

**Konsumtion af eksemplarspredningsretten**  
– en undersøgelse af det nye digitale konsumptionsprincip  
efter C-128/11 (UsedSoft)

**Exhaustion of the distribution right of copies**  
- a study of the new principle of digital exhaustion  
after C-128/11 (UsedSoft)

af ANDREAS RIX

*I 2012 afsagde EU-Domstolen dom i UsedSoft-sagen (C-128/11). Dommen slog fast, at downloadet software og brugerlicenser kan videresælges uden ophavsmandens samtykke efter reglerne om konsumtion af eksemplarspredningsretten. Domstolen nåede til dette resultat efter en fortolkning af navnlig reglerne om konsumtion i softwaredirektivet (2009/24). Fastsættelsen af et digitalt konsumptionsprincip for så vidt angår software var revolutionerende, eftersom konsumtion af spredningsretten hidtil havde været forbeholdt fysiske eksemplarer. Med dommen har fysiske og immaterielle eksemplarer opnået retlig ligestilling - i hvert fald med hensyn til software. Afgørelsen har rejst spørgsmålet om princippet rækkevidde. Dele af dommen indeholder en række bemærkelsesværdige udtalelser, der - ifølge flere fremtrædende retsvidenskabsmænd - vil kunne overføres til fortolkningen af infosoc-direktivets konsumptionsregler. Denne fortolkning indebærer, at det digitale konsumptionsprincip formentlig kommer til at omfatte andre digitale værker end software, f.eks. e-bøger, film og musik i digital form. Selvom kimen er lagt til et bredere digitalt konsumptionsprincip, afhænger meget endnu af fremtidig retspraksis fra EU-Domstolen. De nye fortolkningsmuligheder skal anvendes i kommende sager med praktisk relevante ophavsretlige problemstillinger for at præcisere potentialet af det nye digitale konsumptionsprincip.*

## INDHOLDSFORTEGNELSE

1. Præsentation af emne og problemstilling	2
2. Eksemplarspredningsretten	5
3. Konsumtion af eksemplarspredningsretten	8
4. Forholdet mellem ophavsretten på nationalt og EU-retligt niveau	11
a. Infosoc-direktivet (2001/29/EF)	11
b. Softwaredirektivet (2009/24/EF)	12
c. EU-Domstolens fortolkningsstil	13
5. UsedSoft-dommen og det nye digitale konsumptionsprincip	13
A. De faktiske omstændigheder	14
B. De præjudicielle spørgsmål	15
a. Domstolens besvarelse spørgsmål nr. 2	15
I. Princippet om at en downloadet kopi og en brugerlicensaftale udgør et udeleligt hele	16
II. Begrebet ”salg” i softwaredirektivets artikel 4, stk. 2	16
III. Lex specialis	17

IV. Ligestilling af fysiske og immaterielle kopier	19
V. Om at undgå adskillelse af markederne mv.	22
VI. Økonomiske konsekvenser af et begrænset konsumptionsprincip	23
VII. Sletningspligten: Kravet om, at den første erhverver skal gøre sin egen kopi ubrugelig på overdragelsestidspunktet	24
VIII. Forbuddet mod at opdele en gruppelicens i enkeltbrugerlicenser	25
b. Domstolens besvarelse af spørgsmål nr. 1 og 3	26
i. Fortolkning og fastlæggelse af ”den, der retmæssigt har erhvervet edb-programmet” i softwaredirektivets artikel 5, stk. 1.	26
ii. Uddybende om sletningspligten (kravet om, at den første erhverver skal gøre sin egen kopi ubrugelig)	27
a) ReDigi-sagen (salg af brugte musikfiler)	28
iii. Grænser for licensaftalefrihed – præceptivitetsspørgsmålet	29
a) Vernor v. Autodesk (salg af brugt software)	30
6. Afgørelsens betydning for udviklingen af et generelt digitalt konsumptionsprincip	31
a. En nyfortolkning af konsumptionsprincippet eller en specialregel for software?	31
7. Rettighedshavernes modtræk: ændrede forretningsmodeller?	35
8. Privat brug efter viderespredning af originaleksemplaret	36
a. Eksemplarfremstilling til privat brug	36
b. Den legale programlicens	37
I. Brugskopiering	37
II. Sikkerhedskopiering	38
c. Privatkopiering og privatbrug af andre digitale værker end computerprogrammer og databaser	40
d. Tekniske beskyttelsesforanstaltninger	40
9. Konklusion og afsluttende bemærkninger	42
10. Litteratur	43

## 1. Præsentation af emne og problemstilling

Idéen til genstanden for denne afhandling er opstået ved iagttagelser af de kriser, som ophavsretten har gennemgået, hver gang teknologiske fremskridt har resulteret i en ny teknologi for eksemplarfremstilling. Tidligere var det opfindelsen af fotografiet og senere kopimaskinen, der udgjorde den overvejende trussel mod rettighedshavernes ophavsret til beskyttede litterære og kunstneriske værker. I dag kommer det alvorligste pres fra de digitale medier. Det er særligt internettet og de mange muligheder for fildeling og brugen af online-tjenester, der har nødvendiggjort en proces, hvor alle berørte aktører har måttet tage den traditionelle ophavsretlige tænkning op til revision. Det er i den forbindelse værd at bemærke, at selvom den teknologiske udvikling fortsat udgør en betydelig udfordring for den moderne ophavsret, er det samtidig selve denne udvikling, der er drivkraften bag ophavsrettens udvikling.<sup>1</sup> Man har søgt at gentænke situationen for at komme ud over det almindelige konfliktbegreb, der er karakteriseret ved en skarp polarisering mellem ”pirater” og ”antipirater”

<sup>1</sup> Jens Schovsbo: ”Immaterielretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, 1. udgave, s. 158. Schovsbo nævner derudover regionaliseringen af ophavsretten som udviklingsfaktor.

og potentielt genoprette balancen mellem ophavsmænd, kulturindustri og brugere ved f.eks. at gøre det nemmere at være lovlig bruger af digitale værker.<sup>2</sup>

Som det fremgår af afhandlingens titel, er jeg særligt optaget af spørgsmålet om digital konsumtion af eksemplarspredningsretten. For analytisk at trænge dybere ind i de muligheder og problemer, der er forbundet med digital konsumtion, vil jeg foretage analysen på baggrund af en fastlæggelse af det traditionelle ophavsretlige konsumtionsprincip ved at undersøge de hidtidige opfattelser af, hvad der forstås ved konsumtion. Konsumtion af spredningsretten indebærer, at en erhverver (en køber af en bog, musik-cd osv.) får en efterfølgende ret til at videreoverdrage et lovligt erhvervet fysisk eksemplar, jf. Ophavsretslovens § 19, stk. 1.

Salg af fysiske eksemplarer, der indeholder digitale værker, bliver dog mere og mere forældet, uanset om det drejer sig om computerprogrammer, musik, film osv. I dag sker erhvervelsen af digitale eksemplarer almindeligvis ved at eksemplarerne downloades fra internettet.<sup>3</sup> Fordi internettet kan anvendes til at videresende stort set enhver form for kunstværker, billeder, film og musik uden kvalitetstab, er muligheden for den perfekte kopi skabt. Her er der ikke forskel på kopi og original, og det er en kendsgerning, der også i høj grad er med til at udfordre ophavsretten.

Eftersom konsumtionsprincippet i OPHL § 19 har karakter af en undtagelse til hovedreglen i § 2, der vedrører beskyttelsens indhold, vil afhandlingens progression forudsætte en behandling af hovedreglen om ophavsmandens eneret til eksemplarfremstilling, jf. OPHL § 2, stk. 1, jf. stk. 2, og navnlig eneretten til eksemplarspredning, jf. OPHL § 2, stk. 3, nr. 1. Konsumtionsprincippet indgår som et integreret led i den samlede afbalancering af de almene hensyn, som ophavsretten søger at tilgodese. Disse hensyn er på den ene side *almenhedens* interesse i viderespredning (brugersynspunktet), og på den anden side *rettighedshavernes* interesse i øget kontrol bl.a. begrundet i kommercielle synspunkter. En afhandling om digital konsumtion må således tage udgangspunkt i en klar erkendelse af, at konsumtionsprincippet står helt centralt i det ophavsretlige system.<sup>4</sup>

Jeg har valgt at undlade at komme ind på delemner af internationalprivatretlig karakter. Spørgsmål om regional og global konsumtion og parallelimport vil derfor være udeladt. Det skyldes primært, at man fra dansk side ikke længere har en regel om global konsumtion af den ophavsretlige spredningsret for så vidt angår salg, fordi vi med infosoc-direktivet fik etableret et princip om regional EØS-konsumtion, jf. direktivets art. 4, stk. 2, der afløste det tidligere hovedprincip om global konsumtion. EØS-konsumtion som alment princip blev implementeret i dansk ret i 2002, jf. OPHL § 19, stk. 1, 1. pkt.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Theilmann-Lock, Stine (2011), "Ophavsrettens krise", i Morten Rosenmeier og Stina Teilmann-Lock (red.), *Ophavsretten i krise*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011, 1. udgave s. 11-15.

<sup>3</sup> Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2013, s. 233.

<sup>4</sup> Schovsbo (2001), s. 157f.

<sup>5</sup> Schønning (2011), s. 317f.

En væsentlig retskilde i afhandlingen er en dom afsagt af EU-Domstolen i 2012. I den såkaldte UsedSoft-dom<sup>6</sup> tog EU-Domstolen således stilling til digital konsumtion af spredningsretten med hensyn til downloadet software og de hertil knyttede brugerlicenser. Afgørelsen vakte opsigt, fordi Domstolen udtalte, at man på visse betingelser godt må videresælge downloadet software og brugerlicenser, som er lovligt købt, også selvom indehaveren af ophavsretten i licensbetingelserne udtrykkeligt har fastsat, at man ikke må overdrage licenserne. For det første var det en betingelse for at konsumtion kunne indtræde, at licenserne skulle være erhvervet i EU (såkaldt regional konsumtion). For det andet skulle licenserne sælges samlet. En gruppelicens med 25 brugerlicenser kunne dermed ikke opdeles. For det tredje var det et krav, at licenserne var tidsbegrænsede. Desuden var det et krav, at den sælgende virksomhed slettede sine eksemplarer af programmerne på egne maskiner. Endelig var det en forudsætning for de nævnte betingelser, at der var sket et salg i softwaredirektivets forstand.<sup>7</sup>

Domspræmisserne vil udførligt blive gennemgået i et særskilt afsnit for at tydeliggøre dommens væsentligste pointer. Selvom dommen bl.a. omhandler overdragelse af licenser, vil jeg undlade at lade overdragelse af licenser som sådan være genstand for nærmere undersøgelse. Det skyldes to forhold. For det første har Domstolen selv ret tydeligt fastsat, at download af et computerprogram og indgåelse af en brugerlicenskontrakt ”udgør et udeleligt hele”.<sup>8</sup> De to handlinger vil derfor blive behandlet samlet. For det andet er overdragelse af licenser et så omfangsrigt emneområde, at en nærmere særskilt behandling af emnet ville risikere at give specialet et omfang, der ligger udover den kvantitative normering for et juridisk speciale. Jeg vil lade UsedSoft-dommen indgå med væsentlig tyngde i de centrale analyser af problemerne omkring digital konsumtion, hvilket skyldes, at netop denne dom har haft afgørende betydning for retsstillingen i EU med hensyn til digital konsumtion af downloadet software.

Før dommen var det almindeligt antaget af anerkendte retsvidenskabsfolk mfl., at konsumtion af spredningsretten var begrænset til at angå fysiske medier, dvs. kun spredning af fysiske eksemplarer af værker, ikke digitale. Konsumtion ansås således ikke for at være relevant ved tjenester, herunder onlinetjenester, ej heller i forbindelse med eksemplarfremstilling via downloading fra internet.<sup>9</sup> Af samme grund vil retsvidenskabens standpunkter vedrørende muligheden for digital konsumtion før UsedSoft-dommen blive behandlet løbende med afsæt i de enkelte problemstillinger.<sup>10</sup> Og netop fordi der tilsyneladende var så meget, der tidligere talte imod online-konsumtion, vil jeg stille skarpt på, hvorfor og hvordan Domstolen nåede frem til sit resultat. Analyser og kritiske betragtninger foretages i det væsentligste på grundlag af dansk og skandinavisk ophavsretslig teori.

---

<sup>6</sup> C-128/11 UsedSoft GmbH mod Oracle International Corp.

<sup>7</sup> Domstolens undersøgelse og fortolkning af salgsbegrebet i softwaredirektivets art. 4, stk. 2, findes i præmisserne 38-49.

<sup>8</sup> Se præmisserne 44 og 84.

<sup>9</sup> OPHL, Karnovs lovkommentar, 2013, note 164 (ad § 19).

<sup>10</sup> Der er tale om en lang række retsvidenskabelige standpunkter, der alle er kommet til udtryk i doktorafhandlinger, tidsskriftsartikler mv. Fælles for alle positioner er, at de var indtaget af anerkendte retsvidenskabsfolk mfl. i tiden *inden* afsigelsen af UsedSoft-dommen.

Dommen rejser en række svære og vigtige spørgsmål. Det mest interessante spørgsmål for denne afhandling er, om dommen har betydning uden for softwareområdet. Med udgangspunkt i UsedSoft-dommen vil jeg foretage en kritisk vurdering af, om dommen kan tænkes at få en vis afsmitende virkning på konsumtion af spredningsretten til andre typer af digitale værker end computer-software i fremtidige tvister inden for EU. Kommer der også et digitalt konsumptionsprincip i forbindelse med e-bøger, musik og film? Eller er dommen en enlig svale, der kun gælder for software? Dette udgør den centrale problemstilling. At UsedSoft-dommen herved kommer til at udgøre et naturligt omdrejningspunkt for behandlingen af afhandlingens emne, udelukker imidlertid på ingen måde inddragelse af anden international retspraksis. Der vil derfor i et vist omfang blive foretaget enkelte nedslag i US amerikansk ret, uden at der af den grund er lagt op til en egentlig komparativ analyse. Det sker dels for at studere, hvordan man her senest har håndteret udfordringerne forbundet med digital konsumtion, hvad enten det drejer sig om digitale værker i form af software eller musikfiler, dels for at give et signalement af rettighedshaveres forskellige beskyttelse i Europa og USA. Det skal understreges, at fremmed ret blot inddrages som perspektivering med et ”tjenende formål”.<sup>11</sup>

Afhandlingen har til formål at beskrive gældende ret inden for grænserne af det valgte emne og problemstillingen. Men det er samtidig hensigten, at fremstillingen går videre end det rent retsdogmatiske. De argumenter, der undervejs udvikles vedrørende fortolkningen af infosoc- og software-direktiverne, er mere rettet mod de retsanvendende myndigheder end mod lovgiverne. Derfor vil det retsdogmatiske udgangspunkt til en vis grad blive suppleret af de sententia ferenda-betragtninger adresseret til domstolene.

## 2. Eksemplarspredningsretten

Ophavsmandens eneret til offentlig eksemplarspredning og kontrol af denne er hjemlet i OPHL § 2, stk. 3, nr. 1. Ved læsning af bestemmelsen er det væsentligt at frigøre tanken fra undtagelsesbestemmelsen i OPHL § 19, som er den praktisk anvendte konsumptionsregel, der modificerer hovedreglens anvendelsesområde. Læses hovedreglen i § 2, stk. 3, nr. 1 isoleret, giver den ophavsmanden en eneret til at kontrollere og forbyde enhver videreoverdragelse af et værkseksemplar fra den aktuelle besidder til en ny. Spredningen kan ske ved salg, udlejning, udlån, bytte, gave osv. Spredningsreglen i § 2, stk. 3, nr. 1 er oprindeligt formuleret med sigte på spredning af fysiske eksemplarer af bøger, grammofonplader mv. Man kan forholdsvis uproblematisk konstatere, hvornår spredningen af disse eksemplartyper er gennemført, nemlig når erhververen har opnået en mere *varig besiddelse* over det medium, der materialiserer værket. Tvivlen opstår, når værket ikke er knyttet fast til et fysisk medium, men er blevet overdraget i ren digital form, hvilket er tilfældet, når erhververen henter et værk fra internettet. Her stiller han så at sige sit eget medium til rådighed. Men det samme gør sig jo gældende i de situationer, hvor det samme værk i stedet for overdrages på et medium (f.eks. en CD-ROM), der efterfølgende installeres på brugerens computer. Efter installationen forventes mediet ikke længere at spille nogen rolle for brugen af værket.<sup>12</sup> Der er stærke lighedstræk mellem på

---

<sup>11</sup> Stig Strömholm: ”Utländskt material i juridiska monografier”, Svensk Juristtidning 1971, side 251, særligt side 253 ff.

<sup>12</sup> Bryde Andersen (2005), s. 315.

ene side downloading af et værk og efterfølgende installation og på den anden side erhvervelse af et fysisk medium, der indeholder værket, der herefter installeres. CD-ROM'en vil straks efter installationen normalt have udtjent sit formål. Alligevel er de to situationer traditionelt blevet behandlet forskelligt. Det er en af denne afhandlings vigtigste opgaver at undersøge, om en sådan forskelsbehandling med hensyn til konsumptionsadgangen kan opretholdes i lyset af UsedSoft-dommens ligestilling af fysiske og immaterielle eksemplarer software.

Da afhandlingen vedrører konsumtion af spredningsretten, jf. OPHL § 19, stk. 1., og da der heri er indeholdt et salgskriterium, vil det naturligt afskære behandlingen af andre former for overdragelse end endelig overdragelse ved salg.<sup>13</sup> Jeg vil således ikke komme ind på forholdene omkring udlejning og udlån, jf. OPHL § 19, stk. 2 og stk. 3. Noget andet er, at eksemplarspredningsretten må holdes adskilt fra retten til eksemplarfremstilling (retten til at fremstille kopier af beskyttede værker), jf. OPHL § 2, stk. 1, jf. stk. 2. Som eksempler på eksemplarfremstilling kan nævnes trykning eller fotokopiering af bøger, cd-brænding af musik-cd'er osv. Et eksemplar er kort fortalt en fysisk ting, der gør det muligt at opleve værket. Af særlig interesse for nærværende problemstilling vedrørende digital konsumtion er downloading fra internettet af musik, film, spil osv. Dette betragtes også som eksemplarfremstilling. Det ligger i ophavsmandens eneret til eksemplarfremstilling, at det kræver hans tilladelse at gøre det.<sup>14</sup> Sondringen mellem retten til eksemplarfremstilling og retten til spredning er vigtig, idet en tilladelse til eksemplarfremstilling ikke nødvendigvis indebærer et samtykke til spredning af eksemplarer. Derfor ansues eksemplarspredningsretten bedst som en selvstændig beføjelse ved siden af eneretten til eksemplarfremstilling. En anden betingelse, der skal være opfyldt, for at beskyttelsen indtræder, er, at spredningen sker til almenheden, dvs. offentligheden.<sup>15</sup> Beskyttelsen omfatter altså ikke dispositioner inden for privatsfæren.<sup>16</sup> Hertil hører familie, venner og bekendte - i det hele taget personer, der er knyttet sammen ved personlige bånd. Når der sker overdragelse mellem virksomheder, må udgangspunktet antages at være, at overdragelsen sker til "almenheden". Beskyttelsen vil dog i nogen udstrækning være undtaget fra de situationer, hvor virksomheder er koncernforbundne eller indgår i en joint venture.<sup>17</sup> Her befinder virksomhederne sig som juridiske personer inden for "privatsfæren" og nyder samme dispositionsfrihed som fysiske privatpersoner. Det bemærkes i denne forbindelse, at begreberne offentlig og privat inden for ophavsretten er komplementære, dvs. at når noget ikke er offentligt, er det privat og omvendt.<sup>18</sup> Flere steder i den juridiske litteratur opererer man med begrebet *det fremrykkede fuldbyrdelsesmoment*.<sup>19</sup> Begrebet knytter sig til den del af OPHL § 2, stk. 3, nr. 1, der fastslår, at: "Værket gøres tilgængeligt for almenheden, når eksemplarer af værket *udbydes til salg...*" (min kursivering). Hvis man udbyder et eksemplar til salg, er dette i sig selv tilstrækkeligt til, at der kan statueres spredning. Det er ikke først ved den konkrete fysiske overdragelse af et eksemplar, at spørgsmålet om eneretten bliver relevant. Eneretten kan gøres gældende, allerede når eksemplaret udbydes til salg. Den klassiske

---

<sup>13</sup> Schönning (2011), s. 313

<sup>14</sup> Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011, s. 123f.

<sup>15</sup> Det, at noget er sket til "almenheden" og "offentligt" betyder det samme (se Rosenmeier og Schovsbo, 2011, s. 130)

<sup>16</sup> Schönning, *ibid.* s. 153

<sup>17</sup> Bryde Andersen (2005), s. 315.

<sup>18</sup> Schönning, *ibid.* s. 151

<sup>19</sup> Eksempelvis Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier, *Immaterialret*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2013, s. 150., Ole-Andreas Rognstad (1999), s. 51ff., Schönning (2011), s. 155.

illustration er eksemplet med boghandleren, der har en bog stående på hylden eller i udstillingsvinduet. Dette er ikke bare et *forsøg på* eksemplarspredning. Dette *er* eksemplarspredning. Det er almenhedens faktiske muligheder for at tilegne sig værkseksemplarer, der er normerende for, hvad der skal forstås ved at udbyde et værkseksemplar til salg. En annonce om salg af eksemplarer i en avis, på internettet osv., vil være tilstrækkelig forberedelseshandling til, at der – hvor ophavsmandens samtykke ikke foreligger – er sket uberettiget eksemplarspredning. I strafferetlig forstand har man således ved brugen af et fremrykket fuldbyrdelsesmoment udtrykkeligt gjort en forberedelseshandling strafbar, jf. OPHL § 76.

I forhold til EU er retten til spredning ved salg harmoniseret ved infosoc-direktivet,<sup>20</sup> jf. artikel 4, stk. 1 (se nærmere om direktiv 2001/29 i afsnittet om forholdet mellem national ret og EU-retten). Spredning ved salg betyder efter infosoc-direktivet, at der sker overdragelse af ejendomsretten til et eksemplar. Det er fastslået af EU-domstolen i C-456/06 2008 (Cassina).<sup>21</sup>

En af følgerne af indførelsen af den digitale netværksteknologi er muligheden for at overdrage værkseksemplarer af et musikværk, en film eller et litterært værk uden samtidig overdragelse af et fysisk medium (f.eks. en cd-skive). Det er klart, at overførslen af værket som sådan forudsætter et fysisk medium - typisk en harddisk - hvortil værket i digital form downloades. Herved sker der dog stadig ingen overdragelse af et fysisk medium, hvilket jo traditionelt er en af de grundlæggende betingelser for indtræden af konsumtion. Det har været et omdiskuteret spørgsmål, om spredningsbegrebet som følge af udviklingen inden for it-teknologien også omfatter overføring af ophavsretligt beskyttede værker i digitale net. Set ud fra et teknisk synspunkt er der en umiddelbar og klar forskel på denne situation og så den klassiske overdragelse af fysiske eksemplarer. Det specielle ved overføring af værker i digitale net er jo, at man ikke som sådan disponerer over eksemplarer. Ved at overføre data gør man blot *muligt* for modtageren at *fremstille* sine egne eksemplarer ved at ”brænde”, lagre osv.<sup>22</sup>

Traditionelt har man opereret med et såkaldt eksemplarkriterium. Ifølge dette kriterium skal der helt basalt sondres mellem på den ene side rettigheder knyttet til det enkelte eksemplar på et fysisk medium og på den anden side rettigheder knyttet til *selve* værket. Før netværksteknologiens indtog og den digitale revolution har der ikke været de store problemer med denne sondring.<sup>23</sup> Derfor vil man da også stort set lede forgæves i ældre immaterialretlig litteratur efter diskussioner om grænsedragninger i forbindelse med eksemplarkriteriet. Men muligheden for eksemplaroverdragelse af ophavsretligt beskyttede værker i digitale netværk uden ledsagende overdragelse af et fysisk medium har rejst spørgsmålet, om en sådan overførsel opfylder eksemplarkriteriet. Læser man i infosoc-direktivets artikel 3 er svaret umisforståeligt: Ophavsmanden har en eneret til trådbunden eller trådløs overføring af værker til almenheden. Selvom bestemmelsen sigter specielt til de såkaldte on-demand-overføringer, gælder den ifølge Udsen (2009) for *alle* digitale netværksoverføringer.<sup>24</sup> Digi-

<sup>20</sup> Direktiv 2001/29 af 22.5.2001 om ophavsretten i informationssamfundet (infosoc-direktivet)

<sup>21</sup> Schovsbo og Rosenmeier, *ibid.* s. 150f.

<sup>22</sup> Rognstad (2009), s.

<sup>23</sup> Udsen (2009), s. 282. Bemærk, at Udsen mfl. har ændret synspunkt efter UsedSoft-dommen. Se afsnittet ”Afgørelsens betydning for udviklingen af et generelt digitalt konsumptionsprincip” nedenfor.

<sup>24</sup> *Loc.cit.*

tal overførsel af edb-programmer – som i tilfældet med UsedSoft – er efter dette synspunkt heller ikke omfattet af konsumptionsreglen.

### 3. Konsumtion af eksemplarspredningsretten

Konsumptionsreglen i OPHL § 19 er sammen med specielt § 12 (privatkopieringsreglen) en af de mest centrale og væsentlige undtagelser til ophavsmandens enerettigheder. Efter en traditionel fortolkning gælder konsumptionsreglen kun for fysiske eksemplarer, som er overdraget med ophavsmandens samtykke. Derimod kan der ikke ske konsumtion i forbindelse med digitale værker, som man har downloadet fra internettet. Hvis erhververen angår rent digitale værker, som downloades (f.eks. musikfiler), beror erhververens ret til at videresprede det digitale eksemplar til almenheden på indholdet af aftalen med rettighedshaveren.<sup>25</sup> Tjenester, der spredes via internettet i digital form, rammes således som udgangspunkt ikke af konsumtion efter OPHL § 19. Denne fortolkning har været det klare udgangspunkt indtil afsigelsen af UsedSoft-dommen. Som gennemgået ovenfor er udgangspunktet, at ophavsmanden har en eneret til eksemplarspredning, jf. OPHL § 2, stk. 3, nr. 1. I OPHL kapitel 2 er der imidlertid indsat en lang række bestemmelser, der bl.a. indskrænker ophavsmandens eneret i forskellige henseender. I forhold til spredning af eksemplarer ved salg er det i OPHL § 19, stk. 1, 1. pkt. fastsat: ”Når et eksemplar af et værk med ophavsmandens samtykke er solgt eller på anden måde overdraget til andre inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, må eksemplaret spredes videre”. Dette er en væsentlig modifikation til OPHL § 2, idet OPHL § 19 giver erhververen adgang til uden ophavsmandens tilladelse at videresælge et lovligt erhvervet eksemplar af f.eks. en bog. Indehavere af ophavsrettigheder kan således ikke på dette stadium påberåbe sig deres rettigheder for at hindre erhververens videresalg af eksemplaret. Rettighederne er *konsumeret* gennem førstegangssalget.<sup>26</sup>

Nedenfor følger en præsentation af en amerikansk dom – den såkaldte ReDigi-sag.<sup>27</sup> Formålet med at inddrage aktuel US amerikansk retspraksis er at uddybe forståelsen af konsumptionsprincippet i EU-retten (og dermed også dansk ret) ved at iagttage, hvorledes retstilstanden vedrørende spredning af digitale værker ser ud på den anden side af Atlanten. Og som det vil fremgå senere af et andet eksempel (Vernor-sagen<sup>28</sup>) løser man det samme ophavsretlige problem forskelligt i EU og USA. Introduktionen til de amerikanske sager er dermed tænkt som et kontraststudie i forhold til UsedSoft-dommen uden at der af den grund er tale om en egentlig komparativ undersøgelse.

I ReDigi-sagen blev amerikansk ophavsret udfordret af en tvist vedrørende retten til videresalg af digitale musikfiler. Den amerikanske domstol afgjorde, at man ikke må videresælge en digital musikfil uden rettighedshaverens tilladelse. Man opererer i amerikansk ret med en first sale-doktrin, som har væsentlige lighedstræk med konsumptionsprincippet i dansk ret. First sale-doktrinen indebærer kort fortalt, at hvis du ejer en genstand, har du samtidig retten til at videresælge denne. I ReDigi-sagen blev first sale-doktrinen testet i forhold til handel med brugte digitale musikfiler. Den

<sup>25</sup> Frost U2007B, s. 312. Frost finder også støtte for sit synspunkt i Infosoc-direktivets præambel, 29. betragtning.

<sup>26</sup> jf. den amerikanske first sale doctrine, Schovsbo (2001), s. 177ff. med henvisninger.

<sup>27</sup> *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.* - afgørelse fra US District Court Southern District of New York af 30. marts 2013.

<sup>28</sup> *Vernor v. Autodesk Inc.* (2010) er behandlet i afsnittet ”Grænser for licensaftalefrihed – præceptivitetsspørgsmålet”



amerikanske virksomhed ReDigi<sup>29</sup> havde siden 2011 udbudt et system på sin hjemmeside, der muliggjorde, at brugere indbyrdes kan handle brugte digitale musikfiler, på samme måde som man når man går ind i en brugtpladebutik. First sale-doktrinen fandt dog ikke anvendelse, da overdragelse af digitale eksemplarer – ifølge den amerikanske domstol - indebærer en eksemplar fremstilling, som der ikke er hjemmel til, og hjemmesidens metode var derfor ulovlig.<sup>30</sup> For tiden virker hjemmesiden kun i USA, men ReDigi har bekendtgjort, at også EU-borgere kommer til at kunne benytte tjenesten i løbet af 2013. Foreløbigt er det kun musikfiler købt og downloadet via iTunes, som kan handles på siden. Men som det fremgår af hjemmesiden, er det ambitionen, at udvalget af digitale værker skal udvides til at omfatte bl.a. e-bøger. Kravet om, at kun musikfiler købt gennem iTunes kan sættes til salg på [www.ReDigi.com](http://www.ReDigi.com), skyldes tjenestens intention om at respektere rettighedshavernes eneret til eksemplar fremstilling. For at understrege den alvor med hvilken ReDigi ønsker at markedsføre sin forretningsmodel uden at krænke rettighedshaverne, kræves det således at den digitale fil, der ønskes sat til salg, skal være original, hvilket indebærer, at sælgeren (den oprindelige erhverver) skal slette eventuelle kopier (Implikationerne af denne sletningspligt, behandler jeg nedenfor i afsnittet ”Uddybende om sletningspligten”)

Der gives flere begrundelser for at have regler om konsumtion. Et af argumenterne er det såkaldte *belønningssynspunkt*. Ud fra dette synspunkt anerkendes ophavsmandens ret og mulighed for at få økonomisk kompensation for brugen af eksemplaret i tilknytning til den første overdragelse. Men en ret for ophavsmanden til at blokere for viderespredning herefter, ville kunne medføre, at der bliver ydet en uberettiget dobbelkompensation. Et andet hensyn bag konsumptionsreglerne er baseret på konkurrencepolitiske overvejelser, idet det ikke anses for hensigtsmæssigt, at ophavsmanden skal kunne styre konkurrencen i forhandlerleddet.<sup>31</sup> I nordisk immaterialretsterminologi anvendes betegnelsen ”konsumtion” ikke bare inden for ophavsretten, men anvendes også i patentretten, varemærkeretten mv.<sup>32</sup> Reglerne i OPHL § 19 om spredningsrettens konsumtion er tænkt som en afbalancering af på den ene side eneretten til spredning og på den anden side ejendomsretten til et eksemplar af værket.<sup>33</sup> Konsumptionsprincippet omfatter til gengæld ikke eksemplarer, som man selv har fremstillet, heller ikke selvom man har indhentet ophavsmandens tilladelse. Det skyldes, at eksemplaret ikke anses for *overdraget* med samtykke fra ophavsmanden. Det springende punkt i den traditionelle brug af konsumptionsprincippet har i denne forbindelse været sondringen mellem overdragelse af et fysisk eksemplar og download af software med efterfølgende såkaldt lokal eksemplar fremstilling. Set ud fra en forbrugersynsvinkel betyder det kort fortalt, at mens en forbruger har ret til at videresælge en lovlig købt musik-cd, må han omvendt ikke videresælge en cd, hvorpå han hjemme har brændt musiknumre, der er downloadet fra internettet, heller ikke selvom det er sket lovligt og mod fuld betaling.<sup>34</sup> Betingelsen om ophavsmandens tilladelse – samtykkekravet – ved det første salg udgør sammen med salgskriteriet de to grundlæggende betingelser, der skal være

---

<sup>29</sup> ReDigi står for Recycled Digital

<sup>30</sup> Dommen er anket, og den angår kun den ældre version af ReDigi. ReDigi er derfor stadig åben i USA med den opdaterede Redigi 2.0. i funktion.

<sup>31</sup> Rognstad (2009), s. 161.

<sup>32</sup> Udsen (2009), s. 262ff. Se f.eks. Patentlovens 3, stk. 3, nr. 2 og Varemærkelovens § 6.

<sup>33</sup> Hanne Kirk Deichmann: ”Ophavsret”, i Jan Trzaskowski (red.) et al.: ”Internetretten”, Ex Tuto Publishing A/S, København, 2. udgave, 2012, s. 452

<sup>34</sup> Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier, *ibid.* s. 232.

opfyldt, for at der sker konsumtion.<sup>35</sup> Uden ophavsmandens samtykke til overdragelse af eksemplaret, går ejendomsretten ikke over til tredjemand. Derfor kan ophavsmanden i disse tilfælde fortsat råde over viderespredningen. Med hensyn til samtykkekravet tog Højesteret i U 2010/1422 (Erik A. Frandsens billeder) stilling til spørgsmålet om, hvorvidt en kunstmaler, der var fraflyttet nogle lejede lokaler, havde givet tilladelse til, at nogle efterladte malerier kunne videresælges af en efterfølgende beboer, der lejede de samme lokaler eller af andre, der havde deres gang på samme lokalitet. Der var tale om 14 kasserede billeder, som maleren ikke var tilfreds med. En ung mand havde sat to af billederne på auktion og blev efterfølgende sagsøgt af maleren for ophavsretskrænkelser, fordi der ikke var indgået nogen aftaler, der kunne give den unge mand ejendomsret til billederne og dermed ret til videresalg. Højesteret fastslog, at "... efterladelse af kasserede billeder i en kunstners værksted [ikke] er udtryk for, at kunstneren herved har gjort billederne, hvortil der er knyttet ophavsret, til genstand for fri bemægtigelse. Efterladelsen giver således ikke [sagsøgte] eller andre adgang til at tilegne sig billederne som ejer og gøre dem tilgængelige for almenheden". Samtykkekravet ansås ikke for at være opfyldt, idet malerierne var bestemt for kassation. Det havde ikke været malerens intention, at udlejer eller andre skulle kunne disponere retligt eller økonomisk over de efterladte men kasserede arbejder.

Dommen illustrerer, at uden ophavsmandens samtykke overgår ejendomsretten ikke til andre. Hvis samtykkebetingelsen skal anses for opfyldt, skal en eksemplarovertagelse være sket efter aftale med rettighedshaveren til værket.<sup>36</sup> I mange tilfælde vil det dog være sådan, at når man kasserer løsøre, signalerer man til omverdenen, at man opgiver ejendomsretten til det og lader det være op til andre at tilegne sig genstandene og gøre, hvad de vil med dem. Højesteret valgte altså alligevel at gøre en undtagelse for så vidt angår malerier. Det kan med god ret formodes, at der bag dommen ligger en grundlæggende betragtning om, at ophavsmænd (in casu kunstmalere) selv bør bestemme, hvornår deres værker skal offentliggøres for første gang. Denne ret havde den sagsøgte søgt at tage ud af hænderne på maleren. Det afgørende for sagens bedømmelse i denne henseende var, at der ikke ansås at være sket en egentlig første offentliggørelse, netop fordi billederne skulle kasseres.<sup>37</sup>

Noget af det, der gør dommen interessant, er dens belysning af i hvilken udstrækning man overdrager ejendomsretten til ting, man kasserer. Dommens rationale kan formuleres i en grundsætning om, at når en maler efterlader sine kasserede billeder i sit atelier, kan andre ikke tillade sig at opfatte det som en indikator på, at maleren har opgivet ejendomsretten til dem. Der er derfor ikke sket konsumtion, og et videresalg er en ophavsretskrænkelser, der som hovedregel vil resultere i et krav om godtgørelse til ophavsmanden, jf. OPHL § 83, stk. 3.

Sammenfattende om konsumtion af spredningsretten kan man sige, at konsumptionsprincippet efter en traditionel forståelse kun vedrører spredning af rent fysiske eksemplarer. Når man køber en cd eller en bog, bliver man ejer af eksemplaret. Man kan herefter efter eget ønske overdrage det pågældende eksemplar til tredjemand ved salg eller lignende. Det betyder dog ikke, at man får del i

---

<sup>35</sup> Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier, *ibid.* s. 229f.

<sup>36</sup> Schönning, *ibid.* s. 316f.

<sup>37</sup> NIR 2011, "Konsumtion af spredningsretten. Kommentar til Højesterets dom af 16. februar 2010 (Erik August Frandsen)", Morten Rosenmeier, s. 479f.

ophavsretten til eksemplaret, fordi overdragelse af eksemplarer netop ikke indbefatter overdragelse af ophavsretten, jf. OPHL § 53, stk. 2.<sup>38</sup> Overdragelse af eksemplarer rummer således ikke nogen – hverken hel eller delvis – overdragelse af ophavsretten, dvs. eneretten til *selve* værket, herunder retten til mangfoldiggørelse og offentlig fremførelse,<sup>39</sup> fordi spørgsmålet om ejendomsretten til værkseksemplaret er forskelligt fra spørgsmålet om ophavsretten til værket. Eksempelvis vil køberen af et maleri ikke erhverve ret til at fremstille postkort af maleriet, som uden nærmere aftale med ophavsmanden, in casu kunstneren, kun må benyttes på en måde, som falder *uden for* ophavsmandens eneret.<sup>40</sup>

#### 4. Forholdet mellem ophavsretten på nationalt og EU-retligt niveau

UsedSoft-dommen er den centrale retskildefaktor for denne afhandlings emne og problemstilling. Dommen er afsagt på grundlag af EU-Domstolens fortolkning af navnlig infosoc-direktivet og softwaredirektivet. Inden dommen behandles følger en generel præsentation af disse retskilder i den hensigt at lette forståelsen af Domstolens ræsonnementer i domspræmisserne. Dernæst følger nogle bemærkninger om EU-Domstolens fortolkningsstil.

Selvom ophavsretten er et vigtigt EU-anliggende, er der endnu langt til en egentlig harmonisering af ophavsretten i fællesskabet. Det mest effektive harmoniseringsværktøj ville formentlig være en EU-forordning på området. En forordning er karakteriseret ved at have almengyldig virkning, og den gælder umiddelbart som lov i alle detaljer for hver medlemsstat og dens fysiske og juridiske personer. En eventuel fremtidig European Copyright Law må da også forventes at basere sig på en forordning,<sup>41</sup> fordi en forordning som reguleringsfaktor ikke - som ved direktivet – først skal implementeres i national ret, men umiddelbart finder anvendelse for alle. Set ud fra et EU-perspektiv er fordelene ved benyttelsen af forordninger fremfor direktiver først og fremmest, at det alt andet lige fremmer en ensartet retsanvendelse og retssikkerhed i hele EU. Man undgår f.eks. de forsinkelser og andre uforudsigeligheder, som ofte hører med til hele processen omkring implementering af direktiver. Indtil videre er ophavsretten i EU - for så vidt angår Danmark - harmoniseret til et punkt, hvor syv direktiver er implementeret i dansk ret,<sup>42</sup> herunder infosoc-direktivet og softwaredirektivet.<sup>43</sup>

##### a. Infosoc-direktivet (2001/29/EF)

Infosoc-direktivet fra 2001 harmoniserer de fleste af de grundlæggende ophavsretlige beføjelser for ophavsmænd, udøvende kunstnere m.fl. Det drejer sig f.eks. om eksemplarframstillingsretten og eksemplarspredningsretten, der begge er af særlig relevans for denne afhandling. Infosoc-direktivet blev implementeret i den danske ophavsretslov i 2002. Ophavsretsloven er sammen med andre centrale nationale retskilder i væsentligt omfang direktiv-baseret. Infosoc-direktivet har til formål at

---

<sup>38</sup> Deichmann (2012), loc.cit.

<sup>39</sup> Palle Bo Madsen (2008), s. 97f.

<sup>40</sup> OPHL, Karnovs lovkommentar, 2013, note 339 ad § 53, stk. 2.

<sup>41</sup> Schovsbo og Rosenmeier (2011), s. 54f.

<sup>42</sup> Schovsbo og Rosenmeier (2011), loc. Cit. s. 54.

<sup>43</sup> Der er naturligvis en forsinkelse af direktivernes implementering i nye EU-medlemslande for så vidt angår østudvidelsen 2004-2007 og senest med optagelsen af Kroatien i 2013.

lette adgangen til udveksling af varer og tjenesteydelser mellem medlemslandene i EU ved at harmonisere ophavsretten på en række centrale områder. Det drejer sig navnlig om retten til eksemplar fremstilling, jf. artikel 2, retten til eksemplarspredning, jf. artikel 4 og retlig beskyttelse af tekniske foranstaltninger (vedr. kopispærring mv.), jf. artikel 6. Et af hensynene bag reglerne om retlig beskyttelse af tekniske foranstaltninger (DRM-teknologi)<sup>44</sup> vedrører brugernes adgang til i fremtiden at kunne forbruge film, musik, litteratur på anderledes måder, der er tilpasset deres behov og interesser. Et andet hensyn er rettighedshavernes mulighed for at kunne udbyde ydelserne på betryggende vis, ideelt set uden adgang til ulovlig eksemplarfremstilling og efterfølgende spredning.<sup>45</sup> Eksemplarspredningsretten i direktivets artikel 4 er en eksklusiv rettighed, der tillægger ophavsmanden en eneret til at tillade eller forbyde enhver form for spredning til almenheden af sine originalværker eller eksemplarer heraf ved salg eller på anden måde. Beskyttelsen gælder kun for ophavsmænd. Selvom eksempelvis udøvende kunstnere og pladeselskaber også er rettighedshavere, betragtes disse kun som såkaldt *beslægtede* rettighedshavere, der i stedet for må søge deres spredningsret beskyttet med hjemmel i udlejnings- og udlånsdirektivet (2006/115), jf. artikel 9.<sup>46</sup> Konsumptionsreglen i infosoc-direktivet artikel 4, stk. 2 gælder for andre værkstyper end software og databaser.<sup>47</sup> For disse kategorier skal hjemlerne for konsumtion søges i direktiv 2009/24/EF (softwaredirektivet) artikel 4, stk. 2 og direktiv 96/9/EF (databasedirektivet) artikel 5, litra c, 2. pkt. og artikel 7, stk. 2, litra b.<sup>48</sup>

Indtil videre er gældende ret i EU, at konsumptionsprincippet efter infosoc-direktivet tilsyneladende kun finder anvendelse på salg af fysiske kopier (varer), mens online-distribution ikke medfører konsumtion, fordi det betragtes som tjenesteydelser, jf. 29. betragtning i infosoc-direktivet. Heraf fremgår det ligefrem, at konsumtion ”ikke er relevant i forbindelse med tjenester, herunder især online-tjenester”.<sup>49</sup> Spørgsmålet er, om UsedSoft-dommen alligevel har rykket ved dette synspunkt, selvom der i første omgang tilsyneladende blot er taget stilling til konsumtionsspørgsmålet på grundlag af softwaredirektivet.

## **b. Softwaredirektivet (2009/24/EF)<sup>50</sup>**

Softwaredirektivet er oprindeligt fra 1991.<sup>51</sup> Det gældende direktiv er imidlertid fra 2009, men der er blot tale om en kodifikation uden indholdsmæssige ændringer.<sup>52</sup> Direktivets hovedindhold er den

<sup>44</sup> DRM=Digital Rights Management

<sup>45</sup> Om beskyttelsen af tekniske foranstaltninger, se afsnittet om DRM-spørgsmålene nedenfor.

<sup>46</sup> Martin Kyst, U 2001B, s. 308.

<sup>47</sup> Thomas Riis, NIR 2013, nr. 2, s. 148.

<sup>48</sup> Se også 33. betragtning til databasedirektivet

<sup>49</sup> Kommissionen havde i sine første overvejelser om, hvorvidt online-tjenester var tjenesteydelser, henvist til de såkaldte Coditel-sager (sag 62/79 Coditel I og sag 262/81 Coditel II), hvor Domstolen havde fastslået, at det ikke var muligt at anvende konsumptionsreglen i forbindelse med tjenesteydelser, der i *princippet kan gentages et ubegrænset antal gange*. Se Danielsen (2005), s. s. 306, note 243 m. henv.

<sup>50</sup> Schönning (2011) s. 84 med henvisning til Schönning og Blomqvist (2011), s. 125ff. Softwaredirektivet hedder egentlig edb-program-direktivet. Denne noget forældede betegnelse skyldes, at direktivet oprindeligt stammer fra 1991. Betegnelsen edb-programdirektivet har således overlevet 2009-kodifikationen, der ikke indebar indholdsmæssige ændringer. I denne afhandling erstattes ordet ”edb” med enten ”computer” eller ”software” alt afhængig af den sproglige kontekst.

<sup>51</sup> Rådets direktiv 250/1991/EØF af 14. maj 1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer

<sup>52</sup> DSFO (2013) oplæg ved prof. Henrik Udsen

ophavsretlige beskyttelse af software og indeholder særlige regler om blandt andet privatkopiering og kopispæringer. Mange af direktivets bestemmelser er implementeret i OPHL. Artikel 4 om de enkelte enerettigheder og konsumptionsprincippet er eksempelvis implementeret i OPHL §§ 2 og 19, mens artikel 5 om undtagelser fra enerettigheder er implementeret i OPHL § 36, der vedrører brugs- og sikkerhedskopiering.<sup>53</sup>

### c. EU-Domstolens fortolkningsstil

Hvis man ønsker at følge den fremgangsmåde, som EU-Domstolen anvender, når den fortolker EU-retsakter, er man nødt til at have viden om Domstolens særlige fortolkningsstil. Uden en sådan indsigt kan det volde besvær at følge Domstolens fortolkning af f.eks. infosoc-direktivet og softwaredirektivet, der er de centrale retskilder i UsedSoft-dommen (der analyseres i næste afsnit). Hertil rækker almindelig juridisk/retsdogmatisk metode ikke. Desuden kan det øge velviljen over for Domstolens resultater, hvis det gøres begribeligt med hvilket formål, Domstolen begrundede sine domme. Hvis man vil forstå EU-rettens væsen, er man godt hjulpet, hvis man fra starten af gør sig klart, at der her hverken er tale om national ret eller folkeret. Der er snarere tale om en ret *sui generis*, dvs. en særlig type ret eller, som Alf Ross anførte, en tredje kategori.<sup>54</sup>

Domstolens fortolkningsstil er stærkt præget af en overordnet målsætning om at skabe et integreret EU. Dette formål er blandt de allervæsentligste bag hele EU-konstruktionen. For Domstolen betyder det, at den i en fortolkningsmæssig valgsituation sædvanligvis vil vælge den løsning, der bedst muliggør realiseringen af dette mål.<sup>55</sup> Det kommer bl.a. til udtryk i Domstolens hensyntagen til fællesskabsrettens udvikling. Det indebærer, at de domme der afsiges, til en vis grad er tilpasset Det Indre Markeds behov og funktion for at fremme et velfungerende EU. Hensynet til Det Indre Markeds funktion fremgår f.eks. af softwaredirektivet, der er meget centralt for behandlingen af UsedSoft-dommen i denne afhandling.<sup>56</sup>

Der har igennem tiden været en del polemik omkring Domstolens kompetence: I hvilket omfang er der f.eks. politiske lodder i Domstolens vægtskåle? Det ligger dog uden for denne afhandling at gå nærmere ind i diskussion af Domstolens såkaldte ”judicielle aktivisme”.<sup>57</sup> Kritikken af EU-Domstolen for at være ”aktivistisk” vil dog ofte afhænge af øjnene, der ser.<sup>58</sup>

## 5. UsedSoft-dommen og det nye digitale konsumptionsprincip

I UsedSoft-dommen nåede Domstolen frem til den konklusion, at hvis man har licens til at downloade et computerprogram, kan man videreoverdrage licensen til andre, der så får ret til at downloade programmet og foretage en såkaldt lokal eksemplar fremstilling f.eks. ved at brænde den downloadede software på en DVD. Dette resultat var revolutionerende,<sup>59</sup> fordi online-konsumtion før

---

<sup>53</sup> Brugs- og sikkerhedskopiering er nærmere behandlet i afsnittet nedenfor om den legale programlicens.

<sup>54</sup> Alf Ross, U 1958 B, s. 3-4

<sup>55</sup> Morten Broberg i *Advokaten*, nr. 7, 2011

<sup>56</sup> Softwaredirektivets præambel, betragtning nr. 4 og 5, der begge er hjemlet i TEUF 114.

<sup>57</sup> Hjalte Rasmussen: ”EU-ret i kontekst”, 2001, 4. udgave, særligt kap. 33.

<sup>58</sup> Broberg, *ibid.*

<sup>59</sup> DSFO (2013) oplæg ved advokat Mette Lindskoug

UsedSoft-dommen har været et ikke-anerkendt retligt fænomen. Resultatet har igangsat en udfordring af den traditionelle fortolkning af konsumptionsprincippet, der af visse nærmere bestemte årsager hidtil har udelukket online-konsumtion. Den mest åbenlyse hindring for digital konsumtion er 28. og 29. betragtning i præambelen til infococ-direktivet. Det fremgår af 28. betragtning, at konsumtion efter første salg i Fællesskabet kun gælder for værker, ”der indgår i et fysisk gode”. 29. betragtning afskærer umiddelbart digital konsumtion, idet særlig online-tjenester fremhæves som undtaget fra konsumtion. Det skal allerede nu bemærkes, at Domstolen alene tog stilling til digital konsumtion efter softwaredirektivet og undlod at tage stilling til, hvad der gælder efter infococ-direktivet for så vidt angår digital konsumtion.

Nedenfor følger en gennemgang af Domstolens overvejelser med det formål at opnå indsigt i Domstolens juridiske metode ved iagttagelse af dens anvendelse af relevante fortolkningsregler, retsprincipper og grundsætninger, navnlig formålsfortolkning, ordlydsfortolkning, proportionalitetsprincippet, ligebehandlingsprincippet, hensynet til Det Indre Markeds funktion (effektivitetsbetragtninger), konsekvensbetragtninger, lex specialis-princippet. Ved at kortlægge Domstolens fortolkningsstil i den konkrete sag er det hensigten at bringe en på mange måder forundret juridisk offentlighed et skridt nærmere de faktorer, der har været bestemmende for sagens udfald.

#### **A. De faktiske omstændigheder<sup>60</sup>**

I 2011 blev det tyske firma UsedSoft GmbH sagsøgt af softwareselskabet Oracle International Corp. med påstand om at have krænket Oracles ophavsrettigheder. Oracle distribuerede software primært via download fra internettet. De programmer, som tvisten angik, var en særlig type software til databaser, som Oracles kunder kunne downloade fra selskabets hjemmeside direkte til deres computere. Til brug for denne software tilbød Oracle kunderne gruppelicenser, hvor en gruppe licens blev solgt med et minimum på 25 enkeltlicenser. Hvis en kunde havde brug for 27 licenser, skulle firmaet således erhverve to licenser. I tilknytning til downloadingen af softwareeksemplarerne skulle kunden acceptere licensaftalens vilkår om, at licenserne ikke kunne videreoverdrages. Nu var sagen den, at UsedSoft GmbH markedsførte brugte licenser til software. Det var en kendsgerning, at UsedSoft havde formidlet et videresalg af nogle Oracle-licenser, som en kunde havde i overskud. Kunden kunne f.eks. have 27 brugere, der hver skulle have en enkeltbrugerlicens, og eftersom Oracle kun solgte 25 licenser ad gangen, var kunden tvunget til at købe 2 gange 25 licenser og havde derfor 23 licenser tilovers. Oracle erfarede ordningen og ønskede denne type videresalg standset. Den eneste mulighed for Oracle for at forhindre denne form for videresalg var, hvis man kunne få rettens ord for, at spredningsretten til licenserne ikke var konsumeret ved det første salg. Sagen, der var anlagt ved en tysk domstol, gav anledning til fortolkningstvivel med hensyn til bestemmelser i både softwaredirektivet og infococ-direktivet. Derfor valgte domstolen i medfør af TEUF art. 267 at henvende sig til EU-Domstolen med en præjudiciel forelæggelse af tvisten. Den tyske domstol tilrettelagde forelæggelsen ved at dele tvistens kerneindhold op i tre præjudicielle spørgsmål.

---

<sup>60</sup> Præmisserne 20-33.

## B. De præjudicielle spørgsmål<sup>61</sup>

”1) Er den, der kan påberåbe sig, at retten til at sprede en kopi af et edb-program er udtømt, »den, der retmæssigt har erhvervet edb-programmet« i den betydning, hvori begrebet anvendes i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2009/24?<sup>62</sup>

2) Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende: Udtømmes retten til at sprede en kopi af et edb-program i henhold til artikel 4, stk. 2, i direktiv 2009/24, når erhververen har fremstillet kopien med rettighedshaverens tilladelse ved at downloade programmet fra internettet til et medium?

3) Såfremt det andet spørgsmål ligeledes besvares bekræftende: Kan også den, der har erhvervet en »brugt« softwarelicens, for så vidt angår fremstillingen af en kopi af et edb-program, som »den, der retmæssigt har erhvervet edb-programmet« i henhold til artikel 5, stk. 1, og artikel 4, stk. 2, i direktiv 2009/24 påberåbe sig, at retten til at sprede en kopi af edb-programmet, som den første erhverver har fremstillet med rettighedshaverens tilladelse ved at downloade programmet fra internettet til et medium, er udtømt, når første erhverver har slettet sin kopi af programmet eller ikke længere anvender denne?”

I det følgende vil jeg gennemgå Domstolens behandling af de tre præjudicielle spørgsmål med tilhørende underspørgsmål og problemstillinger. Sideløbende med en mere deskriptiv gennemgang vil jeg inddrage både danske og internationale retsvidenskabelige forskningsresultater for at iagttage og analysere Domstolens synspunkter og metode i et kritisk lys.

EU-Domstolen valgte med udgangspunkt i en særlig systematik at disponere sin besvarelse af spørgsmålene ved først at tage stilling til spørgsmål nr. 2 ved en omfattende behandling i præmisserne 35 til 72. Derefter blev spørgsmål 1 og 3 besvaret samlet i præmisserne 73 til 88. I overensstemmelse med Domstolens systematik vil spørgsmål nr. 2 blive behandlet først.

### a. Domstolens besvarelse af spørgsmål nr. 2

I tilknytning til spørgsmål nr. 2 var der en række underspørgsmål, som Domstolen foretog en grundig behandling af. Det hovedspørgsmål, som Domstolen skulle tage stilling til, var, om download fra internettet af et edb-program kunne medføre, at der indtrådte konsumtion af eksemplarspredningsretten. Med andre ord: kunne UsedSoft videresælge enkeltbrugerlicenser til Oracle-programmer, som en kunde havde i overskud? Det retlige grundlag for afgørelsen af dette punkt var softwaredirektivets artikel 4, stk. 2, der fastsætter, at første gang en kopi af et edb-program sælges i EU af rettighedshaveren selv (Oracle) eller med dennes tilladelse, er rettighedshaverens (ene)ret til at sprede den pågældende kopi *inden for* EU udtømt. Domstolen nåede frem til, at artikel 4, stk. 2 skulle fortolkes således, at retten til spredning af en kopi af et edb-program udtømmes, forudsat at indehaveren af ophavsretten (Oracle) dels har givet tilladelse til download af denne kopi fra internettet til et medium, dels har videregivet en brugsret (licens) til kopien uden tidsbegrænsning mod

---

<sup>61</sup> Præmis 34

<sup>62</sup> Softwaredirektivet.

betaling af en pris, der gør det muligt for denne at opnå et vederlag, der svarer til den økonomiske værdi af kopien af det værk, som han ejer.<sup>63</sup>

## **I. Princippet om at en downloadet kopi og en brugerlicensaftale udgør et udeleligt hele**

Et af de stridspunkter, der knyttede sig til spørgsmål nr. 2, var, om der var sket et faktisk salg af kopier af Oracles edb-programmer. Oracle mente således ikke, at man havde overdraget ejendomsretten til kopien ved at stille en gratis kopi til rådighed - uanset vilkårene om betaling for en brugerlicensaftale som forudsætning for at kunne anvende programmet. Til det bemærkede Domstolen, at download af en kopi af et edb-program og indgåelse af en brugerlicenskontrakt udgør et *udeleligt hele*, der i forbindelse med en juridisk kvalificering skulle undersøges samlet. Og ud fra netop den betragtning ansås en downloadet kopi af et edb-program uden en ledsagende brugerlicensaftale for aldeles uanvendelig, idet det ville afskære den senere erhverver fra at få adgang til de fornødne opdateringer af softwaren mv.<sup>64</sup> En adskillelse af eksemplar og brugerlicens ville i denne sammenhæng være meningsløs. Princippet om udelelighed ledte Domstolen frem til den delkonklusion, at der var sket overdragelse af ejendomsretten til kopien af det pågældende computer-program.<sup>65</sup>

## **II. Begrebet ”salg” i softwaredirektivets artikel 4, stk. 2<sup>66</sup>**

I softwaredirektivets artikel 4, stk. 2 er et af kravene til, at der kan indtræde konsumtion af eksemplarspredningsretten, at ”... en kopi af et edb-program *sælges*...” (min kursivering). Med støtte i Generaladvokatens synspunkter nåede Domstolen - som konsekvens af princippet om udelelighed - frem til en bred fortolkning af begrebet ”salg”. Generaladvokaten havde i sit forslag til afgørelse<sup>67</sup> været tilpas forudseende og havde taget højde for risikoen for en omgåelsesmulighed for så vidt angår leverandørerne. Det ville formentlig være nærliggende for en leverandør at kvalificere en aftale med en kunde som ”licens” i stedet for ”salg”, netop fordi ordlyden i direktivteksten i artikel 4, stk. 2 stipulerer en betingelse om salg, før konsumtion kan indtræde. En leverandørs interesse i en retlig omkvalificering af salg til benævnelsen licens ville indebære, at alle andre betegnelser end ”salg” ville hindre indtræden af konsumtion til leverandørens fordel. For ikke at fratage reglen om konsumtion i softwaredirektivets artikel 4, stk. 2 enhver betydning, anlagde Domstolen en pragmatisk fortolkning som værn mod den oplagte fristelse for leverandøren til at foretage en retlig omkvalificering ved en ændret benævnelse af det samme fænomen (licens i stedet for salg). Det pragmatiske lå bl.a. i nogle konsekvensbetragtninger ud fra en afbalancering af de involverede økonomiske interesser og under anvendelsen af et proportionalitetsprincip. I forhold til proportionalitetsprincipets anvendelse havde rettighedshaveren, in casu Oracle, jo allerede modtaget et passende vederlag (engangsbetaling), der modsvarede værdien af kopien af det værk (softwaren), til hvilket Oracle havde ejendomsretten. I modsat fald ville Oracle kunne kontrollere videresalget af kopier, der var downloadet fra internettet og ved hvert videresalg opkræve et nyt vederlag på trods af modtagelsen af et i forvejen passende vederlag. Desuden ville det være disproportionalt, hvis Oracle som rettig-

---

<sup>63</sup> Præmis 72

<sup>64</sup> Ibid. præmisserne 43 og 44.

<sup>65</sup> Ibid. præmis 46

<sup>66</sup> Præmisserne 38-49

<sup>67</sup> Se Generaladvokatens forslag til afgørelse, pkt. 59



hedshaver fik mulighed for at kunne kontrollere videresalget af kopier, der var downloadet fra internettet, fordi en sådan begrænsning i videresalget af kopier ville gå ud over, hvad der var nødvendigt for at bevare den omhandlede ejendomsrets særlige genstand.<sup>68</sup> På den ene side kan udtalelsen anses at indgå som et element til støtte for en bred fortolkning af begrebet ”salg”. Det kan på den anden side tilføjes, at sammenlignet med national ret antydede Domstolen, at begrebet ”salg” i den konkret anvendte sammenhæng på en måde var et salgsbegreb specifikt myntet på fællesskabsretten, idet det udtaltes, at ”... dette begreb med henblik på anvendelsen af direktivet [skulle] anses for at udgøre et *selvstændigt begreb*, som [skulle] fortolkes ensartet på Unionens område...” (min kursivering).<sup>69</sup> Som rygdækning for Domstolens konklusion vedrørende begrebet ”salg”, anlagdes desuden en formålsfortolkning af softwaredirektivet. Softwaredirektivet har i denne optik til formål at fjerne forskelle mellem medlemsstaternes lovgivninger i det omfang, at disse forskelle måtte have en mærkbar negativ effekt på Det Indre Markeds funktion med hensyn til software. En væsentlig styrke ved denne argumentation var, at betragtning 4 og 5 i softwaredirektivets præambel var direkte hjemlet i TEUF artikel 114. Hensynet til Det Indre Markeds funktion, er et synspunkt, der ligger helt på linje med grundsætningen om ensartet retsanvendelse i hele EU, eftersom eliminering af tekniske handelshindringer af hensyn til Det Indre Markeds funktion fremgår af både præambel og traktatbestemmelsen i artikel 114.

Domstolens brede fortolkning af salgsbegrebet i softwaredirektivets artikel 4, stk. 2 ledte altså frem til den konklusion, at når indehaveren af ophavsretten til et edb-program overdrager en kopi af dette til brugeren *sammen* med en ledsagende brugerlicens, foreligger der et salg, der muliggør konsumtion. Det er dog en forudsætning, at den brugsret til kopien af programmet, som brugeren erhverver, er tidsbegrænset.<sup>70</sup> Desuden skal indehaveren af ophavsretten modtage en engangsbetaling af en tilpas størrelse, så den svarer til den økonomiske værdi af kopien af værket.

### III. Lex specialis

Af andre fremsatte påstande og anbringender i sagen var bl.a. Oracles argumentation for, at infococ-direktivet stillede sig hindrende i vejen for konsumtion af spredningsretten som bestemt i softwaredirektivet. Oracles påstand var, at tilrådighedsstillelse af en kopi af et edb-program på ophavsmandens hjemmeside, udgjorde en ”tilrådighedsstillelse af [Oracles] værker på en sådan måde, at almenheden [fik] adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt”, jf. infococ-direktivets artikel 3, stk. 1. Direktivformuleringen ”tilrådighedsstillelse [...] [for] almenheden...” er en distinktion i forhold den *overgang af ejendomsretten* til kopien af det givne edb-program, som UsedSoft ville støtte ret på. I artikel 3 er der indbygget en beskyttelse af ophavsmandens (Oracles) eneret til eksemplarspredning, jf. artikel 3, stk. 3, der eksplicit fastslår, at tilrådighedsstillelse for almenheden ikke udtømmer/konsumerer ophavsmandens eneret til at tillade eller forbyde trådbunden eller trådløs overføring til almenheden af sine værker. Heroverfor stod UsedSoft’s interesse i at vinde Domstolens gehør for, at der forelå et salg af et edb-program (se afsnittet ovenfor). Som gennemgået

---

<sup>68</sup> Præmis 63

<sup>69</sup> Præmis 40, 2. pkt.

<sup>70</sup> Om de forskellige konsekvenser af henholdsvis tidsbegrænsede og tidsbegrænsede licensaftaler, se neden for i afsnittet ”Rettighedshavernes modtræk: ændrede forretningsmodeller?”.

ovenfor ansås en subsumption mulig med hensyn til retsfaktum i artikel 4, stk. 2 i softwaredirektivet.

Domstolen var i sin dom prisværdigt åben omkring (dele af) den anvendte juridiske metode, idet der i mere end et tilfælde eksplicit henvises til *lex specialis* i præmisserne.<sup>71</sup> *Lex specialis* er en fortolknings- og harmoniseringsregel, der indebærer, at en speciel regel går forud for en generel regel. Meningen er at løse en modsigelse mellem to retsregler, hvis de samme retsstiftende kendsgerninger udløser uforenelige retsfølger. Ved regelkrydsning i *samme lov* bruger man sædvanligvis betegnelserne hovedregel og undtagelse, hvor det normale er, at undtagelsen formodes at gå forud for hovedreglen. Men er der tale om regelsammenstød i *forskellige love*, vil *lex specialis*-princippet kunne være et brugbart redskab, idet reglerne ved regelkrydsning begge kan anskues som almindelig og speciel i forhold til hinanden. Man må dog under alle omstændigheder holde sig for øje, at et *lex specialis* synspunkt kun er et argument, som må afvejes mod de øvrige foreliggende omstændigheder i sagen. Står man med en fortolkningsvist, kan man derfor ikke regne med, at *lex specialis*-metoden kan afgøre spørgsmålet, men blot imødegå spørgsmålet med en formodning om, at en speciel regel alt andet lige vil blive foretrukket frem for den generelle.<sup>72</sup>

I UsedSoft-dommen opstod spørgsmålet om løsningen på en regelkonflikt mellem bestemmelser i to forskellige direktiver, nemlig som nævnt softwaredirektivet artikel 4, stk. 2 og infosoc-direktivet artikel 3, stk. 1 og stk. 3. Faktisk så det ikke specielt lovende ud med hensyn til mulighederne for at påberåbe sig softwaredirektivet artikel 4, stk. 2 (konsumtion af eksemplarspredningsretten), navnlig på grund af den helt åbenlyse barriere, som ligger i infosoc-direktivets præambel. I betragtning 29 om konsumtionsprincippet hedder det således, at:

”Spørgsmålet om konsumtion er ikke relevant i forbindelse med tjenester, herunder *især onlinetjenester*. Det er heller ikke relevant ved fysisk kopiering af et værk eller en anden frembringelse foretaget af en bruger af en sådan tjeneste med rettighedshaverens samtykke... I modsætning til cd-rom eller cd-i, hvor de intellektuelle ejendomsrettigheder er indeholdt i et fysisk medium, nemlig en vare, *udgør alle onlinetjenester i realiteten en handling, der kræver tilladelse...*” (min kursivering).

Præambelens 29. betragtning er en klar tilkendegivelse af, at download af et værk fra internettet ikke udløser konsumtion. På trods af de ”dårlige odds” for så vidt angår anvendelsen af softwaredirektivet artikel 4, stk. 2, nåede Domstolen alligevel frem til, at konflikten mellem direktivbestemmelserne dybest set kun var tilsyneladende, fordi man ud fra en erkendelse af det samlede regelgrundlag, men navnlig under anvendelse af *lex specialis*-princippet, måtte konkludere, at softwaredirektivet er *lex specialis* i forhold til infosoc-direktivet. Forklaringen på dette resultat er, at Domstolen rettede sin opmærksomhed mod infosoc-direktivets artikel 1, stk. 2, litra a, hvoraf det utvetydigt fremgår, at ”... dette direktiv [ikke berører] de gældende fællesskabsbestemmelser om ... *retlig beskyttelse af edb-programmer*.” (min kursivering).

---

<sup>71</sup> Præmisserne 51 og 56

<sup>72</sup> Om *lex specialis*, se R. Nielsen (2005), s. 206f.; Wegener (2000), s. 286.

Tilbage står spørgsmålet, om Domstolen fandt frem til anvendelsen af *lex specialis*-princippet som brugbart redskab til løsning af regelkollisionen ud fra en juridisk metode forankret i Domstolens almindelige fortolkningsstil. Eller om *lex specialis*-princippet i virkeligheden på forhånd er normeret i infosoc-direktivet, således at et omhyggeligt studie af det samlede relevante retsgrundlag i sidste ende - som refleksvirkning - ville føre til ”fundet” af *lex specialis*-princippet qua normeringen i infosoc-direktivet artikel 1, stk. 2, litra a?<sup>73</sup> I det sidste tilfælde kan man nærmest hævde, at der egentlig ikke foreligger nogen konflikt. Ud fra dette synspunkt må konflikten i en vis forstand anses for illusorisk og anvendelsen af *lex specialis*-princippet til dels overflødig, netop fordi en nøjagtig læsning og anvendelse af de implicerede retskilder alligevel ville føre til samme resultat i sagen uden brug af parallelle eller eksterne harmoniserings- og fortolkningsregler.

Det afgørende for Domstolens valg af *lex specialis*-argumentet var, at den herved kom uden om at skulle tage stilling til muligheden for digital konsumtion efter infosoc-direktivet og i det væsentlige kunne koncentrere sig om fortolkningen af *softwaredirektivet*. Som det fremgår nedenfor i afsnittet om retsvidenskabens standpunkter med hensyn til muligheden for digital konsumtion forud for *UsedSoft*-dommen, var navnlig betragtning 28 og 29 i infosoc-direktivets præambel en åbenlys hindring for konsumtion af immaterielle eksemplarer. Foreløbigt er man kommet videre for så vidt angår software.

#### IV. Ligestilling af fysiske og immaterielle kopier<sup>74</sup>

En af de afgørende forudsætninger for at konsumtionen af spredningsretten kunne udstrækkes fra kun at omfatte fysiske kopier til også at omfatte immaterielle kopier, in casu kopier af computerprogrammer, var om en undersøgelse af direktiverne ville føre til en retlig ligestilling af fysiske og ikke-fysiske eksemplarer. Undervejs i denne proces skulle det klarlægges, om en række betingelser var opfyldt. Hvis det havde været unionslovgivers hensigt at ligestille fysiske og immaterielle kopier af et edb-program med hensyn til den beskyttelse, der er fastsat i *softwaredirektivet*, kunne man sige, at netop *UsedSoft*-dommen gav anledning til at få kastet lys over dette spørgsmål.

Domstolen fastslog som tidligere nævnt, at direktiv 2009/24 (*softwaredirektivet*) var *lex specialis* i forhold til direktiv 2001/29 (*infosoc-direktivet*).<sup>75</sup> Herefter foretog Domstolen en ordlydsfortolkning af artikel 4, stk. 2 i *softwaredirektivet*. I bestemmelsen sonder unionslovgiver ikke mellem om kopien af computerprogrammet angår en fysisk eller en immateriel form.<sup>76</sup> Det er snarere omvendt, idet der ligefrem er fastsat en bestemmelse om, at den retlige beskyttelse i henhold til *softwaredirektivet* ”... finder anvendelse på *enhver form*, hvori et edb-program udtrykkes”(min kursivering).<sup>77</sup>

Begreberne i de to direktiver skal i princippet have samme betydning og finde samme anvendelse. Selv ved en fortolkning af konsumptionsreglen i infosoc-direktivet artikel 4, stk. 2, der begrænser anvendelsesområdet til kun at angå fysiske genstande, ville dette ikke berøre fortolkningen af kon-

<sup>73</sup> En normering, der som sagt tillægger *softwaredirektivet* forrang for infosoc-direktivet for så vidt angår retlig beskyttelse af edb-programmer

<sup>74</sup> Præmisserne 53-63

<sup>75</sup> Præmis 51

<sup>76</sup> Præmis 55

<sup>77</sup> Artikel 1, stk. 2.

sumptionsreglen i softwaredirektivets artikel 4, stk. 2, netop fordi det har været unionslovgivers hensigt (i softwaredirektivet) at ligestille fysiske og immaterielle kopier af et edb-program. I tilfælde af en eventuel diskrepans mellem infosoc-direktivet og softwaredirektivet med hensyn til korrekt begrebsanvendelse, vil hensigten om ligestilling i softwaredirektivet få forrang.<sup>78</sup> Nogle retsvidenskabelige forfattere omtaler fænomenet i UsedSoft-dommens præmis nr. 60, 1. pkt. som et udtryk for en *ophavsretlig enhedslære*. Efter denne lære finder begreberne som udgangspunkt samme anvendelse på tværs af ophavsretten.<sup>79</sup>

I præmis 61 behandler Domstolen salget af et computerprogram ud fra et ligebehandlingsprincip ved at sammenligne salget af en fysisk CD-ROM eller DVD med download fra internettet af et eksemplar. Konklusionen er, at online-overføring funktionelt svarer til lagring på et fysisk medium og derfor skal ligestilles. Desuden er der ikke forskel på det økonomiske aspekt på de to erhvervs måder. Under anvendelse af ligebehandlingsprincippet indebærer fortolkningen af artikel 4, stk. 2 i softwaredirektivet derfor, at konsumtion af eksemplarspredningsretten indtræder efter det første salg af en kopi af edb-program på følgende betingelser: 1) salget skal være sket inden for EU og 2) Salget skal være foretaget af rettighedshaveren eller med dennes tilladelse.

Den retlige ligestilling af fysiske og immaterielle kopier med hensyn til konsumtion vil for klarhedens skyld i de følgende afsnit blive betegnet som *det udvidede konsumtionsprincip* til forskel fra *det begrænsede konsumtionsprincip*, der alene omfatter fysiske eksemplarer.<sup>80</sup>

Fra den juridiske doktrin i årene før afsigelsen af UsedSoft-dommen har det synspunkt været forsvaret, at konsumptionsreglen hovedsageligt bør gælde ved overdragelse af fysiske eksemplarer, fordi en sådan overdragelse i princippet kun kan ske en gang, mens et digitalt eksemplar fra en hjemmeside kan videreoverdrages et utal af gange.<sup>81</sup> Selvom det naturligvis også er muligt at kopiere fysiske eksemplarer, vil denne risiko ikke på samme måde som ved digitale værker kunne råde ubodelig skade for så vidt angår ophavsmandens økonomiske interesser. Digitale eksemplarer er alt andet lige simple at distribuere i meget stort antal uden de store problemer, selv hvor ophavsmandens samtykke mangler. På den anden lyder det fra samme kant, at man rimeligvis bør være åben over for modargumenter i de tilfælde, hvor der er så store ligheder mellem online-overførsler og fysiske overførsler, at en forskelsbehandling er urimelig. Det kan f.eks. ikke være rimeligt, at man stilles dårligere i forhold til retten til videresalg, blot fordi man har downloadet et program fra en producents hjemmeside og derefter brændt det på en CD som alternativ til at gå i en fysisk forretning og købe produktet. Man kan selvfølgelig hævde, at digitale overføringer og spredning af fysiske eksemplarer er to principielt og væsensforskellige måder at få adgang til ophavsretligt beskyttede værker på. Men det skal også understreges, at digitale overføringer omfatter så tilpas uensartet en gruppe af handlinger, hvoraf nogle typer vil have så store faktiske lighedstræk med omsætningen af fysiske eksemplarer, at det taler for en retlig ligestilling. Når online-overførslen minder tilpas meget

---

<sup>78</sup> Præmis 60

<sup>79</sup> Mit kendskab til begrebet den ophavsretlige enhedslære stammer fra prof. dr. jur. Henrik Udsen (DSFO 2013).

<sup>80</sup> Hvor begreber i teksten optræder uden referencer, er jeg ophavsmanden.

<sup>81</sup> Henrik Udsen (2009), s. 282f.

om fysisk spredning, bliver den store forskel i retstilstanden urimelig.<sup>82</sup> Rognstad (1999) har også fremsat undren over, hvorfor ”online-distribution med lokal fremstilling af værker” ikke ligestilles med overdragelse af fysiske eksemplarer, eftersom begge handlinger jo angår eksemplar fremstilling.<sup>83</sup> Online-distribution med efterfølgende lokal eksemplar fremstilling bør ligestilles med udbud af fysiske eksemplarer, fordi internettet jo i forvejen fungerer som distributionskanal på linje med spredning af fysiske eksemplarer.<sup>84</sup> Denne kritik er i øvrigt helt på linje med Rognstads senere fremsatte synspunkter (2003).<sup>85</sup> Der er f.eks. ikke nogen grund til at forskelsbehandle, når en forbruger – selvfølgelig mod betaling – ønsker at downloade film eller musik og foretage en såkaldt lokal fremstilling eller lagring (=at ”brænde”) på en DVD eller en CD, i stedet for at købe skiverne i en fysisk pladebutik. Og slet ikke når produkterne i øvrigt leveres på internettet på samme vilkår som ved en fysisk transaktion i en butik. Det er ej heller rimeligt, at den, der downloader et computerprogram fra en producents hjemmeside og derefter selv lagrer programmet på et eksternt lagermedie, f.eks. en CD-ROM, ikke kan videresælge denne, blot fordi han ikke har købt eksemplaret i en fysisk butik. Rognstad hører til blandt de tidlige kritikere, der har rettet en præcis kritik mod et problem, der bestod før UsedSoft-dommen og som nu er afklaret for så vidt angår software. I de ”digitale” tilfælde, der har store faktiske lighedstræk med de fysiske, fremstår en forskelsbehandling – set ud fra denne position – altså som uberettiget. Dette synspunkt understøttes i øvrigt af grund-sætningen om formel retfærdighed, der indebærer, at ”lige tilfælde skal behandles lige”.<sup>86</sup> Så længe de økonomiske konsekvenser for rettighedshaver og bruger vil være omtrent de samme, er der næppe nogen grund til at behandle ren digital eksemplar fremstilling over internettet forskelligt fra spredning af fysiske eksemplarer, specielt ikke hvor online-levering fremstår som et rent alternativ.<sup>87</sup>

Man kan sætte Rognstads betragtninger på spidsen og tilføje, at der i dag findes et stort udvalg af netbutikker. For manges vedkommende eksisterer der ikke engang et fysisk alternativ, hvor man kan gå hen og få et fysisk eksemplar udleveret. Dette kunne anføres som argument for, at man *burde* have retten til kunne omsætte eksemplarer, man har betalt for og fremstillet lokalt på grundlag af en online-forbindelse på samme måde som man efter gældende ret har retten til at videresprede eksemplarer, der er købt i en fysisk butik, til almenheden. I de tilfælde hvor en bruger opsøger en pladebutik og udvælger musik fra en online-database, som butikken herefter brænder på en cd til brugeren, vil der indtræde konsumtion. I lyset af denne kendsgerning kan det undre, at der ikke indtræder konsumtion, når en slutbruger, der selv har fremstillet et eksemplar via en online-tjeneste, ønsker at videresælge sit eksemplar. Væksten i antallet af netbutikker og det udbredte video-on-

---

<sup>82</sup> Rognstad (2003), s. 457ff.

<sup>83</sup> Rognstad (1999) (doktorafhandling), s. 270

<sup>84</sup> Ibid. s. 684

<sup>85</sup> Rognstad (2003), s. 457ff.

<sup>86</sup> Om forholdet mellem lighed og forskellige retfærdighedsbegreber, se Alf Ross: ”Om ret og retfærdighed”, 1971, Nyt Nordisk Forlag (Arnold Busck), s. 353f.

<sup>87</sup> Rognstad (2003), s. 467.

demand-koncept tilsiger, at det fremover bliver forholdsvis tilfældigt, om den lokale eksemplar-fremstilling af musik, bøger, film m.v. sker hos distributøren eller slutbrugeren.<sup>88</sup>

Det er formentlig berettiget at kritisere det u hensigtsmæssige i direktivernes kategoriske opdeling i fysiske og immaterielle eksemplarer, men uanset hvilken vægt man tillægger Rognstads kritik, skal den dog højst tjene som en velment – og velargumenteret - retspolitisk anbefaling til afværgelse af u hensigtsmæssigheder ved at gøre reglerne fleksible nok til at opfange både forskelle og ligheder, så man undgår forskellig behandling af lige tilfælde.

Det er for tidligt at sige, hvor tæt vi er på en bredere ligestilling af fysiske og immaterielle eksemplarer i EU. Men at tiden endnu ikke er helt moden, viser en dom fra den tyske Landgericht Bielefeld af 5. marts 2013.<sup>89</sup> Den tyske domstol anså et forbud mod videresalg af bl.a. e-bøger i en licensaftale som gyldigt, idet den ikke mente, at der var hjemmel til den eksemplarfremstilling, der skete med videreoverdragelsen af det digitale eksemplar.

## V. Om at undgå adskillelse af markederne mv.<sup>90</sup>

EU-Domstolen foretog videre en fortolkning af meningen med spredningsrettens konsumtion i den hensigt at underbygge dens argumentation for ligestilling af fysiske og immaterielle eksemplarer yderligere. Domstolen nåede frem til, at spredningsrettens konsumtion måtte fortolkes i lyset af *formålet* med konsumptionsprincippet samt under anvendelse af *proportionalitetsprincippet*. For så vidt angik formålet havde fortolkningen karakter af en formålsfortolkning, idet Domstolen bemærkede: "... at *formålet* med princippet om konsumtion af den ret til spredning af værker, der er beskyttet af ophavsretten, er at begrænse indskrænkningerne i spredningen af de nævnte værker til det nødvendige med henblik på at undgå adskillelse af markederne og for at bevare den pågældende intellektuelle ejendomsret særlige genstand." (min kursivering). I forhold til proportionalitetsprincippet understregede Domstolen vigtigheden af at "... begrænse indskrænkningerne...til det *nødvendige*..." (min kursivering) af hensyn til bl.a. at undgå en adskillelse af markederne. Domstolen valgte her at se bort fra Kommissionens argument om, at EU-retten ikke fastlægger konsumtion af spredningsretten i forhold til tjenesteydelser i modsætning til fysiske varer. Sondringen mellem fri bevægelighed af henholdsvis varer og tjenesteydelser finder opbakning hos Danielsen (2005), der kvalificerer online-distribution som tjenesteydelser, hvilket afskærer konsumtion for andet end salg af fysiske kopier ("varer"). Synspunktet finder støtte i en Kommissionsberetning til Europaparlamentet (2000)<sup>91</sup> samt ved komparative studier af databasedirektivet<sup>92</sup>. Holdningen til konsumtion kommer bl.a. til udtryk i betragtning 33 (i databasedirektivets præambel), hvoraf det fremgår, at spørgsmålet om konsumtion af spredningsretten til ophavsretligt beskyttede værker ikke foreligger

<sup>88</sup> NIR 2003, s. 503f., Peter Schønning. Forfatteren havde som mange andre bidt mærke i 29. betragtning i infosoc-direktivets præambel og dens (urimelige) afskæring af online-tjenester fra konsumtion.

<sup>89</sup> Dommen kan ses på:

[http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/LG\\_Bielefeld\\_vom\\_05.03.13\\_Klage\\_Vebraucherzentralen.pdf](http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/LG_Bielefeld_vom_05.03.13_Klage_Vebraucherzentralen.pdf)

<sup>90</sup> Præmis 62

<sup>91</sup> Beretning fra Kommissionen til Europaparlamentet, Rådet og Det Økonomiske og Sociale Udvalg om gennemførelsen og virkningerne af direktiv 91/250/EØF om retlig beskyttelse af edb-programmer. Se Danielsen (2005), s. 304, note 240 m. henv.

<sup>92</sup> Direktiv 96/9/EF om retlig beskyttelse af databaser

i forbindelse med online-databaser, der i stedet falder ind under *tjenesteydelser*. Selve direktivets konsumptionsregler henviser til, at der kun indtræder konsumtion i forhold til et eksemplar af en database.<sup>93</sup> I denne sammenhæng ville en sondring mellem tjenesteydelser og varer få negative konsekvenser for Det Indre Markeds effektivitet. Her var der en klar forbindelse mellem Domstolens effektivitetsbetragtninger og dens formålsfortolkning, idet et af de helt grundlæggende formål med EU er et effektivt Indre Marked med et minimum af tekniske handelshindringer. Man må huske på, at Domstolen her var bevidst om ikke at glemme de betragtninger, der ligger i softwaredirektivets præambel angående forpligtelsen til at undgå foranstaltninger, der har en negativ virkning på det Indre Markeds funktion.<sup>94</sup> Domstolen konkluderede altså, at også tjenesteydelser *kan* være omfattet (og i den konkrete sag ansås for omfattet) af konsumptionsprincippet ud fra effektivitetsbetragtninger og for så vidt angik Det Indre Markeds funktion med støtte af en formålsfortolkning og proportionalitetsprincippet.

## VI. Økonomiske konsekvenser af et begrænset konsumptionsprincip

De økonomiske følger af at lade konsumptionsreglen i softwaredirektivet artikel 4, stk. 2 være begrænset til alene at omfatte fysiske eksemplarer, ville ifølge Domstolen være, at indehaveren af ophavsretten bevarede muligheden for at kontrollere videresalget af kopier downloadet fra internettet. Denne position ville give rettighedshaveren ret til at kræve et nyt vederlag ved hvert salg – en ret, som Domstolen fandt for vidtgående, al den stund indehaveren af ophavsretten jo allerede havde opnået et passende vederlag ved det første salg af den pågældende kopi. I forhold til de økonomiske virkninger af et begrænset konsumptionsprincip anlagde man altså en konsekvens- og rimelighedsbetragtning, som dybest set var baseret på retsøkonomiske synspunkter. Visse retsvidenskabelige forfattere argumenterer da også for, at dommen i realiteten er et udtryk for en afbalancering af økonomiske interesser.<sup>95</sup> Man kan – med en vis forsigtighed – anskue dommen som et led i et paradigmeskift i ophavsretten, hvor tyngdepunktet har bevæget sig i en mere retsøkonomisk kurs.<sup>96</sup> Vejen til det *udvidede konsumptionsprincip*, der indebærer retlig ligestilling af fysiske og immaterielle eksemplarer, anvistes desuden ved hjælp af proportionalitetsprincippet, idet en sådan begrænsning af brugen, ville "... [gå] ud over, hvad der er nødvendigt for at bevare den omhandlede intellektuelle ejendomsrets særlige genstand".<sup>97</sup> Der har tidligere været forsøg på fra retsvidenskabens side at løse problemet med rettighedsafgrænsning i forbindelse med digitale overføringer. For ikke at presse resultater ud af konsumptionsreglen, som der ikke er klar hjemmel til, har man således foreslået brugen af en *ophavsretlig udfyldningsregel*, der vel har lighedstræk med reglen om spredningsrettens konsumtion, men som nok i højere grad skal anses som en regel med et stærkt beslægtet indhold.<sup>98</sup> Forestillingen om denne ophavsretlige udfyldningsregel er vokset frem i anerkendelsen af på den ene side infosoc-direktivets retlige udgangspunkt om, at konsumtion af rettigheder ikke

<sup>93</sup> Ibid. artikel 5, litra c, og art. 7, stk. 2, litra b.

<sup>94</sup> Præmis 41 samt betragtning 4 og 5 i softwaredirektivets præambel, der har hjemmel i TEUF artikel 114

<sup>95</sup> Se Thomas Riis i NIR 2013, nr. 2, s. 150f.

<sup>96</sup> Synspunktet understøttes af en række andre nyligt afsagte domme fra EU-Domstolen, navnlig C-5/11 (*Donner*) og C-135/10 (*SCF*), hvor Domstolen – ligesom i *UsedSoft*-dommen - vurderede om de implicerede økonomiske interesser var tilstrækkeligt beskyttede. Se Thomas Riis, *ibid.* s. 149ff.

<sup>97</sup> Præmis 63

<sup>98</sup> Rognstad (2003), s. 471f.

indtræder ved digital overføring af ophavsretligt beskyttet materiale.<sup>99</sup> På den anden side kan forslaget ses som et pragmatisk udtryk for, at dette udgangspunkt bruges med fornuft, idet det ikke kan have været meningen med infosoc-direktivet at forskelsbehandle ligeartede tilfælde. Det springende punkt er, at de retlige konsekvenser *bør* være de samme, når de praktisk-økonomiske realiteter er det. Forslaget må anses som en de lege ferenda-betragtning.<sup>100</sup> I en retsvidenskabelig fremstilling fra 2009<sup>101</sup> videreudvikler Rognstad nogle tidligere fremsatte betragtninger om, at blot fordi spredning af fysiske eksemplarer og digitale overføringer klassificeres forskelligt, er det ikke nødvendigvis ensbetydende med, at situationerne *bør* have forskellige retlige konsekvenser i enhver henseende.<sup>102</sup> Lokalt fremstillede eksemplarer gennem overføring i digitale netværk kan på grund af 29. betragtning i infosoc-direktivet ikke anskues på samme måde som overdragelse af fysiske eksemplarer. Det nye er, at forfatteren her argumenterer for en potentiel tilladelse til eksemplarfremstilling. På trods af forskellighederne på online- og fysisk distribution *bør* der ifølge Rognstad gives rum for indfortolkning af et samtykke til eksemplarspredning på grundlag af en online-tjeneste i visse situationer, f.eks. ved overdragelse af en mp3-afspiller inklusiv musik, når aftalen med rettighedshaveren ikke regulerer forholdet. Dette forudsætter naturligvis, at den indeholdte musik er lovligt erhvervet.<sup>103</sup>

## VII. Sletningspligten: Kravet om, at den første erhverver skal gøre sin egen kopi ubrugelig på overdragelsestidspunktet

For at spredningsretten kan anses for konsumeret, fastslog Domstolen desuden, at førstegangskøberen (overdrageren) skulle gøre sin egen kopi ubrugelig på tidspunktet for videresalget. Hvis man videresælger en kopi af et downloadet program, har man altså pligt til at slette sine egne kopier af det. Det følger af præmisserne 70, 78 og 79.<sup>104</sup> Dette krav har til formål at undgå, at videreoverdragelserne krænker ophavsmandens eneret til eksemplarfremstilling som omhandlet i softwaredirektivets artikel 4, stk. 1, litra a.<sup>105</sup> Af denne bestemmelse fremgår det, at enhver reproduktion (eksemplarfremstilling) af et computerprogram forudsætter rettighedshaverens tilladelse.

---

<sup>99</sup> Jf. 28. og 29. betragtning i infosoc-direktivet.

<sup>100</sup> Det bemærkes, at sondringen mellem retten som den *er* (de lege lata eller gældende ret) og retten som den *bør være* (de lege ferenda eller retspolitik), er en juridisk variant af David Humes berømte sondring mellem det deskriptive og det normative (Humes ”kløftsdoktrin”), som bl.a. blev benyttet flittigt af retspositivisterne J. Bentham, Kelsen mfl. og senere af de såkaldte retsrealister, navnlig Oliver Wendell Holmes og Alf Ross.

<sup>101</sup> Ole-Andreas Rognstad: ”Ophavsrett”, Universitetsforlaget, Oslo, 2009

<sup>102</sup> Ibid., s. 160.

<sup>103</sup> Ibid. s. 163. Forfatterens tilkendegivelser om fortolkningsveje kan også siges at være adresseret til domstolene (og dermed ikke blot til lovgiverne), hvilket kvalificerer dem som både de lege ferenda- og de sententia ferenda-betragtninger.

<sup>104</sup> Kravet om, at den første erhverver skal gøre sin egen kopi ubrugelig efter videreoverdragelsen er mere udførligt behandlet i afsnittet neden for vedr. Domstolens besvarelse af spørgsmål 1 og 3.

<sup>105</sup> I den engelske version af dommens præmis 70 hedder det, at den første erhverver ”...*must* [...] make his own copy unusable at the time of the resale.” (min kursivering). I den danske version har oversætteren det samme sted skrevet, at den første erhverver ”...*bør* [...] gøre sin egen kopi ubrugelig...” (min kursivering). Der er her sket en forkert oversættelse. Mens den engelske version fastsætter et krav (”must”), giver den danske version blot en anbefaling (”bør”).



## VIII. Forbuddet mod at opdele en gruppelicens i enkeltbrugerlicenser

Som en anden betingelse for indtræden af konsumtion krævede Domstolen desuden, at en gruppe-licens ikke måtte opdeles.<sup>106</sup> De omtvistede licenser blev af Oracle udbudt som gruppelicenser til minimum 25 brugere. Firmaet UsedSoft tilbød dets kunder at markedsføre overskydende enkeltbrugerlicenser. Kundens behov kunne bestå i f.eks. 30 enkeltbrugerlicenser, men på grund af Oracles forretningsmodel ville kunden være nødt til at købe to gruppelicenser á 25 enkeltbrugerlicenser og dermed stå med en restmængde på 20 uudnyttede licenser, som så kunne videresælges gennem UsedSofts tjenesteydelser. Oracle ønskede denne form for videresalg bremset. Og den eneste mulighed var at få rettens ord for, at spredningsretten til licenserne ikke var konsumeret. Domstolen fastslog da også, at det er gruppelicensen som helhed, og kun den, som potentielt konsumeres.<sup>107</sup> Licensens *kvantitative omfang* er så at sige låst til det oprindelige antal enkeltbrugerlicenser pr. gruppelicens. En senere erhverver får derved ret til uden aftale med rettighedshaveren at fremstille lige så mange kopier, som den første erhververs licensaftale tilsiger, men han er til gengæld ”låst” fast til det eksakte antal kopier, hverken færre eller flere.<sup>108</sup>

Rationalet bag forbuddet mod at udstykke licensen i mindre enheder og alene videresælge nogle enkelte licenser var en simpel betragtning: ved at udstykke licensen i mindre enheder ville overdrageren jo fortsat kunne anvende den kopi af programmet, som stadig var installeret på overdragerens server. Hvis kunden til indehaveren af ophavsretten på denne måde fortsatte sin brug af softwaren efter overdragelsestidspunktet, ville eksemplarfremsstillingsretten i artikel 4, stk. 1, litra a, utvivlsomt være blevet krænket. Det bemærkes, at der fra dette forhold er en klar sammenhæng med den ledsagende sletningspligt, som i det væsentlige er begrundet i præmisserne 70, 78 og 79.

Fra dansk retsvidenskabeligt hold har Danielsen (2005) gjort nogle betragtninger over de risici, der kan være forbundet med at lade ophavsretten til software blive konsumeret i forbindelse med online-distribution.<sup>109</sup> Det bemærkes, at når der tales om risici i denne sammenhæng, er sagen naturligvis set med rettighedshavernes briller på. Hvis køberen (den første erhverver) får lejlighed til at videreoverdrage programmet, er det mest sandsynlige scenarie, at ikke alle ville kunne modstå fristelsen til at beholde en kopi til sig selv og dermed krænke eksemplarfremsstillingsretten som nævnt oven for i forbindelse med sletningspligten. Argumentet for ikke at lade online-distribution være omfattet af konsumtion er – stadig ifølge Danielsen – at der gives rettighedshaveren gode og enkle kontrolmuligheder med hensyn til om den, der anvender programmet, har retten hertil og har betalt rettighedshaveren for brugen af det. Og det er da også denne kontrolproblematik, der for en stor del udgør kernen i Danielsens skepsis med hensyn til online-konsumtion. For hvis online-distribution anerkendes, kan man for det første stille spørgsmålet til, hvorledes man da sporer programmets efterfølgende bevægelser i omsætningskæden tilbage til den første erhverver. For det andet vil der opstå

---

<sup>106</sup> Præmisserne 69 og 86

<sup>107</sup> Thomas Riis, NIR 2013, nr. 2, s. 148.

<sup>108</sup> Mette Lindskoug, U2013B, s. 278 (281)

<sup>109</sup> Jens Hartig Danielsen, doktorafhandling (2005), s. 307. Da Danielsen har udtalt sig ca. 7 år før UsedSoft-dommens afsigelse, er meningen ikke at stille forfatteren til regnskab for et synspunkt, der helt afgjort er blevet falsificeret af dommen, men snarere at illustrere og dokumentere hvor udbredt synspunktet var blandt anerkendte retsvidenskabelige autoriteter før UsedSoft-dommen.

tvivl om, hvordan man med tilstrækkelig sikkerhed kan godtgøre, at det overdragede program ikke længere findes på overdragerens computer.

## **b. Domstolens besvarelse af spørgsmål nr. 1 og 3**

### **i. Fortolkning og fastlæggelse af ”den, der retmæssigt har erhvervet edb-programmet” i softwaredirektivets artikel 5, stk. 1.**

Det er én ting, at have erhvervet en brugt licens. Noget andet er, om erhververen af licensen kan anses for at være ”den, der retmæssigt har erhvervet edb-programmet”, som det hedder i artikel 5, stk. 1 i softwaredirektivet. Det var særlig vigtigt at få afklaret netop dette spørgsmål, fordi det var af afgørende betydning for erhververen at kunne downloade softwaren med ”hjemmel” i den erhvervede brugerlicens uden risiko for at løbe ind i en samtykkeproblematik med potentiel retslig intervention fra indehaveren af ophavsretten efterfølgende. Hvis ikke erhververen havde umiddelbar adgang til den ”nødvendige reproduktion” af softwaren ved at downloade programmet fra ophavsmandens hjemmeside, ville han ikke kunne benytte programmet ”efter dets formål”.<sup>110</sup> Og dette udgjorde en klar trussel mod konstruktionen set ud fra et brugerperspektiv. Med støtte i softwaredirektivets artikel 4, stk. 2 fastslog Domstolen derfor, at ”... den anden erhverver af kopien, såvel som enhver senere erhverver...” kunne betragte sig som ”den, der retmæssigt har erhvervet edb-programmet”, jf. artikel 5, stk. 1.<sup>111</sup> Derved løftede Domstolen problemstillingen op over den kendsgerning, at senere erhververe jo ikke havde indgået en direkte licensaftale med indehaveren af ophavsretten. Dette anså Domstolen altså ikke som tilstrækkelig begrundelse for at hindre indtræden af konsumtion. Og ræsonnementet ligger tilmed i naturlig forlængelse af indholdet i navnlig præmis 44, der bl.a. fastslår, at ”download af en kopi af et edb-program og indgåelse af en brugerlicenskontrakt hertil udgør et *udeleligt hele*. Download af en kopi af et edb-program er nemlig ikke til nogen nytte, hvis kopien ikke kan anvendes af indehaveren.” (min kursivering).<sup>112</sup> Domstolen konkluderede på dette grundlag, at den nye erhverver af brugerlicensen kunne downloade en kopi af softwaren fra ophavsmandens hjemmeside, fordi denne downloading ”udgør en nødvendig reproduktion af et edb-program, som gør det muligt for den nye erhverver at benytte programmet efter dets formål”.<sup>113</sup>

Softwaredirektivets artikel 5, stk. 1 er inkorporeret i dansk ret med OPHL § 36, der vedrører den såkaldt *legale programlicens*.<sup>114</sup> Det er en ordning, der indebærer, at et program kan kopieres uden forudgående tilladelse fra rettighedsindehaveren. Men det er et krav, at kopieringen skal være nødvendig for, at den, der retmæssigt har erhvervet programmet, kan benytte det efter dets formål. Det forklarer f.eks., hvorfor en bruger kan ”foretage” en brugskopiering uden samtykke, idet der ved

---

<sup>110</sup> Jf. softwaredirektivets artikel 5, stk. 1 in fine

<sup>111</sup> Præmis 80

<sup>112</sup> Princippet om udelelighed er særskilt behandlet oven for i forbindelse med præmisserne 43 og 44.

<sup>113</sup> Præmis 85

<sup>114</sup> Jeg kommer også ind på den legale programlicens i forbindelse med behandlingen af spørgsmålet om privat brug efter viderespredning af originaleksemplaret. Se nedenfor.

brugskopiering reelt er tale om en art teknisk kopiering i selve computeren, der automatisk finder sted i forbindelse med almindelig brug og kørsel af et program.<sup>115</sup>

## **ii. Uddybende om sletningspligten (kravet om, at den første erhverver skal gøre sin egen kopi ubrugelig)**

Den første erhverver skal i forbindelse med et videresalg gøre sin egen kopi ubrugelig, hvad enten den er fysisk eller immateriel, for at undgå at krænke ophavsmandens eneret til eksemplar fremstilling, jf. softwaredirektivets artikel 4, stk. 1, litra a.<sup>116</sup> Det er ikke nemt for en rettighedshaver at kontrollere, om den første erhverver har frembragt flere kopier af den originale software og om denne - uden samtykke fra rettighedshaveren - fortsætter med at benytte dem efter at have solgt sit fysiske medium eller overdraget sit originale digitale eksemplar.<sup>117</sup> Dette problem er en af de væsentligste grunde til, at rettighedshaveren er berettiget til at benytte tekniske beskyttelsesforanstaltninger for at sikre, at den første erhververs kopi reelt gøres ubrugelig. Til det formål står der en række muligheder til rådighed inden for den såkaldte DRM-teknologis område.<sup>118</sup> Det kan være produktøgler, adgangskoder, kryptering osv., der positivt har til formål at få folk til at huske at spørge om lov og betale, før de bruger rettighedshavernes produkter, og negativt vil forhindre folk i at bruge værker og andet materiale, medmindre rettighedshaverne forinden har givet tilladelse.<sup>119</sup> Domstolen anerkendte ganske vist rettighedshavernes bekymring over vanskeligheden med at kontrollere, om den første erhverver måtte have frembragt flere kopier af computerprogrammet, som vedkommende muligvis ville fortsætte med at benytte efter salget af sit digitale originaleksemplar uden aftale og tilladelse. Men sagsøgers (Oracles) anbringende om, at kontrollen med om den første erhverver ville fortsætte med at benytte ulovlige kopier efter overdragelsen, skulle være vanskeliggjort i så høj grad, at konsumtion burde nægtes, vandt ikke gehør hos Domstolen. Domstolen argumenterede for sit synspunkt på grundlag af en lighedsbetragtning, ud fra hvilken fysiske og immaterielle kopier ansås for ligestillede i erkendelsen af, at problemet ikke var specielt forbundet med videreoverdragelse af digitale eksemplarer.<sup>120</sup> Problemet er det samme for den rettighedshaver, der udleverer kopier af software, der er lagret på *fysiske medier* (CD-ROM, DVD osv.), idet det også i disse tilfælde kun vanskeligt kan kontrolleres, om den første erhverver måtte have fremstillet flere kopier af softwaren, som vedkommende vil fortsætte med at gøre ulovlig brug af efter videreoverdragelsen af det originale fysiske medie. Rognstad (1999) har også gjort sig overvejelser omkring forskellen mellem overdragelse af fysiske eksemplarer og online-distribution.<sup>121</sup> For det første vil afsenderen i tilfælde af online-distribution beholde sit eksemplar. For det andet vil der i forbindelse med viderespredningen blive fremstillet mindst to eksemplarer: et som brugeren/afsenderen beholder og et om viderespreddes. At gå ud fra noget andet er – ifølge Rognstad – urealistisk. Sammenligner man online-

<sup>115</sup> U2013B, s. 278 (280) af Mette Lindskoug.

<sup>116</sup> Præmis 78

<sup>117</sup> Præmis 79

<sup>118</sup> DRM=Digital Rights Management.

<sup>119</sup> Rosenmeier (2011), s. 209. Reglerne om tekniske foranstaltninger er bl.a. fastsat i OPHL kap. 6a, der er resultatet af en implementering af bestemmelser fra både infosoc-direktivet og softwaredirektivet.

<sup>120</sup> Den retlige ligestilling af fysiske og immaterielle eksemplarer er uddybet oven for i forbindelse med behandlingen af det andet præjudicielle spørgsmål (med tilhørende underspørgsmål).

<sup>121</sup> Rognstad (1999) benytter dog udtrykket ”netværkstransmissioner” i stedet for - som i afhandlingen - online-distribution, s. 270.

distribution med spredning af fysiske eksemplarer, fremgår det, at hele forudsætningen for den fysiske spredning er, at overdrageren afgiver besiddelsen af det pågældende eksemplar. På den ene side kan fysiske eksemplarer naturligvis også kopieres til privat brug. Men på den anden side er der visse forskelle, idet kopiering af fysiske eksemplarer (navnlig af ikke-digitale værker) kræver særskilt udstyr, mens kopiering af værker erhvervet ved online-distribution så at sige har ”kopieringsudstyret” integreret i selve distributionen.<sup>122</sup> Computere, som opererer i verdensomspændende digitale netværk, er kombinerede kopimaskiner og distributionskanaler, som både kan lave et utal af perfekte kopier og sende ophavsretligt beskyttet materiale over lange afstande på meget kort tid uden at afsenderen mister besiddelsen af eksemplaret.<sup>123</sup> Alligevel ændrer dette ikke på, at faren for ulovlig kopiering i stort omfang også er til stede for så vidt angår *fysiske eksemplarer*, navnlig hvis ikke der er indlagt tekniske beskyttelsesforanstaltninger (f.eks. kopispæringer). Det skyldes udviklingen inden for digital teknologi, der har medført nye og bedre kopieringsteknikker og udstyr. Derfor kan kontrolproblemet *ikke i sig selv* tilsige, at der gøres forskel i adgangen til eksemplarspredning af henholdsvis fysiske værker og værker, der er lokalt fremstillet via online-distribution.<sup>124</sup>

### a) ReDigi-sagen

ReDigi-sagen, som er præsenteret ovenfor,<sup>125</sup> vedrører salg af brugte musikfiler (iTunes-downloads) på en amerikansk hjemmeside ved hjælp af en særlig type software. Spørgsmålet om sletningspligten indgår også som en del af denne sag. Softwaren har til formål at beskytte rettighedshavernes eneret til eksemplarfremstilling ved at sikre, at køberen får præcis den pågældende fil, som han har betalt for, samt at ingen kopi eksisterer på sælgerens computer efter salget. Efter salget vil musikfilen være fjernet fra sælgers computer, fordi der ikke bliver lavet kopier af filen. Som bruger af ”www.ReDigi.com” skal man installere softwaren på sin computer for at få adgang til tjenesteydelserne på hjemmesiden. Softwaren registrerer om den pågældende fil, der ønskes videreoverdraget, er blevet kopieret. Hvis softwaren registrerer eksisterende kopier på computeren, får sælgeren først lov til at sætte sin original til salg på ReDigi.com., når kopierne er slettet, for netop at forhindre ulovlig eksemplarfremstilling af respekt for ophavsmandens eneret. Det er kun den originale fil, der skal kunne overdrages, men det er stadig stærkt omdiskuteret, om denne konstruktion i tilstrækkelig grad er betryggende for rettighedshaverne. Sagen har givet anledning til diskussion af flere væsentlige problemer. Et af de større risikoområder er som sagt sælgerens mulighed for at have taget en kopi af musikfilen til sig selv, inden den sættes til salg. Det kan ikke afvises, at der stadig er problemer forbundet med salg af brugte musikfiler. Sceptikere har især påpeget, at der fortsat er en stor risiko for, at sælgeren i princippet kan lave uanede mængder af kopier, inden han/hun sælger originalfilen.<sup>126</sup> Man kan naturligvis hævde (som nævnt ovenfor), at det samme gør sig gældende for CD’er, der brændes, men man kan dog aldrig lave en ny original, modsat den digitale kopi, der har den samme værdi som den originale fil. Og det er denne forskel på digitale og fysiske eksemplarer, der fremføres af skeptikere som begrundelse for en forskelsbehandling. Forsvarere for konsumtion

<sup>122</sup> Rognstad (1999), s. 63 samt s. 265-272.

<sup>123</sup> Ibid. s. 74.

<sup>124</sup> Ibid. s. 270

<sup>125</sup> Se afsnittet ”Konsumtion af eksemplarspredningsretten”

<sup>126</sup> F.eks. Lasse Westi, Digital business director hos Sony Music Denmark, i: ”Sælg dine brugte musikfiler”, Dagbladet Information, 15.4. 2013

af spredningsretten til digitale værker, herunder musikfiler, anerkender ganske vist, at viderekopiering på den ene side er meget let tilgængelig, når det drejer sig om digitale værker, og at det kan give anledning til en vis uro hos rettighedshaverne. På den anden side vil man jo heller ikke holde en pladeforretning ansvarlig for den viderekopiering, som brugerne eventuelt foretager af de produkter, som bliver solgt dér. Derfor forekommer det tvivlsomt, at en sådan bekymring om ulovlig eksemplar fremstilling af digitale værker i sig selv kan legitimere forskelsbehandlingen af fysiske og digitale produkter.<sup>127</sup> Dette synspunkt om ligebehandling af fysiske og immaterielle kopier er i overensstemmelse med EU-Domstolens opfattelse i UsedSoft-dommen<sup>128</sup> og ligger i øvrigt på linje med navnlig Rognstads analyser.<sup>129</sup>

### iii. Grænser for licensaftalefrihed – præceptivitetsspørgsmålet

Domstolen havde fastsat, at ophavsmandens spredningsret udtømmes i henhold til artikel 4, stk. 2, i softwaredirektivet i forbindelse med det første salg i EU foretaget af rettighedshaveren eller med dennes tilladelse. Konsumtionen ville gælde, hvad enten det drejede sig om en fysisk eller immateriel kopi af ophavsmandens software.<sup>130</sup> Domstolen gav med andre ord grønt lys for konsumtion af spredningsretten til software som følge af resultatet af dens fortolkning af softwaredirektivets artikel 4, stk. 2 (som gennemgået i tidligere afsnit). For at give princippet om digital konsumtion af spredningsretten til softwarelicenser den fornødne gennemslagskraft, gjorde Domstolen det klart, at princippet var præceptivt. Kravet om ufravigelighed var således en reaktion på en tilsyneladende uoverkommelig hindring i nogle af vilkårene i Oracles licensaftaler. Langt de fleste softwarevirksomheder opererer med licensbetingelser, der indeholder et forbud mod overdragelse af den omfattede software. Det er en naturlig følge af rettighedshavernes interesse i at bevare den kommercielle kontrol over deres produkter. Oracle var ingen undtagelse. Oracle havde i sine licensaftaler for software indsat en bestemmelse vedrørende rettighedsoverdragelse med følgende vilkår: ”Ved betalingen for ydelser opnår De udelukkende til brug for Deres interne forretningsformål en tidsubegrænset, ikke-eksklusiv, ikke-overdragelig og gratis brugsret til alt, som Oracle udvikler og stiller til rådighed for Dem på grundlag af denne aftale.” (min kursivering).<sup>131</sup> Oracle kunne imidlertid ikke modsætte sig et videresalg inden for EU efter den første lovlige overdragelse på grund af præceptiviteten af softwaredirektivets artikel 4, stk. 2, uanset det kontraktsretlige forsøg på at bremse erhververen gennem et aftalt forbud, som fastsat i licensaftalen.<sup>132</sup>

EU-Domstolen koblede det præceptive konsumptionsprincip med den legale programlicens og fik på den måde skabt en hjemmel for senere erhververs brug af programmet, uanset at senere erhververe ikke havde nogen aftale med rettighedshaveren.<sup>133</sup> Domstolen lagde til grund, at konsumptionsprincippet er præceptivt. Det betød helt konkret, at selvom licensaftalen selv måtte angive - som i tilfældet med Oracles licensaftallevilkår - at være uoverdragelig, bestod retten til det frie videre-

<sup>127</sup> Ibid., Advokat Kasper Heine

<sup>128</sup> Præmis 61 (ligebehandling af fysiske og immaterielle kopier)

<sup>129</sup> Rognstad (1999) (doktorafhandling), s. 270; Rognstad (2003), s. 457ff.

<sup>130</sup> Præmis 77

<sup>131</sup> Uddrag af licensaftalen er gengivet i præmis 23

<sup>132</sup> Præmisserne 80 og 84

<sup>133</sup> U2013B, s.278 (280), Mette Lindskoug

salg uanfægtet heraf. Et overdragelsesforbud er derfor ugyldigt. En betingelse om, at programmet kun må benyttes i forbindelse med den første erhververs virksomhed eller lignende betingelser, der låser licensen til den første erhverver, vil antageligt blive tilsidesat, idet sådanne betingelser - i alle tilfælde indirekte - strider mod det præceptive konsumptionsprincip i edb-direktivets artikel 4, stk. 2. En senere erhverver af licensen ville formentlig ikke skulle respektere sådanne begrænsninger af brugsretten.

Den nye retstilstand i EU efter UsedSoft-dommen står i kontrast til konsumptionsprincippet i US amerikansk ret, der kommer til udtryk gennem den såkaldte *first sale-doktrin*.<sup>134</sup> Amerikansk op-havsret har generelt prioriteret parternes aftalefrihed højere end (præceptive) retlige principper, her- under *first sale-doktrinen*.<sup>135</sup>

#### a) Vernor v. Autodesk (salg af brugt software)

Et nyere eksempel fra amerikansk retspraksis er sagen *Vernor vs. Autodesk Inc.*<sup>136</sup> Sagen illustrerer en klart mere *deklaratorisk* tilgang til konsumtion af spredningsretten end i EU-retten, hvor det digitale konsumptionsprincip efter UsedSoft-dommen anses for præceptivt. I Vernor-sagen havde en almindelig forbruger (Vernor) købt et eksemplar af et softwareprogram på et garagesalg, som han herefter satte til salg på auktionsportalen eBay. Rettighedshaveren Autodesk modsatte sig videresalget med den begrundelse, at forbrugeren ikke kunne betragtes som ejer af programmet, idet Autodesk kun solgte licensen til at benytte softwaren. Ejendomsretten til selve softwaren forblev hos rettighedshaveren. Vernor kunne derfor kun anses for at være licenstagere med en nærmere be- stemt brugsret og ikke ejer af selve produktet. Vernors køb på garagesalget og videresalget af soft- wareprogrammet på eBay var således ikke omfattet af konsumptionsreglen i den amerikanske op- havsretslov, og Vernor krænkede derfor Autodesk's rettigheder ved at handle i strid med licensvilkå- renes overdragelsesforbud. Både Vernor-sagen og Usedsoft-dommen vedrørte spørgsmålet om ret- ten til at videresælge software, og begge sager omhandlede bl.a. fortolkningen af visse bestemmel- ser i licensaftalerne, som vedrørte vilkår om uoverdragelighed. Men i modsætning til UsedSoft- dommen blev det i den amerikanske sag fastslået, at køberen af software ikke var berettiget til at videresælge dette, idet den amerikanske domstol splittede rettighedsspørgsmålet op i to, nemlig i en brugerlicens og den konkrete software og desuden henviste til forbuddet mod overdragelse i licens- aftalen. I UsedSoft-dommen var metoden den modsatte, idet Domstolen begrundede sit resultat ud fra princippet om, at en downloadet kopi og en brugerlicensaftale ”udgør et udeleligt hele.”<sup>137</sup> De to elementer blev således forenet til et hele i UsedSoft-dommen men blev holdt adskilt i Vernor-sagen. I US amerikansk ret består muligheden fortsat for aftaler om uoverdragelighed i licensvilkårene på grund af den højere vægtning af parternes aftalefrihed. Heroverfor står EU-domstolens seneste for- tolkning af softwaredirektivets artikel 4, stk. 2, der tilsidesætter et eventuelt vilkår om uoverdrage- lighed som ugyldigt på grund af, at konsumtion af spredningsretten er præceptiv.

<sup>134</sup> First sale-doktrinen er også omtalt ovenfor i afsnittet ”Konsumtion af eksemplarspredningsretten”.

<sup>135</sup> Schovsbo (2001), s. 248.

<sup>136</sup> *Vernor v. Autodesk Inc.*, 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010)

<sup>137</sup> Præmis 44

## 6. Afgørelsens betydning for udviklingen af et generelt digitalt konsumptionsprincip

I det omfang man kan tale om fremkomsten af et nyt digitalt konsumptionsprincip, er man samtidig nødt til at erkende, at et sådant princip i første omgang vil være af begrænset rækkevidde. Det følger af det forhold, at UsedSoft-dommen i sig selv kun vedrører videreoverdragelse af softwarelicenser, der giver erhververen ret til at downloade den tilhørende downloadede software. Derfor er det foreløbigt mest præcist og hensigtsmæssigt at omtale princippet som et *snævert digitalt konsumptionsprincip*, eftersom det kun vedrører software. Det er jo en kendsgerning, at Domstolen i UsedSoft-dommen alene forholder sig til konsumtion i forhold til softwaredirektivet. Men det skal imidlertid ikke stå i vejen for i det følgende at foretage en kortlægning af, i hvilken retning udviklingen går ifølge de senest publicerede retsvidenskabelige analyser af dommens emne og problemstillinger og dermed give en indsigt i den debat, der har fundet sted i kølvandet på dommen. Jeg har udvalgt fire forfattere, der hver især har ytret sig om dommen. Thomas Riis, Søren Sandfeld Jakobsen, Morten Rosenmeier og Henrik Udsen går ikke alle lige langt i deres vurdering af UsedSoft-dommen og dens konsekvenser for udviklingen af et bredere/udvidet digitalt konsumptionsprincip, og præcisionsgraden i argumentationen er ikke lige høj. Enkelte synspunkter er dog prisværdigt konkret begrundede.

### a. En nyfortolkning af konsumptionsprincippet eller en specialregel for software?

Konsumptionsreglen for andre værkstyper end software og databaser har hjemmel i infosoc-direktivets artikel 4, stk. 2.<sup>138</sup> I UsedSoft-dommen besvarede Domstolen ikke spørgsmålet om, hvorvidt konsumptionsreglen i infosoc-direktivet omfatter download af et værk fra internettet. Domstolen ”dækkede sig ind” ved at anvende *lex specialis*-metoden og undgik herved at tage stilling til dette aspekt. Som uddybet ovenfor stiller flere ting sig umiddelbart i vejen for konsumtion af andet end fysiske genstande efter infosoc-direktivet.<sup>139</sup> Det er rigtigt, at infosoc-direktivet for så vidt ikke berører softwaredirektivet, eftersom softwaredirektivet netop blev anset som *lex specialis* i forhold til infosoc-direktivet.<sup>140</sup> Hertil kommer unionslovgivers ”anderledes hensigt” med software-direktivet.<sup>141</sup> Thomas Riis har derfor i sin undersøgelse af retsstillingen efter dommen stillet det spørgsmål, om disse kendsgerninger udgør et tilstrækkeligt grundlag til at afskære konsumtion af andre online-tjenester end downloading af software.<sup>142</sup> Et af de forhold der kunne tale for, at der kan indtræde konsumtion for andre online-tjenester end downloading af software, fremgår af Domstolens udtalelse om, at ”[de] begreber, der er anvendt i [infosoc-direktivet] og [softwaredirektivet] i princippet [skal] have samme betydning...”.<sup>143</sup> Synspunktet støttes dermed også af den ophavsretlige enhedslære.<sup>144</sup> Desuden kan der argumenteres ud fra et ligebehandlingsprincip kombineret med retsøkonomiske betragtninger, idet ”... salget af et edb-program, der er lagret på en CD-ROM eller

<sup>138</sup> Se også databasedirektivets artikel 5, litra c og artikel 7, stk. 2, litra b, 2. pkt., der begge har store lighedstræk med softwaredirektivets artikel 4, stk. 2.

<sup>139</sup> Infosoc-direktivets artikel 4, stk. 2 og betragtning nr. 28 og 29 i præambelen til samme direktiv.

<sup>140</sup> Præmisserne 51 og 56.

<sup>141</sup> Præmis 60, 2. pkt.

<sup>142</sup> Thomas Riis, NIR 2013, nr. 2, s. 148.

<sup>143</sup> Præmis 60, 1. pkt.

<sup>144</sup> Se ovenfor i afsnittet om ligestilling af fysiske og immaterielle kopier med omtale af Udsens begreb.

en DVD og salget af et edb-program via download fra internettet *ud fra et økonomisk synspunkt er ens*. Online-overførsel svarer nemlig funktionelt til lagring på et fysisk medium.” (min kursivering).<sup>145</sup> Man kan også se et eksempel på, at Domstolen argumenterer for et bredere digitalt konsumptionsprincip<sup>146</sup>, idet den anlægger en fortolkning, der er sammensat af proportionalitetsprincippet og retsøkonomiske overvejelser. Med hensyn til proportionalitetsprincippet udtaler Domstolen, at en begrænsning i anvendelsen af konsumptionsprincippet til alene at omfatte kopier af software, der er solgt via lagring på et fysisk medium, ville gøre det muligt for rettighedshaveren at kontrollere videresalg af kopier, der er downloadet fra internettet. En sådan begrænsning i muligheden for videresalg af kopier *går ud over, hvad der er nødvendigt* for at bevare den ”omhandlede intellektuelle ejendomsrets særlige genstand”.<sup>147</sup> Det retsøkonomiske aspekt består i Domstolens påpegning af det urimelige i, at indehaveren af ophavsretten skulle kunne opkræve et nyt vederlag i forbindelse med hvert videresalg af downloadede kopier, selvom indehaveren af ophavsretten allerede én gang har opnået et passende vederlag i forbindelse med det første salg.<sup>148</sup> På baggrund af de ovennævnte argumenter hævder Thomas Riis, at konsumptionsreglen i de to direktiver skal fortolkes ens.<sup>149</sup> Der er dog - ifølge Riis - to forhold, der kan føre fortolkningen i en anden retning. For det første er der den tidligere omtalte bemærkning i infosoc-direktivets præambel, der med betragtning 29 umiddelbart udelukker online-tjenester fra digital konsumtion. For det andet er der den ”anderledes hensigt” med softwaredirektivet<sup>150</sup>, hvilket Riis stiller sig skeptisk over for, idet han omtaler denne ”anderledes hensigt” som værende ”næppe reel”.<sup>151</sup>

Hvis en bruger ikke har erhvervet selve ejendomsretten til kopien af softwaren, men kun en i aftalen nærmere defineret brugsret (f.eks. en tidsbegrænset licens), indtræder der som udgangspunkt ikke konsumtion. Ifølge Søren Sandfeld Jakobsen<sup>152</sup> kan dette stille sig i vejen for erhververens ret til at sælge sin kopi videre med undtagelse af de tilfælde, hvor licensaftalen indeholder særlig hjemmel hertil. Som det fremgår af UsedSoft-dommens præmis 24, der gengiver vilkårene i Oracles licensaftaler, var den licens, som kunderne erhvervede ved online-køb af det pågældende computerprogram, tidsbegrænset. Desuden svarede købsprisen for licenserne til købsprisen for softwaren. Det var ud fra det synspunkt, at EU-Domstolen fandt, at der reelt var tale om overdragelse af selve ejendomsretten til softwaren, snarere end blot en overdragelse af en licens. Dommens rækkevidde er ifølge Sandfeld Jakobsen uklar, dog må det indtil videre antages, at den alene omfatter spredning af soft-

---

<sup>145</sup> Præmis 61

<sup>146</sup> Sondringen mellem snæver og bred digital konsumtion har at gøre med henholdsvis software alene og digitale værker i bred forstand. Den må ikke forveksles med sondringen mellem det begrænsede og det udvidede konsumptionsprincip, der vedrører sondringen (og den eventuelle ligestilling) mellem fysiske og immaterielle eksemplarer. Jeg har udviklet begrebsparrerne under arbejdet med denne afhandling. De anvendes også i afsnittet ”Ligestilling af fysiske og immaterielle kopier”.

<sup>147</sup> Thomas Riis, NIR 2013, nr. 2, s.149 ad dommens præmis 63.

<sup>148</sup> Præmis 63

<sup>149</sup> Artikel 4, stk. 2. Infosoc-direktivet og softwaredirektivet har - praktisk nok - samme artikelnummer for konsumptionsreglen.

<sup>150</sup> Præmis 60, 2. pkt.

<sup>151</sup> NIR 2013, nr. 2, s. 149.

<sup>152</sup> Søren Sandfeld Jakobsen og Sten Schaumburg-Müller: ”Medieretten”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 1. oplag 2013, s. 783f.



ware efter softwaredirektivet. Spredning af e-bøger, digitale musikfiler, audiovisuelle værker mv. er – stadig ifølge Sandfeld Jakobsen – ikke omfattet af UsedSoft-dommens digitale konsumptionsprincip.<sup>153</sup> Sammenlignet med Riis finder man således hos Søren Sandfeld Jakobsen en betydelig mere tilbageholdende opfattelse - også i forhold til det *potentielle omfang* af det nye digitale konsumptionsprincip.

Også Morten Rosenmeier (2013) er naturligvis opmærksom på, at dommen umiddelbart kun vedrører software og fortolkningen af konsumptionsreglerne i softwaredirektivets artikel 4, stk. 2 og artikel 5, stk. 1. Alle andre digitale værker end software er henvist til infosoc-direktivets konsumptionsregler, der tilsyneladende begrænser spredningsretten til spredning af bestemte *fysiske* eksemplarer. Rosenmeier rejser alligevel spørgsmålet, om man uden at ændre infosoc-direktivet ville kunne overføre det nye digitale konsumptionsprincip til at omfatte digitale musikfiler, e-bøger, film osv. Han gør det på grundlag af en række bemærkelsesværdige udtalelser i dommen,<sup>154</sup> der meget vel kan forstås i retning af, at det nye konsumptionsprincip alligevel kan udvides til andre værker end software, og han anlægger derved en bredere fortolkning.

Rosenmeier er klart mindre tilbageholdende end Sandfeld Jacobsen, når det handler om at se fremad, idet "[t]iden vil vise, om det nye digitale konsumptionsprincip også bliver udstrakt til f.eks. musik, film og e-bøger. *Men man kan jo godt fornemme, hvor det bærer hen.*" (min kursivering).<sup>155</sup> Om nødvendigheden af et bredere digitalt konsumptionsprincip hedder det, at "... hvis [ikke] der [sker] konsumtion, når brugeren selv har lavet et lovligt eksemplar, udhuler det i høj grad konsumptionsprincippet ... *Vi må derfor forvente, at tingene vil blive ændret i de kommende år.*" (min kursivering).<sup>156</sup> Rosenmeier giver her udtryk for en optimisme baseret på nogle common sense synspunkter, der ikke let lader sig gendrive.

For nogle forfattere har UsedSoft-dommen givet anledning til at ændre standpunkt ret markant med hensyn til, hvad vi kan vente os af udviklingen inden for digital konsumtion af spredningsretten i kølvandet på dommen.<sup>157</sup> For Henrik Udsen (2009) lå det f.eks. tidligere fast, at hvis brugeren ønskede at videreoverdrage et digitalt overført men lokalt fremstillet værkseksemplar, var der ingen vej udenom: det kunne kun ske efter aftale med ophavsmanden. Udsen var selvfølgelig opmærksom på 29. betragtning i infosoc-direktivets præambel, der giver et eksplicit fortolkningsbidrag til *hindring* af digital konsumtion i overensstemmelse med direktivets bestemmelser. I spørgsmålet om spredningsrettens konsumtion skete der – efter denne opfattelse - ingen konsumtion, medmindre et fysisk eksemplar blev overdraget. Brugeren måtte altså ikke gøre sig forhåbninger om, at der var adgang til konsumtion, hvis man efter den digitale overførsel (downloading) blot huskede at foretage en *efterfølgende eksemplar fremstilling* ved at lagre det overførte materiale på f.eks. papir, DVD eller andet fysisk medium.<sup>158</sup> I sin undersøgelse af retstilstanden<sup>159</sup> sammenlignede Udsen

---

<sup>153</sup> Jf. sondringen mellem det snævre og det brede digitale konsumptionsprincip som defineret ovenfor.

<sup>154</sup> Navnlig i præmisserne 60-63.

<sup>155</sup> Schovsbo og Rosenmeier (2013), s. 235

<sup>156</sup> Ibid., s. 233

<sup>157</sup> Sammenlign f.eks. Udsen (2009) med Udsen i DSFO (2013), der illustrerer en radikal ændring af synspunktet vedr. muligheden for digital konsumtion efter softwaredirektivet.

<sup>158</sup> Jf. i øvrigt Rognstads udtryk "lokal eksemplar fremstilling".

databasedirektivet<sup>160</sup> med infosoc-direktivet og nåede frem til, at retstilstanden med hensyn til konsumtion af spredningsretten var den samme for begge direktivers vedkommende.<sup>161</sup> På grundlag af denne konstatering vurderede Udsen, at EU-Domstolen - hvis den fik spørgsmålet forelagt - utvivlsomt ville komme frem til, at digital overførsel af software ikke ville være omfattet af konsumptionsreglen, heller ikke efter softwaredirektivet.<sup>162</sup> Efter UsedSoft-dommen har Udsen ændret standpunkt.<sup>163</sup> Udover selvfølgelig at have taget dommen til efterretning og anerkendt digital konsumtion i medfør af softwaredirektivet for så vidt angår computerprogrammer, er han endda gået et skridt videre og har vurderet, at UsedSoft-dommen kommer til at få betydning for andre digitale værker end software. Udsen ser altså i dommen et grundlag for, at det nye digitale konsumptionsprincip får et bredere anvendelsesområde. Af forhold der taler for at overføre dommens resultat til infosoc-direktivets anvendelsesområde, nævnes for det første *den ophavsretlige enhedslære*.<sup>164</sup> Ifølge denne lære skal begreberne som udgangspunkt finde samme anvendelse på tværs af ophavsretten.<sup>165</sup> For det andet er der tale om *samme økonomiske realitet*, idet "... salget af et [computer]program, der er lagret på en CD-ROM eller en DVD, og salget af et [computer]program via download fra internettet fra et økonomisk synspunkt er ens. Online-overførsel svarer nemlig funktionelt til lagring på et fysisk medium."<sup>166</sup> Derudover anføres hensynet til den pågældende *intellektuelle ejendomsrets særlige genstand*, hvilket bl.a. indebærer at værne om Det Indre Markeds effektivitet ved at undgå en unødvendig adskillelse af markederne for varer og tjenesteydelser.<sup>167</sup> Endelig vil en fortolkning af spredningsbegrebet i infosoc-direktivet også tale for at overføre dommens resultat ud fra følgende tankerække: når der sker download fra en hjemmeside, sker der en overdragelse af ejendomsret. Overdragelse af ejendomsret omdanner en *overføring til almenheden* efter infosoc-direktivets artikel 3 (der *ikke er* omfattet af konsumtion) til en *spredningshandling* efter infosoc-direktivets artikel 4 (der er omfattet af konsumtion).<sup>168</sup> Denne fortolkning har kun været mulig, hvis EU-Domstolen i UsedSoft-dommen har *forudsat*, at spredning efter infosoc-direktivet også omfatter digitale eksemplarer. På grundlag af de netop oplyste forhold og momenter er Udsens seneste prognose derfor, at EU-Domstolen formentlig vil nå frem til, at der indtræder konsumtion af digitale eksemplarer efter infosoc-direktivet.<sup>169</sup>

---

<sup>159</sup> Det vil sige retstilstanden ultimo 2008, eftersom afhandlingen blev indleveret til forsvar for den juridiske doktorgrad i november 2008, jf. Udsen (2009), s. 6.

<sup>160</sup> Direktiv 96/9

<sup>161</sup> Databasedirektivets artikel 5, litra c og artikel 7, stk. 2, litra b og præambelens 33. og 43. betragtning.

<sup>162</sup> Udsen (2009), s. 283: "Med den retstilstand, der er lagt til grund i databasedirektivet og infosoc-direktivet, er der næppe tvivl om, at EF-Domstolen i en eventuel sag, ville komme til, at *konsumptionsreglen heller ikke gælder for digital overførsel af edb-programmer*" (min kursivering). Den "eventuelle sag" skulle (få år efter disputatsen) vise sig at være UsedSoft-dommen, der falsificerede synspunktet.

<sup>163</sup> Udsen i DSFO (2013)

<sup>164</sup> Præmis 60

<sup>165</sup> Jf. præmis 60, 1. pkt. Den ophavsretlige enhedslære er nærmere behandlet oven for i afsnittet om ligestilling af fysiske og immaterielle kopier

<sup>166</sup> Præmis 61.

<sup>167</sup> Præmis 62 og 63. Se afsnittet oven for: "Om at undgå adskillelse af markederne mv."

<sup>168</sup> Fortolkningen af infosoc-direktivets spredningsbegreb er her sket som en sammentænkning af præmisserne 52, 46 og 44, jf. Udsen, DSFO (2013)

<sup>169</sup> Ibid.

Selvom rækkevidden af det nye digitale konsumptionsprincip i første omgang er uklart, er kimen lagt. Det er navnlig på baggrund af Riis' og Udsens analyser muligt at fremsætte plausible hypoteser om en udvidelse af konsumptionsprincippet til at omfatte andre digitale værker end software ud fra infosoc-direktivet uden at ændre i dette.<sup>170</sup> Der er derfor både tale om en specialregel for software og en nyfortolkning af konsumptionsprincippet.

## 7. Rettighedshavernes modtræk: ændrede forretningsmodeller?

En af forudsætningerne for at der overhovedet kan indtræde konsumtion af spredningsretten til software er, at der er indgået en tidsubegrænset licensaftale.<sup>171</sup> Domstolen lagde i UsedSoftdommen desuden vægt på, at licenserne til de downloadede programmer var tildelt mod en engangsbetaling, "... der [gjorde] det muligt for indehaveren af ophavsretten at opnå et vederlag, der svarer til den økonomiske værdi af kopien af det værk, som han ejer."<sup>172</sup> Det nye digitale konsumptionsprincip repræsenterer en total nyskabelse inden for ophavsretten.<sup>173</sup> Alligevel er der en vis risiko for, at det juridiske grundlag for handel med brugte licenser hurtigt kan forsvinde. Rettighedshaverne vil formentlig træffe deres forholdsregler og tilrettelægge deres forretningsmodeller på en sådan måde, at licenser f.eks. kun tildeles for begrænsede perioder, alternativt med løbende betaling. Man må altså i nogen grad forvente, at licenserne fremover ændres fra at være tidsubegrænsede til tidsbegrænsede. Ved sådanne ændringer af grundvilkårene i rettighedshavernes licensaftaler, er det ikke sikkert, at det første salg udløser konsumtion. Og så vil licenserne ikke kunne overdrages uden rettighedshavernes samtykke.<sup>174</sup> Det nye digitale konsumptionsprincip er karakteriseret ved at være underlagt en række betingelser, der klart begrænser dets anvendelsesområde.<sup>175</sup> Princippet har således en indbygget sårbarhed over for ændrede forretningsmodeller. Allerede Danielsen (2005) påpegede, at online-distributører i stigende omfang bruger *leje* af programmer for en tidsbegrænset periode som alternativ til salg. Udviklingen på markedet for online-distribuerede programmer vil – set ud fra en sådan forretningsmodel – kunne reducere betydningen af konsumptionsprincippet og i en vis udtrækning svække dets aktualitet.<sup>176</sup> Faktisk slår virksomheder som Microsoft og Adobe i dag meget på tromme for at fremme deres nyeste licensmodeller, hvor man ikke køber licenserne, men i stedet lejer dem for et fast årligt eller månedligt beløb. Stopper man med at betale, må man ikke længere bruge programmerne. Dette står i modsætning til traditionelle licenser, hvor køberne kan anvende programmerne lige så længe, de har brug for det, men til gengæld skal betale en større engangsydelse. Det er nærliggende at se lanceringen af de nye licensmodeller fra f.eks. Microsoft og Adobe som en reaktion på UsedSoftdommen, eftersom Domstolens afgørelse udgør en trussel mod it-virksomhedernes omsætning ud fra en sædvanlig forretningsmodel. Danske og europæiske virksomheder har med dommen fået en enestående mulighed for at videresælge softwarelicenser, der potentielt kan betyde millionbesparelser i virksomhedernes it-budgetter. Det er

---

<sup>170</sup> Navnlig på grundlag af præmisserne 60-63.

<sup>171</sup> Præmis 45

<sup>172</sup> Ibid.

<sup>173</sup> Schovsbo og Rosenmeier (2013), s. 234

<sup>174</sup> U 2012B, s. 278 (s. 284 in fine), Mette Lindskoug.

<sup>175</sup> Betingelserne er, foruden kravet om en tidsubegrænset aftale, at overdragelsen skal være sket inden for EU, iagttagelse af overdragerens sletningspligt mv.

<sup>176</sup> Danielsen (2005), s. 307.

derfor tankevækkende, at muligheden endnu ikke har fundet særlig stor udbredelse i Danmark, hvor det i dag – mere end et år efter dommen - kun er få danske virksomheder, der udnytter muligheden for at købe og sælge softwarelicenser, særligt i betragtning af at besparelserne typisk ligger mellem 30 og 70 pct.<sup>177</sup>

## 8. Privat brug efter viderespredning af originaleksemplaret

I det følgende undersøges sammenhængen mellem eksemplar fremstillingsretten, privatkopieringsretten og konsumptionsadgangen. Privatbrugsreglen i OPHL § 12, der under visse forudsætninger giver adgang til eksemplar fremstilling til privat brug uden ophavsmandens samtykke, fremstår umiddelbart som væsensforskellig fra konsumptionsreglen i § 19. Hvor § 12 vedrører en indskrænkning af ophavsmandens eneret til eksemplar fremstilling, angår § 19 en begrænsning af ophavsmandens eneret til spredning til *almenheden*. Der består som udgangspunkt ikke anden forbindelse mellem bestemmelserne om privatkopiering og konsumtion end at de begge - rent lovteknisk - er lagt ind i OPHL kap. 2 om indskrænkninger i ophavsretten m.v., hvor § 19 i en vis forstand supplerer § 12. §§ 12 og 19 skal derfor ses som undtagelser til henholdsvis ophavsmandens eneret til eksemplar fremstilling, jf. § 2, stk. 1 og 2, og eneretten til eksemplarspredning, jf. § 2, stk. 3, nr. 1. For at tydeliggøre hvad der gælder i forbindelse med viderespredning af digitale originaleksemplarer, vil reglerne for ikke-digitale værker blive behandlet som kontrast hertil.

### a. Eksemplar fremstilling til privat brug

Når et værk er offentliggjort, må man fremstille enkelte eksemplarer til privat brug, dvs. til fremstilleren selv og kredsen af familie, venner og bekendte, herunder kolleger. Privatsfæren omfatter kun de personer, som vedkommende har et personligt bånd til. Derimod er det ikke noget krav, at selve eksemplar fremstillingen sker i hjemmet. Den kan også lovligt foretages på f.eks. arbejdspladsen.<sup>178</sup> Denne ret følger af reglerne om privatkopiering i OPHL § 12. Kopieringen må under ingen omstændigheder ske i erhvervsøjemed ved at indgå som led i privat erhvervsvirksomhed eller på anden måde med det formål at generere profit. I forbindelse med fortolkningen af § 12 bør man af hensyn til den præcise udlægning af paragraffens indhold bemærke de heri indeholdte sondringer mellem ”personlig brug” og ”privat brug”. Mens begrebet *privat brug* omfatter brug, som sker hos én selv eller nogen, man er knyttet til ved personlige bånd, indebærer *personlig brug* en type brug, der sker hos én selv eller folk i ens husstand.<sup>179</sup> *Privat brug* gælder kun fysiske personer, idet erhvervsvirksomheder, offentlige myndigheder og andre juridiske personer ikke er omfattet af § 12, stk. 1. Der findes efter bestemmelsens ordlyd således hverken grammatikalsk eller semantisk støtte for en juridisk hjemmel for juridiske personer (alene) ud fra ordene ”enhver” og ”sin”. *Personlig brug* af kopier af digitale værker indebærer, at man ikke må sprede kopien uden for husstanden ved f.eks. at låne den ud til en ven. Har man fremstillet en musikfil, kan man heller ikke maile den videre til nogen *uden for* husstanden, jf. § 12, stk. 2, nr. 5. Det kan i øvrigt tilføjes, at det ikke har været meningen med beskyttelsen af den ophavsretlige eneret efter OPHL § 2, at ophavsmanden skulle kunne

<sup>177</sup> ”Kampen om licenserne”, Jyllands Posten, 20.8.2013

<sup>178</sup> Karnovs kommentar til OPHL 12, stk. 1, note 71.

<sup>179</sup> Rosenmeier og Schovsbo (2011), s. 173.

blande sig i den spredning, der sker i privatsfæren. Ved en sådan privat spredning gør man noget, der ikke er omfattet af området for § 2. Derfor giver det normalt heller ikke mening at diskutere konsumtion i den forbindelse, men som vi skal se i det følgende, er også OPHL § 12 udfordret af en digital virkelighed.

Hjemlen til privatkopiering i OPHL § 12 skal ses som et forsøg på at skabe en fornuftig balance mellem rettighedshavere og brugere med en dynamisk lov, som på den ene side tilpasses rettighedshavernes nye behov for beskyttelse som følge af den hastige teknologiske udvikling, men på den anden side bevarer en hensigtsmæssig adgang for brugere til offentliggjorte værker.<sup>180</sup>

## **b. Den legale programlicens**

Den legale programlicens er en lovbestemt indskrænkning af ophavsmandens eneret til eksemplar-fremstilling af computerprogrammer og databaser, jf. OPHL § 36.<sup>181</sup> § 36 har et pragmatisk sigte, idet et af de fremtrædende formål er at lovliggøre den tekniske kopiering, der finder sted i forbindelse med almindelig brug af et program, den såkaldte brugskopiering.

### **I. Brugskopiering**

Digitale værker må i lighed med ikke-digitale (fysiske) værker godt privatkopieres under forudsætning af, at det udelukkende sker til personlig brug for fremstilleren eller dennes husstand, jf. OPHL § 12, stk. 2, nr. 5. Denne ret gælder dog ikke med hensyn til computerprogrammer og databaser, jf. OPHL § 12, stk. 2, nr. 3 og 4, der på dette hjemmelsgrundlag er undtaget fra adgangen til privatkopiering. Digital eksemplar-fremstilling af computerprogrammer og databaser er herefter fortsat omfattet af ophavsmandens eneret. På trods af det klare udgangspunkt om et totalforbud mod digital kopiering af edb-programmer og databaser, gives der en begrænset adgang for erhververen af det originale eksemplar af et computerprogram til at foretage en brugskopiering, jf. OPHL § 36, stk. 1, nr. 1. § 36 vedrører kopiering af computerprogrammer og databaser. Udover retten til brugskopiering eksisterer der en særskilt ret til at fremstille en sikkerhedskopi til eget brug, jf. OPHL § 36, stk. 1, nr. 2 (se afsnittet nedenfor). Brugskopieringsretten efter § 36, stk. 1, nr. 1 er mere snæver end privatkopieringsretten efter § 12. Det skyldes, at den ikke giver en egentlig privatbrugsret, men snarere fungerer som en garanti for, at en bruger kan foretage visse manipulationer (rette fejl, foretage ændringer m.m.) af et computerprogram, han har ret til at bruge i den udstrækning, det er nødvendigt for at han kan benytte det efter dets formål. Det er primært adgangen til fremstilling af midlertidige digitale eksemplarer, som forudsætning for almindelig kørsel og brug af et program, der er formålet med brugskopieringsretten.<sup>182</sup> I UsedSoft-dommen valgte Domstolen at fortolke software-direktivets artikel 5, stk. 1 (implementeret i OPHL § 36) mindre rettighedshavervenligt. Den ” [...] nødvendige [...] reproduktion af et edb-program” for at ”den, der retmæssigt har erhvervet edb-programmet, kan benytte det efter dets formål [...]” blev fortolket således, at den senere erhverver

<sup>180</sup> Hanne Kirk Deichmann ”Piratkopiering og privatkopiering”, i Morten Rosenmeier og Stina Teilmann-Lock (red.), *Ophavsretten i krise*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2011, s. 42f.

<sup>181</sup> OPHL § 36 er en implementering af software-direktivets artikel 5, stk. 1.

<sup>182</sup> Den legale programlicens vedrører også databaser.

kunne downloade en kopi til sin computer. Domstolen fastslog på dette fortolkningsgrundlag, at den legale programlicens også omfatter *permanent lagring* i en computer.

## II. Sikkerhedskopiering

Hvis erhververen af et digitalt originaleksemplar overdrager dette til tredjemand efter selv at have fremstillet et lovligt eksemplar til sikkerhedsformål, må han efter overdragelsen ikke længere gøre brug af det ellers lovlige eksemplar (sikkerhedskopien). OPHL § 36 har til formål at regulere navnlig brugskopiering af computerprogrammer og til dels databaser.<sup>183</sup> Den kan betragtes som en snæver undtagelse til hovedreglerne i § 12, stk. 2, nr. 3 og 4 om totalforbud mod fremstilling af kopier til privat brug af navnlig edb-programmer.<sup>184</sup> Grunden til disse forbud er naturligvis, at det er vældig nemt og billigt at fremstille digitale kopier af computerprogrammer og databaser samt at kopierne alt andet lige ikke lider det kvalitetstab, som typisk sker for de fysiske versioner. Og som tidligere er blevet sagt, er de digitale kopier lige så gode som originalerne. Noget andet er, at reglerne om forbud mod digital kopiering af computerprogrammer og databaser i praksis bliver overtrådt i voldsom grad. Men dette er dybest set et håndhævelsspørgsmål og et retspolitisk anliggende om hvilken regulering, der har den mest hensigtsmæssige effekt. Problemet med piratkopiering og hvordan man bedst dæmmer op for denne er spørgsmål, der bl.a. vedrører adfærdsnormering på empirisk grundlag og har mere karakter af retssociologi end egentlig retsdogmatik.<sup>185</sup>

Den, der har ret til at kopiere og benytte et sikkerhedseksemplar, er den retmæssige erhverver af computerprogrammet, dvs. den, der lovligt er i besiddelse af programmet. En sikkerhedskopi af et computerprogram, der er fremstillet med hjemmel i § 36, stk. 1, nr. 2, må udelukkende anvendes til sikkerhedsmæssige formål af den retmæssige bruger. En sikkerhedskopi må således ikke anvendes til videre eksemplarfremstilling.<sup>186</sup> Der kan kun være én retmæssig erhverver ad gangen. Det skal forstås således, at retten til at fremstille et eksemplar enten i form af en sikkerhedskopi eller en brugskopi relaterer sig til originaleksemplaret. Det bemærkes i denne forbindelse, at selvom Domstolen i UsedSoft-dommen præciserede, hvad den legale programlicens omfatter, var den tavs omkring hvorvidt den legale programlicens finder anvendelse på flere samtidige brugere.<sup>187</sup>

Efter at originaleksemplaret er viderespredt, ophører forbindelsen – og dermed retten til eksemplarfremstillingsretten - mellem dette eksemplar og den oprindelige bruger. OPHL § 36 giver desværre ingen information om, hvor længe sikkerhedskopien må bestå. Det har i nordisk retsvidenskab været diskuteret, om der i den forbindelse gælder en særlig sletningspligt for så vidt angår kopier af computerprogrammer i digital form, efter at en bruger har solgt sit eksemplar af originalpro-

---

<sup>183</sup> Der gives dog ikke (modsat hvad der gælder for software) hjemmel til sikkerhedskopiering af databaser i OPHL § 36

<sup>184</sup> Schönning (2011), s. 404

<sup>185</sup> Jørgen Dalberg-Larsen: ”Lovene og livet”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 5. udgave, 2005, kap. 8 og 9. Hvor retsdogmatik traditionelt er centreret omkring studiet af regelindholdet og dets fortolkning med det formål at fastslå gældende ret, søger retssociologien bl.a. at undersøge virkningerne af reglerne i samfundet (i den såkaldt *operationelle* del af retssociologien).

<sup>186</sup> Schönning (2011), s.406

<sup>187</sup> Jf. Domstolens fortolkning af softwaredirektivets artikel 5, stk. 1 i præmisserne 81 og 85 samt Mette Lindskoug i U 2013B, s. 278 (281)

grammet.<sup>188</sup> Synspunktet var, at uden en sletningspligt ville konsumptionsreglen fungere som en hjemmel for ukontrolleret salg af kopier, navnlig med hensyn til digitale værkseksemplarer, eftersom der kvalitetsmæssigt vil være identitet mellem kopi og original. Argumentet har imidlertid ikke haft den fornødne overbevisningskraft i forhold til dansk retsvidenskab, der på ophavsretligt grundlag har fundet synspunktet for vidtgående.<sup>189</sup> Der vil eksempelvis typisk opstå det problem, at det ikke med sikkerhed vides (i hvert fald for gennemsnitsbrugerens vedkommende), hvornår en programkopi kan siges at være endelig ophørt med at eksistere, idet det et langt stykke hen ad vejen er muligt at genskabe slettede filer, som brugeren ellers i god tro har forsøgt at slette ved brug af de sædvanlige kommandoer hertil. Eftersom det i praksis kan give anledning til tvivl om, hvornår en kopi af et computerprogram effektivt er slettet fra brugerens computer eller andre eksterne lagermedier, må man nå frem til, at der fortsat eksisterer et eksemplar hos brugeren, indtil programmet fysisk er slettet, f.eks. ved overskrivning eller formatering af det pågældende lagermedie. Ophavsretsloven forbyder dog ikke overdrageren at beholde sin gamle sikkerhedskopi, det er *udnyttelsesretten*, der bortfalder ved overdragelsen, medmindre rettighedshaveren har givet tilladelse til andet.<sup>190</sup> Sikkerhedskopien må desuden kun bruges i computeren i det omfang, den erstatter originalen.<sup>191</sup> En retmæssig bruger af et lovligt erhvervet program har altid ret til at foretage en sikkerhedskopiering af originaleksemplaret. Det gælder også selvom rettighedshaveren har nedfældet nogle vilkår i en licensaftale, der ellers vil afskære brugeren fra denne ret. Det skyldes reglens præceptivitet, jf. OPHL § 36, stk. 3.<sup>192</sup> Men selv om der er en klar og præceptiv hjemmel i § 36, stk. 1, nr. 2 til at tage en sikkerhedskopi af et computerprogram, som man har købt, kan DRM-teknologien ind i mellem stille sig hindrende i vejen, så folk alligevel ikke kan komme til at gøre brug af denne undtagelse i Ophavsretsloven.<sup>193</sup> Det ser man i de tilfælde, hvor den pågældende program-cd er udstyret med en kopibeskyttelse. Reglerne om beskyttelse af tekniske foranstaltninger i kapitel 6a medfører altså, at det er ulovligt at omgå en sådan kopispærring. Det betyder, at såvel reglerne om den legale programlicens i § 36 og privatbrugsreglerne i § 12, hvorefter man godt må kopiere til personlig brug inden for egen husstand, er gjort illusoriske.<sup>194</sup> Det er der som udgangspunkt ikke noget at gøre ved, eftersom meningen med undtagelserne jo ikke er at give folk et retskrav på at bruge undtagelserne.

---

<sup>188</sup> Cf. Andreas Mediaas Wagle & Magnus Ødegaard: ”Ophavsrett i en digital verden”, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo, 1997, s. 314

<sup>189</sup> Se bl.a. Kim Frost i U2007B, s. 309 (314f.); Bryde Andersen (2005), s. 385.

<sup>190</sup> Bryde Andersen (2005), s. 385

<sup>191</sup> Karnovs kommentar til OPHL § 36, stk. 1, nr. 2, note 282.

<sup>192</sup> Modsat hvad der gælder mht. brugskopiering, jf. § 36, stk. 1, nr. 1, hvor brugerens mulighed for kopiering kan fraviges ved aftale mellem parterne, jf. § 36, stk. 3 e.c. Præceptive begrænsninger af partsautonomien i licensaftaler er behandlet oven for i forbindelse Domstolens afvisning af licensvilkåret om uoverdragelighed i Oracles licensaftale (afsnittet ”Grænser for licensaftalefrihed”). Se hertil præmisserne 77, 80 og 84, jf. præmis 24.

<sup>193</sup> Rosenmeier (2013), s. 277

<sup>194</sup> Hanne Kirk Deichmann ”Piratkopiering og privatkopiering”, i Morten Rosenmeier og Stina Teilmann-Lock (red.), *Ophavsretten i krise*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2011, s. 43f.

### c. **Privatkopiering og privatbrug af andre digitale værker end computerprogrammer og databaser**

Køberen af f.eks. en musik-cd eller andre værker i tekst og billeder må gerne fremstille enkelte eksemplarer i digital form *til personlig brug* for sig selv eller sin husstand, jf. OPHL § 12, stk. 2, nr. 5. Denne ret har køberen til alle digitale værker med undtagelse af computerprogrammer og databaser. Privatkopieringsretten gælder dog ikke for digitale værker, der er lånt eller lejet, jf. OPHL § 12, stk. 3, heller ikke når eksemplaret er lånt af private venner. Desuden er det ikke tilladt for køberen af et *digitalt leveret* musikværk at videresende musikværket via e-mail til venner og bekendte.<sup>195</sup> Efter viderespredning af det digitale værk til tredjemand ophører erhververens rettigheder efter OPHL § 12, stk. 1 og § 12, stk. 2, nr. 5. Det betyder, at erhververen efter videresalget af f.eks. en dvd-film, ikke længere må fremstille eksemplarer på grundlag af lovligt fremstillede eksemplarer af originaleksemplaret, som nu er ude af hænderne på erhververen. Kopiering af kopierne går altså ikke an, efter at overdragelsen har fundet sted. Men erhververen må fortsat gerne benytte de tidligere fremstillede kopier til privat brug. Den rent private brug indebærer jo ikke eksemplar fremstilling, hvilket er det afgørende. Det er i øvrigt dette forbud mod eksemplar fremstilling efter videreoverdragelsen, der gør det ulovligt at benytte selv lovligt fremstillede eksemplarer af computerprogrammer. I modsætning til hvad der gælder for andre typer af digitale værker og ikke-digitale (fysiske) værker, står erhververen i den besynderlige situation, hvor de lovligt fremstillede eksemplarer af softwaren kan beholdes, mens vedkommende ikke må bruge dem af mangel på hjemmel hertil i OPHL. Hvis den første erhverver fortsat ønsker at gøre brug af lovligt fremstillede eksemplarer eller at fremstille yderligere kopier, efter at originaleksemplaret er viderespredt til tredjemand, skal denne ret søges efter direkte aftale med ophavsmanden.<sup>196</sup> Her er altså tale om en mærkbar forskelsbehandling af computerprogrammer på den ene side og andre digitale værker og ikke-digitale værker på den anden side (Om forskelsbehandlingen af digitale og ikke-digitale værker, se i øvrigt afsnittet ovenfor om ligestilling af digitale og immaterielle kopier).

### d. **Tekniske beskyttelsesforanstaltninger**

Selvom der som udgangspunkt er fri adgang til privatkopiering af lovligt erhvervede eksemplarer af digitale værker som musik-cd'er eller dvd-film, kan der alligevel være grund til at gøre opmærksom på, hvad der gælder, når disse digitale eksemplarer er forsynet med kopispærringer. En rettighedshaver kan teknisk forhindre eller besværliggøre kopiering af digitale værker ved at udstyre det enkelte eksemplar af f.eks. en dvd med en kopispærring. Den teknologi, man anvender til at beskytte værkerne mod ulovlig brug og eksemplar fremstilling, kalder man DRM-teknologi.<sup>197</sup> Hvis et værk er udstyret med en kopispærring, vil det være en ulovlig handling at forsøge at omgå en sådan teknisk foranstaltning. Det skyldes indførelsen af et regelsæt i OPHL kapitel 6a fra 2002.<sup>198</sup> Reglerne i kapitel 6a implementerede bestemmelser fra både infoc-direktivet og softwaredirektivet vedrø-

<sup>195</sup> Karnovs kommentar til OPHL § 12, stk. 2, nr. 5, note 78.

<sup>196</sup> U 2007B, s. 309 (315), Kim Frost.

<sup>197</sup> DRM-teknologien er også behandlet oven for i afsnittet "Uddybende om sletningspligten".

<sup>198</sup> Kap. 6a blev indsat ved L 2002 1051



rende reguleringen af de såkaldte tekniske beskyttelsesforanstaltninger.<sup>199</sup> Her er det vigtigt at gøre sig klart, hvilken sammenhæng der består mellem DRM-teknologien og kapitel 6a-beskyttelsen. DRM-teknologien har til formål at understøtte de forbud mod kopiering, som OPHL fastsætter. Idéen er at forsøge at hindre folk i at kopiere ved f.eks. at afkræve brugere af computerspil adgangskoder. På den ene side fastlægger OPHL, hvilke enerettigheder, naborettigheder osv., der materielt skal beskyttes, og hvordan det kan ske gennem anvendelsen af DRM-teknologiske foranstaltninger (kryptering, adgangskontrol osv.) På den anden side vil kapitel 6a-regelsættet beskytte selve DRM-teknologien mod omgåelse ved en række nærmere bestemte forbud.

Det springende punkt er fortolkningen af OPHL § 75c, stk. 1, ifølge hvilken ”det [ikke] er tilladt uden samtykke fra rettighedshaveren at foretage omgåelse af effektive tekniske foranstaltninger”. Hvad der nærmere skal forstås ved ”effektive tekniske foranstaltninger” fremgår til dels af OPHL § 75c, stk. 4, der bestemmer, at beskyttelsen omfatter ”... enhver form for effektive tekniske foranstaltninger, der under deres normale funktion har til formål at beskytte værker... i henhold til denne lov”. En yderligere klarlæggelse af udtrykket ”effektiv” kan ske ved inddragelse af infosoc-direktivets art. 6, stk. 3, der formentlig er det væsentligste fortolkningsbidrag, eftersom OPHL § 75c (og 75d) er hjemlet i direktivbestemmelsen. En teknisk foranstaltning er i henhold til denne bestemmelse ”effektiv”, når ”anvendelsen af beskyttede værker... styres af rettighedshaveren ... ved anvendelse af kryptering, scrambling ... eller en kopikontrolanordning, der opfylder beskyttelsesformålet.” Et typisk eksempel på en beskyttet teknisk foranstaltning er som nævnt en kopispærring, der inkorporeres i et digitalt værk (cd, dvd mv.), med henblik på at forhindre eller begrænse kopiering uden tilladelse fra rettighedshaveren. Beskyttelsen gælder i øvrigt kun de tekniske foranstaltninger, der opfylder beskyttelsesformålet, dvs. tjener til at hindre handlinger, der er omfattet af rettighedshavernes enerettigheder.<sup>200</sup>

Heroverfor står reglerne i OPHL § 75b, der særskilt regulerer området for computerprogrammer. Bestemmelsen indeholder et tilsyneladende klart forbud mod omsætningen eller besiddelsen af visse ”midler”, der udelukkende har til formål at lette ulovlig fjernelse eller omgåelse af tekniske indretninger, som er anvendt til at beskytte et computerprogram. Dog forudsat at omsætningen eller besiddelsen sker med et kommercielt formål.<sup>201</sup> ”Midlerne” fortolkes som f.eks. software eller tidskriftsartikler.<sup>202</sup> Det er ”midlerne”, der er genstand for forbuddet i § 75b, ikke omgåelsen af kopispærringerne i sig selv. Det er værd at bemærke, at forbuddet kun gælder *ulovlig omgåelse* af kopispærringer. Hvis formålet er en fremstilling af en sikkerhedskopi i medfør af OPHL § 36, stk. 1, nr. 2, vil en omgåelse af en evt. kopispærring således være lovlig.<sup>203</sup>

I UsedSoft-dommen fastslog Domstolen altså, at den legale programlicens<sup>204</sup> også omfatter *permanent lagring* i en computer og ikke blot - som hidtil - kun midlertidige digitale eksemplarer. For så vidt angår kopispærringer kan de i visse tilfælde gøre rettighederne efter reglerne om den legale

<sup>199</sup> Fra infosoc-direktivet art. 6 og fra softwaredirektivet art. 7, stk.1, litra c.

<sup>200</sup> Karnovs kommentar til OPHL § 75c, stk. 4, note 460.

<sup>201</sup> OPHL § 75b er hjemlet i softwaredirektivets artikel 7, stk. 1, litra c.

<sup>202</sup> Karnovs kommentar til OPHL § 75b, note 455.

<sup>203</sup> Ibid.

<sup>204</sup> Softwaredirektivets artikel 5, stk. 1 og OPHL § 36.

programlicens og privatbrugsreglerne illusoriske. Endelig er der en mærkbar forskelsbehandling af computerprogrammer i form af skrappe begrænsninger i adgangen til privatkopiering og privatbrug end for andre digitale og fysiske eksemplarer.

## 9. Konklusion og afsluttende bemærkninger

Vi har med UsedSoft-dommen fået et digitalt konsumptionsprincip på softwareområdet, og selvom implikationerne af dommen er store, er det væsentligt ikke at overfortolke dommen. Der er stadig nogle særlige og håndfaste grundbetingelser, der ikke må overses, som f.eks. sælgerens sletningspligt efter videreoverdragelsen og forbuddet mod at splitte en gruppelicens op og sælge enkeltbrugerlicenser.

UsedSoft-dommen omhandler kun software, men hensynet bag afgørelsen er, at fysiske og digitale eksemplarer skal sidestilles. Eftersom konsumptionsprincippet traditionelt kun vedrører spredning af fysiske eksemplarer, er den retlige ligestilling af fysiske og digitale eksemplarer i sig selv et gennembrud. Viderespredning af digitale eksemplarer har ganske vist en akilleshæl, når det drejer sig om rettighedshavernes kontrol af eksemplar fremstilling, men ikke i så udpræget grad, at det kan begrunde en forskelsbehandling i forhold til fysiske eksemplarer. En sådan forskelsbehandling kommer desuden meget nemt på tværs af den grundlæggende målsætning om fri bevægelighed af blandt andet varer og tjenesteydelser i EU, som er en afgørende forudsætning for et velfungerende Indre Marked.

Foreløbig gælder det nye digitale konsumptionsprincip kun med sikkerhed i forhold til software. Rækkevidden af konsumptionsprincippet er ikke endeligt fastlagt, blandt andet fordi rettighedshaverne til software kan ændre deres licensmodeller og på denne måde styre uden om konsumptions-spørgsmålet og måske forsinke udviklingen af det nye princip. Men kimen til et bredere konsumptionsprincip ser ud til at være lagt.

Afhandlingen har navnlig beskæftiget sig med UsedSoft-dommen ved at beskrive, fortolke og analysere de hertil knyttede retskilder. Metoden har derfor som udgangspunkt været retsdogmatisk. Eftersom det ikke har været hensigten at kritisere de anvendte retskilder, herunder de relevante direktiver, og i den forbindelse komme med ændringsforslag, har afhandlingen ikke haft retspolitiske ambitioner. Derimod har opmærksomheden været rettet mod at anvise Domstolen alternative muligheder for fortolkning af gældende ret ved at udfinde de momenter i UsedSoft-dommens præmisser, der med en vis sandsynlighed vil give adgang til konsumption af digitale værker i bred forstand. Disse *sententia ferenda*-betragtninger er resultatet af et sammenlignende studie af nyere retsvidenskabelig litteratur, navnlig Rosenmeier, Udsen og Riis. Der er tale om en fortolkningsmetode udledt af præmisserne 60-63 (bl.a. på baggrund af den ophavsretlige enhedslære), ud fra hvilken man kan argumentere for, at der kan ske konsumption for andre online-tjenester end software - *uden at ændre i infosoc-direktivet*.

UsedSoft-dommen er derfor mere end et præjudikat, der normerer retsstillingen for digital konsumption af software efter softwaredirektivet. Dommen har potentiale til at bevæge digital konsumption i bred forstand markant videre, så også andre typer af digitale værker end software, f.eks.

computerspil, musik, film og e-bøger, formentlig bliver omfattet af det nye digitale konsumptionsprincip.

Meget afhænger af fremtidig retspraksis fra EU-Domstolen. Fortolkningen af konsumptionsprincippet i infosoc-direktivet skal præciseres for at tilføre princippet tilstrækkelig styrke til virkeliggørelse af digital konsumtion i bred forstand. Men UsedSoft-dommen har allerede i høj grad udfordret konsumptionsprincippet i EU-retten.

Et af de væsentligste spørgsmål, dommen rejser, er, i hvilket omfang den vil blive inddraget, når der skal tages stilling til salg af andre digitale værker end software i EU. Når f.eks. den amerikanske virksomhed ReDigi Inc. for alvor får foden indenfor på det europæiske marked, må rettighedshaverne til digitale musikfiler forventes at ville anlægge retssager mod virksomheden i EU for at forhindre udbredelsen af konceptet, ligesom det er set i USA.

Hvis der kommer en sag mod ReDigi Inc. eller en tilsvarende tjeneste i EU, vil domstolene (i sidste instans EU-domstolen) formentlig inddrage UsedSoft-dommen om salg af brugte softwarelicenser ud fra den betragtning, at det kan være svært at argumentere overbevisende for, at adgang til videre salg i EU ikke skal gælde for musikfiler mv., når det gælder for software. Det er vanskeligt at se, hvordan Domstolen i en sådan sag ville begrunde en retlig forskelsbehandling af andre digitale værker end software. Også på denne baggrund er det nærliggende at antage, at Domstolen vil nå til samme konklusion for andre typer af digitale værker.

## LITTERATUR

Peter Schønning: ”Ophavsretsloven med kommentarer”, 5. udgave, Karnov Group Denmark A/S, København 2011

Peter Schønning og Jørgen Blomqvist: ”International ophavsret”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 2011

Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier: ”Immaterialret”, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011

Jens Schovsbo og Morten Rosenmeier: ”Immaterialret”, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2013

Jens Schovsbo: ”Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktretten”, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001

Morten Rosenmeier: ”Ophavsret for begyndere. En bog for ikke-jurister”, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010

Theilmann-Lock, Stine (2011), ”Ophavsrettens krise”, i Morten Rosenmeier og Stina Teilmann-Lock (red.), *Ophavsretten i krise*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2011

Ole-Andreas Rognstad: ”Spredning av verkseksemplar. Om konsumpsjon av rettigheter i eksemplar av verne-  
de åndsverk”, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 1999

Ole-Andreas Rognstad: ”Opphavsrett”, Universitetsforlaget, Oslo, 2009

Ole-Andreas Rognstad: ”Konsumpsjon og digitale overføringer – et forslag til en alternativ løsningsmodel”, i

Mads Bryde Andersen et al. (red.): ”Festskrift til Mogens Koktvedgaard”, Jurist- og Økonomforbundets  
Forlag, 2003.

Hanne Kirk Deichmann: ”Ophavsret”, i Jan Trzaskowski (red.) et al.: ”Internetretten”, Ex Tuto Publishing  
A/S, København, 2. udgave, 2012

Hanne Kirk Deichmann, ”Piratkopiering og privatkopiering”, i Morten Rosenmeier og Stina Teilmann-Lock  
(red.), *Ophavsretten i krise*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2011

Jens Hartig Danielsen: ”*Parallelhandel og varernes frie bevægelighed*”, Jurist- og Økonomforbundets For-  
lag, 2005

Henrik Udsen: ” De informationsretlige grundsætninger”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009

Online-Karnov 2013, kommentarer til OPHL

Mads Bryde Andersen: ”IT-retten”, Forlaget Gjellerup, 2. udgave, 2005

Søren Sandfeld Jakobsen og Sten Schaumburg-Müller: ”Medieretten”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag,  
1. udgave, 1. oplag 2013

Michael Steinicke et al.: ”Grundlæggende EU-ret”, 2. udgave, 2011, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Ruth Nielsen og Ulla Neergaard: ”EU Ret”, 5. udgave, 2009, Thomson Reuters Professional A/S

Ruth Nielsen: ”Retskilder & retsteorier”, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005

Morten Wegener: ”Juridisk metode”, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000

Hjalte Rasmussen: ”EU-ret i kontekst”, 4. udgave, 2001, Forlaget Thomson A/S

Palle Bo Madsen: ”Markedsret Del 3 – Immaterialret”, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008

#### **Artikler:**

NIR 2013, nr. 2, ”Ophavsrettens fleksibilitet”, Thomas Riis, s. 139ff.

NIR 2011, ”Konsumtion af spredningsretten. Kommentar til Højesterets dom af 16. februar 2010 (Erik August Frandsens billeder)”, Morten Rosenmeier, s. 479f.

NIR 2003, ”Ophavsrettens grundbegreber”, Peter Schønning, s. 527ff.

U 2013B, s.278, ”Retstilstanden for sælgere og købere af brugte licenser”, Mette Lindskoug

U 2007B, s. 309, ”Om eksemplar fremstilling og viderebredning af digitale værker”, Kim Frost

U 2001B, s. 305, ”Direktivet om ophavsret i informationssamfundet”, Martin Kyst

Dagbladet Information, ”Sælg dine brugte musikfiler”, 15.4.2013

Jyllands Posten, ”Kampen om licenserne”, 20.8.2013

Advokaten nr. 7 (2011): ”Ingen over, ingen ved siden af ... Folketinget”, Martin Broberg

### **Dansk retspraksis**

U 2010.1422 H (Erik A. Frandsens billeder)

### **Retspraksis fra EU-Domstolen**

C-128/11 UsedSoft GmbH v.Oracle International Corp. - vedlagt som bilag.

### **Anden international retspraksis**

USA: *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.* En afgørelse fra US District Court Southern District of New York af 30. Marts 2013. Dommen kan ses på: <http://www.scribd.com/doc/133451611/Redigi-Capitol>

USA: *Vernon v. Autodesk Inc.*, 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010). Dommen kan ses på: <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2010/09/10/09-35969.pdf>

Tyskland: Landgericht Bielefeld, dom af 5. marts 2013 (forbud mod videre salg af e-bøger mv.) Dommen kan ses på: [http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/LG\\_Bielefeld\\_vom\\_05.03.13\\_Klage\\_Verbraucherzentralen.pdf](http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/LG_Bielefeld_vom_05.03.13_Klage_Verbraucherzentralen.pdf)

### **Links:**

[www.redigi.com](http://www.redigi.com)

**Dansk Selskab For Ophavsret** (DSFO 2013) – arrangement d. 16.9. 2013: ”Får vi et digitalt konsumtionsprincip? UsedSoft-dommen og dens konsekvenser”. Oplægsholdere advokat Mette Lindskoug (Kammeradvokaten) og professor, dr. jur. Henrik Udsen (Københavns Universitet).