b>5.3</b>	<b>Konsumtion av spridningsrätten till andra verk</b>	<b>40</b>
5.3.1	Argument mot en digital konsumtionsprincip	40
5.3.2	Argument för en digital konsumtionsprincip	41
5.3.3	Rättsläget efter Allposters	44
<b>5.4</b>	<b>Innebörden av InfoSoc-direktivets avsaknad av laglig förvärvares återgivningsrätt</b>	<b>45</b>
<b>5.5</b>	<b>Något om datorspels rättsliga ställning</b>	<b>47</b>
<b>5.6</b>	<b>Konsekvenser för marknadens framtid</b>	<b>48</b>
<b>5.7</b>	<b>Blir en andrahandsförvärvare bunden av licensen?</b>	<b>51</b>
5.7.1	Den ursprungliga förvärvarens rättställning	51
5.7.2	Efterföljande förvärvares rättställning	52
<b>6</b>	<b>SAMMANFATTANDE ANALYS</b>	<b>55</b>
<b>6.1</b>	<b>Konsumtion av digitala verk enligt datorprogramdirektivet</b>	<b>56</b>
6.1.1	Direktivets omfattning	56
6.1.2	Är avgörandet i UsedSoft förenligt med tidigare rätt?	57
<b>6.2</b>	<b>Rättsläget för konsumtion av andra digitala verk</b>	<b>59</b>
6.2.1	Borde konsumtionsprincipen omfatta andra digitala verk?	59
6.2.2	Särskilt om återgivningsrätten	62
<b>6.3</b>	<b>Konsumtionsprincipen och datorspel</b>	<b>63</b>
<b>6.4</b>	<b>Andrahandsförvärvares bundenhet av licensavtalet</b>	<b>64</b>

6.5	Framtiden för den digitala andrahandsmarknaden	65
6.6	Slutkommentar	67
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>69</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>75</b>

# Summary

In 2012, the CJEU confirmed in the landmark *UsedSoft* case, that the right of distribution right in regards to digital copies of computer program can be exhausted, provided that the requirements for a “first sale” according to Article 4.2 of the Software Directive is met. The ruling put an end to a previous opinion that the distribution of digital copies of copyrighted works is considered as a service to which the principle of exhaustion is never applicable. The purpose of this thesis has been to define, in light of *UsedSoft*, the extent of which the principle of exhaustion can be applied to digital copies of copyrighted material, and to ascertain the consequences of the ruling for the internal market and for its agents. A critical analysis has also been conducted with regards to the interpretation of the law in judgements relevant to this study, to establish if the current legal position is reasonable.

Since the *UsedSoft* case concerned the interpretation of the Software Directive, it is clear that the principles of the case are applicable to works protected by this directive. Case law has established that this protection is limited to source and object code, and preparatory design material leading to the subsequent creation or reproduction of software. Other categories of digital copyrighted works are instead protected by the InfoSoc Directive. The ruling of the CJEU in the *Allposters* case in January 2015 established that the principle of exhaustion does not extend to these digital works. However, the CJEU reaches its decision by a brief textual interpretation of applicable provisions. If anything, the *UsedSoft* case proves that a mere textual interpretation is not enough with regards to copyright law in the digital age. Instead, the CJEU makes a purposive interpretation in *UsedSoft*, with the outcome that the determinant factor is the economic reality of the transaction. A sale of a digital copy is functionally equivalent to the sale of a tangible copy, and therefore, a difference in treatment between the two is unreasonable. This is equally true within the context of the InfoSoc Directive. Furthermore, the arguments used in favour of a digital principle of exhaustion in *UsedSoft* is relatable to the provisions of the TFEU on the free movement of goods, and to the principle of equal treatment, i.e. *primary law*. The interpretation of secondary law, such as directives, must always be compatible with primary law. If the CJEU had conducted this more reasonable interpretation of EU law in *Allposters*, there is a good possibility that it would have reached a different conclusion.

Regarding the future of the market for digital works, it is very probable that rights holders will change the way works are being distributed to avoid having them be subject to the principle of exhaustion. By making the works available to the public, e.g. by means of subscription or cloud based services, no transfer of property occurs, and thus the principle of exhaustion is avoided. This will lead to a greater control over the distribution of the works for right holders, at the expense of the possibility for consumers to freely dispose of acquired works. Also, since the CJEU stressed the importance of the provisions on the free movement of goods in *UsedSoft*, rights holders are recommended to ensure that future contracts are in compliance with primary law.

# Sammanfattning

Genom EU-domstolens banbrytande avgörande i *UsedSoft* 2012 bekräftades att konsumtion av spridningsrätten kan ske till digitala kopior av datorprogram, förutsatt att kraven för en ”första försäljning” enligt artikel 4.2 datorprogramdirektivet uppfylls. Domen innebar slutpunkten för den vedertagna uppfattningen att spridning av digitala verk ska klassificeras som tjänster, för vilka konsumtionsprincipen aldrig gäller. Syftet med denna studie har varit att, mot bakgrund av *UsedSoft*, dels fastställa vilka upphovsrättsligt skyddade verk i digital form som kan bli föremål för konsumtion, dels vilka konsekvenser domen har för den inre marknaden och dess aktörer. En kritisk analys har också förts över hur EU-domstolen har tolkat gällande rätt i för arbetet relevanta rättsfall, för att fastställa rimligheten i det rådande rättsläget.

Då *UsedSoft* rörde en tolkning av datorprogramdirektivet, står det klart att domens principer är tillämpliga på skyddade verk enligt detta direktiv. Av fast rättspraxis framgår att detta skydd begränsas till käll- och objektкод, och sådant förberedande designmaterial som möjliggör ett programs senare skapande eller mångfaldigande. Andra digitala verk skyddas istället av InfoSoc-direktivet. I januari 2015 beslutade EU-domstolen i *Allposters* att InfoSoc-direktivets konsumtionsprincip inte omfattar digitala verk. Emellertid använder sig EU-domstolen i avgörandet av en ordalydelsetolkning av aktuella rättsregler. Av *UsedSoft* framgår att det inte är tillräckligt att i den digitala tidsåldern enbart förlita sig på en ordalydelsetolkning vad gäller upphovsrätten. Istället genomfördes i *UsedSoft* en ändamålstolkning, där den ekonomiska karaktären av transaktionen var avgörande: Försäljning av digitala kopior är funktionellt jämförbart med försäljning av fysiska dito, varför en särbehandling hade varit orimlig. Resonemanget är lika sant för situationer inom ramen för InfoSoc-direktivet. Dessutom är skälen för en digital konsumtionsprincip som framförs i *UsedSoft* hänförliga till FEUF:s regler om fri rörlighet och likabehandlingsprincipen. Dessa rättskällor utgör *primärrätt*. Sekundär-rättsliga källor, som direktiv och internationella konventioner, måste alltid tolkas förenligt med primärrätten. Om EU-domstolen i *Allposters* tillämpat denna mer rimliga ändamålstolkning, är sannolikheten stor att utfallet blivit ett annat.

Vad gäller framtiden för den marknaden för digitala verk, finns det mycket som tyder på att rättsinnehavare kommer ändra sättet som digitala verk distribueras på, t.ex. genom tidsbegränsade avtal eller molnbaserade tjänster. Dessa alternativ medför nämligen ingen äganderättsövergång, varför konsumtion av spridningsrätten inte sker. Konsekvenserna av det här blir att rättsinnehavares kontroll över verken stärks, på bekostnad av konsumenters möjligheter att fritt förfoga över förvärvade verk. Med tanke på den vikt som lades vid fördragets regler om fri rörlighet i *UsedSoft*, gör emellertid rättsinnehavare klokt i att försäkra sig om att framtida avtal är utformade i enlighet med primärrätten.

# Förord

Med detta arbetes avslutande har en epok i mitt liv nått sin ända, och nästa epok nalkas vid horisonten. I denna säregna situation, där jag befinner mig i en blandning av dåtid och framtid, är det inte utan att jag funderar en smula på hur jag hamnade här. Jag framhåller bestämt att mina vänner och bekanta, för att inte tala om min familj, har alla på något vis bidragit till att jag tagit mig hit. Med detta sagt är det några som särskilt förtjänar ett tack:

Först och främst förtjänar min handledare Katarina Olsson ett stort tack för lysande feedback på uppsatsen. Utan hennes synpunkter skulle arbetet inte alls ha samma kvalitet!

Tack även till mina föräldrar för att ni alltid har trott på mig, alltid har uppmuntrat mig att göra mitt bästa, och alltid har stått bakom mina beslut.

Tack också till Otto Andersson för oavbruten vänskap under studietiden, och för att du tagit dig tid att korrekturläsa detta arbete trots egen vardagshets.

Slutligen vill jag tacka till min sambo, Anneli Andersson, dels för korrekturläsning av mitt arbete, men mest för att du alltid är där för mig, och för att jag alltid får vara där för dig.

Lund, den 25 maj 2015

*Alexander Dahlman*

# Förkortningar

Bernkonventionen	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk
Datorprogramdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG om rättsligt skydd för datorprogram
ECLI	European Case Law Identifier
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
EUF	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
InfoSoc-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
Kommissionen	Europeiska kommissionen
TRIPs-avtalet	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization



# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

I samma stund som en rättsinnehavare till immaterialrättsligt skyddad egendom introducerar ett exemplar av egendomen på den inre marknaden, förlorar rättsinnehavaren rätten att kontrollera just detta exemplar. Annorlunda uttryckt talas det om *konsumtion* av rättsinnehavarens rätt i förhållande till kopian. Principen om konsumtion är etablerad inom EU-rätten sedan decennier, och har växt fram genom en avvägning mellan behovet av immaterialrättsligt skydd för upphovsmän och den grundläggande principen om varors fria rörlighet inom unionen.<sup>1</sup> Om kopian, även efter dess introduktion på den inre marknaden, hade kunnat ensamt kontrolleras av rättsinnehavaren, skulle denne exempelvis kunnat kontrollera var kopian får säljas. Ett sådant förfarande skulle ha motverkat den fria rörligheten av varor, och lett till att marknaderna avskärmats.

Frågan om hur konsumtion av immaterialrättsligt skyddade verk ska ske har drivits till sin spets genom den revolution som internets utbredning har inneburit, och den digitalisering av samhället som har följt. Digitala kopior av upphovsrättsligt skyddat material, som filmer, musik, litteratur och datorprogram, utgör numera stora andelar av den sammanlagda globala försäljningen.<sup>2</sup>

För att bemöta internetrevolutionens och digitaliseringens konsekvenser har EU genom flera direktiv infört regler som avser uppdatera och modernisera upphovsrätten. Av dessa kan nämnas InfoSoc-direktivet<sup>3</sup> och datorprogramdirektivet<sup>4</sup>. Även andra internationella organisationer har traktatsvägen reglerat detta område, av vilka kan nämnas WCT<sup>5</sup> och TRIPs-avtalet<sup>6</sup>. Gemensamt för samtliga nya regleringar är att även om datorprogram och annan digital egendom omfattats av konsumtionsprincipen, är det främst fysiska exemplar som avsetts.<sup>7</sup> Vad som gäller för digital egendom i ett icke-fysiskt format har länge varit oklart.<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> Se t.ex. Tritton (2008), s. 637 ff.

<sup>2</sup> Exempelvis stod digital musik för 46 % av den totala intäkten av musikköpsförsäljning i världen under 2014 enligt musikbolagens intresseorganisation IFPI, *IFPI digital music report 2015: Charting the path to sustainable growth* (<http://www.ifpi.org/downloads/Digital-Music-Report-2015.pdf>)

<sup>3</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

<sup>4</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram.

<sup>5</sup> WIPO Copyright Treaty, Genève 20 december 1996.

<sup>6</sup> Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Marrakesh 15 april 1994.

<sup>7</sup> Detta diskuteras i uppsatsens kapitel 2 och 3.

<sup>8</sup> Se t.ex. Janssens i Stamatoudi & Torremans (red.) (2014), s. 119; Günther i *NIR* 2014, s. 205 ff; Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 458, 476.

I juli 2012 fattade EU-domstolen, i målet *UsedSoft*, för första gången ett beslut rörande andrahandshandel av digitala upphovsrättsligt skyddade verk.<sup>9</sup> Det rör sig här om ett företag som erbjöd sina kunder ”begagnade” nyttjanderättslicenser till datorprogram.<sup>10</sup> Frågan om konsumtion var således av central betydelse i målet. Domen var i det här avseendet banbrytande: konsumtion av licenserna ansågs ha skett. Avgörandet ger därmed stöd för åsikten att digitala exemplar av upphovsrättskyddad digital egendom i stor utsträckning bör behandlas likadant som fysisk dito.

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Det övergripande syftet för studien är att, i ljuset av *UsedSoft*, utreda, tolka och analysera rättsläget för, och konsekvenser av konsumtionsprincipen. Ämnet befinner sig i gränslandet mellan konkurrensrätt och immaterialrätt. Målet är att besvara hur, och under vilka förutsättningar, som konsumtion kan ske av spridningsrätten till digital egendom. Utifrån detta kommer möjliga konsekvenser av *UsedSoft* diskuteras. För att framgångsrikt kunna uppnå syftet, kommer ett antal frågeställningar behöva besvaras.

För att till fullo förstå implikationerna för upphovsrätten som uppstått genom *UsedSoft* behövs klarläggas vilka verk som kan omfattas av avgörandet. Klart är att datorprogram omfattas, men vad är legaldefinitionen av ett datorprogram? Går domens principer även att tillämpa utanför datorprogramdirektivets område? Frågeställningen kan formuleras så här:

- *För vilka digitala verk gäller konsumtionsprincipen, som en följd av UsedSoft?*

EU-domstolens beslut i *UsedSoft* öppnar upp för en andrahandsmarknad för upphovsrättskyddade verk i digital form. Beslutet går tvärt emot den tidigare vedertagna uppfattningen om rättsläget, varför domen har potentiellt stora konsekvenser för marknaden för digitala verk. Följande fråga behöver besvaras:

- *Vilka konsekvenser, såväl immaterialrättsliga som konkurrensrättsliga, får konsumtion av spridningsrätten till digitala verk för marknaden och dess parter?*

Hur EU-domstolen har tolkat gällande rätt är också av vikt för konsumtionsprincipens tillämpningsområde. Det här gäller inte endast för avgörandet i *UsedSoft*, utan även för andra fall av relevans för uppsatsämnet. Följande övergripande frågeställning kommer därför utredas:

---

<sup>9</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*; se nedan avsnitt 4.4 för redogörelse.

<sup>10</sup> Med detta avses andrahandshandel av licenser som ingåtts för att kunna ladda ned och använda ett datorprogram. Se nedan avsnitt 1.4 för definition av andrahandshandel, och nedan avsnitt 4.4 för beskrivning av det aktuella företagets affärsmodell.

- *Har EU-domstolen tolkat gällande rätt för uppsatsens ämne på ett vis som är förenligt med såväl tidigare EU-rätt som den EU-rättsliga normhierarkin?*

## 1.3 Avgränsningar

Uppsatsen kommer endast behandla konsumtion av spridningsrätten till digitala immaterialrätter. Mer specifikt, kommer den behandla konsumtionsprincipen för digitala *upphovsrättskyddade verk*. Konsumtionsprincipen existerar förvisso för andra immaterialrätter, som patenträtt och varumärkesrätt, men EU-domstolens avgörande i *UsedSoft* rör enbart upphovsrätt. Vidare, är det främst den upphovsrättsliga konsumtionsprincipen som i det här avseendet behandlats i doktrin och praxis. Med detta nämnt, kommer studien heller inte uppehålla sig vid en diskussion om de allmänna kriterierna för upphovsrättskydd. Det är inte relevant för att utreda konsumtionsprincipen som sådan, då den endast aktualiseras för redan upphovsrättskyddad egendom. I alla hypotetiska exempel som tas upp i framställningen antas verkshöjd, och därmed upphovsrättsligt skydd, föreligga.

Såväl avgörandet i *UsedSoft* som de bestämmelser som är relevanta för konsumtionsprincipen berör *överlåtelser*. Arbetet kommer därför endast beröra konsumtionsprincipens förhållande till *överlåtelser* av digitala verk. Detta innebär att konsumtion av spridningsrätt av tidsbegränsade nyttjanderätter, såsom uthyrning, utlåning, och prenumerationsavtal, inte kommer att analyseras.

Slutligen kommer inte heller nationell rätt behandlas, då konsumtion av spridningsrätt är en EU-rättslig princip, som vid inträde påverkar hela den inre marknaden utan hänsyn till nationsgränser. En redogörelse för nationell rätt, låt vara från EU:s medlemsstater eller från stater utanför unionen, skulle medföra en stor komparativ dimension för uppsatsen. En sådan skulle göra uppsatsen alltför spekulativ, och dessutom ta fokus från den unionsrättsliga analysen som står i centrum.

## 1.4 Terminologi

Effekterna av konsumtion av spridningsrätten är att en vara fritt kan vidareöverlåtas efter en första försäljning av rättsinnehavaren på den inre marknaden. För dessa överlåtelser som sker efter rättsinnehavarens första försäljning av varor, kommer i den här studien samlingsbegreppet ”*andrahandshandel*” användas. Av detta följer att samtliga förvärvare efter den första kan kallas för *andrahandsförvärvare*.

Med *digitala kopior av verk* avses i framställningen verk som distribueras i ett digitalt, immateriellt medium. Som exempel kan nämnas verk som erbjuds för nedladdning från internet, där spridningen sker digitalt till förvärvarens dators hårddisk. Med *fysiska kopior av verk* avses motsatsen: verk som distribueras i fysisk form, t.ex. tryckt på papper eller lagrat på en CD-skiva. Värt

att påpeka är att i vissa lagringsmedium, som CD- och DVD-skivor, lagras verken digitalt. Trots detta anses sådana kopior inom ramen för uppsatsen vara fysiska kopior, då begreppet tar sikte på sättet som kopian sprids.<sup>11</sup>

Begreppet *datorprogram* kommer i uppsatsen användas synonymt med och *program-* och *mjukvara* (eng. *software*). Detta tillvägagångssätt sker även i doktrinen.<sup>12</sup>

EU-rätten karaktäriseras av att dess rättsliga instrument med jämna mellanrum revideras, vilket bl.a. får till följd att bestämmelser ”byter plats” och tilldelas nya artikelnummer. Med detta i åtanke kommer regler refereras till enligt i skrivande stund gällande rätt och artikelnummer, för att undvika onödig förvirring. Detsamma gäller även då rättsfall som dömt enligt äldre rätt behandlas – i dessa fall anges de i fallen behandlade bestämmelserna enligt den form de har i nu gällande rätt.

## 1.5 Metod

Målet med uppsatsen är att utreda, tolka och analysera rättsläget, genom så kallad *rättsdogmatik*. En rättsdogmatisk metod avser att fastställa gällande rätt som ”ett koherent nätverk av huvudregler och undantag.”<sup>13</sup> För att nå fram till detta resultat tillämpas *rättskällevärdet*, genom vilken rättskällor identifieras och rangordnas hierarkiskt.<sup>14</sup>

Uppsatsens ämne är rent EU-rättsligt, eftersom konsumtionsprincipen finner sitt stöd i EU-domstolens praxis och lagstiftning. När konsumtion inträffar, påverkar den med omedelbar verkan hela unionens inre marknad. Vid tolkning av unionsrätten, måste således hänsyn tas till den särskilda rättskällevärdet som den präglas av. Denna variant av den rättsdogmatiska metoden kan kallas för den *EU-rättsliga metoden*.<sup>15</sup>

Vad gäller den EU-rättsliga normhierarkin, kan en övergripande åtskillnad göras mellan två kategorier: primärrätten och sekundärrätten, med den förra överordnad den senare.<sup>16</sup> Till primärrätten räknas EU:s grundfördrag med

---

<sup>11</sup> Jfr Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 457.

<sup>12</sup> Se t.ex. van Rooijen (2010), s. 12; Stokes (2014), s. 111.

<sup>13</sup> Peczenik i *SvJT* 2005, s. 249.

<sup>14</sup> Se t.ex. Sandgren i *TfR* 2005, s. 649; Sandgren (2006), s. 37.

<sup>15</sup> Se t.ex. Reichel i Korling & Zamboni (red.) (2013), s. 109 f.

<sup>16</sup> Hettne & Otken Eriksson (red.) (2011), s. 41 ff.

ändringsfördrag (såsom EUF och FEUF), till dessa hörande protokoll och bilagor<sup>17</sup>, EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna, och medlemsstaternas anslutningsfördrag.<sup>18</sup> Med sekundärrätten avses de föreskrifter som utfärdas av EU:s institutioner med stöd av primärrätten. Sekundärrätten brukar delas upp i två olika kategorier: bindande respektive icke-bindande rättsakter. De bindande rättsakterna utgörs främst av förordningar, direktiv och beslut, men även de internationella avtal som EU ingått.<sup>19</sup> Då en sekundärrättslig bestämmelse kan tolkas på flera vis, har EU-domstolen uttalat att den tolkning som stämmer överens med primärrätten ska ges företräde.<sup>20</sup>

Skälen som återfinns i den inledande ingressen av direktiv och förordningar är till skillnad från artiklarna inte bindande rätt. Däremot utgör de viktiga tolkningsdata i förhållande till artiklarna som de anknyter till. Påpekas bör att det måste finnas ett funktionellt samband mellan skäl och artiklar för att skälen ska tillmätas betydelse.<sup>21</sup>

Av stor vikt för tolkningen av EU-rätten är EU-domstolens domar och beslut. Domstolen har en generell behörighet att pröva alla EU-rättsliga frågor, i den mån fördragen inte uttryckligen begränsar dess kompetens.<sup>22</sup> I denna egenskap har domstolen varit en viktig drivkraft för utvecklingen av EU-rätten. Dess rättspraxis är därför att se som mer än ett komplement till övriga rättskällor, och har således ett tämligen högt rättskällevärde.<sup>23</sup>

I sin tolkning av EU-rätten tillämpar EU-domstolen ett antal tolkningsmetoder. Av dessa torde den mest kända vara den *teleologiska* tolkningen. Denna tolkningsmetod har tre huvudsakliga syften: att ge EU-rättsliga bestämmelser sin ändamålsenliga verkan, att motverka orimliga konsekvenser som skulle bli följden av en bokstavstolkning, och att fylla ut eventuella hål i lagstiftningen.<sup>24</sup> I samband med den teleologiska tolkningen använder EU-domstolen stundtals en *systematisk tolkning*, som exempelvis används när olika rättsregler är motstridiga. Metoden går ut på att domstolen sätter in en regel i ett större sammanhang, t.ex. relevant fördragstext eller kontexten för rättsakten som reglerna återfinns i.<sup>25</sup>

EU-domstolen har också introducerat konceptet med *allmänna rättsprinciper* som fyller ut primärrätten och formar dess innehåll. Normhierarkiskt anses dessa principer befinna sig på samma nivå som själva fördragstexterna, och

---

<sup>17</sup> Observeras bör dock att artikel 51 verkar vara felöversatt i den svenska översättningen. Däri står nämligen att "[p]rotokollen och bilagorna till fördragen ska utgöra en *integrerande* del av dessa fördrag", att jämföra med den engelska versionens "[t]he Protocols and Annexes to the Treaties shall form an *integral* part thereof" och den franska versionens "[l]es protocoles et annexes des traités en font partie *intégrant*". (förf. kurs.)

<sup>18</sup> Bergström & Hettne (2014), s. 20 ff.

<sup>19</sup> Hettne & Otken Eriksson (red.) (2011), s. 42 ff.

<sup>20</sup> Bergström & Hettne (2014), s. 396.

<sup>21</sup> Bergström & Hettne (2014), s. 391 f.

<sup>22</sup> Bergström & Hettne (2014), s. 323.

<sup>23</sup> Hettne & Otken Eriksson (red.) (2011), s. 49.

<sup>24</sup> Hettne & Otken Eriksson (red.) (2011), s. 168 f.

<sup>25</sup> Hettne & Otken Eriksson (red.) (2011), s. 167 f.

är således en del av primärrätten. Domstolen har uttalat att sekundärrättsliga bestämmelser måste så långt det är möjligt tolkas så att de är förenliga med primärrätten och därmed också de allmänna rättsprinciperna.<sup>26</sup>

Tilläggas bör också att EU-domstolen mycket sällan argumenterar *e contrario*, varför en sådan tolkning av EU-rätten är vansklig. Det motsatta gäller för *analogitolkningar*. De allmänna rättsprincipernas rättsställning i samband med EU-rättens dynamiska natur, gör att EU-domstolen gärna återanvänder resonemang för liknande rättsliga situationer. Uppmärksammas bör att analogitolkningar emellertid inte går att ta för givet.<sup>27</sup>

För varje mål som behandlas i EU-domstolen utses en generaladvokat, som har till uppgift att ge ett opartiskt och oavhängigt förslag till avgörande. Förslagen har ett lägre rättskällevärde än de slutgiltiga avgörandena. Dessutom anses de endast ha ett direkt rättskällevärde då EU-domstolens slutgiltiga avgörande uttryckligen hänvisar till dem, eller då det klart framgår att EU-domstolen har tagit hänsyn till förslaget.<sup>28</sup>

Medan förarbeten traditionellt sett tillmäts stor betydelse vid nationell svensk rättstillämpning, har dessa under lång tid haft lågt, om ens något, värde som rättskälla på den EU-rättsliga nivån. På senare tid har dock denna syn börjat förändras, i takt med EU:s ökade offentlighet och med denna en ökad tillgänglighet till förarbeten. Vidare publiceras numera fler, och mer motiverade, förarbeten från alla EU:s institutioner. Således bör alltså hänsyn tas till förarbeten vid tolkning av EU-rätten, men det bör återigen påpekas att de inte har lika högt rättskällevärde som i svensk nationell rätt.<sup>29</sup>

Slutligen ska även påpekas att doktrin inte tillmäts lika stor betydelse vid rättstillämpningen av EU-rätten som för nationell rätt. EU-domstolen hänvisar aldrig till doktrin i sina avgöranden. Trots detta är den inte utan betydelse; exempelvis hänvisar generaladvokaterna inte sällan till doktrin i sina förslag till avgöranden.<sup>30</sup>

## 1.6 Material

För att utreda uppsatsens frågeställningar kommer alla relevanta EU-rättsliga källor för konsumtionsprincipen behandlas. Detta innefattar aktuella bestämmelser i fördragen; relevanta förordningar och direktiv, av vilka särskilt bör nämnas InfoSoc-direktivet och datorprogramsdirektivet. De här direktivens samtliga relevanta bestämmelser redogörs för och kommenteras. Viktiga avgöranden från EU-domstolen, med särskilt fokus på *UsedSoft* behandlas liksom. EU-rättsliga förarbeten av betydelse tas också upp. Vidare kommer internationella avtal som på något vis påverkat rättsläget inom EU att tas upp, av vilka främst kan nämnas WCT. Slutligen kommer även för ämnet viktig

---

<sup>26</sup> Hettne & Otken Eriksson (red.) (2011), s. 44, 163 f.

<sup>27</sup> Hettne & Otken Eriksson (red.) (2011), s. 165 ff.

<sup>28</sup> Hettne & Otken Eriksson (red.) (2011), s. 116 f.

<sup>29</sup> Hettne & Otken Eriksson (red.) (2011), s. 113 f.

<sup>30</sup> Bergström & Hettne (2014), s. 63 f.

doktrin som kommenterar EU-rätten och gällande rättsläge tas upp. Förutom för generella lagkommentarer och EU-rättsliga principer har främst litteratur använts från efter det att *UsedSoft* meddelades 2012. Härvid kan särskilt nämnas alla de kommentarer som har publicerats i juridiska tidskrifter i domens kölvatten. För diskussionen om den rättsliga ställningen för överlåtare respektive förvärvare av en andrahandsöverlåten mjukvarulicens, har främst Lindskougs artikel använts. Anledningen till detta är att hennes artikel på ett tillfredsställande vis täcker de aspekter av ämnet som är relevanta för uppsatsens frågeställning om domens konsekvenser för marknaden.

## 1.7 Forskningsläge

Konsumtionsprincipen är ett sedan länge etablerat element inom EU-rätten, och merparten av alla verk i litteraturen som behandlar rättsläget för immaterialrättigheter inom EU behandlar den, se här t.ex. Trittons standardverk i immaterialrätt. För redogörelse om konsumtionsprincipen så som den kommit till uttryck i de upphovsrättsliga direktiven kan särskilt framhåvas Torremans och Stamatoudis, och Walters och von Lewinskis respektive lagkommentarer i EU-rättslig upphovsrätt.

Förutom för ett kapitel i Torremans och Stamatoudis lagkommentar, finns det få större verk som behandlar konsumtionsprincipens utsträckning som en följd av *UsedSoft*. Anledningen härom kan antas bero på att domen i skrivande stund är knappt tre år gammal. Däremot har domen desto flitigare diskuterats i juridiska tidskrifter, och här kan främst nämnas *European Intellectual Property Review*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, och *Nordiskt immateriellt rättsskydd*.

De senare meddelade domarna *Nintendo* och *Allposters*, i januari 2014 respektive januari 2015, är av samma anledning som *UsedSoft* relativt okommenterade. De kommentarer som existerar, återfinns även här i tidskrifter.

## 1.8 Disposition

I uppsatsens **andra kapitel** behandlas konsumtionsprincipen som rättsligt koncept i allmänhet; principens bakomliggande motivationer och dess ursprung och utveckling av EU-domstolen utreds och redogörs för. Konsumtionsprincipens plats som beröringspunkt för immaterialrätten och EU:s skydd av den fria rörligheten för varor belyses särskilt i det här kapitlet.

Det **tredje kapitlet** innehåller en redogörelse för relevanta regler för konsumtionsprincipen inom EU. Lagstiftarens bakomliggande motiveringar, liksom konsumtionsprincipens utformning, omfattning och begränsning i de olika rättsakterna behandlas här. Det för upphovsrätten centrala fördraget WCT redogörs också för här.

Det **fjärde kapitlet** redogör för viktiga avgöranden från EU-domstolen avseende direktivens, och därmed konsumtionsprincipens omfattning. Särskild tyngdpunkt ges här det för uppsatsen centrala målet *UsedSoft*.

Det **femte kapitlet** sammanfattar reaktioner på rättsläget från doktrinen. Störst utrymme får synpunkter och åsikter över EU-domstolens tolkning och avgörande i *Usedsoft*, men även åsikter i andra hänseenden tas upp. Det är också här de flesta argument som används för att besvara uppsatsens syfte återfinns.

Det avslutande **sjätte kapitlet** innehåller en sammanfattande analys av vad som redovisats i uppsatsen, och studiens frågeställningar besvaras.



# 2 Konsumtionsprincipens rättsliga grund och uppkomst

## 2.1 Introduktion

Marknadsintegration har alltid varit ett av EU:s främsta mål, med tullfrihet och fri rörlighet mellan medlemsstaternas gränser som följd.<sup>31</sup> Artikel 3.3 EUF beslutar om upprättandet av en inre marknad, och artikel 26.2 FEUF stadgar att denna ska omfatta ett område utan inre gränser, där fri rörlighet för varor, tjänster och kapital ska säkerställas. Vad gäller den fria rörligheten för varor, bestämmer artikel 30 FEUF att tullar på import och export ska vara förbjudna mellan medlemsstaterna. Unionen ska vidare verka för att konkurrensen inte snedställs på den inre marknaden, detta framgår av protokoll nr 27 till Lissabonfördraget.<sup>32</sup>

På motsatt sida av principen om fri rörlighet står immaterialrätten. Dess syfte är att ge en upphovsman exklusiva rättigheter till sin intellektuella skapelse, däribland en distributionsrätt som innefattar en exklusiv rätt till import och export.<sup>33</sup> Dessa exklusiva rättigheter kan anses vara påkallade genom två olika doktriner: doktrinen om privat rättfärdigande, och doktrinen om allmänt rättfärdigande. Enligt doktrinen om privat rättfärdigande behövs immaterialrätter av den anledningen att de utgör belöningen för en upphovsmans mödor. Doktrinen om allmänt rättfärdigande menar att immaterialrätter är nödvändiga för att uppmuntra konstnärliga och teknologiska framsteg, vilka i sin tur främjar samhället.<sup>34</sup>

Vad gäller relationen mellan konkurrensrätt och immaterialrätt, har inom EU främst doktrinen om allmänt rättfärdigande framhållits – immaterialrättsliga monopol försvaras då de främjar samhället. Däremot har doktrinen om privat rättfärdigande spelat stor roll vid tolkningen av artiklarna 34-36 FEUF och hur de förhåller sig till nyttjandet av immaterialrätter. Lösningen på konflikten mellan den monopolistiska immaterialrätten och EU:s strävan efter fri konkurrens, och därmed även konflikten mellan de två doktrinerna, blev konsumtionsprincipen. Den innebär att immaterialrättsliga rättigheter inte kan göras gällande på varor som introducerats på den inre marknaden med rättsinnehavarens samtycke. Annorlunda uttryckt, anses rättigheterna ha blivit konsumerade. Principen är från början en innovation av EU-domstolen som sedermera har kodifierats explicit i sekundärrätten.<sup>35</sup> I detta kapitel kommer redogöras för konsumtionsprincipens uppkomst och relation till artiklarna 34-36 FEUF, och dess efterföljande utveckling och förtydligande i praxis.

---

<sup>31</sup> Anderman & Ezrachi (red.) (2011), s. 303.

<sup>32</sup> Protokoll (nr 27) om den inre marknaden och konkurrens, EUT C 326/1, 26.10.2012.

<sup>33</sup> Anderman & Ezrachi (red.) (2011), s. 305.

<sup>34</sup> Tritton (2008), s. 638.

<sup>35</sup> Tritton (2008), s. 639 f. De kodifierade reglerna redogörs för nedan kapitel 3.

## 2.2 Fördragen och immaterialrätten

För en bättre förståelse för konsumtionsprincipens rättsliga fundament, behöver artiklarna 34-36 FEUF redogöras för. Artiklarna faller under Avdelning II i fördraget, vilken innehåller bestämmelser om den fria rörligheten för varor. Artikel 34 bestämmer att kvantitativa importrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan ska vara förbjudna mellan medlemsstaterna, och artikel 35 stadgar detsamma för kvantitativa exportrestriktioner och åtgärder med motsvarande effekt. Artikel 36 innehåller situationer då det är tillåtet att göra avvikelser från artiklarna 34-35 och lyder som följer:

Bestämmelserna i artiklarna 34 och 35 ska inte hindra sådana förbud mot eller restriktioner för import, export eller transitering som grundas på hänsyn till allmän moral, allmän ordning eller allmän säkerhet eller intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv, att bevara växter, att skydda nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde eller att skydda industriell och kommersiell äganderätt. Sådana förbud eller restriktioner får dock inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna.

Av artiklarna ovan framgår att huvudregeln är att kvantitativa restriktioner (eller åtgärder med motsvarande effekt) som hindrar den fria rörligheten för varor, ska vara förbjudna.<sup>36</sup> Huvudregeln får dock frångås vid ett antal situationer, däribland för att skydda *industriell och kommersiell äganderätt*, med vilket bl.a. avses immaterialrätter.<sup>37</sup> Förbud och restriktioner som i och för sig grundar sig på hänsyn att skydda industriell och kommersiell äganderätt kan ändå vara otillåtna. Av artikel 36 andra meningen framgår nämligen att de inte får utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller om de innefattar en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna.

Ytterligare en primärrättslig bestämmelse av vikt för konsumtionsprincipen är artikel 345 FEUF, som stadgar att "[f]ördragen ska inte i något hänseende ingripa i medlemsstaternas egendomsordning." Indirekt innebär artikeln att EU inte har någon direkt kompetens att lagstifta på upphovsrättens område – upphovsrätt är undantagslöst förknippad med en stats egendomsordning. Istället torde all form av harmonisering av upphovsrätt ha skett med stöd av antingen artikel 352 FEUF eller artikel 114 FEUF. De här artiklarna tillåter nämligen avvikelser från fördragen för vissa ändamål. Ett av dessa ändamål, med särskild relevans för upphovsrätten och konsumtionsprincipen, är att den inre marknaden ska fungera väl (artikel 114.1).<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Att den fria rörligheten är ett av EU:s övergripande mål framgår också av artikel 3.2 EUF, som beslutar att EU ska ha en inre marknad. Artikel 26.2 FEUF utvecklar målet vidare, och stadgar att inom den inre marknaden ska den fria rörligheten för varor, personer, tjänster och kapital säkerställas.

<sup>37</sup> Tritton (2008), s. 641.

<sup>38</sup> Mazotti (2008), s. 37. Både datorprogramdirektivet och Infosoc-direktivet är exempel på direktiv som rättfärdigats med grund i artikel 114.

## 2.3 Konsumtionsprincipens uppkomst

Konsumtionsprincipen introducerades först av EU-domstolen i det för immaterialrätten banbrytande målet *Deutsche Grammophon* från 1971.<sup>39</sup> I fallet sålde det tyska företaget Deutsche Grammophon ("DG") grammofonskivor direkt till återförsäljare på den tyska marknaden. I återförsäljarnas kontrakt fanns bl.a. en klausul som stadgade att de endast fick importera DG:s skivor med DG:s godkännande. DG utövade vidare en priskontroll hos sina återförsäljare, som även utsträckte sig till eventuella importerade skivor. Metro, en tysk återförsäljare utanför DG:s kontraherade nätverk, importerade DG:s skivor från DG:s franska dotterbolag Polydor, och sålde sedan dessa direkt på den tyska marknaden. I Frankrike var skivorna billigare än i Västtyskland, varför Metro kunde sälja dem för ett lägre pris än det av DG bestämda priset på den tyska marknaden. Metros agerande hade inte godkänts av DG, som inför domstol hävdade att ett intrång i dess exklusiva distributionsrättighet enligt tysk lag hade skett.

DG vann i förstainstansdomstolen, och frågan överklagades. Appellationsdomstolen vände sig till EU-domstolen för att få klarhet i om den tyska lagstiftningen var förenlig med EU-rätten. En av frågorna som ställdes var huruvida det stred mot fördragets bestämmelser att åberopa sin exklusiva distributionsrätt för att, som DG gjort, förbjuda försäljningen på den tyska marknaden av importerade exemplar som tillverkaren själv placerat på den franska marknaden.

Med hänvisning till nuvarande artikel 36 FEUF konstaterade EU-domstolen inledningsvis att saluförsel från en medlemsstat till en annan visserligen får förbjudas eller begränsas. Detta får däremot endast ske om det är motiverat för att skydda rättigheter som utgör det särskilda ändamålet för industriell eller kommersiell äganderätt.<sup>40</sup> EU-domstolen menade att undantaget i artikel 36 inte var motiverat, och fattade ett beslut som gav upphov för konsumtionsprincipen: EU:s grundläggande syfte att främja den fria rörligheten av varor ansågs i vissa fall kunna hindra den exklusiva spridningsrätt som är knuten till upphovsrätt. Principen gäller för situationer då varorna har *satts i omsättning i en medlemsstat, av rättsinnehavaren eller med dennes godkännande*, när rätten till spridning åberopas för att hindra försäljning i en annan medlemsstat, *grundat endast på det faktum* att varorna inte tidigare satts i omsättning i den senare medlemsstaten.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Mål C-78/70, *Deutsche Grammophon*.

<sup>40</sup> Mål C-78/70, *Deutsche Grammophon* p. 11.

<sup>41</sup> Mål C-78/70, *Deutsche Grammophon* p. 13.

## 2.4 Konsumtionsprincipens utveckling och begränsningar

Efter dess introduktion i *Deutsche Grammophon*, bekräftades konsumtionsprincipens förankring i fördragen i flera efterföljande mål.<sup>42</sup> Dessutom började EU-domstolen utveckla principen och definiera dess gränser. I det här avsnittet kommer några viktiga mål för denna utveckling behandlas.

I *Coditel*-målen<sup>43</sup> tog EU-domstolen ställning till konsumtionsprincipen i förhållande till en films visningsrätt och till den fria rörligheten för tjänster enligt nuvarande artikel 56 FEUF. Domstolen konstaterade i *Coditel I* följande:

Biograffilmer tillhör kategorin litterära och konstnärliga verk som görs tillgängliga för allmänheten genom visningar som kan upprepas ett obegränsat antal gånger. I detta hänseende är de problem som respekten för upphovsrätten innebär i förhållande till fördragets krav inte desamma som de som rör litterära och konstnärliga verk vilka görs tillgängliga för allmänheten i och med att verken sprids i sin materiella form, så som fallet är med böcker eller grammofoonskivor.<sup>44</sup>

Av detta följer två observationer. För det första, trots att artikel 56 FEUF förbjuder inskränkningar i den fria rörligheten för tjänster, kan regeln inte användas för att begränsa utövandet av en ekonomisk verksamhet som tillämpas enligt nationell immaterialrättslig skyddslagstiftning. Det enda undantaget är fall då tillämpningen utgör ett medel för godtycklig diskriminering eller förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna – distinktionen enligt artikel 36 FEUF mellan förekomsten av en rättighet och utövandet av denna rättighet är tillämplig även då rättigheten utövas som en tjänst.<sup>45</sup> Detta innebär, för det andra, att verk ”som görs tillgängliga för allmänheten genom visningar som kan upprepas ett obegränsat antal gånger” är att anse som *tjänster* istället för varor. För dessa ska *konsumtionsprincipen inte gälla*.<sup>46</sup>

EU-domstolens resonemang i *Coditel*-domarna att konsumtion begränsas till spridningsrätten till exemplar av varor, bekräftades i de senare avgörandena *Warner Brothers*<sup>47</sup> och *Tournier*.<sup>48</sup> I *Warner Brothers* fann domstolen att omständigheten att en upphovsrättsinnehavares spridningsrätt till exemplar av ett verk har konsumerats, inte föranleder konsumtion av en eventuell *ensamrätt till uthyrning* i de medlemsstater dit exemplaren importeras. I *Tournier* fastslogs att upphovsrättsinnehavarens *rättigheter knutna till offentliga framföranden* av ett verk inte konsumeras enbart för att spridningsrätten konsumeras. Alltså påverkas inte en nationell rätt till royaltyersättning för offentliga

---

<sup>42</sup> Se t.ex. förenade målen C-55/80 och C-57/80, *Musik-Vertrieb Membran GmbH mot GEMA* och mål C-58/80, *Dansk Supermarked*.

<sup>43</sup> Mål C-62/79, *Coditel mot Ciné Vog Films (Coditel I)*; mål C-262/81, *Coditel mot Ciné Vog Films (Coditel II)*.

<sup>44</sup> Mål C-62/79, *Coditel I*, p. 12.

<sup>45</sup> Mål C-62/79, *Coditel I*, p. 15; mål C-262/81, *Coditel II*, p. 13.

<sup>46</sup> Ubertazzi i Stamatoudi & Torremans (red.) (2014), s. 42 f; Stokes (2014), s. 105 f.

<sup>47</sup> Mål C-158/86, *Warner Brothers m.fl. mot Christiansen*

<sup>48</sup> Mål C-395/87, *Tournier*.

framträdanden av verket, av att royaltyavgifter vid försäljningen av verket redan betalats i den exporterande medlemsstaten.

## 2.5 Sammanfattning

Mot bakgrund av vad som anförts i detta kapitel, framgår att konsumtionsprincipen finner sin rättsliga grund i fördragets regler om fri rörlighet för varor. Den ger också ett svar på frågan om när den upphovsrättsliga ensamrätten till spridning upphör. En rättsinnehavare mister rätten att kontrollera spridningen (inom EU) av ett exemplar av ett verk då det har satts i omsättning någonstans på den inre marknaden. Ett större upphovsrättsligt skydd än så är inte motiverat med tanke på den begränsning som sker i den fria rörligheten av varor på marknaden.

Att det i *Deutsche Grammophon* beslutades att konsumtionsprincipen hör till den fria varor av *varor* har länge varit av central betydelse för principens förståelse. Av de senare meddelade målen framgår att den inte är aktuell för den fria rörligheten av tjänster, vid uthyrning eller för rättigheter knutna till ett verks offentliga framförande. Detta har bidragit till uppfattningen att, fram till att *UsedSoft* meddelades, konsumtionsprincipen undantagslöst kan göras gällande för spridningsrätten till *fysiska verk*.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Se nedan avsnitt 3.1.2 för mer utförlig redogörelse för denna uppfattning; se 4.4 för redogörelse av *UsedSoft*.

# 3 Lagstiftning av relevans för konsumtionsprincipen

## 3.1 InfoSoc-direktivet

### 3.1.1 Syfte och omfattning

Av artikel 1.1 InfoSoc-direktivet framgår att direktivet ”avser det rättsliga skyddet för upphovsrätt och närstående rättigheter inom den inre marknaden, med särskild tonvikt på informationsområdet”. Till skillnad från datorprogramdirektivet, som endast reglerar upphovsrätt till datorprogram, är InfoSoc-direktivets syfte alltså att verka som *lex generalis* för upphovsrätten i sin helhet – det hittills enda EU-direktiv att göra så.<sup>50</sup> En generell harmonisering ansågs vara det bästa sättet att bemöta de utmaningar som informationsområdets framväxt uppställde, då åtskiljande nationella lagstiftningar skulle kunna leda till rättsosäkerhet och splittrande av den inre marknaden.<sup>51</sup> InfoSoc-direktivet antogs vidare för att implementera de bestämmelser som är av relevans för den inre marknaden i det upphovsrättsliga fördraget WCT.<sup>52</sup> Som en följd av detta ska direktivet enligt EU-domstolens praxis även tolkas mot bakgrund av WCT.<sup>53</sup>

Även om syftet med InfoSoc-direktivet är en generell harmonisering av upphovsrätten, framgår det emellertid av dess artikel 1.2 a att det inte ”på något sätt påverka befintliga gemenskapsbestämmelser om [...] det rättsliga skyddet för datorprogram”, m.a.o. datorprogramdirektivet.<sup>54</sup> Av skäl 20 InfoSoc-direktivet framgår vidare att dess bestämmelser *inte bör påverka bestämmelserna* i bl.a. datorprogramdirektivet, om inte annat föreskrivs i direktivet. Det ovan anförda har fått EU-domstolen att fastslå att datorprogramdirektivet utgör *lex specialis* i förhållande till InfoSoc-direktivet.<sup>55</sup>

### 3.1.2 Artikel 4: Spridningsrätten och dess konsumtion

Konsumtion av spridningsrätten var något som diskuterades ingående inom EU under den lagstiftningsprocess som så småningom skulle leda fram till det

---

<sup>50</sup> Walter & von Lewinski i Walter & von Lewinski (red.) (2010), s. 952; Mazotti (2008), s. 43; Stamadouti & Torremans i Stamatoudi & Torremans (red.) (2014), s. 397, 399.

<sup>51</sup> Skäl 6 InfoSoc-direktivet.

<sup>52</sup> Se skäl 15 InfoSoc-direktivet; även Walter & von Lewinski i Walter & von Lewinski (red.) (2010), s. 944 f; se även nedan avsnitt 3.3.1 för redovisning av WCT:s bestämmelser.

<sup>53</sup> Se t.ex. mål C-456/06, *Peek & Cloppenburg*, p. 30-31. Märk väl att principen inte enbart är tillämplig på InfoSoc-direktivet, utan den är generellt gällande då unionsrättsaktens syfte är att genomföra internationella avtal.

<sup>54</sup> Walter & von Lewinski i Walter & von Lewinski (red.) (2010), s. 952; Stamatoudi & Torremans i Stamatoudi & Torremans (red.) (2014), s. 400.

<sup>55</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 51.

färdiga InfoSoc-direktivet. I kommissionens grönbok om informationssamhället (Grönbok 1995) ansåg kommissionen att konsumtion endast är aktuellt i fall då ett verk överförs i ett fysiskt exemplar. Elektroniska eller på annat vis icke-fysiska överföringar, som sändningar, projektioner eller överföringar via kabel, skulle enligt kommissionen vara att anse som tjänster, och således inte omfattas av konsumtionsprincipen enligt rådande praxis.<sup>56</sup>

Kommissionen lyfte i grönboken även frågan om hur de tjänster som utgör digitala överföringar skulle komma att regleras. Den menade att digitala överföringar (i meningen överföring från avsändare till en specifik mottagare (s.k. *punkt-till-punkt-överföring*) till formen är annorlunda från sändningar, då mottagaren får tillträde till och möjlighet att hantera dessa tjänster (*flerpunkts-system*). Därför skulle det eventuellt vara berättigat att ge digitala överföringar en egen rättsordning.<sup>57</sup> Dessutom konstaterades att oavsett vilken sorts upphovsrättsskyddad egendom som överförs digitalt, är det datorprogram som möjliggör överföringen. Gränserna mellan olika typer av verk är alltså flytande. Enligt kommissionen innebär detta följande:

[E]n 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.<sup>58</sup>

Det bör dock i sammanhanget tilläggas att grönboken inte åsyftade att ge definitiva svar på frågorna som den uppställer. Istället var den mer tänkt som ett underlag för diskussion.<sup>59</sup>

I sitt uppföljningsdokument till grönboken fortsätter kommissionen diskussionen om tjänster kontra varor. Den anser här återigen att upphovsrättsligt skyddat material vars utnyttjande sker online borde vara att anse som en tjänst, och som sådant inte omfattas av konsumtionsprincipen. Anledningen till detta är att till skillnad från en vara, kan sådana tjänster mångfaldigas i princip ett obegränsat antal gånger.<sup>60</sup>

Spridningsrätten i det färdiga InfoSoc-direktivet, samt konsumtion av denna, kom att regleras som följande i direktivets artikel 4:

1. Medlemsstaterna skall ge upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda all slags spridning till allmänheten, genom försäljning eller på annat sätt, av originalet av deras verk eller av kopior av detta.
2. 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.

---

<sup>56</sup> Grönbok om upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, COM(95) 382 slutlig, juli 1995, s. 45 ff. Härfter benämnt som ”Grönbok 1995”.

<sup>57</sup> Grönbok 1995, s. 56 ff.

<sup>58</sup> Grönbok 1995, s. 59.

<sup>59</sup> Grönbok 1995, s. 18.

<sup>60</sup> Follow-up to the Green Paper on copyright and related rights in the information society, COM(96) 0568 final, november 1996, s. 18 f.

InfoSoc-direktivet måste, som ovan anförts, tolkas mot bakgrund av WCT. Detta innebär att kravet på spridning i artikel 4.1 enligt *Peek & Cloppenburg* måste förstås som att en *övergång av äganderätten* äger rum. Spridningsrätten i artikel 4.1 ska följaktligen inneha samma betydelse som bestämmelsen om dess konsumtion i artikel 4.2.<sup>61</sup>

Regeln om konsumtion av spridningsrätt i artikel 4.2 innehåller de rekvisit som framkommit av praxis: Rättsinnehavarens spridningsrätt till ett *exemplar* av ett verk *konsumeras* då exemplaret för första gången *överläts inom unionen* av *rättsinnehavaren* själv eller med *dennes samtycke*. Bestämmelsen innebär inte att spridningsrätten till *verket i sig* konsumeras, utan endast till *det överlåtna exemplaret*.<sup>62</sup>

Konsumtionsprincipen begränsas vidare *regionalt* till den inre marknaden; i *Laserdisken* uteslöt EU-domstolen att medlemsstaterna skulle ha ett utrymme att införa nationella regler om global konsumtion.<sup>63</sup> Den här begränsningen av konsumtionsprincipen är inte unik för InfoSoc-direktivet, utan är tillämpligt för konsumtionsprincipen även i andra upphovsrättsliga direktiv, såsom datorprogramdirektivet.<sup>64</sup>

Frågeställningen under lagstiftningsprocessen om huruvida online-överföring ska klassificeras som tjänst har levt vidare i det färdiga direktivet. För en helhetsbild av InfoSoc-direktivets konsumtionsprincip behöver därför redogöras för direktivets artikel 3. I artikeln stadgas en ensamrätt till överföring till allmänheten, såväl genom flerpunktssystem som punkt-till-punkt-överföringar.<sup>65</sup> En sådan överföring är allmänt att anse som en tjänst snarare än en vara, och således ska inte konsumtion av denna rätt inträffa enligt EU-domstolens praxis.<sup>66</sup> Detta framgår även av artikelns tredje punkt, vari stadgas att konsumtion av artikelns föreskrivna rättigheter inte får ske. Dessutom anger skäl 28 till direktivet att "[i] det upphovsrättsliga skyddet enligt detta direktiv ingår ensamrätt att bestämma över spridning av verk som ingår i en fysisk vara." Av skäl 29 till direktivet framgår vidare att:

---

<sup>61</sup> Mål C-456/06, *Peek & Cloppenburg*, p. 33-35; jfr artikel 6 WCT

<sup>62</sup> Se t.ex. Walter & von Lewinski i Walter & von Lewinski (red.) (2010), s. 997; Stamatoudi & Torremans i Stamatoudi & Torremans (red.) (2014), s. 427.

<sup>63</sup> Mål C-479/04, *Laserdisken*, p. 27.

<sup>64</sup> Rapport från kommissionen till rådet, europaparlamentet och ekonomiska och sociala kommittén om genomförandet och effekterna av direktiv 91/250/EEG om rättsligt skydd för datorprogram, COM(2000) 199 slutlig, april 2000 (härefter benämnt som "rapport om datorprogramdirektivet"), s. 11; Janssens i Stamatoudi & Torremans (red.) (2014), s. 117; von Lewinski i *EIPR* 2005, på s. 234.

<sup>65</sup> Artikel 3.1 InfoSoc-direktivet: "Medlemsstaterna skall ge upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda varje överföring till allmänheten av deras verk (*flerpunktssystem*, förf. anm.), på trådbunden eller trådlös väg, inbegripet att verken görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer (*punkt-till-punkt-överföring*, förf. anm.)."; jfr även Walter & von Lewinski i Walter & von Lewinski (red.) (2010), s. 990.

<sup>66</sup> Stamatoudi & Torremans i Stamatoudi & Torremans (red.) (2014), s. 417; för redogörelse för nämnda praxis, se ovan avsnitt 2.4.



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.

Detta har bidragit till den utbredda åsikten innan *UsedSoft* meddelades att konsumtionsprincipen aldrig omfattar nedladdning av digitala exemplar av verk (dvs. punkt-till-punkt-överföringar).<sup>67</sup>

I *Premier League*<sup>68</sup> bestämde EU-domstolen förvisso att det strider mot artikel 56 FEUF (om tjänsters fria rörlighet) att en medlemsstat förbjuder import av avkodningsutrustning, som möjliggör tillgång till utländska satellitsändningar av alster skyddade av medlemsstatens lagstiftning.<sup>69</sup> Vidare konstaterades att visningen av sådana satellitsändningar av fotbollsmatcher på pubar utgör en överföring till allmänheten enligt artikel 3.1 InfoSoc-direktivet.<sup>70</sup> Dessa ställningstaganden sammantagna skulle vid första anblick kunna ses som att EU-domstolen erkänt existensen av en konsumtionsprincip även för tjänster. Så är dock inte fallet – idrottsevenemang kan inte skyddas av upphovsrätt, eller för den delen någon annan immaterialrätt.<sup>71</sup> Dessutom menar Ubertazzi att det faktum att domstolen lägger fokus på rättsinnehavarens avtalsförhållande med TV-programföretagen omöjliggör en analogitolkning av målet för upphovsrätten.<sup>72</sup>

## 3.2 Datorprogramdirektivet

### 3.2.1 Lagstiftningshistorik

Diskussioner inom EU om att erkänna datorprogram som upphovsrättsligt skyddat material började redan 1985, i en av kommissionen publicerad vitbok.<sup>73</sup> Enligt denna behövdes harmonisering av immaterialrätten då skillnader i medlemsstaternas lagstiftningar har en direkt och negativ effekt på den

---

<sup>67</sup> Janssens i Stamatoudi & Torremans (red.) (2014), s. 119; Günther i *NIR* 2014, s. 205 ff; Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 458, 476.

<sup>68</sup> Förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League m.fl.*

<sup>69</sup> Förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League m.fl.*, p. 125.

<sup>70</sup> Förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League m.fl.*, p. 207.

<sup>71</sup> Förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League m.fl.*, p. 96-99; Ubertazzi i Stamatoudi & Torremans (red.) (2014), s. 44.

<sup>72</sup> Ubertazzi i Stamatoudi & Torremans (red.) (2014), s. 44; förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League m.fl.*, p. 107-113.

<sup>73</sup> Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council (Milan, 28-29 June 1985), COM(85) 310, juni 1985. Här efter benämnt som "Vitebok 1985".

inre marknaden.<sup>74</sup> För datorprogram utpekades främst den icke-harmoniserade varumärkesrätten som ett problem;<sup>75</sup> det utlovades att ett framtida ramverk för rättsligt skydd för de upphovsrättsliga aspekterna hos mjukvara skulle ges särskild uppmärksamhet.<sup>76</sup>

Tre år senare publicerade kommissionen en grönbok (Grönbok 1988)<sup>77</sup> i vilken upphovsrättsskydd för datorprogram lyftes fram som en nödvändighet. Kommissionen konstaterade däri att även om det fanns situationer då det är möjligt att erhålla patent för ett datorprogram, var kriterierna för detta restriktiva. Därför riskerade avsevärda investeringar i utvecklandet av datorprogram att gå förlorade då datorprogram i regel inte uppfyller kraven för patentering, och därför inte skulle åtnjuta rättsligt skydd.<sup>78</sup> Med detta i åtanke föreslogs upphovsrätt som det huvudsakliga skyddet för datorprogram. Denna åsikt hade vid det laget dessutom funnit allmänt stöd både bland medlemsstaterna och på det internationella planet.<sup>79</sup>

Efter två förslag till direktiv<sup>80</sup> från kommissionen, det senare en ändring av det förra, antogs slutligen rådets direktiv 91/250/EEG om rättsligt skydd för datorprogram. Det nuvarande datorprogramdirektivet, direktiv 2009/24, utgör en konsoliderad version av detta direktiv. I uppsatsen kommer, om inte annat särskilt påpekas, referenser ske till 2009 års direktiv.<sup>81</sup>

### 3.2.2 Skyddsobjekt

Enligt artikel 1.1 datorprogramdirektivet ska *datorprogram*, och till dessa *förberedande designmaterial*, ges upphovsrättsligt skydd som litterära verk enligt Bernkonventionen.<sup>82</sup> Skyddet gäller enligt artikel 1.2 endast för ett datorprogram *alla uttrycksformer*. *Idéer* och *principer* som ligger bakom datorprogrammets detaljer skyddas inte, även om de ligger bakom programmets gränssnitt. Liksom för övriga alster som är föremål för upphovsrätt krävs även att datorprogrammet når verkshöjd.<sup>83</sup>

---

<sup>74</sup> Vitbok 1985, p. 145.

<sup>75</sup> Vitbok 1985, p. 147.

<sup>76</sup> Vitbok 1985, p. 149.

<sup>77</sup> European Commission Green Paper on copyright and the challenge of technology - Copyright issues requiring immediate action, COM(88) 172, juni 1988. Härfter benämnt som ”Grönbok 1988”.

<sup>78</sup> Grönbok 1988, p. 5.3.3.

<sup>79</sup> Grönbok 1988, p. 5.3.4. - 5.3.10. och 5.5.13.

<sup>80</sup> Proposal for a Council Directive on the legal protection of computer programs, COM(88) 816 – SYN 183, (härefter benämnt ”direktivförslaget”), respektive Amended proposal for a Council Directive on the legal protection of computer programs, COM(90) 509 final – SYN 183.

<sup>81</sup> Jfr t.ex. Bainbridge (2014), s. 70.

<sup>82</sup> Detta innebär således att Bernkonventionens bestämmelser om upphovsrätt blir aktuella, med de rättigheter för upphovsrättsinnehavare och skyldigheter för medlemsstater som följer därav. Då Bernkonventionen inte berör ämnet rättighetskonsumtion, behöver dessa bestämmelser inte redogöras för närmare.

<sup>83</sup> Art. 1.3 datorprogramdirektivet.

Den mest grundläggande beskrivningen av ett datorprogram är att det utgör en serie instruktioner till en maskin i en för maskinen läsbar elektronisk form, antingen genom simpel *binär kod* eller skrivet på något programmeringsspråk (*källkod*). För att kunna köra, eller *exekvera*, datorprogrammet på en dator måste källkoden omvandlas till för människor oläsbar, binär *objektkod*, genom en (oftast automatisk) process som kallas för *kompilering*. Genom ett s.k. *grafiskt användargränssnitt* (eng. *Graphical User Interface, GUI*) tar datoranvändaren del av och interagerar med datorprogrammet: det är genom det här som grafik och grafiska ikoner materialiseras på datorskärmen.<sup>84</sup>

Datorprogramdirektivet ger dock inte någon rättslig definition av vad som ska förstås med ”datorprogram” eller ”förberedande designmaterial” inom ramen för direktivet. Ett klagörande görs i skäl 7 i direktivet:

I detta direktiv avses med termen datorprogram alla former av program, inbegripet sådana som är införlivade med hårdvara. Termen innefattar även förberedande designarbete som leder till utvecklingen av ett datorprogram, under förutsättning att det förberedande arbetet är av sådan art att det kan resultera i ett datorprogram i ett senare skede.

Vidare, var kommissionen i direktivförslaget av åsikten att material som inte kan leda till skapandet av ett datorprogram, som programmets manual, inte kan omfattas av datorprogramsskyddet. Kommissionen uteslöt dock inte att annat upphovsrättsligt skydd kunde vara för handen för sådant material.<sup>85</sup>

Dessa uttalanden ger endast en liten vägledning. Att hålla datorprogrambegreppet vagt är ett medvetet val från EU-lagstiftarens sida – i direktivförslaget menar lagstiftaren att en definition av begreppet snabbt skulle bli obsolet på grund av den teknologiska utvecklingen.<sup>86</sup> Även om detta är ett rimligt antagande – dator- och informationsteknologin har utvecklats oerhört snabbt de senaste decennierna – lämnas frågan om exakt vad som direktivet skyddar obesvarad. Detta är ett problem i dagens digitaliserade samhälle, då allt digitalt material utgörs av kod, eftersom det inte går att veta vilket av detta material som ska omfattas. Svaret får istället sökas i doktrin och EU-domstolens praxis, som i vissa konkreta fall har försökt besvara denna fråga. Problematiken kommer att behandlas mer ingående i arbetets senare kapitel.

Det bör i sammanhanget också nämnas att övriga litterära och konstnärliga verk i digital form, som video- och ljudfiler och e-böcker, generellt inte anses omfattas av datorprogramdirektivet. Således omfattas de av upphovsrättens *lex generalis*, InfoSoc-direktivet.<sup>87</sup> Datorspel utgör något av en hybrid i sammanhanget, och denna rättsliga särställning diskuteras nedan avsnitt 5.5.

### 3.2.3 Konsumtionsprincipen i

---

<sup>84</sup> Stokes (2014), s. 111, 113 f; van Rooijen (2010), s. 11 f; Bainbridge (2014) s. 619 ff.

<sup>85</sup> Direktivförslaget del 1, p. 1.1.

<sup>86</sup> Direktivförslaget del 2, kommentaren till artikel 1, p. 1.

<sup>87</sup> Se t.ex. Nicholson i *SCRIPTed* 2013, s. 402; Leistner i *IIC* 2011, s. 503; Maclean i *CTLR* 2013, s. 2; Günther i *NIR* 2014, s. 216.

## datorprogramdirektivet

Konsumtionsprincipen återfinns i datorprogramdirektivets artikel 4.2:

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 gemenskapen[.]

Av det här följer att det endast är *spridningsrätten* som konsumeras. För att rent praktiskt förstå konsumtionsprincipens omfattning, behöver således innebörden av spridningsrätten först redogöras för. Denna regleras i artikel 4.1 c och innebär en ensamrätt för upphovsrättsinnehavaren att utföra eller ge tillstånd till *alla former av spridning till allmänheten, av original eller kopia*.

Vad som ska anses med ”*alla former av spridning*” framgår varken av direktivets artiklar eller dess skäl, varför svaret får sökas på annat håll. Av själva ordalydelsen går att tolka in att förutom distributionen av fysiska exemplar, ska spridningsrätten även täcka onlineöverföringar. Kommissionen menade i sin uppföljningsrapport om datorprogramdirektivet att så inte var fallet, och att spridningsrätten (och därmed även dess konsumtion) ska vara begränsad till ”faktiska kopior”. En överföring online var enligt kommissionen att anse som en tjänst, vilket inte föranleder konsumtion.<sup>88</sup>

Blocher och Walter menar dock att ”*alla former av spridning*” ska förstås just så. Formuleringen innebär att det inte spelar någon roll hur kopior (eller original) av datorprogram introduceras på marknaden för att rekvisitet ska uppfyllas: det kan ske med såväl fysiska som digitala exemplar. Vidare, vad gäller digitala exemplar, kan dessa överföras trådbundet såväl som trådlöst; begreppet ”*spridning*” är brett nog för att även avse överföringar online. Detta skulle enligt Blocher och Walter följa av direktivets mål att ge fullgott skydd för upphovsmän till datorprogram.<sup>89</sup>

Blochers och Walters resonemang får nog i ljuset av *UsedSoft* vara närmast sanningen för vad som utgör gällande rätt. I målet konstaterades att en överföring online, åtminstone i de i fallet givna omständigheterna, utgjorde en försäljning. Följaktligen konsumerades spridningsrätten till det överförda exemplaret.<sup>90</sup>

Även om spridningsrätten omfattar flera olika sorters fång<sup>91</sup> inträffar konsumtion av denna endast vid den *första försäljningen* av ett exemplar.<sup>92</sup> Efter så har skett, förlorar rättsinnehavaren sin rätt att kontrollera vidare spridning

---

<sup>88</sup> Rapport om datorprogramdirektivet, s. 17; se även ovan avsnitt 3.1.2 för redogörelse om tjänsters och varors förhållande till konsumtionsprincipen.

<sup>89</sup> Blocher & Walter i Walter & von Lewinski (red.) (2010), s. 133 f.

<sup>90</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 48; se nedan avsnitt 4.4 för detaljerad behandling av målet.

<sup>91</sup> Se Blocher & Walter i Walter & von Lewinski (red.) (2010), s. 133, angående spridningsrätten i artikel 4.1 datorprogramdirektivet: ”An act of distribution in this case may be not only sale or resale, but also exchange, gift, rental, lending, etc.”

<sup>92</sup> Janssens i Stamatoudi & Torremans (red.) (2014), s. 118.

av exemplaret. Själva begreppet ”försäljning” i artikel 4.2. gavs i *UsedSoft* en självständig unionsrättslig innebörd:

[E]tt avtal genom vilket en person, mot vederlag, till en annan person överför sin äganderätt till materiell eller immateriell egendom som tillhör vederbörande.<sup>93</sup>

### 3.2.4 Artikel 5.1: Undantag från rättsinnehavares återgivningsrätt

I artikel 5.1 datorprogramdirektivet finns ett viktigt undantag till de av direktivet givna rättigheterna:

I avsaknad av särskilda avtalsbestämmelser ska de i artikel 4.1 a och b angivna åtgärderna inte kräva rättsinnehavarens tillstånd, om de krävs för att den som lagligen förvärvat datorprogrammet ska kunna använda programmet i överensstämmelse med dess avsedda ändamål. Detta gäller även rättelse av fel.

Enligt artikeln har en *laglig förvärvare* rätt att utföra handlingarna som beskrivs i artikel 4.1 a och b, dvs. återgivningar och förändringar av ett datorprogram, om det är nödvändigt för att kunna använda programmet i *överensstämmelse med dess avsedda ändamål*. Dessa handlingar kräver i andra fall rättsinnehavarens tillåtelse, då de utgör en del av dennes ensamrätt. Artikeln kompletteras med skäl 13 i direktivet, vilken fastslår att ”handlingar som laddning, körning och rättelse, som är nödvändiga vid användningen av ett program som är lagligen förvärvat, inte får förbjudas genom avtal.”

I kommissionens rapport om datorprogramdirektivet anfördes att med ”laglig användare” ska avses ”en köpare, licensinnehavare, uthyrare, eller person som har rätt att använda programmet för dennes räkning.”<sup>94</sup> Detta har bekräftats av praxis, med ett tillägg. Begreppet omfattar också en andra förvärvare av en kopia, för vilken rättsinnehavarens spridningsrätt har konsumerats, samt alla efterföljande förvärvare av kopian.<sup>95</sup>

En återgivning måste i grund och botten ske vid varje användning av ett datorprogram.<sup>96</sup> Då artikel 5.1 ger en laglig förvärvare rätt till sådana återgivningar som är nödvändiga för att kunna använda programmet, har regeln kallats för ett komplement till konsumtionsprincipen. Eftersom endast spridningsrätten konsumeras enligt artikel 4.2, skulle en förvärvare utan regeln i artikel 5.1 fortfarande ha behövt rättsinnehavarens tillåtelse vid *varenda* körning eller laddning av det förvärvade programmet. Inte nog med detta; samtliga efterföljande förvärvare skulle haft rätt att införskaffa kopian på grund av

<sup>93</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 42; för mer utförlig redogörelse, se nedan avsnitt 4.4.

<sup>94</sup> Rapport om datorprogramdirektivet, s. 12.

<sup>95</sup> Janssens i Stamatoudi & Torremans (red.) (2014), s. 126; Bently i Dreier & Hugenholtz (red.) (2006), s. 227; Blocher & Walter i Walter & von Lewinski (red.) (2010), s. 147 f; mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 80-81.

<sup>96</sup> Nicholson i *SCRIPTed* 2013, s. 395.

konsumtionsprincipen, samtidigt som de saknat rätt att använda denna på grund av rättsinnehavarens bibehållna återgivningsrätt.<sup>97</sup>

Möjligtvis kan i sammanhanget en parallell dras till det varumärkesrättsliga avgörandet *Dior*.<sup>98</sup> Häri konstaterade EU-domstolen att den varumärkesrättsliga konsumtionsprincipen omfattar såväl rätten att vidare sälja varor med sina varumärken på, som en rätt att uppvisa varumärket vid marknadsföring. På frågan om eventuellt upphovsrättsligt skydd för varorna ändrar svaret, gav domstolen följande svar:

[U]nder sådana omständigheter som de som är aktuella i målet vid den nationella domstolen kan det skydd som upphovsrätten ger i fråga om återförsäljares återgivning av de skyddade verken i sin reklam i alla fall inte vara mer vidsträckt än det skydd som innehavaren av ett varumärke har under samma förutsättningar.<sup>99</sup>

Således har EU-domstolen erkänt att en rätt till återgivning kan tillkomma förvärvaren av ett exemplar av ett verk för vilket spridningsrätten har konsumerats. I det här fallet rörde det sig om en rätt till återgivning vid marknadsföringssyftet, men det är inte uteslutet att det kan gälla i andra fall. Domen ger stöd för åsikten att en återgivningsrätt kan inträda i samband med att konsumtionsprincipen utlöses i andra fall än i artikel 5.1 datorprogramdirektivet.<sup>100</sup>

### 3.3 WCT

WIPO är ett FN-organ vars uppgift är att styra utvecklingen av ett balanserat och effektivt internationellt immaterialrättsystem, som främjar utveckling och kreativitet till allas förtjänst.<sup>101</sup> Organet administrerar ett upphovsrättsfördrag, WCT. Fördraget, som är ett särskilt avtal inom ramen för Bernkonventionen (som också administreras av WIPO), behandlar skyddet av upphovsrättslig egendom i den digitala tidsåldern.<sup>102</sup> Fördraget är av relevans för EU-rätten, inte minst eftersom EU är en kontrakterande part.<sup>103</sup>

---

<sup>97</sup> Janssens i Stamatoudi & Torremans (red.) (2014), s. 126; Blocher & Walter i Walter & von Lewinski (red.) (2010), s. 145 f, 149; se även den nationella domstolens resonemang i mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 30: ”Ett nyttjande av ett datorprogram förutsätter nämligen i allmänhet [...] en återgivning av programmet. Syftet med artikel 5.1 i direktiv 2009/24 är följaktligen att garantera konsumtion av spridningsrätten enligt artikel 4.2 i direktiv 2009/24.”

<sup>98</sup> C-337/95, *Dior*.

<sup>99</sup> C-337/95, *Dior*, p. 58.

<sup>100</sup> Se Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 473 ff. De menar att konsumtionsprincipen är att se som ”en [...] ’retsteknisk lösningsmodell’ [...], hvis indhold ikke kan fastlægges meget skarpt, men afhænger af en konsekvensanalyse af de konkrete omstændigheder”.

<sup>101</sup> Se WIPO:s hemsida, rubriken ”Inside WIPO”: <http://www.wipo.int/about-wipo/en/>

<sup>102</sup> Jfr artikel 1 WCT och artikel 20 Bernkonventionen; se även WIPO:s hemsida, rubriken ”Summary of the WIPO Copyright Treaty (WCT) (1996)”: [http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/summary\\_wct.html](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/summary_wct.html)

<sup>103</sup> Se lista över kontrakterande parter här: [http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty\\_id=16](http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=16)

Enligt artikel 4 WCT åtnjuter datorprogram upphovsrättsligt skydd som litterära verk i den mening som avses i artikel 2 Bernkonventionen. Den här formuleringen återfinns i datorprogramdirektivet, artikel 1.1. Bestämmelsen utvecklas i det förtydligande dokumentet *Agreed statements concerning the WCT*. Det framgår där att omfattningen av skyddet för datorprogram i artikel 4 läst tillsammans med artikel 2 WCT, är dels förenligt med Bernkonventionen, dels likställt skyddet för datorprogram enligt TRIPs-avtalet.<sup>104</sup> Detta medför två konsekvenser: i) för att ett datorprogram ska åtnjuta upphovsrättskydd, måste det enligt artikel 2 WCT existera som en uttrycksform i motsats till idéer, förfaranden, tillvägagångssätt eller matematiska begrepp som sådana,<sup>105</sup> och ii) källkod och objektкод utgör skyddade uttrycksformer enligt artikel 10.1 TRIPs-avtalet.

Ledendal uppmärksammar att stadgandet i *Agreed statements* är den enda kopplingen mellan WCT och TRIPs-avtalet, då WCT endast är anhängig Bernkonventionen.<sup>106</sup> Detta innebär dock inte att TRIPs-avtalet inte har någon självständig betydelse för EU-rätten – EU självt är fördragsslutande part till TRIPs-avtalet.<sup>107</sup>

I artikel 6.1 WCT återfinns en exklusiv rätt för uphovsmän att sprida eller ge tillstånd att sprida original eller kopior av sina verk till allmänheten, genom försäljning eller annan äganderättsövergång. Artikel 6.2 tillåter dock de kontrakterande parterna att inskränka den här rätten till förmån för konsumtionsprincipen. Vidare, i *Agreed Statements* nämns att begreppet ”original och kopior” i artikel 6 endast avser fysiska exemplar.<sup>108</sup> Artikel 8 WCT innehåller en rätt till trådbunden såväl som trådlös överföring till allmänheten. Rätten inbegriper även överföringar då mottagaren själv kan välja tid och plats för verkets åtnjutande. Denna rätt anses omfatta *digitala överföringar*.<sup>109</sup> Det ovan anförda har bidragit till den utbredda åsikten att konsumtion aldrig sker vid digitala överföringar av upphovsrättsligt skyddad egendom.<sup>110</sup> Åsikten måste dock revideras efter *UsedSoft*, i vart fall vad gäller konsumtion inom EU-rätten.<sup>111</sup>

---

<sup>104</sup> *Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty*, återfinns här: [http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file\\_id=295456](http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295456)

<sup>105</sup> Jfr härom artikel 1.2 datorprogramdirektivet, där denna formulering återfinns. Artikeln redogörs för ovan avsnitt 3.2.2.

<sup>106</sup> Ledendal (2010), s. 127 f; jfr artikel 1.1 andra meningen WCT: ”This Treaty shall not have any connection with treaties other than the Berne Convention, nor shall it prejudice any rights and obligations under any other treaties.”

<sup>107</sup> Se WIPO:s lista över fördragsslutande parter till TRIPs-avtalet:

[http://www.wipo.int/wipolex/en/other\\_treaties/parties.jsp?treaty\\_id=231&group\\_id=22](http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/parties.jsp?treaty_id=231&group_id=22)

<sup>108</sup> Ur *Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty*; ”Concerning Articles 6 and 7: As used in these Articles, the expressions ‘copies’ and ‘original and copies’, being subject to the right of distribution and the right of rental under the said Articles, refer exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects.”

<sup>109</sup> Se t.ex. Linklater (2013), s. 6 f; jfr rapport om datorprogramdirektivet, s. 17.

<sup>110</sup> Se t.ex. Janssens i Stamatoudi & Torremans (red.) (2014), s. 119; Günther i *NIR* 2014, s. 205 ff; Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 458, 476.

<sup>111</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 72; för redogörelse, se nedan avsnitt 4.4.

## 3.4 Sammanfattning

I kapitlet har konsumtionsprincipen så som den kodifierats i EU-rätten redovisats. Om InfoSoc-direktivet, *lex generalis* för upphovsrätten, kan sägas att utformningen av dess konsumtionsprincip har präglats av vad som fastslagits i *Coditel*-målen.<sup>112</sup> Principen förutsattes endast vara tillämplig på *fysiska överlåtelser*, då elektroniska eller på annat vis icke-fysiska överlåtelser skulle vara att anse som *tjänster*. Sådana tjänster ansågs falla in under rätten till överföring till allmänheten, vars utövande enligt artikel 3.3 aldrig blir föremål för konsumtion. Den här åsikten får stöd även av WCT (som InfoSoc-direktivet har i uppgift att genomföra). Av dess tillhörande dokument Agreed statements framgår att spridningsrätten, och därmed dess konsumtion, endast gäller för fysiska exemplar.

Datorprogramdirektivet utgör *lex specialis* för upphovsrätten, och ger skydd för ”datorprogram” samt ”förberedande designmaterial”. Exakt vad dessa begrepp omfattar definieras inte närmare i direktivet. Detta var ett medvetet val från unionslagstiftarens sida för att inte riskera att direktivet skulle bli obsolet på grund av den teknologiska utvecklingen. Svaret får sökas i praxis, och en genomgång av relevant sådan sker i nästföljande avsnitt. Klart är emellertid att datorprogram i digital form omfattas av konsumtionsprincipen, förutsatt att kraven på ”första försäljning” i artikel 4.2 uppfylls.<sup>113</sup> Datorprogramdirektivet innehåller också en rätt till återgivning för en laglig förvärvare av ett datorprogram i artikel 5.1. Regeln motiveras med att återgivningar av datorprogram är nödvändiga för att överhuvudtaget kunna använda programmet.<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> Se ovan avsnitt 2.4 för redogörelse av målen.

<sup>113</sup> Se mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 48; se nedan avsnitt 4.4 för detaljerad behandling av målet.

<sup>114</sup> Märkas bör att InfoSoc-direktivet inte innehåller en direkt motsvarande rätt. Nedan avsnitt 5.4 diskuteras vilka konsekvenser detta har för möjligheten för konsumtion av spridningsrätten till digitala verk enligt detta direktiv.



# 4 Praxis om direktivens omfattning före UsedSoft

## 4.1 Infopaq-målen

I *Infopaq I*<sup>115</sup> uttalade sig EU-domstolen om kraven för att erhålla upphovsrättsskydd i allmänhet, men också vad som gäller för delar av verk. I målet var fråga om ett mediebevakningsbolags sammanställning av utdrag av tidningsartiklar från flera olika tidningar och tidskrifter, för utskick till prenumererande kunder, krävde samtycke från artiklarnas upphovsrättsinnehavare. Här konstaterade EU-domstolen att inget i InfoSoc-direktivet eller andra tillämpliga direktiv tyder på att delar av ett verk ska bedömas annorlunda än hela verk. ”Verk” ska enligt domstolen, med hänvisning till Bernkonventionen och tidigare upphovsrättsdirektiv, för InfoSoc-direktivets tillämpning utgöra alster som är originella på så sätt att de utgör *upphovsmannens egen intellektuella skapelse*. Delar av verk omfattas alltså av upphovsrättsskydd om de *i sig* bidrar till originaliteten hos verket *i sin helhet*.<sup>116</sup>

Applicerat på tidningsartiklar, omfattas inte deras ord i sig av upphovsrätten. Avgörande är istället valet, dispositionen och kombinationen av orden, för det är genom detta som artikeln kan uppvisa upphovsmannens kreativitet och originalitet. Detta kan vara sant även på ett utdrag på så lite som elva ord (längden på utdragen som hade skett i målet), förutsatt att de faktiskt ger uttryck för upphovsmannens egen intellektuella skapelse.<sup>117</sup>

I *Infopaq I* diskuterar EU-domstolen också undantaget från upphovsrätt i artikel 5.1 InfoSoc-direktivet, angående tillfälliga mångfaldiganden av upphovsrättsligt skyddad egendom. Ett mångfaldigande kräver inte upphovsrättsinnehavarens tillåtelse om artikelns fem enligt EU-domstolen kumulativa rekvisit är uppfyllda.<sup>118</sup> Undantaget, liksom alla undantag från upphovsrätt, ska tolkas restriktivt.<sup>119</sup> Ett av de fem rekvisiten är ett krav på att mångfaldigandet ska vara flyktigt, eller utgöra ett inkluderande av underordnad betydelse.<sup>120</sup> För att detta krav ska kunna uppfyllas, konstaterades att det tillfälliga mångfaldigandet måste syfta till att möjliggöra en teknisk process som mångfaldigandet ska utgöra en integrerad del av. Mångfaldigandet får inte heller gå utöver vad som är nödvändigt för att den tekniska processen ska fungera väl.

---

<sup>115</sup> Mål C-5/08, *Infopaq I*.

<sup>116</sup> Mål C-5/08, *Infopaq I*, p. 33-39.

<sup>117</sup> Mål C-5/08, *Infopaq I*, p. 45-51.

<sup>118</sup> Mål C-5/08, *Infopaq I*, p. 54-55.

<sup>119</sup> Mål C-5/08, *Infopaq I*, p. 56-57; Stokes (2014), s. 59.

<sup>120</sup> Jfr artikel 5.1 InfoSoc-direktivet och p. 54 i *Infopaq I*. De övriga fyra kraven är följande: i) mångfaldigandet ska vara flyktigt eller utgöra ett inkluderande av underordnad betydelse, ii) mångfaldigandet ska utgöra en integrerad och väsentlig del i en teknisk process, iii) det enda syftet med denna process ska vara att möjliggöra en överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand eller en laglig användning av ett verk eller annat alster, och iv) mångfaldigandet ska inte ha någon självständig ekonomisk betydelse.

Dessutom måste mångfaldigandeformen raderas automatiskt som en del av processen, utan mänskligt ingripande, då den inte längre fyller någon funktion.<sup>121</sup> Artikelutdragen i målet hade skrivits ut på papper i sitt slutskede, varför deras förstörande inte kunde ske automatiskt utan mänskligt ingripande, och var därför inget tillåtet mångfaldigande enligt artikel 5.1.<sup>122</sup>

I det uppföljande målet *Infopaq II*<sup>123</sup> uttalade sig domstolen om kravet att det tillfälliga mångfaldigandet inte får ha någon självständig ekonomisk betydelse. För det första, får inte genomförandet av mångfaldigandet leda till ytterligare ekonomisk nytta än vad som följer av den lagliga användningen av verket. För det andra får inte det tillfälliga mångfaldigandet leda till att verket förändras.<sup>124</sup>

## 4.2 Bezpečnostní softwarová asociace

I *Bezpečnostní softwarová asociace*<sup>125</sup> gjordes flera konstateranden. Med hänvisning till artikel 10.1 TRIPs-avtalet, konstaterar EU-domstolen i målet att *källkod och objektкод utgör uttrycksformer av datorprogram*, och omfattas således av datorprogramdirektivet.<sup>126</sup> Skyddsobjektet för direktivet är enligt domstolen dels ”ett datorprograms alla uttrycksformer som möjliggör att det kan mångfaldigas i olika datorspråk, såsom källkod och objektкод”,<sup>127</sup> dels ”förberedande designarbete som kan resultera i antingen att ett program mångfaldigas eller att ett sådant program skapas i ett senare skede”.<sup>128</sup> Annorlunda uttryckt, åtnjuts skydd enligt datorprogramdirektivet för uttrycksformer som *möjliggör för en dator att fullgöra sin funktion*.<sup>129</sup> Med detta i åtanke ansågs ett datorprograms grafiska användargränssnitt inte åtnjuta upphovsrättsskydd enligt datorprogramsdirektivet. Grafiska gränssnitt möjliggör inte mångfaldigande av programmet. Av skälen 10 och 11 i direktivet framgår att de endast är att anse som en del av datorprogrammet med vars hjälp användare utnyttjar programmets funktioner.<sup>130</sup>

Upphovsrättsskydd för grafiska användargränssnitt är emellertid inte uteslutet; istället kan det uppnås enligt InfoSoc-direktivet om gränssnittet utgör upphovsmannens egna intellektuella skapelse. Om gränssnittet endast kännetecknas av sin tekniska funktion uppfylls dock inte kravet, då det inte finns

---

<sup>121</sup> Mål C-5/08, *Infopaq I*, p. 61-64.

<sup>122</sup> Mål C-5/08, *Infopaq I*, p. 74.

<sup>123</sup> Mål C-302/10, *Infopaq II*.

<sup>124</sup> Mål C-302/10, *Infopaq II*, p. 47-54.

<sup>125</sup> Mål C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace*

<sup>126</sup> Mål C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace*, p. 32-34.

<sup>127</sup> Mål C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace*, p. 35.

<sup>128</sup> Mål C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace*, p. 37.

<sup>129</sup> Mål C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace*, p. 38; se ovan avsnitt 3.2.2 för definition av objektкод.

<sup>130</sup> Mål C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace*, p. 39-42; se ovan avsnitt 3.2.2 för definition av grafiskt användargränssnitt.

någon möjlighet för upphovsmannen att uttrycka sin skaparanda på ett originellt sätt.<sup>131</sup>

## 4.3 SAS Institute

I *SAS Institute*<sup>132</sup> vidareutvecklade EU-domstolen principerna från *Bezpečnostní softwarová asociace*. Ett datorprogramms funktion eller det programspråk och det filformat som används i ett datorprogram för att utnyttja vissa av programmets funktioner, ansågs liksom grafiska gränssnitt endast utgöra en del av programmet. Som sådant är det inte en uttrycksform för datorprogrammet, och därmed inte skyddat av datorprogramdirektivet. Anledningen till detta är att om ett datorprogramms funktion i sig hade kunnat få upphovsrättsligt skydd, skulle det innebära en möjlighet att monopolisera idéer. Det här skulle i sin tur påverka den industriella och tekniska utvecklingen negativt.<sup>133</sup> Filformat kan dock, liksom grafiska användargränssnitt, vara upphovsrättsligt skyddade enligt InfoSoc-direktivet.<sup>134</sup>

Vidare tycks EU-domstolen i *SAS Institute* bekräfta kommissionens uttalande att användarhandledningar inte kan skyddas som del av ett datorprogram.<sup>135</sup> Domstolen konstaterar att de olika delarna av en användarhandledning är av en sådan natur att de inte i sig kan anses vara en intellektuell skapelse.<sup>136</sup> Med hänvisning till resonemanget i *Infopaq I* är det istället ”valet, dispositionen eller kombinationen” av delarna som avgör om handledningen utgör en intellektuell skapelse, och därmed erhåller upphovsrättskydd.<sup>137</sup> Domen bör i det här avseendet analogitolkningsvis kunna utsträckas till annat instruktionsmaterial för datorprogram, som installationsinstruktioner och onlinehjälpexter.<sup>138</sup>

Slutsatsen som kan dras från *Bezpečnostní softwarová asociace* och *SAS Institute* är att skyddet för datorprogram är snävt. Som ”datorprogram” enligt datorprogramdirektivet räknas endast den litterära gestaltningen av datorprogrammets kod (käll- och objektкод). Det är koden som möjliggör för en dator att fullgöra sin funktion. Förberedande designmaterial skyddas om det leder till mångfaldigandet eller det senare skapandet av ett datorprogram. Annorlunda uttryckt, är det material som används för utformningen av program-

---

<sup>131</sup> Mål C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace*, p. 44-50; jfr också mål C-5/08, *Infopaq I*.

<sup>132</sup> Mål C-406/10, *SAS Institute*.

<sup>133</sup> Mål C-406/10, *SAS Institute*, p. 35-40.

<sup>134</sup> Mål C-406/10, *SAS Institute*, p. 45.

<sup>135</sup> Se ovan, avsnitt 3.2.2.

<sup>136</sup> Mål C-406/10, *SAS Institute*, p. 66: ”Nyckelorden, syntaxen, kommandona och kombinationerna av kommandon, alternativen, standardvärdena liksom upprepningarna utgörs i förevarande fall av ord, siffror eller matematiska begrepp [dvs. olika delar av handledningen, förf. anm.] som när de betraktas separat inte i sig utgör en intellektuell skapelse från programmets upphovsmans sida.”

<sup>137</sup> Mål C-406/10, *SAS Institute*, p. 67

<sup>138</sup> Blocher & Walter i Walter & von Lewinski (red.) (2010), s. 102; Janssens i Stamatoudi & Torremans (red.) (2014), s. 97.

mets strukturer. Sådana delar av datorprogrammet som inte bidrar till mångfaldigande eller en dators utförande av sin funktion, erhåller inte skydd enligt datorprogramdirektivet. Istället kan skydd erhållas enligt InfoSoc-direktivet. Då krävs emellertid att verket utgör upphovsmannens egen intellektuella skapelse, per kriterierna från *Infopaq I*. En annorlunda bedömning med vilken datorprogrammets funktioner som sådana erhöll skydd skulle, som EU-domstolen påpekade i *SAS Institute*, leda till en hämmad konkurrens på marknaden.<sup>139</sup>

## 4.4 UsedSoft: En digital konsumtionsprincip

I det här avsnittet behandlas EU-domstolens mål *UsedSoft*,<sup>140</sup> Domen medgav för första gången att konsumtionsprincipen kan vara tillämplig även på digital egendom. Då målet är av stor betydelse för denna framställning, kommer det att redogöras för i detalj.

### 4.4.1 Saken och den nationella domstolens tolkningsfrågor till EU-domstolen<sup>141</sup>

Målets kärandepart var Oracle, som tillverkar och saluför datorprogram, vilka det också innehar upphovsrätten för. Den absoluta majoriteten av Oracles datorprogram är så kallade Client-Server-Software, som säljs genom nedladdning från Oracles hemsida. Nyttjanderätten till programmen överläts genom ett licensavtal. Licensen omfattar en rätt att spara en kopia av programmet på en server och ge upp till 25 användare tillgång till programmet genom att ladda upp det på deras arbetsstationsdatorers internminnen. Önskas tillgång till programmet för fler än 25 användare, krävs alltså fler än en licens. Genom ett separat serviceavtal erhålls också rätten att, från Oracles hemsida, ladda ned kontinuerliga uppdateringar av programmet och program som avhjälpel fel.

Vid tiden för målet, stod i Oracles licensavtal bl.a. följande:

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.<sup>142</sup>

Målets svarandepart UsedSoft bedrev andrahandshandel<sup>143</sup> av användarlicenser till datorprogram, däribland Oracles programvara. UsedSoft köpte licenserna från Oracles kunder, antingen i sin helhet eller till de delar som kunderna inte hade användning för (dvs. då hela gruppen om 25 användare inte uppnåddes). De i målet aktuella licenserna till Oracles datorprogram såldes

<sup>139</sup> Jfr Wolk i *NIR* 2011, s. 295 ff; Gervais & Derclaye i *EIPR* 2012, s. 572.

<sup>140</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*.

<sup>141</sup> Det här avsnittet baserar sig på mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 20-34.

<sup>142</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 23

<sup>143</sup> Se ovan avsnitt 1.4 för definition av andrahandshandel.

uppdaterade, då serviceavtalet som ingåtts med den ursprungliga licenstagaren ännu inte hade löpt ut.

Oracle väckte talan i tysk domstol med yrkande om att UsedSoft skulle upphöra med denna verksamhet, och målet nådde till slut Bundesgerichtshof.<sup>144</sup> Denna beslutade sig för att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen och skickade tre tolkningsfrågor. Den första frågan handlade om den som kan åberopa konsumtion också anses vara ”den som lagligen förvärvat” enligt artikel 5.1 datorprogramdirektivet. Den andra frågan var huruvida nedladdning av ett datorprogram från internet, med rättsinnehavarens samtycke, föranleder konsumtion enligt artikel 4.2 datorprogramdirektivet. Med den tredje frågan sökte domstolen få klarhet i huruvida en andrahandsförvärvare av ett datorprogram är beroende av att den förste förvärvaren raderat eller inte längre använder sin nedladdade kopia.

#### 4.4.2 Stöder artikel 4.2 datorprogramdirektivet digital konsumtion?<sup>145</sup>

Det första som EU-domstolen tog ställning till var huruvida det avtalsrättsliga förhållandet mellan rättsinnehavaren och kunden till det nedladdade datorprogrammet kan anses utgöra ”den första försäljningen” enligt artikel 4.2 datorprogramdirektivet. Domstolen konstaterade inledningsvis att begreppet ”försäljning” ska ges en självständig unionsrättslig innebörd. Med hänvisning till en vedertagen definition bestäms begreppet som ”ett avtal genom vilket en person, mot vederlag, till en annan person överför sin äganderätt till materiell eller immateriell egendom som tillhör vederbörande.”<sup>146</sup> Av detta följer att konsumtion av spridningsrätt inträffar då *äganderätten* av kopian har överförts.

Vidare konstaterades att nedladdningen av en kopia av ett datorprogram och ingåendet av ett nyttjanderättsavtal rörande kopian utgör en *odelbar enhet*; utan nyttjanderätten blir nedladdningen meningslös, och vice versa. I målet var det fråga om en i tiden obegränsad nyttjanderätt som erhöles i utbyte mot en rimlig ersättning. Domstolen menade att detta utgjorde en övergång av äganderätten, vilket innebar att *kriterierna för ”första försäljning” hade uppfyllts*. Det är i sammanhanget utan betydelse om datorprogrammet levereras på ett fysiskt lagringsmedium eller erbjuds för nedladdning. Likaså är det irrelevant vilken beteckning avtalet har; har kriterierna för försäljning uppfyllts, ska transaktionen klassificeras därefter.

Oracle och kommissionen argumenterade för att tillgängliggörandet online av ett datorprogram skulle vara att anse som en överföring till allmänheten enligt artikel 3.1 InfoSoc-direktivet. Som sådant skulle det inte omfattas av konsumtion enligt artikel 3.3 samma direktiv. EU-domstolen anförde som svar

---

<sup>144</sup> Tysklands högsta domstol för civil- och brottmål.

<sup>145</sup> Det här avsnittet baseras på mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 35-72.

<sup>146</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 42.

att datorprogramdirektivet är *lex specialis* i förhållande till InfoSoc-direktivet.<sup>147</sup> Datorprogramdirektivet skiljer inte på spridning av verk i digital respektive fysisk form, varför konsumtion inträffar enligt artikel 4.2 direktivet. Även om InfoSoc-direktivet skulle vara tillämpligt ansåg domstolen ändå att en överföring till allmänheten (artikel 3.1 InfoSoc-direktivet) omvandlas till en spridning (artikel 4.1 InfoSoc-direktivet) då en äganderättsövergång sker.<sup>148</sup> Så länge som kriterierna för en ”första försäljning” uppfylls, kan alltså konsumtion likväl inträffa.

EU-domstolen konstaterade att det följer av praxis att begreppen i InfoSoc-direktivet och datorprogramdirektivet i princip ska ha samma betydelse.<sup>149</sup> Även om det går att argumentera för att InfoSoc-direktivets konsumtionsprincip inte omfattar digitala verk, har detta inte någon betydelse för tolkningen av datorprogramdirektivet. Datorprogramdirektivet utgör *lex specialis* och av ovan framgår att unionslagstiftarens avsikt, inom ramen för detta direktiv, varit att likställa digitala och fysiska exemplar. Dessutom fastslås att försäljningar av datorprogram i fysisk respektive digital form är ekonomiskt och funktionellt jämförbara. Därav bekräftar även likabehandlingsprincipen att fysiska såväl som digitala kopior av datorprogram måste omfattas av konsumtionsprincipen i artikel 4.2 datorprogramdirektivet.

Kommissionen hade i frågan anfört att unionsrätten inte föreskriver konsumtion av tjänster.<sup>150</sup> Som svar påminde EU-domstolen om syftet med konsumtionsprincipen. Principen uppkom för att begränsa restriktioner för verkens spridning på marknaden till vad som är nödvändigt för att skydda det specifika föremålet för immaterialrätten. Hade konsumtionsprincipen begränsats till endast fysiska exemplar av datorprogram, skulle rättsinnehavaren till ett digitalt verk även efter överlåtelse kunnat ha utövat kontroll över verkets spridning. Dessutom skulle rättsinnehavaren också vid varje vidareförsäljning kunna begära ut ny ersättning – trots att denne redan blivit ersatt för kopians värde vid första försäljningen. En sådan rätt skulle ha gått utöver vad som är nödvändigt för att skydda det specifika föremålet.<sup>151</sup>

---

<sup>147</sup> Jfr artikel 1.2 och skäl 20 i InfoSoc-direktivet; se ovan avsnitt 3.1.1.

<sup>148</sup> Domstolen gör detta med hänvisning till artikel 6.1 WTC, vars bestämmelser InfoSoc-direktivet har som uppgift att genomföra (se ovan avsnitt 3.1.1).

<sup>149</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 60; förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League*, p. 187-188, där domstolen påpekar att ”[u]nder dessa förhållanden [dvs. att enligt skäl 20 till InfoSoc-direktivet ska direktivet bygga på principer från tidigare immaterialrättsliga direktiv], och med beaktande av de krav som följer av att unionens rättsordning ska vara enhetlig och konsekvent, måste begreppen som används i samtliga dessa direktiv ha samma betydelse, såvida unionslagstiftaren inte i ett specifikt lagstiftningsssammanhang har uttryckt en annan åsikt.”

<sup>150</sup> För redogörelse, se ovan avsnitt 2.4 och 3.1.2.

<sup>151</sup> C-128/11, *UsedSoft*, p. 62-63; jfr förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League m.fl.*, p. 106: ”Domstolen erinrar i detta sammanhang om att undantag från principen om fri rörlighet endast medges om de är motiverade för att skydda de rättigheter som utgör det särskilda föremålet för den aktuella immateriella rättigheten.”; se även ovan kapitel 2 för redogörelse för avvägningen mellan den fria rörligheten och skyddet av immateriella rättigheter.

Vidare, beslutade domstolen att serviceavtal som är avskilda från försäljningen av datorprogramkopier, såsom supportavtal, omfattas inte av konsumtionsprincipen. Ett serviceavtal genom vilket datorprogrammet uppdateras och repareras, utgör däremot en integrerad del av kopier. Under dessa omständigheter sker konsumtion av spridningsrätten till en kopia, så som den blivit uppdaterad och korrigerad av rättsinnehavaren.

För att konsumtion ska kunna inträffa, måste enligt EU-domstolen den av rättsinnehavaren förvärvade licensen överlåtas i sin helhet. Den förste förvärvaren kan inte splittra en licens avseende flera nyttjanderätter, för att sälja vidare de nyttjanderätter denne inte har användning av. En överlåtare måste nämligen göra sin egen kopia obrukbar i samband med överlåtelse, för att inte göra intrång i rättsinnehavarens rätt till återgivning.

### **4.4.3 Vem utgör laglig förvärvare enligt artikel 5.1 datorprogramdirektivet?<sup>152</sup>**

Det följer av slutsatsen i det föregående avsnittet att en rättsinnehavare inte kan hindra vidareförsäljning av en digital kopia, då konsumtion av spridningsrätten har inträffat. Avtalsbestämmelser som säger det motsatta är således utan verkan. Följaktligen konstaterar domstolen att varje efterföljande förvärvare av en kopia måste anses utgöra ”den som lagligen förvärvat datorprogrammet” enligt artikel 5.1 datorprogramdirektivet. Resultatet blir att denne får ladda ned en kopia från rättsinnehavarens webbplats, i egenskap av en återgivning som krävs för att använda programmet i överensstämmelse med dess avsedda ändamål.<sup>153</sup>

EU-domstolen medger att det kan vara svårt för en rättsinnehavare att en kopia görs obrukbar i samband med överlåtelsen. Påståendet att detta borde medföra att endast den förste förvärvaren ska betraktas som laglig förvärvare inom ramen för artikel 5.1 förkastas dock av domstolen. En sådan tolkning skulle i praktiken medföra att konsumtionsprincipen helt förlorar sin ändamålsenliga verkan. Rättsinnehavare skulle då kunna åberopa sin ensamrätt till återgivning för att hindra efterföljande förvärvare att använda programmen. Istället får rättsinnehavare använda sig av med alla till buds stående tekniska skyddsmetoder, som produktionsnycklar, för att försäkra sig om att en överlåten kopia görs obrukbar.

---

<sup>152</sup> Det här avsnittet baseras på mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 73-78.

<sup>153</sup> Jfr ovan, avsnitt 3.2.4.

# 5 Reaktionen på rättsläget

## 5.1 Inledning

Före EU-domstolens beslut i *UsedSoft* rådde en övergripande konsensus att alla överföringar av upphovsrättsskyddat material online skulle vara att anse som tjänster, för vilka konsumtion aldrig är för handen.<sup>154</sup> Av denna anledning är det kanske inte konstigt att reaktionerna på denna både banbrytande och kontroversiella dom inte lät vänta på sig. I det här kapitlet redovisas åsikter om och tolkningar av domens innebörd från doktrinen. Utöver detta, tas principer från viktiga senare meddelade rättsfall upp.

Kapitlet är strukturerat på följande vis. Först redogörs för åsikter i doktrinen om EU-domstolens tolkning av de rättskällor som var relevanta för avgörandet i *UsedSoft*. Såväl positivt som negativt inställda författare presenteras här. Därefter redovisas argument för respektive mot att principerna från domen skulle gå att utsträcka till andra verk än datorprogram i digital form, följt av ett avsnitt om åsikter om vad InfoSoc-direktivets avsaknad av en återgivningsrätt för förvärvare innebär i sammanhanget. Efter att rättsläget klarlagts i dessa tre, inledande avsnitt, redogörs sedan särskilt för det rättsliga skyddet för datorprogram inom ramen för uppsatsämnet: denna redogörelse ligger till grund för analysens svar på frågan om datorspel i digital form kan bli föremål för konsumtion av spridningsrätten.

De två avslutande kapitlen behandlar därefter de konsekvenser som *UsedSoft* har för marknaden. Avsnitt 5.6 presenterar åsikter om vilka åtgärder som rättsinnehavare kommer vidta för att undvika att omfattas av domens principer, och hur dessa åtgärder påverkar konsumenterna. Avsnitt 5.7 behandlar slutligen hur det avtalsrättsliga läget för de inblandade parterna förändras vid sådan överlåtelse av mjukvarulicenser, som det var fråga om i *UsedSoft*.

## 5.2 Domstolens tolkning av gällande rätt i *UsedSoft*

Fram till *UsedSoft*, har den traditionella uppfattningen av det upphovsrättsliga begreppet ”spridning” inneburit att vikt ska läggas vid karaktären hos prestationen som transaktionen avser.<sup>155</sup> I *UsedSoft* överger EU-domstolen denna uppfattning till förmån för tolkning med fokus på transaktionens ekonomiska konsekvenser. Det avgörande ska istället vara att rättsinnehavaren blir skäligen ersatt, och att en överlåtelse sker. Riis m.fl. talar här om ett paradigmskifte, i vilket spridningsrätten utvidgas på bekostnad av rätten till överföring

---

<sup>154</sup> Se ovan avsnitt 2.4 för den rättsliga grunden varför konsumtion inte sker vid tjänster; se även ovan avsnitt 3.1.2 för redogörelse om åsikten att överföringar online är att anse som tjänster.

<sup>155</sup> Se ovan avsnitt 2.4 och 3.2.3 för redogörelse för uppfattningen att behandlingen mellan upphovsrättsskyddade tjänster respektive varor ska åtskiljas.



till allmänheten.<sup>156</sup> Torremans menar att domen tyder på att i den digitala tidsåldern är upphovsrätten inte längre den dominerande faktorn – den har fått ge vika för konkurrensrätt och fördragens bestämmelser om fri rörlighet.<sup>157</sup>

Det tycks emellertid finnas en konsensus i doktrinen att EU-domstolen tänjer på gränserna och går utanför rättens tillämpningsområde i sin tolkning av den rättsliga grunden i *UsedSoft*.<sup>158</sup> Av WCT, som InfoSoc-direktivet har till uppgift att implementera, framgår mycket tydligt att spridningsrätten och konsumtionsprincipen endast avser fysiska exemplar.<sup>159</sup> Det går vidare att argumentera för att unionslagstiftaren har haft samma syfte med både InfoSoc-direktivet<sup>160</sup> och datorprogramdirektivet<sup>161</sup>.

Ett exempel på detta är EU-domstolens resonemang att om datorprogramdirektivet omfattar alla former av datorprogram, måste konsumtion enligt artikel 4.2 göra detsamma.<sup>162</sup> Schulze ifrågasätter denna logik, och menar att bara för att direktivet omfattar alla former av program, betyder inte detta nödvändigtvis att alla direktivets regler gör det.<sup>163</sup>

Generaladvokat Bot ansåg dessutom i sitt förslag till avgörande att så som artikel 5.1 datorprogramdirektivet är formulerad, ger den endast en återgivningsrätt för personer som redan har en kopia. Den som inte har en kopia kan därför inte förlita sig på regeln för att ladda ned en kopia för att överhuvudtaget kunna använda programmet. Att omfatta rätten till mångfaldigande i konsumtionsprincipen skulle enligt Bot gå utöver vad unionslagstiftaren avsett. Detta skulle äventyra den EU-rättsliga principen om förutsebarhet i lagstiftningen.<sup>164</sup>

Dessutom, som skäl för att ge andrahandsförvärvare en rätt till återgivning av sitt köpta program, hänvisar EU-domstolen till skäl 13 datorprogramdirektivet.<sup>165</sup> Skälet säger att handlingar ”som är nödvändiga vid användningen av ett program som är lagligen förvärvat, inte får förbjudas genom avtal.” Batchelor och Keohane menar emellertid att skälet i sammanhanget kan vara irrelevant. I målet är det endast den förste förvärvaren som har ingått ett licensavtal vari ett överlåtelseförbud återfinns. En efterföljande förvärvare har inte någon avtalsrelation med leverantören, och således inte vara bunden av licensavtalet. Domstolen förhåller sig vidare inte till den förste förvärvarens eventuella avtalsbrott i sammanhanget.<sup>166</sup>

---

<sup>156</sup> Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 477.

<sup>157</sup> Torremans (2013), s. 1.

<sup>158</sup> Se t.ex. Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 470, 477; Günther i *NIR* 2014, s. 221 f, 226; Schulze i *EIPR* 2014, s. 11, som går så långt som att säga att ”[t]he court ‘purposively’ construed the law to arrive at this outcome.”

<sup>159</sup> Artikel 6.2 WCT och Agreed Statements; se ovan avsnitt 3.1.1 och 3.3.1.

<sup>160</sup> Jfr skäl 28-29 till InfoSoc-direktivet; se ovan avsnitt 3.1.2.

<sup>161</sup> Jfr rapport om datorprogramdirektivet, s. 17, redovisad ovan avsnitt 3.2.3.

<sup>162</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 58.

<sup>163</sup> Schulze i *EIPR* 2014, s. 11.

<sup>164</sup> Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-128/11, p. 98-100.

<sup>165</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 76.

<sup>166</sup> Batchelor & Keohane i *ECLR* 2012, s. 547; se även nedan avsnitt 5.7 för redogörelse om efterföljande förvärvares avtalsrättsliga ställning.

Eftersom ett skäl till direktiv inte utgör bindande rätt, har Batchelor och Keohane svårt att se hur *UsedSoft* i det här avseendet kan komma att åsidosätta nationella avtalsrättsliga regler. Domen rör dock endast upphovsrätt, varför domstolens eventuella åsikter om kontraktsansvar ändå kan anses sakna rättskraft.<sup>167</sup>

Schulze anför vidare att det hade funnits en viss poäng för domstolen att i *UsedSoft* följa Oracles, kommissionens, och de nationella regeringarnas förslag att tolka datorprogramdirektivet i ljuset av det senare InfoSoc-direktivet.<sup>168</sup> Detta hade inneburit att tillgängliggörandet av ett datorprogram för nedladdning skulle ha utgjort en överföring till allmänheten enligt artikel 3 InfoSoc-direktivet. Följden hade blivit att ingen konsumtion är för handen.<sup>169</sup>

Schulze menar vidare att den här tolkningen också skulle ha stämt bättre överens med domstolens egen bedömning om direktivens indelning i *lex specialis/lex generalis*.<sup>170</sup> En fråga för vilken svar inte kunnat ges av datorprogramdirektivet (*lex specialis*) hade kunnat lösas genom att falla tillbaka på InfoSoc-direktivet (*lex generalis*). Detta hade också medfört en enhetlig upphovsrättslagstiftning – datorprogram skulle inom unionen ha behandlats likadant som alla andra typer av verk.<sup>171</sup>

Dessutom menar Riis m.fl. att EU-domstolen tolkar artikel 1.2 och skäl 7 till datorprogramdirektivet felaktigt – domstolen använder bestämmelsen som argument för att konsumtion ska ske vid tillgängliggörande online, fastän avsikten med den snarare varit att skydda käll- och objektкод.<sup>172</sup>

Till skillnad från fysiska exemplar, är en ”begagnad” digital kopia kvalitativt densamma som en ny. Det har därför uppmärksammats att detta kan påverka rättsinnehavarens försäljningsmöjligheter mycket negativt, då incitamenten att köpa en dyrare ny kopia jämfört med en billigare begagnad är få.<sup>173</sup> EU-domstolen ignorerade helt och hållet denna problematik i *UsedSoft*.

Likaså besvarades inte oron att det är svårt att kontrollera att en överlåtare gjort sin kopia obrukbar. Domstolen nöjde sig kort och gott med att konstatera att rättsinnehavare har rätt att tillämpa tekniska skyddsmetoder.<sup>174</sup> Röster har således lyfts, som påstår att EU-domstolen uppmuntrar till upprättandet av en andrahandsmarknad, på bekostnad av upphovsrätten. Samtidigt är det så som Nicholson påpekar, att domstolen måste ha vägt för- och nackdelar mot varandra i sin dom för att komma fram till sitt resultat. I detta resultat kvarblir

---

<sup>167</sup> Batchelor & Keohane i *ECLR* 2012, s. 547.

<sup>168</sup> Schulze i *EIPR* 2014, s. 11; jfr mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 50, 53

<sup>169</sup> Schulze i *EIPR* 2014, s. 11.

<sup>170</sup> Jfr mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 51, 56.

<sup>171</sup> Schulze i *EIPR* 2014, s. 11.

<sup>172</sup> Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 464 f; jfr C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace*, redovisat ovan avsnitt 4.2.

<sup>173</sup> Schulze i *EIPR* 2014, s. 13; Batchelor & Keohane i *ECLR* 2012, s. 545; Nicholson i *SCRIPTed* 2013, s. 399.

<sup>174</sup> Jfr mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 79.

fysiska varor normen för konsumtion, men med en möjlighet till en framtida likabehandling för digitala varor.<sup>175</sup>

Även om EU-domstolen med rätta kan kritiseras för att i domen ha en rättspolitisk agenda och gå utöver sina befogenheter, menar bl.a. Nicholson och Riis m.fl. att den trots allt för upphovsrätten i en rimligare riktning. Att kategoriskt besluta att onlineöverföringar inte under några omständigheter ska föranleda konsumtion är enligt dem inte ändamålsenligt.<sup>176</sup> Lee anser att domstolen gör en rimlig avvägning mellan dels rättsinnehavares intresse av vinstmaximering, dels konsumenters intresse av fri rörlighet för varor som redan placerats på marknaden. Hon menar vidare att domstolen erkänner vikten av att lagen måste anpassa sig efter den teknologiska utvecklingen, framförallt vad gäller distributionsmodeller.<sup>177</sup>

I *UsedSoft* baserar EU-domstolen sin dom på den fria rörligheten av varor, trots att saken rör digitala kopior av datorprogram. På samma vis dömer den i *Premier League* med hänvisning till den fria rörligheten av tjänster att försäljningen av avkodningsutrustning (dvs. fysiska varor) inte får förbjudas. Dreier menar att detta tyder på en resultatorienterad vilja hos domstolen att främja den fria rörligheten inom EU, av datorprogram i alla former respektive krypterade satellitsändningar.<sup>178</sup>

Vad domstolen däremot inte ger svar på i och med dessa domar, är *när* de EU-rättsliga friheterna ska ha företräde, och när rättsinnehavarnas ensamrätter ska ha det. Frågan kompliceras enligt Dreier ytterligare av att uppdelningen mellan tjänster och varor, så som den framkommit enligt domarna, inom en snar framtid kommer vara utdaterad. I och med den ständigt ökande bandbredden, kommer överföringar online i egenskap av tjänster enligt honom bli normen. Bedöms åtskillnaden mellan varor och tjänster för digitala verk värd att bevara, behöver således en konsekvent modell för hur detta ska ske utvecklas.<sup>179</sup>

Stothers anför dessutom att *UsedSoft*, tillsammans med *Premier League*, tyder på ett åtagande från EU-domstolen att inte låta den teknologiska utvecklingen leda till avskärmningar av den inre marknaden.<sup>180</sup>

Nicholson anser också att domen i *UsedSoft* innebär att en framtida digital andrahandsmarknad för andra verk än datorprogram är inom räckhåll. Att EU-domstolen tänjer på gränserna för rättsinstrumenten är dessutom inget nytt. Den har även i tidigare mål, som *Premier League* och *Dior*, uppvisat att en progressiv rättsutveckling är önskvärd, även om förutsebarheten i lagstiftningen eventuellt blir lidande.<sup>181</sup>

---

<sup>175</sup> Nicholson i *SCRIPTed* 2013, s. 399 f.

<sup>176</sup> Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 478; Nicholson i *SCRIPTed* 2013, s. 403.

<sup>177</sup> Lee i *IIC* 2012, s. 852.

<sup>178</sup> Dreier i *IIC* 2013, 137 f.

<sup>179</sup> Dreier i *IIC* 2013, 138 f.

<sup>180</sup> Stothers i *EIPR* 2012, s. 790.

<sup>181</sup> Nicholson i *SCRIPTed* 2013, s. 396 f.

I slutändan är det emellertid så att domen har meddelats, klandervärd eller ej. Som Lindskoug mycket riktigt påpekar utgör den därmed gällande rätt, åtminstone för tillfället.<sup>182</sup>

## 5.3 Konsumtion av spridningsrätten till andra verk

Det enda som *UsedSoft* med säkerhet fastställer, enligt Riis m.fl., är att digitala kopior av datorprogram omfattas av datorprogramdirektivets konsumtionsprincip, då de överläts på obegränsad tid mot ersättning.<sup>183</sup> Vad gäller andra verkstyper, ger domstolen inget klart svar. I det här avsnittet kommer argument från doktrinen framföras mot respektive för att andra verk än datorprogram ska omfattas av domen. Därefter redogörs för den senare meddelade domen *Allposters*.

### 5.3.1 Argument mot en digital konsumtionsprincip

Som argument mot att omfatta annan digital egendom anför Riis m.fl. att datorprogramdirektivet, till skillnad från InfoSoc-direktivet, endast innehåller en ensamrätt till spridning. Att ett tillgängliggörande på internet av ett datorprogram eventuellt skulle kunna utgöra en överföring till allmänheten i InfoSoc-direktivets mening är i sammanhanget således irrelevant; EU-domstolen beslutar trots allt i *UsedSoft* att datorprogramdirektivet är *lex specialis* i förhållande till InfoSoc-direktivet.<sup>184</sup>

Ytterligare ett argument mot att applicera *UsedSofts* principer är att EU-domstolen i målet gör såväl en ordalydelse- som en ändamålsenlig tolkning av datorprogramdirektivets konsumtionsprincip. Domstolen påpekar också att även om konsumtionsprincipen skulle ha en annan innebörd i InfoSoc-direktivet, är detta irrelevant.<sup>185</sup> Detta kan innebära att domstolen lägger vikt vid omständigheter som är unika för datorprogramdirektivet, vilket enligt Riis m.fl. talar emot att ge domen en mer vidsträckt tolkning – datorprogramdirektivet är trots allt *lex specialis*.<sup>186</sup>

Dessutom, av såväl skäl 29 som artikel 3.3 i InfoSoc-direktivet följer otvetydigt att en överföring till allmänheten aldrig blir föremål för konsumtion.<sup>187</sup> Utöver detta, framgår det av ingressen till WCT att lagstiftaren förutsåg onlinetjänsters framtida ökande betydelse, varför även de omfattas av fördraget. Bara för att onlineförsäljningar har blivit enklare att genomföra och deras

---

<sup>182</sup> Lindskoug i *EIPR* 2014, s. 289.

<sup>183</sup> Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 477 f.

<sup>184</sup> Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 463 f; Schulze i *EIPR* 2014, s. 12; jfr mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 51, 56.

<sup>185</sup> Jfr mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 55-60.

<sup>186</sup> Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 464 f.

<sup>187</sup> Se t.ex. Schulze i *EIPR* 2014, s. 12; Günther i *NIR* 2014, s. 228.

kommersiella betydelse ökat, betyder enligt Schulze inte det att den rättsliga klassificeringen har ändrats.<sup>188</sup>

Riis m.fl. och Schulze påpekar emellertid att domstolens tolkning är kontroversiell: 2009 års datorprogramdirektiv är i princip oförändrat från 1991 års dito. Att i domen påstå att det ”framgår således tydligt att unionslagstiftarens avsikt har varit att [...] likställa fysiska och icke-fysiska kopior av datorprogram”<sup>189</sup> är vanskligt, då internet knappast hade någon kommersiell utbredning 1991. Med detta i åtanke, tycks det orimligt att hävda att unionslagstiftaren hade beaktat digitala exemplar vid direktivets tillkomst.<sup>190</sup>

Det finns dessutom enligt Schulze en selektiv logik i denna argumentation. Å ena sidan påstås att lagstiftarens avsikt med datorprogramdirektivet var att inte göra skillnad på verkets form (vilket enligt Schulze är tveksamt). Å andra sidan menar Schulze att förespråkare för en teknikneutral konsumtionsprincip helt bortser från lagstiftarens åsikt med InfoSoc-direktivet. Ett av InfoSoc-direktivets mål var att implementera WCT, som enligt ovan uttryckligen förutsåg onlinetjänsters framtida betydelse.<sup>191</sup>

I artikel 8 WCT medges en rättsinnehavares rätt till överföring till allmänheten. Dessutom framgår av artikel 4 att datorprogram i alla former ska medges skydd. Av detta följer enligt Linklater dels att unionslagstiftaren begått ett fel då den inte implementerat denna rätt i datorprogramdirektivet, dels att EU-domstolen borde ha insett detta fel i *UsedSoft* och gjort en traktatskonform tolkning.<sup>192</sup> Artikel 216.2 FEUF stadgar nämligen att ”[a]vtal som ingås av unionen ska vara bindande för unionens institutioner och medlemsstaterna.” Dessutom följer av artikel 26 i Wienkonventionen om traktaträtten<sup>193</sup> att ”[v]arje i kraft varande traktat är bindande för dess parter och ska ärligt fullgöras av dem.”

### 5.3.2 Argument för en digital konsumtionsprincip

Omständigheterna i *UsedSoft* rör enbart överlåtelse av datorprogram. Trots detta, passar domstolen på att uttala sig om InfoSoc-direktivet: Vid omständigheter som i målet, då en äganderättsövergång sker vid en överföring till allmänheten (artikel 3) omvandlas denna till en spridning (artikel 4). Av detta

---

<sup>188</sup> Schulze i *EIPR* 2014, s. 12 f; WCT:s ingress: ”Recognizing the need to introduce new international rules and clarify the interpretation of certain existing rules in order to provide adequate solutions to the questions raised by new economic, social, cultural and technological developments, Recognizing the profound impact of the development and convergence of information and communication technologies on the creation and use of literary and artistic works.”

<sup>189</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 58.

<sup>190</sup> Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 464; Schulze i *EIPR* 2014, s. 13.

<sup>191</sup> Schulze i *EIPR* 2014, s. 13.

<sup>192</sup> Linklater (2013), s. 7 f.

<sup>193</sup> Wien den 23 maj 1969.

följer enligt EU-domstolen att konsumtion inträffar om villkoren för ”första försäljning” uppfylls.<sup>194</sup>

Detta kan tyda på att EU-domstolens uppfattning är att spridning enligt InfoSoc-direktivet inte förutsätter överlåtelse av fysiska exemplar: omständigheterna i målet rörde ju verk i digitala medium. Då konsumtionsförbudet i artikel 3.3 inte längre gäller finns enligt Günther och Riis m.fl. även belägg för att konsumtionsprincipen ska inträda. Riis m.fl. uppmärksammar emellertid att detta nödvändigtvis inte är fallet: möjligheten finns att det endast är spridningsrätten som ska utsträckas till digitala exemplar, medan konsumtion fortsatt endast inträffar för fysiska dito.<sup>195</sup>

Under alla omständigheter måste dock en digital konsumtionsprincip i InfoSoc-direktivet vara kompatibel med dess skäl 29, vilket särskilt stadgar att onlinetjänster aldrig blir föremål för konsumtion. Riis m.fl. menar att om antagandena ovan är riktiga, går det med enkelhet att argumentera för att en överlåtelse genom nedladdning är att jämställa med en exemplarspridning. I dessa fall blir alltså skäl 29 ändå inte aktuellt.<sup>196</sup>

Vidare, med grund i skäl 20 InfoSoc-direktivet fattar EU-domstolen beslutet att begreppen i InfoSoc- respektive datorprogramdirektivet ”i princip [ska] ha samma betydelse”.<sup>197</sup> Då konsumtionsbegreppet finns i båda direktiven, kan resonemanget tolkas som att begreppet, som utgångspunkt, ska ges samma innebörd.<sup>198</sup> Ordalydelsen skiljer sig dock åt mellan direktiven, varför frågan har lyfts i doktrinen att InfoSoc-direktivets konsumtionsprincip enbart borde vara tillämplig på fysiska exemplar.<sup>199</sup>

Domstolen anför att ”även om det antogs” InfoSoc-direktivets konsumtionsprincip endast är tillämplig på fysiska varor, är detta irrelevant; datorprogramdirektivet är *lex specialis*.<sup>200</sup> Användandet av frasen ”även om det antogs” implicerar enligt Nicholson att domstolen finner hypotesen att InfoSoc-direktivet inte skulle vara tillämpligt tveksam.<sup>201</sup>

Ett starkt argument för att vidga målets omfattning är att oavsett om en överlåtelse sker fysiskt eller digitalt, har transaktionen *samma bakomliggande*

---

<sup>194</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 52; jfr även samma dom, p. 42 och 46, och ovan avsnitt 3.2.3.

<sup>195</sup> Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 465 f; Günther i *NIR* 2014, s. 216 f, 219 f.

<sup>196</sup> Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 466.

<sup>197</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 60, med hänvisning till förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League*, p. 187-188; jfr också skäl 20 till InfoSoc-direktivet, avhandlat ovan avsnitt 3.1.1.

<sup>198</sup> Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 466 f.

<sup>199</sup> Günther i *NIR* 2014, s. 220, 228; Nicholson i *SCRIPTed* 2013, s. 402; Naylor & Parris i *EIPR* 2013, s. 489; jfr också skäl 28-29 och artikel 4.2 InfoSoc-direktivet. I de engelska och franska språkversionerna av InfoSoc-direktivet framstår denna skillnad i innebörd tydligare: I artikel 4.2 används där begreppen ”*object*” respektive ”*objet*” (sv. ”föremål”) istället för den svenska versionens ”*exemplar*”.

<sup>200</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 60.

<sup>201</sup> Nicholson i *SCRIPTed* 2013, s. 402 f.

*värde*. Av detta följer enligt vad som fastslogs i *UsedSoft* att likabehandlingsprincipen dikterar att försäljning av ett datorprogram lagrat på t.ex. en CD-ROM *motsvarar funktionellt* försäljning av dito genom nedladdning.<sup>202</sup> Samma likabehandlingsprincip talar enligt Nicholson och Riis m.fl. för att utsträcka principen till andra verk än datorprogram; värdet är även för dessa detsamma oavsett fysisk eller digital form.<sup>203</sup>

Dessutom måste den förste förvärvaren av datorprogrammet göra sin egen kopia helt obrukbar i samband med överlåtelsen.<sup>204</sup> Detta stöder enligt Nicholson resonemanget att likabehandlingsprincipen innebär att alla digitala verk ska behandlas likadant som sina fysiska motsvarigheter. Att domstolen därefter erkänner andrahandsförvärvares rätt till återgivning av sitt införskaffade program, är den logiska slutsatsen av denna ekvivalenstanke.<sup>205</sup>

En särbehandling av konsumtionsprincipen för verk i olika medium skulle enligt EU-domstolen kunna leda till en splittring av marknaderna. Själva grunden för konsumtionsprincipen vilar i att endast begränsa den fria rörligheten till *vad som är nödvändigt för att skydda det specifika föremålet* för den immateriella rättigheten.<sup>206</sup> Såvitt gäller datorprogram har konstaterats att det skulle innebära en för stor begränsning av återförsäljningsrätten att endast låta konsumtion ske vid spridning av fysiska exemplar. Bestämmelsen finns endast till för att ge rättsinnehavaren möjlighet att få en rimlig ersättning för sitt verk *vid första försäljningen*, och utan konsumtion skulle rättsinnehavaren kunna kräva ny ersättning *vid varje vidareförsäljning*.<sup>207</sup> Resonemanget skulle möjligtvis kunna appliceras på andra digitala verk, som överläts genom en i tiden obegränsad licens efter en engångsbetalning.<sup>208</sup>

Säkran det av den fria rörligheten för bl.a. varor och tjänster är ett av EU:s främsta mål.<sup>209</sup> Detta leder enligt Torremans till att konsumtionsprincipen är *normen*, snarare än ett undantag för reglerna om upphovsrättsintrång. Därför ter sig EU-domstolens beslut i *UsedSoft* naturligt för honom – överlåtelse av fysiska och digitala kopior är ekonomiskt och funktionellt jämförbara. Det motsatta domslutet hade gått utöver vad som hade varit nödvändigt för att skydda det specifika föremålet för immaterialrätten. Om detta är den grundläggande logiken enligt vilken upphovsrätten ska tolkas, råder det enligt Torremans få tvivel att även andra verk i digital form ska omfattas av konsumtionsprincipen.<sup>210</sup>

---

<sup>202</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 61.

<sup>203</sup> Nicholson i *SCRIPTed* 2013, s. 391; Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 467.

<sup>204</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 70, 78-79.

<sup>205</sup> Nicholson i *SCRIPTed* 2013, s. 398 f.

<sup>206</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 62; se även ovan kapitel 2, i synnerhet avsnitt 2.3.

<sup>207</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 63; se även förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League*, p. 105-109, vari samma princip inte gav rättsinnehavarna en rätt att kräva mer än skäligen ersättning för ett licensavtal.

<sup>208</sup> Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 468 ff; Günther i *NIR* 2014, s. 227 f; Naylor & Parris i *EIPR* 2013, s. 489.

<sup>209</sup> Se ovan avsnitt 2.1 och 2.2.

<sup>210</sup> Torremans (2013), s. 3 f.

Stothers påpekar att beroende på hur *UsedSoft* ska tolkas, kan principen om rätt till en rimlig ersättning bli bekymmersam för rättsinnehavare. Immaterialrätter ger normalt, som är fallet i artikel 4.1 datorprogramdirektivet, absoluta ensamrätter att tillåta eller förbjuda användning – inte enbart en rätt till ”rimlig” ersättning. Denna tolkning kan innebära att immaterialrätten kommer att värderas helt utifrån marknadens villkor. Detta skulle emellertid enligt Stothers vara att läsa in för mycket i EU-domstolens formuleringar. En mer rimlig tolkning av domen är istället att en rättsinnehavare inte kan, som argument för att utöka en rättighet, anföra att utökandet som sådant skulle leda till ännu mer ersättning.<sup>211</sup>

### 5.3.3 Rättsläget efter *Allposters*

I januari 2015 meddelades domen *Allposters*.<sup>212</sup> Saken rörde överföringen av en upphovsrättsskyddad bild från ett fysiskt medium (pappersposter) till ett annat (kanvasduk). Frågan för EU-domstolen att besvara var huruvida denna nya kopia (kanvasduken), omfattades av samma konsumtion som inträffat för den ursprungliga kopian (postern). Målet hade således ingen direkt anknytning till konsumtionsprincipen till digitala verk, men EU-domstolen fattade likväl ett viktigt beslut om hur 4.2 InfoSoc-direktivet ska tolkas. EU-domstolen gjorde en ordalydelsetolkning av artikel 4.2 mot bakgrund av skäl 28 i direktivet och WCT, för att komma fram till följande slutsats:

Av vad som anförts följer att unionslagstiftaren genom att ordvalen ”fysisk vara” och ”föremålet” ville ge upphovsmännen kontrollen över den första saluföringen i unionen av varje fysiskt föremål som deras intellektuella skapelse ingår i.<sup>213</sup>

Resultatet av domen tycks alltså vara att InfoSoc-direktivets konsumtionsprincip utesluter digitala verk. Savič frågar sig om domen innebär ”[t]he premature end of copyright exhaustion”.<sup>214</sup> Hon menar att etablerandet av en digital andrahandsmarknad efter domen är i praktiken omöjligt. Andrahandsförsäljning av mp3-filer, e-böcker och filmer kommer kräva rättsinnehavarnas medgivande, och detta kommer förmodligen inte ges då det innebär minskade intäkter.<sup>215</sup>

Savič kritiserar också domstolen för att inte ens försöka sig på en mer djupgående tolkning av rätten, likt vad den gjorde i *UsedSoft*. Den funktionella likheten mellan verk i digital respektive fysisk form tas inte upp. Det gör inte heller samhällets teknologiska utveckling sedan WIPO:s och InfoSoc-direktivets författande. Ju mer avancerad teknologin blir, desto mer otydlig blir gränsen mellan datorprogram och andra verk. Domen är enligt Savič i det här avseendet godtycklig och leder till ökad rättslig osäkerhet. Dessutom utgör direktivskäl och WCT:s Agreed statements endast tolkningsinstrument. Att

---

<sup>211</sup> Stothers i *EIPR* 2012, s. 790.

<sup>212</sup> Mål C-419/13, *Art & Allposters International*.

<sup>213</sup> Mål C-419/13, *Art & Allposters International*, p. 37.

<sup>214</sup> Savič i *EIPR* 2015, s. 380.

<sup>215</sup> Savič i *EIPR* 2015, s. 381.



besluta att skyddet för olika verk ska skilja sig åt enbart genom en ordalydsetolkning av dessa, utgör ett föga övertygande argument.<sup>216</sup>

*Allposters* utgör gällande rätt, och av domen framgår tydligt att konsumtionsprincipen i InfoSoc-direktivet är bunden till fysiska exemplar. De ovan framförda argumenten för en allomfattande konsumtionsprincip kan emellertid tyda på att avgörandet är öppet för kritik. Den långtgående diskussionen från *UsedSoft* om verkens natur och om konsumtionsprincipens syfte, lyser exempelvis med sin frånvaro. I uppsatsens analysdel diskuteras EU-domstolens tolkning i såväl *UsedSoft* som *Allposters* ingående, för att avgöra om konsumtionsprincipen trots allt *borde* omfatta digitala verk.

## 5.4 Innebörden av InfoSoc-direktivets avsaknad av laglig förvärvares återgivningsrätt

Konsumtion av spridningsrätten till digitala kopior av datorprogram skulle vara verkningslös för en andrahandsförvärvare om inte artikel 5.1 datorprogramdirektivet hade medgivit en rätt att ladda ned en kopia av ett datorprogram.<sup>217</sup> InfoSoc-direktivet innehåller ingen sådan rätt, vilket potentiellt hämmar effektiviteten av en digital konsumtionsprincip för andra verk än datorprogram. Istället finns en rätt i artikel 5.1 till tillfälliga mångfaldiganden om dess enda syfte är möjliggöra laglig användning. Ett sådant mångfaldigande måste emellertid vara flyktigt eller utgöra en integrerad och väsentlig del i en teknisk process, samt sakna självständig ekonomisk betydelse.

Av *Infopaq I*<sup>218</sup> framgår att ett mångfaldigande enligt artikel 5.1, för att vara flyktigt, förutsätter att det raderas automatiskt utan mänskligt ingripande, så snart det bidragit till att genomföra den tekniska processen. Tillämpbarheten av artikel 5.1 InfoSoc-direktivet faller således redan här; en nedladdning av ett verk till exempelvis en hårddisk utgör ett permanent mångfaldigande.<sup>219</sup> Dessutom uppfylls inte kravet på att mångfaldigandet inte får ha någon självständig ekonomisk betydelse; köpet av en begagnad digital kopia innebär att förvärvaren inte behöver köpa en ny, och rättsinnehavaren går därmed miste om potentiella intäkter.<sup>220</sup>

Det ovan anförda har medfört en utbredd uppfattning att artikel 5.1 InfoSoc-direktivet inte täcker den för onlineöverlåtelse nödvändiga återgivningsrätten.<sup>221</sup>

---

<sup>216</sup> Savič i *EIPR* 2015, s. 381.

<sup>217</sup> Jfr mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 83.

<sup>218</sup> Redovisas ovan avsnitt 4.1.

<sup>219</sup> Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 472.

<sup>220</sup> Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 472; jfr C-302/10, *Infopaq II*, p. 52.

<sup>221</sup> Se t.ex. Schulze i *EIPR* 2014, s. 13; Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 472; Günther i *NIR* 2014, s. 222; Linklater (2013), s. 10 f.

Emellertid förhåller det sig så, att EU-domstolen i *UsedSoft* fattar starka, principiella beslut om konsumtion vid nedladdning. Således är det inte otänkbart att en framtida dom kan medge en *implicit rätt* till återgivning av andra typer av nedladdade verk, förutsatt att omständigheterna i övrigt är desamma som i *UsedSoft*.<sup>222</sup> Torremans menar att om huvudregeln inom EU är att den fria rörligheten inte får förhindras mer än vad som är nödvändigt, måste spridningsrätten utsättas för konsumtion. Det är enligt honom därför föga troligt att EU-domstolen skulle döma annorlunda för andra verk än datorprogram, enbart på grund av att användandet av digitala verk kräver en återgivning. Återgivningsrätten är i sammanhanget av underordnad betydelse.<sup>223</sup>

Det går att argumentera att den implicita återgivningsrättens existens får stöd av den ovan (3.2.4) redovisade domen *Dior*. Återgivningsrätten fick i domen ge vika för den varumärkesrättsliga konsumtionsprincipen. Ett liknande resonemang torde gå att applicera även på digitala verk, framförallt i ljuset av *UsedSoft*.<sup>224</sup>

Günther ger, med exemplet musikfiler, ett förslag på en situation där bristen på förvärvares rätt till återgivning eventuellt inte utgör ett problem. Om en musikfil vid köpet laddas ned på ett lagringsmedium (som ett USB-minne eller en mp3-spelare), och detta medium säljs med musikfilen lagrad, sker endast en spridning – det är samma kopia som har överlåtits. Så länge förvärvaren endast använder det köpta mediet för att lyssna på musikfilen, sker heller aldrig någon återgivning. Däremot, om filen kräver en onlineöverföring, blir inte det här ”undantaget” tillämpligt. Detta får Günther att dra slutsatsen att denna tolkning av InfoSoc-direktivet torde ha en begränsad praktisk nytta.<sup>225</sup>

I InfoSoc-direktivets artikel 5.2 b återfinns en rätt för mångfaldiganden på alla typer av medier om de utförs av en fysisk person för privat bruk. Exemplarframställningen får emellertid inte ha ett direkt eller indirekt kommersiellt syfte. Detta får Riis m.fl. att dra slutsatsen att bestämmelsen möjligen kan ge en privatperson rätt till ett mångfaldigande, vid förvärv av ett begagnat verk från en annan privatperson. Däremot bör inte näringsidkare som liksom *UsedSoft* köper begagnade verk från privata och säljer dessa vidare till andra privata omfattas, i de fall de genomför ett mångfaldigande av verket. Det omvända gäller i så fall för näringsidkare som endast agerar förmedlare mellan privatpersoner, förutsatt att de inte kan anses ha ett indirekt kommersiellt intresse av det senare mångfaldigandet. Märkas bör att bestämmelsen är frivillig för medlemsstaterna att implementera, varför olika medlemsstater kan ha olika regler i de fall konsumtion inträffar för andra digitala verk än datorprogram.<sup>226</sup>

---

<sup>222</sup> Naylor & Parris i *EIPR* 2013, s. 490; Nicholson i *SCRIPTed* 2013, s. 391, 397; Hilty & Köklü i *IIC* 2013, s. 288 f.

<sup>223</sup> Torremans (2013), s. 7.

<sup>224</sup> Torremans (2013), s. 7; Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 474 f.

<sup>225</sup> Günther i *NIR* 2014, s. 222.

<sup>226</sup> Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 472 f.

## 5.5 Något om datorspels rättsliga ställning

Som kommer att anföras i det här avsnittet, innehåller ett datorspel<sup>227</sup> förutom käll- och objektкод (som skyddas av datorprogramdirektivet), även audiovisuella komponenter som utgör intellektuella skapelser (som i sin tur skyddas av InfoSoc-direktivet). Av *UsedSoft* framgår att datorprogram i digital form kan omfattas av konsumtionsprincipen, och av *Allposters* framgår att det motsatta gäller för verk som skyddas av InfoSoc-direktivet. Vad gäller då i det här avseendet för datorspel, som utgörs av båda kategorierna av verk? Frågan har inte direkt berörts av EU-domstolen, men dess avgörande i *Nintendo*<sup>228</sup> ger ändå vägledning över hur datorprogram upphovsrättsligt ska klassificeras. I det här avsnittet refereras därför rättsfallet, tillsammans med relevanta kommentarer från doktrinen. I uppsatsens analysdel nedan besvaras, mot bakgrund av vad som anförts här, frågan om konsumtion kan ske av spridningsrätten till datorspel i digital form.

I *Nintendo* konstaterar EU-domstolen, med hänvisning till *Infopaq I*, att för att erhålla skydd enligt InfoSoc-direktivet måste ett verk vara originellt i meningen att de utgör upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Av samma mål framgår också att skyddet även gäller för delar av verk om de bidrar till originaliteten hos verket i sin helhet.<sup>229</sup> Domstolen konstaterar vidare att detta gäller oaktat att datorprogramdirektivet är *lex specialis*, vilket leder till följande slutsats:

[Datorspel], såsom de som är i fråga i det nationella målet, komplexa skapelser som inte bara innefattar datorprogram utan även beståndsdelar i form av bilder och ljud som, även om de förvisso har kodats i ett programmeringsspråk, har ett eget kreativt värde som inte kan reduceras till enbart programkoden. I den mån delar av ett [datorspel] – i förevarande fall dessa beståndsdelar av bilder och ljud – bidrar till verkets originalitet är de skyddade, tillsammans med verket i dess helhet, av upphovsrätten inom ramen för det regelverk som inrättats genom [InfoSoc-direktivet].<sup>230</sup>

Slutsatsen är att datorspel utgör mer än bara datorprogram. I den utsträckning delar av dem utgör intellektuella skapelser som bidrar till verkets originalitet, skyddas de tillsammans med hela verket enligt InfoSoc-direktivet. I återstoden av domen baserar EU-domstolen därför sina beslut uteslutande på InfoSoc-direktivet.

Domstolen tycks här följa generaladvokat Sharpstons förslag till avgörande i målet. Hon anför att för verk som innehåller såväl datorprogram som andra verk, bör det regelverk som ger störst skydd tillämpas. Om inte så vore fallet,

---

<sup>227</sup> Med datorspel avses i framställningen ”spel i form av datorprogram avsedda att användas i datorer [såväl som] spel till spelmaskiner (spelkonsoler) för hemmets TV-apparater, bärbara spelapparater, mobiltelefoner och mynststyrda spelautomater”, jfr *Nationalencyklopedin*, datorspel ([www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/datorspel](http://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/datorspel))

<sup>228</sup> Mål C-355/12, *Nintendo m.fl.*

<sup>229</sup> Mål C-355/12, *Nintendo m.fl.*, p. 21-22.

<sup>230</sup> Mål C-355/12, *Nintendo m.fl.*, p. 23.

skulle rättsinnehavare gå miste om sitt lagstadgade skydd för de delar av verket som normalt omfattas av ett större skydd. I den aktuella frågan gav InfoSoc-direktivet störst skydd. Att EU-domstolen i *UsedSoft* fastslagit att datorprogramdirektivet är *lex specialis*, innebär enligt generaladvokaten endast att datorprogramdirektivet har företräde då skyddsändamålet helt och hållet omfattas av direktivet.<sup>231</sup>

Av ovan följer att skyddet för datorspel regleras enligt InfoSoc-direktivet, trots att datorprogramdirektivet utgör *lex specialis*, då detta skydd tillerkänner större rättigheter för rättsinnehavare. Domen har emellertid bemötts av kritik från doktrinen.

Rendas ställer sig tveksam till domstolens och generaladvokatens resonemang. Han menar att enligt den väletablerade principen *lex specialis derogat legi generali* tillämpas *lex specialis* vid normkonflikt med *lex generalis*. Principen rättfärdigas med att *lex specialis* är mer detaljerad och precis än *lex generalis*, varför den är bättre anpassad hantera situationen för vilken normkonflikt har uppstått. EU-domstolens och generaladvokatens resonemang förminskar emellertid denna princip till att endast vara tillämplig för omständigheter då både *lex specialis* och *lex generalis* är tillämpliga *i sin helhet*. Datorspel innehåller såväl datorprogram som andra audiovisuella element, varför datorprogramdirektivet (*lex specialis*), endast är partiellt tillämpligt. Det är av denna anledning som InfoSoc-direktivet istället tillämpas.<sup>232</sup>

Rendas påpekar att datorspel kännetecknas av sin interaktivitet. De audiovisuella elementen i spelen finns endast där för att spelaren ska kunna passivt eller aktivt interagera med dem, och de styrs i sin helhet av programvaran. Därför menar Rendas att EU-domstolens modell, där *lex specialis* måste vara tillämpbar i sin helhet, är otillräcklig för att lösa normkonfliktsfrågan. En delvis tillämpbar *lex specialis*, som är fallet med datorspel och datorprogramdirektivet, borde vara tillräcklig för att *lex specialis* ska råda.<sup>233</sup>

Favale instämmer i att EU-domstolen inte tillräckligt välmotiverar sitt val av lag i *Nintendo*. Hon anför att domstolen själv medger att datorprogram är en av komponenterna i ett datorspel. Detta utgör i sig skäl att *också* tillämpa datorprogramdirektivet. Favale påpekar härom att av *Bezpečnostní softwarová asociace*<sup>234</sup> framgår att det inte finns något hinder i att olika komponenter av ett datorprogram simultant erhåller upphovsrättsskydd från olika regelverk.<sup>235</sup>

## 5.6 Konsekvenser för marknadens framtid

Det finns i doktrinen en åsikt att *UsedSoft* i vart fall har öppnat dörren för en digital andrahandsmarknad, åtminstone på kort sikt. Leverantörerna har näm-

---

<sup>231</sup> Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-355/12, p. 34-35.

<sup>232</sup> Rendas i *EIPR* 2015, s. 41 ff.

<sup>233</sup> Rendas i *EIPR* 2015, s. 44 f.

<sup>234</sup> Se ovan avsnitt 4.2 för redogörelse.

<sup>235</sup> Favale i *EIPR* 2015, s. 105

ligen all möjlighet att rätta sig efter domen, och istället lansera sina verk genom alternativa distributionsmodeller, som prenumerations-, uthyrnings- och streamingtjänster. Dessa distributionsmodeller ger endast en tidsbegränsad nyttjanderätt, varför konsumtion inte torde inträffa. Således kan områdets framtid bestå i ett försvagat skydd för användarnas intressen, i och med en tandlös konsumtionsprincip som fått ge vika för löpande licensavtal.<sup>236</sup>

Vad gäller då för sådana tidsbegränsade avtal som löper för en period som överstiger ett verks livstid, t.ex. under 50 eller 99 år? Även i den här situationen torde licensen vara funktionellt motsvarande en försäljning, samt att rättsinnehavaren blivit rimligt ersatt. Således torde *UsedSoft* kunna appliceras, och konsumtion av spridningsrätten inträffa.<sup>237</sup>

Det finns också de som finner det troligt att rättsinnehavare kommer att använda sig av molnbaserade tjänster, då sådana faller utanför vad EU-domstolen dömde i *UsedSoft*. Det sker ingen permanent äganderättsövergång, varför domens principer inte gäller.<sup>238</sup> Talande nog för den här studiens ämne har Oracle sedan nederlaget i *UsedSoft* börjat profilera sig som en ”cloud marketing leader”.<sup>239</sup> I det här avseendet påpekar Nicholson dock att på samma vis som EU-domstolen har beslutat att en kopias form är irrelevant för konsumtion, finns möjligheten en framtida dom likaså finner kopians eventuella äganderättsövergång irrelevant.<sup>240</sup>

Stothers uppmärksammar att avgörandet i *UsedSoft* lade mycket vikt vid konsumtionsprincipens och den inre marknadens effektivitet. Med detta i åtanke, menar han att rättsinnehavare gör klokt i att utforma avtalen för de ovan beskrivna alternativen väl. Om avtalet är för restriktivt, kan de riskera att bortses från med hänvisning till fördragsreglerna om fri rörlighet, alternativt ses som konkurrenshämmande enligt artikel 101. FEUF (om företags konkurrensbegränsande avtal).<sup>241</sup>

Även om tillvägagångssätten för spridning inte förändras, vilar ändå den digitala andrahandsmarknadens framgång på att det ska vara smidigt att överföra filer digitalt. Nicholson menar att ett sådant system förmodligen relativt enkelt skulle kunna utvecklas av de stora aktörerna på marknaden, men att viljan kanske inte finns.<sup>242</sup>

---

<sup>236</sup> Se Günther i *NIR*, s. 229; Lindsoug i *EIPR* 2014, s. 295; Batchelor & Keohane i *ECLR* 2012, s. 550; Naylor & Parris i *EIPR* 2013, s. 490; Maclean i *CTLR* 2013, s. 2; Torremans (2013), s. 5 f; Janssens i Stamadouti & Torremans (red.) (2014), s. 121; Riis m.fl. i *NIR* 2013, s. 479. Riis m.fl. tar dock vara på att det finns andra faktorer i domen som fortfarande möjliggör skydd för användare, som att rättsinnehavarna inte har rätt till mer ersättning än vad som är rimligt, och att användaren måste ha rätt att använda verken på ett normalt och rimligt vis.

<sup>237</sup> Torremans (2013), s. 5; Batchelor & Keohane i *ECLR* 2012, s. 550.

<sup>238</sup> Batchelor & Keohane i *ECLR* 2012, s. 551; Naylor & Parris i *EIPR* 2013, s. 490; Stothers i *EIPR* 2012, s. 791; Maclean i *CTLR* 2013, s. 2.

<sup>239</sup> Se Nicholson i *SCRIPTed* 2013, s. 406; jfr också Oracles hemsida:

<https://www.oracle.com/cloud/index.html>

<sup>240</sup> Nicholson i *SCRIPTed* 2013, s. 407.

<sup>241</sup> Stothers i *EIPR* 2012, s. 791.

<sup>242</sup> Nicholson i *SCRIPTed* 2013, s. 403 f.

Framtidens marknad beror också på i vilken utsträckning som konsumenter kommer att finna sig i alternativa distributionssätt. Nicholson menar att konsumenter generellt sett tycker om att betala en engångssumma i utbyte mot en *äganderätt*: att ladda ned en kopia som sedan fritt kan användas känns för många mer ”naturligt”. Dessutom krävs inte en internetuppkoppling för att nå verken. Att som rättsinnehavare rubba denna *status quo* kan enligt Nicholson visa sig vara opopulärt. I sammanhanget påpekar han emellertid att musik- och filmstreamingtjänsters eventuella framgång kan i framtiden göra andrahandsmarknaden irrelevant.<sup>243</sup> Åtminstone vad gäller musikförsäljning i Sverige, finns stöd för Nicholsons påstående: streamingtjänster stod för 79,8 % av den totala försäljningen 2014.<sup>244</sup>

I *UsedSoft* medges att en licens avseende flera användare inte får splittras för att konsumtion ska inträffa.<sup>245</sup> Således kan en rättsinnehavare enligt bl.a. Batchelor och Keohane istället för individuella licenser anamma en distributionsmodell baserad på volymlicenser. Resultatet blir att den förste förvärvarens möjligheter att avyttra oanvända licenser på andrahandsmarknaden försvåras, utan att det står i strid med EU-rätten.<sup>246</sup>

Hilty och Köklü ställer sig frågande till EU-domstolens beslut att förbjuda en splittring av licenser. Om en rättsinnehavare exempelvis endast erbjuder grupper om 25 nyttjanderättslicenser, och en potentiell förvärvare har behov av 27 licenser, måste denne köpa 50 licenser. Nästan hälften är således värdelösa för förvärvaren. Hilty och Köklü menar att, från ett upphovsrättsrättsligt perspektiv, är överföringen av 25 licenser individuellt eller som grupp likvärdiga. Det relevanta är att rättsinnehavaren har fått en rimlig ersättning, och att den förste förvärvaren själv inte använder de vidaresålda licenserna.<sup>247</sup>

Att den förste försäljaren eventuellt erhållit en volymrabatt vid sitt köp, och därmed kan sälja sina överflödiga licenser till ett mindre pris än vad rättsinnehavaren erbjuder ser Hilty och Köklü inte som ett problem. Upphovsrättens uppgift är inte att skydda affärsmodeller baserade på prisdifferentiering.<sup>248</sup>

Domstolen ger i *UsedSoft* också en rättsinnehavare rätt att använda sig av tekniska skyddsmetoder.<sup>249</sup> Ett sådant exempel är att upprätta ett överlåtelseregister. Genom detta försäkras sig en leverantör att användare har en giltig licens, då de registrerar sig i registret genom en unik registreringsnyckel för att kunna använda programmet. Batchelor och Keohane menar dock att en sådan modell kan vara både dyr och tidsödande för leverantören, då varje överlåtelse måste godkännas. Dessutom kan potentiella kunder, särskilt de

<sup>243</sup> Nicholson i *SCRIPTed* 2013, s. 407.

<sup>244</sup> Se IFPI Sveriges statistik över musikförsäljning 2014: <http://ifpi.se/dokument-och-statistik/musikforsaljningsstatistik?cat=2014>

<sup>245</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 69-71, 86.

<sup>246</sup> Batchelor & Keohane i *ECLR* 2012, s. 550; jfr även Stothers i *EIPR* 2012, s. 790.

<sup>247</sup> Hilty & Köklü i *IIC* 2013, s. 283.

<sup>248</sup> Hilty & Köklü i *IIC* 2013, s. 283 f.

<sup>249</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 79.

som behöver sprida programvaran över hela sitt företag, se tekniska skydds-metoder som en onödig olägenhet, och välja en konkurrents programvara istället.<sup>250</sup> Ett belysande exempel på detta är teknologiföretaget Apples onlinebutik iTunes. Apple tog 2009 bort samtliga tekniska kopieringsrestriktioner från iTunes musikutbud, då dessa visat sig impopulära hos köpare.<sup>251</sup>

Att ändra ordalydelsen i artikel 5.1 datorprogramdirektivet från ”lagligen förvärvat” till ”laglig användare”, skulle enligt Hilty och Köklü försvåra för rättsinnehavare att undfly *UsedSoft*s konsekvenser. De menar att inom begreppet ”laglig användare” skulle rymmas de ovan beskrivna distributionsmodellerna, som streaming- och molntjänster.<sup>252</sup> Huruvida detta skulle vara önskvärt är en annan fråga, främst för politiker att ta ställning till.

## 5.7 Blir en andrahandsförvärvare bunden av licensen?

Något som EU-domstolen inte ger ett klart svar på i *UsedSoft*, är huruvida en andrahandsförvärvare av en nyttjanderättslicens till ett datorprogram också blir bunden av dess villkor. Frågan är av stor vikt för förståelse av domens potentiella effekter för mjukvarulicensmarknaden, och har diskuterats i doktrinen. För att kunna utreda andrahandsförvärvarens bundenhet, behöver först den ursprunglige förvärvarens rättsställning i förhållande till rättsinnehavaren redogöras för.

### 5.7.1 Den ursprunglige förvärvarens rättsställning

Återgivningsrätten utgör, som ovan anført, en del av rättsinnehavarens ensamrätter.<sup>253</sup> Således krävs rättsinnehavarens tillstånd för att återge en kopia av ett datorprogram, varför den utgör en viktig del av ett licensavtal. Denna givna rätt kan dock begränsas, t.ex. i tiden (en begränsad eller obegränsad återgivningsrätt), geografiskt/territoriellt, kvantitativt (återgivningar får bara ske på ett bestämt antal datorer), eller kvalitativt (t.ex. endast inom förvärvarens näringsverksamhet).<sup>254</sup>

Av *UsedSoft* framgår att den förste förvärvaren, vid vidareförsäljning, måste göra sin egen kopia obrukbar för att inte göra intrång på rättsinnehavarens

---

<sup>250</sup> Batchelor & Keohane i *ECLR* 2012, s. 550; Naylor & Parris i *EIPR* 2013, s. 490.

<sup>251</sup> Se t.ex. Stone, ”Want to Copy iTunes Music? Go Ahead, Apple Says” i *The New York Times* 2009-01-06.

<sup>252</sup> Hilty & Köklü, i *IIC* 2013, s. 277 f.

<sup>253</sup> Se artikel 4.1 a datorprogramdirektivet; jfr också artikel 2 InfoSoc-direktivet.

<sup>254</sup> Lindskoug i *EIPR* 2014, s. 290.

återgivningsrätt. Återgivningsrätten upphör alltså vid tidpunkten för återförsäljningen.<sup>255</sup> Dessutom måste rättsinnehavaren bli rimligen ekonomiskt ersatt vid den ursprungliga försäljningen för att denne ska förlora sitt legitima intresse att kontrollera spridningen.<sup>256</sup>

Ett licensavtal av den här typen kan också innehålla förpliktelser. Dessa beror inte på rättsinnehavarens av lagen garanterade ensamrätter, utan baseras helt på avtalet. En vanlig typ av förpliktelse är att rättsinnehavaren tillåts genomföra regelbundna kontroller att licenstagaren använder programmet inom avtalets givna begränsningar.<sup>257</sup>

*UsedSoft* berör inte frågan om vad som händer med licensavtalsförpliktelser vid överlåtelse av en digital kopia av ett datorprogram. Av allmänna obligationsrättsliga principer följer emellertid att gäldenärsbyte inte får ske utan borgenärens samtycke.<sup>258</sup> Lindskoug menar att avtalsförpliktelserna därför generellt sett kvarblir hos den ursprungliga förvärvaren vid vidareförsäljning. Beror på hur en avtalsförpliktelse är formulerad kan detta bli problematiskt; innebär de att rättsinnehavaren ska ges tillstånd att inspektera lokalerna eller systemen där programmet används, kan inte den förste förvärvaren vid överlåtelse av programmet uppfylla sina förpliktelser.<sup>259</sup>

## 5.7.2 Efterföljande förvärvares rättställning

I *UsedSoft* fastslås att nedladdningen av en kopia av ett datorprogram och ingåendet av ett licensavtal rörande denna kopia utgör en odelbar enhet, för vilken konsumtion inträffar. Följden av detta blir alltså att licensen fritt kan överlåtas, oavsett om licensavtalets villkor uttryckligen förbjuder detta.<sup>260</sup>

Av ovan följer att efterföljande förvärvare av licensen har rätt att återge datorprogrammet. Men i vilken utsträckning blir en efterföljande förvärvare bunden av licensavtalets eventuella begränsningar av nyttjanderätten?

Vad gäller kvantitativa begränsningar, går det inte att splittra en licens avseende ett bestämt antal användare, såtillvida att den ursprungliga försäljaren vidare säljer de användarrättigheter denne inte har behov av.<sup>261</sup> Detta skulle nämligen strida mot konsumtionsprincipen i artikel 4.2 datorprogramdirektivet. Licensen måste alltså överlåtas i sin helhet, varför Lindskoug finner det

---

<sup>255</sup> Lindskoug i *EIPR* 2013, s. 290; mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 78. Av samma mål, p. 79 och 87, framgår att rättsinnehavaren har rätt att med alla till buds stående teknologiska medel försäkra sig om att kopian görs obrukbar.

<sup>256</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 61-63; jfr även Hilty & Köckli i *IIC* 2013, s. 280.

<sup>257</sup> Lindskoug i *EIPR* 2013, s. 290.

<sup>258</sup> Jfr Adlercreutz & Gorton (2011), s. 150.

<sup>259</sup> Lindskoug i *EIPR* 2014, s. 290, 295.

<sup>260</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 44, 48, 84.

<sup>261</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 86.



rimligt att den nye förvärvaren erhåller samma kvantitativa återgivningsrätt.<sup>262</sup> Vidare, har efterföljande förvärvare rätt till de ändringar och uppdateringar av en kopias programvara, som gjorts av rättsinnehavaren, under tiden kopian varit i den förste förvärvarens ägo.<sup>263</sup>

I sammanhanget bör påpekas att det bara är det antalet nyttjanderätter som köptes i samband med nedladdningen av datorprogrammet som påverkas av konsumtionen; ytterligare nyttjanderätter som köpts vid senare tillfälle kan ej fritt säljas vidare.<sup>264</sup>

Vad gäller en efterföljande förvärvares eventuella bundenhet av geografiska begränsningar i licensavtalet, finns det argument som talar såväl för som emot. Som argument för bundenhet anför Lindsoug två omständigheter. För det första, har rättsinnehavaren i licensavtalet avsett begränsa användningsområdet geografiskt. Detta villkor blir därmed på samma vis som ett villkor om antal tillåtna användare en del av den konsumerade spridningsrätten – en efterföljande förvärvares geografiska användningsrätt blir varken större eller mindre. För det andra, framgår det av artikel 5.1 datorprogramdirektivet att en laglig förvärvares återgivningsrätt begränsar sig till vad som är nödvändigt för att ”kunna använda programmet i överensstämmelse med dess avsedda ändamål.” Lindsoug påpekar dock att en geografisk gränslöshet inte torde vara ett nödvändigt villkor för att använda ett program i överensstämmelse med dess avsedda ändamål.<sup>265</sup>

Som argument mot att efterföljande förvärvare blir bundna av geografiska begränsningar, hänvisar Lindsoug till domstolens resonemang i *UsedSoft* om det särskilda föremålet för den immateriella rättigheten.<sup>266</sup> Det är enligt henne inte alls otänkbart att en bibehållen geografisk begränsning skulle begränsa spridningsrätten så till den grad att marknaden för begagnade licenser avskämmas: Ett tyskt företag skulle ha få incitament att köpa en använd licens som begränsar användningen av programmet till Danmark. Detta skulle i så fall gå utöver vad som är nödvändigt för att skydda det särskilda föremålet, och således vara oförenligt med fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor.<sup>267</sup>

I detta sammanhang påpekar dock Lindsoug att domstolen anser att det nödvändiga skyddet uppfylls då rättsinnehavaren fått en rimlig ersättning. Det går att argumentera för att en geografiskt begränsad licens är mindre värd än en licens som gäller för hela den inre marknaden. Rättsinnehavaren har i det här fallet fått en rimlig ersättning för denna mindre värda licens, varför konsumtion av spridningsrätten bara inträffar om den geografiska begränsningen respekteras. Gör inte detta, har en efterföljande förvärvare erhållit en licens av

---

<sup>262</sup> Lindsoug i *EIPR* 2014, s. 292.

<sup>263</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 64-68.

<sup>264</sup> Lindsoug i *EIPR* 2014, s. 292; jfr mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 71.

<sup>265</sup> Lindsoug i *EIPR* 2014, s. 293.

<sup>266</sup> Mål C-128/11, *UsedSoft*, p. 62-63; se även förenade målen C-403/08 och C-429/08, *Football Association Premier League*, p. 105-108.

<sup>267</sup> Lindsoug i *EIPR* 2014, s. 293 f.

större värde än den som rättsinnehavaren först överlät, för vilken rimlig ersättning inte betalats.<sup>268</sup>

Lindskoug menar ändå att det rimligaste är att anta att en efterföljande förvärvare inte blir bunden av en geografisk begränsning. Hon påpekar likväl att av ovan följer att ett annorlunda rättsläge inte utan vidare går att utesluta.<sup>269</sup>

Det framgår inte heller av *UsedSoft* huruvida en efterföljande förvärvare blir bunden av kvalitativa begränsningar. Begränsningar som binder licensen till den förste förvärvaren, som t.ex. att programmet endast får användas i samband med dennes näringsverksamhet torde inte vara tillåtna. Ett sådant villkor hade nämligen stridit mot vad domen fastslog om konsumtion enligt artikel 4.2 datorprogramdirektivet.<sup>270</sup>

För andra sorters kvalitativa begränsningar, som att programmet inte får användas för militära eller miljöskadliga ändamål, finns det enligt Lindskoug mycket som pekar på att de ska omfattas. För det första har rättsinnehavaren överlåtit licensen med dessa begränsningar, och en efterföljande förvärvare kan inte erhålla en större nyttjanderätt än den förste förvärvaren. För det andra, är en återgivning i strid mot dylika villkor normalt sett inte en nödvändighet för att använda programmet i överensstämmelse med dess avsedda ändamål. För det tredje kan det argumenteras att rättsinnehavarens ersättning endast har varit rimlig om de kvalitativa begränsningarna respekteras. Till skillnad från geografiska begränsningar finns det i den här situationen dessutom inte någon risk för avskärmning av marknaderna.<sup>271</sup>

Sammanfattningsvis menar Lindskoug att en efterföljande förvärvare av en licens tillerkänns den nyttjanderätt som följer av det ursprungliga licensavtalet. Däremot blir den efterföljande förvärvaren troligtvis bunden av licensavtalets begränsningar i nyttjanderätten, såvida inte dessa tjänar till att binda licensen till den förste förvärvaren. Inte heller sådana förpliktelser som följer av licensavtalet snarare än rättsinnehavarens lagstadgade ensamrätter torde gälla för efterföljande förvärvare. Vid köp av en använd licens föreligger faktiskt inget krav för förvärvaren att avge ett särskilt löfte till rättsinnehavaren.<sup>272</sup>

---

<sup>268</sup> Lindskoug i *EIPR* 2014, s. 294.

<sup>269</sup> Lindskoug i *EIPR* 2014, s. 294.

<sup>270</sup> Lindskoug i *EIPR* 2014, s. 294.

<sup>271</sup> Lindskoug i *EIPR* 2014, s. 294 f.

<sup>272</sup> Lindskoug i *EIPR* 2014, s. 295.

## 6 Sammanfattande analys

I den här avslutande, analytiska delen kommer jag sammanfatta rättsläget, så som det redogjorts för i uppsatsen. Med grund i detta, kommer jag sedan besvara de i kapitel 1 uppställda frågeställningarna.

I avsnitt 6.1 behandlas rättsläget för konsumtion av spridningsrätten till digitala verk enligt datorprogramdirektivet. Här besvaras inledningsvis en aspekt av min första frågeställning, om vilka verk som påverkas av principerna i *UsedSoft*, genom att kraven för skydd enligt datorprogramdirektivet fastslås. Därefter besvaras en del av den tredje frågeställningen, då jag tar ställning till om tolkningen av gällande rätt i *UsedSoft* är rimlig och korrekt.

I avsnitt 6.2 förs en analys om huruvida principerna i *UsedSoft* även stöder konsumtion av spridningsrätten till digitala verk enligt InfoSoc-direktivet. Eftersom *Allposters* fastslår att så inte är fallet, kommer jag fatta en slutsats om tolkningen av gällande rätt är korrekt även i denna dom. Dessutom besvaras hur konsumtionsprincipen i praktiken påverkas av avsaknaden av en bestämmelse likt den i artikel 5.1 datorprogramdirektivet. Det här avsnittet besvarar således ytterligare en aspekt av den första respektive den tredje frågeställningen.

I avsnitt 6.3 ges ett svar huruvida datorspel i digital form kan omfattas av konsumtionsprincipen. Svaret kommer ges mot bakgrund av vad som anförts i avsnitt 6.1 och 6.2, då datorspel innehåller förutom datorprogram även verk som skyddas av InfoSoc-direktivet. Frågan om hur datorspel ska klassificeras har besvarats i *Nintendo*, varför en bedömning om EU-domstolens tolkning av gällande rätt görs även här. Med det här besvaras de sista aspekterna av såväl den första som den tredje frågeställningen.

I avsnitt 6.4 och 6.5 besvaras uppsatsens andra frågeställning, om den digitala konsumtionsprincipens konsekvenser för marknaden och dess parter. Avsnitt 6.4 besvarar i vilken utsträckning en andrahandsförvärvare blir bunden av förpliktelser och villkor i det avtal som den förste förvärvaren ingått med rättsinnehavaren. I avsnitt 6.5 dras en slutsats över hur marknaden kommer att förändras, då rättsinnehavare kan antas vilja undvika *UsedSofts* konsekvenser, och hur detta påverkar konsumenterna,

Uppsatsen avslutas sedan med en slutkommentar, där alla frågor kortfattat besvaras.

## 6.1 Konsumtion av digitala verk enligt datorprogramdirektivet

### 6.1.1 Direktivets omfattning

De verk som erhåller upphovsrättsskydd enligt datorprogramdirektivet är enligt dess artikel 1 dels ”datorprogram”, dels ”förberedande designmaterial”. Förutom ett konstaterande i skäl 7 att alla former av datorprogram erhåller skydd, och att designmaterial måste resultera i ett datorprogram för att erhålla skydd, definieras inte begreppen närmre i direktivet.

Av praxis har emellertid framkommit att skyddet enligt direktivet är snävt. I *Bezpečnostní softwarová asociace* och *SAS Institute* konstaterades att skyddsobjektet enligt datorprogramdirektivet är de uttrycksformer av program som möjliggör för en dator att fullgöra sin funktion. I praktiken innebär detta att till ”datorprogram” räknas endast käll- och objektкод, då det är de här som möjliggör att ett datorprogram kan mångfaldigas i olika datorspråk. Förberedande designmaterial skyddas endast då det leder till ett senare skapande eller mångfaldigande av ett program, dvs. sådant material som används för formgivningen av programmets strukturer.

Ett grafiskt gränssnitt är den delen av ett datorprogram som möjliggör en användares interaktion med datorprogrammet. Sådana erhåller därför, enligt *Bezpečnostní softwarová asociace*, inte skydd enligt datorprogramdirektivet. De möjliggör inte mångfaldigande i datorspråk, utan är endast en del av datorprogrammet som möjliggör för användare att utnyttja programmets funktioner. Med hänvisning till det här resonemanget, ansågs i *SAS Institute* ett datorprograms funktion som sådan, eller det programspråk och filformat som datorprogrammet använder inte kan uppfylla kraven för upphovsrättsligt skydd.

Att delar av program liksom ett programs funktion i sig inte ska erhålla upphovsrättsskydd enligt datorprogramdirektivet är rimligt. Som EU-domstolen konstaterade i *SAS Institute*, skulle det motsatta ha inneburit att idéer hade kunnat monopoliseras, vilket hade varit till nackdel för den tekniska och industriella utvecklingen. För att använda ett exempel, skulle ett ordbehandlingsprograms utvecklare i så fall erhålla upphovsrättsligt skydd för programets ordbehandlingsfunktion som sådan. Detta hade gett utvecklaren en alltför långvarig ensamrätt att producera ordbehandlingsprogram. Med andra ord skulle en sådan dom ha gått tvärt emot doktrinen om allmänt rättfärdigande, genom vilken immateriella rättigheter finner stöd för sin själva existens.

Det är dessutom inte så att datorprogrammets delar aldrig kan erhålla skydd. Enligt de ovan redovisade målen framgår att gränssnitt, programfiler och även instruktionsmaterial istället kan skyddas som verk enligt InfoSoc-direktivet. För detta krävs emellertid, enligt principerna från *Infopaq I*, att verket är originellt i den meningen att det kan anses utgöra upphovsmannens egen intellektuella skapelse.

Av *UsedSoft* framgår att konsumtionsprincipen i artikel 4.2 datorprogramdirektivet omfattar såväl fysiska som digitala kopior av datorprogram. För att konsumtion enligt direktivet ska inträffa, behöver emellertid datorprogrammen innehålla käll- och objektкод som gör det möjligt för en dator att fullgöra sin funktion.

### 6.1.2 Är avgörandet i *UsedSoft* förenligt med tidigare rätt?

Som Riis m.fl. konstaterar, tyder *UsedSoft* på ett paradigmskifte vad gäller spridningsbegreppet, åtminstone vad gäller datorprogram. Istället för att luta tillbaka på en flera decennier gammal regel om prestationens karaktär, skiftas fokus till den ekonomiska verkligheten hos transaktionen. Jag anser att detta är rimligt. Uppdelningen mellan icke-fysiska tjänster, för vilka konsumtion inte inträffar, och fysiska varor som omfattas av konsumtionsprincipen, härstammar från *Coditel*-målen. Sedan dessa mål meddelades 1980 respektive 1982, har sättet som konsumenterna tar del av upphovsrättsskyddat material emellertid förändrats kraftigt. *Coditel*-målen behandlade TV-sändningar, och för sådana torde målen fortfarande vägledande. Vid en TV-sändning sker ingen äganderättsövergång, och att fortsatt klassificera dessa som tjänster framstår som okontroversiellt. I omständigheter som i *UsedSoft* däremot, då en köpare erhåller en i tiden obegränsad nyttjanderätt till ett verk mot en rimlig ersättning till rättsinnehavaren, känns klassificeringen som tjänst något malplacerad. Den ekonomiska verkligheten är att båda transaktionens parter hamnar i samma situation som om en fysisk vara hade sålts. En överföring online är, som EU-domstolen konstaterar, funktionellt jämförbar med försäljningen av en fysisk vara. Alltså faller det sig naturligt att även en vidareförsäljning måste vara tillåten, förutsatt att överlåtaren gör sin egen kopia obrukbar: spridningsrätten syftar endast till låta rättsinnehavaren bli ekonomiskt ersatt för sitt verk. Om rättsinnehavaren även efter compensation skulle kunna kontrollera spridningen, hade detta gått utöver syftet med rättigheten.

Domens kritiker menar att EU-domstolen gör en alldeles för vidsträckt tolkning av direktiven för att nå sin slutsats. Detta påstående är svårt att förneka. I kommissionens rapport om datorprogramdirektivet fastslags att leverans av datorprogram via onlinetjänster inte ska föranleda konsumtion. WCT, som EU har ratificerat och därmed åtagit sig att genomföra, ger också uttryck för denna åsikt. Artikel 6 WCT, förtydligat av *Agreed statements*, utesluter konsumtion för digitala verk. Digitala överföringar skyddas genom rätten till överföring i artikel 8 WCT, för vilka konsumtion inte inträffar. Även *InfoSoc*-direktivet tycks bekräfta den här indelningen, genom sina skäl 28 och 29. Som EU-domstolen själv har påpekat ska immaterialrättsliga begrepp i direktiv i princip ges samma innebörd, om inte unionslagstiftaren i ett specifikt lagstiftningssammanhang haft en annan åsikt.

Vad kritikerna emellertid bortser från är konsumtionsprincipens ursprung, genom EU-domstolens tolkning av fördragen i *Deutsche Grammophon*. Principen uppstod som en garant för att restriktioner i spridningen av ett verk inte

går utöver vad som är nödvändigt för att skydda det särskilda föremålet för den immateriella rättigheten. Av detta följer två iakttagelser: För det första, utgör konsumtionsprincipen till sin natur en avvägning mellan intresset av en fri rörlighet på den inre marknaden och den monopolistiska immaterialrätten. Som sådan, måste dess exakta utformning ändras i takt med att marknaden förändras för att kunna uppfylla sitt syfte. För det andra, utgör bestämmelserna om fri rörlighet en del av primärrätten. Av unionsrätten följer att bestämmelserna i både direktiven och WCT, som utgör sekundärrätt, måste tolkas på ett sätt som är förenligt med primärrätten.

En ordalydelsestolkning av icke bindande tolkningsinstrument till sekundär-rättsliga dokument, torde inte vara förenlig med EU-rätten.

Tolkningen är helt isolerad från de faktiska omständigheterna på marknaden som konsumtionsprincipen verkar i. En sådan tolkning skulle leda till en avskärmning av marknaderna, då rättsinnehavarens kontroll över spridningsrätten hade varit mycket stor på den fria rörlighetens bekostnad. Istället använder domstolen den i sammanhanget rimligare ändamålstolkningen, för att skapa en balans mellan konsumenters och rättsinnehavares respektive intressen.

I detta sammanhang finner jag även domstolens tolkning av artikel 5.1 datorprogramdirektivet rimlig. Generaladvokaten påpekade förvisso i sitt förslag till avgörande att så som bestämmelsen är formulerad, borde återgivningsrätten endast omfatta dem som redan har en kopia. Det skulle enligt honom därför gå utöver vad unionslagstiftaren avsett att ge en andrahandsförvärvare av ett datorprogram en rätt till återgivning av det. Konsumtionsprincipen är som ovan anført emellertid en del av primärrättens regler om fri rörlighet, och tolkningen av direktiven måste ske förenligt med dessa bestämmelser. En förbjuden återgivningsrätt innebär i praktiken för datorprogram en förbjuden nyttjanderätt. Att inte tillåta nyttjandet av ett datorprogram, eller snarare låta nyttjanderätten kvarbli hos rättsinnehavaren, i en situation är funktionellt jämförbar med en försäljning av en vara, kan knappast sägas vara förenligt med fördragets regler.

Det går att anföra att EU-domstolen i sin tolkning frångår principen om förutsebarhet i lagstiftningen, då den bortser från ordalydelsen i lagtexten. Här måste återigen bestämmelserna sättas in i ett större sammanhang, och fördragets ändamål måste komma i första hand. Marknaden och därmed rättsläget ändras, inte minst i och med internets hastiga framväxt. Lagen måste således kunna anpassa sig därefter, för att kunna fylla sin funktion och för att inte lämna områden oregerade. I slutänden är det en fråga om rättssäkerhet, den tillfälliga bristen i förutsebarhet till trots.

Utöver kritiken att domstolen skulle ha tolkat gällande rätt fel, har *UsedSoft* mötts av kritik av två andra anledningar. För det första menar kritikerna att EU-domstolen i sitt resonemang inte haft i åtanke att en vidare såld ”begagnad” kopia av ett datorprogram är *kvalitativt identisk* med kopiorna som rättsinnehavaren säljer. För det andra, består domstolens enda eftergift för rättig-

hetsinnehavare att bevaka sina rättigheter i det tillåtna användandet av tekniska skyddsmetoder – ett medel som åtminstone i fallet iTunes (se ovan 5.6) visat sig vara impopulärt.

Dessa argument har i min mening större trovärdighet än att EU-domstolen skulle ha gjort en feltolkning av rätten, som anförts ovan. Det är ett problem för rättssinnehavare att incitamenten minskar för konsumenter att köpa direkt från dem. Varför skulle de köpa ett dyrare, nytt datorprogram, när de kan få en kvalitativt likvärdigt kopia till ett billigare pris på andrahandsmarknaden? Likaså är det inte otänkbart att konsumenter kommer välja bort rättssinnehavare som använder sig av tekniska skyddsmetoder till förmån för andra datorprogramleverantörer. Detta kan hämma marknaden för upphovsrättsskyddade verk, vilket i sin tur kan leda till att den kreativa och teknologiska utvecklingen i någon mån stagnerar.

Emellertid behöver en helhetsbild över EU-rätten iaktas även för dessa argument. Är EU-domstolens roll att finna materiella lösningar i varje individuellt fall? Svaret på frågan är nekande. Domstolens roll i förhandsavgöranden är att förklara hur unionsrättsliga bestämmelser ska tolkas och huruvida bestämmelserna är förenliga med fördragen. I denna egenskap fattar den principiella avgöranden. I fallet *UsedSoft* torde EU-domstolen därför rimligen ha vägt för- och nackdelar mot varandra och nått det resultat där de respektive intressen som stod på spel balanserades bäst, inom ramen för konsumtionsprincipen. Vinstmaximering för rättssinnehavare är inte en rättighet som garanteras av fördragen. Dessutom står inte rättssinnehavare helt handfallna efter domen; som kommer diskuteras nedan är det troligt att sättet som datorprogram i digital form erbjuds kommer att förändras. Vidare står det rättssinnehavare fritt att anpassa sin prisbild efter detta förändrade rättsläge för att kompensera för färre potentiella köpare.

I slutändan är det dock så att oavsett vad kritiker säger om *UsedSoft*, har rättsläget inte ändrats mycket. Som Nicholson påpekar, kvarstår konsumtion av fysiska varor som den rättsliga normen: domen fastställer endast att konsumtion av digitala verk sker endast då en överföring online av ett *datorprogram* är funktionellt jämförbar med en fysisk överföring, och då kriterierna för försäljning uppfylls. EU-domstolen ger inte en tolkning som gör konsumtionsprincipen helt teknikneutral, men den gör den åtminstone *mer* teknikneutral, och därmed bättre anpassad till informationssamhället. Ett fokus på en transaktions ekonomiska karaktär, snarare än prestationens karaktär som sådan, är bättre för en marknad där den ständiga teknologiska utvecklingen förändrar sättet som konsumenter tar del av upphovsrättsskyddat material.

## **6.2 Rättsläget för konsumtion av andra digitala verk**

### **6.2.1 Borde konsumtionsprincipen omfatta**

## andra digitala verk?

I sin kommentar till *UsedSoft* konstaterar Dreier att EU-domstolen i *det aktuella fallet* ger den fria rörligheten av varor företräde framför upphovsrättsliga anspråk på ensamrätter. Vad domen inte ger svar på är när den fria rörligheten ska ha företräde, och när de upphovsrättsliga anspråken ska ha det. Efter *Allposters* torde rättsläget ha blivit klarare: konsumtionsprincipen i artikel 4.2 InfoSoc-direktivet gäller exklusivt för fysiska varor. Svaret på frågan som flitigt diskuterats i doktrin, huruvida principerna från *UsedSoft* även går att tillämpa på andra verk, är alltså nekande. En fråga som jag misstänker kommer bli desto mer relevant i sviterna av *Allposters* är huruvida denna dom är *korrekt*, och om konsumtionsprincipen i InfoSoc-direktivet trots allt *borde* omfatta digitala verk. I det här avsnittet kommer jag, mot bakgrund av de tidigare i uppsatsen framförda argumenten, ta ställning till denna fråga.

I *Allposters* gör EU-domstolen en ordalydsetolkning av konsumtionsprincipen i InfoSoc-direktivet, mot bakgrund av dess skäl och WCT (vars genomförande i EU-rätten var ett av direktivets uttryckliga syften). Genom detta, kommer den fram till att InfoSoc-direktivets konsumtionsprincip endast omfattar fysiska föremål. Det här resonemanget framstår i mening som en förenkling av rättsläget och dessutom som motstridigt mot vad EU-domstolen anförde i *UsedSoft*. Om en slutsats går att dra från *UsedSoft*, är den att rättsläget för digitala verk i informationssamhället är alltför invecklat för att enbart en ordalydsetolkning ska kunna ge tillfredställande svar. Hade inte så varit fallet, skulle den långa diskussion som fördes om såväl funktionell jämförbarhet mellan digitala och fysiska exemplar som konsumtionsprincipens bakomliggande syfte varit överflödig.

Med beaktande av detta, framstår kritiken som Savič framför mot domen som berättigad. Som hon påpekar, har den snabba teknologiska utvecklingen ändrat rättsläget sedan InfoSoc-direktivet och WCT författades. Gränsen mellan datorprogram och andra verk blir enligt Savič mer otydlig ju mer avancerad teknologin blir. Det här konstaterade även kommissionen i Grönbok 1995. Således borde EU-domstolen istället för att kort konstatera rättsläget utifrån ordalydelsen, åtminstone ha fört en diskussion likt den som domstolen förde i *UsedSoft*.

Om EU-domstolen i *Allposters* hade diskuterat InfoSoc-direktivets konsumtionsbestämmelse i ett större perspektiv, skulle den då ha kommit fram till ett annat resultat? Annorlunda uttryckt, *borde* spridningsrätten konsumeras även för andra verk än datorprogram?

Ett starkt argument för att andra verk borde omfattas är det faktum att, som EU-domstolen konstaterar i *UsedSoft*, försäljning av verk i digital respektive fysisk form är *funktionellt jämförbara*. Likhetsprincipen kräver därför att konsumtion av spridningsrätten ska ske oavsett verkets form. Påståendet är inte enbart sant för datorprogram, utan även för andra verk. Det är exempelvis ingen funktionell skillnad på en försäljning av en DVD-film jämfört med en



nedladdning av samma film mot ersättning. Förutsatt att kriterierna för försäljning uppfylls, torde spridning ha skett. Spridningsrätten konsumeras, och således står det förvärvaren fritt att vidareförsälja sin kopia av verket, under förutsättning att kopian görs obrukbar.

Med samma ekvivalenstanke borde det gå utöver vad som är nödvändigt för att skydda det särskilda föremålet att undanta digitala verk från InfoSoc-direktivets konsumtionsprincip. En sådan särbehandling leder även för andra verk än datorprogram till starkare rättigheter för rättsinnehavare på bekostnad av den fria rörligheten, med en avskärmning av marknaderna som följd. Syftet med spridningsrätten är att låta rättsinnehavaren erhålla en *rimlig ersättning vid första försäljningen* av sina verk. Utan konsumtion av spridningsrätten skulle rättsinnehavaren kräva ersättning vid *varje vidareförsäljning*. Som varor på den inre marknaden skiljer sig inte datorprogram i det här avseendet inte från andra typer av verk. Uppfylls således kriterierna för försäljning som uppställs i *UsedSoft*, borde konsumtion inträffa.

I doktrinen har emellertid hävdats att eftersom EU-domstolen i *UsedSoft* bekräftar att datorprogramdirektivet är *lex specialis*, är de argument som framförs i domen unika för detta direktiv. Således innebär den ändamåls- och ordalydelsetolkning som görs av datorprogramdirektivet att en mer vidsträckt tolkning är omöjlig. Det här argumentet är i min mening inte hållbart. Den redovisning som genomförts i detta och föregående avsnitt visar tydligt att principerna som framkommer i *UsedSoft* i allra högsta grad inte är unika för datorprogramdirektivet. Tvärtom är argumenten allmänt hållna, och faller tillbaka på primärrättsliga principer och regler som ska gälla allmänt för hela den inre marknaden.

Mot en tolkning för en utvidgning av en digital konsumtionsprincip står den etablerade EU-rättsliga uppdelningen mellan varor och tjänster. Enligt denna, är det enbart den förra kategorin som föranleder konsumtion. Skälen 28 och 29 i InfoSoc-direktivet och WCT:s Agreed statements pekar tydligt på att lagstiftaren bedömt att onlineöverföringar ska anses utgöra tjänster. Som Schulze påpekar, går det inte att helt enkelt att avfärda detta ställningstagande med att lagstiftarna omöjligt kunde förutse den framtida betydelsen av handel av verk genom nedladdning. Av WCT:s ingress framgår nämligen att ett av fördragets syften är att anpassa rätten till den teknologiska utvecklingen.

Det framgår av både *UsedSoft* och *Premier League* att begrepp i upphovsrättsliga direktiv i princip ska ha samma innebörd, om inte lagstiftaren i ett specifikt sammanhang har uttryckt en annan avsikt. Mot bakgrund av detta kan, vid första anblick, anföras att den tolkning som görs av konsumtionsprincipen i *UsedSoft* ska gälla för alla direktiv. Ett sådant påstående bortser emellertid från två omständigheter. För det första finns det, som ovan anförts, goda belägg för att unionslagstiftaren har avsett att konsumtionsbestämmelsen i InfoSoc-direktivet endast omfattar fysiska exemplar.

För det andra, skiljer sig ordalydelsen åt i artikel 4.2 datorprogramdirektivet respektive artikel 4.2 InfoSoc-direktivet. Så som den senare bestämmelsen är

formulerad, tycks endast fysiska exemplar omfattas. I exempelvis den engelska respektive den franska språkversionen av direktivet framgår denna avgränsning tydligare: det heter att konsumtion av spridningsrätten inträffar efter första försäljningen av ett "object" respektive "objet", vilket antyder att bestämmelsen endast omfattar *fysiska föremål*. Denna tolkning av InfoSoc-direktivet får stöd av avgörandet i *Allposters*.

För ett definitivt svar på frågan, måste dock konsumtionsbestämmelsen återigen sättas i ett större sammanhang: den EU-rättsliga normhierarkin. Som anförts i detta kapitel, kan EU-domstolens resonemang i *UsedSoft* om såväl funktionell jämlighet som konsumtionsprincipens syfte knyts till primärrätten. InfoSoc-direktivet och WCT utgör sekundärrätt, och denna måste alltid tolkas på ett sätt som är förenligt med primärrätten. Att lagstiftarens avsikt med dessa dokument verkar ha varit att aldrig låta onlineöverföringar bli föremål för konsumtion, måste i sammanhanget tillmätas liten relevans. Denna avsikt är nämligen oförenlig med fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor och med likabehandlingsprincipen. Försäljning av ett verk i fysisk respektive digital form är ekonomiskt och funktionellt jämförbart. Likaså, att inte låta spridningsrätten konsumeras efter en digital överföring av ett verk, för vilken rekvisiten för försäljning har uppfyllts, skulle gå utöver vad som är nödvändigt för att skydda det särskilda föremålet för upphovsrätten. Spridningen av verket begränsas kraftigt då rättsinnehavaren kan fortsatt kontrollera den, och marknaderna avskärmade.

Den teknologiska utvecklingen har lett till att marknaden för upphovsrättsligt skyddade verk har förändrats, och det är troligt att den kommer leda till ytterligare förändringar i framtiden. Därför borde upphovsrätten vara flexibel, så att den på bästa vis kan bibehålla balansen mellan rättsinnehavares och allmänhetens intressen.

## 6.2.2 Särskilt om återgivningsrätten

Det går att i teorin föreställa sig ett rättsläge, där konsumtion av spridningsrätten kan ske till ett digitalt verk, men där återgivningsrätten kvarblir hos rättsinnehavaren. I praktiken blir dock konsumtionsprincipen meningslös om en förvärvare inte medges en rätt att återge, och därmed åtnjuta, det digitala verket. I *UsedSoft* medgavs en andrahandsförvärvare en återgivningsrätt baserat på artikel 5.1 datorprogramdirektivet. En sådan rätt återfinns inte i InfoSoc-direktivet, vilket bl.a. framgår av *Infopaq*-målen. Potentiellt kan därför hela diskussionen om en konsumtion av spridningsrätten för digitala verk vara överflödig. Som redovisats i uppsatsen (ovan 5.4), har förslag på lösningar på problemet getts i doktrinen.

Den troligaste lösningen torde vara en implicit rätt till återgivning, som inträder i samband med konsumtion av spridningsrätten. Denna implicita rätts existens får stöd av den starkt ändamålsorienterade argumentationen som EU-domstolen för i *UsedSoft*. Om den fria rörligheten inte får hindras med mer än vad som krävs för att skydda immateriella rättigheter, måste återgivningsrätten såvitt gäller digitala verk vara underordnad konsumtionsprincipen. Ett

digitalt verk kräver nämligen återgivning för att överhuvudtaget kunna användas. Som ovan (3.2.4) anförts, medför en avsaknad av en rätt till återgivning att en andrahandsförvärvare, trots att konsumtion inträffat, inte kan använda sitt verk. Detta utgör en stor restriktion av den fria rörligheten, vilket går emot konsumtionsprincipens ändamål.

En dylik implicit rätt för den varumärkesrättsliga konsumtionsprincipen har tidigare erkänts av EU-domstolen, i *Dior*. I domen dras också en parallell till upphovsrätten, där det konstateras att återgivningsrätten i det här avseendet *inte kan anses vara mer vidsträckt* än dess varumärkesrättsliga motsvarighet. Således är sannolikheten god att en framtida ändamålsorienterad dom medger att en rätt till återgivning av digitala verk, som en följd av konsumerad spridningsrätt. Under alla förutsättningar borde dock omständigheterna vara desamma som i *UsedSoft* för att denna rätt ska medges, dvs. en försäljning måste äga rum. Om så inte är fallet har ingen försäljning skett, och således har inte någon spridning skett; konsumtion aktualiseras alltså inte.

Günther ger ett alternativt förslag att som skulle medföra att problematiken med bristen på återgivningsrätt vid andrahandsförsäljning undviks. Då ett verk vidare säljs tillsammans med det fysiska medium som det först laddats ned på, sker ingen ny återgivning i samband med överlåtelsen. Det är i det här fallet samma kopia som vid den första, tillåtna återgivningen. Förutsatt att den nye förvärvaren inte heller överför verket till ett annat lagringsmedium, sker inte heller senare någon ny återgivning. Det här tillvägagångssättet verkar mycket riktigt vara förenligt med InfoSoc-direktivet, men som Günther också påpekar, har det en begränsad praktisk nytta. I praktiken utgör den här överlåtelsemodellen en traditionell, fysisk överlåtelse, då det inte under någon del av överlåtelseprocessen får ske en onlineöverföring. En sådan medför nämligen alltid en återgivning av verket. Onlineöverföringar utgör en stor praktisk fördel vid handel av digitala verk, då sådana dels möjliggör att snabbt få verket i sin ägo, dels eliminerar behovet av en fysisk äganderättsövergång.

Riis m.fl. föreslår att artikel 5.2 b InfoSoc-direktivet, om rätten till mångfaldigande för privat bruk, kan tolkas som att den ger en rätt motsvarande den i artikel 5.1 datorprogramdirektivet. Emellertid kräver bestämmelsen att syftet med mångfaldigandet inte får vara direkt eller indirekt kommersiellt. Klart är därför att företag som UsedSoft, vars affärsmodell bygger på andrahandsandel av verk, inte kan förlita sig på denna bestämmelse. Däremot torde det vara möjligt att bestämmelsen kan tillämpas vid handel mellan två privatpersoner. En digital andrahandsmarknads eventuella framgång vilar dock i att transaktioner underlättas, exempelvis genom upprättandet av marknadsplatser online. De ansvariga för administrationen av dessa marknadsplatser måste anses ha åtminstone ett indirekt kommersiellt syfte i mångfaldigandena som sker. Således är även det här förslaget av begränsad praktisk nytta.

### **6.3 Konsumtionsprincipen och datorspel**

Rättsläget för konsumtionsprincipen i förhållande till datorspel är minst sagt invecklat, eftersom de är "hybridverk", som innehåller såväl datorprogram

som andra audiovisuella verk. Så som den gällande rätten i skrivande stund ser ut, omfattas datorprogram i digital form av konsumtionsprincipen (jfr *UsedSoft*), medan verk som skyddas av InfoSoc-direktivet inte gör det (jfr *Allposters*). Av *UsedSoft* framgår att datorprogramdirektivet är upphovsrättslig *lex specialis*. Trots detta beslutade EU-domstolen i *Nintendo* att datorspel skyddas i sin helhet av InfoSoc-direktivet. Den tycks hålla med generaladvokatens åsikt att datorprogramdirektivet, som *lex specialis*, endast har företräde då ett verk i sin helhet omfattas av direktivet. Slutsatsen vad gäller konsumtion av spridningsrätten till datorspel, är att denna regleras enligt InfoSoc-direktivet. En försäljning av ett datorspel i digital form föranleder alltså inte konsumtion.

Jag är kritisk till det rådande rättsläget av två anledningar. För det första, är jag som tidigare anfört i analysen av åsikten att InfoSoc-direktivets konsumtionsprincip *borde* omfatta även digitala verk. Hade EU-domstolen i *Allposters* tolkat rätten på ett sätt som är förenligt med primärrätten, skulle konsumtionsprincipens förhållande till datorspel i digital form varit en icke-fråga. Försäljning av datorspel i digital form skulle då utan tvekan utlösa konsumtionsprincipen.

För det andra, ställer jag mig tveksam till tolkningen som görs i *Nintendo* om vad principen om *lex specialis* ska innebära. Här håller jag med Rendas, som menar att poängen inte är att *lex specialis* måste vara tillämpligt i sin helhet för att ges företräde. En speciallagstiftning är till sin natur mer specifik och detaljerad än allmän lagstiftning. Således är den bättre anpassad för att reglera det särskilda område som motiverade speciallagstiftningen från första början. Det här anser jag vara sant också för datorspel, där programvaran dominerar samtliga aspekter av spelet. Därför borde det vara tillräckligt att *lex specialis*, dvs. datorprogramdirektivet, är delvis tillämpligt. Detta skulle leda till en situation där även datorspel i digital form omfattas av konsumtionsprincipen.

## 6.4 Andrahandsförvärvares bundenhet av licensavtalet

Av central vikt för rättsläget, och med konsekvenser för marknaden för digitala verk, är vilka villkor i den överlåtna nyttjanderättslicensen som rättsinnehavare kan göra gällande mot andrahandsförvärvare. Som Lindsoug påpekar, följer det av allmänna obligationsrättsliga principer att galdenärbytte inte får ske utan borgenärens samtycke. Därför måste huvudregeln vara att medan de *rättigheter* som ges av licensavtalet överläts till andrahandsförvärvare, kvarblir tyngande *förpliktelser* hos den förste förvärvaren.

Rättigheter kan emellertid begränsas i ett avtal. Återgivningsrätten i det aktuella licensavtalet i *UsedSoft* var exempelvis belagd med kvantitativa begränsningar: datorprogrammet fick endast återges på 25 datorer. EU-domstolen beslutade att denna kvantitativa begränsning gäller även vid vidareförsäljning. Ett motsatt resonemang skulle nämligen innebära att den ursprunglige förvärvaren inte hade behövt göra hela sin nyttjanderätt obrukbar. Denne skulle då

kunnat behålla delar av licensen, trots att återgivningsrätten hade överförts till den nye förvärvaren, och således gjort intrång på rättsinnehavarens återgivningsrätt.

Den bibehållna kvantitativa begränsningen kritiseras av Hilty och Köklü, som menar att detta är ett sätt att skydda en affärsmodell snarare än det särskilda föremålet för upphovsrätten. Jag ställer mig frågande till Hiltys och Köklüs resonemang. Det är sant att det är ett affärsmässigt val att erbjuda volymlicenser. Emellertid är det lika sant att en tillåten splittring av en volymlicens innebär att den ursprunglige förvärvaren gör ett intrång i återgivningsrätten. För att transaktionen ska vara funktionellt jämförlig med en försäljning, måste denna rätt nämligen överlätas tillsammans med nyttjanderättslicensen. Det står dessutom en förvärvare som inte uppskattar volymlicenser fritt att välja en annan datorprogramleverantör på marknaden.

Vidare, menar Lindskoug att geografiska begränsningar i ett licensavtal förmodligen inte binder en andrahandsförvärvare, vilket jag håller med om. En begränsning att ett datorprogram endast får användas i exempelvis Danmark hade gjort att få, om några, potentiella andrahandsförvärvare hade varit intresserad av licensen. Att kräva efterlevnad av ett sådant villkor även för andrahandsförvärvare måste anses gå utöver vad som är nödvändigt för att skydda det särskilda föremålet för upphovsrätten. Målet med skyddet är att tillförsäkra rättsinnehavaren ersättning, och att gå utöver detta hade lett till en avskärmning av marknaderna för begagnade mjukvarulicenser. Begränsningen strider alltså mot fördragets regler om fri rörlighet.

Lindskoug påpekar att rättsinnehavaren i den här situationen eventuellt inte anses ha blivit rimligt ersatt, eftersom en geografiskt begränsad licens skulle vara mindre värd än en geografiskt obegränsad. Emellertid måste de primärrättsliga reglerna även här äga företräde, och det står alltså rättsinnehavaren fritt att anpassa sina priser efter rättsläget. Vinstmaximering är, som tidigare nämnt i analysen, ingen rättighet som garanteras av fördragen.

Jag håller med Lindskoug i att ett villkor som begränsar nyttjanderätten till den förste förvärvarens näringsverksamhet inte kan vara tillåtet. Ett sådant villkor hade nämligen i praktiken omöjliggjort konsumtion av spridningsrätten, som garanteras enligt artikel 4.2 datorprogramdirektivet.

Övriga begränsande villkor som varken leder till en avskärmning av marknaderna eller begränsar användningsområdet mer än nödvändigt, torde de gå att göra gällande mot en andrahandsförvärvare.

## **6.5 Framtiden för den digitala andrahandsmarknaden**

Som framgått av redovisningen ovan (5.6), finns det en bred uppfattning i doktrinen att andrahandsmarknaden för åtminstone datorprogram i digital

form<sup>273</sup> kommer att förändras som en följd av *UsedSoft*. Det är rimligt att anta att rättsinnehavare av ekonomiska skäl kommer vilja bibehålla kontrollen över spridningen av sina digitala verk, varför de kommer försöka undvika att omfattas av domens principer. Således torde alternativa distributionsmodeller användas, genom vilka kriterierna från *UsedSoft* för att konsumtion ska inträffa inte uppfylls.

Kravet på att en förvärvare ska erhålla en i tiden obegränsad nyttjanderätt undviks genom att istället erbjuda verk genom exempelvis tidsbegränsade avtal, som t.ex. streaming- eller prenumerationstjänster. Likaså sker ingen äganderättsövergång för verk som erbjuds genom en molnbaserad tjänst. En kopia av verket överförs med en sådan tjänst aldrig till ett lagringsmedium tillhörande den som ingått avtalet.

Emellertid torde det förhålla sig så, att rättsinnehavarna inte kan utforma avtalen för dessa alternativa distributionsmodeller hur som helst. Det finns, som bl.a. Torremans påpekar, goda skäl att fortsatt klassificera sådana tidsbegränsade avtal, som löper över en tid som överstiger ett datorprogramms funktionella livstid, som försäljning. Förutsatt att rättsinnehavaren har blivit rimligt ekonomiskt ersatt, är situationen jämförbar med en försäljning. Förvärvarens nyttjanderätt löper nämligen över hela perioden som programmet är användbart. Utöver detta, framhölls i *UsedSoft* vikten av den inre marknadens effektivitet. Med detta i åtanke, håller jag med Stothers i att rättsinnehavare borde vara uppmärksamma på att utforma avtalsvillkor i enlighet med fördragets regler. Om inte, riskerar villkoren att bortses från i en framtida dom.

Som Nicholson påpekar, kan en framtida dom komma att ändra rättsläget ytterligare. Eftersom det i *UsedSoft* fastslogs att en kopias form är oväsentlig för konsumtionsprincipen, är det enligt honom inte otänkbart att EU-domstolen i framtiden beslutar att själva äganderättsövergången också är det. Nicholsons artikel är emellertid skriven innan *Allposters* meddelades. I och med *Allposters* har EU-domstolen emellertid övergivit den i min mening rimligare ändamålstolkningen till förmån för en ordalydsetolkning, isolerad från sitt större sammanhang. Som rättsläget ser ut för närvarande, torde dock de ovan beskrivna distributionsmodellerna vara godkända enligt EU-rätten.

I slutänden beror dessa alternativa distributionsmodellernas framgång på huruvida konsumenterna kommer att finna sig i dessa förändringar. Modellerna fråntar konsumenterna möjligheten att förfoga över verk som de vill. Vidare, särskilt vad gäller streaming- och molntjänster, kräver dessa ofta en internetuppkoppling för åtkomst till verken. Nicholson påpekar att många upplever det som mer naturligt att ladda ned ett verk för att sedan fritt kunna förfoga över det. Streamingtjänsternas eventuella framgång kan emellertid helt omintetgöra behovet av en andrahandsmarknad. En sådan framtid är inte alls omöjlig, vilket musikstreamingtjänsternas storlek på marknaden i Sverige pekar på.

---

<sup>273</sup> För andra digitala verk inträffar inte konsumtion enligt *Allposters*. Jag är dock av åsikten att tolkningen av gällande rätt i denna dom brister, se ovan avsnitt 6.2.1.

En annan möjlig konsekvens av *UsedSoft* kan bli att priserna kan komma att höjas för digitala verk som erbjuds genom försäljning. Eftersom ett ”begagnat” digitalt verk är kvalitativt identiskt med ett nytt, kan rättsinnehavare efter den digitala andrahandsmarknadens upprättande komma att kompensera för minskande intäkter. Likaså är det rimligt att anta att användandet av tekniska skyddsmodeller kommer att öka, och att nya skyddsmodeller tas fram, då möjligheten att tillämpa sådana uttryckligen medgavs i *UsedSoft*.

## 6.6 Slutkommentar

Den här studien har mynnat ut i en slutsats som ifrågasätter det gällande rättsläget, så som det utformats som en följd av EU-domstolens tolkning av gällande rätt. I *Allposters* tycks EU-domstolen hastigt överge den ändamålstolkning som den i *UsedSoft* framhävde som det enda rimliga alternativet. Således blir svaret på uppsatsens första frågeställning att de enda verk i digital form som omfattas av konsumtionsprincipen är datorprogram enligt artikel 1 datorprogramdirektivet. Detta skydd är snävt, och omfattar i princip enbart käll- och objektкод, samt sådant förberedande designmaterial som bidrar till ett programs skapande eller mångfaldigande.

Eftersom *Allposters* bryskt har stängt dörren för en utvidgad digital konsumtionsprincip, blir frågan om andra verk trots allt *borde* omfattas än mer relevant. Det är här min mening att EU-domstolens korta resonering är felaktigt. Genom att nöja sig med en ordalydelsestolkning av en sekundärrättslig regel, bortser den från det större sammanhanget. Som framgår av *UsedSoft* är en försäljning av ett verk i digital form funktionellt och ekonomiskt jämförbar med försäljning av ett fysiskt dito. Likaså går det utöver vad som är nödvändigt för att skydda upphovsrättens särskilda föremål att inte medge konsumtion av digitala verk: spridningsrätten existerar för att rättsinnehavaren ska få möjlighet att bli ekonomiskt ersatt. En spridningsrätt som går utöver detta leder till en begränsning av den fria rörligheten som inte är förenlig med fördragen. Resonemanget som förs för en konsumtionsprincip även för digitala verk är dessutom hänförligt till primärrätten, som utgör EU-rättens fundament. Sekundärrätten måste i alla lägen vara förenlig med denna, varför en åtskillnad mellan digitala och fysiska verk i det här avseendet torde vara såväl orimlig som oriktig.

Av *Allposters* följer också att datorspel i digital form inte omfattas av konsumtionsprincipen. I *Nintendo* beslutade EU-domstolen att datorspel, trots att de innehåller såväl datorprogram som andra, audiovisuella verk, ska omfattas av InfoSoc-direktivet. Att datorprogramdirektivet är *lex specialis* innebar enligt domstolen att det endast har företräde då ett verk omfattas av det i sin helhet. Den här tolkningen av principen om *lex specialis* måste anses vara oriktig – en speciallag är till sin natur bättre anpassad för sitt skyddsobjekt, även om det bara är delvis tillämpligt. Just vad gäller datorspel dominerar programvaran dessutom samtliga aspekter av verket i sin helhet.

Slutligen, hur ser då framtiden ut för den digitala andrahandsmarknaden? Rättsinnehavare ser inte ut, såvitt gäller datorprogram, att avtalsvägen kunna

binda nyttjanderätten till den förste förvärvaren. Likaså bör inte en andrahandsförvärvare bli bunden av varken avtalsförpliktelser, eller begränsningar i återgivningsrätten (om begränsningarna inte är nödvändiga för att använda programmet i syfte med dess avsedda ändamål). En övergång till spridningsmodeller genom vilka ingen permanent äganderättsövergång sker framstår därför som den mest troliga situationen. Sådana leder till ökad kontroll över verken för rättsinnehavare, på bekostnad av konsumenters fria förfoganderätt över verken. Om statistiken över musiksäljning i Sverige på något vis är talande för marknaden för digitala verk i stort, tycks inte detta vara något stort bekymmer för konsumenter. I sådant fall framstår streamingtjänster som en ”*win win situation*”: rättsinnehavare bibehåller den slutgiltiga kontrollen över verken, medan konsumenter får tillgång till dem i utbyte mot en mindre månatlig betalningssumma.



# Käll- och litteraturförteckning

## Internationella konventioner

Bernkonventionen för skydd av konstnärliga och litterära verk, Bern den 9 september 1886, i dess ändrade lydelse av den 28 september 1979.

Wienkonventionen om traktaträtten, Wien den 23 maj 1969.

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Annex 1c of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Marrakesh den 15 april 1994.

WIPO Copyright Treaty, Genève den 20 december 1996.

## Unionsrättsliga källor

### *Fördrag*

Fördraget om Europeiska unionen (konsoliderad version), EUT C 326/1, 26.10.2012.

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (konsoliderad version), EUT C 326/1, 26.10.2012.

### *Protokoll till fördragen*

Protokoll (nr 27) om den inre marknaden och konkurrens, EUT C 326/1, 26.10.2012.

Rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram, EUT L 122, 17.5.1991, s. 42–46.

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

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

### *Offentligt tryck*

Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council COM(85) 310, juni 1985.  
[Cit. Vitbok 1985]

Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology – Copyright Issues Requiring Immediate Action, COM(88) 172 final, juni 1988.  
[Cit. Grönbok 1988]

Proposal for a Council Directive on the legal protection of computer programs COM(88) 816 – SYN 183, EUT C 91, 12.4.1989, s. 4–16.  
[Cit. direktivförslaget]

Commission Amended proposal for a Council Directive on the legal protection of computer programs, COM(90) 509 final – SYN 183, EUT C 320, 20.12.1990, s. 22–30.

Grönbok om upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, COM(95) 382 slutlig, juli 1995.  
[Cit. Grönbok 1995]

Communication from the Commission – Follow-up to the Green Paper on copyright and related rights in the information society, COM(96) 568 final, november 1996.

Rapport från kommissionen till rådet, europaparlamentet och ekonomiska och sociala kommittén om genomförandet och effekterna av direktiv 91/250/EEG om rättsligt skydd för datorprogram, COM(2000) 199 slutlig.  
[Cit. Rapport om datorprogramdirektivet]

## Litteratur

Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars, *Avtalsrätt. 1*, 13., [rev.] uppl., Juristförlaget, Lund, 2011.

Anderman, Steven D. & Ezrachi, Ariel (red.), *Intellectual property and competition law: new frontiers*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Bainbridge, David I., *Information technology and intellectual property law*, 6. uppl., Bloomsbury Professional, Haywards Heath, 2014

Batchelor, Bill & Keohane, Daniel, ”UsedSoft – Where to Now for Software Vendors?”, i *European Competition Law Review* 33 (2012), s. 545-551.

Bently, Lionel, ”Directive 91/250/EEC – Directive on the legal protection of computer programs”, i: Dreier, Thomas K. & Hugenholtz, P. Bernt (red.), *Concise European copyright law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006.

Bergström, Carl Fredrik & Hettne, Jörgen, *Introduktion till EU-rätten*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2014.

Blocher, Walter & Walter, Michel M., "Computer Program Directive", i: Walter, Michel M. & Lewinski, Silke von (red.), *European copyright law: a commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

Dreier, Thomas, "Outline and its effect on the "goods" versus "services" distinction", i *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 44 (2013), s. 137-139.

Favale, Marcella, "A Wii Too Stretched? The ECJ Extends to Game Consoles the Protection of DRM – on Tough Conditions, i *European Intellectual Property Review* 37 (2015), s. 101-106.

Gervais, Daniel & Derclaye, Estelle, "The scope of computer program protection after SAS: are we closer to answers?", i *European Intellectual Property Review* 34 (2012), s. 565-572.

Günther, Petteri, "The Principle of Exhaustion and the Resale of Digital Music in Europe: A Comparative Analysis of the UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp. and Capitol Records, LLC v. ReDigi, Inc. Cases", i *Nordiskt immateriellt rättsskydd* 2011, s. 205-229.

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011.

Hilty, Reto M. & Köklü, Kaya, "Software agreements: stocktaking and outlook - lessons from the UsedSoft v Oracle Case from a comparative law perspective", i *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 44 (2013), s. 263-292.

Janssens, Marie-Christine, "The Software Directive" i: Stamatoudi, Irini A & Torremans, Paul L. C. (red.), *EU copyright law: a commentary*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014.

Ledendal, Jonas, *Copyright protection of software under the TRIPS Agreement: software reengineering and reverse engineering in the context of international trade law*, Lunds universitet, Lund, 2010.

Lee, Yin Harn, "UsedSoft GmbH v Oracle International Corp (case C-128/11) - sales of 'used' software and the principle of exhaustion", i *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 43 (2012), s. 846-853.

Leistner, Matthias, "'Used' software before Europe's top court - the German Federal Supreme Court refers the Oracle v UsedSoft case to the European Court of Justice", i *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 42 (2011), s. 503-506.

von Lewinski, Silke, "International Exhaustion of the Distribution Right under EC Copyright Law?", *European Intellectual Property Review* 27 (2005), s. 233-236.

Lindskoug, Mette, "The Legal Position of Sellers and Buyers of Used Licences", i *European Intellectual Property Review* 36 (2014), s. 289-297.

Maclean, Fiona, "European Union (CJEU) has delivered its long-awaited decision in *UsedSoft v Oracle International Corp.*", i *Computer and Telecommunications Law Review* 19 (2013), s. 1-2.

Mazziotti, Giuseppe, *EU digital copyright law and the end-user*, Springer, Berlin, 2008.

Naylor, David & Parris, Emily, "After ReDigi: Contrasting the EU and US Approaches to the Re-Sale of Second-Hand Digital Assets", i *European Intellectual Property Review* 35 (2013), s. 487-490.

Nicholson, Andrew, "Old Habits Die Hard?: *UsedSoft v Oracle*", i *SCRIPTed* 10 (2013), s. 389-408.

Peczenik, Aleksander, "Juridikens allmänna läror", i *Svensk Juristtidning* 2005, s. 249-272.

Reichel, Jane, "EU-rättslig metod", i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013.

Rendas, Tito, "Lex Specialis(sima): Videogames and Technological Protection Measures in EU Copyright Law", i *European Intellectual Property Review* 37 (2015), s. 39-45.

Rooijen, Ashwin van, *The software interface between copyright and competition law: a legal analysis of interoperability in computer programs*, Wolters Kluwer Law & Business, Austin, 2010.

Riis, Thomas, Schovsbo, Jens och Udsen, Henrik, "Videresalg af digitale eksemplarer – ændrer *UsedSoft*-dommen retstilstanden?", i *Nordiskt immaterielt rättsskydd* 2013, s. 457-479.

Sandgren, Claes, "Är rättsdogmatiken dogmatisk?", i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2005, s. 648-656.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, Norstedts juridik, Stockholm, 2006

Savič, Maša, "The CJEU Allposters case: beginning of the end of digital exhaustion?", i *European Intellectual Property Review* 37 (2015), s. 378-383.

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

Stamatoudi, Irini A & Torremans Paul L. C., "The Information Society Directive", i: Stamatoudi, Irini A & Torremans, Paul L. C. (red.), *EU copyright law: a commentary*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014.

Stokes, Simon, *Digital copyright: law and practice*, 4. uppl., Hart, Oxford, 2014.

Stothers, Christopher, "When is Copyright Exhausted by a Software Licence?", i *European Intellectual Property Review* 34 (2012), s. 787-791.

Tritton, Guy, *Intellectual property in Europe*, 3. uppl., Sweet & Maxwell, London, 2008.

Ubertazzi, Benedetta, "The principle of free movement of goods: community exhaustion and parallel imports", i: Stamatoudi, Irini A & Torremans, Paul L. C. (red.), *EU copyright law: a commentary*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014.

Walter, Michel M. & von Lewinski, Silke, "Information Society Directive", i: Walter, Michel M. & Lewinski, Silke von (red.), *European copyright law: a commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

Wolk, Sanna, "Det upphovsrättsliga programskyddets gränser", i *Nordiskt immateriellt rättsskydd* 2011, s. 290-307.

## Elektroniska resurser

*Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty:*

[http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file\\_id=295456](http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295456) (hämtad den 21 mars 2015)

*IFPI digital music report 2015: Charting the path to sustainable growth:*

<http://www.ifpi.org/downloads/Digital-Music-Report-2015.pdf> (hämtad 7 maj 2015)

*IFPI Sveriges statistik över musikförsäljning 2014:*

<http://ifpi.se/dokument-och-statistik/musikforsaljningsstatistik?cat=2014>

*Inside WIPO:*

<http://www.wipo.int/about-wipo/en/> (hämtad 21 mars 2015)

Linklater, Emma, *UsedSoft and the Big Bang Theory: Is the E-Exhaustion Meteor About to Strike?* (2013), SSRN:

<http://ssrn.com/abstract=2271129> (hämtad 2 maj 2015)

Nationalencyklopedin, *Datorspel*:

[www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/datorspel](http://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/datorspel) (hämtad den 12 maj 2015)

Oracles hemsida:

<https://www.oracle.com/cloud/index.html> (hämtad den 29 april 2015)

Stone, Brad, "Want to Copy iTunes Music? Go Ahead, Apple Says" i *The New York Times* 2009-01-06:

<http://www.nytimes.com/2009/01/07/technology/companies/07apple.html> (hämtad den 16 maj 2015)

*Summary of the WIPO Copyright Treaty (WCT) (1996)*:

[http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/summary\\_wct.html](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/summary_wct.html) (hämtad den 21 mars 2015)

Torremans, Paul L.C., *The Future Implications of the Usedsoft Decision*, ALAI Conference on Dissemination and Management of Works of Authorship on the Internet in Cartagena, September 2013:

<http://www.alaicartagena2013.com/index.php/congress/papers> (hämtad 2 maj 2015)

WIPO:s lista över TRIPs-avtalets fördragsslutande parter:

[http://www.wipo.int/wipolex/en/other\\_treaties/parties.jsp?treaty\\_id=231&group\\_id=22](http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/parties.jsp?treaty_id=231&group_id=22) (Hämtad den 14 april 2015)

WIPO:s lista över WCT:s fördragsslutande parter:

[http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty\\_id=16](http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=16) (hämtad den 24 mars 2015)

# Rättsfallsförteckning

## EU-domstolen

Mål C-78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH mot Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, den 8 juni 1971, ECLI:EU:C:1971:59.

Mål C-62/79, *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, m.fl. mot Ciné Vog Films m.fl. (Coditel I)*, den 18 mars 1980, ECLI:EU:C:1980:84.

Förenade målen C-55/80 och C-57/80, *Musik-Vertrieb Membran GmbH mot GEMA – Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte*, den 20 januari 1981, ECLI:EU:C:1981:10.

Mål C-58/80, *Dansk Supermarked A/S mot A/S Imerco*, den 22 januari 1981, ECLI:EU:C:1981:17.

Mål C-262/81, *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision m.fl. mot Ciné-Vog Films SA m.fl. (Coditel II)*, den 6 oktober 1982, ECLI:EU:C:1982:334.

Mål C-158/86, *Warner Brothers Inc. och Metronome Video ApS mot Erik Viuff Christiansen*, den 7 maj 1988, ECLI:EU:C:1988:242.

Mål C-395/87, *Brottmål mot Jean-Louis Tournier*, den 13 juli 1989, ECLI:EU:C:1989:319.

Mål C-337/95, *Parfums Christian Dior SA och Parfums Christian Dior BV mot Evora BV*, den 4 november 1997, ECLI:EU:C:1997:517

Mål C-479/04, *Laserdisker ApS mot Kulturministeriet*, den 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:549.

Mål C-456/06, *Peek & Cloppenburg KG mot Cassina SpA*, den 17 april 2008, ECLI:EU:C:2008:232

Mål C-5/08, *Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening (Infopaq I)*, den 16 juli 2009, ECLI:EU:C:2009:465.

Mål C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany mot Ministerstvo kultury*, den 22 december 2010, ECLI:EU:C:2010:816.

Förenade målen C-403/08, *Football Association Premier League Ltd m.fl. mot QC Leisure m.fl.*, och C-429/08, *Karen Murphy mot Media Protection Services Ltd*, den 4 oktober 2011, ECLI:EU:C:2011:631.

Mål C-302/10, *Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening (Infopaq II)*, den 17 januari 2012, ECLI:EU:C:2012:16.

Mål C-406/10, *SAS Institute Inc. mot World Programming Ltd.*, den 2 maj 2012, ECLI:EU:C:2012:259.

Mål C-128/11, *UsedSoft GmbH mot Oracle International Corp*, den 3 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:407.

C-355/12, *Nintendo Co. Ltd m.fl. mot PC Box Srl och 9Net Srl*, den 23 januari 2014, ECLI:EU:C:2014:25.

C-419/13, *Art & Allposters International BV mot Stichting Pictoright*, den 22 januari 2015, ECLI:EU:C:2015:27.

## **Generaladvokatens förslag till avgörande**

Förslag till avgörande av generaladvokat Yves Bot i mål C-128/11, den 24 april 2012, ECLI:EU:C:2012:234.

Förslag till avgörande av generaladvokat Eleanor Sharpston i mål 355/12, den 19 september 2013, ECLI:EU:C:2013:581.